

# UNIVERSITE DE LIMOGES

Ecole doctorale Sciences de l'Homme et de la Société

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques

## THESE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

Discipline : Droit Public

*présentée et soutenue publiquement le 10 juillet 2009*

*par*

Caroline BOYER-CAPELLE

LE SERVICE PUBLIC ET LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES

### **Directeurs de recherche**

M. Jean-François LACHAUME, Professeur émérite à l'Université de Poitiers

Mme Hélène PAULIAT, Professeur à l'Université de Limoges, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques

### **Rapporteurs**

M. Stéphane BRACONNIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Jean MORANGE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

### **Suffragants**

M. Patrice CHRETIEN, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

M. Philippe RAIMBAULT, Professeur à l'Université de Limoges

Mme Diane ROMAN, Professeur à l'Université François Rabelais de Tours



## **REMERCIEMENTS**

J'adresse mes sincères remerciements à mes directeurs de thèse, Madame Hélène Pauliat et Monsieur Jean-François Lachaume, pour leur confiance, leur disponibilité, leur soutien et leurs conseils avisés tout au long de ce travail.

Je remercie également tous ceux qui, famille, amis, personnel administratif et de la bibliothèque de la Faculté de droit de Limoges, m'ont accompagnée et soutenue durant ces années de recherche.



## LISTE DES ABREVIATIONS

AAI	Autorité administrative indépendante
<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AIJC</i>	Annuaire international de justice constitutionnelle
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique Fonction publique
al.	Alinéa
art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>BJCL</i>	Bulletin juridique des collectivités locales
<i>BJCP</i>	Bulletin juridique des contrats publics
<i>BO</i>	Bulletin officiel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CFP</i>	Les cahiers de la fonction publique
CGCT	Code général des collectivités locales
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG/RJEP</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, Revue juridique de l'entreprise publique

CMU	Couverture maladie universelle
coll.	Collection
concl.	Conclusion
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DA</i>	Droit administratif
dir.	Sous la direction de
<i>Dr. Soc.</i>	Droit Social
éd.	Edition
EDF	Electricité de France
<i>EDCE</i>	Etudes et documents du Conseil d'Etat
et s.	Et suivants
fasc.	Fascicule
<i>GACEDH</i>	<i>Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i> , PUF, 5 <sup>ème</sup> éd., 2009.
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> , Dalloz, 16 <sup>ème</sup> éd., 2007.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GDCC</i>	<i>Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel</i> , Dalloz, 14 <sup>ème</sup> éd., 2007.
GDF	Gaz de France
<i>GDJDA</i>	<i>Les grandes décisions de la jurisprudence de droit administratif</i> , PUF, 13 <sup>ème</sup> éd., 2007.
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (ouvrage ou article indiqué dans la précédente citation)
<i>Infra</i>	Voir plus bas
IR	Informations rapides (Recueil Dalloz)
<i>J.-Cl.</i>	Juris-classeur
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
<i>JCP A</i>	La semaine juridique – Edition administrative
<i>JCP G</i>	La semaine juridique – Edition générale
<i>JCP S</i>	La semaine juridique – Edition sociale

<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des communautés européennes
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> – ouvrage ou article précité
p.	Page
PGD	Principe général du droit
préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
<i>RA</i>	Revue administrative
<i>RAE</i>	Revue des Affaires européennes
<i>RBDI</i>	Revue belge de droit international
<i>Rec.</i>	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel.
<i>Rec. Leb.</i>	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat.
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
<i>REDP</i>	Revue européenne de droit public
<i>RDP</i>	Revue de droit public et de la science politique.
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RGCT</i>	Revue générale des collectivités territoriales
<i>RMCUE</i>	Revue du marché commun de l'Union Européenne
req.	Requête
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme

<i>RUDH</i>	Revue universelle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Sirey
<i>s.</i>	Suivants
<i>Sect.</i>	Section du contentieux du Conseil d'Etat
<i>SNCF</i>	Société nationale des chemins de fer
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>supra</i>	Voir plus haut
<i>TC</i>	Tribunal des conflits
<i>TDP</i>	Tribune du droit public
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>V.</i>	Voir
<i>vol.</i>	Volume



# SOMMAIRE

## **PREMIERE PARTIE : LA VALORISATION CONTEMPORAINE DE LA FONCTION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC**

TITRE PREMIER - LE SERVICE PUBLIC, UN INSTRUMENT DE GARANTIE DIRECTEMENT SOLLICITE PAR LES « DROITS-CREANCES »

Chapitre I Le service public, garantie des « droits-créances » consacrés dans le Préambule de la Constitution

Chapitre II Le service public, garantie de « droits-créances » émergents

TITRE SECOND - SERVICE PUBLIC ET LIBERTES, UN LIEN DE GARANTIE COMPLEXE MAIS INDISCUTABLE

Chapitre I Une intervention du service public nécessaire à l'exercice effectif des libertés

Chapitre II Une fonction de garantie du service public appelée à se concilier avec le respect des libertés économiques

## **SECONDE PARTIE - LA MODERNISATION DES PRINCIPES DU SERVICE PUBLIC SUSCITEE PAR SA FONCTION DE GARANTIE**

TITRE PREMIER – DES REGLES DE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC RECENTREES SUR SA FONCTION DE GARANTIE

Chapitre I Une évolution offerte par la garantie du principe d'égalité devant le service public

Chapitre II Une modernisation confirmée au regard des autres principes de fonctionnement du service public

TITRE SECOND – UNE FONCTION DE GARANTIE CONFRONTEE A LA DIFFICILE CONCILIATION DES DROITS ET LIBERTES

Chapitre I Le service public et la garantie de la liberté de conscience

Chapitre II Le service public et la garantie des libertés professionnelles des agents



## INTRODUCTION GENERALE

« *Encore !* »

Par cette exclamation qui ouvre, en 1985, son article intitulé « Service public et libertés publiques »<sup>1</sup>, Pierre Delvolvé anticipe la réaction du lecteur qu'il imagine en droit de manifester une certaine exaspération, tant les thèmes du sujet proposé paraissent, déjà à l'époque, « *largement débattus et rebattus* »<sup>2</sup>. En effet, le service public est l'une des notions ayant suscité, en droit administratif, le plus d'intérêt chez la doctrine juridique. Les libertés publiques, quant à elles, mobilisent, à leur seule invocation, aussi bien l'attention des juristes que celle de l'opinion publique. D'où l'interrogation, légitime, de cet auteur : « *y a-t-il encore quelque chose à déclarer ?* »<sup>3</sup>.

A cette question, Pierre Delvolvé répond positivement. Ce qui l'intéresse, en effet, n'est pas de décrire le traitement juridique ou doctrinal dont chacune des deux notions est susceptible de connaître, mais d'analyser la relation qui les unit, laquelle apparaît insuffisamment mise en valeur et porteuse, selon lui, d'une conclusion nettement formulée en ces termes : « *le service public constitue une menace pour les libertés publiques ; la notion de service public elle-même comporte cette menace* »<sup>4</sup>. L'affirmation repose sur deux arguments principaux. Imprécise, de par le caractère abstrait du concept d'intérêt général, la notion de service public est alors extensive et concurrence, voire exclut, les activités privées. Restrictive, elle « *contamine* »<sup>5</sup> les activités privées qui ont le même aspect, les intégrant, c'est là notamment l'hypothèse du service public virtuel, ou les limitant par l'imposition de certaines exigences liées au service public et trouvant à toucher, par exemple, les établissements privés d'enseignement et de santé. En cela, conclut-il, le « *service public justifie toute extension de l'Etat et toute restriction des libertés : il ouvre la voie à la servitude* »<sup>6</sup>.

La radicalité de cette conclusion ne pouvait manquer d'entraîner certaines réactions en défense. De fait, cet article a entraîné un vif débat doctrinal dans lequel Evelyne Pisier<sup>7</sup> et

---

<sup>1</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 1.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> DELVOLVÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 7.

<sup>6</sup> DELVOLVÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 11.

<sup>7</sup> PISIER-KOUCHNER (Evelyne) « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs*, 1986, p. 143.

Serge Regourd<sup>8</sup> ont, chacun à leur tour, plaidé la cause du service public. Reprenant les arguments de Pierre Delvolvé, ces deux auteurs ont réexaminé l'intensité de l'atteinte aux libertés économiques qui serait sous-tendue par la notion, pour aboutir à la nécessité d'alléger les charges pesant sur elle<sup>9</sup>. A la fin des années quatre-vingt, le « couple » service public et libertés, sujet jusqu'alors largement laissé dans l'ombre<sup>10</sup>, concentre ainsi l'attention de la doctrine juridique et donne lieu à une controverse restée célèbre, illustrant l'intérêt d'une confrontation entre ces deux thèmes. Pourtant, la discussion s'épuise par la suite presque aussi brusquement qu'elle avait surgi et ne suscite plus guère d'autres développements. Les évocations de cette question retrouvées depuis dans les ouvrages consacrés aux services publics ou à l'étude des droits et libertés prennent le plus souvent la forme de brefs rappels de la survenance de ce débat et se contentent de préciser les référence des articles par lesquels ces auteurs s'y sont engagés.

Un tel silence pourrait laisser penser que la question des relations entre service public et libertés est close et que ces échanges de point de vue ont suffi à éclairer les interrogations et résumer les différentes prises de positions suscitées par ce champ de réflexion spécifique. Du reste, ayant délaissé l'étude de l'interaction entre ces notions, la doctrine n'a, en revanche, jamais cessé de s'intéresser, séparément, à chacune d'entre elles. L'attention ne faiblit pas, ainsi, envers le service public, même si les questions soulevées changent progressivement de nature. L'analyse de la « crise du service public » et de ses conséquences, attachées notamment à la remise en cause de la notion en tant que critère d'application du droit administratif, a laissé la place, à partir des années quatre-vingt dix, à l'appréhension des bouleversements que le procédé était appelé à connaître au regard du droit communautaire. Cette nouvelle donne européenne supposait, et suppose encore, certaines évolutions qu'en observateur attentif, la doctrine ne pouvait manquer d'étudier et de commenter. La littérature sur le service public est ainsi toujours plus impressionnante<sup>11</sup>, illustrant, s'il en était besoin,

---

<sup>8</sup> REGOURD (Serge), « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987, p. 5.

<sup>9</sup> Evelyne Pisier-Kouchner insistant notamment sur l'absence de coïncidence entre monopole et service public (*op. cit.*, p. 150).

<sup>10</sup> Les mélanges offerts en 1981 au professeur Robert-Edouard Charlier, intitulés *Service public et Libertés*, auraient pu laisser penser le contraire mais la seule lecture de la table des matières permet de s'apercevoir que, si ces deux notions sont rassemblées dans l'ouvrage, elles sont envisagées tour à tour et non de manière simultanée.

<sup>11</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité quant aux articles intéressant les relations entre le service public et le droit communautaire, v. par exemple KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (1<sup>ère</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 215 et 493 ; LONG (Marceau), « Service public et réalités économiques du XIX<sup>ème</sup> siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001, p. 1168 ; CASSIA (Paul), « Service public français et droit communautaire », *LPA* 4 juillet 2002, n° 133, p. 4 ; GAUDEMET (Yves), « Les service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 473 ; BLUMANN (Claude), « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne »,

que le sujet demeure d'une actualité incontestable<sup>12</sup>. Quant à l'étude des droits et libertés, elle demeure, par la matière même qu'elle intéresse, au cœur d'une actualité sans cesse réaffirmée. Le sujet ne saurait s'éteindre. Consacrés de manière quasi universelle, les droits de l'homme restent pour autant régulièrement bafoués ou menacés et suscitent ainsi une vigilance constante, tout particulièrement à une époque où, parfois, « *le souci de sécurité semble l'emporter sur celui de la liberté* »<sup>13</sup> et dans laquelle les développements technologiques et scientifiques soulèvent tous les jours de nouvelles interrogations.

L'étude de ces deux notions n'a donc jamais cessé de s'enrichir et de progresser, mais dans des champs distincts entre lesquels il semble n'avoir presque jamais été jeté de passerelles. Or, que la relation entre les deux notions, en termes de menace ou de garantie, demeure ainsi dans l'ombre peut paraître quelque peu étrange. En effet, la réflexion intéressant les droits et libertés comme celle touchant au service public, a évolué, et il est permis de penser que la relation entre ces deux notions a également pu connaître de développements nouveaux et mérite d'être réexaminée. Le débat ayant opposé certains auteurs dans les années quatre-vingt ne peut prétendre ainsi avoir à lui seul épuisé l'interrogation quant à l'articulation entre ces deux thèmes, d'autant qu'il semble s'être principalement ordonné, à l'époque, autour d'arguments enserrant l'appréhension de cette relation dans des contours spécifiques. La vision développée par Pierre Delvolvé dans son article fondateur relève en effet, avant tout, d'une défense de la liberté d'entreprendre et de la libre concurrence et d'une contestation de certaines particularités organisationnelles attachées au service public qui tendent à restreindre l'initiative privée. Ce qui est condamné, plus que toute autre chose, est l'atteinte à la libre conduite des activités privées que sous-tendrait le service public. C'est ainsi par le *media* de l'inflexion, voire de la négation, de ces libertés économiques que ce dernier est censé constituer une menace envers l'ensemble des libertés publiques<sup>14</sup>. Se manifeste alors la foi en

---

*Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 45 ; DUBOUIS (Louis), Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 293, LOMBARD (Martine), « L'impact du droit communautaire sur le service public », in J-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p. 969 et KARPENSCHIF (Michaël), « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA* 2008, p. 64. V. également PAULIAT (Hélène) (dir.), *Services publics, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2008.

<sup>12</sup> V. ainsi la récente controverse publiée dans la tribune de l'*AJDA* à la suite de la proposition de Didier Truchet de substituer à l'expression « service public » celle, issue du droit communautaire, de « service d'intérêt général ». TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *AJDA* 2008, p. 553 ; MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de "service public" », *AJDA* 2008, p. 833 et KOUBI (Geneviève) et GUGLIELMI (Gilles), « Le droit, comme la langue, vit dans la conscience populaire », *AJDA* 2008, p. 1169.

<sup>13</sup> OBERDORFF (Henri), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2008, p. 3.

<sup>14</sup> Il est vrai que les libertés entretiennent entre elles une étroite solidarité et qu'il serait erroné de placer dans deux sphères totalement distinctes les libertés économiques et les autres libertés. Un état de dépendance économique totale envers l'Etat peut ainsi être considéré comme dangereux pour l'ensemble des libertés, ce qui tend à expliquer la référence très générale aux libertés publiques opérée par Pierre Delvolvé. Toutefois, ce

une logique économique libérale qui paraît inspirée par les travaux de Friedrich Hayek. Le choix même du terme de « servitude » pour dénoncer cette menace semble, du reste, faire écho à *La route de la servitude*<sup>15</sup>, l'un des ouvrages les plus connus de cet auteur réputé pour sa condamnation de l'interventionnisme étatique et de la notion de justice sociale<sup>16</sup>. Le contexte politique et économique particulier dans lequel intervient cet article n'est d'ailleurs certainement pas indifférent à la prise de position de Pierre Delvolvé. L'alternance, suite à l'arrivée au pouvoir de la gauche lors des élections présidentielles de 1981, s'est accompagnée d'une vague de mesures en contradiction totale avec les principes phares du libéralisme économique, dont les nationalisations alors orchestrées constituent l'exemple frappant<sup>17</sup>. Le service public se retrouve ainsi au cœur d'un débat qui semble parfois relever, par différents aspects, bien plus d'une contestation idéologique de l'interventionnisme étatique que d'une réelle mise en perspective juridique de l'impact du procédé sur les libertés.

La question attachée à l'articulation entre service public et liberté semble ainsi mériter d'être reposée dans un contexte dépassionné, dans lequel l'analyse ne se limite pas aux seules libertés économiques. Certes, afficher une attitude plus objective semble toujours difficile au regard d'une notion, le service public, dont chacun s'accorde à reconnaître la dimension mythique<sup>18</sup>. Jaques Chevallier le rappelle : « *Du mythe, le service public présente en effet tous les aspects essentiels : l'ampleur et la profondeur des résonances qu'il éveille en chacun ; les glissements de signification qu'il autorise ; la force agissante attestée par les effets sociaux et politiques qu'il produit ; la tension entre la représentation et la réalité* »<sup>19</sup>. Ainsi, le service public peine à être considérée uniquement comme un concept strictement juridique car, d'une portée emblématique, la notion véhicule avec elle, bien au-delà, des considérations d'ordre social, économique et politique relevant plus largement du choix d'un modèle de société. En France, le service public est appréhendé « *en tant que représentation dramatisée (...) des rapports entre l'Etat et la société civile (...) : idéal social pour les uns, contre modèle pour*

---

dernier n'explicite à aucun moment la réalité et l'intensité ce danger intermédiaire. Dans son analyse critique, Serge Regourd rappelle ainsi que « *le service public n'est confronté ni avec l'égalité, ni avec la sûreté, ni avec la liberté de réunion ou d'association, ni avec la liberté d'opinion ou la liberté des cultes et pas davantage, a fortiori, avec les différentes libertés liées à la protection de la vie privée* ». V. « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987, p. 43.

<sup>15</sup> HAYEK (Friedrich), *La route de la servitude*, Editions politiques, économiques et sociales, 1946.

<sup>16</sup> La justice sociale apparaît en effet pour cet auteur comme une menace importante pour la liberté car susceptible de légitimer le totalitarisme. HAYEK (Friedrich), *Droit, législation et liberté*, Tome 2 : Le mirage de la justice sociale, Quadrige-PUF, 1995, spéc. p. 75 et s.

<sup>17</sup> Est à l'époque mise en œuvre la nationalisation des secteurs du crédit, de l'armement et de la sidérurgie, de certains grands groupes industriels considérés comme stratégiques et de certaines entreprises.

<sup>18</sup> V. ainsi NIZARD (Lucien), « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Mélanges Eisenmann*, CUVAS, 1975, p. 90, HASTINGS (Michel), « Les constellations imaginaires du service public », in S. Decreton (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 33.

<sup>19</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 3.

*les autres, il est un lieu privilégié d'investissements affectifs* »<sup>20</sup>. Ce constat marque la difficulté d'approche d'une notion envers laquelle nul n'est, dès lors, unanime<sup>21</sup>, notamment de par le caractère politique qu'elle sous-tend<sup>22</sup>. Or cette difficulté trouve un écho particulier au regard de la relation que le service public peut entretenir avec la question des droits et libertés, laquelle intéresse de la même manière, dans une perspective différente mais trouvant de nombreux points de rapprochement, les rapports entre l'Etat et l'individu. Au regard des interrogations qu'ils suscitent, du rôle devant être reconnu aux pouvoirs publics et des multiples implications qui s'y jouent, les deux mondes ne semblent ainsi pas si éloignés.

Cependant, pour cerner clairement la portée de cette affirmation, il importe de délimiter le champ de l'étude et de clarifier ainsi, en premier lieu, la détermination de ce qui doit entrer dans la sphère des « droits et libertés » évoqués jusqu'ici de manière générique. Pour dépasser le cadre d'analyse qui était prioritairement retenu en 1985 et qui cantonnait l'étude de l'interaction entre service public et libertés à une approche spécifiquement économique, le choix doit être fait de ne pas se limiter aux seules libertés de cette nature et d'embrasser un plus vaste panel de prérogatives. Ces dernières peuvent être désignées par diverses expressions : « libertés publiques », « droits de l'homme » ou encore « droits fondamentaux » constituent les plus courantes d'entre elles. D'emblée, toutefois, se découvrent certaines difficultés quant au sens et aux implications de ces terminologies, lesquelles ne se révèlent pas synonymes et ne recouvrent pas toujours la même dimension matérielle. Les « libertés publiques » renvoient ainsi à une signification précise. S'y joue bien sûr, en premier lieu, l'idée de liberté, qu'il est coutume de définir dans son sens ontologique comme « *un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel* »<sup>23</sup>, « *l'état de ce qui ne subit pas de contraintes* »<sup>24</sup> et, dans une acception remplaçant l'individu au cœur de la société, comme « *la sphère d'action échappant à la contrainte sociale* »<sup>25</sup>, le « *pouvoir d'agir, au sein d'une société organisée, selon sa propre détermination, dans la limite des règles définies* »<sup>26</sup>. Plus avant, l'adjonction du terme « public » désigne en outre l'intervention du pouvoir à leur endroit. Les libertés publiques

---

<sup>20</sup> CAILLOSSE (Jacques), *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, p. 56.

<sup>21</sup> CAILLOSSE (Jacques), « Service public et concurrence - Le service public entre deux mythologies », *Droit ouvrier*, avril 2008, p. 199.

<sup>22</sup> « *Le service public est moins une notion juridique que politique, dont la charge affective - positive ou négative - demeure, mais dont le maniement pratique doit s'entourer d'une certaine circonspection* ». MOREAU (Jacques), *Droit administratif*, Droit fondamental, PUF, 1989, p. 316.

<sup>23</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 5 ; LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 11.

<sup>24</sup> OBERDORFF (Henri), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2008, p. 25.

<sup>25</sup> LEBRETON (Gilles), *op. cit.*, p. 12 ;

<sup>26</sup> OBERDORFF (Henri), *Ibid.*

regroupent ainsi classiquement les pouvoirs d'autodétermination qui ont été consacrés par le législateur français et réceptionnés dans la sphère juridique<sup>27</sup>, dénomination qui, si elle a longtemps été usitée<sup>28</sup>, peut aujourd'hui paraître quelque peu dépassée à l'heure où la garantie de ces prérogatives s'organise également au niveau constitutionnel et international. Plus avant, et dans une perspective de comparaison avec les libertés publiques, il est parfois estimé que la notion de droits de l'homme renvoie, quant à elle, à une dimension philosophique attachée au droit naturel. Les droits de l'homme seraient ainsi, avant toute chose, des droits inhérents à la nature de l'homme<sup>29</sup>, « *qui indiquent ce qui devrait être* » et non ce qui est<sup>30</sup>. Ils constitueraient ainsi « *des exigences politiques et sociales plus ou moins inspirées par le libéralisme politique et ses extensions, considérées en dehors de tout contexte proprement juridique* »<sup>31</sup>. Toutefois, de nombreux auteurs s'accordent pour rejeter cette approche et rappeler que les droits de l'homme peuvent être intégrés en droit positif et sanctionnés<sup>32</sup>. Ils ne relèvent pas, en effet, « *d'une rêverie propre à des juristes égarés mais sont dotés d'un statut juridique qui les transforme en une catégorie juridique à laquelle est attaché un statut protecteur* »<sup>33</sup>. Sur ce point, la distinction entre droits de l'homme et libertés publiques ne doit donc pas être surestimée. Mais, au regard de ces dernières et sur le plan, cette fois, de leur acception matérielle, la définition des droits de l'homme apparaît plus compréhensive. Les libertés publiques demeurent liées à l'idée d'autodétermination, de pouvoir que l'homme exerce sur lui-même dans le cadre de la société. Or peuvent également compter parmi les droits de l'homme des droits introduisant l'idée d'un pouvoir que l'homme exerce sur autrui, ne réclamant pas seulement à son égard une attitude d'abstention, mais un comportement positif. « *Pouvoirs d'exiger* »<sup>34</sup>, ces droits sont traditionnellement reconnus sous l'appellation de « droits-créances ». Ils induisent envers l'Etat une attente dans son principe différente de celle sous-tendue par les libertés « classiques », car ils commandent une intervention là où la liberté, schématiquement, trouve à s'épanouir en dehors de toute action émanant d'autrui. Aux

---

<sup>27</sup> L'accent est ainsi mis sur le régime juridique des libertés. V. MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 19.

<sup>28</sup> L'avis du Conseil d'Etat du 13 août 1947 y fait ainsi référence, de même que l'article 34 de la Constitution de 1958, selon lequel « *La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

<sup>29</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *op. cit.*, p. 7.

<sup>30</sup> LEBRETON (Gilles), *op. cit.*, p. 4.

<sup>31</sup> PFERSMANN (Otto), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (Louis) et *alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 86.

<sup>32</sup> En ce sens, V. notamment RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *op. cit.*, p. 7 ; MOURGEON (Jacques), *Les droits de l'homme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 8<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 6 ; RENUCCI (François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007, p. 3 ; OBERDORFF (Henri), *op. cit.*, p. 28.

<sup>33</sup> LEVINET (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant-Nemesis, 2<sup>nd</sup> éd., 2008, p. 42.

<sup>34</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *op. cit.*, p. 86.



côtés des « *pouvoirs d'agir* »<sup>35</sup>, dont la liberté individuelle, la liberté d'expression ou la liberté d'aller et venir constituent autant d'exemples<sup>36</sup>, peuvent ainsi intervenir des droits correspondant « à une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive »<sup>37</sup>. Ces derniers ont pour objet de mettre à la charge de la société la satisfaction de certains besoins reconnus comme essentiels pour l'individu, besoins matériels, comme par exemple le droit aux soins ou à l'assistance, ou intellectuels, comme le droit à l'éducation. La doctrine les désigne parfois sous le terme de « *droits à* »<sup>38</sup>, lesquels, aux côtés des « *doits de* » désignant les libertés, doivent être intégrés dans le champ d'étude afin de fournir un état des lieux exhaustif de la relation entretenue entre le service public et ces différentes prérogatives.

L'expression « droits fondamentaux », plus récente mais aujourd'hui largement utilisée<sup>39</sup>, semble par ailleurs faire écho à cette approche large, tout particulièrement lorsque cette notion est appréhendée de manière formaliste, c'est-à-dire lorsque la fundamentalité du droit ou de la liberté est estimée résulter de leur consécration et de leur protection par des instruments constitutionnels et internationaux<sup>40</sup>. Cette acception, particulièrement défendue par certains auteurs<sup>41</sup>, résulte alors d'une démarche positiviste que récuse les tenants d'une autre approche, selon laquelle la fundamentalité ne serait pas révélée par une consécration normative, mais par l'essence même de certains droits « *assez essentiels pour fonder et déterminer plus ou moins directement les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories* »<sup>42</sup>. Face à ces divergences, il paraît difficile de dresser une ligne de partage claire entre ce qui doit entrer dans la catégorie des droits fondamentaux ou en être exclu, d'autant que l'expression « fondamentale » semble parfois aujourd'hui employée dans

---

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Il faut rappeler que, dans le langage courant, le terme « droit » peut désigner des pouvoirs d'autodétermination. Il est ainsi souvent fait état de la liberté d'aller et venir ou du droit d'aller et venir, sans qu'une différence de sens soit alors décelable entre les deux expressions.

<sup>37</sup> GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 9.

<sup>38</sup> COHEN (Dany), « Le droit à ... », *Mélanges François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 393.

<sup>39</sup> Utilisée pour la première fois en droit international dans la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945, retrouvée dans les textes constitutionnels allemands, italiens ou espagnols ou, au niveau communautaire, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la notion de « droit fondamental » est en France désormais utilisée par le législateur, les juges du fond et le juge constitutionnel, constat qui témoigne de son succès grandissant. En ce sens, DREYER (Emmanuel), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006/2, p. 551.

<sup>40</sup> Ainsi, « le concept de "droit fondamental" intègre plusieurs strates de droits. Il s'agit tout d'abord des droits de l'individu, qui, dans une logique libérale, visent essentiellement à protéger la sphère d'autonomie, puis des droits sociaux (...) ». MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 14.

<sup>41</sup> FAVOREU (Louis) et *alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 854 : « Les droits et libertés fondamentaux désignent (...) les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins ».

<sup>42</sup> PICARD (Etienne), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 8.

certains textes juridiques ou de doctrine sans qu'il paraisse possible d'y déceler autre chose, peut-être, qu'un « *effet de mode* »<sup>43</sup>, conduisant à « *une politique cacophonique de dénomination* »<sup>44</sup>. En effet, les droits fondamentaux sont aujourd'hui invoqués « *dans une multiplicité de discours* » où « *l'on peut fort bien traiter de la même chose en l'appelant autrement tout comme on peut se référer à autre chose en utilisant pourtant la même expression* »<sup>45</sup>. A la suite de Michel Levinet<sup>46</sup>, la référence, plus neutre, aux droits et libertés, semble ainsi devoir être préférée, englobant à la fois ce qui relève, schématiquement, des pouvoirs d'agir et des pouvoirs d'exiger reconnus aux individus. Cette référence aux « droits et libertés » est d'ailleurs aujourd'hui retrouvée au sein du texte constitutionnel de 1958. Délaissant l'utilisation de la notion de « droit fondamental », la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>47</sup> crée ainsi un « Défenseur des droits », autorité administrative indépendante chargée de veiller « *au respect des droits et libertés* »<sup>48</sup>, tandis que la nouvelle procédure de renvoi préjudiciel sur une question de constitutionnalité intéresse les dispositions législatives portant atteinte « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* »<sup>49</sup>. Il peut être reproché à cette expression son imprécision. Elle a cependant le mérite de s'extraire des diverses controverses terminologiques retracées. En outre, elle n'introduit aucune compréhension restrictive des prérogatives considérées, lesquels peuvent tout aussi bien être des pouvoirs d'autodétermination que des exigences d'interventions positives. Les droits et libertés ici objets de l'étude sont donc à la fois les « droits-libertés » et les « droits-créances », tels qu'accueillis en droit positif français, notamment par le Préambule de la Constitution de 1958. Offrant un cadre d'analyse délimité, un tel choix ne suppose cependant pas que soient pour autant ignorés les éclairages que les droits international, communautaire ou européen sont susceptibles d'offrir en ce domaine. La garantie des droits et libertés est aujourd'hui une question qui dépasse les frontières nationales et cette influence ne peut donc être évacuée. En revanche, dans le souci de ne pas étendre trop avant le champ de réflexion, lequel doit demeurer centré sur sa dimension principale, il est choisi de ne pas englober le cas particulier des droits et libertés reconnus aux personnes publiques. Cette question continue en effet de

---

<sup>43</sup> En ce sens, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Ibid.*

<sup>44</sup> VIALA (Alexandre), V° Droits fondamentaux, in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 288. .

<sup>45</sup> PFERSMANN (Otto), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (Louis) et *alii*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 76.

<sup>46</sup> LEVINET (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant-Nemesis, 2<sup>nd</sup> éd., 2008, p. 68.

<sup>47</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, *JO* 24 juillet 2008, p. 11890.

<sup>48</sup> V. article 71-1 de la Constitution de 1958.

<sup>49</sup> V. article 61-1 de la Constitution de 1958.

faire débat<sup>50</sup> quant à sa logique même<sup>51</sup>, la matérialité des prérogatives reconnues<sup>52</sup> et les possibilités d'invocabilité devant le juge<sup>53</sup>, et soulèverait ainsi certaines interrogations spécifiques trop éloignées des tenants essentiels du sujet.

Quelle relation noue alors le service public avec ces droits et libertés ? Répondre à cette question implique que la notion même de service public soit également précisée alors même que cette dernière demeure source de nombreuses confusions et controverses. En premier lieu, et c'est là une remarque classique, l'expression de service public désigne souvent à la fois une mission, une activité spécifique, mais également la structure porteuse de cette mission, l'organe gérant l'activité. En effet, « *le coup de force de la théorie du service public est d'avoir réussi à subsumer les différentes facettes de la gestion publique sous un seul et unique vocable. Le service public, c'est en effet, d'abord une fonction à remplir, puis une mission à assurer, mais aussi l'activité concrète qui en résulte et, partant, l'organe qui la prend en charge (...)* »<sup>54</sup>. Ce dernier, dans la conception traditionnelle du service public telle que développée au début du XX<sup>ème</sup> siècle, doit être une personne publique. A cette époque, la notion de service public, qui n'était jusque-là que d'une importance très limitée, connaît un véritable essor grâce à la théorisation opérée par Léon Duguit, visant à faire de cette notion le « *support d'une nouvelle théorie de l'Etat* »<sup>55</sup> dissociée de l'idée de puissance publique. Prenant acte d'une évolution qualitative et quantitative des interventions publiques dans le champ social, Duguit plaide pour une refondation de la conception de l'Etat, selon laquelle la légitimité de ce dernier ne découle que de la conformité de son action au « droit objectif », c'est-à-dire aux impératifs issus de la conscience sociale. Selon cet auteur, la société engendre certaines règles imposées par les besoins de la vie collective et qui sont nécessaires pour permettre le maintien et le développement de la vie sociale<sup>56</sup>. Or ces règles trouvent

---

<sup>50</sup> Sur cette question, notamment, DRAGO (Roland), « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 130 et FAURE (Bertrand), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP* 2008, p. 233.

<sup>51</sup> Ainsi, s'il est reconnu que l'Etat, par exemple, dispose de certains droits, il reste à déterminer qui en est alors le débiteur (FAURE (Bertrand), *op. cit.*, p. 239).

<sup>52</sup> Ces dernières semblent se resserrer autour de certaines libertés, tels la libre administration des collectivités territoriales, la liberté contractuelle ou le droit de propriété.

<sup>53</sup> Le Conseil d'Etat semblant désormais refuser de reconnaître aux collectivités territoriales la possibilité d'invoquer en leur faveur la Convention européenne des droits de l'homme. V. ainsi CE, 23 mai 2007, *Département des Landes et autres*, *Rec. Leb. Tables*, p. 1041. Sur cette question, DUPRE DE BOULOIS (Xavier), « Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ? », *AJDA* 2008, p. 1036.

<sup>54</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 55.

<sup>55</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 10.

<sup>56</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 64.

matérialisation dans le service public<sup>57</sup>. La « *réalisation et le développement de l'interdépendance sociale* » assignés aux gouvernants doivent se concrétiser à travers lui, l'Etat étant ainsi considéré comme « *une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants* »<sup>58</sup>. En cela, le service public constitue à la fois le fondement et la limite du pouvoir étatique, lequel *doit* prendre en charge certaines activités et se trouve ainsi soumis à « *une contrainte de but* »<sup>59</sup> : satisfaire les besoins collectifs du public. Dans cette perspective, il semble alors logique que le gestionnaire du service public soit une personne publique, puisque c'est là, en somme, la justification naturelle de son existence. Léon Duguit définit ainsi le service public comme « *toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants (...) et de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* »<sup>60</sup>. Service public et pouvoirs publics sont présentés comme consubstantiels. Pourtant, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>61</sup>, et le constat ne va que s'amplifier par la suite, de nombreuses activités de service public sont prises en charge par des personnes privées<sup>62</sup>. Si un rattachement à la personne publique peut toujours être décelé à travers le contrôle que ces dernières exercent sur ces activités, aucune coïncidence totale ne peut ainsi être retrouvée entre les acceptions organique et matérielle du service public. Par ailleurs, justification de l'Etat, le service public devait également, dans l'esprit de Léon Duguit mais surtout dans celui de la doctrine ayant poursuivi sa réflexion<sup>63</sup>, constituer la justification d'un droit administratif dérogatoire au droit privé et de l'intervention de la juridiction administrative. L'expression de Gaston Jèze est célèbre : le service public constitue « *la pierre angulaire du droit administratif* »<sup>64</sup>. Dans la conception défendue alors, « *toute activité devenue objet d'un service public se distingue d'une manière générale d'une activité privée* »<sup>65</sup>. Or, l'atténuation jurisprudentielle que devait également

<sup>57</sup> « *Expression de la norme sociale première, la fonction de service public désigne l'ensemble des activités auxquelles sont soumis tous les individus, et les gouvernants, en tant qu'individus* ». PISIER-KOUCHNER (Evelyne), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J, 1972, p. 155.

<sup>58</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, de Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 59.

<sup>59</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 23.

<sup>60</sup> DUGUIT (Léon), *Ibid.*

<sup>61</sup> En effet, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, certains services publics comme les chemins de fer, la distribution d'eau ou d'énergie, sont gérés selon le mécanisme de la concession et confiés à des personnes privées en ce qui concerne leur gestion quotidienne. Ainsi, dès l'origine, la présentation de Duguit « *sollicitait quelque peu les faits* ». LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 9.

<sup>62</sup> V. ainsi les arrêts CE, Ass., 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, *Rec. Leb.* p. 1212 ; RDP 1936, p. 119, concl. Latournerie et CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et Protection*, *Rec. Leb.* p. 417, RDP 1938, p. 830, concl. Latournerie.

<sup>63</sup> Sur ce point, PISIER-KOUCHNER (Evelyne), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J, 1972, p. 261 et s. et MELLERAY (Fabrice), « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste - Proposition de distinction », RDP 2001, p. 1890 et s.

<sup>64</sup> JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif*, Giard et Brière, 2<sup>ème</sup> éd., 1914, p. X.

<sup>65</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *op. cit.*, p. 65.

connaître par la suite cette affirmation, notamment à travers l'apparition de la notion de service public industriel et commercial<sup>66</sup>, a maintes fois été rappelée depuis. Le critère du service public n'est pas obligatoirement le critère de compétence du juge administratif et du droit administratif. Ainsi, « *s'il y a bien une notion de service public, les activités concernées comme le régime qui s'ensuit ne se laissent pas réduire à quelques formules simples* »<sup>67</sup>. Chargé de déterminer si une personne privée gère une activité de service public, c'est *in fine* au juge administratif qu'échoit la tâche de fixer les critères fournissant les éléments de reconnaissance de la notion. Sur le fondement, notamment, des arrêts du Conseil d'Etat *Magnier* et *Narcy*<sup>68</sup>, aujourd'hui renouvelés par l'arrêt *APREI*<sup>69</sup>, le service public est ainsi traditionnellement défini comme une activité d'intérêt général exercée par une personne publique, ou sous son contrôle, et soumise à un régime plus ou moins exorbitant du droit commun<sup>70</sup>.

Cette perception classique de la notion de service public appelle d'emblée certaines remarques quant à la relation qu'elle est susceptible d'entretenir avec les droits et libertés. Ainsi, il est possible de replacer spontanément la théorie du guiste dans la logique libérale tendant à encadrer les interventions de l'Etat. Pierre Delvolvé en convient : la théorie du service public est « *d'origine anti-autoritaire et anti-totalitaire* »<sup>71</sup> car elle explicite très nettement les limites du pouvoir étatique ; « *il n'est pas de pouvoir qui puisse s'exercer sur les citoyens en dehors des services publics qui le justifient* »<sup>72</sup>. Duguit récuse en effet la conception d'un Etat constituant une « *puissance qui commande, une souveraineté* » et qui s'autolimiterait alors à sa guise, avec les risques qui en découleraient pour la garantie des

---

<sup>66</sup> CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, *Rec. Leb.* p. 333, *RDP* 1922, p. 75, concl. Rivet et TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, *Rec. Leb.* p. 1237, *RDP* 1933, p. 426, note Jèze.

<sup>67</sup> DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José) et CHRETIEN (Patrice), *Droit administratif*, Sirey, 2009, p. 521.

<sup>68</sup> CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, *Rec. Leb.* p. 33, *RDP* 1961, p. 155, concl. Fournier et CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec. Leb.* p. 401, *GDJDA*, p. 291.

<sup>69</sup> L'arrêt CE, Sect. du 22 février 2007, *APREI* (*JCP A* 2007, n° 10-11, p. 33, concl. Célia Vérot ; note M-C. Rouault) est venu préciser les critères fixés par la jurisprudence *Narcy*. Réaffirmant en premier lieu la solution posée par cet arrêt, le juge ajoute par la suite qu'il est possible de découvrir une mission de service public aux mains d'une personne privée même si cette dernière ne dispose pas de prérogatives de puissance publique. Il prône pour cela l'utilisation d'un faisceau d'indices dans lequel intervient toujours la nécessité d'une mission d'intérêt général et le contrôle d'une personne publique.

<sup>70</sup> Cette définition fait l'objet d'un large consensus. V. ainsi ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Connaissance du droit, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 15 ; AUBY (Jean-François) et RAYMUNDIE (Olivier), *Le service public*, Le Moniteur, 2003, p. 42 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 12 ; LE MESTRE (Renan), *Droit du service public*, Gualino Editeur, 2005, p. 127 ; LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Droit du service public*, Litec, 2007, p. 7 ; BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 156 ; DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José) et CHRETIEN (Patrice), *op. cit.* p. 545.

<sup>71</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 1.

<sup>72</sup> *Ibid.*

droits et libertés de l'individu<sup>73</sup>. La conception objective qu'il défend suppose au contraire que l'Etat ne puisse intervenir que parce qu'il constate l'existence d'un besoin collectif. « *Les racines de la notion [de service public] se trouvent d'abord dans la gangue des besoins des individus, fruits de l'évolution historique, davantage que dans la volonté de la puissance publique qui, de ce point de vue, ne peut que constater un état de fait et non le susciter* »<sup>74</sup>. Le service public n'est pas le produit de la volonté étatique. Mais la formule révèle dans le même temps une ambivalence qu'il est devenu classique de mettre en exergue. Limitée, l'intervention de l'Etat se trouve cependant, dans le même temps, légitimée. Or, en premier lieu, l'idée d'autorité attachée à l'Etat n'est pas totalement évacuée par Duguit. Ce dernier ne reconnaît pas la notion de puissance publique mais admet que les gouvernants puissent disposer dans l'exercice de la mission qui leur est allouée, de certains pouvoirs. Cette puissance qui leur est conférée demeure alors pour l'auteur une puissance de fait et non de droit<sup>75</sup>, qui doit être mise en œuvre au bénéfice de la solidarité, mais qui se trouve, par là, justifiée. En ce sens, Duguit accepte l'idée selon laquelle, « *l'Etat, maître de la puissance de contraindre, a le privilège de l'exécution préalable* »<sup>76</sup>. Ainsi, « *la référence au service public a pour effet, paradoxal mais logique, de conférer au pouvoir des gouvernants une légitimité nouvelle* »<sup>77</sup>. Par ailleurs, la défense par l'auteur d'un critère objectif implique potentiellement l'extension presque indéfinie du champ d'intervention du service public. En effet, « *il n'y a pas de solutions théoriques absolues, le critère est imposé par les conditions sociales et économiques de chaque société donnée, dans chaque période considérée* »<sup>78</sup>. L'évolution sociale est source d'un accroissement des interventions des gouvernants qui peut faire dire à Léon Duguit « *qu'un nombre toujours plus grand d'activités doivent être organisées en services publics* » ; « *on peut le regretter, on peut au contraire s'en réjouir, on n'y changera rien* »<sup>79</sup>. Dès l'origine, la volonté d'encadrement de l'Etat se heurte ainsi à certaines contradictions. Par la suite, cette volonté même disparaît. Gaston Jèze bouleverse ainsi la

---

<sup>73</sup> Cette conception s'éloigne ainsi des théories allemandes fondées sur l'idée de puissance publique et selon lesquelles l'Etat détient un pouvoir de commandement et de coercition (*Herrschaft*) qui lui appartient en propre et qui constitue sa caractéristique distinctive. L'Etat est alors la source du droit et les règles qu'il édicte ne s'imposent à lui que s'il accepte de s'autolimiter. Cette solution est particulièrement défendue par Georg Jellinek. V. *L'Etat moderne et son droit*, Giard et Brière, 1911, réédition Editions Panthéon-Assas, 2005.

<sup>74</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 112.

<sup>75</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, De Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 38. Ainsi, cette puissance de fait « *ne confère aucun droit subjectif de commandement à celui qui l'assume. Elle ne confère qu'une compétence* ». PISIER-KOUCHNER (Evelyne), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J., 1972, p. 166.

<sup>76</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, de Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1927, p. 713.

<sup>77</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 38.

<sup>78</sup> PISIER-KOUCHNER (Evelyne), *op. cit.*, p. 165.

<sup>79</sup> DUGUIT (Léon), *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, Conférences faites à l'Ecole des hautes études sociales, Paris, 1<sup>ère</sup> éd., 1908, p. VIII, cité par E. Pisier-Kouchner, *op. cit.*, p. 165.

conception duiguiste en défendant une définition subjective du service public : « *sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public* »<sup>80</sup>. André de Laubadère reprend plus tard la même approche : « *ce sont les pouvoirs publics qui décident qu'à tel moment, tel besoin public doit être satisfait par tel procédé, et donner lieu à la création d'un service public* »<sup>81</sup>. Il n'est plus, alors, question de limitation de l'Etat et s'il reste toujours à justifier son intervention par la satisfaction de l'intérêt général, il est admis désormais que c'est aux pouvoirs publics que revient le soin de déterminer quelles activités relèvent de cette caractéristique, au point que certains auteurs aient pu qualifier le service public de simple « label »<sup>82</sup>. De fait, le nombre d'activités prises en charge par les pouvoirs publics au nom de l'intérêt général n'a cessé de croître tout au long du XXème siècle. La logique limitative initialement prêtée au service public n'a pas tenu ses promesses, seule est restée la justification que la notion offrait aux interventions de l'Etat.

Pour autant, faut-il déduire de ce constat une condamnation sans appel du service public au regard des droits et libertés ? La radicalité même d'une réponse axée sur la seule menace que sous-tendrait ce procédé invite à en douter. Cette seule approche ne semble pas, en effet, suffire à rendre compte d'une relation en réalité beaucoup plus complexe que ne saurait la résumer l'équation libérale classique et séduisante, mais schématique, selon laquelle « *moins d'Etat = plus de liberté* »<sup>83</sup>. Ne peut-il être possible, au contraire, de défendre l'idée d'une articulation bénéfique entre le service public et les droits et libertés, de par la dimension égalitaire concrète que sous-tend la notion ? Cette affirmation suppose de revenir sur la logique même des droits et libertés objets du champ de l'étude et, surtout, sur les implications pratiques qu'ils emportent vis-à-vis des pouvoirs publics. Une convergence profonde est ainsi spontanément décelable entre service public et « droits-créances », lesquels ont été présentés comme des pouvoirs d'exiger une action ou prestation positive dans certains domaines considérés comme clés pour la protection et le développement de l'individu. Ces droits s'attachent à un objet concret, matériel ou intellectuel, devant être reconnu à l'ensemble de la population, ce qui présuppose leur caractère essentiel. Or, consacrer de tels droits implique que soit avalisée une modification de la perception du rôle des pouvoirs publics, modification

---

<sup>80</sup> JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, Giard et Brière, 2<sup>ème</sup> éd., 1914, p. 247.

<sup>81</sup> DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1957, n° 1038, p. 534.

<sup>82</sup> TRUCHET (Didier), « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982, p. 427.

<sup>83</sup> MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 223.

que formalise très nettement l'image d'un Etat prestataire de services, assurant la satisfaction de certains besoins indispensables à la solidarité sociale et à l'épanouissement des individus. Une concordance peut d'ailleurs en cela être constatée entre l'extension des services publics au début du XXème siècle et l'acceptation progressive du principe des « droits-créances »<sup>84</sup>, même si Léon Duguit réfute à l'époque toute idée d'un droit individuel à la prestation de service public. Fidèle à sa conception d'un droit objectif, il estime que le service public doit fonctionner dans l'intérêt de la collectivité et non directement au bénéfice des individus qui la composent<sup>85</sup>, même s'il s'agit là, à l'évidence, d'un effet second difficilement contestable<sup>86</sup>. Dans son étude, du reste, Pierre Delvolvé n'écarte pas totalement le cas particulier de ces droits et admet même que le service public puisse « être un mode d'exercice des libertés, en permettant à ses usagers de bénéficier concrètement des moyens qu'il met à leur disposition »<sup>87</sup>. Cette concession, très vite minimisée par l'auteur par la suite, il est vrai<sup>88</sup>, rappelle cependant que le service public peut trouver également à exercer un impact positif sur les libertés traditionnellement considérées comme des pouvoirs d'autodétermination. Descendues des hauteurs d'une consécration abstraite pour être ramenées au niveau de leur exercice quotidien, ces libertés peuvent ainsi se conjuguer positivement avec le service public, dès lors que ce dernier est susceptible de fournir certaines prestations favorisant leur exercice effectif, soit directement, soit par l'intermédiaire des « droits-créances » qu'il garantit, lesquels peuvent apparaître « comme la prétention légitime à obtenir [de la collectivité] les interventions requises pour que soit possible l'exercice de la liberté »<sup>89</sup>.

C'est ainsi principalement en tant qu'instrument de mise en œuvre que le service public peut être considéré comme jouant un rôle de garantie envers les droits et libertés. Vérité d'évidence ? Il ne semble pas. Le plus souvent, le lien de garantie susceptible d'exister entre le service public et les droits et libertés n'est ni explicite, ni, surtout, explicité. La consécration de « droits-créances » ou de libertés ne s'accompagne traditionnellement en France d'aucune indication quant à la méthode et aux conditions concrètes de leur exercice. Cet aspect spécifique est par ailleurs largement ignoré des ouvrages consacrés aux droits et libertés, lesquels comprennent d'importants développements sur les mécanismes normatifs ou

---

<sup>84</sup> FOULQUIER (Norbert), *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Dalloz, 2003, p. 552.

<sup>85</sup> V. DUGUIT (Léon), « La situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP* 1907, p. 419.

<sup>86</sup> FOULQUIER (Norbert), *op. cit.*, p. 553.

<sup>87</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 2.

<sup>88</sup> Ce dernier précisant en effet sans plus l'expliquer que « les prestations offertes aux citoyens se rapportent plus à leurs droits qu'à leurs libertés ». DELVOLVÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 3.

<sup>89</sup> BURDEAU (Georges), *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd., 1966, p. 8.



juridictionnels nationaux ou internationaux de protection du respect de ces prérogatives, mais ne s'intéressent guère aux aspects pratiques de mise en œuvre de ces dernières. Le service public n'apparaît ainsi presque jamais comme un défenseur potentiel des droits et libertés. Derrière ce silence est certainement décelable la fidélité à une logique libérale plaçant les pouvoirs publics et les libertés dans des sphères antagonistes et envisageant le concept de « droit-créance » avec une certaine réserve<sup>90</sup>. La garantie des droits et libertés est ainsi présentée comme s'organisant prioritairement contre l'Etat, et non par, et avec lui. Dans cette perspective, la notion de garantie s'assimile à une protection contre toute agression ou ingérence quand il convient de préciser que ce n'est pourtant pas là la seule acception qui peut en être défendue. Diane Roman, à la suite d'Olivier de Schutter<sup>91</sup>, le rappelle très clairement : « *tout énoncé de droits, qu'elle qu'en soit la nature, fait peser à la charge de l'Etat une triple obligation : respecter, c'est-à-dire ne pas s'immiscer dans l'exercice du droit ; protéger, c'est-à-dire ne pas tolérer que des atteintes soient commises par d'autres particuliers ; réaliser, c'est-à-dire fournir les moyens d'un exercice effectif* »<sup>92</sup>. La garantie des droits et libertés s'ordonne sous diverses formes et peut ainsi être envisagée sous le prisme d'interventions positives nécessaires à leur mise en œuvre. Partant, l'affirmation de Pierre Delvolvé selon laquelle « *la garantie des droits et libertés par le service public est liée à des considérations dépassant soit les libertés, soit le service* »<sup>93</sup> laisse quelque peu perplexe car la protection potentiellement offerte par le service public paraît incluse dans la logique même des droits et libertés, lesquels exigent la fourniture des moyens nécessaires à leur exercice.

Il faut cependant s'interroger sur les modalités concrètes de cette garantie. Cette remise en perspective du service public n'a pas la prétention d'intéresser tous les droits et libertés de la même manière ni dans les mêmes proportions. Il semble falloir ainsi envisager de manière différenciée « droits-libertés » et « droits-créances », dont les mises en œuvre s'ordonnent différemment, sans pour autant exagérer la distinction et perdre alors de vue les liens noués entre ces prérogatives. Au regard des attentes distinctes qu'elles sous-tendent envers l'Etat, il semble en effet que le service public ne puisse jouer exactement le même rôle envers elles.

---

<sup>90</sup> La majorité des ouvrages consacrés aux libertés publiques et aux droits de l'homme délaissent ainsi l'étude des « droits-créances » et concentrent leurs analyses sur le régime juridique des seules libertés.

<sup>91</sup> DE SCHUTTER (Olivier), « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in J-P. Marguenaud (dir.), *Juger les droits sociaux*, Chroniques de l'OMIJ n° 2 PULIM, 2004, p. 15.

<sup>92</sup> ROMAN (Diane), « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », in P. du Cheyron et D. Gélot (dir.), *Droit et pauvreté*, Séminaire ONPES-DREES-MIRE, 2007, p. 45

<sup>93</sup> DELVOLVÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 3.

Par ailleurs, il est clair qu'au sein même des « droits-libertés », les libertés économiques reconnues à l'individu soulèvent certaines interrogations particulières face à un service public dont les caractéristiques organisationnelles ont souvent pu être accusées d'entraver ces pouvoirs d'autodétermination spécifiques. La relation de garantie ainsi pressentie entre service public, droits et libertés n'est pas toujours d'une appréhension évidente, l'intensité de cette intervention pas toujours équivalente selon les prérogatives intéressées. Par ailleurs, et bien qu'il ne faille pas exagérer, là encore, la distinction entre les deux modalités d'intervention étatiques, il importe de rappeler que le service public ne constitue pas la seule possibilité de mise en œuvre des droits et libertés et que l'édiction de politiques publiques et de réglementations appropriées est parfois également susceptible d'offrir l'assurance d'un exercice effectif à ces derniers. La marge d'intervention du service public peut ainsi être fluctuante et mérite d'être précisée. Enfin, la question de la garantie des droits et libertés par le service, si elle semble se résoudre prioritairement dans une logique d'intervention, ne se livre peut-être pas toute entière sous ce seul aspect. La prise en charge même de l'activité obéit à certains principes directeurs dont l'impact touche à la fois celui qui œuvre pour le service, l'agent, comme celui qui entre en contact avec ce service afin de bénéficier des prestations qu'il délivre, c'est-à-dire l'utilisateur. La triple dimension de la notion de garantie, évoquée auparavant, doit alors être envisagée, car il importe de vérifier si ces règles de fonctionnement permettent d'assurer à ceux qui évoluent au sein du service, et dont les aspirations sont parfois peut-être contradictoires, à la fois le respect, la protection, et la concrétisation de leurs droits et libertés.

Ces interrogations sont par ailleurs loin d'être figées dans leur appréhension, car elles mobilisent des notions particulièrement évolutives. Cette évolution est celle des droits et libertés, bien sûr, dont la compréhension et l'étendue peuvent toujours s'enrichir afin de suivre la marche du temps et de la société, porteuses de nouvelles attentes et exigences dont le service public doit éventuellement se faire écho. Mais cette évolution est également celle du service public et de son acception contemporaine, qu'il faut dès lors confronter au rôle de mise en œuvre des droits et libertés pouvant lui être alloué. La mutation évoquée est principalement le fait du droit communautaire, lequel est venu, dans les deux dernières décennies du XX<sup>ème</sup> siècle, bouleverser ce qu'il était convenu d'appeler les schémas traditionnels du « service public à la française ». Ce n'est plus, en effet, un secret pour personne que certains traits organisationnels traditionnellement attachés au service public ont du subir l'assaut des politiques européennes, lesquelles, privilégiant une lecture économique des activités prises en charge, prônent la gestion de ces dernières sur le fondement de la libre

et égale concurrence, supposée mieux servir les intérêts des individus. Le choc était de taille au regard d'une conception du service public qui, dépassant la fonction première de prestation de ce dernier, était devenue emblématique de la légitimité d'intervention de l'Etat et supposait « *de soustraire une part variable mais significative des rapports socio-économiques à la logique du marché* »<sup>94</sup>. Sous cet aspect, l'Union européenne a orchestré une relecture économique du service public dont il a pu être craint qu'elle aboutisse à ce que ce dernier ne puisse plus assurer les missions d'intérêt général dont il était porteur. Ces missions, en effet, impliquent certaines obligations ne pouvant s'intégrer totalement dans le libre jeu économique. De telles limites ont néanmoins progressivement été admises par les instances communautaires, lesquelles ont prévu certaines inflexions aux règles de concurrence. Même s'il ne doit pas être surestimé - ces limitations relevant d'une logique dérogatoire - un rapprochement entre les logiques françaises et européennes a ainsi pu être constaté. L'intérêt général trouve une certaine marge d'expression au sein du système communautaire dont dépend aujourd'hui prioritairement le sort du service public.

Cette évolution brièvement retracée pose alors question quant au sort réservé aux droits et libertés dont la mise en œuvre est susceptible de s'organiser par le moyen du service public. Mais elle permet également d'entrevoir, peut-être, le sort du service public au regard de son rôle de garantie des droits et libertés. Il est en effet possible de se demander si ce n'est pas, précisément, autour de la protection de ces prérogatives que se concentrent aujourd'hui les enjeux touchant à la notion et à sa « survie » dans un environnement privilégiant les lois du marché en droit communautaire comme en droit national. Un phénomène dont la prise de conscience ne cesse de croître semble en effet avoir favorisé une sorte de « redécouverte », implicitement formulée, de l'influence de ce dernier en faveur d'un exercice effectif des droits et libertés. Ce phénomène est celui de l'exclusion, dont une définition univoque reste malaisée tant la notion est susceptible de recouvrir des réalités différentes. A vouloir tenter néanmoins de cerner la situation des personnes exclues, il apparaît que ces dernières appartiennent à la société mais en sont, pour diverses causes, rejetées<sup>95</sup>. La pauvreté constitue ainsi l'une des dimensions fondamentales de la notion d'exclusion. Or, « *sous les triples effets du chômage, des changements familiaux et des migrations qui bouleversent la structure et le revenu des*

---

<sup>94</sup> CAILLOSSE (Jacques), « Service public et concurrence - Le service public entre deux mythologies », *Droit ouvrier*, avril 2008, p. 20. Cet auteur rappelle ainsi la définition du service public que pouvait proposer M. Combarrous, alors président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, en 1980 : « *Aujourd'hui est service public une activité qui est considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée directement ou indirectement par la collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché* ».

<sup>95</sup> AUBIN (Emmanuel), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino Editeur, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 222.

ménages, la pauvreté, largement oubliée pendant les Trente Glorieuses, est redevenue une question publique centrale »<sup>96</sup>. Non loin, l'exclusion se nourrit par ailleurs des discriminations atteignant les individus, notamment dans le cadre de l'accès à l'emploi, et qui tendent de la même manière à fragiliser l'insertion sociale et à favoriser ainsi une certaine précarité<sup>97</sup>. En réponse, la lecture de ce phénomène d'exclusion a quitté aujourd'hui le seul champ sociologique pour privilégier une approche plus juridique<sup>98</sup>. Il est en effet désormais reconnu que, derrière la volonté de préservation de la cohésion sociale, se joue en réalité la sauvegarde de droits et libertés. La loi du 29 juillet 1998 marque ainsi en France un tournant lorsqu'elle précise que la lutte contre l'exclusion suppose la garantie de « l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance »<sup>99</sup>. L'exclusion est considérée comme porteuse d'une atteinte aux droits de la personne humaine que les politiques aussi bien communautaires<sup>100</sup> que nationales<sup>101</sup> entendent désormais combattre en utilisant, notamment, les potentialités du service public. Un mouvement semble ainsi se dessiner depuis plusieurs années en faveur d'une revalorisation de son statut d'instrument de lutte contre les inégalités. Certes, une telle logique a toujours été au cœur du service public. La prise en charge par les pouvoirs publics de nombreuses activités découlait, depuis l'origine, du constat selon lequel certains besoins devaient être mis à la portée de tous et le service public, au-delà de son activité de prestation proprement dite, a toujours été considéré comme « un agent de redistribution »<sup>102</sup> destiné à aplanir les disparités sociales. Mais, de plus en plus, l'accent semble mis sur cette influence qui lui est prêtée en matière de réduction de ces disparités, notamment au niveau des instances européennes où l'acceptation des limitations aux règles de concurrence induites par l'intérêt général porté par la notion de service public s'inscrit très nettement dans une perspective de

---

<sup>96</sup> DAMON (Julien), « Lutter contre la pauvreté - Perspectives face à la crise », *Problèmes politiques et sociaux* n° 957, 2009, p. 5.

<sup>97</sup> CUSSET (Pierre-Yves), « Crise de la cohésion sociale : éléments de diagnostic », *Droit social*, mai 2009, p. 518.

<sup>98</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 374 et s.

<sup>99</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion, *JO* 31 juillet 1998, p. 11679.

<sup>100</sup> V. ainsi Communication de la Commission « Un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI<sup>ème</sup> siècle » du 2 juillet 2008, COM (2008), 0412 final. La Commission précise dans ce cadre que « tous les citoyens doivent avoir accès à l'éducation, à une protection sociale, à des soins de santé et à des services de qualité (...) ».

<sup>101</sup> Peuvent ainsi être citées les initiatives législatives attachées à la mise en place d'une couverture maladie universelle (Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, *JO* 28 juillet 1999, p. 11229), à l'opposabilité du droit au logement (Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale dite « loi DALO », *JO* 6 mars 2007, p. 4190) ou à la mise en place du revenu de solidarité active (Loi n° 2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, *JO* 29 novembre 2008, p. 18236).

<sup>102</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 99.

préservation de la cohésion sociale et territoriale<sup>103</sup>. Sous ce prisme, la thématique des droits et libertés pénètre ainsi progressivement les discours juridiques et politiques intéressant le service public, lequel semble trouver dans ce rôle de garantie une raison d'être de plus en plus exclusive.

Or cette exclusivité soulève question car l'insistance mise aujourd'hui sur le rôle du service public en tant qu'arme de la lutte de contre l'exclusion et, partant, de défense des droits et libertés tend, peut-être, à modifier plus profondément qu'il ne paraît l'appréhension contemporaine de la notion. Le moteur du service public a toujours été l'intérêt général, dont il est clair que l'approche qu'en a défendue le juge administratif était très extensive<sup>104</sup>. Peu de limites s'imposent aux pouvoirs publics alors que les interventions directement nécessaires à l'exercice effectif des droits et libertés paraissent pouvoir être resserrées et constituer, en quelque sorte, un « noyau dur » d'intérêt général. Toutes les activités de services publics prises en charge ne semblent pas susceptibles d'être rattachées directement à une mission de garantie des droits et libertés. L'intérêt général, en faisant écho à certains besoins essentiels de la population, rejoint parfois cette dimension, mais pas toujours, ou de manière trop intermédiaire pour que cela puisse être pris en compte. Ainsi, si le service public doit trouver à être légitimé aujourd'hui en tant que défenseur des droits et libertés, c'est certainement selon une lecture plus restrictive.

Par ailleurs, ce même intérêt général légitime parfois certaines décisions allant à l'encontre des intérêts individuels défendus par ces droits et libertés. La suppression de certaines implantations locales de services publics en constitue un exemple classique. Par principe, l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts individuels mais le reflet de leur péréquation, laquelle est définie unilatéralement par les pouvoirs publics. Or ces derniers ont parfois pu être soupçonnés de privilégier une approche purement subjective d'un intérêt général dès lors abstrait et dangereux, car reflétant bien plus leur intérêt que celui des usagers. L'intérêt général a ainsi pu être considéré comme une « arme » aux mains de l'administration, rendant

---

<sup>103</sup> V. ainsi article 16 du Traité CE et article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. V. par ailleurs la communication de la Commission du 20 novembre 2007 « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM (2007) 724 final. Est précisé dans ce dernier texte que les services d'intérêt général « 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 et sont d'une importance vitale pour le développement de l'Union européenne en termes d'augmentation des niveaux d'emploi, d'inclusion sociale, de croissance économique et de qualité environnementale » (Point 2).

<sup>104</sup> En ce sens, notamment, TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, p. 64 et Rapport public du Conseil d'Etat, « L'intérêt général », EDCE n° 50, 1998, p. 273.

plus difficile l'exercice des droits et libertés et conduisant à « *rabaisser l'individu au rang de sujet* »<sup>105</sup>. Que l'individu et ses droits deviennent le principal référent du service public peut ainsi spontanément s'analyser à l'aune d'un progrès. Un « recentrage » du service public s'opère, qui oblige les pouvoirs publics à mieux prendre en compte les conditions d'exercice concret des droits et libertés et les impératifs du maintien de la cohésion sociale. Il peut être souhaité que cette dimension de l'intérêt général, plus restreinte et plus objective, guide désormais l'action des pouvoirs publics et la légitime dans un sens dès lors plus favorable à l'individu.

Toutefois, la logique de garantie des droits et libertés est porteuse d'une dimension individuelle qui ne peut totalement se fondre dans la logique égalitaire traditionnellement portée par le service public. L'intérêt général, par principe, relève d'une conception holistique à travers laquelle les intérêts individuels sont certes pris en compte, mais doivent être transcendés. Or, valoriser et légitimer aujourd'hui le service public sous le seul angle de son impact en terme d'accès aux droits et libertés n'est pas neutre car nuance obligatoirement cette transcendance. Cela risque, à certains égards, d'entraîner une fragmentation, et dès lors une perte de sens de l'intérêt général, lequel demeure la traduction de la solidarité unissant les individus au-delà de leurs intérêts propres. Le service public est en effet appelé, sous l'impulsion d'une logique axée sur les droits et libertés, à abandonner la généralité de son action, reflet de la « *totalité sociale* »<sup>106</sup>, pour s'intéresser à l'individu titulaire de ses prérogatives et aux situations particulières auxquelles il est confronté et qui sont susceptibles de constituer, ou non, un obstacle à l'exercice effectif de ses droits et libertés. Un glissement risque de se produire, par lequel l'attention du service public est invitée à se concentrer plus particulièrement sur ceux pour lesquels cet exercice n'apparaît pas aller de soi et à intervenir de manière privilégiée en leur faveur. L'impératif d'interdépendance guidant le service public peut trouver à en souffrir et, paradoxalement, avec lui, le maintien de la cohésion sociale dont le service public se fait le défenseur. Au-delà d'une certaine mesure, la dimension individualiste des droits et libertés semble se heurter à la logique transcendante traditionnellement portée par le service public.

---

<sup>105</sup> MADIOT (Yves), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », *Mélanges Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 355. V. également BRACONNIER (Stéphane), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997, p. 403.

<sup>106</sup> MELLERAY (Fabrice), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003, p. 1962

Loin de pouvoir être résumée en quelques formules lapidaires, la relation entre le service public et les droits et libertés soulève ainsi en réalité de très nombreuses interrogations. Implicitement, elle apparaît en effet, au coeur des mutations dont a aujourd'hui à connaître le service public, s'inscrivant dans le mouvement plus vaste de recomposition et de relégitimation de l'action publique sur de nouveaux fondements. Cette relation nouée entre les notions de service public et de droits et libertés est complexe, et la volonté de la décrire et de l'analyser n'a pas pour ambition de parer le service public de toutes les vertus ou, au contraire, de l'accuser de tous les maux, mais de rendre compte du lien de garantie pouvant être constaté, de son évolution, et de l'impact de celui-ci tant sur les droits et libertés que sur le service public. Cette relation s'analyse en effet comme une interaction induisant certaines modifications de la perception du service public. Ces dernières ne sont pas immédiatement perceptibles. A risquer une image, il semble qu'un parallèle puisse ici être opéré avec ces tableaux qui ne révèlent pleinement leur teneur que lorsque l'observateur s'est écarté de la toile afin de pouvoir les appréhender dans leur totalité. En effet, c'est en réexaminant les différentes facettes du service public, dans sa logique comme dans ses modalités d'intervention, et le lien de garantie que cette notion est alors susceptible, sous ces différentes dimensions, de nouer avec les droits et libertés, qu'il paraît possible d'appréhender pleinement, et dans toute leur complexité, les mutations à l'œuvre.

Comprendre comment s'articule cette relation et quels sont ses effets implique ainsi, en premier lieu, de convoquer les différentes prérogatives reconnues à l'individu, « droits-créances » ou libertés « classiques », afin d'évaluer quelle « demande » de service public elles sous-tendent. Cerner au plus près de chacun de ces droits ou libertés la réponse organisée est nécessaire afin d'éprouver l'impact bénéfique du service public, longtemps laissé dans l'ombre, et rendre compte de la manière dont ce dernier semble aujourd'hui, de plus en plus, appelé à être légitimé et valorisé, sous cet aspect particulier, dans un contexte économique libéral nuancé par des impératifs de cohésion (*Première Partie*). Les principes gouvernant la mise en œuvre des droits et libertés au sein du service public confirment alors cette logique de garantie tout en révélant dans le même temps, de manière plus concrète, le mouvement d'individualisation des prestations pressenti et les effets, positifs et négatifs, de ce « recentrage » en faveur de l'usager. La valorisation du service public sous le prisme de la défense des droits et libertés se matérialise en effet à travers une modernisation de ses règles de fonctionnement, phénomène qui se révèle ainsi à la fois instrument et conséquence des novations profondes intéressant la notion (*Seconde Partie*).





**PREMIERE PARTIE**  
**LA VALORISATION CONTEMPORAINE DE LA FONCTION**  
**DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC**

« Droits-créances » et « droits-libertés » ne portent pas en eux des implications pratiques similaires. Attachés à certains objets concrets liés aux conditions de vie matérielles ou intellectuelles des individus, les « droits-créances » exigent traditionnellement une intervention positive de l'Etat pour être satisfaits, quand les libertés trouvent, en principe, à s'épanouir par elles-mêmes. Certes, comme toute présentation schématique, celle-ci connaît dans les faits d'importantes nuances qui vont devoir être développées afin de cerner au plus près le rôle de garantie du service public. Pour autant, cette dichotomie classique doit servir de fil conducteur car elle permet de rendre compte d'une réalité difficilement contestable, à savoir que l'adéquation entre le service public et les « droits-créances » est plus directement perceptible et d'une plus forte intensité que ne l'est celle entretenue avec les libertés « classiques ». C'est ainsi en priorité au regard de ces exigences particulières, car supposant une intervention positive, que s'ordonne la recherche du rôle bénéfique que peut jouer le service public (Titre premier), avant que ne soit par la suite analysé le lien de garantie, moins spontanément observable mais tout aussi réel, que la notion entretient avec les « droits-libertés » et la relation spécifique qu'elle tisse alors avec les libertés économiques (Titre second). C'est en envisageant tour à tour ces différents aspects que se révèlent alors à la fois le constat selon lequel ce procédé est depuis toujours un instrument de mise en œuvre de ces prérogatives et la perception d'un mouvement tendant aujourd'hui à la « recouverte » de ce rôle de garantie.



**TITRE PREMIER**  
**LE SERVICE PUBLIC, UN INSTRUMENT DE GARANTIE**  
**DIRECTEMENT SOLLICITE PAR LES « DROITS-CREANCES »**

La doctrine de droit civil reconnaît sous le terme de créance le droit d'une personne, le créancier, d'exiger une prestation d'une autre personne, alors connue sous l'appellation de débiteur. Lorsqu'elle est ramenée à la sphère du droit public, cette notion de créance trouve également à s'appliquer, l'individu pouvant en effet être considéré comme un créancier par rapport à l'Etat, débiteur à son égard de la satisfaction de certains besoins essentiels par le biais d'interventions positives concrètes. L'expression « droit-créance »<sup>107</sup> résume alors en elle-même l'avènement de « *pouvoirs d'exiger* » qui se juxtaposeraient aux « *pouvoirs d'agir* » constitués par les libertés traditionnelles<sup>108</sup>. C'est là une évolution particulièrement remarquable dans l'histoire des droits de l'homme. A côté des droits-libertés « défensifs », considérés comme autant de pouvoirs d'autodétermination, et à l'égard desquels l'autorité publique ne doit logiquement répondre que par une attitude d'abstention, s'ajoutent ces « *droits à* » qui supposent, et même imposent en théorie, des prestations positives à la charge de l'Etat. Ce dernier se voit ainsi obligé d'intervenir « *en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine* »<sup>109</sup>.

Contrairement à une idée largement répandue, une telle exigence est déjà formalisée à l'époque révolutionnaire. Dès cette époque, un rôle actif des pouvoirs publics, même s'il est compris *a minima*, de par le cadre libéral auquel s'attache alors la conception des droits et libertés, est envisagé. Cette demande d'intervention positive trouve ainsi place implicitement au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsque cette dernière prévoit l'instauration d'une force publique indispensable à la garantie des droits énoncés<sup>110</sup>. Plus avant, l'idée d'une dette de la société trouve déjà une traduction dans les Constitutions de 1791 et 1793, lesquelles prévoient la reconnaissance de certaines prestations matérielles en

---

<sup>107</sup> Laquelle semble trouver son origine dans l'analyse pionnière du Préambule de la Constitution de 1946 de Jean Rivero et Georges Vedel, « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 13.

<sup>108</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 86.

<sup>109</sup> GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 13.

<sup>110</sup> Article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique (...) instituée pour l'usage de tous* ».

matière de secours et d'instruction<sup>111</sup>. Est ainsi dès l'époque consacré un droit de l'individu auquel répond un devoir de l'Etat et s'assimilant à un « droit-créance »<sup>112</sup>. De la même manière, la Constitution de 1848 met à la charge de l'Etat certaines obligations sociales en matière d'assistance et d'enseignement<sup>113</sup>. Mais il faut attendre 1946 pour que la consécration formelle de ces impératifs spécifiques prenne toute son ampleur. Une lente évolution et progression des idées, tenant tant aux droits des individus qu'au rôle de l'Etat à leur égard, trouve un point d'aboutissement à cette époque particulière. La compréhension classique du libéralisme s'efface devant la prise en compte pragmatique d'une nécessité d'interventionnisme étatique dans les domaines économiques et sociaux, appelée par la consécration de certaines exigences positives. Sans le « rempart de l'Etat », le « jeu spontané de la société civile »<sup>114</sup> creuse les écarts déjà existants, constat amenant à estimer, par la reprise de la maxime attribuée à Lacordaire, qu'« entre le fort et le faible, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime ». L'Etat devient alors l'instrument permettant de réduire les inégalités : inégalités économiques, de par son intervention dans ce domaine, mais également, et de manière connexe, inégalités sociales, en fournissant des prestations appelées à nuancer l'injustice inépuisable des rapports sociaux. « Constatant que, par ses seules forces, l'homme est impuissant à accomplir sa vocation d'être libre, on invite le Pouvoir à assurer les conditions de sa libération. Le droit devient alors une créance sur la société »<sup>115</sup>. Cette conception renouvelée prévaut lors de la rédaction de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République dont le Préambule constitue sans conteste « le texte symbole de l'affirmation des droits-créances »<sup>116</sup>. Confirmatif lorsqu'il réaffirme en tout premier lieu « les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 », ainsi que les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », il se révèle en revanche novateur lorsque sont proclamés, en tant que principes « particulièrement nécessaires à notre temps », de nouveaux « principes politiques, économiques et sociaux », parmi lesquels vont se

<sup>111</sup> V. alinéa 7 et 8 du Titre premier de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Il sera créé et organisé un établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer ». « Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens (...) ». La Constitution de 1793 présente quant à elle les secours comme « une dette sacrée », la société devant « subsistance aux citoyens malheureux » (v. article 21 de la Constitution du 24 juin 1793). L'instruction est par ailleurs « le besoin de tous » et la société « doit favoriser les progrès de la raison publique et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens » (article 22).

<sup>112</sup> V. sur ce point BORGETTO (Michel), *La notion de fraternité en droit public français*, L.G.D.J., 1993, p. 179 et s. et GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 50.

<sup>113</sup> V. alinéa VIII du Préambule de la Constitution de 1848.

<sup>114</sup> WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 55.

<sup>115</sup> BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome VII, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1973, p. 590.

<sup>116</sup> RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de 1946 », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURRAP-PUF, 1996, p. 169.

compter un certain nombre de « droits-créances » dont tout individu peut se prévaloir. Sont consacrés le droit à la protection de la santé, de la sécurité matérielle, du repos et des loisirs<sup>117</sup>, l'accès à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture<sup>118</sup>, la garantie offerte à tout être humain d'obtenir de la collectivité « *des moyens convenables d'existence* » dans les cas où il se trouve « *dans l'incapacité de travailler* »<sup>119</sup>, l'assurance d'une solidarité devant les charges résultant des « *calamités nationales* »<sup>120</sup> ainsi que le « *droit d'obtenir un emploi* »<sup>121</sup>. L'avènement de ces droits économiques et sociaux met la France au diapason de la plupart des autres Etats européens et de la société internationale, lesquels aménagent dès cette époque une large place à ces exigences<sup>122</sup>.

A partir de 1946, le « catalogue » français des droits et libertés s'enrichit ainsi à travers l'appréhension simultanée des libertés traditionnelles et de droits à vocation économique et sociale, parmi lesquels se détachent certaines créances sur la société<sup>123</sup>. Ces dernières, s'éloignant de l'abstraction de la Déclaration de 1789, s'ancrent dans la réalité, se révèlent plus liées aux circonstances et ciblent souvent des personnes jugées particulièrement vulnérables : travailleurs, enfants, mères, personnes âgées, malades<sup>124</sup>. Ces droits « *ne sont plus ceux de l'Homme, de l'individu abstrait : ils bénéficient à l'homme situé* »<sup>125</sup>, envisagés dans sa sphère de travail, son cadre familial, son état physique et, au-delà, dans une société

---

<sup>117</sup> Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

<sup>118</sup> Alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

<sup>119</sup> Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (seconde phrase) : « *Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

<sup>120</sup> Alinéa 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* »

<sup>121</sup> Alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

<sup>122</sup> Peuvent ainsi être citées la Constitution italienne du 27 octobre 1947 et la Constitution espagnole du 27 décembre 1978, lesquelles font toutes deux place à ces droits économiques et sociaux. L'avènement de tels droits est par ailleurs formalisé dans la sphère internationale, notamment par leur insertion dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la Charte sociale européenne de 1961, le Pacte international de 1966 ou dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, considère que, bien que la Convention n'évoque que des libertés classiques, « *nulle cloison étanche* » ne sépare les droits économiques et sociaux de ces dernières (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, n° 32, *AFDI* 1980, p. 323, chron. R. Pelloux).

<sup>123</sup> Tous les droits économiques et sociaux consacrés dans le Préambule de 1946 ne relèvent pas en effet de droits-créances. Le droit de grève ou la liberté syndicale doivent ainsi être rangés dans la catégorie des droits-libertés, exigeant prioritairement pour leur garantie une abstention de l'Etat et non son intervention.

<sup>124</sup> Leur dimension universaliste demeure cependant, ces droits-créances étant, au-delà de ces précisions, reconnus à tout individu. La formulation des alinéas précités (« *à tous* », « *chaque être humain* ») en témoigne. V. GAY (Laurence), *op. cit.*, p. 14.

<sup>125</sup> BURDEAU (Georges), *Les libertés publiques*, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1966, p. 19.

donnée à un moment donné. La prise en compte de ces variables constitue un élément fondamental de la compréhension de la particularité des « droits-créances », lesquels ne peuvent se détacher des attentes de la société dans laquelle ils s'appliquent. Or, de manière indiscutable, toute société est appelée à évoluer et à se transformer, entraînant l'émergence de nouveaux besoins fondamentaux. De telles évolutions se sont assurément produites depuis l'après-guerre. Soixante ans ne peuvent s'être écoulés sans que de nouvelles attentes sociales soient apparues et, avec elles, l'émergence de nouvelles exigences formulées envers l'Etat. L'avènement de l'objectif de valeur constitutionnelle visant « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »<sup>126</sup>, aujourd'hui mis en œuvre par la loi<sup>127</sup>, tout comme l'entrée de la Charte de l'environnement dans le Préambule de la Constitution<sup>128</sup> en témoignent. Toutefois, en dehors de ces hypothèses, l'évolution de la « liste » de droits et libertés français paraît être restée statique, soulevant dès lors la question de l'exhaustivité de la détermination traditionnelle des « droits-créances » offerte par le Préambule de la Constitution.

Cette interrogation se superpose par ailleurs à une autre incertitude, liée cette fois à la forme que doivent prendre les interventions positives exigées par les « droits-créances ». Rien, ou presque, n'indique dans la formulation de ces derniers les modalités indispensables à leur mise en œuvre et ne saurait faire spontanément deviner le service public comme instrument privilégié de concrétisation. Une telle affirmation ne peut en effet découler que d'une analyse approfondie, dans laquelle le lien de garantie existant, depuis l'origine, entre service public et « droits-créances » se trouve mis en lumière et éprouvé. La remise en perspective de ce rôle privilégié de mise en œuvre des « droits-créances » intéresse en premier lieu les exigences aujourd'hui classiquement consacrées dans le texte constitutionnel (*Chapitre premier*) mais ne saurait s'arrêter là. Bien que demeurant en marge de toute consécration constitutionnelle, d'autres besoins fondamentaux de la vie humaine, liés à certaines prestations essentielles, semblent en effet aujourd'hui être accueillis, porteurs d'obligations positives que l'Etat doit prendre en charge, et envers lesquels le service public trouve à confirmer et enrichir son rôle de garantie dans une perspective marquée de lutte contre l'exclusion (*Chapitre second*).

---

<sup>126</sup> CC n° 94-359 DC, 15 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, Rec. p. 176.

<sup>127</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JO 6 mars 2007, p. 4190. Sur ce point, v. *infra*, Chapitre suivant.

<sup>128</sup> V. loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO 2 mars 2005, p. 3697. V. *infra*, Chapitre suivant.

## CHAPITRE PREMIER

### LE SERVICE PUBLIC, GARANTIE DES « DROITS-CREANCES » CONSACRES DANS LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION

Si le Préambule de la Constitution de 1946 constitue le creuset principal des « droits-créances », certaines exigences positives sont néanmoins déjà consacrées dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>129</sup>. D'inspiration incontestablement libérale, ce texte laisse en effet transparaître certaines prestations à la charge de l'Etat. Ces dernières témoignent de la vision pragmatique des révolutionnaires qui, loin de rejeter en bloc toute intervention du pouvoir, le confirment dans un rôle minimal, mais fondamental, de gardien de l'ordre public. L'intervention à la charge de l'Etat s'ordonne alors par l'intermédiaire des réglementations fixant les droits et obligations des citoyens et encadrant leur comportement, mais doit se traduire également par la prise en charge de certaines actions matérielles indispensables à la préservation de cet ordre public. Un droit à la sûreté, compris dans le sens d'une protection contre l'arbitraire aussi bien que dans le sens d'une protection de la sécurité implique ainsi l'intervention de certains services publics, tels ceux attachés à la justice, la police ou l'armée<sup>130</sup>. « *Sous-produits* » traditionnels de l'Etat gendarme<sup>131</sup>, de nature régaliennne, ils prennent en charge des tâches sociales insusceptibles, en principe, d'être assumées par l'initiative privée<sup>132</sup> et répondant assurément à l'un des besoins sociaux les plus élémentaires des individus, la sécurité.

Le cadre d'analyse est, en revanche, moins nettement délimité s'agissant des exigences explicitement reconnues et consacrées par le Préambule de 1946. Certes, recenser les « droits-créances » contenus dans ce texte ne relève pas d'une extrême difficulté. Listés formellement au sein des différents alinéas en composant la trame, ces derniers se distinguent par leur caractéristique principale, à savoir la demande d'une prestation positive à la charge des

---

<sup>129</sup> V. ainsi l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique (...) instituée pour l'usage de tous* ».

<sup>130</sup> Pour une détermination précise de ces services, v. *infra*, Section seconde, Paragraphe Premier, A/.

<sup>131</sup> MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 25.

<sup>132</sup> « *Pour des raisons d'efficacité, l'Etat doit donc se charger lui-même, par l'intermédiaire d'agents professionnels, d'un certain nombre de tâches sociales indispensables, mais limitées, telle est la place du service public dans l'Etat libéral, c'est un ensemble de fonctions que l'Etat doit entreprendre pour des raisons pratiques, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être assumées par l'initiative privée, par le jeu de l'échange (...)* ». MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *op. cit.*, p. 26.

pouvoirs publics<sup>133</sup>. Toutefois, passé ce stade liminaire, ces exigences se révèlent d'une appréhension hasardeuse tant la détermination de la forme même que doit revêtir la prestation demandée reste floue. Il n'est en effet jamais expressément fait mention de l'intervention du service public au sein du Préambule. Pourtant, les premiers exégètes du Préambule estiment à l'époque que le procédé éclipse, au regard des « droits-créances », toute autre modalité de mise en oeuvre<sup>134</sup>. Le caractère d'évidence de cette affirmation tend alors à faire présumer le lien de garantie existant entre le service public et ces exigences particulières. Mais ce lien ne relève que d'un pressenti qu'il convient d'opposer aux faits. Dans ce but, il importe de rechercher en quoi le service public peut être considéré, dès 1946 et jusqu'à aujourd'hui, comme un procédé indispensable de mise en œuvre des « droits-créances ». Ce faisant, la présomption acquiert progressivement la force d'une certitude. Le service public paraît en effet offrir à ces droits la garantie de leur concrétisation et de leur respect (*Section première*), garantie qui se matérialise aujourd'hui à travers différents services publics concrètement identifiables (*Section seconde*).

## **SECTION PREMIERE**

### **UN INSTRUMENT DE GARANTIE INDISPENSABLE**

La garantie des « droits-créances » implique nécessairement l'intervention d'aménagements destinés à concrétiser les exigences posées. C'est là la particularité principale de ces droits mais également, de manière consubstantielle, leur faiblesse originelle et inéluctable, qu'une comparaison générale avec la situation des « droits-libertés » illustre clairement. En effet, quand les libertés, pour être satisfaites, ne sont censées réclamer des pouvoirs publics aucune intervention positive<sup>135</sup>, l'individu pouvant en principe les exercer immédiatement du fait de sa seule autonomie, les « droits-créances » ne peuvent quant à eux offrir la perspective d'une jouissance immédiate. Leur définition même suppose en effet l'intervention de l'Etat. D'emblée, leur satisfaction ne peut donc être aussi spontanée, à ce constat s'ajoutant celui selon lequel cette concrétisation doit être opérée par le débiteur même à l'encontre duquel la

---

<sup>133</sup> Certaines dispositions soulèvent néanmoins des interrogations. L'alinéa 4 du Préambule, selon lequel « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République* » en fournit ainsi l'exemple. Il consacre en effet avant tout une liberté opposable à l'Etat, celle de pouvoir accéder au territoire national, mais suppose dans le même temps une intervention positive des pouvoirs publics afin de fixer ses modalités concrètes d'exercice. Sur le caractère « mixte » de cette liberté, v. également *infra*, Titre second, Chapitre premier.

<sup>134</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 13.

<sup>135</sup> Affirmation qui peut cependant être nuancée, v. *infra*, Titre second, Chapitre premier.



créance va s'exercer. Certains estiment dès lors que les « droits-créances » sont marqués, sur le plan théorique, du sceau de la virtualité<sup>136</sup>. Ces exigences dépendent par ailleurs toujours du niveau de développement économique et social. Leur garantie a en effet un coût et suppose des ressources suffisantes, caractéristique accentuant encore pour ces auteurs la relativité de leur effectivité. L'inertie du Pouvoir, volontaire et/ou liée à des considérations matérielles, risquerait ainsi de laisser ces exigences à l'état de droits « *mort-nés* »<sup>137</sup>. Enfin, les « droits-créances » sont dépendants des pouvoirs publics quant à leur matérialité. La généralité de leur formulation paraît en effet laisser à l'Etat une marge d'appréciation extrêmement large quant aux moyens à utiliser pour leur mise en œuvre. L'autorité semble libre d'appréhender l'exigence comme elle le souhaite, notamment quant à l'intensité de la réponse devant y être apportée et la forme de cette dernière. Toutefois, la présomption selon laquelle les « droits-créances » exigeraient implicitement la mise en place de services publics, si elle est vérifiée, tend à faire reculer la menace de virtualité en limitant le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont disposent potentiellement les pouvoirs publics au regard de leur concrétisation. Or, l'analyse conduit à conclure au bien-fondé de cette hypothèse. De nombreux arguments tirés de l'étude du Préambule militent en effet en faveur de la reconnaissance du service public en tant que procédé indispensable de garantie des « droits-créances » (Paragraphe premier), affirmation par ailleurs aujourd'hui confirmée et renforcée à travers l'intervention de la notion de service public constitutionnel (Paragraphe second).

#### PARAGRAPHE PREMIER UNE GARANTIE IMPLICITEMENT ACCUEILLIE PAR LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DE 1946

Etant donné la largesse des formulations des « droits-créances », rien ne permet, au terme d'une lecture superficielle du texte les consacrant en France, de déterminer la forme que doit revêtir l'intervention positive réclamée. La formulation du droit à la protection de la santé<sup>138</sup>,

---

<sup>136</sup> Cette idée est particulièrement développée par Jean Rivero et Hugues Moutouh (*Libertés publiques*, Tome I, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 90). Cette virtualité apparaît néanmoins comme l'une des caractéristiques potentielles de l'ensemble des droits et libertés et pas seulement des « droits-créances ». Paradoxalement, ces derniers ont en effet été consacrés afin de lutter contre une autre forme de virtualité, touchant cette fois les libertés traditionnelles, et découlant du fait que l'usage effectif par tous de ces libertés reste un élément abstrait et relatif lorsque ne sont pas réunies certaines conditions concrètes justement offertes par les « droits-créances ».

<sup>137</sup> MOURGEON (Jean), *Les droits de l'homme*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 8<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 80.

<sup>138</sup> Alinéa 11 du Préambule de 1946.

par exemple, peut ainsi aussi bien sous-tendre l'intervention de politiques d'information et de prévention sur les risques sanitaires qu'un encadrement législatif et réglementaire de l'exercice des professions médicales ou la mise en place de services publics médicaux. Dans tous ces cas, l'Etat agit positivement et ces différents types d'intervention, concourant tous au même objectif, ne sauraient s'exclure les unes les autres. Les pouvoirs publics semblent par ailleurs très bien pouvoir décider de s'en tenir à la simple réglementation de l'activité en cause et ne pas assumer eux-mêmes ou sous leur contrôle la gestion des tâches matérielles qui s'y attachent, comme, ici, la délivrance de soins. Le choix de faire intervenir ou non le procédé de service public demeure donc logiquement à leur libre appréciation. Cette imprécision découle certainement du fait que les constituants n'ont, à l'époque, pas l'impression d'édicter des normes relevant d'une réelle portée juridique<sup>139</sup>. Ce choix d'une formulation vague relève par ailleurs peut-être d'une volonté délibérée des constituants de 1946, désireux de n'encadrer qu'au minimum l'intervention publique. Il est vrai que le caractère évolutif de ces exigences, soumises par essence aux mutations économiques et sociales des secteurs auxquels elles touchent, peut impliquer certaines modulations dans leur mise en œuvre<sup>140</sup>. L'imprécision serait ainsi volontaire, destinée à favoriser leur concrétisation par le législateur hors de tout carcan prédéfini. Mais, rempart ou adjuvant du caractère virtuel des « droits-créances », elle constitue un obstacle à la compréhension du service public comme outil de garantie indispensable. Et ce n'est qu'à travers une analyse approfondie de l'esprit (A) et de la lettre (B) du texte de 1946 que se révèlent les arguments permettant d'aboutir à une conclusion allant en ce sens.

---

<sup>139</sup> La consécration de nouveaux droits par le Préambule de la Constitution de 1946 et la réaffirmation par ce texte des droits et libertés de 1789 font ressurgir le débat quant à la valeur juridique à accorder à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Maurice Hauriou affirmait ainsi sa valeur de coutume constitutionnelle, Léon Duguit celle de sa valeur supra-constitutionnelle, tandis que des auteurs tels Esmein ou Carré de Malberg y voyaient des principes de droit naturel, à portée morale ou philosophique, mais non juridique. Or, en 1946, il semble que cette dernière position soit celle des constituants, qui excluent le Préambule du contrôle de constitutionnalité du Comité constitutionnel et tendent ainsi à lui dénier une portée juridique. En ce sens, GUGLIELMI (Gilles), « Débattre d'un ... et écrire le ... Préambule », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 64. Sur la juridicité du Préambule, v. également *infra*, Section première, Paragraphe second, A/, 2).

<sup>140</sup> Lors de la première assemblée constituante, Pierre-Henri Teitgen précisait ainsi que « *La déclaration des droits doit seulement donner des directives et poser des principes susceptibles de s'adapter à l'évolution économique et sociale* ». *Comptes rendus analytiques des séances de la commission de la Constitution*, ANC, 1946, Tome I, séance du 10 janvier 1946, p. 171.

## *A / Une intervention du service public conforme à « l'esprit » de 1946*

Le contexte se révèle parfois tout aussi important et révélateur que le texte qui en est la conséquence. Le Préambule de la Constitution de 1946 n'échappe pas à cette règle, d'autant que la période durant laquelle s'inscrit son apparition correspond à une période charnière, à savoir celle de l'immédiat après-guerre. L'heure est alors à la reconstruction, au niveau économique, social mais également institutionnel, le gouvernement de Vichy ayant disparu avec la victoire des Alliés<sup>141</sup> et le peuple français ayant exprimé, par le référendum du 21 octobre 1945, sa volonté d'abandonner les institutions de la III<sup>ème</sup> République. L'enjeu est donc d'importance pour les constituants dont l'élection s'est déroulée concomitamment au référendum, car pèse sur eux la mise en place d'un nouvel ordre constitutionnel marquant à la fois clairement la victoire sur l'oppression et la refondation des institutions et de l'ordre social. « *La nécessité de prendre le contre-pied des doctrines totalitaires négatrices par essence des droits de l'homme* »<sup>142</sup> s'impose comme une évidence. Les constituants de la Libération entendent, par leur œuvre, sonner le glas de la période sombre qui vient de s'achever en réaffirmant de manière solennelle les droits et libertés reconnus à l'individu. Cependant, le premier projet de l'Assemblée constituante, en date du 19 avril 1946, est soupçonné de faire le lit d'un régime d'assemblée et se voit repoussé par le référendum du 5 mai. Avec lui disparaît une Déclaration des droits de l'homme particulièrement novatrice en matière de droits économiques et sociaux<sup>143</sup> que la seconde Constituante, à l'origine de la Constitution du 27 octobre 1946 instaurant la IV<sup>ème</sup> République, remplace par un Préambule plus modeste. Fruit du remaniement de la précédente Déclaration<sup>144</sup>, ce texte consacre alors différents « droits-créances », sans pour autant déterminer les procédés par lesquels ces derniers doivent se concrétiser. Mais « *l'historien éclaire le juriste dans son travail d'exégèse* »<sup>145</sup>, et se replonger dans le climat politique de l'époque (1) et dans les travaux préparatoires des deux Constituantes (2) offre plusieurs indices propres à faire reconnaître le service public comme procédé essentiel de mise en œuvre de ces droits.

---

<sup>141</sup> L'ordonnance du 9 août 1944 frappe d'inexistence ce régime et procède au rétablissement de la légalité républicaine. Sont à cette date considérés comme « *nuls et de nul effet* » les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires promulgués postérieurement au 16 juin 1940.

<sup>142</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 13.

<sup>143</sup> Cette Déclaration comprenait en effet trente-neuf articles, dont dix-sept (articles 22 à 39) consacraient de manière détaillée des droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>144</sup> Le glissement, à cette occasion, d'une « Déclaration de droits » à un simple « Préambule » révélant à lui seul l'ambition plus nuancée des membres de la seconde Constituante.

<sup>145</sup> ISRAEL (Jean-Jacques), « Alinéa 9 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 221.

### 1) *Un procédé suggéré par le contexte politique et idéologique de l'époque*

La consécration de créances mises à la charge de la collectivité est souvent présentée comme relevant d'une véritable révolution. Or, s'il est vrai que ces droits n'avaient jusqu'à 1946 jamais bénéficié d'une reconnaissance formelle d'ampleur<sup>146</sup>, leur affirmation à cette date est cependant loin de relever d'une impulsion subite des constituants. Ces derniers ne découvrent pas *ex nihilo* ces prérogatives censées enrichir le catalogue déjà existant car la nouvelle donne en matière de libertés résulte en réalité d'un lent processus de maturation. L'idée selon laquelle les individus sont en droit d'attendre de la société certaines prestations n'est en effet pas neuve et nourrit depuis longtemps le débat sur les droits de l'homme. Une prise de conscience des insuffisances des libertés dites « classiques », axées sur la seule autonomie de l'individu, se développe dès 1789. Fondées sur le constat selon lequel la reconnaissance des libertés ne peut dépasser le stade formel si un minimum d'égalité concrète ne vient les rendre accessibles à tous, Gracchus Babeuf ou Jacques Roux<sup>147</sup> accusent les libertés proclamées de n'être réservées qu'à une petite élite. Se trouve ainsi déjà en germe la critique des droits de l'homme formalisée et systématisée au XIX<sup>ème</sup> siècle par la pensée marxiste. Schématiquement, les « droits-libertés » ne seraient en effet détenus que par une minorité privilégiée, à défaut, pour une grande part des individus, de disposer des moyens concrets permettant de les exercer. Est ainsi prôné le rejet de l'économie de type libéral fondée sur la propriété privée, le passage aux libertés réelles supposant la mise à disposition de l'ensemble de la population des biens matériels nécessaires<sup>148</sup>. Parallèlement, et sous une forme plus nuancée, la prise de conscience de la nécessaire adjonction d'une démocratie économique et sociale à la démocratie politique s'enrichit d'une pensée sociale issue du catholicisme et prônant le droit des individus à exiger de l'Etat des interventions correctrices des inégalités, hors des principes de charité ou d'aumône. C'est là, notamment, l'apport de plusieurs encycliques papales, dont les plus significatives restent celle de Léon XIII, *Rerum novarum*,

---

<sup>146</sup> A l'aube du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'absence de renouvellement dans l'acception des droits et libertés était somme toute logique : une telle évolution aurait été mal comprise alors même que les libertés proclamées à la Révolution n'étaient pas encore véritablement assises. L'égalité en droits reste seule consacrée, et il faut attendre la révolution de février 1848 pour qu'une volonté de renouveau s'esquisse et qu'une synthèse entre la conception libérale classique et la prise en compte d'aspirations sociales sous-tende un plus important interventionnisme étatique. Les lois constitutionnelles de 1875 demeurent cependant muettes quant à cette avancée, laquelle ne se trouve donc véritablement formalisée au niveau constitutionnel qu'en 1946.

<sup>147</sup> Chef de file des Enragés, Jacques Roux estime ainsi que la liberté et l'égalité sont « *de vains fantômes* » quand « *une classe d'homme peut affamer l'autre impunément* ». V. MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 60.

<sup>148</sup> « *Marx opte donc sans réserve pour une défense des droits-créances, non seulement à côté des droits-libertés, mais, peut-on dire, contre eux, tant est grand son mépris pour les institutions parlementaires et, plus généralement, les libertés publiques* ». FERRY (Luc) et RENAULT (Alain), *Philosophie politique*, Tome 3, PUF, 1985, p. 126.

datée de 1891, et celle de Pie XI, *Quadragesimo anno*, diffusée en 1931. Par la suite, cette double influence<sup>149</sup> trouve écho, pendant la guerre, dans le programme du Conseil National de la Résistance, lequel consacre la reconnaissance de droits économiques et sociaux<sup>150</sup>.

Au sortir de la guerre, laquelle a engendré une régression effrayante des droits de l'homme, la nécessité « *de réinscrire la République nouvelle dans le prolongement des conquêtes de la liberté* »<sup>151</sup> fait l'unanimité. Dans cette perspective, la question se pose alors avec vigueur de déterminer si la seule reprise des libertés consacrées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en tant que « *vérités permanentes et éternelles* »<sup>152</sup> est suffisante, ou si l'ouverture vers de nouveaux droits appartenant au champ économique et social doit être consacrée. Cette dernière hypothèse triomphe du débat. L'idéologie dominante, portée par le souffle décisif de la Résistance, est d'inspiration socialisante et la majorité politique qui se dessine se fait très clairement l'écho de cette nouvelle donne. La guerre a en effet redessiné l'échiquier politique. Trois forces principales occupent le devant de la scène, soit nées de la Résistance, comme c'est le cas pour le MRP<sup>153</sup>, soit ayant connu un essor nouveau à travers elle, s'agissant de la SFIO et du Parti communiste. L'implication dans la lutte armée contre l'occupant confère à ce parti un lustre particulier<sup>154</sup>, qui explique son succès lors du référendum du 21 octobre 1945. A cette date s'affirme très nettement la prééminence de la gauche marxiste ; pour la première fois, socialistes et communistes frôlent la majorité absolue des voix<sup>155</sup>. La composition politique de la première Constituante varie par ailleurs à peine

---

<sup>149</sup>A laquelle il convient d'ajouter, dans une moindre mesure, celle issue de la philosophie personnaliste d'Emmanuel Mounier, lequel prône également la mise en place par l'Etat des moyens nécessaires à l'exercice des libertés et l'intégration de l'individu dans les communautés qui l'entourent, telles la famille ou le milieu professionnel. Cette conception se retrouve dans sa « Déclaration internationale des droits des personnes et des collectivités », proposée en 1945 et qui suscite à l'époque beaucoup d'intérêt chez les Républicains populaires.

<sup>150</sup> La Charte du Conseil National de la Résistance, adoptée le 15 mars 1944, mentionne ainsi, entre autres, « *la garantie du pouvoir d'achat* », « *un plan complet de sécurité sociale* » ou encore le droit au travail ou au repos.

<sup>151</sup> POIRMEUR (Yves), « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique - La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in KOUBI (Geneviève) (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP- PUF, 1996, p. 103.

<sup>152</sup> CAPITANT (René), Séance du 8 mars 1946, *JO Débats*, p. 643-646.

<sup>153</sup> Fondé en 1943 par Georges Bidault et baptisé à l'origine « Mouvement républicain de la libération », ce parti rassemble les militants chrétiens engagés dans la Résistance. Il devient le « Mouvement républicain populaire » à la Libération.

<sup>154</sup> Le Parti communiste en veut pour preuve le lourd tribut payé pour son engagement dans la lutte, symbolisé par le nom qu'il se donne alors de « Parti des 75 000 fusillés ».

<sup>155</sup> L'élection du 21 octobre 1945 se fait à la représentation proportionnelle et met en place un tripartisme où le Parti communiste arrive en tête (26,2% des suffrages et 148 sièges), suivi du MRP (24,5% des suffrages et 141 sièges) et de la SFIO (23,3% des suffrages et 134 sièges). La majorité qui se dessine est donc clairement à gauche, socialistes et communistes obtenant à eux seuls 49,5% des voix. Ces partis profitent du discrédit dont souffrent, au sortir de la guerre, les autres formations politiques : la droite classique paie en effet son soutien au régime de Vichy tandis que le parti radical peine à faire oublier son étiquette, très marquée « IIIème République ». V. BERSTEIN (Serge) et MILZA (Pierre), *Histoire de la France au XXème siècle, 1945-1958*,

après l'échec de l'adoption du projet d'avril, car si, dans la seconde Constituante, l'extrême gauche recule, le MRP supplantant le Parti communiste comme premier parti de France, ce dernier maintient cependant pour une large part ses positions. Un rééquilibrage s'opère, mais dont les conséquences sur la rédaction du Préambule, comparée à celle de la Déclaration des droits d'avril, restent limitées. La composition des deux constituantes successives est « *si peu différente que, pratiquement, ce sont les mêmes députés qui ont joué les rôles essentiels dans la rédaction des deux textes ou les ont, selon les cas, fait approuver ou désapprouver. (...) L'inspiration philosophique est la même, la rédaction peu différente sinon identique. La signature est celle des mêmes partis, celle des trois grands partis de la même majorité gouvernementale : parti communiste, parti socialiste, Mouvement républicain populaire. Et sur les points où le compromis fut impossible, ce sont les partis communiste et socialiste qui dans les deux Assemblées font prévaloir leur point de vue à une large majorité dans la première, à une voix ou à deux voix près dans la seconde* »<sup>156</sup>.

Ce contexte idéologique et politique très nettement marqué à gauche favorise l'affirmation des « droits-créances » et tend à faire deviner l'importance attribuée au service public comme instrument de garantie de ces derniers. Si le procédé n'apparaît jamais explicitement, il est en effet néanmoins sous-tendu par la logique politique même présidant à la rédaction du Préambule. Le passage aux « droits-créances » orchestré par les constituants de 1946 est l'écho, en matière de droits de l'homme, des évolutions observées au regard de la conception même de l'Etat, et ratifie la vision renouvelée du rôle des pouvoirs publics, axée sur un plus grand interventionnisme. Sous la contrainte de données économiques, sociales et politiques, une évolution convergente s'est en effet peu à peu faite jour sur ce point et s'est vue théorisée, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, par la doctrine solidariste dont Léon Bourgeois s'est fait le chef de file politique et qui influence les grandes lois sociales de la III<sup>ème</sup> République. Constatant l'interdépendance sociale, ce mouvement prône la mise en place d'un vaste système d'assurance collective, visant à garantir les risques sociaux et géré par l'Etat<sup>157</sup>. Ce concept de

---

Tome III, Ed. Complexe, 1999, p. 16 et s. et BECKER (Jean-Jacques) et CANDAR (Gilles) (dir.), *Histoire des gauches en France, XX<sup>ème</sup> siècle : à l'épreuve de l'histoire*, Vol. II, Ed. La Découverte, 2004, p. 401 et s.

<sup>156</sup> CONAC (Gérard), « Le Préambule de la Constitution de 1946, une genèse difficile, un itinéraire imprévu », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946 : Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 2.

<sup>157</sup> « *Le solidarisme présente la société comme un organisme fondé sur un quasi-contrat et dont les membres sont insérés dans un jeu subtil de dettes et de créances* ». L'interdépendance sociale conduit en effet à considérer que tout individu a une dette envers la société, au sens où il ne peut vivre en dehors d'elle, son existence s'agrégeant à celle des autres individus. Mais la dette des « nantis » est plus importante que celles des personnes défavorisées, envers lesquelles ce « *compte déficitaire* » peut faire naître une créance sur la société, légitimant ainsi certaines interventions étatiques en leur faveur. V. GAY (Laurence), *Les « droits-créances »*

solidarité sociale, d'interdépendance entre les individus, est par ailleurs au centre de la pensée de Léon Duguit, lequel voit dans le service public à la fois le fondement et la limite assignés au pouvoir des gouvernants, qui ne doivent en disposer que dans le but de réaliser et de développer cette solidarité sociale<sup>158</sup>. Cette mutation dans la conception de l'Etat met ainsi le service public au premier rang des moyens d'intervention et va se traduire dans les faits, au début du XXème siècle, par un développement des services publics dans de nombreux secteurs. La consécration de « droits-créances » s'insère ainsi dans un contexte politique, sociologique et juridique favorable à une intervention accentuée de l'Etat sous la forme de services publics<sup>159</sup>. Cela ne signifie pas que la garantie de ces exigences par l'intervention de certaines réglementations soit exclue. Cependant, en 1946, les influences ayant conduit les constituants à l'inscription des « droits-créances » encouragent davantage une logique de prestation s'insérant schématiquement dans l'équation « *Etat-providence, Etat-prestataire de service, socialisme* », opposée au trio « *Etat-gendarme, Etat-règlementaire, libéralisme* »<sup>160</sup>. Le procédé de service public s'inscrit ainsi dans le contexte juridique, idéologique et politique de l'époque, conclusion renforcée par l'analyse des travaux préparatoires des deux Constituantes.

## 2) *Un procédé évoqué dans les travaux préparatoires constituants*

Si le texte final du Préambule de 1946 peut paraître, de prime abord, peuplé de silences et d'imprécisions, cette opacité cède parfois à l'étude des travaux préparatoires et des débats ayant guidé la plume des rédacteurs. Leur analyse dévoile en effet la place privilégiée occupée par le service public dans la garantie de ces droits, que le rôle de ce dernier soit très clairement évoqué ou perceptible de manière sous-jacente. Différents cas de figure peuvent ainsi être isolés, illustrant les différents degrés d'évidence du rôle de garantie du service public dans l'esprit des constituants de 1946<sup>161</sup>.

---

*constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 86 et NIORT (Jean-François), « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ* 1994/3, p. 785.

<sup>158</sup> V. *supra*, Introduction.

<sup>159</sup> Duguit, cependant, centre sa pensée sur les devoirs de l'Etat et rejette la notion de droit subjectif, lequel n'est selon lui qu'une « chimère » (V. *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, Ed de Bocard, 1927, p. 221). Pour cet auteur, le service public, reflet de l'interdépendance sociale, sert la collectivité dans son ensemble, mais cette obligation imposée à l'Etat ne crée pas de droit au profit de l'individu. V. *supra*, Introduction.

<sup>160</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 61.

<sup>161</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Le service public dans les débats constituants de 1946 », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 244.

Ces derniers restent parfois dans le vague, usant de formulations très générales dans lesquelles l'expression même de service public n'apparaît pas. Sont préférées des notions plus imprécises, aux implications extrêmement vastes. L'interprétation de termes tels que ceux de « *collectivité* » ou de « *société* », retrouvés dans certaines propositions de la Commission constituante, laisse ainsi perplexe. Que déduire précisément de phrases comme « *La mère et l'enfant doivent être protégés et aidés par la société* »<sup>162</sup>, sinon qu'il est impossible d'y deviner à coup sûr une allusion au service public<sup>163</sup>? Mais la référence au service public est parfois exprimée de manière plus nette. Ainsi, l'article 33 alinéa 2 de la Déclaration des droits d'avril 1946, aboutissement du travail de la première Constituante, affirme, au sujet du droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence, que « *la garantie de ce droit est assurée par l'institution d'organismes publics de sécurité sociale* ». De même, l'article 24 alinéa 2 de cette même Déclaration implique, pour la protection de la mère et de l'enfant, une législation « *et des institutions sociales appropriées* ». Dans les deux cas, l'expression « service public » n'est pas retrouvée mais les formulations utilisées renvoient à ce procédé et il paraît presque superflu d'en faire expressément mention. En outre, bien que par la suite abandonnée, cette Déclaration des droits demeure la source d'inspiration de la seconde Assemblée Constituante chargée de rédiger le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ainsi, même si ce Préambule aux ambitions plus modestes renonce alors aux précisions antérieurement évoquées dans la Déclaration, aucune conséquence définitive ne doit en être retirée, car c'est le même esprit, favorable au procédé de service public, qui y préside. Enfin, certains constituants invoquent explicitement le rôle de garantie alloué au service public au regard des « droits-créances » en discussion devant eux. L'intervention de René Capitant en offre le meilleur exemple : « *La liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics, ces grandes institutions sociales, qui ne sont point des entreprises privées, mais qui sont le moyen pour l'Etat de remplir des obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de redistribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours, à défaut desquels il n'y a pas de Sécurité sociale, et par conséquent pas de liberté véritable* »<sup>164</sup>. Certes, les références explicites au service public restent assez rares, et concentrées dans le cadre de la première Constituante. La composition particulière de cette première assemblée offrait aux constituants une audience favorable afin de formaliser leur préférence pour le service public, confirmant en cela l'adéquation du procédé de service

---

<sup>162</sup> Séance en commission du 31 janvier 1946, *JO ANC*, p. 89.

<sup>163</sup> *Contra*, CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), *Ibid.*

<sup>164</sup> Séance du 8 mars 1946, *JO Débats*, p. 645.



public au contexte idéologique et politique de l'époque<sup>165</sup>. Mais ce constat trouve également à s'expliquer par le choix de la seconde Assemblée de se reposer sur le projet de Déclaration d'avril. Dans un esprit de compromis et de consensus quant au rôle assigné par la première Assemblée au service public, l'intervention de ce dernier ne fait pas l'objet de nouveaux débats.

L'esprit éclaire ainsi la lettre. Appréhender le contexte ayant entouré la rédaction du Préambule de 1946 permet de mieux cerner l'intention des constituants quant au service public et au rôle qu'ils entendent lui faire jouer. Toutefois, les rédacteurs du Préambule ayant également consenti à laisser certains indices textuels, il importe d'analyser ces derniers, interprétation exégétique offrant alors confirmation du rôle de garantie du service public au regard des « droits-créances » consacrés.

### ***B/ Une intervention du service public redécouverte à travers les « droits-créances » consacrés***

Dès l'origine, l'imprécision du Préambule quant aux moyens préconisés pour mettre en oeuvre les droits-créances est remarquée et critiquée<sup>166</sup>. La recherche littérale du service public à travers la lecture des différents alinéas composant le Préambule est un exercice ardu<sup>167</sup>. Le service public est traditionnellement le grand absent des Constitutions<sup>168</sup> et le Préambule de 1946 semble ne pas faire exception à la règle sur ce point. Toutefois, une lecture attentive du texte est à même de nuancer cette affirmation car les formulations retenues ne sont pas toujours d'une neutralité absolue. La prise en compte de certains termes ou expressions peut ainsi se révéler porteuse d'implications importantes, à travers lesquelles le service public transparaît parfois immédiatement ou au terme d'une interprétation plus

---

<sup>165</sup> V. *supra*, 1).

<sup>166</sup> V. notamment RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 32. Au-delà, c'est d'ailleurs l'ensemble du Préambule qui encourt à l'époque les critiques, un membre de l'Assemblée attaquant par exemple la cohérence d'un texte « où chaque phrase a l'air d'une orpheline égarée » (*JO Débats* 1946, p. 3302).

<sup>167</sup> Hors du cas particulier de l'alinéa 9 du Préambule, seul à faire mention du service public au sein du Préambule, dans une optique cependant très spécifique. Sur ce point, V. *infra*, Section seconde, § II, B/.

<sup>168</sup> V. en ce sens DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 91. Outre l'alinéa 9 du Préambule de 1946, l'article 11 de la Constitution de 1958 en fait mention depuis la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 qui élargit le champ référendaire « aux réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent ». La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a par ailleurs introduit un Titre XI bis instituant un Défenseur des droits, lequel peut être saisi « par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ».

poussée. Cette dernière hypothèse est la plus fréquente et nécessite donc une analyse approfondie, à la suite de l'évocation d'une référence au service public presque transparente faisant figure d'exception.

*1) L'exception : une rédaction sous-tendant l'intervention du service public*

Dans la recherche des moyens indispensables à la mise en oeuvre des « droits-créances », un alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 se distingue aisément, l'alinéa 13, lequel indique que « *la nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* », sa seconde phrase précisant que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

La précision rédactionnelle des constituants de 1946 est d'autant plus remarquable qu'elle en constitue le seul exemple. La formulation retenue induit en effet clairement l'obligation pour l'Etat de mettre en place un service public de l'enseignement auquel tout individu peut accéder et dont il est précisé le fonctionnement gratuit et laïque<sup>169</sup>. L'organisation de l'enseignement public s'impose ainsi à l'Etat, cet alinéa marquant très nettement la corrélation entre l'exigence positive d'instruction - fondamentale pour la progression intellectuelle et sociale de l'individu - et le service public. Mais ce texte constitue en réalité une exception, le procédé de service public ne se devinant le plus souvent qu'au prix d'une analyse plus approfondie.

*2) La règle : la nécessité d'interpréter des formulations imprécises*

Si tous les « droits-créances » exigent une intervention positive de la part des pouvoirs publics, celle-ci peut tout aussi bien se formaliser par la voie d'une intervention législative que par celle de l'octroi de prestations concrètes délivrées par la personne publique. Les deux solutions ne s'excluent pas mais, au contraire, semblent souvent pouvoir se compléter, les prestations concrètes offertes ne supposant par ailleurs pas toujours l'intervention d'un service

---

<sup>169</sup> En ce sens, PELLOUX (Robert), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP* 1947, p. 384-385 ; LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 314 ; ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 65 ; ROGER-MARBOUY (Frédérique), *Le statut constitutionnel des services publics*, Thèse Limoges, 1998, p. 86 ; GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 304.

public. Face à cette difficulté, et au regard de l'imprécision des formulations du Préambule, l'objet même du « droit-créance » consacré éclaire cependant parfois ses méthodes de mise en œuvre. Ainsi, l'alinéa 12 du Préambule doit-il être sorti du champ d'analyse. Ce texte selon lequel « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* » consacre un droit des victimes à la prise en charge par la collectivité des conséquences attachées aux calamités qu'ils ont subies<sup>170</sup>. Or, ce droit suppose avant toute chose une réparation des dommages causés. Sa garantie se place ainsi au niveau de l'octroi d'une prestation matérielle, certes, mais prenant la forme d'une prestation pécuniaire et non celle d'un service public, le droit reconnu étant un droit à indemnisation<sup>171</sup>. De la même manière, l'objet du « droit au repos »<sup>172</sup> ne laisse guère de doutes quant à ses modalités de garantie. Il serait en effet étrange de comprendre cette exigence comme réclamant l'intervention d'un service public, car si cette créance exige une prestation, c'est avant tout celle relevant de réglementations instituant par exemple le repos annuel et hebdomadaire ou les congés de maternité<sup>173</sup>.

La situation est moins tranchée, en revanche, s'agissant des autres exigences découlant des « droits-créances » constitutionnels. Le poids variable des termes usités offre ainsi certains indices susceptibles de révéler le lien de garantie existant entre le service public et le « droit-créance » consacré. Toutefois, la formulation de certains alinéas ne permet pas toujours de clarifier l'intensité de l'exigence d'un service public pour leur mise en œuvre. Ainsi, la question d'un « droit d'obtenir un l'emploi » tel que formulé dans l'alinéa 5<sup>174</sup> demeure épineuse. Dès l'origine, les commentateurs remarquent que ce texte peut en effet tout aussi bien supposer « *une réglementation de l'embauchage et du débauchage, une organisation du placement et l'emploi obligatoire des chômeurs dans des entreprises d'Etat* »<sup>175</sup>. A l'évidence, cependant, il n'a jamais été question de consacrer une obligation positive pour l'Etat qui consisterait à fournir du travail à qui en demanderait, et le « droit à l'emploi » semble devoir prioritairement se formaliser à travers des politiques publiques, destinée à favoriser l'accès à l'emploi et à lutter contre le chômage<sup>176</sup>. L'intervention législative paraît

---

<sup>170</sup> DUBREUIL (Charles-André), « L'alinéa 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 197.

<sup>171</sup> DUBREUIL (Charles-André), *op. cit.*, p. 200 et GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 296.

<sup>172</sup> Consacré par l'alinéa 11 du Préambule.

<sup>173</sup> LUCHAIRE (François), *op. cit.*, 1987, p. 316.

<sup>174</sup> Cet alinéa disposant que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

<sup>175</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 23.

<sup>176</sup> GAY (Laurence), *op. cit.*, p. 313.

ainsi primordiale, mais n'évacue pas la possibilité d'intervention de services publics dédiés, notamment, au placement des personnes en recherche d'emploi. Il reste par ailleurs difficile de deviner les modalités de concrétisation de l'égal accès à la formation professionnelle et à la culture à la seule lecture de l'alinéa 13. L'analyse fait apparaître une distinction dans la formulation même des deux phrases le composant : là où la Nation *garantit*, dans la première, des revendications aux appellations somme toute assez vagues et intéressant l'ensemble de la population, culture et formation professionnelle, l'Etat *doit* organiser, dans la seconde, un service public dans un domaine précis, l'enseignement, et selon des modalités clairement établies, la gratuité et la laïcité<sup>177</sup>. Le degré d'exigence relevé entre les deux propositions n'est pas le même : là où la nécessité d'un service public ne fait aucun doute s'agissant de l'enseignement, l'interrogation est en revanche permise pour la formation professionnelle et la culture<sup>178</sup>. Au regard de cette dernière, dont la définition reste incertaine<sup>179</sup>, la première phrase de l'alinéa ne pose pas un droit, mais une égalité d'accès, laquelle semble pouvoir tout à la fois être garantie par des politiques culturelles<sup>180</sup> et par l'intervention de services publics offrant ainsi une démocratisation en ce domaine<sup>181</sup>. Les deux solutions trouvent à se compléter. Quant à la formation professionnelle, rien n'indique si cette dernière doit être prise en charge directement par les pouvoirs publics ou si ces derniers doivent seulement légiférer afin d'imposer, par exemple, certaines obligations en ce sens à l'employeur.

D'autres dispositions, enfin, laissent plus clairement apparaître l'exigence d'une nécessité de prise en charge par les pouvoirs publics. La formulation de l'alinéa 11 en fournit l'exemple. Selon cette disposition, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout*

---

<sup>177</sup> Alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

<sup>178</sup> Bien qu'elle apparaisse comme une évidence pour certains auteurs. En ce sens, V. MOREAU (Jacques), *Droit administratif*, Droit fondamental, PUF, 1989, p. 319 ; DURUPTY (Michel), « Les privatisations en France », *Notes et études documentaires* n°4857, 1988, p. 47.

<sup>179</sup> Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat *Gheusi* de 1923, l'appréhension de la culture a en effet très largement évolué et peut faire aujourd'hui l'objet d'une appréciation extensive. Laurence Gay rappelle ainsi que si la culture, spontanément, est à rapprocher des activités intellectuelles, arts et lettres, notamment, elle peut également désigner « *les pratiques, traditions, modes de vie d'un pays ou d'une collectivité humaine en général* ». GAY (Laurence), *op. cit.*, p. 345

<sup>180</sup> En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 64. La culture peut ainsi apparaître « *d'avantage comme un résultat, souvent obtenu par surcroît, que comme l'objet même de telle ou telle institution d'enseignement* ». PELLOUX (Robert), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP* 1947, p. 385. Peut ainsi être évoquée la politique du « 1% culturel », dispositif consistant à consacrer 1% du coût d'une construction publique à la réalisation d'une ou plusieurs œuvres d'art. (V. décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques). Cette initiative poursuit à la fois un but de soutien aux actions culturelles mais favorise également l'accès à la culture à travers la présentation de ces œuvres d'art.

<sup>181</sup> V. en ce sens PONTIER (Jean-Marie), « Le service public culturel existe-t-il ? », *AJDA* 2000, n° spécial, p. 12.

*être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». D'une manière extrêmement large, cet alinéa consacre le droit des citoyens à attendre de la part de la collectivité une solidarité face à certains risques de l'existence comme, par exemple, la maladie ou l'incapacité de travailler. Là où, autrefois, l'Etat n'intervenait qu'en tant que palliatif à la défaillance des initiatives privées et des entraides spontanées, s'impose désormais l'obligation de garantir à l'individu les conditions matérielles essentielles à son développement. Or le service public peut paraître dans ce cadre, constituer le moyen privilégié d'intervention, s'agissant tout du moins des droits à la protection de la santé et à la protection sociale introduits par cet alinéa. L'objet des exigences en cause<sup>182</sup>, la généralité même des formulations et, partant, la généralité même des titulaires des droits proclamés<sup>183</sup>, incline en effet à penser que seul le service public peut constituer une réponse appropriée s'agissant d'une garantie offerte à l'ensemble des membres de la collectivité nationale. Ainsi, concernant le droit à la protection de la santé, ce dernier peut être mis en œuvre à travers des politiques de santé publique<sup>184</sup> comme par les législations réglementant les professions médicales et en aménageant l'exercice. Toutefois, abandonner l'activité de soin, composante essentielle du droit à la protection de la santé, à la seule initiative privée ne saurait être totalement satisfaisante dès lors qu'elle laisserait ouverte l'éventualité d'une carence, géographique ou temporelle<sup>185</sup>, dans l'offre de médecine libérale, incompatible avec l'exigence d'un accès aux soins offert à tous<sup>186</sup>. Cette même généralité dans les destinataires se retrouve par ailleurs s'agissant du droit à la protection de la sécurité matérielle et l'octroi « *de moyens convenables d'existence* ». Une telle protection relève d'un intérêt général tel qu'elle ne semble pouvoir se satisfaire d'une réglementation des initiatives privées en ce domaine, lesquelles ne pourraient de toute manière suffire devant l'ampleur du système assurantiel devant être mis en place<sup>187</sup>. Les pouvoirs publics sont appelés à intervenir afin de piloter cette intervention, laquelle se formalise à l'évidence à travers l'organisation de

---

<sup>182</sup> Lesquelles relèvent pour une large part de prestations concrètes : soins et système d'assurances.

<sup>183</sup> L'alinéa 11 précisant que « *tout être humain (...) a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

<sup>184</sup> Comme par exemple la politique de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme, les politiques de prévention en matière de lutte contre le cancer ou dans le cadre de l'alimentation ou bien encore la fixation des vaccinations obligatoires.

<sup>185</sup> La permanence de l'offre de soins étant à l'évidence indispensable à une garantie réelle de la protection de la santé.

<sup>186</sup> En ce sens, LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 307 et ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 71.

<sup>187</sup> Ceci d'autant que ce droit à la protection sociale est l'écho du droit à la protection de la santé, lequel suppose concrètement l'existence de structures de soins, mais également un système organisé permettant à tout citoyen de pouvoir payer et ainsi accéder à ces soins.

la Sécurité sociale<sup>188</sup> qui doit, dans l'esprit des constituants de 1946, et par le système d'assurance contre les risques d'existence mis en place, absorber les différents mécanismes d'aide et d'actions sociales antérieurs<sup>189</sup>. Le service public trouve donc très clairement sa place au regard de ses exigences primordiales. Par ailleurs, aux côtés de la santé et de la protection sociale<sup>190</sup>, l'alinéa 11 consacre un droit aux loisirs. Là encore, ce dernier doit être garanti à tous et, contrairement au repos, semble nécessiter, par certains aspects, une intervention positive. Certes, les loisirs relèvent en premier chef de l'initiative personnelle, et mettre en place un service public seul dispensateur d'agréments serait la marque d'un Etat dirigiste. Mais afin de rendre accessibles à tous certaines activités, et au regard de la compréhension même de l'objet du droit aux loisirs, peut ici encore ressortir la nécessité d'intervention des pouvoirs publics, lesquels fourniront les infrastructures nécessaires à la réalisation de certaines activités, notamment sportives<sup>191</sup>.

Ainsi, trois des exigences formulées par l'alinéa 11 du Préambule de 1946 semblent laisser deviner derrière leur formulation le procédé qu'implique leur garantie. Or cet alinéa occupe une place centrale car reflète peut-être plus que tout autre la volonté des rédacteurs de placer la solidarité au cœur des préoccupations du nouvel ordre institué. Il ne peut, ainsi, être indifférent d'y découvrir le service public en tant qu'intervenant privilégié. Certes, ce procédé ne sera pas seul à intervenir. Il ne constituera pas toujours la solution dominante, son action étant complétée par des réglementations concourant à la garantie des exigences intéressées. Mais l'observation approfondie du Préambule offre la preuve de l'importance de ce procédé au regard des « droits-créances », par ses formulations explicites comme par ses silences, par sa lettre comme par l'esprit ayant présidé à sa rédaction. Le service public, en offrant les prestations indispensables à la réalisation des principaux « droits-créances », constitue un instrument de mise en œuvre privilégié, ce lien de garantie étant par ailleurs aujourd'hui valorisé et confirmé à travers la notion de service public constitutionnel.

---

<sup>188</sup> Créée par l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945, l'organisation de la Sécurité sociale est, selon ce texte, « destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'elles supportent ».

<sup>189</sup> Sur la genèse de la Sécurité sociale, BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 23 et s.

<sup>190</sup> L'alinéa 11 condense plusieurs articles du projet d'avril, notamment les articles 23, 29 et 34 al 2. Un tel fait s'explique par la volonté des constituants, après l'échec d'avril, de synthétiser la Déclaration de droits qui était projetée et de la ramener sous une forme plus brève, à un simple Préambule. Chaque proposition de cet alinéa peut donc être envisagée séparément et il en va de même concernant le repos et les loisirs. Ainsi, si les loisirs nécessitent, par essence, des temps de repos pour être exercés, ce n'est là que leur implication minimale et loisirs et repos ne sont pas confondus.

<sup>191</sup> En ce sens, v. la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, *JO* 17 juillet 1984, p. 2288.

PARAGRAPHE SECOND  
UNE GARANTIE CONSACREE PAR LA NOTION  
DE SERVICE PUBLIC CONSTITUTIONNEL

Implicitement formalisée dans le Préambule en 1946 et mise en valeur par certains exégètes de ce texte, la relation bénéfique entretenue entre « droits-créances » et service public retombe par la suite dans une relative indifférence que la novation constitutionnelle de 1958 ne réussit pas à émousser. Quarante ans plus tard, néanmoins, l'apparition d'une nouvelle notion va permettre de remettre en lumière le rôle de garantie du service public au regard de ces exigences particulières. Par sa décision « *Privatisations* » des 25 et 26 juin 1986<sup>192</sup>, relative à la loi d'habilitation du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à adopter par voie d'ordonnances des mesures de privatisations d'entreprises publiques, le Conseil constitutionnel fait état de services publics « *dont la nécessité (...) découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* » ou bien encore « *dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution* ». C'est l'acte de naissance de la théorie des services publics constitutionnels<sup>193</sup>, dont l'avènement entraîne avec elle la réactivation de la problématique unissant les services publics aux « droits-créances » et son enrichissement. Cette notion offre en effet au niveau constitutionnel une confirmation du rôle bénéfique du service public envers les « droits-créances » (A) tout en emportant certaines implications renforçant le degré de protection offert aux exigences posées en 1946 (B).

---

<sup>192</sup> CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, cons. n° 53, *Rec.* p. 61, *AJDA* 1986, p. 575, note J. Rivero.

<sup>193</sup> La qualification de « *service public constitutionnel* », qui n'apparaît dans aucune décision du Conseil constitutionnel, est retenue par de nombreux auteurs. En ce sens, V. par exemple AVRIL (Pierre) et GICQUEL (Jean), *Pouvoirs*, n°40, 1987, p. 178 ; FAVOREU (Louis), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle » *RDP* 1989, p. 461 ; ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 17 à 78 ; MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 115 ; ROGER-MARBOUTY (Frédérique), *Le statut constitutionnel des services publics*, thèse, Limoges, 1998, p. 23 ; CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, 15<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2001, p. 624 ; DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 116 ; BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 7.

## *A/ Les « droits-créances », fondements de services publics constitutionnels*

A travers la notion de services publics constitutionnels sont désignés des services publics dont l'existence et le maintien seraient exigés par la Constitution et qui ne pourraient donc faire l'objet d'un transfert au secteur privé qu'au prix d'une révision constitutionnelle. Or si cette proposition semble au premier abord d'une appréhension claire, ce n'est là qu'une apparence. Elle recèle en réalité de nombreuses zones d'ombre, au point que certains auteurs estiment ici se heurter à une « *catégorie introuvable* »<sup>194</sup>. Les décisions ayant relayé l'intervention de cette nouvelle notion sont en effet rares. Depuis la décision des 25 et 26 juin 1986, peu de jurisprudences la rappellent dans leurs considérants<sup>195</sup>. De plus, le mouvement consistant à rechercher dans ces décisions les indices laissés par le Conseil constitutionnel se révèle décevant. La qualité de service public constitutionnel n'a en effet jamais été évoquée que pour être déniée au service public qui était en cause. La seule certitude offerte par le juge constitutionnel se résume donc à l'assurance que les services publics du crédit<sup>196</sup>, de la télévision par voie hertzienne<sup>197</sup> et de la distribution de prêts bonifiés<sup>198</sup> ne constituent pas des services publics constitutionnels. Les services publics de télécommunications et de production et distribution d'énergie, quant à eux, ont été l'objet d'une formulation équivoque. Semblant en réalité vouloir esquiver la question qui lui était posée<sup>199</sup> - France Télécom et EDF-GDF devaient-ils être considérés comme des services publics constitutionnels ? – le Conseil constitutionnel s'est dans les deux cas contenté de rappeler qu'il s'agissait de services publics nationaux, prévoyant par ailleurs la possibilité de privatisation de ces entreprises par l'intervention d'une loi ultérieure sans préciser s'il devait s'agir d'une loi constitutionnelle ou

---

<sup>194</sup> DURUPTY (Michel), « Les privatisations en France », *Notes et études documentaires* n°4857, 1988, p. 47.

<sup>195</sup> V. CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec. p. 141, considérant n° 9 : « *service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle (...)* » ; CC n° 88-232 DC, 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, Rec. p. 17, considérant n° 30 : « *service public exigé par la Constitution (...)* » et CC n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Loi DDOEF*, Rec. p. 60, considérant n° 5 : « *service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution (...)* » ; CC n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120 ; *GDCC*, p. 912, considérant n° 14 : « *la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle (...)* ».

<sup>196</sup> CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *préc.* Le Conseil constitutionnel précise par ailleurs dans cette décision « *qu'aucune des entreprises qui figurent sur la liste mentionnée à l'article 4 de la loi (liste de soixante-cinq entreprises émanant essentiellement des secteurs bancaires et des assurances) ne peut être regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution* ».

<sup>197</sup> CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *préc.*

<sup>198</sup> CC n° 88-232 DC, 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, *préc.*

<sup>199</sup> En ce sens, V. ROUSSEAU (Dominique), *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1995-1996*, *RDJ* 1997, p. 63.



ordinaire<sup>200</sup>. Le juge constitutionnel avait donc laissé planer un doute, propice, dès 1996, au débat<sup>201</sup>, mais qui apparaît pouvoir être résolu dans le sens d'une exclusion de ces services du champ constitutionnel<sup>202</sup>. Milite bien sûr en cela la privatisation de France Télécom, intervenue sous l'impulsion de la loi du 31 décembre 2003<sup>203</sup>. Cependant, cette loi n'ayant pas été déférée au Conseil constitutionnel, rien n'était venu confirmer ou infirmer que cette solution d'exclusion était celle préconisée par la Haute instance. Néanmoins, le défaut de précision observé chez le juge constitutionnel en 1996 et réitéré en 2004 pour EDF-GDF laissait à penser qu'était ici attendue l'intervention d'une loi ordinaire<sup>204</sup> et c'est effectivement un texte de cette nature qui a organisé la privatisation de Gaz de France en 2006<sup>205</sup> sans encourir la censure du juge constitutionnel<sup>206</sup>.

La définition en négatif offerte par le Conseil constitutionnel offre alors peu d'indices. Néanmoins, la précision selon laquelle « *la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* »<sup>207</sup> sous-tend l'enseignement suivant : les services publics constitutionnels trouvent leur origine dans la volonté du constituant, tandis que les autres services relèvent de la seule intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire. Ainsi, à la différence de ces derniers, les services publics constitutionnels ne peuvent être soumis aux règles traditionnelles de création et de suppression par voie législative ou réglementaire : seule une révision de la Constitution pourra permettre l'éventuel transfert d'un service public constitutionnel au secteur privé. En

---

<sup>200</sup> V. les décisions CC n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *Entreprise nationale France Télécom*, Rec. p. 107 et CC n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec. p. 134.

<sup>201</sup> Ainsi, Pierre Esplugas comprend la décision du 23 juillet 1996 comme intégrant, par une formule certes peu explicite, ce service public dans la liste des services exigés par la Constitution (« A propos de la décision du Conseil constitutionnel de 23 juillet 1996 : Les télécommunications : un nouveau service public constitutionnel », *RA* 1996, p. 510) mais cette position paraît cependant isolée.

<sup>202</sup> Sur la question de la constitutionnalité de ces privatisations au regard de l'alinéa 9 du Préambule, V. *infra*, Section seconde, Paragraphe second, B/, 2). Il peut être déduit de ces différentes décisions du Conseil constitutionnel l'absence d'assimilation totale entre services publics nationaux au sens de l'alinéa 9 et services publics constitutionnels car même si un service public n'apparaît pas constitutionnel, le législateur doit cependant, pour le privatiser et s'il entre dans le cadre de l'alinéa 9, s'assurer qu'il ne répond plus aux caractéristiques d'un service public national. V. en ce sens MOLINA (Pierre-Antoine), « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *RJEP* 2007, n° 639, p. 44. V. également COSSALTER (Philippe), « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 179.

<sup>203</sup> Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 9.

<sup>204</sup> En ce sens, notamment, NATALE (Virginie), « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2005, p. 567 et QUIOT (Gérard), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 816.

<sup>205</sup> Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JO* 8 décembre 2006, p. 18531.

<sup>206</sup> CC n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *préc.*.

<sup>207</sup> CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *préc.*

outre, il semble qu'il ne puisse s'agir que de services publics nationaux. La notion de service public constitutionnel gravite en effet à proximité immédiate de la sphère étatique, et il paraît ainsi difficile de concevoir des services publics locaux qui seraient exigés par la Constitution<sup>208</sup>. Pourtant, cela ne doit pas amener à assimiler sans discernement service public constitutionnel et service public national. Dès sa décision des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel prend ainsi soin de préciser que « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur (...)* », et répartit dès lors les services publics nationaux en deux catégories : ceux qui sont constitutionnels, et ceux qui ne le sont pas. Enfin, les services publics de nature constitutionnelle semblent devoir gérer des activités cantonnées « *au premier cercle* »<sup>209</sup> de l'intérêt général, c'est-à-dire au plus près de la souveraineté nationale et de l'intérêt supérieur de la Nation, ce qui explique le refus de toute privatisation à leur endroit. Ces services exigés par la Constitution appartiennent ainsi certainement à la catégorie des services publics administratifs<sup>210</sup>, approche qui paraît d'ailleurs confirmée par l'opposition, certes implicite mais réelle, dont fait montre le juge constitutionnel dès lors qu'il s'agit de ranger certains services exerçant une activité d'ordre industriel et commercial parmi les services publics nationaux constitutionnels<sup>211</sup>. Cette dernière précision n'implique cependant pas que tout service public administratif doive être considéré comme constitutionnel, la condition *sine qua non* consistant toujours en ce que l'existence et le fonctionnement de tels services soient exigés par la Constitution.

Le critère de la volonté du constituant demeure en effet fondamental mais difficile à cerner car la Constitution n'est pas toujours très claire sur ce point. Certes, il paraît aisé de placer dans la catégorie les services publics pour lesquels le rattachement au texte constitutionnel soulève peu d'interrogations et qui constituent, de manière générique, les services publics régaliens : armée<sup>212</sup>, justice<sup>213</sup>, monnaie<sup>214</sup>, diplomatie<sup>215</sup>, police<sup>216</sup> et impôts<sup>217</sup>. Ces services

<sup>208</sup> FAVOREU (Louis), « Service public et Constitution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 16 ; BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 10.

<sup>209</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Ibid.*

<sup>210</sup> En ce sens, notamment, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 37 ; BRACONNIER (Stéphane), *Ibid.*

<sup>211</sup> V. les décisions CC n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *préc.* et CC n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *préc.*

<sup>212</sup> V. article 15 de la Constitution de 1958 et article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>213</sup> V. Titre VIII de la Constitution de 1958.

<sup>214</sup> V. article 34 de la Constitution de 1958.

<sup>215</sup> V. article 14 de la Constitution de 1958.

<sup>216</sup> V. article 73 al 4 de la Constitution de 1958.

<sup>217</sup> V. article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et article 34 de la Constitution de 1958.

publics, systématisés par Pierre Esplugas sous l'appellation de services publics « *de souveraineté* »<sup>218</sup> et parmi lesquels se comptent les services répondant à la créance de sûreté due aux citoyens, entrent dans le champ des services publics constitutionnels de par une compréhension facilitée de la volonté du constituant à leur endroit. Mais qu'en est-il des services publics dont l'existence émanerait du Préambule ? L'intention du constituant n'apparaît certes pas aussi clairement mais l'analyse approfondie de la lettre et de l'esprit du texte a pu révéler la nécessité d'intervention de services publics à leur égard<sup>219</sup>. A la lueur de la notion de service public constitutionnel, cette recherche de la volonté du constituant ne peut qu'amener à considérer le Préambule de 1946 comme constituant l'un des fondements textuels des services publics constitutionnels. Cependant, cette position ne fait pas l'unanimité et la controverse persiste, certains auteurs inclinant à limiter, voire à nier, l'influence des « droits-créances » comme sources des services publics afférents. Il est vrai que les exigences formulées en 1946 ont de tout temps posé débat et cette réserve affichée à leur endroit ne fait que trouver, dans le cadre spécifique des services publics constitutionnels, un nouveau terrain d'expression. S'y trouvent réactivées les préventions classiques à l'encontre des « droits-créances » (1) et les interrogations quant à la juridicité réelle du Préambule (2), arguments qu'il convient de considérer comme non opérants afin d'affirmer nettement la qualité de ces exigences en tant que fondements constitutionnels de certains services publics.

1) *Le dépassement d'une méfiance traditionnelle envers les « droits-créances »*

Si le consensus sur les services publics constitutionnels « de souveraineté » ne fait guère de doute, rien de tel ne se retrouve s'agissant de ceux qui seraient exigées par le Préambule de 1946. Certes, une large part de la doctrine, s'appuyant principalement sur les travaux de recherche de Pierre Esplugas et Frédérique Roger-Marbouty<sup>220</sup>, analyse aujourd'hui certains « droits-créances » comme fondements de services publics constitutionnels. Néanmoins, ces exigences ayant de tout temps été sujettes à débat, la controverse n'a pas manqué de rebondir

---

<sup>218</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 39.

<sup>219</sup> V. *supra*, Paragraphe premier, B/, 2).

<sup>220</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 29 et ROGER-MARBOUY (Frédérique), *Le statut constitutionnel des services publics*, thèse, Limoges, 1998, p. 66 et suiv. Pour une position concordante, MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 115 ; AUBY (Jean-François) et RAYMUNDIE (Olivier), *Le service public*, Le Moniteur, 2003, p. 181 ; ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 117 ; GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 161 ; BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 11.

sur ce point, certains niant au Préambule la moindre valeur de fondement constitutionnel, tandis que d'autres ne l'acceptaient qu'avec une très perceptible réticence et sous une forme minimale. Ces positions semblent en réalité traduire une résurgence de la méfiance traditionnelle adoptée à l'égard des « droits-créances ». La nature même de ces exigences est en effet depuis toujours sujet d'une controverse où l'attachement à la doctrine libérale classique et l'hostilité susceptible d'en découler quant à toute intervention positive de l'Etat trouvent à se manifester. La réserve originelle attachée au concept de créances sur la société ne peut que se réactiver dans le cadre des services publics constitutionnels, car découle forcément de cette notion une pérennisation des services publics chargés de satisfaire ces droits et, partant, de pérennisation de l'interventionnisme étatique au-delà des fonctions régaliennes traditionnelles.

limiter le creuset des services publics constitutionnels à ces seules fonctions revient à nier l'influence des « droits-créances ». Ramu de Bellescize, dans son analyse des services publics constitutionnels, laisse ainsi presque totalement dans l'ombre les fondements que pourraient constituer les droits exprimés dans le texte de 1946, pour ne s'intéresser qu'à ceux relevant, de manière générique, des missions de souveraineté<sup>221</sup>. Certes, quelques éléments font état d'une appréhension minimale de ce texte. Ainsi, recherchant les fondements susceptibles de plaider pour l'introduction du service public pénitentiaire parmi les services publics constitutionnels, est évoquée la possibilité d'utilisation de l'alinéa 11 du Préambule, lequel dispose que la Nation garantit à tous la sécurité matérielle. Ramenée à « *la sécurité des personnes et des biens* » telle que formulée par le Conseil constitutionnel<sup>222</sup>, cette disposition est envisagée en tant qu'éventuel fondement constitutionnel du service public pénitentiaire, dont l'une des missions première est effectivement d'assurer la sécurité par la neutralisation des individus susceptibles de la menacer. Mais cette prise en compte du Préambule n'est qu'un des arguments envisagés parmi d'autres dans un débat plus vaste, portant sur le point de savoir si ce service public particulier entre dans la catégorie des services publics constitutionnels, et ne semble d'ailleurs pas à même, selon cet auteur, de justifier l'insertion de ce service public dans la catégorie des services publics constitutionnels<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Dès l'introduction, Ramu de Bellescize fournit en effet une définition provisoire de la notion de service public constitutionnel selon laquelle ce dernier doit permettre à l'Etat d'exercer ses missions de souveraineté. Cette définition de départ renseigne sur le parti, pris par l'auteur et retrouvé tout au long de sa recherche, de n'envisager que les services publics traditionnellement considérés comme relevant de fonctions de souveraineté. DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J, 2004, p. 5 et suiv.

<sup>222</sup> CC n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle en matière nucléaire*, Rec. p. 42.

<sup>223</sup> V. DE BELLESCIZE (Ramu), *op. cit.*, p. 116.

De la même manière, d'autres auteurs ne semblent accepter qu'à contrecœur l'influence du Préambule en la matière. Certes, il est vrai qu'il peut paraître difficile de déceler à travers la formulation de certains « droits-créances » la nécessité de services publics<sup>224</sup> et, *a fortiori* dès lors, d'y découvrir un service public constitutionnel. Une lecture orthodoxe de la volonté du constituant suppose une sorte de « tri » des dispositions du Préambule et de leur qualité de fondements constitutionnels, entraînant des variations dans la liste des services publics constitutionnels selon les analyses et approches retenues. Certains privilégient cependant dans ce cadre une conception minimaliste, selon laquelle le service public de l'enseignement serait seul apte à recevoir le qualificatif constitutionnel<sup>225</sup>. Or, cette appréhension des potentialités du Préambule de 1946 est indéniablement restrictive car elle n'intéresse finalement que l'exigence la plus explicite quant à l'intervention du service public et rejette, notamment, toute influence de l'alinéa 11. Or ce texte implique à l'évidence l'intervention de certains services publics et notamment de la Sécurité sociale<sup>226</sup>, laquelle, citée dans la Constitution<sup>227</sup>, relève du reste directement de la définition du service public constitutionnel. Comment expliquer alors cette réserve, sinon par une certaine méfiance vis-à-vis des « droits-créances » ? L'opacité apparente des formulations du Préambule fournit un argument derrière lequel ressurgissent en réalité des motifs implicites qu'il convient de dépasser afin de revenir à une analyse purement juridique. Toutefois, la défiance observée envers ces exigences est traditionnellement relayée par une certaine suspicion envers la reconnaissance d'une valeur positive au Préambule.

## 2) *Le dépassement des interrogations quant à la juridicité du Préambule*

Certains inclinent toujours à penser que les créances consacrées constituent bien plus à l'égard des gouvernants des objectifs à atteindre dans un but programmatique que de réelles obligations juridiques. La structure et la formulation même du Préambule les y encouragent, de par l'imprécision caractérisant ce texte que n'a pas manqué de fustiger la doctrine dès

---

<sup>224</sup> V. *supra*, Paragraphe Premier, B/, 2).

<sup>225</sup> En ce sens, FAVOREU (Louis), « Service public et Constitution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 18. Il convient cependant de remarquer que l'auteur semble, dans la suite de son analyse, admettre le service public de protection de la santé en tant que service public constitutionnel, mais sous forme d'une simple supposition. (*op. cit.*, p. 19.)

<sup>226</sup> V. *supra*, Paragraphe Premier, B/, 2).

<sup>227</sup> Article 34 de la Constitution du 4 novembre 1958 : « La loi détermine les principes fondamentaux [...] de la sécurité sociale ».

l'immédiat après-guerre<sup>228</sup>. L'affirmation de nouveaux droits intervient par ailleurs dans un contexte où la valeur juridique des déclarations de droits, et de la Déclaration des droits de l'homme en particulier, fait débat depuis près d'un demi-siècle<sup>229</sup>. Du reste, les droits et libertés énoncés dans le Préambule de 1946 sont à l'époque écartés du « *pseudo-contrôle de constitutionnalité* »<sup>230</sup> instauré par l'article 91 de la Constitution et logiquement exercé par le Comité constitutionnel<sup>231</sup>. Cette absence de sanction juridique invite alors certains à estimer que le Préambule ne relève que d'une sphère morale et philosophique<sup>232</sup>. Toutefois, tirer de cette dernière observation la certitude absolue de l'absence de juridicité du Préambule est dès l'époque critiqué car, ainsi que le font remarquer les professeurs Rivero et Vedel, « *le contrôle de constitutionnalité est la conséquence, peut-être logique, de la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires ; c'en est peut-être en fait la seule sanction pleinement efficace ; mais son absence ne signifie pas que cette supériorité n'existe pas, encore moins que la Constitution se dissolve en un corps de principes non juridiques* »<sup>233</sup>. Remise en cause dès l'origine, une telle position n'est par ailleurs plus tenable après l'instauration du Conseil constitutionnel par la Constitution du 4 octobre 1958 et la décision de cette instance, le 16 juillet 1971<sup>234</sup>, d'intégrer le Préambule dans le bloc de constitutionnalité. Le texte de 1946, creuset des « droits-créances », accède à cette date à la valeur constitutionnelle et donc à la sanction du contrôle de constitutionnalité<sup>235</sup>, le Conseil ayant précisé par la suite que toutes les dispositions du Préambule devaient se voir reconnaître

<sup>228</sup> Robert Pelloux, remarquant ainsi que le texte n'est pas numéroté, en déduit que les constituants n'ont pas entendu lui conférer le même caractère de précision juridique qu'au reste de la Constitution (PELLOUX (Robert), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP* 1947, p. 390). Sur l'ensemble de la question, POIRMEUR (Yves), « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique, la construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in G. Koubi, (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 99 et suiv.

<sup>229</sup> V. *supra*.

<sup>230</sup> Selon l'expression de Robert Pelloux (*Ibid.*), laquelle rend compte de l'inefficacité du contrôle mis en place alors. Organe de nature politique, aux possibilités de saisine très limitées et disposant de compétences restreintes, le Comité constitutionnel n'exerça en réalité aucun contrôle de constitutionnalité réel.

<sup>231</sup> Cette exclusion hors du champ du contrôle était expressément prévue par l'article 92 al 3 de la Constitution du 27 octobre 1946.

<sup>232</sup> V ainsi MORANGE (Georges), « Valeur juridique des principes contenus dans la Déclaration des droits », *RDP* 1945, p. 229. Les constituants eux-mêmes semblent d'accord pour ne pas conférer de valeur juridique à ce Préambule. V. *supra* et, sur ce point GUGLIELMI (Gilles), « Débattre d'un ... et écrire le ... Préambule », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 64.

<sup>233</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 19.

<sup>234</sup> CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec.* p. 29. Une première décision avait auparavant ouvert la voie en consacrant « la valeur positive et constitutionnelle » du Préambule dans le cadre de l'inconstitutionnalité d'un traité (CC n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*, *Rec.* p. 15).

<sup>235</sup> La décision CC n° 74-54 du 15 janvier 1975 *IVG* (*GDCC*, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 311), contrôlant le respect du droit à la protection de la santé, constitue ainsi la première application du Préambule de la Constitution de 1946.

la même valeur et être susceptibles de produire des effets normatifs<sup>236</sup>. Il est ainsi difficile de dénier aux « droits-créances » intégrés dans le corps de ce texte toute valeur juridique.

Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs à l'avance ouvert la voie dès son arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950<sup>237</sup>, lequel faisait application du Préambule dans le cadre de la grève dans les services publics. Mais tandis que, après 1971, le Conseil constitutionnel reconnaît pleine applicabilité et donc justiciabilité aux droits sociaux contenus dans le Préambule<sup>238</sup>, le Conseil d'Etat tend, quant à lui, à opérer un tri selon les différents alinéas<sup>239</sup>. Le critère explicitement utilisé par le Conseil d'Etat tient à la précision ou l'imprécision des dispositions invoquées, le juge tenant compte de leur capacité ou non à s'appliquer directement et la nécessité d'intervention d'une loi particulière pour en déterminer les modalités pratiques. Reconnaisant l'applicabilité de certains « droits-créances » et la refusant à d'autres, il livre ainsi une jurisprudence au cas par cas paraissant souvent contradictoire. Ainsi, dans un arrêt *Union nationale des associations familiales* du 7 mars 1990<sup>240</sup>, le Conseil d'Etat estime que les décrets attaqués par le requérant « ne sont pas contraires au principe exprimé dans [le cadre de l'alinéa 10 du] Préambule de la Constitution de 1946 », ce qui revient à reconnaître l'applicabilité de cette disposition, qu'il refuse pourtant dans d'autres hypothèses<sup>241</sup>. Traditionnellement circonspect s'agissant de l'alinéa 12<sup>242</sup> car précisant que le principe qui y est posé, « en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité »<sup>243</sup>, le juge administratif reconnaît cependant parfois, là encore, son applicabilité directe<sup>244</sup>. Les mêmes atermoiements intéressant par ailleurs le droit à la sécurité matérielle<sup>245</sup> ou le « droit au travail »<sup>246</sup>, certains commentateurs n'hésitent pas à estimer que

---

<sup>236</sup> V. CC n° 77-80/81 DC, 5 juillet 1977, *Loi organique complétant les articles LO 176, LO 319 et LO 320 du Code électoral*, Rec. p. 24.

<sup>237</sup> CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. Leb. p. 426 ; JCP 1950, n° 5681, p. 691, concl. F. Gazier, *GDJDA*, p. 408.

<sup>238</sup> Sur l'efficacité du contrôle du Conseil constitutionnel, V. *infra*, Section première, Paragraphe second, B/, 2).

<sup>239</sup> Sur cette question, TERNEYRE (Philippe), *Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, RFDC 1990, p. 317 ; ROBLOT-TROIZIER (Agnès), « L'applicabilité directe du Préambule », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 29 et BROYELLE (Camille), « Le Préambule de 1946 est-il utile au juge administratif ? », in Y. Gaudemet (dir.), *op. cit.*, p. 61.

<sup>240</sup> CE, 7 mars 1990, *Union nationale des associations familiales*, Rec. Leb. Tables p. 541.

<sup>241</sup> V. ainsi CE, 29 juillet 2002, *M. Mohamed X.*, req. n° 234329.

<sup>242</sup> Alinéa 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ».

<sup>243</sup> CE, 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. Leb. p. 607 ; D. 1969, 386, note Silvera. V. également CE, 10 décembre 1962, *Société indo-chinoise de constructions électriques et mécaniques*, Rec. Leb. p. 676.

<sup>244</sup> CE, 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés*, Rec. Leb. Tables p. 811.

<sup>245</sup> Le droit d'obtenir des moyens convenables d'existence, exigence pourtant très floue, est ainsi parfois reconnu d'applicabilité directe : v. CE, 5 mai 2000, *Pinault*, req. n° 205043.

<sup>246</sup> V. CE, 29 septembre 1993, *M. Roujansky*, req. n° 77754 et CE, 28 décembre 2005, *Préfet de Haute-Savoie c/ Burkan*, req. n° 274204.

l'interprétation du Préambule par le Conseil d'Etat est en réalité marquée par « *la subjectivité du juge en fonction de l'espèce et du contexte* »<sup>247</sup>. Cela étant, si le tri opéré entraîne certaines modulations dans l'application directe des « droits-créances » en cause et se révèle ainsi notamment dangereux pour la sécurité juridique du justiciable, cet état de fait ne remet pas en cause leur valeur juridique dont il convient d'affirmer qu'elle est indépendante de cette question d'applicabilité. En effet, « *considère-t-on comme dépourvues de valeur juridique les dispositions d'une loi qui (c'est fréquent), ne peuvent être appliquées qu'après intervention de décrets précisant leurs modalités d'application ?* »<sup>248</sup>. La jurisprudence du Conseil d'Etat tend, du reste, de plus en plus souvent à reconnaître explicitement la valeur constitutionnelle des dispositions contenues dans le Préambule au-delà de leur valeur juridique en tant que principes généraux du droit<sup>249</sup>. La référence à cette dernière notion, dont la technique est familière au juge administratif, et qui a souvent constitué un relais dans l'application des principes « *particulièrement nécessaires à notre temps* »<sup>250</sup>, ne niait de toute manière en rien la valeur juridique de ces exigences. Cette valeur demeure, et place avec certitude les droits et libertés exprimés dans le champ juridique et non dans une sphère morale, philosophique ou politique. Les « droits-créances » contenus dans le Préambule de 1946 ne sont pas simplement des objectifs au caractère programmatique, mais des dispositions contraignantes et dès lors susceptibles d'exiger pour leur satisfaction les services publics dont ils constituent le fondement constitutionnel. Ce dernier constat se révèle riche d'implications quant au renforcement de la garantie alors offerte à ces exigences.

---

<sup>247</sup> CLAPIE (Michel), « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », *RA* 1997, p. 286. Dans le même sens, ROBLOT-TROIZIER (Agnès), « L'applicabilité directe du Préambule », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 38.

<sup>248</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 46.

<sup>249</sup> Ainsi en est-il pour le principe d'égalité des sexes énoncé au 3<sup>ème</sup> alinéa du Préambule. Antérieurement considéré comme principe général du droit (v. CE Ass. Plén., 6 janvier 1956, *Syndicat général autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montlivet*, *Rec. Leb.* p. 4.), il est depuis 1989 reconnu par le Conseil d'Etat comme de valeur constitutionnelle (CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche*, *Rec. Leb.* p. 152). V. TERNEYRE (Philippe), « Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC* 1990, p. 324 et suiv. et BROUELLE (Camille), « Le Préambule de 1946 est-il utile au juge administratif ? », in Y. Gaudemet (dir.), *op. cit.*, p. 65.

<sup>250</sup> V. ainsi CE, 22 septembre 1970, *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres*, *Rec. Leb.* p. 266 (PGD attaché à la protection de la santé) ou CE, 6 juin 1986, *Fédération des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique*, *Rec. Leb.* p. 158, *AJDA* 1986, p. 421, chron. Azibert et Boisdeffre (PGD lié à la protection de la sécurité matérielle).



## ***B/ L'apport de la notion de service public constitutionnel à la garantie des droits-créances***

La reconnaissance de ces « droits-créances » en tant que fondements de services publics constitutionnels n'est pas neutre. L'une de ses implications positives transparaît d'ailleurs immédiatement car valoriser et pérenniser l'intervention des services publics indispensables à la mise en œuvre des « droits-créances » revient nécessairement à valoriser et pérenniser la relation de garantie unissant ce procédé à ces exigences (1). La nécessité constitutionnelle de certains services publics s'avère alors susceptible de constituer une sphère de défense irréductible des « droits-créances » et de limiter ainsi certaines brèches constatées dans les mécanismes de protection leur étant appliqués. « Effet second » bénéfique de la notion de service public constitutionnel, c'est là un indice supplémentaire du renforcement de la garantie qu'elle offre aux exigences du Préambule de 1946 (2).

### *1) Une garantie valorisée et pérennisée*

L'Etat a la faculté d'apprécier librement l'opportunité d'ériger des services publics en vue de la satisfaction d'un besoin collectif à caractère national. Une compétence discrétionnaire en ce domaine est d'ailleurs clairement formalisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 dans laquelle il rappelle que « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire, selon les cas (...)* »<sup>251</sup>. Cette compétence discrétionnaire trouve cependant dans cette même décision sa limite, le juge constitutionnel plaçant hors de portée la création des services publics exigés par la Constitution et les textes y étant assimilés. Dans le cadre de cette exception, les pouvoirs publics sont donc théoriquement en état de compétence liée au regard de la création comme du maintien des services publics constitutionnels, dont l'éventuelle disparition ne pourrait résulter que de l'intervention d'une loi constitutionnelle. Or la révision de la Constitution demeure encadrée sous la Vème République et, bien que de multiples révisions aient pu être menées à bien au fil des années, toute modification obéit à des règles contraignantes marquant

---

<sup>251</sup> CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations, préc.*

le caractère particulier du texte à réviser et le souci accordé au maintien de sa stabilité. La Constitution demeure ainsi un acte difficile à amender et ce qui vaut pour toute disposition joue encore plus dès lors qu'il s'agit des droits et libertés y étant consacrés, le bloc de constitutionnalité pouvant en effet être considéré comme une sorte de « sanctuaire » envers lequel toute tentative de modification allant dans le sens d'un amoindrissement paraît à la fois très risquée politiquement et extrêmement difficile à mettre en œuvre. La pérennité de ces droits et libertés est théoriquement assurée et, partant, celle des services publics dont ils constituent les fondements constitutionnels. Il est alors permis de conclure à la valorisation et à la prégnance de la garantie offerte aux « droits-créances ». Il y a, entre la notion de service public constitutionnel et le « droit-créance » reconnu, « *une sorte de rapport dialectique à la fois logique et nécessaire : de même que l'existence d'un droit implique logiquement la mise en place obligatoire d'un service public destiné à lui donner corps, de même l'obligation de créer un service public postule nécessairement l'existence du droit en question* »<sup>252</sup>. Le rôle bénéfique des services publics à l'endroit des « droits-créances » se confirme ainsi au niveau constitutionnel et c'est à ce même niveau que s'ordonne sa préservation, par l'encadrement des possibilités de privatisation de tels services.

Il faut cependant distinguer interdiction de privatisation et monopole. A la différence des services publics dits « *de souveraineté* », lesquels impliquent logiquement l'exclusion de toute initiative privée concurrente<sup>253</sup>, les services publics satisfaisant aux « droits-créances » semblent au contraire pouvoir s'accommoder sans difficulté de l'existence d'un secteur privé concurrent venant renforcer l'initiative publique dans les domaines en cause. L'obligation de non privatisation doit en effet se comprendre « *comme s'appliquant à un niveau minimum de service public tel que chacun, par exemple, puisse accéder au service de l'enseignement ou de la santé (...)* »<sup>254</sup>. Ainsi, la recherche de la satisfaction des « droits-créances » autorise une coexistence avec l'initiative privée, à la condition, cependant, que le service public joue dans

---

<sup>252</sup> BORGETTO (Michel), « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 91.

<sup>253</sup> La gestion du service public de la force publique ne pouvant ainsi traditionnellement être confiée par voie contractuelle à un particulier : V. CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec. Leb.* p. 595 ; CE, 23 mai 1958, *Amoudruz*, *Rec. Leb.* p. 301 ; CE, 1<sup>er</sup> avril 1994, *Commune de Menton et autres*, *Rec. Leb.* p. 175 ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, *Rec. Leb.* p. 969. L'interdiction d'intervention des personnes privées dans ces activités régaliennes doit cependant être nuancée par le mouvement d'externalisation aujourd'hui constaté concernant certaines missions annexes à ces fonctions de souveraineté. Sur ce point, cf. *infra*, Section seconde, Paragraphe Premier, A/.

<sup>254</sup> FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *GDCC*, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 622. L'exemple du service public de l'enseignement est particulièrement flagrant. Par sa décision du 23 novembre 1977 (CC n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, *Rec.* p. 42), le Conseil constitutionnel indique en effet que la deuxième phrase de l'alinéa 13 du Préambule de 1946 « *ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé* », consacrant ainsi l'existence de l'enseignement sous contrat.

ce cadre un rôle suffisamment substantiel pour que l'exigence constitutionnelle soit garantie. L'influence des services publics constitutionnels reste donc déterminante car, de l'obligation de création et de l'interdiction de suppression pesant sur la volonté des organes décideurs, découle l'assurance que, quoi qu'il arrive, ce « *niveau minimum de service public* » perdure et, avec lui, la satisfaction des « droits-créances » correspondants<sup>255</sup>. Par ailleurs, les services publics constitutionnels satisfaisant à ces exigences s'accommodent en pratique sans difficulté particulière de leur prise en charge partielle par d'autres personnes que l'Etat comme, par exemple, les collectivités locales. Certes, une telle solution peut, de prime abord, étonner car les services publics constitutionnels garants des « droits-créances » appartiennent en toute logique à la catégorie des services publics nationaux : le Préambule de la Constitution de 1946 évoque en effet des droits rejoignant des intérêts dont la matérialisation n'est pas au premier chef entendue localement<sup>256</sup>. Le refus opposé aux collectivités locales de s'immiscer dans des domaines relevant d'un intérêt national peut par ailleurs trouver sa justification dans l'exigence du respect du caractère unitaire de l'Etat français. Cependant, ces considérations ne peuvent aboutir à exclure toute intervention des collectivités locales, dès l'instant que l'intervention de ces dernières respecte ce caractère unitaire, en ne dépassant pas un certain seuil de démembrement, et qu'existe un droit de regard des autorités étatiques quant au rôle de conception et de mise en œuvre de services publics locaux par ces collectivités. Une prise en charge des aspects essentiels de satisfaction de ces droits par les services publics nationaux, assurant une protection des « droits-créances » suffisamment homogène sur l'ensemble du territoire, permet ainsi en aval l'intervention des collectivités locales dans ce domaine<sup>257</sup>. Enfin, n'est pas exclue la possibilité de prise en charge par des personnes privées de certains services constitutionnels satisfaisant aux « droits-créances », dès lors que cette solution a pu être retenue par le Conseil constitutionnel concernant des services publics « de souveraineté », et à la condition que ces personnes privées soient placées sous le contrôle de l'Etat<sup>258</sup>. En réalité, il semble que « *la notion de service public constitutionnel ne prohibe, en effet, le transfert au secteur privé que de la maîtrise par l'Etat de ces services, ainsi que de*

---

<sup>255</sup> Cette position est partagée par de nombreux auteurs. V. par exemple MOREAU (Jacques), *Droit administratif, Droit fondamental*, PUF, 1989, p. 318 ; ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 34 et FAVOREU (Louis), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 16.

<sup>256</sup> V. *supra*, Paragraphe Second, A/.

<sup>257</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 32.

<sup>258</sup> CC n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*, *Rec.* p. 95 ; *RFDC* 1991, p. 136, obs. Philip et Favoreu. Cette décision admet la possibilité que des personnes privées puissent participer aux activités de recouvrement de l'impôt, dès lors qu'elles « *exercent une mission de service public et sont placées sous la tutelle de l'Etat ou son contrôle* ».

leur substance »<sup>259</sup>, cette dernière devant être comprise comme « une part irréductible du service public liée à l'exercice de la souveraineté »<sup>260</sup>. Un tiers privé, s'il est placé sous le contrôle de l'Etat, peut ainsi participer à l'exercice d'un service public constitutionnel<sup>261</sup>.

Les exigences de 1946 font donc preuve d'une souplesse de réalisation qui se répercute sur les services publics constitutionnels chargés de les garantir. Toutefois, la pérennisation de la garantie promise est en théorie susceptible de se heurter un à écueil important. En effet, si « les administrés ont droit à la création et au maintien des services publics dont l'existence est imposée par la Constitution »<sup>262</sup>, les moyens permettant de contraindre les organes de l'Etat sur ce point sont cependant peu nombreux. Certes, la plupart des services publics exigés par la Constitution existaient en réalité dès avant 1946<sup>263</sup>. Mais sur le plan juridique, il demeure impossible d'obliger le législateur à instituer un service public dont l'existence serait aujourd'hui imposée par la Constitution. En effet, aucune procédure de recours en carence, aucune injonction du Conseil constitutionnel ou d'une autre autorité, juridictionnelle ou non, ne permet de sanctionner son inertie. Par ailleurs, l'éventuel refus du gouvernement d'élaborer le projet de loi nécessaire à la création d'un service public obligatoire ne peut se voir sanctionné juridictionnellement, le Conseil d'Etat estimant qu'il s'agit d'un acte de gouvernement, insusceptible de recours en annulation<sup>264</sup> comme de pleine juridiction<sup>265</sup>. Un certain potentiel d'action ne semble pouvoir être retrouvé que lorsqu'un règlement doit créer le service public, le refus de l'autorité publique d'édicter un tel acte pouvant s'analyser comme une illégalité fautive mettant en cause sa responsabilité<sup>266</sup>. Les possibilités d'intervention semblent ainsi très limitées, mais pourraient trouver un nouveau souffle grâce à la mise en place, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>267</sup>, d'une nouvelle procédure de référendum. La révision introduit en effet à l'article 11 de la Constitution une procédure qui,

---

<sup>259</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 13.

<sup>260</sup> BRACONNIER (Stéphane), *op. cit.*, p. 14. L'Etat doit ainsi, en toute hypothèse, conserver le pouvoir d'édicter les normes régissant l'organisation et le fonctionnement du service.

<sup>261</sup> C'est ainsi tout particulièrement le cas en matière de santé, de sécurité sociale et d'enseignement. V. *infra*, Section seconde.

<sup>262</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Domat, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 624.

<sup>263</sup> Ainsi en est-il, par exemple, du service public de l'enseignement (sur ce point, v. GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 105) ou de la Sécurité sociale, créée en 1945.

<sup>264</sup> CE, 28 mai 1980, *B...*, *Rec. Leb.* p. 125, *RDJ* 1981, p. 777.

<sup>265</sup> Sauf disposition législative précise permettant une indemnisation, V. CE, 20 novembre 1968, *Tallagrand*, *préc.*

<sup>266</sup> CE, 6 avril 1973, *Ministre de l'Education Nationale c/ Delle Andrieu*, *Rec. Leb.* p. 218 (retard abusif dans la création d'un service public). Cette possibilité est cependant d'une portée limitée dès lors que la mise en œuvre de nombreux droits-créances (enseignement, protection sociale, etc.) relève, selon l'article 34 de la Constitution, du législateur. Le juge administratif ferait en outre probablement preuve d'une grande prudence dans l'appréciation de la responsabilité de l'Etat en ce cas particulier. LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 118.

<sup>267</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *préc.*

si elle ne consacre pas à proprement parler une initiative populaire, permet néanmoins à un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales de lancer un référendum sur une proposition de loi. Rien n'interdit ainsi de penser que pourrait être initiée par cette voie, si la nécessité s'en ressentait et que les conditions posées par la Constitution étaient remplies<sup>268</sup>, la création d'un service public exigé par la Constitution.

Par ailleurs, cette loi constitutionnelle de 2008 pourrait introduire une nouvelle possibilité de défense du maintien des services publics constitutionnels. Classiquement, le Conseil constitutionnel peut être saisi *a priori* d'une loi entendant faire disparaître un service public en le transférant totalement au secteur privé, mais ce barrage comporte certaines brèches bien connues. Le juge constitutionnel ne peut s'autosaisir et le contrôle d'une telle loi dépend de l'attitude adoptée par les autorités détentrices du pouvoir de saisine. Certes, depuis la réforme du 29 octobre 1974 et l'introduction de la saisine parlementaire<sup>269</sup>, le déclenchement du contrôle s'est ouvert à l'opposition, laquelle peut ainsi intervenir en faveur du maintien d'un service public exigé par la Constitution. En pratique, plusieurs saisines ont d'ailleurs déjà été fondées sur une exigence constitutionnelle et, si elles n'ont pas abouti à reconnaître ces services comme constitutionnels, révèlent néanmoins le souci de préservation des services publics et l'utilisation de la notion pour empêcher leur suppression<sup>270</sup>. Mais la défense du maintien de ces services demeure dépendante des forces politiques en présence. En cela, l'introduction, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'un mécanisme de renvoi préjudiciel est susceptible de constituer un complément intéressant. L'article 61-1 ouvre en effet désormais la possibilité au justiciable, lors d'une instance en cours, de soulever la question de la constitutionnalité d'une loi qu'il estimerait léser ses droits et libertés, question par la suite renvoyée, *via* les juridictions suprêmes<sup>271</sup>, au Conseil constitutionnel. Ce dernier peut désormais connaître de lois déjà promulguées et pourrait donc éventuellement trouver à contrôler une loi ayant échappé à son examen *a priori* et qui, en supprimant un service public

---

<sup>268</sup> Ces conditions tenant notamment à l'examen de la proposition de loi référendaire par le Conseil constitutionnel et à la nécessité que le référendum s'insère dans les matières prévues par l'article 11, lequel prévoit la possibilité de propositions de réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la Nation « *et aux services publics qui y concourent* ».

<sup>269</sup> La saisine est à cette date ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs.

<sup>270</sup> V. ainsi les décisions CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations, préc.* ; CC n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication, préc.* et CC n° 88-232 DC, 7 janvier 1988, *Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, préc.* , CC n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie, préc.*.

<sup>271</sup> Lesquelles sont ici appelées à jouer un rôle de filtrage. Sur l'ensemble du mécanisme institué par l'article 61-1, DRAGO (Guillaume), « Exception d'inconstitutionnalité – Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G* 2008, I-1217.

exigé par la Constitution, atteindrait la garantie des droits et libertés des citoyens et, tout particulièrement, les « droits-créances » éventuellement en cause.

La protection juridique entourant la notion de service public constitutionnel trouve ainsi progressivement de nouvelles armes. Au-delà, il faut par ailleurs rappeler que nombre de services publics exigés par la Constitution relève d'une évidence telle qu'il semble difficile que les autorités publiques puissent un jour remettre en cause leur existence. La disparition de missions comme celles de l'enseignement, du service public hospitalier ou de la Sécurité sociale serait certainement perçue comme inadmissible par l'opinion publique. Cette dernière a généralement tendance à analyser les suppressions de services publics comme révélatrices d'une régression, même lorsqu'ils ne répondent plus à un intérêt général. Dans un contexte de difficultés économiques et de montée des exclusions, elle réagirait ainsi certainement très négativement à la remise en cause de services considérés comme essentiels. En outre, la création et la gestion des services publics offrent toujours une justification et une légitimation à l'Etat, vision du guiste qui, bien que critiquée, perdure et confirme le risque politique certain que recouvre toute tentative de suppression de services publics constitutionnels. Ainsi, tant que le conditionnel est de mise s'agissant de la suppression de tels services, la notion reste opérante, et avec elle le renforcement de la garantie offerte aux « droits-créances » quant à leur concrétisation. Ce dernier aspect constitue d'ailleurs un palliatif précieux dès lors que la protection offerte aux « droits-créances » paraît, par certains aspects, parfois peu satisfaisante.

## *2) Une protection supplémentaire bienvenue*

Que « droits-créances » et libertés classiques ne participent pas de la même logique ne saurait être contesté. Les deux catégories répondent en effet chez l'homme à des aspirations qui, pour être complémentaires, n'en restent pas moins différentes. Or la distinction se retrouve s'agissant des mécanismes de protections mis en œuvre, les « droits-créances » semblant souvent bénéficier de garanties jurisprudentielles moindres. Le renforcement de la protection offerte aux « droits-créances » par l'intervention de la notion de service public constitutionnel représente ainsi un adjuvant opportun, car instaurant une assurance minimale, mais incontestable de mise en œuvre de ces droits.

L'affirmation selon laquelle les « droits-créances » constitutionnels seraient ainsi « mal aimés » des pouvoirs publics et des autorités juridictionnelles découle en premier lieu de

l'idée largement répandue, mais contestable, selon laquelle ces derniers ne bénéficieraient pas du mécanisme de l'«*effet cliquet*». La signification même de cette expression a toujours été sujette à controverse. Pour certains, le fondement de cette technique de garantie des libertés serait à trouver dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984, dite «*Libertés universitaires*», laquelle pose le principe selon lequel le législateur ne peut abroger les garanties que prévoyait le premier texte sans les remplacer par des garanties au moins équivalentes<sup>272</sup>. Par la suite, cet encadrement de la compétence du législateur en matière de libertés aurait été perfectionné, la Haute instance précisant, dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984<sup>273</sup>, que «*s'agissant d'une liberté fondamentale, (...) la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif*». De là, l'expression consacrée d'«*effet cliquet*» ou de «*cliquet anti-retour*» serait susceptible de recouvrir deux contraintes distinctes à la charge du législateur. La première proposition revient en effet à exiger du législateur qu'il ne prive pas purement et simplement la liberté concernée de garanties légales, quand la seconde impose que, s'il modifie ces garanties, les nouvelles garanties soient plus fortes que les précédentes, certains auteurs estimant que le «*cliquet anti-retour*» ne relève que de cette solution. Le seul fondement pertinent serait pour ces derniers la décision constitutionnelle des 10 et 11 octobre 1984<sup>274</sup>, laquelle pose en quelque sorte la règle du «*toujours et seulement plus*» : le législateur, dès qu'il est amené à toucher à une liberté, ne peut le faire que de manière à la rendre plus effective. Quant à l'interdiction faite au législateur de priver la liberté de ses garanties légales, elle ne saurait alors y être incluse car il est seulement interdit dans ce cas au législateur de franchir un seuil à partir duquel la garantie serait remise en cause. Partant, deux techniques devraient donc être nettement distinguées : celle du cliquet et celle du seuil<sup>275</sup>. Or, traditionnellement, le Conseil constitutionnel impose exclusivement au législateur de préserver le niveau de garantie des «*droits-créances*», mais non de le rendre plus effectif<sup>276</sup>. Les tenants d'une conception de l'effet-cliquet fondé sur

---

<sup>272</sup> CC n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, Rec. p. 30 (GDCC, p. 512) considérant n° 42 : « (...) l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution ».

<sup>273</sup> CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78 ; GDCC, p. 530, considérant n° 37.

<sup>274</sup> CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, préc.

<sup>275</sup> V. MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 498.

<sup>276</sup> V. notamment les décisions CC n° 90-287 DC, 16 janvier 1991, *Santé publique et assurances sociales*, Rec. p. 24 (considérant n° 12 : « la modification du régime d'homologation des tarifs conventionnels n'a pas pour effet de priver de garanties légales des principes de valeur constitutionnelle, en particulier (...) le principe de protection de la santé publique proclamé par le 11<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 ») ; CC n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *Négociations collectives*, Rec. p. 128 ; CC n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Allocations*

l'exigence d'une garantie toujours plus importante concluent ainsi que les « droits-créances » sont exclus du champ d'application de ce mécanisme<sup>277</sup>, tandis que les tenants de la définition attachée au maintien des garanties légales considèrent que l'effet-cliquet s'applique à ces exigences spécifiques<sup>278</sup>. Il s'agit cependant certainement aujourd'hui d'un faux débat<sup>279</sup>, tout simplement parce que l'obligation posée dans la décision des 10 et 11 octobre 1984, cette contrainte imposée au législateur de toujours agir dans le sens d'une plus grande effectivité, semble avoir été abandonnée. Ressurgie en 1993<sup>280</sup>, elle n'apparaît plus, en effet, par la suite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, seule l'exigence de ne pas priver de garantie légale le droit ou la liberté en cause étant rappelée<sup>281</sup>. Au regard des « droits-créances » comme des droits-libertés, le législateur ne se voit donc pas interdire tout retour en arrière dans le cadre de leur régime, mais « *un niveau minimum de concrétisation* » doit être préservé<sup>282</sup>. Des limitations sont toujours envisageables, « l'effet cliquet », désormais soumis à une acception univoque, interdisant seulement que ces limitations aboutissent à ce que le principe constitutionnel ne puisse plus être mis en œuvre. Or, la notion de service public constitutionnel semble se faire l'écho de cette solution, à tel point, d'ailleurs, « *qu'il ne serait pas interdit de se demander si ces deux volets de la jurisprudence constitutionnelle ne font pas, finalement, quelque peu "doublon"* »<sup>283</sup>. Cependant, l'objection est de peu de portée, tout d'abord « *parce qu'il n'est pas forcément mauvais ou inutile (...) que le juge dispose de deux angles d'attaque plutôt que d'un seul pour contrer à l'occasion des agissements mal inspirés du législateur* » ; mais également parce que la conjonction entre service public

---

*familiales*, Rec. p. 320 et CC n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. p. 100.

<sup>277</sup> C'est là la position défendue depuis l'origine par Xavier Prétot. V. « Les prestations sociales peuvent-elles être assorties d'une condition de résidence ? », *Droit social*, Avril 1987, p. 345 ; « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, mars 1991, p. 196 et « La conformité à la Constitution de la loi relative à la santé publique et aux assurances sociales : régime des centres de santé et de la tarification des établissements de soins privés », *RDSS* 1991, p. 257. Dans le même sens, ROUSSILLON (Henry), *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 84 ; MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2002, p. 498 ; SCHOETTL (Jean-Eric), note sous décision CC n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *AJDA* 1999, p. 704.

<sup>278</sup> En ce sens, BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 53 ; ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 436.

<sup>279</sup> En ce sens, notamment, GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 664 et s.

<sup>280</sup> CC n°93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration, préc.*, considérant n° 81.

<sup>281</sup> V. ainsi CC n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204, CC n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, Rec. p. 126 et CC n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, A paraître au Recueil.

<sup>282</sup> GAY (Laurence), *op. cit.*, p. 674.

<sup>283</sup> BORGETTO (Michel), « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 93.



constitutionnel et « effet-cliquet » enrichit l'utilisation d'une notion que le juge a souvent limitée à la seule question des transferts au secteur privé<sup>284</sup>.

Cet impact positif est d'autant plus intéressant que la garantie des « droits-créances » dépend du législateur. Or il faut bien admettre que sa marge de manœuvre est envisagée seulement par le juge constitutionnel, lequel se réfugie très largement derrière la liberté d'appréciation du législateur et opère un contrôle atténué de ces exigences<sup>285</sup>. La portée contraignante des droits consacrés dans le Préambule s'en ressent, alors même que, parallèlement, leur invocabilité devant le juge administratif dépend de leur applicabilité, laquelle se révèle faire l'objet, par ce dernier, d'un tri quelque peu aléatoire<sup>286</sup>. Par ailleurs, il faut évoquer le cas particulier de l'application, ou plutôt de la non application, du mécanisme du référé-liberté aux « droits-créances ». La refonte des référés devant la juridiction administrative par la loi du 30 juin 2000<sup>287</sup> a conduit à l'introduction, à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, d'une nouvelle procédure d'urgence permettant au juge administratif des référés « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence* », d'« *ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». C'était là une innovation bienvenue<sup>288</sup>, immédiatement adoptée par le juge administratif, mais soulevant cependant une interrogation centrée sur la définition d'une « liberté fondamentale »<sup>289</sup>. Faute d'un considérant de principe fixant cette définition, ses contours ne se révèlent que progressivement, au gré des jurisprudences affirmant au cas par cas l'appartenance ou non d'une liberté à cette catégorie. Certains arrêts du Conseil d'Etat

---

<sup>284</sup> BORGETTO (Michel), *op. cit.*, p. 94.

<sup>285</sup> De nombreuses limitations apportées à l'exercice de « droits-créances » (comme, par exemple, des conditions plus restrictives d'accès aux allocations familiales) ont ainsi échappé à la censure du juge constitutionnel. V. CC n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Allocations familiales, préc.* ; CC, n° 2004-504 DC, *Loi relative à l'assurance maladie, Rec.* p. 153 ; CC n° 2007-558, 13 décembre 2007, *Loi de financement de la sécurité sociale, Rec.* p. 448 et, sur l'ensemble de la question, ROMAN (Diane), « Constitution et solidarité », *LPA* 22 janvier 2009, n° 16, p. 70. L'auteur rappelle ainsi qu'aucune censure du législateur n'est intervenue à ce jour sur le fondement des alinéas 5, 10 et 11 du Préambule.

<sup>286</sup> V. *supra*, A/, 2).

<sup>287</sup> Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, *JO* 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9948.

<sup>288</sup> Complémentaire de la voie de fait, constituée seulement en présence d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, ce référé évite en effet les recours intempestifs des justiciables à cette procédure et limite dès lors son extension hors du domaine lui étant imparti.

<sup>289</sup> V. notamment FAVOREU (Louis), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1739 ; BRENET (François), « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p. 1535 ; GLENARD (Guillaume), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *AJDA* 2003, p. 2008. ; LE BOT (Olivier), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, L.G.D.J., 2007 et WACHSMANN (Patrick), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, p. 58.

rendus en matière de « droits-créances » fournissent ainsi ce qui s'avère être un portrait en creux de la notion car en excluent ces exigences. Ainsi, le « droit à l'emploi » tel que garanti par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>290</sup> n'entre pas dans le champ de la procédure de référé-liberté<sup>291</sup>, ni l'objectif de valeur constitutionnelle impliquant que toute personne puisse disposer d'un logement décent<sup>292</sup>. Le même sort ayant été par la suite réservé au droit à la protection de la santé<sup>293</sup>, ces différents refus semblent fixer le sort des « droits-créances » au regard de la mise en œuvre du référé-liberté<sup>294</sup>. De manière schématique, ces droits réclament pour leur satisfaction une intervention positive de la part des pouvoirs publics quand les libertés « classiques » ne sont censées s'épanouir que dans la seule abstention. Or, l'objet du référé-liberté semble bien plus, pour le juge administratif, constituer un nouveau moyen de contrer les ingérences excessives envers les libertés dont pourraient se rendre coupables les autorités publiques qu'un outil invitant ces dernières à renforcer leur intervention à l'égard des créances concernées. La logique allouée à cette procédure relève dès lors sans doute d'une certaine subjectivité, trahissant certainement le souci du juge administratif de limiter l'extension du champ d'application de ce référé et du contentieux qui en découlerait. Mais le résultat demeure : « les droits-créances » se voient exclus d'un mécanisme susceptible de les garantir. Or, face à cette « marginalisation »<sup>295</sup>, la notion de service public constitutionnel offre une protection d'autant plus précieuse qu'elle paraît seule à intervenir. Certes, réaffirmer les « droits-créances » comme fondements de services publics constitutionnels ne peut atténuer les inflexions portées à la garantie de ces exigences par le juge. Mais une telle réaffirmation vient rappeler qu'il existe, à travers la construction jurisprudentielle des services publics constitutionnels, une sphère irréductible de garantie qui ne peut être remise en cause : celle présidant à leur mise en œuvre sous l'égide des pouvoirs

---

<sup>290</sup> Alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

<sup>291</sup> CE Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Rec. Leb.* p. 108 ; *GDJDA*, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 491.

<sup>292</sup> CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *Rec. Leb.* p. 168, *AJDA* 2002, p. 818, note E. Deschamps, confirmé par CE, 22 mai 2002, *Fofana*, *Rec. Leb.* p. 175.

<sup>293</sup> CE, ord., 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel*, *Rec. Leb.* p. 388 ; *AJDA* 2006, p. 376, note M. Laudijois.

<sup>294</sup> D'autres jurisprudences du Conseil d'Etat pourraient cependant laisser penser le contraire. En effet, le droit d'asile, puis le droit de mener une vie familiale normale, issus du Préambule de 1946, ont pour leur part été reconnus comme relevant de la catégorie de liberté fondamentale (CE, ord., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, *Rec. Leb.* p. 12 et CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Tliba*, *Rec. Leb.* p. 523). Cependant, dans les deux cas était en cause une liberté et non un « droit-créance », même si le droit d'asile suppose à l'évidence certaines interventions positives de mise en œuvre. Ainsi, dans l'ordonnance du 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, le juge des référés du Conseil d'Etat précise que la notion de liberté fondamentale doit englober le droit constitutionnel d'asile du fait que son obtention « est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers ». Quant au droit à mener une vie familiale normale, issu de l'alinéa 10 du Préambule, il constitue une liberté fondamentale en ce qu'il a pour objet de « préserver la liberté de toute personne de vivre avec sa famille ». N'est pas recherchée ici la protection directe d'un droit, mais celle d'une liberté. En ce sens, GLENARD (Guillaume), *op. cit.*, p. 2012.

<sup>295</sup> WACHSMANN (Patrick), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, p. 60.

publics et selon des principes de fonctionnement théoriquement propres à assurer leur satisfaction optimale.

En guise de conclusion provisoire, il paraît permis de corroborer ce qui ne constituait, au début de cette analyse, qu'une présomption. Le service public constitue un instrument souvent indispensable à la mise en œuvre des « droits-créances ». Sous-tendu par le texte même consacrant ces exigences, le lien de garantie noué avec ces dernières est mis en lumière et renforcé à travers l'intervention de la notion de service public constitutionnel. Le service public constituant une technique de concrétisation reconnue, l'appréhension pratique du lien existant entre « droits-créances » et service public éclaire par ailleurs la variété des services publics matérialisant, par leur action, cette garantie.

## **SECTION SECONDE**

### **UNE FONCTION DE GARANTIE CONCRETISEE PAR L'INTERVENTION DE DIFFERENTS SERVICES PUBLICS**

Les services publics susceptibles de se rattacher, de près ou de loin, aux « droits-créances » exprimés en 1946 sont extrêmement nombreux. L'appel des constituants de 1946 a été entendu, confirmé et perfectionné. L'approche historique du service public fait d'ailleurs état de l'explosion du nombre de services publics observée après-guerre<sup>296</sup>, et bien que les exigences exprimées dans le Préambule de 1946 ne puissent à l'époque commander juridiquement cette multiplication, faute de valeur positive, ce texte se fait néanmoins écho de l'évolution constatée en rendant solennellement compte de la nécessité d'intervention dans le domaine économique et social. C'est un nouveau pan de l'intérêt général qui reflète les préoccupations formalisées dans le Préambule et tout, ou presque, est ainsi devenu susceptible de constituer une mission de service public<sup>297</sup>. Prétendre dresser, dès lors, une liste exhaustive des activités prises en charge afin de garantir les « droits-créances » se révèle vain car cette liste devrait en effet inclure jusqu'aux moindres services publics participant de manière accidentelle à la satisfaction éventuelle de telles exigences. Face à cette difficulté, il convient

---

<sup>296</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 64 ; CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 67 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 31.

<sup>297</sup> Attaché originellement à un cercle limité d'activités régaliennes, l'intérêt général va progressivement envahir le domaine social, économique, culturel, sportif, etc., le juge administratif ne limitant son expansion que dans certains cas très limités (pour un exemple, V. CE, Sect., 27 octobre 1999, *Rolin*, RDP 2000, p. 269, note G. Eckert ; *CJEG* 2000, p. 24, concl. Daussun).

donc de concentrer l'étude sur les services publics répondant de manière directe aux exigences consacrées dans la Constitution. Ce choix d'un inventaire plus limité, s'il perd en exhaustivité, gagne en cohérence. Il permet en effet de rendre tangible le lien de garantie unissant service public et « droits-créances », offrant un tableau d'ensemble des services publics autour desquels s'articule, dans sa plus grande partie, la problématique générale de garantie des droits et libertés à laquelle s'attache cette étude. En réponse à la finalité principale des différents « droits-créances », les services publics les mettant en œuvre pourront ainsi se ranger dans la catégorie des services publics dédiés à la protection de l'individu (Paragraphe premier) ou dans celle des services publics poursuivant un objectif de progression et d'épanouissement des citoyens (Paragraphe second)<sup>298</sup>.

PARAGRAPHE PREMIER  
DES SERVICES PUBLICS GARANTS DU DROIT  
A LA SURETE DE L'INDIVIDU

La sûreté n'est pas seulement entendue ici dans son acception la plus immédiate, la ramenant à une sphère de liberté individuelle opposable à l'Etat. Suivant la lecture plus large offerte par François Luchaire, elle doit ici s'envisager sous différents aspects, par strates successives ayant chacune correspondu à une évolution de la compréhension de cette notion<sup>299</sup>. Sous l'appellation de droit à la sûreté se regroupent ainsi différentes exigences ayant vocation, sous divers aspects, à assurer certaines prestations indispensables à la protection de l'individu. Garantie des droits de l'homme à l'époque révolutionnaire, la sûreté suppose en effet déjà certaines interventions positives indispensables à la lutte contre l'arbitraire. Ramenée par la suite à la notion de préservation de l'ordre public, elle aboutit, enfin, à exiger la garantie des conditions matérielles d'existence de l'individu, point final d'une évolution ayant conduit la sûreté de l'abstrait au concret. Destinés à mettre en œuvre les « droits créances » correspondant à cette finalité générale de sûreté, les services publics afférents s'articulent ainsi entre défense et assistance, garants de la justice et de l'ordre public (A) mais également de l'action sanitaire et sociale (B).

---

<sup>298</sup> Rejoignant en cela la classification proposée par André de Laubadère et Jean-Claude Venezia, *Droit administratif*, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1997.

<sup>299</sup> LUCHAIRE (François), « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 614.

## *A/ Les services publics garants de la lutte contre l'arbitraire et de la protection de l'ordre public*

De tels services publics n'ont pas l'habitude d'être rangés en tant que procédés de satisfaction des « droits-créances ». Loin de symboliser, en effet, les interventions de l'Etat-providence dans le domaine économique et social, c'est au contraire toute l'imagerie de l'Etat-gendarme qui leur est associée. Services publics régaliens intimement liés à la sphère de souveraineté étatique, ils comptent parmi les rares interventions publiques tolérées dans un Etat libéral, le service public de la justice (1), comme les services publics de la force publique (2), satisfaisant une exigence nettement posée à la charge de l'Etat.

### *1) Le service public de la justice*

La plus immédiate, mais aussi la plus ancienne signification de la sûreté l'assimile à la protection contre les abus du pouvoir. « *Droit naturel et imprescriptible de l'homme* » dont la conservation est l'un des « *buts de toute association politique* », ainsi que l'affirme l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la notion est prioritairement comprise à l'époque comme prohibant les détentions arbitraires<sup>300</sup>, interdiction qui n'a jamais cessé de constituer un enjeu fondamental, comme le rappelle encore aujourd'hui l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 proclamant que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Toutefois, ce serait restreindre sa portée que de réduire la sûreté à ce seul aspect. Plus largement, cette dernière doit en effet être entendue comme garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir, que ce soit en ce qui concerne sa personne, ses biens ou ses droits<sup>301</sup>. Ce n'est donc pas seulement sa liberté physique qui doit être protégée, mais la certitude pour l'individu « *qu'il n'a rien à redouter d'aucune autorité publique tant que l'exercice de ses libertés, quelles qu'elles soient, se maintient dans les bornes de la légalité, et que, s'il est soupçonné de les avoir franchies, s'exposant ainsi à une sanction, il sera garanti contre toute répression arbitraire* »<sup>302</sup>. Spontanément, la première implication induite par la sûreté apparaît ainsi relever de l'abstention : satisfaire cette exigence impose, pour l'Etat, de se garder de toute conduite arbitraire envers les citoyens. Cependant, la sûreté est une notion

---

<sup>300</sup> En réaction contre l'Ancien Régime, et tout particulièrement contre la fameuse pratique des lettres de cachet.

<sup>301</sup> La Déclaration montagnarde du 24 juin 1793, par ailleurs très proche sur ce point de la Déclaration girondine du 20 avril 1793, dispose ainsi en son article 8 que « *la sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés* ».

<sup>302</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome II, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 45.

complexe dont la satisfaction ne peut se résoudre toute entière dans une définition négative. Ainsi, le droit à la sûreté ne saurait être respecté si les individus, à l'occasion d'un litige avec une personne privée ou publique, ne pouvaient être assurés d'un accès à la justice. Au-delà du fondement trouvé à l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>303</sup>, le droit au juge découle en effet de cette exigence de sûreté liée à la lutte contre toute répression arbitraire<sup>304</sup>. Cette dernière est envisagée dans le cadre des rapports entre individu et Etat mais peut également l'être dans celui des relations interindividuelles, supposant alors que nul ne puisse se faire justice soi-même. « *Une société qui ne réagirait pas contre les voies de fait porterait en elle tous les ferments de sa propre destruction* »<sup>305</sup>. L'organisation de l'accès à un juge indépendant et impartial est ainsi un devoir de l'Etat<sup>306</sup>. Par la suite, le service public de la justice créé doit, dans le cadre de son fonctionnement, s'abstenir de toute action arbitraire à l'encontre de l'individu/justiciable. Le droit au juge est ainsi un minimum, conforté par la constitution d'un véritable « droit des justiciables », impliquant en particulier la garantie des droits de la défense<sup>307</sup> ou l'indépendance et l'impartialité des juridictions<sup>308</sup>, impératifs que consacre par ailleurs très nettement le droit international<sup>309</sup>.

---

<sup>303</sup> Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* ». Selon François Luchaire, le droit au juge se déduit du principe de séparation des pouvoirs, l'existence d'un pouvoir judiciaire supposant en effet que chacun puisse avoir accès à la justice et obtenir d'elle une décision juridictionnelle. René Chapus, quant à lui, estime que ce même droit se fonde sur la disposition générale de l'article 16 exigeant que soit assurée la « *garantie des droits* » (LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 343 et CHAPUS (René), « Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 200). Pour le Conseil constitutionnel, le droit au recours juridictionnel est ainsi expressément associé à la garantie des droits défendue par l'article 16 (CC n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie Française*, Rec. p. 43).

<sup>304</sup> LUCHAIRE (François), « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 619 ; RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *op. cit.*, p. 48 ; RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. Koubi, (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 183 et MEINDL (Thomas), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J, 2003, p. 214.

<sup>305</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 3.

<sup>306</sup> Gilles Lebreton reconnaissant formellement cette exigence en tant que « droit-créance ». LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 381.

<sup>307</sup> Cette garantie se matérialise ainsi notamment dans le principe de légalité des délits et des peines, de publicité des débats, de nécessité des peines, de présomption d'innocence. Le respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable est par ailleurs soumis au contrôle du juge constitutionnel (V. ainsi notamment CC n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec. p. 66).

<sup>308</sup> C'est la recherche de ces exigences, dictées par les nécessités de la sûreté, qui a conduit les hommes de la Révolution à supprimer le système de patrimonialité des charges tel que pratiqué sous l'Ancien Régime et à mettre en place un véritable service public d'Etat. V. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 43. En ce qui concerne les magistrats judiciaires, V. article 64 de la Constitution de 1958. Des garanties d'inamovibilité sont également prévues au bénéfice des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (V. article 231-3 du Code de justice administrative).

<sup>309</sup> Et tout particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme. V. l'article 13 de ce texte (exigence d'un recours effectif pour la protection des droits et libertés), l'article 6 § 1 (droit à un procès

Concrètement, le « droit-créance » attaché à l'exigence de sûreté est ainsi garanti par l'intervention du service public de l'autorité judiciaire comme par celui de la juridiction administrative, chargé d'instaurer un système de protection des biens et des droits du citoyen face aux atteintes des pouvoirs publics<sup>310</sup>. Les deux ordres de juridictions ont un rôle essentiel à jouer au regard de cette exigence et paraissent entrer sans difficulté dans la catégorie des services publics constitutionnels<sup>311</sup>. S'agissant de l'autorité judiciaire, cette dernière fait en effet expressément l'objet du Titre VIII de la Constitution de 1958. Quant à la juridiction administrative, la constitutionnalisation de son existence est l'œuvre directe du Conseil constitutionnel, lequel a réservé un bloc de compétences à son profit dans sa décision du 23 janvier 1987 « *Conseil de la concurrence* »<sup>312</sup>. Services publics d'Etat, instruments de sa souveraineté, ils trouvent à satisfaire une demande que les services publics dédiés à la force publique sont par ailleurs appelés à garantir sous un autre aspect.

## 2) *Les services publics concourant à la sécurité des citoyens*

La sûreté peut également être comprise comme s'exerçant à l'égard de tout individu<sup>313</sup>, afin de protéger le citoyen contre les agissements éventuellement attentatoires à son intégrité physique ou à ses biens. Sûreté et sécurité matérielle se confondent alors dans la notion d'ordre à garantir<sup>314</sup>. Or il revient là encore à l'Etat de préserver cette exigence. Dès 1789, les pouvoirs publics se voient en effet assignés la mission d'assurer l'ordre et le respect des lois. Les hommes de la Révolution prennent soin de rappeler que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »<sup>315</sup>, ajoutant, par ailleurs, que « *la garantie des droits de*

---

équitable, par un tribunal indépendant et impartial) ou encore l'article 5 dont les différents paragraphes viennent encadrer les cas de privations de liberté et donner à la personne concernée le droit d'être informée sur les faits reprochés, d'exercer un recours contre sa détention ou d'obtenir réparation en cas d'arrestation ou de détention abusives.

<sup>310</sup> La qualification de la justice en tant que service public est notamment confirmée par l'arrêt TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane, Rec. Leb.* p. 642. Il ne s'agit cependant pas d'une administration ordinaire : les tribunaux sont souverains, leur membres indépendants et leurs décisions ont autorité de chose jugée. La justice demeure ainsi un service public extrêmement spécifique.

<sup>311</sup> En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), *op. cit.*, p. 41 et TRUCHET (Didier), « La justice comme service public », in *Le service public de la justice*, Editions Odile Jacob, 1998, p. 36.

<sup>312</sup> CC n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence, Rec.* p. 8, *AJDA* 1987, p. 315, note J. Chevallier.

<sup>313</sup> V. CAUSSE (Hervé), « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité », *Gaz. Pal.* 2001, p. 2008.

<sup>314</sup> MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 153 : Sûreté et sécurité « visent l'une et l'autre à assurer cette tranquillité d'esprit qui permet, selon Montesquieu, de se sentir libre ».

<sup>315</sup> Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

*l'homme et du citoyen nécessite une force publique (...) instituée pour l'usage de tous* »<sup>316</sup>. A travers ces deux dispositions se découvrent la formulation générale d'un droit à la sécurité et la détermination des modalités destinée à en assurer le respect. Prévoir la nécessité d'une force publique constitue l'aveu, pragmatique, du danger potentiel que recèle toute vie en société et manifeste la volonté de préserver au bénéfice des citoyens le niveau de sécurité nécessaire à la garantie de leurs droits et libertés<sup>317</sup>. La liberté, pour être protégée, doit se voir bornée et le dépassement de ces bornes être sanctionné. Plus qu'une tâche politique parmi d'autres, il s'agit pour l'Etat d'une véritable « *exigence républicaine* »<sup>318</sup>, obligation aujourd'hui très clairement réaffirmée par le droit positif. Echo des lois du 21 janvier 1995<sup>319</sup> et du 15 novembre 2001<sup>320</sup>, la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure<sup>321</sup>, proclame ainsi dans son article 1<sup>er</sup> que « *la sécurité est un droit fondamental* », le second alinéa précisant que « *l'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public, à la protection des personnes et des biens* ». Cette sécurité des personnes et des biens a, depuis le 22 juillet 1980, le caractère de principe à valeur constitutionnelle<sup>322</sup>, le Conseil constitutionnel précisant par ailleurs, dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981, que « *la recherche des auteurs d'infractions* » ainsi que « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens* » sont nécessaires « *à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* »<sup>323</sup>.

Il ressort alors que la sûreté, prise au sens de sécurité, implique certaines prestations positives destinées à assurer son respect<sup>324</sup>. Elle appelle ainsi, en premier lieu, l'édiction de la réglementation qui va fonder l'ordre public<sup>325</sup> et encadrer la liberté de l'individu. Mais elle suppose également, par la suite, une seconde intervention matérielle de l'Etat, destinée cette

<sup>316</sup> Article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>317</sup> Sur l'impact général de la sécurité sur la garantie des droits et libertés et sur les contradictions entre sécurité et libertés, V. *infra*, Première partie, Titre second, Premier chapitre.

<sup>318</sup> MOUTOUH (Hugues), « La loi et l'ordre », *D.*, Chron., 2000, p. 169.

<sup>319</sup> Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *JO* 24 janvier 1995, p. 1249.

<sup>320</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JO* 16 novembre 2001, p. 18215.

<sup>321</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* 19 mars 2003, p. 4761.

<sup>322</sup> CC n°80-117 DC, 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle en matière nucléaire*, *Rec.* p. 42.

<sup>323</sup> CC n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1980, *Sécurité et liberté*, *Rec.* p. 15, cons. n° 62.

<sup>324</sup> A l'obligation ainsi imposée semblant ainsi répondre un véritable droit à la sécurité dont les citoyens se prévalent de plus en plus, demandant réparation voire sanction lorsqu'ils estiment que ce droit n'a pas été mis en œuvre avec suffisamment de diligence. En ce sens, TRUCHET (Didier), « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 2001, p. 308 et s.

<sup>325</sup> Ce dernier pouvant se définir comme « *l'ensemble des valeurs dont les pouvoirs publics jugent nécessaires d'imposer le respect à un moment déterminé* ». WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 64.



fois à prévenir et sanctionner la non observation éventuelle du cadre fixé<sup>326</sup>. Le service public de la justice trouve alors à jouer un rôle déterminant : le juge rappelle le droit et prescrit toutes mesures permettant son respect et son application. Il sanctionne les agissements nuisibles à la sécurité des individus et, disposant en cette matière du monopole, permet de rationaliser cette sanction et d'y apporter résolution dans un cadre apaisé, en lui-même vecteur de sécurité. Mais la prévention et la sanction des atteintes à la sécurité ne sauraient, par ailleurs, être efficaces sans l'existence de la force publique, expressément envisagée par l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et condition *sine qua non* de la garantie du droit à la sécurité reconnu au citoyen. Sans elle, en effet, pas de prévention ni de sanction des agissements dommageables infligés à l'individu, ni de barrage à la confiscation de la contrainte par des forces privées. Or, « *la force sans la loi n'est qu'une violence* »<sup>327</sup>, la sécurité impliquant nécessairement l'existence d'une force publique légale disposant du monopole de la contrainte<sup>328</sup>.

Les Constitutions postérieures à la Déclaration de 1789 précisent les contours de cette force publique. La Constitution du 3 septembre 1791 indique qu'elle est « *instituée pour défendre l'Etat contre les ennemis du dehors, et assurer au-dedans le maintien de l'ordre et de l'exécution des lois* »<sup>329</sup>, mission reprise dans les mêmes termes par la Constitution du 24 juin 1793 comme par celle du 4 novembre 1848. Ces indications permettent ainsi de cerner plus nettement une appellation dont l'acception contemporaine n'a finalement que très peu varié : la force publique doit être comprise comme désignant les organisations chargées d'assurer la sécurité à l'extérieur comme à l'intérieur du territoire. Le service public de l'armée<sup>330</sup>, gardien traditionnel de la sécurité extérieure, est ainsi visé. Défense de la sûreté de l'Etat, l'armée, en assurant une protection contre les agressions extérieures, garantit dans le même temps la sécurité intérieure du territoire au bénéfice des citoyens, les forces militaires pouvant par ailleurs toujours être réquisitionnées pour participer au maintien de l'ordre interne. Le service public des forces de police, chargé des activités matérielles de police judiciaire et de police

---

<sup>326</sup> En ce sens, TIMSIT (Gérard), « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation Française, 1990, p. 209.

<sup>327</sup> Projet de Déclaration, article XXXVII, cité par PICARD (Etienne), « Article 12 », in G. Conac, G. Teboul et M. Debène (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, histoire, analyses et commentaires*, Economica, 1993, p. 259.

<sup>328</sup> Ce monopole de la violence physique légitime entrant pour Max Weber dans la définition même de l'Etat : « *La violence n'est évidemment pas l'unique moyen normal de l'Etat (...) mais elle est son moyen spécifique* ». WEBER (Max), *Le Savant et le Politique*, Plon, 1959, p. 100.

<sup>329</sup> Titre IV article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 3 septembre 1791.

<sup>330</sup> Service public constitutionnel, diverses dispositions, tels les articles 5, 20 et 21, prévoyant au sein de la Constitution de 1958 l'existence de la Défense nationale.

administrative, joue par ailleurs un rôle essentiel. La police administrative ayant pour objet d'éviter qu'un trouble ne se produise ou, s'il s'est déjà produit, qu'il ne s'aggrave, doit prendre les mesures indispensables en ce sens<sup>331</sup> et intervenir concrètement sur le terrain par des opérations de contrôle et de surveillance. Son action est donc centrée sur le maintien de l'ordre public, tandis que la police judiciaire, police d'investigation, est chargée, selon l'article 14 du Code de procédure pénale, « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs (...)* ». L'une ou l'autre des ces missions concourent ainsi à la garantie de la sécurité matérielle des citoyens. Le service public qui les recouvre trouve d'ailleurs à être placé dans la catégorie des services publics constitutionnels car il satisfait directement l'exigence posée à l'article 12 de la Déclaration de 1789. Service public de souveraineté, son existence n'entend cependant pas exclure toute intervention locale, dès lors que cette dernière reste subordonnée au niveau national. Bien au contraire, la police a longtemps été considérée en France comme une affaire purement municipale<sup>332</sup> et le maire est encore aujourd'hui chargé de la police administrative dans sa commune<sup>333</sup>. Il lui est ainsi possible de créer une police municipale, assurant sous son autorité, l'activité de préservation et de surveillance du « bon ordre » et ayant pouvoir de dresser des procès-verbaux de contraventions<sup>334</sup>. C'est en outre à l'échelon départemental que se matérialise l'organisation des secours, à travers l'intervention, dans chaque département, d'un service départemental d'incendie et de secours chargé de la prévention, de la protection et de la lutte contre les incendies<sup>335</sup>.

Enfin, il convient d'évoquer ici le service public pénitentiaire. L'intégration de ce dernier au sein des services de la force publique a pourtant pu être discutée à l'occasion du débat sur les

---

<sup>331</sup> Il faut ici nuancer la distinction classique prestation/réglementation qui voudrait que la police administrative, quand elle adopte les mesures indispensables au maintien de l'ordre public, ne puisse être considérée comme fournissant alors une activité de prestation (En ce sens, v. CE, 12 avril 1957, *Mimouni*, *Rec. Leb.* p. 252, *AJDA* 1957, II, 272, chron. Fournier et Braibant et LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 21). L'intervention de ce type de mesures est par ailleurs une obligation à la charge de l'autorité de police administrative, comme le rappelle très clairement l'arrêt CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, *Rec.* p. 540, *RDP* 1959, p. 1235, concl. Bernard.

<sup>332</sup> Historiquement, les forces de polices sont souvent nées au gré de circonstances locales, sans cohérence d'ensemble. Cet état de fait résultait d'une certaine méfiance à l'encontre des dangers inhérents à un monopole de la force intérieure et du souci d'une réponse adaptée à des circonstances locales particulières. Sur ce point, DE LAUBADERE (André) et VENEZIA (Jean-Claude), *Traité de droit administratif*, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 198.

<sup>333</sup> V. articles L.2212-1 et L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales. Les présidents des conseils généraux ont également des pouvoirs de police municipale en ce qui concerne, notamment, les voies départementales, le préfet exerçant son contrôle sur l'exercice des compétences dévolues aux autorités locales.

<sup>334</sup> V. article L. 2212-5 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>335</sup> V. article L. 1424-1 du Code général des collectivités territoriales. Il s'agit d'un établissement public « mixte » regroupant département et communes, la mise en œuvre opérationnelle des secours demeurant aux mains des préfets.

prisons privées<sup>336</sup>. Se pose en effet à l'époque la question de la finalité de ce service, confondue avec celle de savoir s'il s'agit d'un service public constitutionnel de souveraineté, insusceptible de passer partiellement aux mains de personnes privées. Les défenseurs de cette thèse invoquent alors le rattachement de ce service aux fonctions de souveraineté de l'Etat, son statut de composante du service public de la justice<sup>337</sup> et, enfin, l'appartenance du personnel de ce service à la force publique. Cette dernière doit en effet être « *instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée* »<sup>338</sup>. Or, si le personnel du service public pénitentiaire est effectivement intégré aux organisations de la force publique, il ne peut dès lors assurer le fonctionnement de ce service dans l'intérêt d'un établissement privé<sup>339</sup>. L'enjeu se concentre ainsi à l'époque sur la reconnaissance ou non de l'appartenance de ce service à la force publique, question qui semble devoir conduire à une réponse positive. « *La prison existe car c'est une mission prioritaire pour l'Etat de faire respecter la sécurité* »<sup>340</sup>. Toute l'institution s'articule autour de cette exigence qui lui offre son fondement premier<sup>341</sup>. Ce service organise en effet l'incarcération des individus ayant porté atteinte à cette sécurité et, partant, leur maintien hors de la société pendant un laps de temps durant lequel ils ne constitueront plus une menace pour cette dernière. Par ailleurs, et bien qu'ici le bilan apparaisse très nuancé dans la réalité, est à prendre en considération le caractère dissuasif de l'incarcération, susceptible de prévenir en amont les atteintes à la

---

<sup>336</sup> Ce projet de loi, initié en 1987 par le Garde des Sceaux Albin Chalandon, prévoyait l'institution d'un service public pénitentiaire assuré par l'Etat, mais dont l'exécution pouvait être confiée à des personnes privées, lesquelles étaient dès lors susceptibles de prendre notamment en charge la détention et la garde des individus incarcérés, ou encore le fonctionnement courant de la prison.

<sup>337</sup> Et le fondement constitutionnel indirect qui en découle alors, vision vigoureusement combattue à l'époque par les tenants de la privatisation, dont, notamment, Louis Favoreu. Pour cet auteur, il est nécessaire de distinguer les services publics de prononcé des peines, attachés à la souveraineté de l'Etat et non privatisables, de ceux chargés de l'exécution de la peine, dont fait partie le service public pénitentiaire. Il argue ainsi d'une dissociation entre le service public de justice ayant « *le pouvoir de punir* » et le service public pénitentiaire ayant seulement celui d'exécuter. Une telle distinction peut cependant se voir reprochée de démembrer artificiellement deux éléments difficilement isolables l'un de l'autre, les modalités d'exécution de la peine pouvant être considérées comme faisant partie de la peine. V. FAVOREU (Louis), « Approche constitutionnelle du principe de participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire », in « *Les prisons dites privées, une solution à la crise pénitentiaire ?* », Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, Economica et PUAM, 1987, p. 53. *Contra*, DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 119 ; PECHILLON (Eric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., 1998, p. 90.

<sup>338</sup> Article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>339</sup> Louis Favoreu (*op. cit.*, p. 54) anticipe d'ailleurs cette objection en précisant qu'au cas où cette intégration serait reconnue, il ne voit pas en quoi cette force publique serait alors employée dans un intérêt privé. Mais un opérateur privé acceptant la prise en charge d'une prison y trouve un intérêt financier et la force publique concourant au fonctionnement de l'établissement pénitentiaire participe alors indéniablement à la réalisation de ce but lucratif. En ce sens, LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 374.

<sup>340</sup> DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 116. La loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire (JO 23 juin 1987, p. 6775) dispose ainsi dans son article 1<sup>er</sup> que « *le service public pénitentiaire participe (...) au maintien de la sécurité publique* ».

<sup>341</sup> En ce sens, PECHILLON (Eric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., 1998.

sécurité, et son caractère curatif, par l'éventuelle préparation à la réinsertion en aval<sup>342</sup>. Le service public pénitentiaire semble ainsi devoir se ranger parmi les services de la force publique. Quant à déterminer s'il s'agit d'un service constitutionnel, le débat semble pouvoir être conclu positivement. Certes, une externalisation permettant de confier à des personnes privées certaines tâches liées à l'exercice de la mission pénitentiaire est depuis longtemps constatée<sup>343</sup> et intéresse aujourd'hui les tâches de surveillance électronique des personnes assignées à résidence<sup>344</sup>. Saisi de cette dernière possibilité par des parlementaires inquiets de la prise en charge d'une telle compétence par des personnes privées, le Conseil constitutionnel a cependant opéré une sorte de « tri », estimant en effet que les fonctions déléguées ne portaient que sur des « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »<sup>345</sup>, ce qui semble ainsi signifier que les mission primordiales de ce service – mise en œuvre de la sanction et réinsertion - ne peuvent en revanche être confiées à des personnes privées<sup>346</sup>.

Justice, armée, police, services de secours et service public pénitentiaire constituent ainsi une garantie déterminante de la sûreté offerte à l'ensemble des citoyens. Attachés à la conception traditionnelle de l'Etat-gendarme, ils organisent concrètement la préservation de l'exigence particulière que la sûreté sous-tend en termes de protection contre l'arbitraire et de sécurité des personnes et des biens. Il sont en cela essentiels mais ne sont cependant pas les seuls à intervenir afin de matérialiser une sphère de protection autour de l'individu. Dans son sens le plus large, la sûreté se révèle par ailleurs matrice de différents « droits-créances » issus du Préambule de 1946, lesquels impliquent une intervention positive d'une autre nature, car intéressant cette fois le domaine sanitaire et social.

---

<sup>342</sup> Le Conseil constitutionnel n'envisage d'ailleurs pas autrement les diverses missions de ce service, lorsqu'il estime que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* ». CC n° 93-334 DC du 20 janvier 1993, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal*, Rec. p. 27.

<sup>343</sup> Ainsi, la loi du 22 juin 1987 a permis de confier par contrat à une entreprise privée certaines missions en dehors de celles de direction, du greffe et de surveillance : restauration, buanderie, maintenance des installations rénovées et cantine (achats opérés par les détenus). (VIALLET (Martine), « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *RFAP* 2001, n° 99, p. 449 et s).

<sup>344</sup> V. loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (*JO* 10 septembre 2002, p. 14934

<sup>345</sup> CC n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi de programmation pour la justice*, Rec. p. 204, cons. n° 87. Il semble que le Conseil constitutionnel ait ici estimé qu'il convenait d'opérer une distinction entre la mise en œuvre du dispositif technique, les fonctions d'exploitation et de maintenance de ce dernier, et la fonction de surveillance proprement dite. Concrètement, les prestataires privés centralisent les messages provenant des récepteurs, mais doivent répercuter les alarmes aux services pénitentiaires, qui demeurent seuls compétents pour les traiter. V. CARDET (Christophe), « L'externalisation de la mise en œuvre du placement sous surveillance électronique », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 2, p. 314.

<sup>346</sup> En ce sens, COSSALTER (Philippe), « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 192.

## ***B/ Les services publics garants du droit à la protection de la santé et de la sécurité matérielle de l'individu***

D'autres services publics ont vocation à assurer la sécurité du citoyen. S'ils évoluent dans une sphère éloignée des préoccupations propres aux services de police ou de justice, leurs finalités se rejoignent pourtant. Prise dans son sens le plus large, la notion de sûreté est en effet également susceptible d'intéresser la question de la sécurité matérielle telle que l'envisageaient les constituants de la Libération. Une exigence de sécurité attachée à la garantie des conditions et moyens d'existence est en effet consacrée dans les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946. Selon ces textes, « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » et « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». De nombreux services publics sont ainsi appelés à mettre en œuvre ces exigences dévolues à la protection de la santé ou des moyens d'existence de l'individu.

### *1) Les services publics à vocation sanitaire*

Assurer les conditions d'existence de l'individu est une visée large et ambitieuse mais qui dissimule, dans son ampleur même, certaines implications évidentes. Aucun « droit-créance » ne conditionne ainsi plus fondamentalement le développement des citoyens que la protection de la santé. Que le constituant de 1946 ait pris soin de l'inclure à la première place des actions à la charge de l'Etat énumérées à l'alinéa 11 du Préambule ne doit ainsi pas étonner. Or cette exigence constitutionnelle<sup>347</sup> nécessite l'instauration d'un service public dédié à sa mise en œuvre<sup>348</sup>. La généralité des destinataires de cette exigence implique en effet une prise en charge de cette activité par les pouvoirs publics<sup>349</sup>, seuls à même de mettre en œuvre un égal accès aux soins la garantissant concrètement sur l'ensemble du territoire et à tout instant. Cette affirmation ne saurait cependant tendre à remettre en cause l'existence d'un secteur

---

<sup>347</sup> Très nettement formalisée dans la décision CC n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec. p. 19, qui constitue la première utilisation du Préambule par le juge constitutionnel. V. SAINT-JAMES (Virginie), « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1997, p. 457.

<sup>348</sup> En ce sens, EVIN (Claude), *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, 2002, p. 39.

<sup>349</sup> V. *supra*, Section Première, Paragraphe Premier, B/, 2).

médical privé subvenant, dans la pratique, à une grande partie des besoins de la population en matière de soins. Les vues défendues par l'alinéa 11 ne nuancent qu'au minimum l'attachement traditionnel éprouvé envers la médecine libérale. Loin d'ignorer l'hostilité sous-jacente dont souffre la vision d'un « Etat médecin »<sup>350</sup>, l'alinéa envisage seulement l'éventuelle insuffisance de l'initiative privée. Le remède est constitué par l'instauration d'un service public de santé<sup>351</sup>, seul susceptible de garantir que chacun puisse être soigné, dans le cadre d'un système de « complémentarité-concurrence »<sup>352</sup> avec le secteur privé. La satisfaction du droit à la protection de la santé suppose ainsi obligatoirement la mise en place et le maintien d'un service public constitutionnel de santé coexistant avec un secteur privé<sup>353</sup>, la distinction public/privé tendant aujourd'hui à s'effacer au sein d'un système de santé envisagé de manière globale<sup>354</sup>. Une nationalisation du secteur constituerait en revanche une réponse disproportionnée au regard de l'exigence formulée par le Préambule de 1946, lequel ne sollicite finalement rien d'autre, même si c'est déjà beaucoup, que d'offrir l'assurance à chacun de pouvoir accéder à des soins médicaux.

En pratique, la garantie de cette exigence se matérialise par l'intervention de multiples services publics à vocation sanitaire. Les établissements publics de santé, centres hospitaliers et hôpitaux locaux, assurent le service public hospitalier, lequel comprend « *les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes* »<sup>355</sup>, mais également l'enseignement universitaire et la recherche, la formation continue des praticiens hospitaliers, les actions de médecine préventive et d'éducation pour la santé, l'aide médicale urgente et la lutte contre l'exclusion sociale<sup>356</sup>. Ces établissements publics demeurent souvent formellement rattachés à une collectivité locale<sup>357</sup> mais restent pilotés par l'Etat à travers les agences régionales de l'hospitalisation, groupement d'intérêt

---

<sup>350</sup> Les interventions sanitaires de l'Etat apparaissent d'ailleurs souvent se réfugier derrière une justification de type social, intermédiaire qui, s'il est souvent pertinent étant donné les missions en cause, permet de légitimer des actions publiques intéressant plus directement le domaine médical. V. DE LAUBADERE (André) et VENEZIA (Jean-Claude), *Traité de droit administratif*, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1997, p. 248.)

<sup>351</sup> Il importe de compter au sein de ce service public de santé les établissements privés pouvant être admis sous conditions à participer ou à se voir concéder l'exécution du service public hospitalier (V. articles L. 6161-6, L. 6161-9 et L. 6161-10 du Code de la santé publique).

<sup>352</sup> DE FORGES (Jean-Michel), *Le droit de la santé*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 5<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 46.

<sup>353</sup> En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 71.

<sup>354</sup> Les hôpitaux publics et les cliniques privées sont ainsi réunis sous l'appellation « établissements de santé » (V. art. L. 6111-1 et s du Code de la santé publique) et sont soumis à des missions, des règles d'organisation et de fonctionnement très largement similaires. V. sur ce point TRUCHET (Didier), « Etablissement public de santé et système de santé », *AJDA* 2006, p. 402.

<sup>355</sup> Article L. 6111-1 du Code de la santé publique.

<sup>356</sup> V. article L. 6112-1 du Code de la santé publique.

<sup>357</sup> V. l'article L. 6641-1 du Code de la santé publique qui dispose que les établissements publics de santé sont « *communaux, intercommunaux, départementaux, interdépartementaux ou nationaux* ».

public chargé de définir et de mettre en œuvre la politique de soins hospitaliers<sup>358</sup>. Au-delà du service public hospitalier, cette action sanitaire reste au niveau local largement du ressort des services déconcentrés de l'Etat, et notamment de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales<sup>359</sup>. D'autres actions dédiées à la protection de la santé peuvent toutefois intéresser les collectivités locales, le département prenant ainsi en charge un service public sanitaire dont les compétences se concentrent sur des actions de prophylaxie et de dépistage du cancer<sup>360</sup>. Mais la décentralisation semble avoir peu marqué le domaine sanitaire. Est au contraire aujourd'hui observée une recentralisation vers l'Etat<sup>361</sup>, dictée par la constatation d'une mise en œuvre disparate des politiques de santé d'un département à un autre<sup>362</sup>. Certaines actions de prévention des maladies ont ainsi été retransférées par la loi du 13 août 2004<sup>363</sup> au niveau national, leur exercice pouvant néanmoins être délégué par voie de conventions aux collectivités locales et, au premier chef, aux départements. Le cadre local demeure donc un niveau d'intervention limité, mais dont la pertinence n'est pas totalement remise en cause<sup>364</sup>. Les communes peuvent du reste créer ou subventionner des centres de santé, lesquels assurent des activités de soins et certaines actions de prévention<sup>365</sup>, ou mettre en place des dispensaires, des centres de protection maternelle et infantile ou des services communaux d'hygiène et de santé<sup>366</sup>, marquant ainsi la permanence, même limitée, de l'intervention de services publics locaux en ce domaine, comme en matière de protection sociale.

---

<sup>358</sup> V. article L. 6115-1 du Code de la santé publique

<sup>359</sup> En matière sanitaire, cette dernière dispose de nombreuses compétences : contrôle des règles d'hygiène, lutte contre les épidémies, mise en place de plans de secours d'urgence, élaboration des systèmes de prévention et de soin, etc. V. BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 118.

<sup>360</sup> Toutes ces activités lui ayant été remises par la loi de décentralisation du 22 juillet 1983. V. loi n° 83-663 relative à la répartition des compétences entre communes, départements, régions et Etat, JO 23 juillet 1983, p. 2286.

<sup>361</sup> V. AUBIN (Emmanuel), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino Editeur, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 282.

<sup>362</sup> En ce sens, RIHAL (Hervé), « Les transferts de compétence, solidarité et santé », *AJDA* 2004, p. 1982. Ce constat fait écho à l'interrogation sur la portée de la décentralisation au regard de la mise en œuvre égalitaire des droits sociaux sur l'ensemble du territoire : V. PRETOT (Xavier), « La garantie des droits sociaux est-elle compatible avec la décentralisation ? », *Droit social* 2003, p. 186.

<sup>363</sup> Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JO 17 août 2004, p. 14545.

<sup>364</sup> Ce constat est confirmé par l'incursion, modeste mais novatrice, de la région dans le champ de la formation sociale sanitaire et de la mise en place d'équipements de santé. V. loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *préc.*

<sup>365</sup> Article L. 6323-1 du Code de la santé publique.

<sup>366</sup> V. article L. 1422-1 du Code de la santé publique.

## 2) Les services publics protégeant l'individu face à certains risques de l'existence

L'alinéa 11 du Préambule de 1946 mettant à la charge de la Nation la garantie de la « *sécurité matérielle* » entend fournir à l'individu une assurance contre certains risques. Il n'est alors plus directement question de protection de la santé, attachée en priorité à une activité de diagnostic et de soin, mais d'une protection économique des individus contre certaines difficultés. Les deux domaines restent cependant très liés et leur distinction, si elle offre une meilleure lisibilité, se révèle parfois artificielle, « *l'action sociale impliquant la prise en compte de la dimension sanitaire, l'action en faveur de la santé devenant tantôt une condition, tantôt une composante de la politique sociale* »<sup>367</sup>. Cette perméabilité entre les deux domaines est très nette dans le cas du service public de la Sécurité sociale. Chargé de gérer le système d'assurance maladie dans une logique d'universalité, ce dernier constitue une condition de l'effectivité du droit à la protection de la santé car prend en charge le financement de l'accès aux soins<sup>368</sup>. L'imbrication, formalisée par le Conseil constitutionnel<sup>369</sup>, entre cette prise en charge des coûts et la garantie du droit à la protection de la santé trouve d'ailleurs dans le cadre de la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle<sup>370</sup> une illustration éloquente. En étendant à tous les résidents en situation régulière l'accès effectif à un régime de base et, partant, un droit de chacun à la Sécurité sociale<sup>371</sup>, le bénéfice généralisé du droit à la protection de la santé, même pour les plus précaires, se trouve consacré. L'institution de la Sécurité sociale trouve en outre à gérer un vaste ensemble d'assurances sociales. Elle met en place un système d'assurance maternité, couvrant les frais médicaux et assurant une compensation de la perte de salaire subie du fait de la cessation de l'activité professionnelle pendant la grossesse<sup>372</sup>. Elle gère par ailleurs l'assurance invalidité indemnisant la perte de revenus de la personne étant dans l'incapacité de travailler du fait d'une maladie ou d'un accident<sup>373</sup>, l'assurance décès, laquelle a pour but d'atténuer les conséquences de la disparition prématurée d'un assuré social pour ses ayants

---

<sup>367</sup> PONTIER (Jean-Marie), « Les communes et la santé publique », *RA* 1996, n° 294, p. 675.

<sup>368</sup> V. article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale.

<sup>369</sup> V. notamment la décision CC n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la Sécurité sociale et à la santé*, *Rec.* p. 33, dans laquelle le juge constitutionnel estime que l'application effective du droit à la protection de la santé nécessite le recours à une convention régissant les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins, lequel «  *vise à diminuer la part des honoraires médicaux (...) à la charge des assurés sociaux* ». (cons. n° 26).

<sup>370</sup> Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, *JO* 28 juillet 1999, p. 11229.

<sup>371</sup> La généralisation de l'assurance-maladie avouant, à travers la nécessité d'intervention de la CMU, ses limites.

<sup>372</sup> V. article L. 330-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

<sup>373</sup> V. article L. 341-1 et s. du Code de la sécurité sociale.



droit<sup>374</sup> et, enfin, l'assurance vieillesse, pilotant le régime des retraites général. Explicitement inscrit dans la Constitution<sup>375</sup>, et seul capable de répondre de manière satisfaisante à une demande d'intérêt général de très grande ampleur, le service public de la Sécurité sociale entre dans la catégorie des services publics constitutionnels. Le fait que ses missions soit très largement assumées par des organismes de droit privé<sup>376</sup> ne peuvent conduire à récuser cette qualification dès lors que ces organismes font l'objet d'un encadrement étatique. A ses côtés, et toujours au niveau national et dans un cadre assurantiel, interviennent par ailleurs les Caisses d'allocations familiales, services publics chargés de piloter l'octroi de prestations destinées à compenser les charges de famille, notamment à travers le versement d'allocations familiales<sup>377</sup>.

L'assurance-chômage, enfin, intéresse les personnes privées d'emploi et à la recherche d'une activité professionnelle et consiste dans le versement d'un revenu de remplacement, cette action étant complétée par l'intervention d'un service public de placement dédié au rapprochement des offres et demandes. Développée en France hors du système de sécurité sociale, cette assurance chômage a pendant longtemps été gérée par les Assedic, elles-mêmes coiffées par l'Unedic, en relation avec l'Agence Nationale Pour l'Emploi, toutes institutions qui ont aujourd'hui fusionné en une seule institution nationale publique<sup>378</sup>. Le demandeur d'emploi n'a donc plus aujourd'hui qu'un seul interlocuteur apte à offrir l'ensemble de la gamme de prestations. Le service public de l'emploi concourt ainsi à la fois à la garantie de l'exigence formulée à l'alinéa 11, lequel prévoit l'octroi « *de moyens convenables d'existence* » aux personnes dans l'incapacité de travailler et à celle de l'alinéa 5 consacrant le droit à obtenir un emploi, en s'insérant dans la lutte contre le chômage<sup>379</sup>. La question de son éventuelle nature constitutionnelle reste, quant à elle, plus controversée. Certains s'y opposent : l'exigence de l'alinéa 5 est claire, certes, mais la Constitution n'implique pas explicitement la prise en charge d'un service public de l'emploi et de cette constatation

---

<sup>374</sup> V. article L. 361-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

<sup>375</sup> Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *La loi détermine les principes fondamentaux [...] de la sécurité sociale* ».

<sup>376</sup> En dehors du cas des caisses nationales du régime général, lesquelles ont le statut d'établissements publics.

<sup>377</sup> Au-delà, les Caisses d'allocations familiales sont chargées de gérer diverses autres prestations : prestation d'accueil du jeune enfant, complément familial aux familles nombreuses, aides aux familles monoparentales, allocation de logement à caractère familial, allocation de rentrée scolaire.

<sup>378</sup> Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme du service public de l'emploi, *JO* 14 février 2008, p. 2712. V. VERICEL (Marc), « La loi du 13 février 2008 et la nouvelle réforme de l'organisation du service de l'emploi », *Droit social* 2008, p. 406.

<sup>379</sup> Au regard de l'alinéa 5, le Conseil constitutionnel a en effet clairement précisé que le législateur doit s'efforcer « *de permettre l'exercice pour chacun du droit d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit pour le plus grand nombre et, le cas échéant, de remédier à la précarité de l'emploi* ». CC n° 2005-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, *Rec.* p. 50.

découlerait l'impossibilité de reconnaître ce service comme étant constitutionnel<sup>380</sup>. L'argument est recevable mais la privatisation totale de tels services reste cependant difficilement envisageable. L'alinéa 5 pose en effet à la charge de l'Etat une exigence constitutionnelle qui s'oppose assurément au passage total de ces activités dans la sphère privée. L'initiative privée en ce domaine est bien sûr permise, la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 ayant d'ailleurs plus largement ouvert cette possibilité en matière de placement<sup>381</sup>. Mais l'intérêt général s'attachant à l'emploi est trop grand. Derrière le « droit au travail » se cache en effet la problématique de l'exclusion sociale. La garantie d'un droit commandant, dans la pratique, l'épanouissement des autres droits et libertés<sup>382</sup>, semble devoir interdire tout dessaisissement d'ampleur des pouvoirs publics, le service public de l'emploi pouvant paraître ainsi relever de la catégorie des services publics constitutionnels<sup>383</sup>.

Parallèlement, de très nombreuses politiques d'aide sociale sont mises en place au bénéfice de populations considérées comme particulièrement fragiles et devant faire l'objet de mesures d'intervention spécifiques. Ces dernières sont, dans la grande majorité des cas, prises en charge par le département, lequel constitue traditionnellement l'échelon pertinent en matière sociale<sup>384</sup>. L'« acte II » de la décentralisation, mis en oeuvre par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003<sup>385</sup> et précisé par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales<sup>386</sup>, a organisé en ce sens une nouvelle répartition des compétences confirmant cette approche<sup>387</sup>. La réforme constitutionnelle consacre désormais le département comme collectivité chef de file de l'action et de l'aide sociales<sup>388</sup>, chargé, aux termes du premier

---

<sup>380</sup> En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 75.

<sup>381</sup> V. Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* 19 janvier 2005, p. 864. Des agences privées de placement ou des entreprises de travail temporaire ont ainsi agrandi le cercle des acteurs du service public de l'emploi (V. article L5323-1 et s. du Code du travail). Cette loi a par ailleurs eu pour effet de renforcer l'intervention des collectivités locales. Des « maisons de l'emploi » sont ainsi mises en place : groupement d'intérêt public ou association regroupant l'Etat, l'ANPE, l'ASSEDIC et au moins une collectivité territoriale, cette structure avait vocation à devenir un guichet unique pour les demandeurs d'emploi (article L5313-1 du Code du travail). La fusion ANPE-ASSEDIC semble cependant avoir eu pour effet de minimiser leur influence, les maisons de l'emploi devant aujourd'hui assurer leur mission d'accueil, d'orientation, d'accompagnement en complémentarité avec la nouvelle institution créée. V. VERICEL (Marc), *op. cit.*, p. 412.

<sup>382</sup> V. *infra*, Titre second, Chapitre premier.

<sup>383</sup> En ce sens, notamment, BORGETTO (Michel), « Alinéa 5 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 141 et LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 322.

<sup>384</sup> V. article L. 121-1 al 3 du Code de l'action sociale et des familles. Le département gère ainsi l'aide sociale aux personnes âgées, aux handicapés, l'aide sociale à l'enfance, le Revenu minimum d'insertion (RMI) et, à titre expérimental pour l'heure, l'application du Revenu de solidarité active (RSA).

<sup>385</sup> Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO* 29 mars 2003, p. 5568.

<sup>386</sup> Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *préc.*

<sup>387</sup> V. notamment sur ce point LAFORE (Robert), « La départementalisation de l'action sociale, l'irrésistible ascension du département providence », *RDSS* 2005, p. 5.

<sup>388</sup> RIHAL (Hervé), « Les transferts de compétence, solidarité et santé », *AJDA* 2004, p. 1978.

alinéa de l'article L.121-1 du Code de l'action sociale et des familles, de définir et mettre en œuvre la politique d'action sociale en tenant compte des attributions confiées aux autres collectivités et de coordonner les actions menées sur son territoire par ces différents acteurs. La loi du 13 août 2004 conforte très clairement ces compétences et transfère en outre à cette collectivité l'ensemble de l'action gérontologique, les instruments de lutte contre la précarité et, à titre expérimental, la protection judiciaire de la jeunesse. Cette concentration de responsabilités aux mains du département entraîne la prise en charge de très nombreuses activités dans le domaine social. Doivent ainsi intervenir de manière obligatoire un service départemental d'action sociale à intervention généraliste, un service départemental d'aide à l'enfance et un service départemental de protection maternelle et infantile. Le département doit par ailleurs assurer l'organisation de l'attribution des prestations d'aide sociale mises à sa charge et, au-delà, certaines actions en faveur des publics concernés : handicapés ou personnes âgées, par exemple. Le rôle prédominant du département laisse évidemment peu de place à l'intervention des autres collectivités. La commune, néanmoins, reste susceptible d'intervenir, notamment à travers la prise en charge des centres communaux d'action sociale. Les missions de ces derniers s'articulent autour de l'instruction des demandes d'aide sociale et une action générale de prévention et de développement social. Au titre de cette attribution, la commune peut ainsi être amenée à prendre en charge les services sociaux les plus variés : consultations, crèches, pouponnières, foyers d'accueil, foyers restaurants, maisons de retraite, centres d'aide par le travail, permanences sociales, constituent autant d'exemple de ces interventions. Un nombre extrêmement important d'activités est ainsi conduit par les pouvoirs publics afin de garantir l'alinéa 11 du Préambule et le droit à la sécurité matérielle de l'individu.

La détermination des services publics concourant à la satisfaction de ces exigences de protection ne peut que confirmer l'adéquation du procédé. L'observation du vaste champ de services publics dédiés aux « droits-créances » en cause conforte la conclusion, développée au niveau théorique, de la reconnaissance du service public en tant qu'acteur indispensable de leur garantie. L'importance et l'influence du lien ainsi matérialisé au niveau sanitaire et social trouvent d'ailleurs aujourd'hui écho, au niveau communautaire, à travers l'émergence des services sociaux d'intérêt général (SSIG)<sup>389</sup>. L'intervention du service public se révèle d'une

---

<sup>389</sup> V. *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, 12 mai 2004, COM (2004) 374 final, p. 17, Communication de la commission du 23 avril 2006, *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, Communication de la commission, 24 juin 2006, COM (2006), 177 final et Communication de la commission, 20 novembre 2007, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*,

portée déterminante dans le cadre de l'instauration d'une sphère de sécurité. Elle est par ailleurs de même importance lorsqu'est cette fois en jeu la problématique générale de développement et d'épanouissement de l'individu au sein de la société.

PARAGRAPHE SECOND  
DES SERVICES PUBLICS GARANTS DU DEVELOPPEMENT  
INTELLECTUEL ET ECONOMIQUE DE L'INDIVIDU

Condition première, la sphère de protection qui entoure l'individu ne saurait cependant permettre son épanouissement au sein de la société qui l'entoure. La personne seulement assurée de sa sécurité évolue en effet dans une logique de sauvegarde et non de progression. Or le Préambule de 1946 prend soin d'accueillir certaines exigences attachées à ce second aspect et introduit ainsi la nécessité d'intervention de divers services publics, chargées de favoriser le développement de chacun sur le plan éducatif et culturel (A). Au-delà, cependant, une autre question se fait jour. L'individu ne serait-il pas, en effet, titulaire d'une créance, attachée non plus à son développement intellectuel mais économique, et décelable à la lecture de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, texte disposant que « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* » ? Une aspiration à la défense de la progression économique des individus semble en effet pouvoir s'y découvrir. Cependant, force est de constater que les implications concrètes de cette exigence se révèlent sans effets en ce qui concerne l'intervention du service public (B).

***A/ La garantie offerte par les services publics à vocation éducative et culturelle : une approche déterminante***

L'alinéa 13 du Préambule de 1946 consacre l'un des fondements essentiels du développement de l'individu. Par ce texte, est rappelé que « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de*

---

COM (2007), 725 final. Par « services sociaux » sont désignés les régimes légaux et les régimes complémentaires de Sécurité sociale et les autres services essentiels prestés à la personne, comme les services d'aide aux personnes « *dans la maîtrise des défis immédiats de la vie ou des crises* » (telles que l'endettement, le chômage, la toxicomanie, la rupture familiale), les activités « *visant à assurer que les personnes concernées ont les compétences nécessaires à leur insertion complète dans la société (...) et notamment sur le marché du travail* », les services « *visant à assurer l'inclusion des personnes ayant des besoins à long terme lié à un handicap ou à un problème de santé* », et enfin le logement social.

*l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ». Au bonheur que les constituants de 1793 assignaient à la société comme but principal s'est assimilé cet objectif de progression. Mais alors que ce bonheur ne pouvait, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, se matérialiser que dans la liberté, il dépend maintenant également de l'action des pouvoirs publics, à travers l'intervention fondamentale du service public de l'enseignement (1), mais également des services culturels et de formation professionnelle (2).

### 1) *L'intervention essentielle du service public de l'enseignement*

Le « droit-créance » énoncé à la deuxième phrase de l'alinéa 13 ne laisse subsister aucune ambiguïté sur la nécessité de mettre en place un service public de l'enseignement<sup>390</sup>. Que l'Etat se voit chargé de cette responsabilité éducative n'a par ailleurs rien de nouveau, l'alinéa 13 se bornant à rappeler des principes reconnus dès la Révolution, date à laquelle apparaît comme une évidence la nécessité « d'élever le peuple » et de transformer des sujets en citoyens par le moyen d'une instruction publique offerte à tous. Cette vision originelle ne se dément donc pas quant à ses principes fondateurs. Le Préambule de 1946 en offre un rappel particulièrement explicite en faisant du service public de l'enseignement le service public constitutionnel « par excellence »<sup>391</sup>. Cependant, certaines imprécisions entourent la volonté des constituants et l'alinéa 13 demeure ainsi ambigu quant à la qualité des personnes devant prendre en charge un tel service. En effet, si l'Etat doit organiser l'enseignement public, rien n'indique cependant qu'il dispose pour autant du monopole en la matière. Nul élément ne vient ainsi préciser que les collectivités locales ne sauraient être également susceptibles d'intervenir. Cependant, une décentralisation totale en ce domaine menace de contrevenir à l'unité du système éducatif et, par là même, au principe d'unité et d'indivisibilité de la République<sup>392</sup>, risque pris en compte par le Conseil constitutionnel. Ce dernier estime en effet, à propos de la liberté de l'enseignement, que le principe de libre administration des collectivités locales « ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités

---

<sup>390</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe premier, B/, 2).

<sup>391</sup> Le Conseil constitutionnel ayant implicitement confirmé la valeur constitutionnelle de l'alinéa 13 à l'occasion de la constitutionnalisation de la liberté de l'enseignement. (CC n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. p. 42).

<sup>392</sup> V. LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 314.

*territoriales* »<sup>393</sup>. Certains ont pu critiquer cet arbitrage et agiter le spectre d'un principe d'égalité « *hypertrophié* » promoteur de recentralisation<sup>394</sup>. Toutefois, le principe de libre administration « *ne saurait permettre aux autorités locales de mener leur propre politique, de résister ou de s'opposer à l'application d'une liberté ou d'un droit fondamental* »<sup>395</sup>. Dans les faits, le droit à l'instruction est un facteur primordial de cohésion sociale et réclame une mise en œuvre homogène par un service public national, afin que chacun puisse recevoir le même enseignement dans chaque partie du territoire. Une trop grande décentralisation de l'enseignement reviendrait à engendrer un paysage éducatif à plusieurs vitesses, incompatible avec l'exigence première du droit à l'instruction. L'Etat ne peut donc, en cette matière, opérer de dessaisissements très importants et c'est à lui seul que revient le soin d'organiser le service d'éducation, de définir les programmes, de recruter, de gérer et de rémunérer les enseignants et d'assurer le contrôle général de l'action éducative, notamment au niveau pédagogique. Ce caractère national du service public de l'éducation n'a pas été démenti dans le cadre de la répartition des compétences orchestrée par la loi du 13 août 2004 : le primat de l'action étatique dans le domaine de l'enseignement reste la règle<sup>396</sup>.

Cependant, cette solution n'exclut pas toute intervention des collectivités locales au service public de l'éducation, car si l'Etat conserve le pouvoir relatif à la détermination des conditions essentielles de l'organisation de l'enseignement public, ces dernières détiennent en aval certaines compétences. Les transferts successifs, du 22 juillet 1983<sup>397</sup> au 13 août 2004<sup>398</sup>, illustrent pleinement cet aspect. Ainsi, les communes sont traditionnellement responsables de la création et de l'implantation des écoles maternelles et élémentaires<sup>399</sup>. Elles prennent en outre en charge les besoins matériels et humains<sup>400</sup> nécessaires au fonctionnement des écoles.

---

<sup>393</sup> CC n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités locales, *Rec.* p. 36 ; confirmation par CC n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, *Rec.* p. 9.

<sup>394</sup> V. FAVOREU (Louis), « Le Conseil constitutionnel a sacrifié l'autonomie locale », *RFDC* 1994, p. 333 et PONTIER (Jean-Marie), « Libres interrogations sur l'organisation et la libre administration des collectivités territoriales locales », *RA* 1994, p. 69. Il est à noter que le contexte même de la décision du 13 janvier 1994 était cependant pour beaucoup dans cette appréciation critique. Plus que de nier le bien fondé du principe voulant que les conditions essentielles d'application d'une loi ne puissent dépendre de décisions des collectivités territoriales était ici en réalité mise en cause l'application d'un tel principe dans un cadre où l'objet même de la décision ne semblait qu'imparfaitement l'appeler

<sup>395</sup> ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 252.

<sup>396</sup> V. article L. 211-1 du Code de l'éducation et FRIER (Pierre-Laurent), « Les transferts de compétence dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture », *AJDA* 2004, p. 1984.

<sup>397</sup> Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, *préc.*

<sup>398</sup> Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *préc.*

<sup>399</sup> Article L. 2121-30 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>400</sup> Les communes ont la possibilité d'affecter des agents municipaux au fonctionnement des écoles et jouent également un rôle important en matière d'innovations pédagogiques, de projets d'actions éducatives ou dans le

Dans ce cadre, interviennent des services publics locaux d'accompagnement, tels les cantines ou les transports scolaires, permettant de remédier à certaines difficultés de scolarisation liées à l'éloignement de l'école par rapport au domicile familial ou aux coûts restant à la charge des familles hors de l'enseignement lui-même. Se sont en outre accrues, après 1983, les interventions des collectivités en matière d'enseignement secondaire, le département s'étant vu reconnaître, pour les collèges, et la région en ce qui concerne les lycées et les établissements d'éducation spéciale, la charge des constructions, restaurations et équipements des bâtiments scolaires, le second temps de décentralisation ayant par ailleurs transféré à ces collectivités les personnels techniciens, ouvriers et de service (TOS) affectés à l'entretien et à la maintenance de ces bâtiments. Les communes, les départements et les régions interviennent donc dans le domaine éducatif. Cependant, leur rôle se cantonne à la planification et à la réalisation des équipements nécessaires au fonctionnement des installations et à la couverture des dépenses alors occasionnées.

Enfin, il faut rappeler que l'existence d'un secteur privé d'enseignement parallèle au secteur public et participant également au service public de l'éducation n'est en aucun cas exclu. Cette éventualité a d'ailleurs acquis aujourd'hui valeur d'obligation du fait des prescriptions de la liberté d'enseignement, « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » depuis la décision du 23 novembre 1977<sup>401</sup>. Refusée en 1946, la consécration constitutionnelle de cette liberté a clairement permis d'affirmer l'absence d'un monopole public de l'enseignement. L'obligation positive mise à la charge de l'Etat en matière d'éducation ne doit pas être entendue comme réclamant une action étatique exclusive de toute intervention privée<sup>402</sup>. L'alternative exigée en la matière pose les fondements d'un système dans lequel l'enseignement dit « libre » collabore à la mission d'éducation nationale de l'Etat et participe ainsi à un service public<sup>403</sup>. Le refus de privatisation de l'Education nationale doit permettre que chacun puisse accéder au service de l'enseignement<sup>404</sup> et s'incline devant la nécessité, induite par la liberté d'enseignement, d'une coexistence avec un secteur éducatif privé. C'est ainsi que doit s'articuler la garantie offerte par le service public à cette exigence posée par

---

cadre des classes de découvertes. De telles compétences se retrouvent par ailleurs s'agissant des départements et régions, sous réserve de ne pas porter atteinte aux activités d'enseignement et de formation fixées par l'Etat (V. art. L. 216-1 du Code de l'éducation).

<sup>401</sup> CC n° 77-87 DC, 23 novembre 1977 *Liberté d'enseignement et de conscience, préc.*

<sup>402</sup> Dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience, préc.*, le juge constitutionnel précise en effet que la deuxième phrase de l'alinéa 13 du Préambule de 1946 « *ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé* ». (V. cons. n° 4).

<sup>403</sup> Sur cette participation, v. également *infra*, Titre second, Chapitre second.

<sup>404</sup> FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 622.

l'alinéa 13 du Préambule de 1946, laquelle accompagne la consécration du droit à un égal accès à la culture et à la formation professionnelle.

2) *Un épanouissement de l'individu favorisé par les services publics de formation professionnelle et de culture*

Un effort constant est entrepris pour favoriser l'égal accès à la culture. Différentes activités prises en charge sous forme de services publics relaient cette volonté et cherchent ainsi à compléter l'action des politiques culturelles, interventions qui trouvent dans le cadre local un terrain privilégié d'expression<sup>405</sup>. L'action des collectivités territoriales se matérialise par la prise en charge de musées<sup>406</sup>, de bibliothèques<sup>407</sup>, par la création de structures d'enseignement de la danse, de la musique et de l'art dramatique<sup>408</sup>, d'établissements d'enseignement public des arts plastiques, des services d'archives<sup>409</sup>, ou bien encore par l'organisation de manifestations culturelles, tels les festivals<sup>410</sup>. La garantie de l'accès à la culture se réfléchit par ailleurs sur une autre exigence qui, sans se confondre avec elle, en est néanmoins souvent rapprochée. Il s'agit du droit aux loisirs, énoncé à l'alinéa 11 du Préambule<sup>411</sup> et, dont la réalisation est parfois prise en charge par les personnes publiques par le biais de services publics culturels. La culture est par ailleurs parfois au cœur de certains loisirs, mais ce lien entre les deux domaines n'est pas obligatoirement retrouvé. Les services publics dédiés à la fourniture d'infrastructures et d'enseignements sportifs<sup>412</sup> et offrant un égal accès aux loisirs en ce domaine ne sauraient, par exemple, s'insérer dans la sphère culturelle.

---

<sup>405</sup> Les processus de déconcentration et décentralisation étant apparus particulièrement nécessaires en cette matière afin de répartir l'offre culturelle sur l'ensemble du territoire et de corriger ainsi l'écart Paris/province. Parallèlement aux transferts de compétences aux collectivités locales, se développent aujourd'hui des mécanismes de coopération et de partenariat. Etat et collectivités locales peuvent ainsi gérer conjointement un service public culturel à travers un établissement public de coopération culturelle (V. article 1431-1 du Code général des collectivités territoriales). Sur ce point, BUI-XUAN (Olivia), « La décentralisation culturelle », *AJDA* 2007, p. 563.

<sup>406</sup> Article 410-2 du Code du patrimoine.

<sup>407</sup> Article 310-1 (bibliothèques municipales) et article 320-2 du Code du patrimoine (bibliothèques départementales).

<sup>408</sup> Lesquelles relèvent le plus souvent des communes.

<sup>409</sup> V. article L. 212-10 du Code du patrimoine.

<sup>410</sup> La gestion d'un service public à caractère culturel pouvant toujours être confiée à une personne privée. V. ainsi CE, Sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, *JCP A* 2007, n° 21, p. 35, note J.-M. Pontier.

<sup>411</sup> Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

<sup>412</sup> Dans laquelle l'initiative des personnes privées est très souvent retrouvée.



L'égal accès à la formation professionnelle, quant à lui, est susceptible de mobiliser de nombreux acteurs et paraît en réalité faire écho à d'autres exigences formulées par le Préambule, et tout particulièrement au droit d'obtenir un emploi, formalisé à l'alinéa 5. Il peut en effet être ici question de formation initiale, destinée à offrir l'acquisition des savoirs et pratiques nécessaires à l'insertion originaire dans le monde du travail. En cela, les universités, écoles préparatoires ou sections techniques ou d'apprentissage des établissements d'enseignement interviennent en faveur de cet égal accès à la formation. Cette volonté d'insertion dans le monde du travail est par ailleurs au cœur de l'intervention de la région, laquelle dispose d'une compétence de droit commun dans la mise en œuvre des actions de formation professionnelle et d'apprentissage, compétence se matérialisant par l'intervention, notamment, de l'association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) C'est ainsi prioritairement dans une optique de lutte contre le chômage que se matérialise la prise en charge par les pouvoirs publics de certaines activités de formation professionnelle. L'égal accès à la formation continue, quant à lui, semble prioritairement mis en œuvre par certaines interventions législatives opposables aux employeurs. Il leur est ainsi demandé une participation financière afin de rassembler les moyens permettant les actions de formation au profit des travailleurs, lesquels se voient ainsi reconnaître la possibilité de perfectionner leur qualification ou de parfaire leur culture générale<sup>413</sup>. L'intervention des pouvoirs publics se matérialise alors par la voie de politiques publiques, l'offre de formation proprement dite étant, en ce domaine, très largement dominée par l'initiative privée.

La visée d'une progression par le biais éducatif et culturel, si elle est la plus spontanément envisagée de par la formulation particulièrement explicite du Préambule, n'est peut-être par ailleurs pas la seule défendue par ce texte. Il pourrait être permis, en effet, à la lecture de l'alinéa 9, de déceler une exigence spécifique de protection de l'économie nationale imposant la prise en charge matérielle de certaines activités et qui aurait pour objectif l'épanouissement économique des individus. Toutefois, la portée de cet alinéa est aujourd'hui très largement remise en cause et ne saurait ainsi conduire à estimer avec certitude que certains services publics doivent être créés et maintenus pour défendre cette exigence particulière.

---

<sup>413</sup> Est ainsi notamment reconnu au travailleur un droit individuel à la formation dont l'initiative relève du salarié (article 933-3 du Code de travail).

## ***B/ La garantie offerte par les services publics protégeant le développement économique de l'individu : une approche incertaine***

Le Préambule de 1946 recèle-t-il en son sein un droit pour les individus de voir leur développement économique protégé à travers certains services publics ? Une telle exigence ne se découvre certes pas spontanément, mais une lecture attentive de l'alinéa 9 de ce texte est susceptible de révéler l'objectif de protection de l'économie nationale et, partant, de protection du développement économique à l'époque visé par les constituants. L'intervention de services publics dans certains secteurs clés de l'économie apparaissait en effet en 1946 constituer une garantie indirecte offerte à l'ensemble des individus afin de favoriser leur épanouissement matériel. (1). Toutefois, les contours des services publics appelés à la matérialiser se dérobaient à toute tentative de détermination concrète et l'hypothèse paraît très clairement rejetée aujourd'hui par le Conseil constitutionnel. Aucun lien de garantie ne peut ainsi découler avec certitude de l'exigence recelée par l'alinéa 9 du Préambule (2).

### *1) Une exigence sous-tendue par l'alinéa 9 du Préambule de 1946*

Selon l'alinéa 9, « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* ». Certes, déduire de ce texte la reconnaissance d'une protection du développement économique de l'individu a, au premier abord, de quoi surprendre. Cette disposition du Préambule, en imposant le transfert de certains biens et entreprises à la collectivité, semble au contraire fouler au pied les principes libéraux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et notamment ses articles 2 et 17 relatifs au droit de propriété<sup>414</sup>. L'existence et la teneur de l'alinéa 9 ne peuvent du reste se dissocier du contexte politique présidant à la rédaction du Préambule<sup>415</sup>. Les partis communiste et socialiste

---

<sup>414</sup> Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ». Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

<sup>415</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe Premier, A/, 1).

dominant, et « *l'inspiration marxiste qui leur est commune en fait une majorité idéologique* »<sup>416</sup> apparaissant spontanément peu favorable aux libertés économiques.

Toutefois, le texte trouve à l'époque certaines justifications. Il s'inscrit ainsi dans la période très particulière de la Libération, dans un contexte où le redressement économique de la Nation est une priorité. La disposition fait par ailleurs écho à la doctrine née avant-guerre prônant la lutte contre la concentration du pouvoir économique. Dès 1931, dans son encyclique *Quadragesimo anno*, le Pape considère qu'« *il y a certains biens pour lesquels on peut soutenir avec raison qu'ils doivent être réservés à la collectivité lorsqu'ils en viennent à conférer une puissance telle qu'elle ne peut, sans danger pour le bien public, être laissée entre les mains des personnes privées* ». Réaffirmée par la suite au sein du Conseil National de la Résistance, cette position trouve un accueil favorable auprès des constituants de la IV<sup>ème</sup> République. Lors de la séance du 7 mars 1946, le rapporteur de la Commission de la constitution pour la Déclaration des droits de l'homme, Gilbert Zaksas, rappelle que « *de véritables entreprises sont ainsi nées qui, dangereuses pour la nation, portent atteintes aux droits et libertés de chaque individu. Il n'est pas possible de garantir pleinement ces droits et libertés sans proclamer, en même temps, le retour à la collectivité des biens et entreprises dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait* »<sup>417</sup>. L'intention des constituants de 1946 ne se résume donc pas à la volonté de mettre fin au régime de libre entreprise en lui substituant une organisation de type socialiste prônant l'appropriation collective. L'une des visées profondes de l'alinéa 9 du Préambule témoigne plutôt de l'inquiétude qu'engendre la formation de grands trusts privés et la volonté de défense « *des libertés et de la démocratie contre la concentration du pouvoir économique* »<sup>418</sup>. La confiscation de certains secteurs d'activité économique par des personnes privées semble en effet représenter une menace plus préoccupante et plus globale que celle occasionnée par les nationalisations envisagées. La puissance de certains cartels rendrait ces derniers susceptibles de concurrencer l'Etat et de mettre à mal son indépendance<sup>419</sup>. L'alinéa 9 consacre ainsi un droit à la nationalisation et, plus largement, en

---

<sup>416</sup> CONAC (Gérard), « Une genèse difficile, un itinéraire imprévu », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 3.

<sup>417</sup> JO 1946, ANC, p. 606.

<sup>418</sup> CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 60.

<sup>419</sup> René Savatier explicite cette menace en ces termes : « *Ainsi apparaissent, à l'intérieur de l'Etat, comme de petits Etats d'intérêt privé, titulaires d'une propriété qui, théoriquement, est encore une propriété privée, mais touchant le droit public, à la fois par leur forme, et par leurs prérogatives. Véritable féodalité nouvelle, a-t-on dit, et qui risque de renouveler les périls de l'ancienne. Cette féodalité ressemble à celle du Moyen-Age, d'abord par le fait qu'elle détient, on l'a montré, des prérogatives de droit public. Ensuite, par la puissance économique, et même, indirectement, politique, qu'elle donne aux maîtres de ces sociétés par actions. Puissance qui risque de*

adéquation avec le contexte particulier de l'époque, un droit à « *la protection de l'économie nationale* »<sup>420</sup>. Il exprime la volonté de permettre, par l'interventionnisme étatique, un renouveau économique bénéficiant à l'ensemble de la population, car évitant de laisser aux mains de personnes privées des secteurs intéressant en réalité l'intérêt général des citoyens dans leur globalité. Cet impact sur l'individu est d'ailleurs explicitement formulé dans l'article 40 de la proposition de Constitution présentée par le groupe socialiste le 29 novembre 1945<sup>421</sup>. Fondement du futur alinéa 9, ce texte dispose que « *Tout individu a droit à être protégé contre la domination des puissances économiques et financières. Cette protection est assurée par la socialisation des biens et entreprises dont l'exploitation a le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait* ». S'y trouve inscrite en toutes lettres la reconnaissance d'un véritable droit de l'individu à être protégé contre les « *féodalités économiques et financières* »<sup>422</sup>. L'intervention étatique par la voie de nationalisation est censée écarter ce danger, en utilisant les biens nationalisés « *en vue du bien commun, dans l'intérêt de la société et de l'ensemble de la population, pour son mieux être* »<sup>423</sup>. Mais il n'est en aucun cas question d'une obligation de résultat pesant sur l'Etat qui l'obligerait à assurer le « bonheur économique » de tout individu, pari improbable et qui ferait la part belle au dirigisme. La visée de l'alinéa 9 du Préambule est plus modeste et répond à des ambitions plus ciblées, offrant à la nationalisation une assise juridique et officialisant ainsi par ailleurs à rebours les retours à la collectivité publique déjà opérés<sup>424</sup>. Au-delà, cependant, la mise en pratique et la portée réelle de ce texte ne cesse d'interroger. Témoignant d'une approche économique dépassée, l'alinéa 9 marque aujourd'hui le pas et toute tentative de définition concrète des services publics qui pourraient répondre à cette exigence de développement économique semble dès lors vaine.

---

*concurrencer celle de l'Etat, et même, dans certaines circonstances, de s'y opposer. C'est le problème "des trusts" ».* SAVATIER (René), *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, L.G.D.J, 2<sup>ème</sup> éd., 1950, p. 46.

<sup>420</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 61.

<sup>421</sup> *JO*, ANC, 1945-46, Annexe n° 44, p. 58.

<sup>422</sup> Selon l'expression du programme du Conseil National de la Résistance du 15 mars 1944, dont l'objectif était « *l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie* » grâce au « *retour à la Nation des grands moyens de production* ».

<sup>423</sup> PAULIAT (Hélène), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Tome 1, PULIM, 1991, p. 142.

<sup>424</sup> VEDEL (Georges), « *Droit constitutionnel et institutions politiques* », *Les cours de droit*, 1961, p. 762. En effet, avant même la ratification de la Constitution de 1946, d'importantes nationalisations ont eu lieu, concernant le domaine des transports (avec notamment la nationalisation des compagnies de transport aérien) de l'énergie (et la création, le 8 avril 1946, d'EDF-GDF), des télécommunications et de pans importants de la vie économique, tels les assurances, le crédit, ou certaines industries, comme les usines Renault ou la société anonyme des moteurs Gnôme et Rhône.

## 2) Une exigence dénuée de portée réelle

Seule trace, dans le texte de 1946, de l'expression même de « service public », cette dernière ne semble cependant utilisée au sein de l'alinéa 9 que pour exprimer le caractère que doit revêtir l'exploitation du bien ou de l'entreprise à nationaliser et non afin de viser le moyen par lequel il s'agit de mettre en place cette propriété collective. Toutefois, il est clair que, dans l'esprit des constituants, l'appropriation publique envisagée correspond à la création d'un service public, les débats constitutants révélant en effet très nettement la confusion opérée alors entre propriété publique et service public<sup>425</sup>. Ainsi, René Capitant estime-t-il à cette époque que « *le service public n'est pas une circonstance de fait, c'est une circonstance de droit ; c'est en d'autres termes la nationalisation et je crois que le projet de la Commission revient à dire : il y a nationalisation lorsqu'il y a nationalisation* »<sup>426</sup>. Pour les constituants, le service public est ainsi l'instrument de la protection de l'économie nationale. Cependant, au-delà de cette confusion, déterminer quels sont ces services publics se révèle un exercice particulièrement ardu et qui marque en pratique, au regard du droit positif, les limites de l'exigence imposée par l'alinéa 9. Ce texte souffre en effet de la relativité de sa formulation car si la disposition a le mérite de la concision, elle n'a pas, en revanche, celui de la clarté. Aucune explication ne vient préciser ce qui doit être entendu par l'appellation de « service public national » ou de « monopole de fait »<sup>427</sup> et ce flou offre d'emblée à l'acception de la notion une relativité propre à décourager toute tentative de détermination des services devant y trouver place. Certes, le caractère national du service public ne pose pas réellement problème, car celui-ci s'entend spontanément comme intéressant l'intérêt public du pays dans son ensemble, les « *dimensions de la collectivité nationale, par opposition à l'intérêt local* »<sup>428</sup>. Mais l'appréciation de ce qui constitue un service public est en revanche plus

---

<sup>425</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Le service public dans le débats constitutants de 1946 », in *Histoire et service public*, sous la direction de Gilles J. Guglielmi, PUF, 2004, p. 239.

<sup>426</sup> CAPITANT (René), 2<sup>ème</sup> séance du 21 mars 1946, *JO Débats*, p. 969 et suiv.

<sup>427</sup> La situation de monopole de fait est en effet loin de constituer une donnée juridique objective : sa constatation implique la prise en compte des variations du marché, de l'évolution économique, sources d'interprétations divergentes entre économistes et responsables politiques. Cela explique d'ailleurs que l'appréciation de l'existence d'un monopole de fait n'entraîne, de la part du Conseil constitutionnel, qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. (V. CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations, préc.*, cons. n° 55).

<sup>428</sup> DELVOLVE (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 180. Par cette précision, les constituants ont entendu exclure du champ des nationalisations les services publics locaux et éviter ainsi une collectivisation générale de l'économie. Selon René Capitant, il ne saurait en effet être question de « *nationaliser le service d'autobus qui fait le trajet entre deux localités* » (*JO Débats*, ANC, 2<sup>ème</sup> séance du 21 mars 1946, p. 969). Reste cependant que la recherche du caractère national ou local d'un service public peut parfois s'avérer très délicate, notamment lorsqu'un même domaine d'activité intéresse plusieurs niveaux de collectivités. En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 63 et QUIOT (Gérard), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 18 avril 2005, p. 821.

difficile. L’alinéa 9 semble en effet sous-entendre l’existence de services publics par nature, que la loi ne ferait que constater. Or il est constant que le service public répond en réalité à une définition subjective, ce que ne manquent pas de rappeler Jean Rivero et Georges Vedel dans leur analyse pionnière de 1947 : « *La formule employée (dans l’alinéa 9) se ramène en réalité à cette tautologie : “ toute entreprise dont le législateur jugera qu’elle doit être traitée comme un service public sera nationalisée ”* »<sup>429</sup>. Le texte impose au législateur la nationalisation des services publics nationaux, domaine où il est seul compétent<sup>430</sup>, mais lui laisse en amont toute liberté dans l’appréciation du caractère de service public national que doit revêtir l’entreprise. Cette liberté trouve par ailleurs à jouer ses effets en aval. S’agissant de tels services, une obligation de non privatisation a été nettement formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 25 et 26 juin 1986. En effet, « *serait contraire à la Constitution, le transfert du secteur public au secteur privé de certaines entreprises (...) dont l’exploitation revêt les caractères d’un service public national ou d’un monopole de fait* »<sup>431</sup>. Les services publics déduits de l’alinéa 9 du Préambule sont donc, en théorie, assurés de leur pérennité. Mais en théorie seulement, car la pratique se charge de relativiser toute certitude sur ce point. Il suffit en effet au législateur de retirer la qualité de service public national pour que toute certitude vole en éclat. Le verrou censément posé par le Préambule trouve là sa limite : car si la qualité de service public national s’acquiert, selon la formulation de l’alinéa 9, elle peut en effet tout aussi bien se perdre<sup>432</sup>.

Le cas de France Télécom en a offert un premier exemple éloquent. Née comme administration d’Etat en 1988, cette entreprise a par la suite connu successivement, par la loi

---

<sup>429</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », in *Pages de doctrine*, Tome I, LGDJ, 1980, p. 127. Est rappelé ici le caractère essentiellement subjectif de la notion de service public, dont l’un des critères de reconnaissance les plus admis reste la volonté des pouvoirs publics. Pour une analyse en ce sens, v. notamment PAULIAT (Hélène), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d’Etat*, Tome 1, Thèse, Limoges, 1991, p. 151 ; ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994, p. 63 ; ISRAEL (Jean-Jacques), « Alinéa 9 » in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 222 ; CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 64 et DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J, 2004, p. 58.

<sup>430</sup> CC n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations, préc.* et CC n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Loi de nationalisations, Rec.* p. 31. Dans ces décisions, le juge constitutionnel précise que le législateur est seul compétent pour fixer les règles relatives aux nationalisations d’entreprises ou à leur transfert du secteur public au secteur privé.

<sup>431</sup> CC n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *préc.*, considérant n° 52.

<sup>432</sup> En ce sens, SCHRAMECK (Olivier), *Cahiers de la fonction publique*, septembre 1996, p. 8 ; FAVOREU (Louis), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 17 et ISRAEL (Jean-Jacques), « Alinéa 9 » in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 237.

du 2 juillet 1990<sup>433</sup>, le statut d'établissement public industriel et commercial, puis celui de société anonyme au capital social majoritairement détenu par l'Etat<sup>434</sup>, avant de devenir une entreprise privée, sous l'influence conjuguée de la loi du 31 décembre 2003<sup>435</sup> et du décret n° 2004-387 du 3 mai 2004, lequel « *autorise en application de la loi du 31 décembre 2003 le transfert du secteur public au secteur privé de France Télécom* »<sup>436</sup>. Le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi, la question de la conformité de cette loi aux prescriptions de l'alinéa 9 n'a pu être soulevée et ne s'est vue, à l'époque, mettre en doute que par la seule doctrine<sup>437</sup>. Laissé dès lors dans l'ignorance de la position du Conseil constitutionnel quant à cette privatisation, il paraissait néanmoins loisible d'envisager sa réponse supposée à l'aune de celle apportée lors de la modification de statut intervenue en 1996, en tant que cette dernière prévoyait déjà l'éventualité d'un tel transfert. La Haute instance, après avoir estimé qu'en changeant le statut de l'entreprise, le législateur avait « *confirmé sa qualité de service public national* », puisqu'il lui maintenait « *les missions de service public antérieurement dévolues à la personne morale de droit public France Télécom* » et garantissait « *la participation majoritaire de l'Etat dans le capital de l'entreprise nationale* », prenait en effet soin de préciser par la suite que seule une nouvelle loi pouvait autoriser l'Etat à renoncer à sa participation majoritaire<sup>438</sup>. Etait donc admis le principe d'une privatisation, dès lors qu'en amont au transfert dans le secteur privé, le législateur ait pris soin de faire en sorte que France Télécom ne puisse plus être qualifiée de service public national. En délivrant cette entreprise de l'obligation d'accomplir les missions de service public constitutives du service des télécommunications, ce qui a dès lors pour conséquence de lui retirer cette qualité de service public national, la loi de 2003 n'a donc fait que parachever une évolution prophétisée dès 1996 par le juge constitutionnel. Un sort similaire a par ailleurs été réservé à un autre grand secteur, celui de l'électricité et du gaz. La loi du 9 août 2004<sup>439</sup> organisait, de la même manière que pour France Télécom en 1996, le passage d'EDF-GDF d'établissement public à caractère industriel et commercial à celui de société anonyme à capitaux publics dont l'Etat était majoritairement détenteur. Or, interrogé quant à la conformité de cette évolution au

---

<sup>433</sup> Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications, *JO* 8 juillet 1990, p. 8069.

<sup>434</sup> Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JO* 27 juillet 1996, p. 11408.

<sup>435</sup> Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 9.

<sup>436</sup> Décret n° 2004-387 du 3 mai 2004, *JO* 4 mai 2004, p. 7928.

<sup>437</sup> V. QUIOT (Gérard), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 813.

<sup>438</sup> CC n° 96-380 DC, 23 juillet 1996, *Entreprise nationale France Télécom*, *Rec.* p. 107.

<sup>439</sup> Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JO* 11 août 2004, p. 14256.

regard de l'alinéa 9, le Conseil constitutionnel avait dans sa décision du 5 août 2004<sup>440</sup> fidèlement repris le raisonnement déjà utilisé dans le cadre de sa décision du 23 juillet 1996, considérant, là encore, que le législateur, par cette modification du statut, n'avait pas entendu retirer à ces entreprises la qualité de service public national, tout en prévoyant la possibilité d'abandon de la participation majoritaire de l'Etat par une éventuelle loi ultérieure. Ainsi, une loi du 7 décembre 2006 a organisé la privatisation de Gaz de France<sup>441</sup>, opération qui, pour la première fois, a entraîné un contrôle du juge constitutionnel dans lequel il livre sa définition du service public national<sup>442</sup>. Ses critères d'identification sont les suivants : il est fixé au niveau national et se trouve confié à une seule entreprise, ce qui revient à lier le caractère de service public national à l'existence d'un monopole détenu par cette entreprise<sup>443</sup>. Partant, le transfert au secteur privé est possible dès lors que l'entreprise en question ne détient plus un monopole sur l'activité, condition remplie en ce qui concerne Gaz de France dont l'exclusivité de fourniture de gaz naturel aux particuliers a pris fin le 1<sup>er</sup> juillet 2007. La position adoptée par le Conseil constitutionnel au regard des critères de reconnaissance du service public national soulève de nombreuses interrogations, tout particulièrement du fait de la confusion qu'il semble opérer entre les définitions organique et matérielle du service public<sup>444</sup>. Une chose est sûre, cependant : la portée de l'alinéa 9 est drastiquement limitée et ne saurait constituer un rempart efficace à la privatisation de services publics que le constituant de 1946 entendait conserver aux mains de l'Etat. Les temps ont changé, et ces services publics sont aujourd'hui directement concernés par l'influence communautaire, porteuse de profondes évolutions<sup>445</sup> et tendant à adopter une lecture de l'alinéa 9 propre à

---

<sup>440</sup> CC n° 2004-501 DC, 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec. p. 134.

<sup>441</sup> Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JO 8 décembre 2006, p. 18531.

<sup>442</sup> CC n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, préc., considérant n° 14 : « Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise ; que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national ».

<sup>443</sup> Le Conseil constitutionnel semblant suivre en cela le raisonnement liant également service public national et monopole adopté par le Conseil d'Etat dans l'arrêt CE, Sect., 27 septembre 2006, *Bayrou et autres (RFDA 2006, p. 1158, concl. E. Glaser)*, dans lequel le juge administratif dénie à l'exploitation des sociétés d'autoroutes le caractère de service public national comme de monopole de fait.

<sup>444</sup> Cette critique est particulièrement développée par Gérard Quiot. Evoquant le considérant de principe de la décision de 2006, il constate ainsi que « ce considérant qui nous montre le service public national naître comme une activité puis se transformer en entreprise sans cesser d'être une activité pour enfin éventuellement disparaître en tant qu'entreprise sans que l'on sache ce qu'est devenue exactement alors l'activité dont cette dernière était chargée, a de quoi laisser pantois ». QUIOT (Gérard), « La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel », *LPA 2007*, n° 48, p. 8.

<sup>445</sup> Ce que constatait déjà Pierre Esplugas en 1996 dans son article « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? », *RA 1996*, n° 290, p. 162 et s. Le transfert de Gaz de France au secteur privé était ainsi



vider cet article de toute substance. « *Que reste-t-il de l'alinéa 9 ? Après la privatisation de GDF, peu de chose : son objet a presque disparu* »<sup>446</sup>. Tenter de déterminer aujourd'hui concrètement les services publics participant à la protection de l'économie se révèle donc une entreprise vide de sens. La latitude d'action dont dispose le législateur dans la création ou la suppression de ces services publics constitue en effet une variable rendant toute prise de position aléatoire et potentiellement erronée. S'il a pu exister un « droit-créance » lié à la protection de l'économie nationale et tendant au développement économique des individus, ce dernier relève aujourd'hui d'une appréhension obsolète de l'environnement économique et politique dans lequel évoluent les services publics industriels et commerciaux français<sup>447</sup> et n'induit plus de lien de garantie pertinent avec ces derniers. Partant, la garantie offerte par le service public au développement de l'individu ne trouve véritablement à jouer qu'en matière de délivrance des savoirs, au sein de l'école ou dans une optique culturelle ou professionnelle.

## CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

« Berceau » des « droits-créances » en France, le Préambule de la Constitution de 1946 consacre différentes exigences envers lesquelles les pouvoirs publics sont appelés à intervenir positivement. Ce texte ne fixe cependant explicitement aucun cadre prédéterminé et, de fait, l'intervention exigée se matérialise souvent pour l'Etat à la fois sous forme d'une prise en charge matérielle des activités afférentes, et par l'intervention de réglementations. Loin de s'exclure, ces différentes modalités d'intervention trouvent à se compléter et interagir. Mais au regard des principaux « droits-créances » défendus par le texte, liés aux exigences en matière d'enseignement, santé et sécurité matérielle, il apparaît néanmoins que le service public joue un rôle à part, de par l'adéquation particulière de ce procédé face aux implications concrètes et à la généralité des droits reconnus. C'est envers ces exigences fondamentales que se formalise avec le plus de netteté le lien de garantie entretenu entre service public et « droits-créances ». La solution n'est pas étonnante. Elle pouvait déjà se deviner à travers le fait que certaines interventions de service public ont toujours été nécessaires dans le cadre de

---

exigé par différentes directives communautaires prônant l'ouverture à la concurrence dans le domaine de l'énergie (V. directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 37 et directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 57). Sur l'ouverture des services publics à la concurrence, v. *infra*, Titre second, Chapitre second.

<sup>446</sup> COSSALTER (Philippe), « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 194.

<sup>447</sup> V. également *infra*, Titre second, Chapitre second.

l'Etat gendarme. Mais elle prend ici une autre ampleur, s'inscrivant dans une logique interventionniste dont la tentative de détermination concrète des principaux services publics appelés afin de mettre en œuvre ces droits illustre la portée. La présomption évoquée au stade liminaire est ainsi confirmée. Le service public constitue depuis l'origine un instrument privilégié de concrétisation des « droits-créances » et œuvre en cela à la réalisation de la dimension égalitaire sous-tendue par ces droits qui exigent que chacun puisse bénéficier de certaines prestations considérées comme indispensables. Et c'est en ce sens que le service public est par ailleurs aujourd'hui placé au cœur même de l'émergence de nouveaux « droits-créances », progressivement accueillis en droit positif.

## CHAPITRE SECOND

### LE SERVICE PUBLIC, GARANTIE DE « DROITS-CREANCES » EMERGENTS

Un recensement des « droits-créances » consacrés au sein de la Constitution révèle le caractère statique de leur appréhension, le Préambule de la Constitution de 1946 constituant en cette matière la seule référence. La majorité des manuels consacrés à la question des libertés publiques et des droits de l'homme ne prennent ainsi en compte que les exigences émanant directement de ce texte, creuset traditionnel de l'énumération proposée<sup>448</sup>. Que le Préambule focalise l'attention des exégètes n'a rien d'étonnant. Il est en effet le premier à formaliser l'existence de « *droits à* » affiliés à un objet déterminé et à désigner les domaines dans lesquels ces pouvoirs d'exiger ont vocation à se manifester. Les champs d'interventions des « droits-créances » consacrés sont vastes, et l'appréciation de leur matérialité continue à soulever les interrogations. Parce que ces quelques alinéas sont quasiment les seuls à consacrer l'exigence d'une intervention positive pour leur garantie, il est logique que se concentrent sur eux les tentatives d'analyse des « droits-créances ». Toutefois, cette délimitation classique ne suffit pas à épuiser la question. En effet, des prestations dont l'évocation ne transparait pas à la lecture du texte de 1946 sont aujourd'hui devenues essentielles. Reflétant l'évolution de la société contemporaine, certaines interventions positives que le Constituant ne pouvait envisager à l'époque relèvent désormais d'attentes sociales extrêmement fortes, dont le droit, progressivement, s'empare, mettant ainsi à la charge des pouvoirs publics la garantie de nouveaux « droits-créances ». A l'heure actuelle, nombre de ces exigences demeure encore dans l'ombre. Mais leur émergence, sous l'impulsion directe ou indirecte du principe de dignité de la personne humaine, est un fait qu'il est aujourd'hui de plus en plus difficile de contester ou de minimiser. Divers indices trahissent l'éclosion de nouveaux « droits-créances », lesquels entretiennent avec le service

---

<sup>448</sup> Pour exemple, v. notamment ISRAEL (Jean-Jacques), *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 153 et s. ; ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 61 ; RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 74, 82 et s. ; BREILLAT (Dominique), *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino Editeur, 2003, p. 40-41 ; HEYMANN-DOAT (Arlette), *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 253 ; PONTIER (Jean-Marie), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 19 ; COLLIARD (Claude-Albert) et LETTERON (Roseline), *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 40 et 159 ; MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 136 et LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 95.

public un lien de garantie indissociable (*Section première*) trouvant progressivement à se concrétiser aujourd'hui (*Section seconde*).

## **SECTION PREMIERE**

### **L'EMERGENCE DE NOUVEAUX « DROITS-CREANCES »**

#### **ATTACHES AU SERVICE PUBLIC**

Evoquer l'existence de nouveaux droits implique de s'interroger sur les potentialités d'évolution des droits de l'homme à l'heure actuelle. Le catalogue des droits et libertés est un ouvrage vivant, enrichi au gré des mutations de la société et de la marche de cette dernière vers le progrès. Or, l'une des caractéristiques les plus saillantes des « droits-créances » paraît être celle d'envisager l'homme *in concreto*, dans son environnement historique, économique et social. Dès 1946, la dénomination prêtée par les constituants à ces exigences, celle de « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* », se fait l'écho de cette particularité. Cet ancrage dans la réalité marque également leur éventuelle contingence : considérés comme « nécessaires » à une époque, ces principes risquent d'être interprétés différemment quelques années plus tard. Cependant, la relativité inhérente à la nature même de ces droits ne doit pas être surestimée car, s'agissant des « droits-créances » consacrés en 1946, plus de soixante ans ont pu s'écouler sans rendre ces exigences caduques. Ces dernières demeurent en effet au fondement des besoins essentiels et concrets qu'éprouve l'individu, où qu'il se trouve et quelle que soit l'époque dans laquelle il évolue. Des besoins comme ceux attachés à la protection de la santé, à la sécurité matérielle ou à l'accès à l'éducation relèvent en réalité d'une certaine immanence. Envisager ces exigences à la seule date du Préambule trahit d'ailleurs une simplification excessive car certains des principes jugés « *particulièrement nécessaires* » en 1946 avaient en réalité déjà été formulés dans des textes constitutionnels très antérieurs<sup>449</sup>. Les « droits-créances » exprimés par le Préambule ne font donc consacrer

---

<sup>449</sup> Il faut rappeler que l'alinéa 11 du Préambule de 1946, tendant à la protection de la santé et à la sécurité matérielle face aux risques de l'existence, est ainsi susceptible d'être rapproché de l'article 22 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, selon lequel la société doit assurer « *la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* ». Un parallèle peut, de la même manière, être opéré avec le paragraphe VIII du Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848, lequel pose également le devoir de la République d'assurer « *l'existence des citoyens nécessiteux* », par la mise en place de mécanismes d'assurance similaires à ceux préconisés en 1793. Dans un autre domaine, ces deux textes paraissent également annoncer l'alinéa 13 du Préambule de 1946,

des besoins économiques et sociaux dont la nécessité était déjà sensible auparavant, et qui ne s'est pas démentie depuis lors.

Cependant, le fait que les exigences édictées dans le Préambule répondent, encore aujourd'hui, aux préoccupations contemporaines des individus ne présuppose pas de leur parfaite exhaustivité. La seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle s'est caractérisée par de profondes mutations, et certains besoins matériels sont nés, ou se sont confirmés, que les constituants de 1946 ne pouvaient anticiper. Accompagnant ces bouleversements sociaux et technologiques, des prestations relevant autrefois du simple confort, voire d'un certain luxe, constituent aujourd'hui un minimum essentiel. La fourniture d'énergie, ou l'accès à des moyens de communication, par exemple, sont devenus, dans les sociétés contemporaines occidentales, des prestations relevant de l'évidence. Constatées dans les faits, ces attentes ne peuvent cependant accéder pour autant au rang de véritables droits tant que leur accueil juridique n'est pas aménagé. En effet, « *l'histoire des droits de l'homme a toujours consisté à les faire pénétrer peu à peu dans le droit positif pour en garantir le respect* »<sup>450</sup>. « *Les droits sont des exigences ; leur contenu est fixé en fonction d'un besoin dont ils sont la consécration juridique* »<sup>451</sup>. Or la formalisation progressive de ces exigences d'un nouveau genre semble précisément en marche. La prise en compte croissante du concept de dignité humaine et de sa dimension sociale (Paragraphe premier) offre en effet une assise autour de laquelle va pouvoir s'ordonner un renouvellement de la dynamique des « droits-créances » et du lien de garantie qu'entretiennent ces derniers avec le procédé de service public (Paragraphe second).

#### PARAGRAPHE PREMIER UNE EMERGENCE ENCOURAGEE PAR LA RECONNAISSANCE DE LA DIMENSION SOCIALE DU PRINCIPE DE DIGNITE

Le principe de dignité de la personne humaine constitue sans conteste une source d'impulsion prioritaire dans l'apparition de nouveaux droits sociaux. Afin de cerner ce phénomène et d'analyser les conséquences susceptibles d'en découler pour le service public, il importe dans un premier temps de revenir sur ce principe et d'insister sur la dimension sociale qu'il peut

---

porteur du droit à l'éducation, le même paragraphe VIII de la Constitution de 1848 disposant que la République « met à la portée de chacun l'instruction indispensable ».

<sup>450</sup> COLLIARD (Claude-Albert) et LETTERON (Roseline), *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 46.

<sup>451</sup> BURDEAU (Georges), *La démocratie*, Seuil, 1966, p. 64.

être appelé à revêtir. Accueillie par le juge constitutionnel français et très souvent affirmée dans d'autres pays ou au niveau supranational (A), cette dimension sociale est pourtant encore aujourd'hui trop souvent contestée et minimisée. Une part de la doctrine entend en effet limiter l'acception du concept de dignité dans des frontières plus étroites, sur le fondement d'une argumentation ne paraissant cependant pas pouvoir totalement convaincre. Or, dépasser ces réserves est nécessaire afin de pouvoir éprouver le potentiel dynamique de cette acception particulière du principe (B).

### *A/ Une dimension sociale du principe de dignité juridiquement consacrée*

La dimension sociale du concept de dignité est depuis longtemps défendue par certains représentants de la doctrine juridique française. Jean Rivero et Georges Vedel soulignent ainsi dès 1947 que les principes du Préambule de 1946 « *constituent les applications (...) d'un principe permanent : la dignité de la personne* »<sup>452</sup>. René Capitant estime à leur suite, en 1982, que « *la possession d'un minimum de ressources est une des conditions de la dignité humaine (...)* »<sup>453</sup>, vision généralisée par François Luchaire qui estime, cinq ans plus tard, que « *la dignité de la personne résume l'essentiel de ce qui peut être rangé dans une deuxième génération des droits et libertés* »<sup>454</sup>. Le rattachement de la dignité à la sphère sociale est un argument par ailleurs très largement défendu dans les milieux associatifs. L'association ATD Quart Monde, notamment, invoque la dignité de la personne humaine comme instrument de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion<sup>455</sup>. Doctrine universitaire<sup>456</sup> comme militants se rejoignent donc depuis longtemps pour prôner une dimension sociale du principe de dignité et sa réception en droit positif.<sup>457</sup> Il faut cependant attendre 1995 pour que soit pleinement consacrée cette conception en droit interne à travers l'intervention du Conseil constitutionnel (1), alors même que l'implication sociale du concept de dignité fait, parfois depuis très

---

<sup>452</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 15.

<sup>453</sup> CAPITANT (René), *Ecrits constitutionnels*, Ed. du CNRS, 1982, p. 169.

<sup>454</sup> LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 303.

<sup>455</sup> V. ainsi l'intervention de Paul Bouchet, ancien président d'ATD Quart Monde, « Précarité et dignité », in *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque organisé par les Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2006, p. 327 et s.

<sup>456</sup> IMBERT (Pierre-Henri), « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques et sociaux », *RDP* 1989, p. 739.

<sup>457</sup> Certains auteurs estimant que la reconnaissance de la signification sociale du principe de dignité serait en coïncidence avec l'histoire constitutionnelle française MERCUZOT (Benoît), « Entre Républiques et Révolutions », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 48.

longtemps, l'objet d'une telle reconnaissance dans le droit interne d'autres pays européens comme en droit international ou communautaire (2).

1) *Une acception spécifique accueillie en France par le Conseil constitutionnel*

« Découvreur » privilégié des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le juge constitutionnel français s'est également employé à développer le sens des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* ». Différentes extensions jurisprudentielles ont ainsi pu être orchestrées, témoignant de la richesse du Préambule en tant que source de droits constitutionnels<sup>458</sup>. Mais le Conseil constitutionnel ne s'est pas arrêté là. Ont en effet parfois également été « découverts » de nouveaux principes constitutionnels ne bénéficiant d'aucun rattachement direct à des droits expressément formulés, mais présentés par la le juge constitutionnel comme étant depuis toujours « *en suspension* »<sup>459</sup> dans le Préambule. En théorie, n'intervient donc ainsi aucun travail créateur de la part du Conseil lorsqu'il consacre, dans sa décision du 27 juillet 1994<sup>460</sup>, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ignoré par la lettre même de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de 1946 et de la Constitution de 1958, c'est la première phrase du Préambule de 1946 qui offre au Conseil sa source d'interprétation. Disposant qu'« *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion et de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* », ce texte est adapté par le juge qui estime « *qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> V. ROUSSEAU (Dominique), « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *RA* 1997, p. 162-163. Cet auteur cite notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 (*Rec.* p. 59), dans laquelle le juge constitutionnel a complété l'alinéa 6 du Préambule, considérant en effet que le droit d'un syndicat d'agir en justice est étendu « *aux membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense* », c'est-à-dire des personnes non syndiquées. A été par ailleurs déduit de l'alinéa 10 du Préambule le droit de mener une vie familiale normale (CC n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *Rec.* p. 224).

<sup>459</sup> ROUSSEAU (Dominique), *op. cit.*, p. 164.

<sup>460</sup> CC n° 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, *Bioéthique*, *Rec.* p. 100, *GDCC*, p. 731.

<sup>461</sup> CC n° 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, *préc.*, considérant n° 2. Le Conseil constitutionnel adapte ici la première phrase du Préambule en y ajoutant le terme « *toute forme* » tandis que le mot « *régime* » disparaît, permettant alors au principe d'être décliné dans d'autres circonstances que celles propres à l'après-guerre.

L'introduction d'un nouveau principe constitutionnel ne va pas de soi, et l'avènement du principe de sauvegarde de la dignité humaine a, de manière légitime, déclenché certaines interrogations dans la sphère doctrinale. Soupçonnée de constituer une nouvelle manifestation du gouvernement des juges, la méthode employée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa « découverte » a ainsi été passée au crible, sans pourtant aboutir à une condamnation. En effet, si le Conseil constitutionnel crée ici, de manière indéniable, un principe constitutionnel, cette œuvre novatrice ne semble pas pour autant relever d'un véritable pouvoir discrétionnaire. La Haute instance tient en effet clairement à rappeler le fait que son raisonnement trouve appui sur un fondement textuel, à savoir la phrase liminaire du Préambule. Par ailleurs, constater l'existence d'un principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine au moyen d'un texte où sont fustigées les tentatives d'asservissement et de dégradation de l'être humain semble, pour certains exégètes de la décision, difficilement contestable<sup>462</sup>. Tout au plus est-il parfois fait état d'une certaine hardiesse de la part du juge constitutionnel, cette position indulgente semblant trouver son explication dans le contexte globalement favorable présidant à l'apparition de ce nouveau principe. Souhaitée par le comité Vedel<sup>463</sup>, la consécration de la dignité paraissait appelée de manière pressante dans le cadre du débat sur les lois bioéthiques qui a, de fait, constitué la toile de fond de la décision de 1994<sup>464</sup>. Cette dernière remarque est déterminante car elle précise le prisme à travers lequel est envisagé, à cette date, le principe de dignité de la personne humaine. Cette décision fondatrice s'intéresse en effet aux lois bioéthiques, lesquelles régissent un domaine complexe où la violation de l'humain constitue un danger potentiel. Le champ d'application dévolu à la dignité reste ici attaché à préserver l'homme des atteintes qui viseraient à nier sa qualité intrinsèque d'être humain, approche particulière de la notion qui prévaut le plus souvent, au point de laisser dans l'ombre les autres facettes du principe, et notamment la dimension sociale qu'il peut revêtir.

---

<sup>462</sup> V. notamment, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 506 et FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 742. *Contra*, GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 223 et PAULIAT (Hélène), « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, p. 283.

<sup>463</sup> Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution souhaitait en effet adjoindre à l'article 66 de la Constitution. les principes de dignité de la personne et de protection de la vie privée. V. FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *op. cit.*, p. 743.

<sup>464</sup> Les saisines avaient pour objet la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (*JO* 30 juillet 1994, p. 11056) et la loi n° 94-654, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale et à la procréation et au diagnostic prénatal (*JO* 30 juillet 1994, p. 11060).



Cette dernière ne devait cependant pas être oubliée car le devenir du principe est rapidement précisé par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 19 janvier 1995<sup>465</sup>, la Haute instance dégage en effet du principe de sauvegarde de la dignité humaine un objectif de valeur constitutionnelle : la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. La dimension alors allouée à la dignité par le juge constitutionnel diffère sensiblement de celle qu'il défendait dans le cadre des lois bioéthiques. A la date de la décision de 1994, est introduite une notion jusque-là restée en dehors de la sphère juridique et dont les contours semblaient incertains. La dignité est en effet, au premier abord, « *une notion intuitive, plus facile à percevoir qu'à définir* »<sup>466</sup>. Mais le contexte dans lequel s'ordonne sa consécration éclaire son appréhension : il s'agit de rassurer contre l'instrumentalisation du corps humain par certaines pratiques biomédicales. La dignité, en tant qu'« essence » même de l'humanité<sup>467</sup>, désignant « *ce qu'il y a d'humain dans l'homme* »<sup>468</sup>, interdit de considérer l'homme en tant que moyen au service d'une fin<sup>469</sup>. Dans son occurrence la plus nette, un tel principe tente de lutter contre la réification de la personne humaine et prévient l'asservissement et la dégradation pouvant résulter de manipulations génétiques et d'expérimentations médicales. Les progrès scientifiques permettant désormais de toucher à la conception même de l'humain, le Conseil constitutionnel offre ainsi une réponse aux interrogations engendrées par ce phénomène. Une telle acception de la dignité suppose alors également que l'homme respecte sa propre dignité et refuse d'être traité comme un objet, les jurisprudences administratives relatives au lancer de nain<sup>470</sup> illustrant de manière

<sup>465</sup> CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, « *Loi relative à la diversité de l'habitat* », préc. Pour confirmation, v. notamment CC n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec. p. 276 et CC n° 2000-436, 7 décembre 2000, *Loi sur la solidarité et le renouvellement urbains*, Rec. p. 176.

<sup>466</sup> JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 215.

<sup>467</sup> Cette conception de la dignité « essence de l'homme » est retrouvée chez plusieurs auteurs. V. notamment EDELMAN (Bernard), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M-L. Pavia et T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 29 ; ISRAEL (Jean-Jacques), *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998, p. 337 ; MATHIEU (Bertrand), « La dignité de la personne humaine, quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, chron., p. 282.

<sup>468</sup> PAVIA (Marie-Luce), in R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 150.

<sup>469</sup> En ce sens, Pierre Egéa estime que « *le principe directeur sous-jacent à l'idée d'une dignité inhérente à la personne humaine est que les personnes peuvent prétendre dans leurs rapports mutuels comme dans leurs rapports avec l'Etat à être traités toujours comme une fin et jamais comme un moyen* ». V. EGEA (Pierre), *L'homme et son corps. Essai sur les libertés corporelles dans les champs du droit biomédical*, Thèse Paris V, 1997, p. 353, cité par JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 217.

<sup>470</sup> CE Ass. , 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, Rec. Leb. p. 372, GAJA, p. 730. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Frydman insiste, pour justifier l'atteinte à la dignité, sur le fait que « *le but du lancer de nain (...) est de lancer avec violence et sans aucun égard pour elle, une personne humaine qui se trouve ainsi traitée comme un simple projectile, c'est-à-dire rabaisée au rang d'objet* ». FRYDMAN (Patrick), « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos du lancer de nains », *RFDA* 1995, p. 1207.

particulièrement nette cette interdiction. La dignité se systématisait donc en un concept « absorbant les obligations générales de respect vis-à-vis d'une certaine représentation de ce qu'est l'humanité digne », la série de devoirs compris dans cette approche incombant « à tout individu quel qu'il soit en tant qu'il appartient au genre humain »<sup>471</sup>. Les destinataires de cette acception du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine sont aussi bien l'Etat que les personnes privées. Dans le droit fil de la phrase liminaire du préambule de 1946, qui visait « les régimes ayant tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine », c'est en effet en premier lieu aux pouvoirs publics qu'incombe l'obligation de ne pas porter atteinte à la dignité. Plus que la perspective d'actes d'asservissement, c'est l'interdiction d'actes de dégradation qui paraît s'imposer, notamment à travers la notion de traitements dégradants, lesquels sont condamnés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>472</sup>. Cependant, si l'Etat doit s'abstenir de toute atteinte à la dignité<sup>473</sup>, ce même devoir s'impose également aux personnes privées dans le cadre des relations interindividuelles<sup>474</sup>. C'est dans cette optique que sont donc fustigées, par les textes<sup>475</sup> comme par la jurisprudence<sup>476</sup>, « les violences infligées à des personnes par d'autres personnes »<sup>477</sup>,

---

<sup>471</sup> GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 26. Une approche kantienne de la dignité semble donc prévaloir, l'homme n'étant pas libre de porter atteinte à sa propre dignité. Selon Kant, en effet, « l'humanité [résidant] en sa personne est l'objet d'un respect qu'il peut exiger de tout autre homme, mais il ne doit pas non plus s'en priver ». KANT (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs, Deuxième partie : Doctrine de la vertu*, Librairie philosophique J. Vrin, 1968, p. 109.

<sup>472</sup> Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Malgré l'emploi de termes différents, cet article peut être considéré comme prohibant en filigrane les atteintes à la dignité humaine. Ce lien a d'ailleurs été expressément reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans les arrêts *Tyrer c/ Royaume-Uni* (25 avril 1978, série A, n° 26, § 33) ou *Ribitsch c/ Autriche* (4 décembre 1995, série A, n° 336, §). Sur ce point, JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 199 ; MAURER (Béatrice), *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, p. 257, 268 et suiv. et CURSOUX-BRUYERE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Première partie), *RRJ* 2005-3, p. 1383.

<sup>473</sup> Il convient cependant de remarquer que l'Etat ne peut parfois se contenter d'une attitude d'abstention. La violation de l'article 3 pourra en effet également être constituée lorsque l'Etat n'aura rien fait pour protéger l'individu d'atteintes commises par d'autres personnes privées. En ce sens, v. notamment l'arrêt Cour EDH *HLR c/ France*, 29 avril 1997, Req. n° 24573/94.

<sup>474</sup> En effet, bien que la menace étatique soit la plus voyante, elle participe en réalité d'un système de contrainte plus vaste, dans lequel toute relation inégalitaire permet au fort de peser sur le faible. Or, cette relation inégalitaire « forme la trame de la vie sociale » (RIVERO (Jean), « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges René Cassin*, Volume III, Editions A. Pedone, 1971, p. 311) et il ne saurait donc être question de sous-estimer la menace que peut représenter l'individu pour son prochain

<sup>475</sup> Le Code pénal comprend ainsi un chapitre intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne » (v. Chapitre V, Titre II, Livre deuxième).

<sup>476</sup> V. par exemple CA Paris, 28 mai 1996, *Société Benetton* (condamnation d'une société ayant conçu des affiches publicitaires montrant un corps humain fractionné et estampillé « HIV positive » en tant qu'était ainsi utilisée « une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes en leur chair (...) »). Des propos racistes ou antisémites ont pu être considérés comme portant atteinte à la dignité humaine : CE, 9 octobre 1996, *Radio Ici et maintenant* (*Rec. Leb.* p. 401), de même que l'attitude d'animateurs radio ayant

au sens où cette violence, qu'elle soit physique ou non, s'assimile à une négation de la dignité irréductiblement attachée à la personne humaine<sup>478</sup>.

La conception de la dignité offerte dans la décision du 19 janvier 1995 est très différente. A cette date, le juge constitutionnel dégage du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine l'objectif de valeur constitutionnelle constitué par « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* »<sup>479</sup>. Le motif tiré du principe de dignité peut du reste paraître superflu, les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 semblant en effet susceptibles d'offrir une assise constitutionnelle suffisante<sup>480</sup>. Cependant, la Haute Instance ne s'en contente pas et décide d'y adjoindre le principe de dignité. Ce faisant, se manifeste sa volonté d'élargir le champ d'intervention de ce principe et de le libérer de l'acception soufflée par sa précédente jurisprudence. En effet, la notion se détache de son rôle de rempart contre les tentatives de déshumanisation. La dignité reste liée à la qualité d'être humain, mais s'intéresse cette fois à l'environnement économique et social de l'individu. Ainsi, une personne privée de logement décent ne voit pas sa qualité humaine intrinsèque directement menacée, au sens où elle ne connaît pas directement d'une situation dans laquelle elle serait traitée comme un objet. Toutefois, sa dignité subit le joug d'une autre forme de dégradation, cette fois liée à ses conditions concrètes d'existence<sup>481</sup>.

Consacrée par le Conseil constitutionnel, cette acception plus large de la dignité de la personne humaine semble alors susceptible de receler certaines exigences sociales jusqu'alors

---

encouragé les auditeurs à donner leur témoignage sur l'état de cadavres et à fournir des détails particulièrement choquants (CE, 30 août 2006, *Association Free Dom*, req. n° 276866).

<sup>477</sup> ZITOUNI (Françoise), « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », *LPA* 12 janvier 1996, p. 19, note n° 27.

<sup>478</sup> L'état se resserrant de manière maximale autour de l'individu lorsque lui est rappelée l'obligation de respecter sa propre dignité humaine.

<sup>479</sup> CC n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, « *Loi relative à la diversité de l'habitat* », *préc.*, considérants n° 5 et 6.

<sup>480</sup> Dans une précédente décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990 (*Rec.* p. 61), le Conseil constitutionnel avait ainsi pu déclarer que « *promouvoir le logement des personnes défavorisées (...) répond à une exigence d'intérêt national* » en s'appuyant seulement sur l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

<sup>481</sup> La prise d'autonomie du principe se manifeste d'ailleurs au niveau sémantique. Rattachée à l'origine à la première phrase du Préambule de 1946, la dignité se retrouve en 1995 dégagee de cette référence. A cette date, en effet, ce n'est plus le « préambule du Préambule » qui fonde le principe, mais le Préambule de 1946 dans son ensemble. Par ce glissement, la Haute instance achève en réalité la « décontextualisation » de la dignité : cette dernière n'est plus perçue comme l'écho d'une condamnation des crimes commis durant la seconde guerre mondiale. Libérée de cette influence, le principe peut alors aborder un autre champ d'intervention, dans lequel il s'agira de condamner certaines atteintes sociales menaçant la qualité de vie des individus. Au passage, le Conseil constitutionnel fait par ailleurs disparaître le mot « *asservissement* » de la définition du principe. Ce terme rejoignait en effet l'idée d'une réduction à la servitude ou à l'esclavage, et reflétait bien plus la conception de la dignité retenue en 1994 que celle consacrée dans la décision « *Habitat* ». Sur cette « décontextualisation », GIMENO-CABRERA (Véronique), *Le traitement jurisprudentiel du principe de la dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 50.

restées ignorées par le droit. Mais l'œuvre n'est cependant pas totalement novatrice, au sens où différentes consécutions de ce type pouvait déjà être recensées ou l'ont par la suite confirmée.

## 2) Une reconnaissance confirmée au niveau supranational

Le Conseil constitutionnel pouvait ici effectivement s'inspirer des exemples fournis par le droit comparé. L'article 23 de la Constitution belge, né de la révision constitutionnelle du 31 janvier 1994, pose ainsi très nettement que « *chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité de la personne humaine. A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels et déterminent les conditions de leur exercice (...)* ». De même, la Constitution italienne de 1947 rappelle dans son article 3 que « *tous les citoyens ont la même dignité sociale* », expression retrouvée dans l'article 13 de la Constitution du Portugal<sup>482</sup>, tandis que le Préambule de la Constitution espagnole rappelle la nécessité de « *promouvoir le progrès de la culture et de l'économie afin d'assurer à tous une digne qualité de vie* ». Enfin, lorsque les textes ne consacrent pas explicitement la dimension sociale du principe de dignité, les instances constitutionnelles s'avèrent susceptibles de combler cette lacune. L'exemple de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe est dans ce cadre particulièrement éloquent. Principe fondateur en droit allemand<sup>483</sup>, la dignité humaine a pu, sous l'impulsion de cette instance, servir de vecteur à la consécration de certains droits économiques sociaux, et ce alors même que ces derniers sont absents du catalogue des droits et libertés dressé par la Loi fondamentale. A l'origine pourtant réticente<sup>484</sup>, la Cour a ainsi su faire évoluer sa jurisprudence jusqu'à la reconnaissance d'un lien entre dignité et sphère sociale, estimant, par exemple, qu'une « *existence dans la dignité humaine nécessite un minimum de sécurité sociale* »<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> Pour exemple, sur le lien entre dignité et droit au logement, v. l'arrêt n° 151/92 du Tribunal constitutionnel portugais. MIRANDA (Jorge), *AJJC* 1992, p. 697.

<sup>483</sup> Sur cet aspect, MAURER (Béatrice), *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, p. 114 et suiv., et JEANNIN (Laure), « Le principe de dignité en droit allemand », in C. Girard et S. Hennette-Vaucher (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 169.

<sup>484</sup> La Cour privilégiait en effet à l'origine une conception classique de la dignité, liée à l'interdiction des tentatives de déshumanisation, telles humiliations, persécutions ou discriminations, et refusait donc de voir en la notion une garantie des conditions économiques et sociales de l'existence. V. la décision Cour constitutionnelle (BverfGE) n° 1BVR 220/51 du 19 décembre 1951, citée par ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, p. 433. Sur ce point, v. également MAURER (Béatrice), *op. cit.*, p. 131.

<sup>485</sup> Cour constitutionnelle (BverfGE) décision n° 1BVR 20/62 et 27/64 du 20 avril 1966.

Cette acception particulière du principe de dignité rejoint par ailleurs une évolution déjà amorcée depuis longtemps en droit international. La toute première mention de la dignité humaine y étant faite, trouvée dans la Déclaration de Philadelphie du 17 mai 1944<sup>486</sup>, se rattache aux droits économiques et sociaux. Et cette position originelle ne se dément pas par la suite : si d'autres acceptions de la dignité sont bien sûr accueillies, le lien entre droits sociaux et dignité est néanmoins régulièrement rappelé, comme l'illustrent par exemple les articles 22 et 23.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948<sup>487</sup>, ou bien encore le principe VII, § 2 de l'Acte final d'Helsinki du 1<sup>er</sup> août 1975<sup>488</sup>.

Le consensus semblant entourer cette acception du principe dans ces pays européens et en droit international trouve également écho en droit communautaire. La réception des implications sociales du principe de dignité s'est prioritairement orchestrée au regard d'une autre notion indissociable de cette problématique : le phénomène d'exclusion. A l'origine plus sociologique que juridique<sup>489</sup>, la notion d'exclusion s'est progressivement imposée dans le vocabulaire moderne, au point de recouvrir sous une appellation unificatrice une réalité extrêmement complexe et diversifiée, mais dans laquelle trouve toujours à jouer la notion de dignité humaine. Sur ce point, le droit communautaire est particulièrement explicite : une recommandation du Conseil des Communautés européennes datant du 24 juin 1992 exhorte ainsi les Etats membres à « reconnaître, dans le cadre d'un dispositif global et cohérent de lutte contre l'exclusion sociale, le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour vivre conformément à la dignité humaine (...) »<sup>490</sup>. De même, la Commission européenne, dans une communication du 23 décembre 1992, rappelle

---

<sup>486</sup> La Déclaration de Philadelphie, fondatrice de l'Organisation internationale du travail, énonce dans son second paragraphe que « (...) Tous les êtres humains (...) ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

<sup>487</sup> Article 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité (...) ».

Article 23.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale ».

<sup>488</sup> Principe VII § 2 de l'Acte final d'Helsinki du 1<sup>er</sup> août 1975 : « [Les Etats s'engagent à] favoriser et à encourager l'exercice effectif des libertés et droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels qui découlent tous de la dignité inhérente à la personne humaine ».

<sup>489</sup> Pour une analyse sociologique de l'exclusion, PAUGAM (Serge), *La disqualification sociale*, Quadrige – PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2000 et, du même auteur, *La société française et ses pauvres*, Quadrige, 1<sup>ère</sup> éd., 2002. V. également ROMAN (Diane), *op.cit.*, p. 364-368.

<sup>490</sup> Recommandation 92/441/CEE, JOCE L. 245, 26 août 1992, p. 47. V. également la décision n° 50/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 décembre 2001, établissant un programme d'action communautaire pour encourager la coopération entre les Etats membres visant à lutter contre l'exclusion sociale, JOCE L 10, 12 janvier 2002, p. 1.

l'attachement de la Communauté européenne aux droits fondamentaux, « *parmi lesquels figure le respect de la dignité, dont l'exclusion est, dans un certain sens, une dénégarion (...)* »<sup>491</sup>. Plus récemment, la Charte européenne des droits fondamentaux a également rappelé cette relation entre dignité « sociale » et exclusion. Sous le titre général « Solidarité » est ainsi rappelé à l'article 34-3 qu'« *afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (...)* ». Enfin il importe de rappeler la communication de la Commission européenne du 26 avril 2006 relative aux services sociaux d'intérêt général. Ces services, attachés aux prestations de sécurité sociale, aide sociale, d'aide à l'emploi ou d'accès au logement social, « *accomplissent une mission fondamentale de cohésion sociale* », et occupent ainsi « *une place spécifique comme piliers de la société et de l'économie européennes* », cette spécificité tenant « *au caractère vital des besoins qu'ils sont destinés à satisfaire, garantissant ainsi l'application de droits fondamentaux tels que la dignité et l'intégrité de la personne* »<sup>492</sup>. Se dessine ainsi le rôle fondamental de garantie qu'est appelé à endosser le service public au regard des implications sociales de la dignité, lesquelles rejoignent pour une grande part les « droits-créances » exprimés dans le Préambule de 1946. En effet, il apparaît clairement que les implications sociales du principe de dignité commandent certaines exigences attachées à la sécurité matérielle de l'individu, consacrées et mises en œuvre en France par le truchement des services publics afférents<sup>493</sup>.

Ce n'est finalement que dans la continuité de ces différents exemples que s'inscrit ainsi le choix du Conseil constitutionnel de faire évoluer le concept de dignité vers une dimension économique et sociale. Pourtant, cet aspect de la dignité peine à se voir reconnue. Une hostilité plus ou moins déclarée se manifeste en France dès la décision « *Habitat* » contre l'idée d'une dignité rattachée aux droits sociaux, et conduit à ce que, encore aujourd'hui, cette approche soit regardée en droit interne avec une certaine méfiance. Différents arguments tendent ainsi à minimiser l'influence de cette décision du Conseil constitutionnel et, partant, des conséquences qui pourraient en découler, estimant en effet qu'il est fait là un « mauvais

---

<sup>491</sup> Communication du 23 décembre 1992, *Vers une Europe des solidarités. Intensifier la lutte contre l'exclusion sociale, promouvoir l'intégration*, COM (1992) 542 final, 23 décembre 1992.

<sup>492</sup> Communication du 23 avril 2006, *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. Sur les SSIG, v. *supra*, Chapitre précédent, Section seconde, Paragraphe premier, B/.

<sup>493</sup> V. *supra*, Chapitre précédent.

usage » du concept, vision subjective qu'il paraît nécessaire de dépasser afin de pouvoir faire jouer au principe de dignité et, partant, au service public, toutes ses applications.

### ***B/ Une contestation doctrinale peu convaincante***

En 1995, la réception de la décision « *Habitat* » par la doctrine a donné lieu à une abondante littérature dont la tonalité générale n'était guère favorable. Certains auteurs estimant en effet à l'époque qu'il est fait là un « mauvais usage » de la notion de dignité, son introduction dans la sphère économique et sociale est critiquée, condamnée<sup>494</sup>. Or l'appréhension sociale du concept de dignité demeure marquée par cette hostilité originelle. Lorsque cette approche n'est pas purement et simplement ignorée<sup>495</sup>, elle reste ainsi régulièrement contestée<sup>496</sup>. Toutefois, à la diversité des critiques ne répond pas une diversité des arguments employés. Une grande majorité d'auteurs semble, en effet, se rallier plus ou moins directement à la pensée du Professeur Bertrand Mathieu. Sorte de contempteur « chef de file », ce dernier a en effet systématisé dans ses écrits les arguments les plus souvent opposés à l'insertion du concept de dignité dans la sphère sociale<sup>497</sup>, l'un de ces arguments reposant sur la définition même de la notion de dignité (1) et l'autre se fondant sur la position réservée de la jurisprudence européenne des droits de l'homme en la matière (2). Cependant, le consensus observé autour de cet argumentaire ne préjuge pas de sa pertinence. Certaines failles permettent en effet de nuancer le caractère opérant d'un raisonnement pourtant souvent présenté comme seul recevable et de défendre ainsi les implications recelées par l'acception sociale du principe de dignité.

---

<sup>494</sup> En ce sens, MATHIEU (Bertrand), « La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron., p. 282 et SAINT-JAMES (Virginie), « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* Chron., 1997, p. 61.

<sup>495</sup> Ainsi, le rapport « Redécouvrir le Préambule de la Constitution », issu du Comité présidé par Simone Veil et daté de décembre 2008, demeure silencieux sur cette acception du principe de dignité et préconise l'introduction du principe de dignité de la personne humaine au sein de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution selon une approche extrêmement neutre par laquelle la France « reconnaît l'égalité de dignité de chacun ».

<sup>496</sup> V. notamment NEIRINCK (Claire), « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 45 ; LAHALLE (Thibault), « Clonages et dignité humaine », *RTDH* 2003, p. 448 ; CORSOUX-BRUYERE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Seconde partie), *RRJ*, 2005-4, Volume 2, p. 2351.

<sup>497</sup> La critique de Virginie Saint-James s'enrichit néanmoins d'un argument supplémentaire, touchant aux difficultés engendrées par l'introduction d'un nouveau principe vis-à-vis d'autres droits déjà reconnus, et s'inquiétant de la complexité croissante de la conciliation des sources à valeur constitutionnelle. V. SAINT-JAMES (Virginie), *op. cit.*, p. 64. Sur la question particulière de la conciliation entre droit à un logement décent et droit de propriété, v. ainsi PAULIAT (Hélène), « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, p. 283 et LACHAUME (Jean-François) et PAULIAT (Hélène), « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J., 1999, p. 373.

### 1) Une conception trop restrictive de la dignité de la personne humaine

Considérer la dignité comme un élément pertinent en matière économique et sociale serait faire un « mauvais usage » de la notion. Cette position, très nettement affirmée par Bertrand Mathieu<sup>498</sup>, se fonde principalement sur la constatation du caractère absolu du principe<sup>499</sup>. Selon cet auteur, la dignité est une qualité rattachée à la condition même d'être humain, et ne peut donc tolérer aucune restriction, dégradation ou limitation. Cependant, un droit absolu est concrètement inutilisable : l'impossibilité de le concilier conduit inmanquablement à des situations de blocage risquant de le rendre inapplicable. Aussi, si le respect de la dignité humaine reste « *un impératif moral de caractère absolu* »<sup>500</sup>, son application effective nécessite sa relativisation et, partant, sa mise en concurrence avec d'autres principes. Mais cette conciliation ne saurait toucher directement le principe de dignité, lequel reste « *indérogeable* »<sup>501</sup>, et doit donc s'effectuer de manière incidente, par le *media* de principes dérivés. La portée du principe de dignité peut alors se voir « *relativisée au travers des dérogations apportées aux principes qui en sont le corollaire* »<sup>502</sup>. Dans le cadre particulier de la bioéthique, des principes tels ceux de la primauté de la personne humaine ou de l'inviolabilité, de l'intégrité et de l'absence de patrimonialité du corps humain constituent ainsi autant de dérivés du principe de dignité de la personne humaine. C'est à travers eux que doit s'organiser et se concrétiser par la suite toute tentative de conciliation. Cette construction théorique, entre caractère absolu et portée relative, témoigne de la volonté de rendre le principe de dignité effectif. Mais elle ne saurait, pour Bertrand Mathieu, être transposée aux droits économiques et sociaux car, selon cet auteur, « *le principe de dignité perd alors de sa spécificité : il est dilué, rabaisé au niveau des autres droits sociaux avec lesquels il entre alors en concurrence* »<sup>503</sup>. La dignité ne relèverait plus d'un caractère absolu et se retrouverait, à l'instar de tous les autres droits sociaux, directement en proie aux contingences économiques et sociales, sans passer par la protection intermédiaire de droits dérivés. Le principe ne pourrait alors que sortir affaibli de son intrusion en cette matière et la

---

<sup>498</sup> MATHIEU (Bertrand), « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron., p. 285. Du même auteur, v. également « Le droit au logement, révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », in D. Gros et S. Dion-Loye (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Le Seuil, Collection « Le genre humain », 2002, p. 218.

<sup>499</sup> Dans le même sens, notamment, CURSOUX-BRUYERE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Première partie), *RRJ*, 2005-3, p. 1418.

<sup>500</sup> MATHIEU (Bertrand), *op. cit.*, p. 285.

<sup>501</sup> Selon l'expression utilisée par Noëlle LENOIR in *Bioéthique, Constitutions et droits de l'homme*, Diogène, p. 29, citée par MATHIEU (Bertrand), *op. cit.*, p. 285.

<sup>502</sup> MATHIEU (Bertrand), *op. cit.*, p. 285.

<sup>503</sup> MATHIEU (Bertrand), *Ibid.*



dignité « essence de l'homme », telle que comprise dans le cadre de la décision du Conseil constitutionnel de juillet 1994<sup>504</sup>, constituerait la seule acception recevable de la notion, à l'exclusion de toute autre.

Cependant, ce choix d'une signification unique allouée au concept paraît contestable car y entre forcément une grande part de subjectivité. La doctrine ne se contente pas ici d'observer et de décrire l'introduction du concept de dignité en droit positif. S'appuyant sur une seule acception de la notion, elle accueille favorablement les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat faisant l'écho de cette dernière<sup>505</sup>, et condamne en revanche toute utilisation différente du principe par le juge. Ce phénomène, mis en lumière dans le travail de recherche des professeurs Charlotte Girard et Stéphanie Hennette-Vauchez, révèle, selon ces auteurs, le passage d'un discours descriptif à un discours prescriptif. En effet, « *une doctrine dont l'activité est de proposer non pas une description de l'enchaînement des arguments qu'utilise un juge, mais de lui indiquer ce qu'il aurait dû juger – et, au besoin, de l'interpeller effectivement -, est une doctrine qui prescrit* »<sup>506</sup>. Cette doctrine fait alors des choix, parmi lequel le premier semble être le refus du caractère pluriel de la notion et l'exclusion, dès lors, de « *pans entiers de la réalité juridictionnelle* »<sup>507</sup>. La dignité est un concept complexe et, comme tel, comporte de multiples facettes accueillies tour à tour. En privilégier une seule, au détriment des toutes les autres, revient à nier cette complexité même et à appauvrir la notion dans une acception ne reflétant ni sa richesse intrinsèque, ni l'appréhension juridictionnelle qui s'en fait l'écho<sup>508</sup>. En revanche, dès lors qu'est privilégiée la volonté d'analyser ce qui est, et non ce qui devrait être, il s'avère impossible d'évacuer la dimension économique et sociale du principe. Cette dernière existe, bel et bien, et résulte simplement d'une approche différente qui ne contredit pas l'acception métaphysique de la dignité, mais cohabite pacifiquement avec elle. Dans le cadre de cette définition plus compréhensive, la construction théorique attachée à la seule dignité de type « essence » trouve à s'appliquer à la dimension sociale du principe. En effet, cette facette particulière de la dignité trouve elle aussi à se rattacher à la personne

---

<sup>504</sup> Le choix de privilégier cette interprétation univoque de la notion n'apparaît jamais de manière expresse. Bien au contraire, les tenants de cette position rappellent souvent, en exergue de leurs développements, que la dignité reste une notion indéfinissable, source d'interprétations divergentes. Il apparaît néanmoins difficile d'expliquer comment peuvent alors être distingués de « bons » et de « mauvais usages » de la dignité, à moins d'y deviner le choix en amont de la signification à donner au principe. L'affirmation du caractère indéfinissable de la notion de dignité apparaît donc en réalité essentiellement formelle.

<sup>505</sup> La doctrine privilégiant alors les seules décisions « *Bioéthique* », pour le Conseil constitutionnel, et « *Commune de Morsang-sur-Orge* » et « *Ville d'Aix-en-Provence* » pour le Conseil d'Etat.

<sup>506</sup> GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie), *op. cit.*, p. 252.

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> En ce sens, EDELMAN (Bernard), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M-L. Pavia et T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 30.

humaine, au-delà de l'individu « *aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social* »<sup>509</sup>. La qualité originaire d'être humain commande que des conditions de vie respectueuses de la dignité soient offertes, une telle exigence étant indifférente à la place réservée par la suite à l'individu en tant qu'être social. Est en cause ici « *l'affirmation solennelle d'une égale appartenance à l'humanité et la manifestation d'une volonté de droit de supprimer les conditions d'une situation dégradante et avilissante pour l'homme* »<sup>510</sup>.

Néanmoins, reste à déterminer à partir de quel niveau il est possible d'estimer que des conditions d'existence attentent à la dignité humaine. La question est difficile à résoudre mais peut trouver une réponse dans l'idée d'un « *standard économique et social minimum* »<sup>511</sup>, protégeant la personne humaine des dégradations liées aux conditions d'existence. Dans le cadre de la détermination de ce standard, des données contingentes, liées à des situations géographiques ou des conjonctures économiques différenciées ne peuvent être prises en compte. De tels critères laisseraient en effet supposer une inégale dignité sociale entre les hommes. Le seuil d'atteinte à la dignité serait, par exemple, plus rapidement franchi pour le ressortissant d'un pays développé que pour celui d'un pays du Tiers-Monde. Or, une telle relativité dans les implications de la dignité sociale ne peut être acceptée. Le principe a en effet vocation à s'attacher à toute personne, en tout lieu, et le standard qui en résulte, fruit d'une sorte de « mieux disant » économique et social minimum, doit rester fidèle à ces caractéristiques. Cette dignité ainsi consacrée ne saurait alors, elle non plus, subir, en principe, de limitation, dérogation ou atténuation. Partant, la nécessité d'intervention de principes dérivés est alors toute aussi évidente. C'est à ce prix que peuvent s'opérer les conciliations permettant au principe d'être effectif<sup>512</sup> : la relativité, qui n'a pas de place dans l'affirmation du principe même de dignité sociale, est retrouvée dans le cadre des principes corollaires qui en découlent, tels le droit de disposer d'un logement décent. Ces derniers sont en effet le reflet de situations particulières tenant à des lieux ou des données économiques et sociales spécifiques. Relevant d'une certaine contingence, leur traduction concrète peine alors à s'inscrire dans le projet universaliste porté, dans son principe, par la dignité sociale. Mais cela n'est pas le seul apanage des droits économiques et sociaux. En effet, pour quelques principes dérivés de la dignité « essence » revêtant un caractère d'universalisme juridique

---

<sup>509</sup> Ce que considère Bertrand Mathieu dans son article « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron., p. 285.

<sup>510</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J, 2002, p. 342.

<sup>511</sup> En ce sens, JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 207.

<sup>512</sup> Cette position est notamment défendue par Thomas Meindl, dans son ouvrage *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J, 2003, p. 197.

incontestable<sup>513</sup>, nombre d'entre eux conservent une portée toute aussi contingente. La réglementation de la prostitution ou la question des mères porteuses, pour ne prendre que ces exemples, font ainsi l'objet de réponses très différentes selon les lieux et les situations, alors même qu'ils touchent tous deux à la question de la réification de l'être humain, et donc à l'essence même de l'homme<sup>514</sup>.

La dignité est une notion à l'égard de laquelle la seule appréhension d'une dimension métaphysique ne saurait suffire. Une hégémonie de cette acception au détriment de toutes les autres ne peut être accueillie sans trahir la richesse du principe et le rôle de garantie qu'il est susceptible de faire jouer au service public à travers les exigences qu'il porte en germe. Par ailleurs, l'argument selon lequel cette vision ne serait pas partagée par les instances européennes a aujourd'hui perdu de sa force, certains développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme illustrant l'évolution progressive de sa position.

## 2) *Un assouplissement progressif de la position du juge européen*

La Commission européenne des droits de l'homme, disparue aujourd'hui, a, la première, eu l'occasion de s'exprimer sur la dimension sociale du concept de dignité. Elle s'y est révélée hostile dans l'affaire *Van Volsem c/ Belgique*<sup>515</sup>, restée célèbre tant par les faits qui en étaient à l'origine que par la radicalité de la solution qu'elle y apporta alors et les critiques qu'elle dut essuyer en retour. Était en effet en cause dans cette affaire la situation d'extrême dénuement matériel d'une mère de famille se trouvant sous le coup d'une décision de suspension de fourniture d'électricité<sup>516</sup>. Usant de son droit de recours individuel, Mme Van Volsem avait saisi alors la Cour européenne des droits de l'homme au motif que cette suspension de fourniture, ainsi que la menace permanente d'une nouvelle coupure, constituaient un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits

---

<sup>513</sup> Peuvent ainsi être citées en exemple l'interdiction de la torture ou de l'esclavage.

<sup>514</sup> Sur le constat d'un tel relativisme, ROMAN (Diane), « 'A corps défendant' - La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, n° 19, p. 1291.

<sup>515</sup> Affaire *Van Volsem c/ Belgique*, 9 mai 1990, Req. n° 14641/89.

<sup>516</sup> Plus précisément, cette affaire avait pour origine une coupure d'électricité intervenue en plein mois de décembre à l'encontre de la requérante, mère de famille ayant à sa charge trois enfants mineurs, dont un bébé. Cette femme, dans l'incapacité d'exercer une activité professionnelle stable pour raison médicale, habitait un logement social fonctionnant en totalité, chauffage compris, à l'énergie électrique. Suite à cette coupure, une ordonnance de référé avait ordonné le rétablissement de la fourniture d'électricité mais une succession de procès avait abouti à soumettre cette fourniture au paiement de la dette contractée auprès de la société distributrice.

de l'homme. Or, chargée d'examiner la recevabilité de cette requête, la Commission rejeta cette dernière pour défaut manifeste de fondement, estimant dans sa décision que les faits invoqués « *n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain et dégradant* ». Quelques années auparavant, la Commission avait déjà pris soin de rappeler que la Convention n'imposait pas « *de prendre de mesures économiques et sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital ou un emploi* »<sup>517</sup>. La décision *Van Volsem* ne faisait donc que se situer dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure et ses commentateurs en conclurent alors que la problématique de la dignité sociale se situait en dehors du droit européen des droits de l'homme.

La solution fut très mal accueillie par la doctrine juridique, laquelle déplora la frilosité de la Commission<sup>518</sup>. Cette institution ayant, en effet, souvent fait preuve de dynamisme interprétatif<sup>519</sup>, son refus d'ouvrir l'article 3 aux situations de très grande pauvreté surprit, et laissa soupçonner de sa part un certain conservatisme à l'égard des droits économiques et sociaux. A l'époque de la décision *Van Volsem*, il importe de rappeler que les droits de ce type avaient pourtant cessé d'être considérés comme les « parents pauvres » de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Airey* ayant en effet précisé que si la Convention énonçait pour l'essentiel des droits civils et politiques, « *nombre d'entre eux [avaient] des prolongements d'ordre économique et social* », et que « *nulle cloison étanche* » ne séparait ainsi la Convention de la sphère des droits économiques et sociaux<sup>520</sup>. Par ailleurs, refuser l'application de l'article 3 dans ce cadre témoigne, pour Frédéric Sudre, d'une « *restriction insolite* »<sup>521</sup> du champ d'application de cet article. Cet auteur rappelle en effet la définition extrêmement large prêtée par les instances européennes à cette notion de traitement dégradant. Est, et reste, en effet considéré comme tel le traitement qui « *provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui aussi bien qu'à ses propres yeux* »<sup>522</sup>. Or cette condition, souvent appelée<sup>523</sup>, d'humiliation « à ses

---

<sup>517</sup> Affaire *X. c/ Belgique*, 16 décembre 1977, Req. n° 7697/76.

<sup>518</sup> Pour une critique particulièrement détaillée de la décision *Van Volsem*, SUDRE (Frédéric), « La première décision “quart-monde” de la Commission européenne des droits de l'homme : Une bavure dans une jurisprudence dynamique », *RUDH* 1990, p. 349. Dans le même sens, PETTITI (Christophe), *Droit social* 1991, p. 87 ; MAURER (Béatrice), *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, p. 355 ; RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 2, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 11.

<sup>519</sup> En matière de transsexualisme, par exemple, la Commission a parfois adopté une position dépassant celle de la Cour, notamment s'agissant de la reconnaissance du droit au mariage des personnes transsexuelles. V. *Cossey c/ Royaume-Uni*, 9 mai 1989, Req. 10843/84. Sur ce point, SUDRE (Frédéric), *op.cit.*, p. 351.

<sup>520</sup> Arrêt de la Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, Req. n° 6289/73, § 26.

<sup>521</sup> SUDRE (Frédéric), *Ibid.*

<sup>522</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 14 décembre 1973, *Patel*.

*propres yeux* » semble aisément applicable dans le cadre de l'affaire *Van Volsem*. De plus, la condition de principe, posée par l'arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*<sup>524</sup>, selon laquelle « *pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité* » pouvait apparaître largement remplie en l'espèce<sup>525</sup>. Les éléments conditionnant la reconnaissance d'une atteinte à l'article 3 pouvaient donc être estimés réunis et la fin de non recevoir émanant de la Commission à cette requête semblait alors, en réalité, peut-être davantage motivée par une opposition de principe à l'introduction de la grande pauvreté dans le champ de l'article 3 que par la réelle absence de gravité suffisante du traitement incriminé. Très critiquée sur ce fondement, l'instance strasbourgeoise a néanmoins longtemps maintenu sa position, confirmant plusieurs fois par la suite sa réticence à appréhender le concept de dignité en matière économique et sociale<sup>526</sup>. Une telle position ne pouvait que trouver un écho approuvé auprès des contempteurs d'une dignité de type social, lesquels ont fait de la jurisprudence *Van Volsem* un argument supplémentaire<sup>527</sup>.

Cependant, ce raisonnement paraît aujourd'hui perdre de sa force, la position de la Cour européenne des droits de l'homme semblant depuis peu s'être assouplie. L'infléchissement est progressif, et aucun arrêt n'a encore exprimé un revirement indiscutable sur cette question. Mais l'examen de certaines jurisprudences révèle une évolution. Ainsi, le critère de l'intentionnalité semble avoir cessé d'être requis systématiquement : le traitement dégradant ne doit plus forcément être le fruit d'une volonté délibérée et peut résulter d'une simple situation de fait, ce qui permet à la Cour d'envisager directement la dimension économique et sociale que revêt une atteinte à l'article 3<sup>528</sup>. De plus, la Cour de Strasbourg a parfois pu

---

<sup>523</sup> V. par exemple l'arrêt Cour EDH, *Tyler c/ Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A, n° 26, § 32. Req. n° 5856/72.

<sup>524</sup> Cour EDH, *Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Req. n° 5310/71, § 162.

<sup>525</sup> Il suffisait pour cela de rappeler les conditions de vie insalubres de la requérante et de ses enfants, sans lumière, sans eau chaude, sans chauffage, le tout en plein hiver, et la situation d'humiliation et de détresse morale qui en résultait. SUDRE (Frédéric), *op.cit.*, p. 352.

<sup>526</sup> Pour une confirmation de cette décision, v. Commission européenne des droits de l'homme, décision *FN c/ France*, 10 octobre 1994, Req. n° 18725/91 et décision *Pancenko c/ Lettonie*, 28 octobre 1999, Req. n° 40772/98.

<sup>527</sup> MATHIEU (Bertrand), « Le droit au logement, révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », in D. Gros et S. Dion-Loye (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Le Seuil, 2002, p. 220.

<sup>528</sup> Pour une illustration, v. l'arrêt Cour EDH *D. c/ Royaume-Uni*, 2 mai 1997, Req. n° 30240/96. Pour exemple, une mesure d'expulsion touchant une personne malade du sida a été considérée comme un traitement inhumain et dégradant notamment de par le fait que ni l'Etat, ni la famille du requérant, ne pouvaient le loger et le nourrir s'il devait être expulsé. A donc ici été prise en compte, au-delà du traitement infligé par l'Etat défendeur, à savoir l'expulsion, la situation d'extrême pauvreté économique et affective attendant le requérant une fois cette expulsion opérée. Certes, la Cour prend soin de préciser dans cette affaire que « *l'on ne peut dire que la situation qui serait la sienne dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'article 3* » (§ 53) mais cette situation de fait est examinée par la Cour et implique forcément une appréhension d'éléments économiques et sociaux. En ce sens, MAURER (Béatrice), *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, p. 355. Il est à noter que la Commission,

rappeler que l'Etat était tenu, au-delà de son obligation d'abstention, d'une obligation de prestation afin d'éviter certains traitements dégradants<sup>529</sup>. Cette évolution de la position de la Cour constitue une seconde avancée significative. Elle initie en effet une modification progressive du rôle des Etats vers un interventionnisme susceptible, à terme, de toucher la matière économique et sociale. Enfin, un pas supplémentaire a été franchi par deux décisions. L'arrêt *Larioshina c/ Russie* admet désormais que le montant totalement insuffisant d'une pension et d'autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum « peut en principe soulever une question au titre de l'article 3 »<sup>530</sup>. Si cette décision ne renverse pas directement, et de manière définitive, la solution *Van Volsem*, elle marque cependant l'infléchissement de son influence, tout comme semble également l'indiquer la décision *Moldovan c/ Roumanie*, dans laquelle le juge européen admet pour la première fois que des conditions de vie précaires peuvent contribuer à la reconnaissance d'un traitement dégradant<sup>531</sup>. « La Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles »<sup>532</sup>. Il appartient donc à la Cour européenne des droits de l'homme de prendre acte des mutations significatives des sociétés européennes et, partant, des situations de grande pauvreté attentatoires à la dignité qui peuvent s'y trouver. Certes, il ne faut pas perdre de vue que l'introduction d'une protection des droits économiques et sociaux par le ricochet de l'article 3 sera, sans aucun doute, lourde de conséquences pour les Etats parties à la Convention. La relative prudence de la Cour s'explique ainsi certainement par une volonté de ne pas augmenter de manière brutale les obligations à leur charge. Mais l'affirmation selon laquelle la Cour de Strasbourg refuse encore catégoriquement d'appréhender la dimension économique et sociale du principe de dignité ne reflète cependant plus totalement la réalité.

---

dans son rapport du 10 mars 1994 *MN c/France*, (Req. n° 19465/92), avait également considéré qu'une mesure d'expulsion touchant les étrangers majeurs souffrant d'un handicap physique et/ou mental vers un pays insusceptible d'offrir des garanties d'accueil appropriées, notamment du fait de leur faible niveau de développement économique, pouvait être considérée comme une atteinte à l'article 3. V. FLAUSS (Jean-François), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1995, p. 213.

<sup>529</sup> V. *supra* et SUDRE (Frédéric), « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 363.

<sup>530</sup> Cour EDH, décision *Larioshina c/ Russie*, 23 avril 2002, Req. n° 56869/00. Sur ce point, SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 317 et, du même auteur, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, p. 761.

<sup>531</sup> Arrêt *Moldovan c/ Roumanie* n° 3, 12 juillet 2005, Req. n° 41138/98 et 64320/01. Il importe cependant de rappeler que la violation de l'article découlait ici du fait que ces conditions de vie précaires étaient couplées à une discrimination raciale. (Les requérants, d'origine rom, avaient été chassés de leur village et se trouvaient contraints de vivre dans des poulaillers, des écuries ou des caves).

<sup>532</sup> Arrêt *Tyrer c/ Royaume-Uni*, *préc.*, § 31.

Si la rencontre entre dignité et droits sociaux opérée par le Conseil constitutionnel initie, selon Hugues Moutouh, « *une révolution dans le droit de la dignité en France* »<sup>533</sup>, cette « *révolution* » ne doit pas être surestimée. En consacrant explicitement la dimension sociale du principe de dignité, le Conseil constitutionnel formalise en droit interne une avancée déjà rencontrée dans d'autres pays ou au niveau international. Mais elle ne doit pas non plus être niée. L'homme n'est pas un pur esprit et ne peut mener une existence digne si ne lui est pas offerte l'assurance de pouvoir bénéficier de certaines prestations matérielles, qu'il convient de déterminer concrètement. Le versant social de la dignité contient en germe certaines exigences, peu novatrices dans leur matérialité, mais jusqu'ici ignorées par le droit et dont la garantie s'ordonne prioritairement autour du procédé de service public.

PARAGRAPHE SECOND  
DE NOUVEAUX « DROITS-CREANCES »  
GARANTIS PAR LE SERVICE PUBLIC

Appelée à intervenir en matière sociale, la dignité sous-tend différentes exigences susceptibles, si elles sont transcrites en droit positif, de constituer de nouveaux « droits-créances » (A). Or ces impératifs, correspondant à l'accès à certains besoins concrets indispensables, ont pour particularité d'être traditionnellement mis en œuvre par le procédé de service public. Exigences et instrument de garantie sont ainsi intimement mêlés, constat qui vient confirmer et enrichir le droit communautaire, lequel participe également de la révélation de ces impératifs à travers la Charte des droits fondamentaux (B).

***A/ La dignité sociale, principe matriciel de nouvelles exigences***

Affirmer la dimension sociale du principe de dignité de la personne humaine ne relève pas de la simple figure de style et se révèle en réalité susceptible d'emporter de multiples implications. Les conséquences de cette reconnaissance peuvent même paraître vertigineuses s'il est considéré que la dignité sociale doit concourir au plein épanouissement de la personne humaine dans tous les aspects de son existence. De ce constat naît donc une volonté de clarification, tant sur la véritable potentialité du principe de dignité en tant que fondement de

---

<sup>533</sup> MOUTOUH (Hugues), « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 178.

nouveaux « droits-créances » (1), que sur la détermination de la matérialité même que peuvent revêtir les droits qui en émanent directement (2).

### 1) *Un renouvellement de la dynamique des droits sociaux*

L'affirmation d'une dimension sociale du principe de dignité de la personne humaine soulève question quant à l'impact de ce principe à l'égard des droits économiques et sociaux. Que les deux soient liés est une évidence. L'objet même de la facette sociale de la dignité consiste à empêcher que l'homme connaisse de conditions de vie dégradantes et avilissantes, tout particulièrement du fait d'un état de dénuement matériel. Les droits économiques et sociaux, et parmi eux, au premier chef, les « droits-créances », organisent la concrétisation de cet objectif au moyen d'interventions positives. Pèse sur les pouvoirs publics la charge d'offrir aux individus des conditions de vie minimum et de leur épargner ainsi des situations attentatoires à leur dignité. Cette relation entre dignité et « droits-créances » est d'ailleurs parfois très nettement formalisée dans les ordres juridiques internes. Un rapprochement particulièrement significatif est ainsi opéré dans le nouvel article 23 de la Constitution du Royaume de Belgique, lequel ne se contente pas, en effet, d'accueillir la dimension sociale du principe de dignité, et prend soin de préciser également que « *le droit au travail, et au libre choix d'une activité professionnelle (...), à une rémunération équitable* », « *le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique* », ou encore « *le droit à un logement décent* » constituent les premières prérogatives destinées à assurer le droit de chacun à « *mener une vie conforme à la dignité humaine* ».

Mais l'appréhension spontanée de ce lien ne doit pas masquer la manière complexe dont il s'ordonne. Le rôle alloué à la dignité, sa portée à l'égard des droits sociaux, n'est pas une donnée spontanément acquise. Seules l'observation de la décision du Conseil constitutionnel faisant place à l'aspect social du principe de dignité et l'étude des modèles théoriques proposés par certains auteurs s'avèrent susceptibles de fournir les éclaircissements nécessaires. Dans cette perspective, l'analyse littérale de la décision « *Habitat* » du 19 janvier 1995 offre certaines indications. A reprendre les termes même employés par le juge constitutionnel, c'est des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>534</sup> et du

---

<sup>534</sup> Alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique,*



principe de sauvegarde de la dignité humaine que « résulte » l'objectif de valeur constitutionnelle constitué par la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. La dignité se présente donc ici sous l'aspect d'un principe « source », la relation dignité/droits sociaux se systématisant alors en un modèle « principe fondateur/ principes déduits ». La dignité semble ainsi riche de potentialités en matière de droits sociaux, le juge constitutionnel se révélant susceptible de consacrer, sur son fondement, de nouvelles créances se rattachant à sa satisfaction. Dans cette optique, la dignité peut *in fine* apparaître comme le fondement de l'ensemble des droits économiques et sociaux<sup>535</sup>. Cette vision maximaliste fait alors intervenir le principe sur tous les fronts, qu'il s'agisse des « droits-créances » déjà exprimées en 1946 ou d'exigences novatrices, dont l'objectif à valeur constitutionnelle de logement décent constitue le parfait exemple.

Il importe néanmoins de préférer une position plus mesurée, que Benoît Jorion explicite en ces termes : « *Lorsque les droits sociaux font l'objet d'une consécration constitutionnelle explicite, il n'est pas nécessaire au raisonnement juridique d'avoir recours au concept de dignité humaine pour les fonder. En revanche, la notion de dignité de la personne humaine peut servir de notion de rattrapage pour imposer la réalisation de droits sociaux lorsque ceux-ci ont été oubliés* »<sup>536</sup>. Déjà, en 1995, Françoise Zitouni remarquait que l'affirmation de la dignité en tant que fondement de tous les « droits-créances » était quasiment dénuée d'intérêt si cela ne concernait que les droits et principes dont la valeur constitutionnelle était d'ores et déjà établie, son véritable apport résidant plutôt dans la possibilité ouverte au juge constitutionnel « *de fonder constitutionnellement tous les objectifs législatifs qui lui paraîtront nécessaires à notre temps* »<sup>537</sup>. Transparaît ainsi une volonté d'utilisation pragmatique du principe de dignité humaine, envisagé selon ses potentialités futures. Que la philosophie attachée à la dignité ait été une source d'inspiration sous-jacente dans le cadre de la formulation des droits économiques et sociaux de 1946 n'est pas contestable. Mais le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine est appelé à jouer ses effets pour

---

*se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

<sup>535</sup> L'idée défendue par François Luchaire selon laquelle la dignité « résume l'essentiel de ce qui peut être rangé dans une seconde génération de droits et libertés » est alors retrouvée (v. *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 303). Dans le même sens, ZITOUNI (Françoise), « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », *LPA* 12 janvier 1996, p. 18 ; LABORDE (Jean-Pierre), « Garanties des ressources et dignité de la personne humaine », in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 113 et MEINDL (Thomas), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., 2003, p. 196.

<sup>536</sup> JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 205.

<sup>537</sup> ZITOUNI (Françoise), *op. cit.*, p. 18.

l'avenir, en tant que fondement de nouvelles obligations positives. Cette conclusion est d'ailleurs soufflée par la décision de 1995. A cette occasion, le Conseil constitutionnel rappelle, dans un premier considérant, les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946, et ajoute dans le considérant suivant qu'« *il ressort également du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* ». Par l'utilisation de l'adverbe « *également* », le juge constitutionnel marque ainsi l'idée que le principe de dignité n'est pas au fondement des principes du Préambule. L'influence du principe de dignité n'intéresse donc pas en priorité les « droits-créances » explicitement consacrés, mais ceux restant encore à découvrir.

Certains doutent cependant de l'importance de cette influence. Le juge constitutionnel utilisant le principe de dignité couplé à d'autres principes directement issus du Préambule de 1946, Véronique Gimeno-Cabrera en déduit une vision utilitariste de la notion, qui ne serait employée par le juge que dans le but de renforcer l'effectivité de ces principes énoncés en amont<sup>538</sup>. Ainsi, utiliser le concept de sauvegarde de la dignité humaine ne constituerait pas en 1995 un passage obligé pour le juge constitutionnel ; les alinéas 10 et 11 du Préambule auraient pu suffire. Le principe de dignité ne serait employé que dans le but d'appuyer l'effet de ces alinéas et se démarquerait des autres principes constitutionnels en constituant, en réalité, « *plus un outil pour le juge constitutionnel qu'un principe produisant des effets per se* »<sup>539</sup>. Cette affirmation d'un principe qui constituerait en quelque sorte la « touche finale » du raisonnement du juge paraît cependant devoir être nuancée. En premier lieu, si l'évocation des alinéas 10 et 11 du Préambule semblait suffisante pour fonder à elle seule l'objectif à valeur constitutionnelle relatif à un logement décent, rien n'empêche cependant de considérer que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine pouvait présenter ce même caractère de suffisance et constituer, de manière autonome, le fondement de cet objectif social. Que le Conseil constitutionnel ait préféré ici allier deux fondements différents, l'un explicitement tirée du Préambule et l'autre implicitement, ne signifie pas que ce second fondement ne joue auprès du premier qu'un rôle d'adjuvant. Par ailleurs, l'utilisation par le juge constitutionnel de ces deux références peut être comprise sous un autre angle, selon lequel l'intervention du principe de dignité n'a pas pour vocation de renforcer la portée

---

<sup>538</sup> GIMENO-CABRERA (Véronique), *Le traitement jurisprudentiel du principe de la dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004, p. 221.

<sup>539</sup> GIMENO-CABRERA (Véronique), *op.cit.*, p. 221.

interprétative des alinéas 10 et 11, mais permet en réalité de donner plus de force à la consécration même de l'objectif à valeur constitutionnelle<sup>540</sup>. L'utilisation du principe de dignité témoigne alors de la volonté du juge constitutionnel de faire jouer ses potentialités à l'égard de l'objectif relatif au logement et non à l'égard des autres sources de cet objectif. Considérer la dignité de la personne humaine comme un simple outil au service de « droits-créances » déjà exprimés dans le Préambule de 1946 paraît ainsi quelque peu réducteur. En réalité, reprenant en cela l'appellation utilisée par Bertrand Mathieu<sup>541</sup>, il est même possible de conclure à la nature matricielle de la notion. Le principe de dignité répond en effet à cette qualification « *en ce qu'il engendre d'autres droits de portée et de valeur différentes* »<sup>542</sup>. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel affirme la valeur constitutionnelle de la dignité en 1994, il énumère un certain nombre de principes à valeur législative qui doivent être respectés pour que la dignité le soit<sup>543</sup>. Puis, dans sa décision « *Habitat* » de 1995, le juge constitutionnel fait découler de la dignité un objectif de valeur constitutionnelle, ce qui révèle alors pleinement la richesse de la notion<sup>544</sup>. La dignité est ainsi la matrice potentielle de nouveaux « droits-créances », dont il convient à présent d'envisager la matérialité.

## 2) *Une détermination concrète de nouveaux droits directement rattachés à la dignité sociale*

La dignité a le pouvoir de mettre en évidence l'inachèvement de la liste des « droits-créances ». Elle contient en son sein des exigences sociales jusqu'ici ignorées dont la satisfaction conditionne son respect. Mais forts de ce constat, subsiste une interrogation de taille quant à la matérialité de ces « droits-créances » sous-tendus par la dignité de la personne humaine. La tentation est grande de lui attribuer des implications exponentielles, où tout ce qui concourrait, de près ou de loin, au plein épanouissement de l'individu serait appelé à trouver une place. Généreuse dans son principe, une telle solution n'est cependant pas souhaitable. Régulièrement agité par les contempteurs de la dimension sociale du principe, le

---

<sup>540</sup> En ce sens, ZITOUNI (Françoise), « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », *LPA* 12 janvier 1996, p. 18.

<sup>541</sup> MATHIEU (Bertrand), « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, Chron., p. 211.

<sup>542</sup> MATHIEU (Bertrand), *Ibid.*

<sup>543</sup> Il s'agissait, dans le cadre de la décision relative aux lois bioéthiques, de la primauté de la personne humaine, du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, de l'inviolabilité, de l'intégrité et de l'absence de caractère patrimonial du corps humain.

<sup>544</sup> V. CURSOUX-BRUYÈRE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Première partie), *RRJ*, n° 2005-3, 2005, p. 1414.

spectre d'une notion « à tout faire » n'est en effet, dans cette hypothèse, que trop réel. Et la menace n'est pas négligeable, car, à utiliser systématiquement une notion, cette dernière risque effectivement de perdre toute substance : à trop se détendre, voire se distendre, elle peut devenir une sorte de « *concept mou* »<sup>545</sup>, sans réelle consistance ni, dès lors, d'effectivité juridique.

La réalité est cependant, pour l'instant, loin de refléter une telle situation. Les utilisations du concept de dignité restent en matière économique et sociale source de la consécration d'un seul et unique principe<sup>546</sup> : l'objectif à valeur constitutionnelle que constitue la possibilité de disposer d'un logement décent. Le Conseil constitutionnel s'est donc gardé jusqu'à maintenant d'« éparpiller » les implications de la notion<sup>547</sup>. Mais la préservation de cette efficacité ne doit pas conduire, dans une logique inverse, à résumer l'ensemble des potentialités du principe de dignité à ce seul objectif à valeur constitutionnelle. S'essayer à la détermination des « droits-créances » découlant du principe de dignité suppose en réalité d'emprunter un chemin étroit, serpentant entre la tentation d'une utilisation extensive du principe et celle d'une utilisation trop restreinte. Conscient de cette difficulté, Benoît Jorion propose de s'appuyer sur les deux principaux textes faisant explicitement découler des droits économiques et sociaux du principe de dignité, à savoir le projet de Constitution française d'avril 1946 et l'article 23 de la Constitution belge. Les droits qui en découlent se systématisent alors principalement, selon cet auteur, entre « *droit à l'épanouissement de la personnalité, droit en matière de logement, droit en matière de rémunération équitable et droits en matière de conditions de travail* »<sup>548</sup>. La typologie ainsi esquissée reste cependant trop large pour éviter la banalisation du concept de dignité et englobe, de manière indifférenciée, droits déjà consacrés et droits en devenir. Mais la détermination des « droits-créances » « oubliés » s'inscrit alors en creux.

L'utilisation, en premier lieu, d'un terme aussi vaste que celui d'« *épanouissement de la personnalité* » semble trop riche d'implications pour être directement utilisé. Il convient donc de rechercher ce qui correspond à cette appellation dans l'article 22 du projet d'avril 1946 et

---

<sup>545</sup> Selon l'expression de Marie-Angèle Hermitte, citée par EDELMAN (Bernard), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M-L. Pavia et T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 30.

<sup>546</sup> Au-delà de l'utilisation particulière du principe en matière de droit du travail. V. *infra*.

<sup>547</sup> Dans sa décision relative au Pacte civil de solidarité, il a en ainsi refusé de considérer que la faculté de rupture unilatérale du pacte puisse être considérée comme une atteinte au principe de la dignité de la personne humaine. CC n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au Pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116.

<sup>548</sup> JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 222.

l'article 23 de la Constitution belge, représentatifs, selon l'auteur, de l'idée d'épanouissement. En ressortent respectivement les notions de « *plein développement physique, intellectuel et moral* »<sup>549</sup>, de « *droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique* » et de « *droit à l'épanouissement culturel et social* »<sup>550</sup>. Sous cet angle, les exigences relatives à « *l'épanouissement de la personnalité* » semblent donc recouvrir principalement les « droits-créances » touchant à la protection de la santé, à l'aide sociale, à l'éducation, à la culture et aux loisirs, tous droits expressément reconnus et consacrés en France par le Préambule de la Constitution de 1946 et mis en œuvre par le service public. De la même manière, l'idée de « rémunération équitable » parvient à être précisée<sup>551</sup>. Cette exigence se comprend en effet comme le droit à une juste rémunération, rappelée par le constituant belge<sup>552</sup> comme dans le projet d'avril 1946, à l'article 28<sup>553</sup>. Et si cette exigence de juste rémunération disparaît dans le Préambule final, elle reste cependant sous-jacente, décelable en filigrane à travers le droit à l'emploi proclamé à l'alinéa 5 du Préambule, la portée de la consécration d'un tel droit ne trouvant sa pleine mesure que dans la perspective de rémunération qui en découle<sup>554</sup>. Quant au caractère équitable de cette dernière, l'instauration par la loi du 2 janvier 1970 du salaire minimum interprofessionnel de croissance (S.M.I.C) témoigne de la volonté de fixation de *minima* permettant d'assurer aux salariés un niveau de vie décent. Cette exigence relative à l'emploi se fait par ailleurs l'écho des implications de la dignité attaché aux conditions de travail. Rappelée notamment par l'article 27 du projet d'avril 1946<sup>555</sup> et par l'article 23-1° de la Constitution belge<sup>556</sup>, intervient ici la

---

<sup>549</sup> Article 22 du projet de constitution du 19 avril 1946.

<sup>550</sup> Article 23 alinéas 2 et 5 de la Constitution de Belgique.

<sup>551</sup> Il est à noter que cette exigence de rémunération équitable trouve également place dans la Charte sociale européenne, Partie 1, alinéa 4.

<sup>552</sup> Cette juste rémunération « *doit tenir compte des besoins sociaux, culturels et économiques fondamentaux des travailleurs et de leurs familles. A côté de ces besoins fondamentaux, la rémunération doit permettre au travailleur de s'inscrire dans des activités plus élevées et complexes, telles que l'enseignement, les avantages culturels et sociaux [...]. La juste rémunération se détermine, d'une part, par le travail accompli et, d'autre part, par les besoins du travailleur et de sa famille [...]* ». V. LENAERTS (Koen), VAN YPERSELE (Patrick) et VAN YPERSELE (Joël), « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Belgique », in *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne – Etude de droit comparé*, Editions Ant. N. Sakkoulas, Bruylant et Nomos Verlagsgesellschaft, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 192.

<sup>553</sup> Article 28 du projet d'avril : « *hommes et femmes ont droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas aux ressources nécessaires pour vivre dignement, eux et leur famille* »

<sup>554</sup> Les débats constitutants reflètent d'ailleurs cette approche : le droit d'obtenir un travail est défendu à l'époque « *afin que puissent obtenir une occupation lucrative tous ceux qui (...) sont prêts à accepter telle besogne honorable et proportionnée à leur force qui leur serait offerte pour assurer leur pain quotidien et celui des personnes qui sont à leur charge* » (JO ANC, séance du 28 août 1946, intervention de Joseph Denais, p. 3370).

<sup>555</sup> Article 27 du projet de Constitution du 19 avril 1946 : « *La durée et les conditions de travail ne doivent porter atteinte ni à la santé, ni à la dignité, ni à la vie familiale du travailleur* ».

<sup>556</sup> Article 23-1° de la Constitution belge : « *(...) le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau*

question de la dignité du travailleur dont la doctrine travailliste s'est emparée sous un angle resté étranger aux spécialistes de la protection sociale. Longtemps en retrait<sup>557</sup>, cette question est désormais mise en avant dans le cadre du délit d'obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services insuffisamment rétribués<sup>558</sup>, ou de conditions de travail estimées contraires à la dignité<sup>559</sup>. Ce principe investit donc peu à peu le champ du droit du travail, mais son intervention dans cette sphère n'apparaît pas porteuse de « droits-créances » en tant que telle. En effet, les implications de ce versant de la dignité se systématisent plus sous forme d'interdictions de certaines pratiques que sous celle d'exigences positives. Enfin, la facette du principe de dignité intervenant en matière de logement est à l'évidence aujourd'hui reconnue. Depuis la décision du 19 janvier 1995<sup>560</sup>, la possibilité d'obtenir un logement décent est en effet consacrée en droit interne en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle, aujourd'hui relayé par le législateur à travers la reconnaissance d'un droit opposable au logement<sup>561</sup>.

Ce recensement des différents domaines d'intervention du principe démontre que nombre des implications de la notion ont déjà été accueillies. Mais, en négatif, certaines exigences demeurent en suspens, dont la détermination s'ordonne autour de l'objectif à valeur constitutionnelle résidant dans la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent. Consacré en 1995, l'objectif suppose que le logement présente toutes les caractéristiques de la décence. A l'évidence, cette condition se ramène en premier lieu à la lutte contre l'insalubrité et s'inquiète de la santé des personnes contraintes d'habiter dans des logements insalubres<sup>562</sup>. Le droit s'est depuis longtemps emparé de ce problème, tentant

---

*d'emploi aussi stable et assuré que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective ».*

<sup>557</sup> Pour une analyse de l'appréhension doctrinale de la dignité de l'homme dans l'entreprise, ROMAN (Diane), « Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », in C. Girard et S. Hennette-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 72 et suiv.

<sup>558</sup> Ce qui ramène à la notion de rémunération équitable envisagée plus haut. V. article 225-13 du Code pénal et, pour exemple, Cass. crim., 3 décembre 2002, *Astie*, *Droit Social* 2003, p. 428.

<sup>559</sup> Parmi ces dernières, au-delà des hypothèses marginales, mais extrêmement choquantes, d'esclavage moderne, peuvent être recensés des cas de harcèlement moral, de vidéosurveillance clandestine des employés, ou bien encore certaines hypothèses de violation de la vie privée.

<sup>560</sup> CC n° 94-359, 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, *préc.*

<sup>561</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale dite « loi DALO », *JO* 6 mars 2007, p. 4190. Dans son prolongement, v. par ailleurs loi n° 2009-323 de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion, *JO* 27 mars 2009, p. 5408.

<sup>562</sup> L'exiguïté, la vétusté, voire, souvent, la dangerosité de certains habitats constituent en effet autant de menaces graves pour la santé, tant physique que morale, des personnes concernées. Diane Roman recense ainsi la série de dégradations affligeant la personne sans logement ou vivant dans un logement insalubre : « *dégradations physiques, tout d'abord, dues aux maladies causées par la vie dans un taudis ou résultant d'une vie d'errance sans possibilité de bénéficier de l'hygiène la plus élémentaire. Que l'on songe au saturnisme, à la gale, aux différentes affections et pathologies parasitaires... Dégradations psychiques ensuite, résultant de l'humiliation et*

d'offrir un panel de mesures destinées à assurer aux individus des conditions de logement décentes<sup>563</sup>. Tout dépend néanmoins de ce que recouvre ce terme, et c'est ce que le décret du 30 janvier 2002<sup>564</sup> s'emploie à déterminer. Pris en application de la loi Solidarité et renouvellement urbains du 13 décembre 2000, ce texte insiste ainsi sur les installations minimales devant être retrouvées. Parmi ces dernières, celles relatives à l'éclairage, au chauffage, aux sanitaires et à l'alimentation en eau potable apparaissent primordiales. Sont donc mises en relief deux prestations essentielles : la fourniture d'eau et d'énergie, la problématique des logements insalubres se concentrant souvent sur la vétusté, l'impraticabilité ou, tout simplement, l'absence d'installations permettant de bénéficier de ces prestations. Ces situations sont considérées comme attentatoires à la dignité car elles empêchent les individus qui y sont confrontés de bénéficier d'un confort de vie minimal. L'impossibilité de bénéficier de la fourniture d'eau potable et d'énergie constitue ainsi une atteinte à la dignité. Et cette solution trouve à jouer en dehors même du cas particulier des logements insalubres : les hypothèses d'installation vétustes ou sommaires, qui contrarient ou empêchent l'accès à des prestations essentielles, ne sont guère éloignées, dans leurs résultats, des situations où les installations sont aux normes, mais où la personne se trouve, par exemple, dans une situation économique l'empêchant d'en bénéficier<sup>565</sup>. Ce n'est plus alors le logement, mais les conditions d'existence mêmes de l'individu qui font obstacles à la sauvegarde de sa dignité. Ce problème resurgit par ailleurs quelle que soit la raison expliquant que la personne se retrouve privée d'eau ou d'énergie : si les situations de pauvreté en constituent l'explication principale, un isolement géographique peut, de la même manière, en être la cause.

---

*de l'angoisse que la vie dans des minables garnis, dans des taudis vétustes ou à la rue peut occasionner* » (*Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 341).

<sup>563</sup> Cette problématique se retrouve ainsi au cœur de l'article 225-14 du Code pénal, lequel incrimine le fait de soumettre une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, à des conditions « d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine ». Toujours dans cette lignée, la loi SRU du 13 décembre 2000 affirme que « le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation » (Article 187 de la loi n° 2000-1208 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JO* 14 décembre 2000, p. 19777) quand l'ordonnance n° 2005-1566 du 15 décembre 2005, prise en application de l'article 122 de la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 (*JO* 19 janvier 2005, p. 864) renforce l'arsenal de moyens mis en œuvre afin de favoriser la résorption des habitats insalubres et la protection de leurs occupants. Sur les objectifs poursuivis par cette ordonnance, COUTANT-LAPALUS (Christelle), « La lutte contre l'habitat indigne », *Revue Urbanisme et construction* 2006, p. 2.

<sup>564</sup> Décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent, *JO* 31 janvier 2002, p. 2090. V. LAFORE (Robert), « Le droit à un logement décent », *RDSS* 2003, p. 195.

<sup>565</sup> Les deux hypothèses se confondant d'ailleurs souvent, l'état de dépendance économique entraînant fort logiquement des conditions de vie insalubres dans le même temps que l'impossibilité d'honorer les factures relatives aux prestations d'eau et d'énergie.

Précarité ou isolement géographique, tous ces termes renvoient alors inévitablement à la notion d'exclusion, dont la parenté avec la problématique de dignité a déjà été relevée. L'idée est relayée au niveau interne dans le cadre de la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions<sup>566</sup> dont l'article premier précise en effet que « *la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité dignité de tous les êtres humains* ». L'exclusion désigne la situation d'une personne chassée d'un endroit où elle avait précédemment sa place, ou privée de certains droits dont elle jouissait antérieurement. Mais c'est également l'action de la tenir à l'écart, en interdisant un accès, déterminant ainsi l'exclu comme l'individu « *soit renvoyé, soit refusé* »<sup>567</sup>. La compréhension de l'exclusion paraît ainsi toujours liée à la société, lorsque cette dernière « *n'attribue pas à tous de quoi vivre selon les normes implicites en vigueur* »<sup>568</sup> et repose alors sur une analyse de la question du lien social et, plus précisément, de sa rupture<sup>569</sup>, que cette dernière relève de causes économiques, géographiques, ou autres. Or, la notion de dignité humaine trouve à jouer un rôle primordial dans ce combat, car l'exclusion peut être considérée comme une situation de fait constitutive d'une atteinte à ce principe et aux droits et libertés qu'elle abrite<sup>570</sup>. La méthode d'analyse du phénomène en est alors profondément bouleversée : l'exclusion n'est plus seulement une situation factuelle dont il convient d'identifier les causes, mais la négation de certains droits fondamentaux dont le respect conditionne la sauvegarde du principe de dignité et parmi eux, l'accès à l'eau ou à l'énergie<sup>571</sup>.

Ces exigences constituent ainsi des dérivés du principe de dignité envers lesquels l'Etat ne peut se cantonner à une attitude d'abstention. La protection de ces exigences nécessite en effet

<sup>566</sup> Loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 *relative à la lutte contre les exclusions*, JO 31 juillet 1998, p. 11679.

<sup>567</sup> JOIN-LAMBERT (Marie-Thérèse), « 'Exclusion', pour une plus grande rigueur d'analyse », *Droit social* 1995, p. 215.

<sup>568</sup> CLERC (Denis), « La dynamique de l'exclusion et de l'insertion », *RDSS* 1989, p. 625.

<sup>569</sup> Cette analyse est en particulier défendue par le sociologue Robert Castel, bien que ce dernier préfère au terme d'exclusion celui de « *désaffiliation* », plus révélateur selon lui du processus pouvant amener l'individu jusqu'à « *l'inexistence sociale* ». CASTEL (Robert), *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio Essais, 1999, p. 19.

<sup>570</sup> En ce sens, ROMAN (Diane), *op. cit.*, p. 373.

<sup>571</sup> Pour s'en convaincre, il n'est qu'à rappeler la description d'une existence sans accès à l'énergie : « *Que la vie soit difficile sans énergie, on le conçoit. Les médias nous le rappellent : l'absence d'énergie peut avoir des conséquences extrêmes, comme le décès faute de chauffage l'hiver ou l'incendie dans un immeuble éclairé à la bougie. En dehors de ces conséquences extrêmes, on réalise peut-être moins les implications au jour le jour de la coupure et l'exclusion sociale qu'elle entraîne : il n'est pas possible aux enfants de faire leurs devoirs en l'absence de lumière, ou d'inviter leurs amis le soir. Les parents ne peuvent cuisiner sans gaz et électricité. La famille est montrée du doigt dans le quartier, où tous savent, lorsqu'elle est forcée de vivre dans l'obscurité, qu'elle n'a pu payer ses factures, ce qui renforce d'autant son exclusion* ». WODON (Quentin), « Coupures d'électricité, citoyenneté d'entreprise et droits de l'homme », in Marco Borghi et Patrice Meyer-Bisch (dir.), *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Ed. Universitaires de Fribourg, 1997, p. 200.



une intervention positive de la part des pouvoirs publics, et ce, tout particulièrement par le moyen du service public. Ce dernier constitue un outil traditionnel de mise en œuvre de ces impératifs, à tel point que l'émergence de ces derniers trouve à se confirmer et même à s'enrichir, à travers la détermination du rôle assigné à ce procédé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

### ***B/ Le service public, procédé de garantie de ces nouvelles exigences***

Les prestations matérielles indispensables à la sauvegarde de la dimension sociale de la dignité humaine, eau et énergie, sont depuis longtemps prises en charge par ce procédé de service public, et ce dans la plupart des pays européens<sup>572</sup>. S'agissant plus particulièrement du cas français, ainsi en est-il, par exemple, de la distribution d'eau, qui, au fur et à mesure de l'évolution de la société, est très vite apparue comme une prestation essentielle devant être constituée sous forme de service public à la fois du fait de son caractère de denrée indispensable, mais également pour d'évidentes questions de salubrité et d'hygiène<sup>573</sup>. Le progrès technique est également au cœur de la mise en place des services publics de distribution du gaz, puis de l'électricité. Dès 1913, Duguit estime ainsi qu'« *il n'est plus un paysan du fond de l'Auvergne ou de la Bretagne qui se contente aujourd'hui de la veille chandelle de résine ou de suif, fabriquée à la maison, et qui éclairait ses parents. Le temps n'est pas loin où tous les foyers voudront l'éclairage électrique. Et comme il y a là un besoin élémentaire au premier chef, voilà un nouvel objet de service public* »<sup>574</sup>. Certes, ces services publics ne sont pas forcément toujours installés dans un but unique de satisfaction de l'usager. Sans relever d'activités régaliennes, ces domaines d'activités relèvent en effet d'un intérêt national, au sens où ils conditionnent le fonctionnement régulier des pouvoirs publics<sup>575</sup>. Toutefois, les services publics afférents satisfont dans le même temps les besoins de la population<sup>576</sup> et défendent l'idée que ces prestations puissent revêtir progressivement les habits

---

<sup>572</sup> En ce sens, AUBY (Jean-François), *Les services publics en Europe*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 1<sup>ère</sup> éd., 1998, p. 23 et s.

<sup>573</sup> Sur la genèse du service public de distribution d'eau, DUROY Stéphane, *La distribution d'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, L.G.D.J, 1996, p. 15 et s.

<sup>574</sup> DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 50.

<sup>575</sup> Ainsi, « *les personnes publiques, comme les personnes privées, ont besoin du service public des transports, de la poste, des télécommunications, de l'électricité, de l'eau, du gaz, de la voirie, etc.* ». LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 32.

<sup>576</sup> D'autant mieux que « *c'est parce que les personnes publiques peuvent normalement accomplir leurs missions que peuvent être normalement satisfaits les besoins de la population* ». LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 33.

de véritables « droits-créances » au bénéfice de l'individu ne change pas cette donne. Le rôle du service public dépasse alors celui du simple fournisseur de prestations matérielles pour embrasser un rôle plus vaste, dans lequel ce procédé trouve à répondre à des exigences directement sous-tendues par le principe de dignité de la personne humaine. Or, cette perception du service public est accueillie par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel tend à valoriser l'impact de ce procédé en matière de cohésion sociale et territoriale et révèle, sous ce prisme, la nécessité de délivrance de certaines prestations à l'ensemble de la population. Mais ce texte a également une visée plus large. Il insiste en effet sur l'importance de l'accès à certains besoins autres que l'eau et l'énergie mais participant, dans la lignée de la dynamique portée par le principe de dignité sociale, à un objectif de cohésion. Ce faisant, cet article tend à confirmer mais également à allonger la liste des besoins dont l'accès paraît aujourd'hui devenu essentiel et qui ne peuvent se formaliser qu'à travers le service public, tout en restant cependant prudent quant à la nature des droits ainsi esquissés (2).

*1) Une garantie complétée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*

L'appréhension de nouveaux droits sociaux par le droit communautaire peut sembler surprenante. Traditionnellement, et de manière quelque peu schématique, l'Union européenne est en effet censée défendre une approche libérale dont les tenants paraissent bien éloignés de la question des créances sociales. Cependant, cette vision figée de la politique communautaire ne correspond plus à la réalité. En témoigne ainsi, notamment, l'intérêt croissant des institutions communautaires envers les services sociaux d'intérêt général, dont l'implication en faveur de la dignité de la personne est explicitement reconnue aujourd'hui<sup>577</sup>. Mais la Charte des droits fondamentaux en offre un autre exemple, sa mise en avant des impératifs de cohésion sociale et territoriale pouvant en effet s'analyser à la lueur de la dimension sociale du principe de dignité.

Adoptée le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice, ce texte est l'une des manifestations les plus concrètes de l'abandon par l'Union européenne d'une approche

---

<sup>577</sup> Communication de la commission européenne du 23 avril 2006, *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, *préc. V. supra*.

purement économique. L'Europe, d'abord « *fonds commun de placement* », aspire en effet à devenir « *un fonds commun de valeurs, une Europe politique, humaine, inscrite dans le droit, ce dernier incluant naturellement les droits de l'homme* »<sup>578</sup>, et l'article 36 de la Charte en fournit l'exemple éloquent. A l'origine, pourtant, cet article aurait pu passer inaperçu, tant sa rédaction paraît prudente. Y est en effet énoncé, sous l'intitulé « Accès aux services d'intérêt économique général », que « *l'Union reconnaît et respecte l'égal accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* ». Derrière cette formulation à la neutralité presque forcée se dissimule cependant en filigrane l'émergence d'un véritable droit d'accès aux services d'intérêt économique général. Certes, ce dernier n'est pas explicitement consacré par la Charte, mais il y semble cependant en suspens<sup>579</sup>.

La compréhension de ce texte se concentre, en premier lieu, autour de l'expression « *reconnaît et respecte l'égal accès aux services d'intérêt économique général* », formulation qui évite soigneusement d'utiliser le terme « droit », et se situe ainsi en-deçà des propositions d'articles soumises à la Convention chargée de rédiger la Charte. L'un des projets, de ce qui devait alors constituer l'article 39 du texte, disposait en effet que l'Union devait garantir « *à chacun le droit d'accès libre et égal aux services d'intérêt général* »<sup>580</sup>. La Convention n'a pas retenu cette formule plus ambitieuse. Mais ce choix ne doit pas être compris comme l'abandon pur et simple de cette idée. Certaines raisons factuelles y président en effet, au premier rang desquelles la particularité imposant que la Charte soit rédigée sur la base du consensus, et non du vote. Or, le consensus implique inévitablement le compromis<sup>581</sup>, tout particulièrement en ce qui concerne la question des droits sociaux, une position commune des

---

<sup>578</sup> BRAIBANT (Guy), « Les enjeux pour l'Union », in « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Regards sur l'actualité*, La Documentation Française, n° spécial 264, août 2000, p. 11.

<sup>579</sup> Certains auteurs font ainsi directement état de l'existence d'un tel droit. En ce sens, notamment, LENAERTS (Koen), « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 428 : « (...) l'article 36 de la Charte érige l'accès à ces services en droit fondamental », GRARD (Loïc), « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 36 : « (...) l'accès au service d'intérêt économique général est érigé en droit fondamental individuel » ; ZARKA (Jean-Claude), « La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires : du traité de Rome au traité établissant une Constitution européenne », *D.* 2005, n° 17, p. 1122.

<sup>580</sup> Proposition du 4 juillet 2000, Charte 4401/00, Contrib. 258, p. 5. Source : *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et les Etats membres en 2002*, Volume 1, Communautés européennes, 2003, p. 234, note 148.

<sup>581</sup> « *Au sein de la Convention, point de vote, le consensus, cette technique bien connue du droit international public ayant été le fer de lance des discussions, des négociations et pour finir des compromis* ». BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », *RAE* 2000, p. 400.

différents Etats membres à leur égard s'étant en effet révélée impossible à dégager<sup>582</sup>. Dès lors, recherchant une solution médiane, les tenants de l'inscription des droits sociaux dans la Charte n'ont pu imposer la présence de l'article 36 qu'au prix d'une formulation plus timorée<sup>583</sup>. Cette quête du consensus explique ainsi, pour une large part, le fait que « *les formules retenues comportent rarement le terme "droit" mais des expressions équivalentes comme (...) "l'Union reconnaît et protège" telle et telle action* »<sup>584</sup> et il importe donc de ne pas surestimer l'absence de ce terme. Par ailleurs, la présence immanente d'un tel droit peut se deviner malgré tout à travers le but assigné aux services d'intérêt économique général. Pouvoir y accéder apparaît en effet comme le moyen de promouvoir, au sein de l'Union, la cohésion sociale et territoriale. Dans cette perspective, la Charte rejoint alors, en le complétant, l'article 16 du Traité CE<sup>585</sup>, lequel dispose que : « [...] *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 Etats membres (...) veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* »<sup>586</sup>. A travers ces deux articles se manifeste donc nettement la mise en valeur de la notion de cohésion sociale et territoriale, symptomatique de l'évolution de la politique

---

<sup>582</sup> Le mandat dans le cadre du Conseil européen était particulièrement évasif, évoquant la prise en considération des droits économiques et sociaux sans autre précision. Aucune indication nette ne guidait donc la Convention dans son travail de codification. En outre, les sensibilités des différents Etats membres sur cette question étaient antagonistes, faisant s'affronter, « *face aux tenants du "moins disant social", incarnés par les Britanniques mais aussi, dans une certaine mesure par les Suédois (...), les promoteurs d'une politique plus ambitieuse, représentés principalement par les délégations française, belge et italienne et par le député du Bundestag [lesquels] souhaitaient faire figurer un nombre substantiel de droits sociaux dans la Charte et leur donner un statut équivalent aux droits civils et politiques (...)* ». QUINTY (Danièle), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : la problématique des droits sociaux », *TDP 2002*, n° spécial, p. 64. V. également LONCLE (François), *Rapport d'information sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Assemblée nationale, n° 2616 du 5 octobre 2000, p. 7.

<sup>583</sup> L'influence de la France ayant été particulièrement déterminante sur ce point. Pour une vue d'ensemble de cette influence française lors de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, BENOIT (Loïck), « La contribution française à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *TDP 2002*, n° spécial, p. 1.

<sup>584</sup> BRAIBANT (Guy), « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social 2001*, p. 74.

<sup>585</sup> Cet article 16 devenant l'article 14 dans le Traité de Lisbonne.

<sup>586</sup> Sous réserve de son adoption, le Traité de Lisbonne pourrait par ailleurs, à travers l'entrée en vigueur du protocole n° 9, consolider cette approche. L'article 1<sup>er</sup> de ce protocole précise en effet que « *les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général (...) concernent notamment : le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans fourniture, la mise en service et l'organisation des 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 de qualité, de sécurité, d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* ».

européenne vers une logique extra-économique<sup>587</sup>. Or, la notion de cohésion est indissociablement liée « à une exigence d'accessibilité de tous à des services ou prestations, quels que soient les conditions sociales ou le lieu de résidence de l'utilisateur »<sup>588</sup>. Dès lors, la cohésion étant l'objectif et les services d'intérêt économique général le moyen pour y parvenir, se devine la reconnaissance d'un droit d'accès à ces services dissimulé derrière l'affirmation moins efficace de la reconnaissance du seul accès<sup>589</sup>. Par sa reconnaissance et son respect de l'égal accès aux services d'intérêt économique général, l'Union européenne témoigne, dans un texte solennel, de la prise en compte du caractère essentiel de certaines prestations et dévoile l'émergence progressive de nouveaux droits, dont la satisfaction s'ordonne autour des services publics afférents, services d'intérêt économique général. A travers cette appellation sont désignées, selon la Commission européenne, « les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas en particulier des services en réseaux de transport, d'énergie et de communication »<sup>590</sup>. Sans pousser plus loin la définition de ces services, laquelle continue, sur d'autres points, à soulever certaines interrogations<sup>591</sup>, les services publics en réseaux entrent donc dans cette catégorie<sup>592</sup>. Partant, l'article 36 intéresse l'égal accès aux services publics touchant à l'énergie, à l'eau potable, aux transports ou aux communications et confirme en cela la réception juridique de nouvelles exigences, approche confirmée par la Commission lorsque cette dernière à l'occasion de sa communication du 20 novembre 2007, considère que « l'accès aux services d'intérêt économique général est un droit reconnu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »<sup>593</sup>. Reconnaître l'accès au service public de l'eau ou de distribution d'électricité en tant que vecteur de cohésion sociale et territoriale invite à conclure à la nécessité d'accès à l'eau ou à l'énergie pour tous, et confirme ainsi l'émergence de « droits-créances » attachés à ces prestations.

---

<sup>587</sup> V. SAVY (Robert), « Les services publics : entre concurrence et cohésion », in H. Pauliat (dir.), *Service public, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2008, p. 13.

<sup>588</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA* 1999, p. 961.

<sup>589</sup> En ce sens, PAULIAT (Hélène), « L'accès aux services d'intérêt général et la cohésion territoriale et sociale », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 98.

<sup>590</sup> COM [1996] 443 final, *JOCE* C 281, 26 septembre 1996, p. 3.

<sup>591</sup> La notion de SIEG s'avérant susceptible d'englober différents services qu'il est coutume en France de ranger dans la catégorie des services publics administratifs. Sur cette question, *infra*, Titre second, Chapitre second.

<sup>592</sup> Par l'expression « services en réseaux » sont traditionnellement désignés les services qui, de par les caractéristiques des prestations qu'ils délivrent, structurent l'ensemble du territoire et, partant, la société.

<sup>593</sup> Communication de la Commission du 20 novembre 2007, *Un marché unique pour l'Europe du XXIème siècle, Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM (2007) 724 final, point 3.

Au regard des services d'intérêt économique général visés, les exigences en cause dépassent même la seule nécessité d'accessibilité à l'eau ou à l'énergie et, ainsi, les implications les plus immédiates de l'acceptation sociale du principe de dignité. Cette conception plus large des prestations indispensables à un individu socialement situé n'est pas dénuée de bien fondé. Certes, pouvoir téléphoner ou prendre les transports en commun ne relève pas d'impératifs directement exigés par la dignité. Toutefois, ces prestations peuvent tendre à protéger indirectement cette dernière, en évitant certains risques d'exclusion et les situations de dénuement qu'elle engendre. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple d'une personne dont la situation économique ou géographique rend très difficile ou même impossible l'accès aux moyens de transports en commun. Condamnée à la fixité dans un monde allant pourtant de plus en plus vite, et où la mobilité devient la norme en matière professionnelle, son lien social se distend inexorablement. De la même manière, ne pas disposer du moyen de communication minimal qu'est aujourd'hui devenu le téléphone entraîne inévitablement une mise « hors du monde ». Or l'exclusion est le produit d'une interaction de facteurs, prenant la forme d'un cercle vicieux<sup>594</sup> : sans moyens de transports ou de télécommunications, une personne éprouve des difficultés à accéder à l'emploi, ce qui entraîne alors une précarisation de son logement, *etc.* Dès lors, chaque prestation, chaque droit rebâtissant le lien cohésif, constitue un rempart supplémentaire contre un phénomène de disqualification sociale attentatoire à la dignité de la personne humaine. Cette perspective se rapproche alors de la défense du concept de citoyenneté, lequel doit se comprendre comme permettant à tous, en tant que citoyens, de bénéficier de certains droits d'accès afin de participer à la vie sociale du pays<sup>595</sup>. Cette lecture de la notion de citoyenneté, attachée à la reconnaissance de la nécessité d'accès à des services de base est du reste affirmée en droit communautaire, le Livre Blanc sur les services d'intérêt général rappelant ainsi que l'accès à ces services « constitue une composante essentielle de la citoyenneté européenne »<sup>596</sup>.

A la reconnaissance de la nécessité d'accès à certaines matières premières, comme l'eau et l'énergie, peut ainsi s'adjoindre l'émergence de droits d'accès à des prestations moins directement attachées à la préservation de la dimension sociale de la dignité, mais nécessaires à la lutte contre l'exclusion, et intéressant ainsi les transports et les télécommunications.

---

<sup>594</sup> En ce sens, v. *Exclusion sociale et pauvreté en Europe*, La Documentation Française, 2001, p. 15.

<sup>595</sup> BADEL (Maryse), « La lutte contre les exclusions et la construction de la citoyenneté », *RDS* 1999, p. 431.

<sup>596</sup> Livre Blanc sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004 (COM [2004] 374 final). V. BLUMANN (Claude), « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 265.

Cependant, s'il peut alors être fait état, schématiquement, de « droits à » l'eau, l'énergie, aux communications ou aux transports, il convient néanmoins de manier ce terme de « droit » avec précaution et de préciser sa portée réelle s'agissant des attentes sociales évoquées ici et du rôle que le service public doit jouer à leur égard.

## 2) *Des nouveaux droits de caractère objectif*

Le cadre d'observation des nouvelles attentes envisagées reste évolutif. Ces exigences n'en sont encore qu'au stade de l'émergence et leur véritable portée ne peut donc s'appréhender que de manière prospective. A l'occasion de la codification des droits sociaux devant figurer dans la Charte des droits fondamentaux, Guy Braibant préconisait une distinction en deux catégories: « *les droits ‘durs’, comme le droit syndical, et les droits qui ne sont en réalité que des principes* »<sup>597</sup>. Derrière ces termes, le représentant français à la Convention ne faisait en réalité que réutiliser une typologie classiquement opérée en matière de droits sociaux, fondée sur la distinction entre droits objectifs et droits subjectifs. Selon cette classification, constituent des droits subjectifs ceux dont sont titulaires les sujets de droit, les droits objectifs s'analysant, quant à eux, comme des obligations pesant sur les autorités publiques. Dès lors, si chaque citoyen peut directement demander à un juge la sanction de l'inexécution des droits subjectifs dont il est titulaire, il lui est en revanche impossible d'obtenir directement de ce juge la réalisation de droits objectifs, indépendamment de normes législatives ou réglementaires le mettant en œuvre<sup>598</sup>. Cette dichotomie entre droit et principe, les droits devant être respectés et les principes mis en œuvre, se retrouve effectivement en filigrane dans les parties du texte touchant aux droits sociaux et intéresse ainsi particulièrement l'article 36<sup>599</sup>. Cet article ne reconnaît à aucun moment un droit subjectif d'accès aux services publics en réseaux dont l'individu pourrait se prévaloir directement devant le juge<sup>600</sup>. En outre, c'est à l'Union européenne que sont imposés la reconnaissance et le respect de l'accès aux services

---

<sup>597</sup> BRAIBANT (Guy), « Les enjeux pour l'Union », in « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Regards sur l'actualité*, La Documentation Française, n° spécial 264, août 2000, p. 13.

<sup>598</sup> Sur cette typologie, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 434 et s.

<sup>599</sup> En ce sens, BENOIT (Loïc), « La contribution française à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *TDP 2002*, n° spécial, p. 20.

<sup>600</sup> En ce sens, v. GRARD (Loïc), « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 45 et JACQUE (Jean-Paul), in « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Regards sur l'actualité*, La Documentation Française, n° spécial 264, août 2000, p. 32 : « *S'agissant des principes, ils ne créent pas un droit pour l'individu mais constituent une obligation pour l'Union* ».

d'intérêt économique général, et non aux instances nationales. Quant à la matérialité de l'obligation imposée, la Charte des droits fondamentaux n'impose pas formellement de mettre en œuvre et de garantir l'accès aux services d'intérêt économique général. Tout au plus, le texte impose-t-il aux institutions européennes ce qu'Olivier de Schutter considère comme une obligation implicite de *standstill*, ou de « non rétrogression ». Dans le cadre de cette obligation, l'Union doit seulement veiller à ce que les mesures qu'elle adopte « *ne conduisent pas à diminuer le degré de protection du droit d'accès à un service d'intérêt économique général sur son territoire, par rapport au degré de protection qui leur était déjà accordé avant qu'intervienne ladite mesure* », et laisse les Etats libres, s'ils le souhaitent, de diminuer le niveau déjà atteint dans la fourniture des services d'intérêt économique général<sup>601</sup>. Ces différents éléments soulèvent alors question quant à la justiciabilité d'un tel droit d'accès<sup>602</sup>. Guy Braibant avait proposé d'appliquer à ces principes la notion de « *justiciabilité normative* », ce concept consistant non pas à reconnaître à l'individu un droit lui permettant d'agir directement devant le juge, mais à autoriser une action en justice si un acte normatif viole ou met en cause un objectif contenu dans la Charte<sup>603</sup>. Les mesures de mise en œuvre édictées par les autorités communautaires concernant les services d'intérêt économique général pourraient alors faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et, éventuellement, d'une censure.

C'est généralement sous cette forme qu'est défendue la justiciabilité des droits sociaux objectifs, ces derniers paraissant justiciables en tant que « *le juge de la norme a pour mission de vérifier que cette norme n'entre pas en conflit avec ces droits, mais au contraire, les met en œuvre* »<sup>604</sup>. Ce concept de justiciabilité normative semble avoir directement été inspiré par la théorie française des objectifs à valeur constitutionnelle<sup>605</sup>, droits objectifs s'il en est. Cette

---

<sup>601</sup> DE SCHUTTER (Olivier), « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 71.

<sup>602</sup> Certains pays émettaient ainsi de sérieuses réserves sur ce point. C'était notamment la position des représentants allemands, britanniques et espagnols, pour lesquels seuls les droits subjectifs pouvaient être considérés comme justiciables. En ce sens, v. notamment l'intervention de Lord Goldsmith, in « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Regards sur l'actualité*, La Documentation Française, n° spécial 264, août 2000, p. 28 : « (...) nous faisons peu de différences au Royaume-Uni entre "droits durs" et "droits mous", "droits de" et "droits à", car nous n'envisageons pas de "droit sans remède", c'est-à-dire sans recours ».

<sup>603</sup> Sur ce concept, BRAIBANT (Guy), « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social* 2001, p. 74 ; BENOIT (Loïck), *op. cit.*, p. 19 et QUINTY (Danièle), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : la problématique des droits sociaux », *TDP* 2002, n° spécial, p. 72.

<sup>604</sup> MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *op. cit.*, p. 435.

<sup>605</sup> Cette parenté entre les deux concepts, évoquée par Guy Braibant lui-même (V. par exemple son intervention, in « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 28), est également mise en exergue par de nombreux auteurs. V. notamment BENOIT (Loïck), *op. cit.*, p. 19 et GRARD (Loïc), « Place et



approche s'inscrit du reste dans la lignée de l'utilisation sociale du principe de dignité de la personne humaine. La seule décision du Conseil constitutionnel ayant fait une place à cette dimension du principe a en effet donné lieu à la consécration d'un objectif à valeur constitutionnelle : la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent<sup>606</sup>. Il se pourrait ainsi que les exigences attachées à l'accès à certaines prestations prennent dans le futur pour le juge constitutionnel cette même forme, d'autant qu'une appréhension en terme programmatique peut sembler particulièrement adaptée. En effet, la notion d'objectifs à valeur constitutionnelle revêt un caractère téléologique adapté à des « droits-créances » dont la mise en œuvre implique une marge de manœuvre importante laissée au législateur comme au pouvoir réglementaire<sup>607</sup>. Les « droits-créances » reconnus dans le Préambule de 1946 ne sont d'ailleurs pas exempts de ce caractère programmatique, à tel point, d'ailleurs, qu'un droit comme celui de protection de la santé, consacré à l'alinéa 11 du Préambule, a pu être repris à l'identique dans la formulation d'un objectif à valeur constitutionnelle<sup>608</sup>. La frontière entre « droits-créances » et objectifs de valeur constitutionnelle apparaît donc, par instants, bien mince, ce qui ne préjuge cependant pas de la possibilité de l'acquisition future, par ces droits, d'un véritable caractère subjectif, à l'instar de ce qui s'est produit pour le droit au logement, que le législateur n'a pas hésité à rendre opposable<sup>609</sup>. Quant à la proximité d'une telle éventualité, la question reste largement ouverte. Poursuivre la symétrie avec le droit au logement amène à rendre compte de la lente affirmation de cette exigence<sup>610</sup>. Néanmoins, ce

---

signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », in Jacques Vandamme et Stéphane Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 46.

<sup>606</sup> V. CC n° 94-359, 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, préc. V. *supra*.

<sup>607</sup> Organiser, par exemple, un accès effectif à l'électricité suppose de la part des pouvoirs publics une appréhension globale du contexte économique et social dans lequel se joue la question énergétique. Les évolutions qu'est susceptible de connaître cette dernière imposent une certaine réactivité et partant, un encadrement souple des moyens choisis par le législateur afin de réaliser le but poursuivi.

<sup>608</sup> CC n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et la santé*, Rec. p. 33. Il est vrai que les énoncés des « droits-créances » inscrits dans le Préambule marquent souvent leur caractère finaliste. Certains auteurs estiment ainsi que tous les « droits à », dépendants des évolutions économiques et sociales pourraient, en réalité, se convertir en objectifs (FAURE (Bertrand), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 61). Cette position est cependant nuancée par Laurence Gay, qui rappelle que certains de ces droits, tel le droit à l'enseignement formalisé à l'alinéa 13, comportent des prescriptions précises pour l'Etat, relevant plus d'une obligation de résultat (*Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 657).

<sup>609</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, préc. Cette loi engage en effet l'Etat à garantir à toute personne qui réside sur le territoire français de façon régulière et stable le droit à un logement décent et indépendant, en instaurant une procédure spécifique permettant des voies de recours amiables devant une commission de médiation, puis contentieuses, devant le tribunal administratif.

<sup>610</sup> De la loi Quilliot de 1982 affirmant que « le droit à l'habitat est un droit fondamental » en passant par la loi du 31 mai 1990 et son article 1<sup>er</sup> proclamant que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation », ce droit au logement opposable ne s'est réellement formalisé qu'en 2007. Sur cette évolution, SAINT-JAMES (Virginie), « Faut-il désespérer du droit au logement ? », *JCP A* 2008, n° 1-2, p. 31.

laps de temps pourrait se trouver raccourci sous l'impulsion du droit communautaire. Rien n'interdit de penser que le mouvement initié par la Charte puisse s'approfondir dans l'avenir et, s'agissant de l'accès aux services d'intérêt économique général, organiser « *le passage d'une faculté laissée aux Etats-membres de l'Union européenne à un droit de l'individu à recevoir de la collectivité la fourniture de certains services essentiels* »<sup>611</sup>. Source d'inspiration pour le législateur français, une telle évolution pourrait alors également influencer le juge constitutionnel et l'amener à consacrer explicitement le droit d'accès à certaines prestations. En effet, les juridictions constitutionnelles peuvent parfois « *s'inspirer des textes communautaires et de la jurisprudence communautaire dans les interprétations auxquelles elles se livrent des textes nationaux de référence et de ceux dont elles assurent le contrôle* »<sup>612</sup>. Un effet d'entraînement, conduisant le juge constitutionnel à la consécration de ces exigences sociales et à la valorisation sous cet aspect du service public reste donc envisageable.

Cette analyse ne prétend cependant pas considérer cette consécration comme certaine. La mise en valeur du principe de dignité sociale, l'appréhension accentuée des droits fondamentaux dans la sphère communautaire constituent seulement un faisceau d'indices en faveur de cette reconnaissance. La condition d'être humain, mais également d'être social, emporte avec elle la nécessité de garantir certaines exigences concrètes, lesquelles se révèlent intimement liées à l'intervention du service public. En dehors du cas particulier du droit au logement, aucune consécration n'est encore venue, pour l'heure, explicitement couronner cette évolution. Mais cela ne signifie pas que l'émergence pressentie ne trouve pas déjà certaines traductions pratiques. Différents éléments encouragent aujourd'hui à constater que le droit d'accès à certaines prestations essentielles, s'il ne bénéficie pas encore véritablement d'une reconnaissance formelle, est néanmoins de plus en plus souvent matérialisé à travers l'aménagement des services publics afférents.

---

<sup>611</sup> DE SCHUTTER (Olivier), « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 90.

<sup>612</sup> RIDEAU (Joël), « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI* 1997, p. 282. Dans le sens d'une pénétration progressive du droit communautaire dans les droits constitutionnels nationaux, v. également FLAUSS (Jean-François), « Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des Etats membres », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées*, La Documentation Française, 2000, p. 49.

**SECTION SECONDE**  
**UNE EMERGENCE PROGRESSIVEMENT FORMALISEE**  
**AU SEIN DES SERVICES PUBLICS**

Echos de la faveur croissante entourant les impératifs sociaux attachés au principe de dignité et relayés par le droit communautaire, la réception de ces exigences dans la sphère juridique se matérialise progressivement. Différents éléments tirés de l'analyse du droit positif permettent ainsi de constater une prise de conscience grandissante quant à la nécessité d'aménager l'accès à certaines prestations essentielles fournies par les services publics au bénéfice de l'ensemble de la population (Paragraphe premier). Cette évolution illustre l'imprégnation progressive du concept de dignité sociale et de l'importance de la lutte contre l'exclusion dans le rôle alloué aux services publics intéressés. L'accent est désormais mis sur l'impact positif de ce procédé en matière de défense des droits fondamentaux de la personne, induisant ainsi certaines évolutions de sa perception (Paragraphe second).

**PARAGRAPHE PREMIER**  
**UN REAMENAGEMENT CONCRET DU SERVICE PUBLIC**

L'affirmation de l'existence de différents « droits-créances » en suspens pourrait sembler devoir rester toute théorique si certains acteurs n'avaient pris le relais à l'égard de leur concrétisation. Face à une problématique d'exclusion sans cesse plus pressante, les implications directes et indirectes du principe de dignité sociale sont apparues constituer des éléments de résolution pertinents et c'est donc afin de les mettre en œuvre au sein des services publics que se manifeste l'action, souvent conjuguée, du droit communautaire (A) et du droit national (B).

*A/ Une influence communautaire fondatrice*

Formellement, le mouvement de relance dans la dynamique des droits sociaux s'opère prioritairement sous l'égide de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne<sup>613</sup>. Cependant, sa portée juridique demeure extrêmement incertaine (1) et les impératifs sous-tendus par cet article risqueraient ainsi de demeurer lettre morte si des textes communautaires de moindre ampleur formelle, mais à la juridicité plus assurée, n'intervenaient aujourd'hui et ne les traduisaient concrètement dans les secteurs intéressés à travers la notion de service universel (2).

### 1) Une Charte des droits fondamentaux à la portée juridique incertaine

Bien que significative, la portée de l'évolution amorcée par la Charte des droits fondamentaux reste limitée dans les faits. Le texte souffre en effet d'une « *infirmité congénitale* »<sup>614</sup> : son absence de valeur contraignante, qui résulte à l'origine du compromis ayant présidé lors de son élaboration. Le refus d'attribuer une quelconque force juridique à la Charte était en effet à l'époque « le prix à payer » pour l'intégration en son sein d'un socle social. Cette absence de force contraignante est de peu de conséquences s'agissant de droits ou principes déjà consacrés de manière commune dans les Constitutions nationales, dans la Convention européenne des droits de l'homme ou par le juge communautaire<sup>615</sup>. Elle prend en revanche toute son ampleur dès lors que sont en jeu des droits nouveaux. La meilleure alternative réside alors dans l'intégration de la Charte au sein des traités institutifs. Solution plaidée par le Parlement<sup>616</sup> et la Commission<sup>617</sup> à l'époque de la rédaction de la Charte, cette intégration ne s'est pas cependant concrétisée dans le cadre du Traité de Nice. Et le débat, relancé par l'insertion de la Charte dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>618</sup>, s'est de

---

<sup>613</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe second, B/, 2).

<sup>614</sup> Selon l'expression de Laurence BURGORGUE-LARSEN « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », *Rev. Aff. Eur.* 2000, p. 403.

<sup>615</sup> La Convention était censée, selon le mandat de Cologne, n'opérer qu'une codification « à droit constant », c'est-à-dire n'inclure dans la Charte que des droits déjà existants. C'est au regard de ces droits que la Charte est susceptible de bénéficier d'une justiciabilité « indirecte », ainsi que l'a démontré l'Avocat Général Antonio Tizzano. A propos du caractère fondamental du droit annuel au congé payé, ce dernier a en effet plaidé la prise en compte de la Charte, en ce qu'elle confirme à l'échelle communautaire, des droits déjà consacrés. La Charte ne dispose pas alors de valeur contraignante autonome, mais d'une valeur indirecte, en tant que « *paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs (...) de la scène communautaire* ». V. conclusions sous aff. C. 173/99, *BECTU c. Secretary of state for trade and industry*, 8 février 2001. Ce caractère confirmatif est par ailleurs aujourd'hui consacré par la Cour de Justice des Communautés européennes, dans l'arrêt CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-540/03, *Rec. I-05769*. Cette solution ne peut cependant être transposée à l'article 36, le respect de l'accès aux services d'intérêt économique général apparaissant totalement inédit.

<sup>616</sup> Résolution du 16 mars 2000 du Parlement européen sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE C 377*, 29 décembre 2000, p. 329, point 7.

<sup>617</sup> Communication de la Commission sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 13 septembre 2000, COM (2000) 559 final, point 34 et 35.

<sup>618</sup> La Charte des droits fondamentaux en constituait la seconde partie au titre des principes fondamentaux de l'Union.

nouveau éteint avec le désaveu référendaire opposé par la France et les Pays-Bas. Les « non » français et néerlandais de mai et juin 2005 ont en effet à l'époque marqué un coup d'arrêt au processus de ratification du traité. Mais l'accession de la Charte à une pleine valeur juridique est aujourd'hui de nouveau envisagée par l'entremise du Traité de Lisbonne, signé le 14 décembre 2007. Ce dernier texte prévoit en effet de conférer valeur contraignante à la Charte<sup>619</sup> et pourrait donc en la matière entraîner une évolution d'importance<sup>620</sup>. Tout dépend cependant de l'entrée en vigueur de ce Traité, pour l'heure remise en cause par le refus du peuple irlandais, consulté par référendum, de le ratifier<sup>621</sup>.

En attente de valeur juridique formelle, la Charte n'en perd cependant pas, pour autant, toute portée. Ce texte a été approuvé par le Conseil européen et signé par la Commission, le Conseil et le Parlement européen, qui ne peuvent donc écarter son contenu lorsqu'ils légifèrent. Ainsi, toute proposition législative de la Commission comme du Parlement fait aujourd'hui l'objet d'un contrôle de compatibilité avec la Charte<sup>622</sup>. Par ailleurs, certains juges constitutionnels acceptent de s'y référer, tels le Tribunal constitutionnel espagnol ou la Cour constitutionnelle italienne<sup>623</sup>, exemples que le Conseil d'Etat français refuse cependant encore pour l'heure de suivre, jugeant en effet que la Charte est « *dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité (...) et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales* »<sup>624</sup>.

Au-delà de la seule question juridique, néanmoins, la portée symbolique de ce texte affirmant l'attachement de l'Union aux droits fondamentaux et à leur réalisation demeure. L'article 36 de la Charte illustre une valorisation accrue des droits sociaux à travers l'accès aux services d'intérêt économique général. Or la politique de l'Union européenne s'avère sur ce point cohérente, car ce que l'article 36 de la Charte ne faisait que sous-entendre est aujourd'hui

---

<sup>619</sup> Article 6 § 1 du nouveau du Traité sur l'Union européenne. La Charte ne serait cependant plus intégrée directement dans le Traité.

<sup>620</sup> CHALTIEL (Florence), « Les apports du traité de Lisbonne au service public », *AJDA* 2008, p. 1575.

<sup>621</sup> Le sort du Traité de Lisbonne, censé entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, demeure pour l'heure incertain. Toutefois, les processus de ratification dans les autres Etats membres se sont poursuivis et il est envisagé d'organiser un second référendum en Irlande sur la ratification de ce texte.

<sup>622</sup> V. Communication de la Commission du 27 avril 2005, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux*, COM (2005) 0172 final et l'article 34 du Règlement intérieur du Parlement européen (*JO* L44 du 15 février 2005).

<sup>623</sup> V. ainsi Tribunal constitutionnel espagnol, 30 novembre 2000, déc. n° 292/2000 et Cour constitutionnelle italienne, 11 avril 2002, déc. n° 135/02.

<sup>624</sup> CE, 5 janvier 2005, *Melle Deprez et M. Baillard*, cons n° 6, *Rec. Leb.* p. 1, *AJDA* 2005, p. 845, note F. Burgorgue-Larsen, confirmé par CE, 21 mars 2007, *Association française des médecins esthéticiens*, *Tables du Recueil Lebon*, p. 1054.

nettement exprimé par le droit communautaire dérivé, notamment à travers la notion de service universel.

## 2) Une impulsion relayée par la notion de service universel

La directive Electricité du 26 juin 2003<sup>625</sup>, telle que modifiée par le rectificatif du 23 janvier 2004<sup>626</sup>, énonce, dans son article 3 paragraphe 3, que « *Les Etats membres veillent à ce que au moins tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (...) aient le droit de bénéficier du service universel, c'est-à-dire du droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables aisément et clairement comparables et transparents. (...)* ». Cette incursion du service universel dans le secteur de l'électricité révèle alors, pour Stéphane Rodrigues, un véritable « *droit de l'électricité pour tous* », et donc la prise en compte explicite de cette exigence sociale au niveau communautaire<sup>627</sup>.

Cette affirmation implique, pour la comprendre, de revenir sur la notion même de service universel. Par cette expression, est entendu « *un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité d'un territoire d'un Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de la qualité spécifiée et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable* »<sup>628</sup>. Le service universel peut ainsi être considéré comme une modalité particulière d'octroi des prestations attachée à certains services d'intérêt économique général, modalité derrière laquelle transparait l'affirmation de la nécessité de garantir à chacun certains services essentiels<sup>629</sup>. Certes, le service universel accompagne la libéralisation des services en réseaux<sup>630</sup>. Mais il délimite

---

<sup>625</sup> Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 37.

<sup>626</sup> Rectificatif du 23 janvier 2004, *JOUE* L 16, 23 janvier 2004, p. 74.

<sup>627</sup> RODRIGUES (Stéphane), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 87.

<sup>628</sup> Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques *JOUE* L 108, 24 avril 2002, p. 51.

<sup>629</sup> En ce sens, v. Cons. conc., avis 05-A-08 du 31 mars 2005.

<sup>630</sup> V. en ce sens, notamment, la communication de la Commission du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe (COM [2000] 580 final), dans laquelle il est indiqué que « *le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs des services dans l'Union européenne (...). La définition et la garantie d'un service universel permettent le maintien pour tous les utilisateurs et tous les consommateurs de l'accessibilité et de la qualité du service pendant le processus de passage d'une situation de prestations de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la*

dans ce cadre un « *niveau incompressible de prestations données, dans un secteur donné, à un moment donné* »<sup>631</sup>. Il a en effet vocation à s'appliquer à certaines prestations de base considérées comme indispensables et que le libre jeu du marché ne saurait seul satisfaire<sup>632</sup>. L'« universalité » se matérialise alors à travers un impératif d'accessibilité géographique mais également tarifaire, permettant à tous les usagers d'accéder au service et aux prestations intéressées<sup>633</sup>. L'accent est ainsi mis sur la nécessité de fixation d'un « prix abordable ». Les personnes isolées géographiquement ne doivent pas souffrir du surcoût qu'occasionnent au prestataire du service leur raccordement et leur fourniture, tandis que les citoyens démunis doivent bénéficier de ces prestations à un tarif adapté à leurs ressources et leurs difficultés. Partant, la notion de service universel est très clairement tournée vers un objectif de cohésion sociale et territoriale<sup>634</sup>, confirmant et mettant en oeuvre un droit d'accès à certaines prestations essentielles. Ce concept trouvant à jouer, pour l'heure, en matière de télécommunications<sup>635</sup>, services postaux<sup>636</sup> et électricité<sup>637</sup>, il organise une garantie d'accès aux services afférents et formalise en cela implicitement la reconnaissance de « droits-créances » spécifiquement dévolus à ces domaines : droit aux télécommunications, droit d'accès aux services postaux et droit à l'électricité. Il ne s'agit pas là, encore une fois, d'un droit d'accès dont les citoyens peuvent directement se prévaloir « *dans la mesure où les directives qui le consacrent imposent des obligations aux seuls Etats et n'affirment pas de*

---

*concurrence* ». La notion de service universel relève ainsi à l'origine d'un caractère intermédiaire au sens où elle doit « *accompagner la libéralisation de certains services publics en amortissant ses effets néfastes, notamment la disparition des activités jugées non rentables, mais indispensables à la cohésion sociale* ». BRACONNIER (Stéphane), *op. cit.*, p. 84.

<sup>631</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 16.

<sup>632</sup> Sur ces deux critères, caractère d'intérêt général des services en cause et défaillance du marché, JENNY (Frédéric), « Des services publics dans le marché et hors marché : service publics, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », *LPA* 30 novembre 2004, n° 239, p. 6.

<sup>633</sup> En ce sens, ESPLUGAS (Pierre), « Le service universel », *DA* 2002, p. 8.

<sup>634</sup> La plupart des auteurs s'accordent sur ce point. V. notamment ESPLUGAS (Pierre), « Le service universel », *DA* 2002, p. 11 ; RODRIGUES (Stéphane), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 86 et BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 82.

<sup>635</sup> V. Livre vert de la Commission sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications (COM [1987] 290 final, 30 juin 1987) et directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *préc.*

<sup>636</sup> V. Livre vert relatif au développement du marché unique des services postaux (COM [1991] 476 final, 11 juin 1992) et directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux (*JOCE* L 15 du 21 janvier 1998, p. 14), modifiée par la directive 2002/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 concernant la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux (*JOUE* L 176 du 5 juillet 2002, p. 21).

<sup>637</sup> Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.*

*droits au profit des personnes* »<sup>638</sup>. Mais cela ne signifie pas que le droit d'accès ainsi induit par le service universel ne revête pas une portée contraignante. A suivre en effet la thèse développée par Martine Lombard, les textes communautaires privilégient le terme « service public » lorsque l'organisation du service en cause n'est qu'une simple faculté laissée à l'appréciation des Etats membres. En revanche, l'identification en tant que service universel pose une obligation pour ces derniers, qui doivent organiser ces services d'intérêt économique général selon les caractéristiques propres au service universel<sup>639</sup> et, en aucun cas, en-deçà des obligations qu'il sous-tend.

D'autres services en réseaux restent, en revanche, en dehors de la technique du service universel, à savoir le gaz, l'eau et les transports. En matière d'énergie, l'intervention du concept devrait normalement rester cantonnée au secteur de l'électricité « *dans la mesure où l'idée d'universalité n'est pas matériellement et techniquement possible pour la distribution du gaz naturel* »<sup>640</sup>. Conscient des limites de la notion de service universel en ce secteur, les instances européennes n'en ont pas moins prévu d'exiger des Etats membres qu'ils veillent à « *garantir une protection adéquate aux clients vulnérables, y compris en prenant les mesures appropriées pour leur permettre d'éviter l'interruption de la fourniture de gaz. Dans ce contexte, ils peuvent prendre les mesures appropriées pour protéger les clients raccordés au réseau de gaz dans les régions reculées* »<sup>641</sup>. Dans un objectif affiché de cohésion économique et sociale<sup>642</sup>, le législateur communautaire s'inquiète donc de la préservation de l'accès des usagers à cette source d'énergie. Quant à l'eau et aux transports, ces deux domaines pourraient en principe, dans l'avenir, se voir organisés sous forme de service universel<sup>643</sup>. Cette modalité est en effet théoriquement un concept évolutif, caractéristique rappelée à plusieurs reprises par les instances communautaires. La directive du 7 mars 2002 précise ainsi que le service universel est susceptible « *d'évoluer en fonction des mutations technologiques, des exigences nouvelles de l'intérêt général et des besoins des usagers* ». De la même manière, la Commission européenne, dans son Livre vert sur les services d'intérêt

---

<sup>638</sup> RICHER (Laurent), « Droit d'accès et service public », *AJDA* 2006, p. 76. Sur cette transposition au niveau national, v. *infra*, B/.

<sup>639</sup> LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 511.

<sup>640</sup> RODRIGUES (Stéphane), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 87.

<sup>641</sup> Article 3 paragraphe 3 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 57. Rectificatif au *JOUE* L 16, 23 janvier 2004, p. 75.

<sup>642</sup> V. article 3 paragraphe 4 de la directive précitée.

<sup>643</sup> En ce sens, LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 519.



général du 21 mai 2003, affirme que « *le service universel est un concept dynamique. Il veille à ce que les exigences d'intérêt général puissent tenir compte de l'évolution politique, sociale, économique et technologique, et il permet, si nécessaire, d'adapter régulièrement ces exigences à l'évolution des besoins des citoyens* »<sup>644</sup>. Dans cette perspective, il n'est pas impossible d'envisager l'extension du service universel à ces domaines d'activités. L'Union européenne a déjà fait montre, par le passé, d'un certain volontarisme, faisant déborder le service universel de son cours naturel<sup>645</sup> en direction du secteur de l'électricité et, de manière plus anecdotique, vers les opérations de lamanage<sup>646</sup>. Se confirmera ou se dessinera donc, dans l'avenir, l'appréhension de nouveaux « droits-créances » sous-tendus par le concept de service universel, alors que, d'ores et déjà, l'évolution observable au niveau communautaire trouve écho au niveau national.

### ***B/ Une évolution concordante au niveau national***

Les Etats membres ont la charge de traduire progressivement en droit interne les objectifs fixés par les directives communautaires. Il est donc logique, dans cette perspective, que les textes nationaux de transposition se fassent, à leur tour, échos des nouvelles exigences sociales dont le concept de service universel se fait à la fois révélateur et protecteur (1). Mais ce qui pourrait sembler ne constituer en France qu'un travail de réécriture se teinte par ailleurs d'un certain volontarisme, décelable en premier lieu dans la rédaction même des textes de transposition, mais également dans l'affirmation autonome de certaines exigences laissées dans l'ombre par le droit communautaire (2).

---

<sup>644</sup> Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général, COM [2003] 270 final, 21 mai 2003. V. également Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général, COM [2004] 374 final, 12 mai 2004, point 3.3. La mention de ce caractère dynamique disparaît parfois des textes communautaires, ce qui peut inciter à considérer cette exigence comme relative. Elle est néanmoins une nouvelle fois pleinement réaffirmée par la Commission dans sa communication du 20 novembre 2007 sur les services d'intérêt général (*préc.*, v. point 3).

<sup>645</sup> La notion de service universel est longtemps restée cantonnée aux secteurs des télécommunications et services postaux, considérés comme les domaines d'élection de cette modalité d'organisation.

<sup>646</sup> La Cour de Justice des Communautés européennes a en effet utilisé la notion de service universel dans son arrêt du 18 juin 1998 *Corsica Ferries France SA* (Aff. C-266/96), à propos des opérations de lamanage, c'est-à-dire d'amarrage et de désamarrage des navires dans les ports, et ce alors même qu'aucun texte communautaire n'avait organisé expressément un tel service et qu'il ne s'agissait pas d'une activité de réseau.

### 1) Une traduction des impératifs du service universel

Le sort des services en réseaux est de plus en plus souvent régi par des directives communautaires, dont la particularité réside dans le fait qu'elles obligent les Etats destinataires quant au résultat à atteindre. Tenu de transposer en droit interne les objectifs fixés, l'Etat se trouve ainsi parfois dans l'obligation de mettre en place un service universel. Cette influence des directives communautaires est particulièrement nette en matière de télécommunications, berceau originel de la notion<sup>647</sup>. En tant que premier secteur intéressé par ce mode d'organisation au niveau communautaire<sup>648</sup>, cette particularité ne s'est jamais démentie par la suite<sup>649</sup> et a donc influencé le législateur national dans sa manière d'appréhender l'organisation du service public des télécommunications français. La notion de service universel figure ainsi expressément dans les articles L. 35 et L. 35-1 du Code des Postes et des communications électroniques, dont les rédactions résultent des lois du 26 juillet 1996<sup>650</sup> et du 31 décembre 2003<sup>651</sup>. Par ces textes de transposition des directives du 13 mars 1996 et 7 mars 2002<sup>652</sup>, est mis en place un service universel des communications électroniques, lequel fournit à tous « *un service téléphonique de qualité à un prix abordable* », « *un service de renseignement et un annuaire d'abonnés* », « *l'accès à des cabines téléphoniques publiques* » et « *des mesures particulières en faveur des utilisateurs finaux handicapés* »<sup>653</sup>. En matière de service téléphonique, se détachent très nettement les caractéristiques majeures du service universel, constituées par les exigences de qualité et de prix abordable. Si l'exigence de qualité n'est pas véritablement définie, le législateur prend néanmoins soin de préciser la matérialité du service, lequel doit comprendre « *l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et*

---

<sup>647</sup> Notion d'origine anglo-saxonne, le service universel a tout d'abord été utilisé aux Etats-Unis, au début du XXème siècle, en matière de télécommunications.

<sup>648</sup> La notion de service universel intervient ainsi dès le Livre vert de la Commission sur la libéralisation des télécommunications. V. COM [1987], 290 final, 30 juin 1987, *préc.*

<sup>649</sup> La directive actuellement en vigueur sur ce point est la directive 2002/22/CE du Parlement 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, *préc.*

<sup>650</sup> Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *JO* 27 juillet 1996, p. 11384.

<sup>651</sup> Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 9. V. Décret n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques et modifiant le Code des postes et des communications électroniques, *JO* 19 novembre 2004, p. 19497.

<sup>652</sup> Directive 96/19/CE du 13 mars 1996 sur la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *JOCE* L 74, 22 mars 1996, p. 13 et directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *préc.*

<sup>653</sup> Article L. 35-1 du Code des postes et communications électroniques.

*des communications de données à des débits suffisants pour permettre l'accès à Internet (...), ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence* ». La loi du 31 décembre 2003 rénove ainsi sensiblement l'article 35-1 qui, jusqu'alors, ne faisait aucune place aux communications par télécopie et, surtout, aux communications par Internet. De ce fait, semble s'amorcer une évolution qui, partant de l'affirmation implicite du « droit au téléphone », pourrait aboutir à celle du « droit à Internet »<sup>654</sup> et renforcerait alors la dimension de cohésion du service universel des télécommunications. Vecteur de plus en plus usité, Internet constitue un relais précieux dans de nombreux domaines, de la recherche d'emploi à l'administration électronique, et constitue un outil particulièrement utile pour les personnes isolées géographiquement. Son insertion au sein du service universel témoigne de l'importance croissante de ce nouveau mode de communication dans les sociétés contemporaines. Par ailleurs, la loi du 31 décembre 2003 confirme les mesures sociales introduites dans la loi du 26 juillet 1996. Le service universel est ainsi 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* »<sup>655</sup>. En outre, « *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 aux services gratuits ou aux services d'urgence* »<sup>656</sup>. De telles mesures étaient attendues et s'inscrivent parfaitement dans la reconnaissance d'un droit d'accès à tous de ces services, d'autant que la reconnaissance de droits au profit des usagers du service téléphonique s'est très lentement formalisée en France. Ce n'est qu'en 1984 qu'est reconnu le droit au raccordement<sup>657</sup> et ce n'est que par la loi du 26 juillet 1996 que sont véritablement intervenues les mesures assurant à tout usager un service minimal et la mise en place de tarifications sociales, répondant à l'exigence de « prix abordable » et permettant l'accès au service de toutes les catégories sociales de population<sup>658</sup>. La politique communautaire a indéniablement ici joué le rôle d'accélérateur, ces avancées se formalisant principalement sous l'impulsion des directives européennes relatives au service universel des

---

<sup>654</sup> En ce sens, RAPP (Lucien), « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA* 2004, p. 582 et *infra*.

<sup>655</sup> Article 35-1-4° du Code des postes et communications électroniques.

<sup>656</sup> Article 35-1-1° du Code des postes et communications électroniques.

<sup>657</sup> Loi n° 84-939 du 23 octobre 1984 relative au service public des télécommunications, *JO* 25 octobre 1984, p. 3335.

<sup>658</sup> Ces mesures, permettant aux personnes titulaires de faibles revenus d'accéder au service téléphonique à des conditions spécifiques et de conserver le maintien de ce service lorsqu'elles se heurtent à des difficultés de paiement, ont été concrétisées par le décret d'application n° 99-162 du 8 mars 1999, *JO* 9 mars 1999, p. 3512. V. également l'article 115-3 du Code de l'action sociale et des familles.

télécommunications. Mais, le plus souvent, il apparaît que la formalisation concrète d'exigences liées à l'octroi de prestations essentielles relève en amont de l'initiative du législateur national.

## 2) *Un développement des initiatives législatives*

L'affirmation progressive de nouveaux « droits-créances » transparait également parfois en amont au niveau national, sans qu'il soit possible, cependant, de préciser, dans ces hypothèses, à quel point le concept de service universel a pu influencer le législateur.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 février 2000<sup>659</sup> proclame ainsi l'existence d'un « *droit de tous à l'électricité* ». En ce domaine, dès lors, il semble que ce qui n'était jusqu'alors qu'implicite est cette fois expressément affirmé. Une telle hardiesse peut surprendre de la part d'un législateur d'ordinaire peu enclin à s'aventurer dans l'affirmation de nouvelles exigences sociales et il convient en réalité de nuancer quelque peu la portée de cette consécration. Cette dernière prend en effet place dans une loi chargée de transposer la directive européenne du 19 décembre 1996<sup>660</sup> fixant le principe d'une ouverture progressive du marché de l'électricité. Or, le secteur de l'électricité ayant toujours été perçu en France comme très fortement marqué du sceau du secteur public, cette transposition s'est opérée de mauvaise grâce, et a conduit à une traduction *a minima* des objectifs<sup>661</sup>. L'article 3.2 de la directive reconnaissant aux Etats membres le droit d'imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public dans l'intérêt économique général<sup>662</sup>, le législateur s'est engouffré dans cette brèche afin de redéfinir très nettement les missions du service public et réaffirmer l'importance de ce dernier face à une logique purement concurrentielle. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 février 2000 intervient donc dans un contexte particulier, où l'affirmation d'un droit de tous à l'électricité n'a rien d'innocent. Sa forte charge symbolique est révélatrice des intentions du législateur au moment de sa rédaction : ériger cet article en une sorte de « *ligne*

---

<sup>659</sup> Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JO* 11 février 2000, p. 2143.

<sup>660</sup> Directive européenne 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *JOCE* L 27 du 30 janvier 1997, p. 20.

<sup>661</sup> V. QUILICHINI (Paule), « La modernisation du service public de l'électricité », *LPA* 31 octobre 2000, n° 217, p. 10.

<sup>662</sup> La directive présente ainsi sous forme de dérogation la possibilité pour les Etats d'imposer des obligations de service public « *pour assurer la sécurité d'approvisionnement, la protection du consommateur et la protection de l'environnement* ».

*Maginot du service public* »<sup>663</sup>. Une large part du caractère explicite de ce droit est ainsi redevable de cette volonté mais il serait pour autant erroné de dénier toute portée juridique à cet article 1<sup>er</sup>. L'affirmation se révèle en effet suivie d'effets concrets, permettant la réalisation de l'objectif fixé et le différenciant alors d'une simple intention. Mettant l'accent sur l'influence du service de l'électricité en matière de cohésion sociale et territoriale<sup>664</sup>, le législateur consacre ainsi le mécanisme de péréquation tarifaire<sup>665</sup>. Par ce système est instaurée une tarification des prix « *permettant d'établir sur le territoire national une moyenne des coûts de distribution entre les coûts élevés et les coûts faibles existants suivant les régions* »<sup>666</sup>. En assurant ainsi un même prix de l'électricité à tous les consommateurs d'un même type est concrétisé un principe d'égalité de traitement, favorable à l'accès de tous à l'électricité. Par ailleurs, la loi du 10 février 2000 réaffirme le dispositif « *pauvreté-précarité* » originellement institué par la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion<sup>667</sup>. Ce dispositif, repris et modifié par les lois du 29 juillet 1992<sup>668</sup> et du 29 juillet 1998<sup>669</sup>, consacre à l'article 115-3 du Code de l'action sociale et des familles la possibilité que « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une situation de précarité, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance des ses ressources ou de ses conditions d'existence [ait] droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture (...) d'énergie (...) dans son logement* »<sup>670</sup>. Un décret du 20 juin 2001 est venu préciser la matérialité de l'aide envisagée<sup>671</sup>. Cette dernière peut intervenir dans le cadre du

---

<sup>663</sup> Selon l'expression de Laurent RICHER, « La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », *AJDA* 2000, p. 245.

<sup>664</sup> Articles 2 et 4 de la loi. V. également article 1 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, *JO* 14 juillet 2005, p. 11570. Selon cet article, cette politique énergétique vise à « *garantir la cohésion sociale et territoriale en assurant l'accès de tous à l'énergie* ».

<sup>665</sup> Article 2 III 1° « Péréquation géographique nationale des tarifs ». En réalité, ce mécanisme de péréquation tarifaire était appliqué dans les faits de manière constante, depuis 1946 pour la métropole et 1974 pour les départements d'Outre-Mer. La loi du 10 février 2000 confère désormais une valeur législative à ce système. Sur ce point, notamment, BASILIEN-GUINCHE (Marie-Laure), « Le service public de l'électricité : entre ouverture du marché et ouverture du capital », *RDP* 2002, p. 1791.

<sup>666</sup> COURIVAUD (Henri), « Projet de loi de modernisation et de développement du service public de l'électricité. Quels enjeux pour les collectivités décentralisées ? », *Gazette des Communes*, 8 et 15 novembre 1999, p. 49, citée par Nathalie GADEA, in « Les missions de service public dans le cadre de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *CRJDP* 2001, p. 826.

<sup>667</sup> Loi n° 88-1088, relative au revenu minimum d'insertion, *JO* 3 décembre 1988, p. 15119.

<sup>668</sup> Loi n° 92-772 du 29 juillet 1992 relative à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale et professionnelle, *JO* 30 juillet 1992, p. 10215.

<sup>669</sup> Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *JO* 31 juillet 1998, p. 11679.

<sup>670</sup> V. article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles. L'article 65 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 (*JO* 17 août 2004, p. 14545) a confié au département la gestion du Fonds de solidarité pour le logement, lequel est aujourd'hui chargé de délivrer les aides financières prévues par cet article. V. par ailleurs décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau, *JO* 14 août 2008, p. 12877.

<sup>671</sup> Décret n° 2001-531 du 20 juin 2001, relatif à l'aide aux personnes en situation de précarité pour préserver ou garantir leur accès à l'électricité, *JO* 22 juin 2001, p. 9888. LAFORE (Robert), « Aide à la fourniture

paiement de factures impayées, sous forme de subventions et/ou d'avance remboursable, toute personne ayant déposé une demande d'aide bénéficiant, dans l'attente de la décision de la commission départementale chargée du dossier, d'un maintien de la fourniture d'électricité à une puissance minimale. Conscient par ailleurs de la nécessité de prévenir ce type de situations, ce même décret prévoit notamment des mesures et informations « *visant à réduire les factures à venir ou à en faciliter le paiement, telles que conseils en matières de maîtrise de la demande d'électricité, conseils tarifaires, bilan de l'installation électrique, mise en place de comptages appropriés* ». Les lois du 13 juillet 2006 et du 5 mars 2007<sup>672</sup> sont par la suite intervenues afin de compléter l'article 115-3 et interdire désormais toute interruption de la fourniture d'électricité aux personnes ou familles en situation de précarité en cas de non-paiement des factures, du 1<sup>er</sup> novembre de chaque année au 15 mars de l'année suivante<sup>673</sup>. En outre, la loi de 2000 crée un tarif spécial « produit de première nécessité »<sup>674</sup> dont les conditions d'ouverture sont aujourd'hui réglées par les décrets du 8 avril 2004<sup>675</sup> et du 26 juillet 2006<sup>676</sup>. L'affirmation d'un droit de tous à l'électricité n'est ainsi pas seulement symbolique. Son inscription relève pour une large part d'une visée politique, mais la volonté du législateur de faire de cette affirmation une réalité juridiquement encadrée ne peut être mise en doute. Néanmoins, l'avancée paraît pour certains encore insuffisante, la discussion parlementaire s'étant parfois orientée vers l'éventualité d'instaurer une couverture énergétique universelle, qui supposerait alors, dans certaines hypothèses, la gratuité pure et simple du service<sup>677</sup>. Ce choix a pour l'heure été rejeté, les mécanismes d'aide étant préférés. Plus mesurée, cette solution n'en consacre pas moins le caractère particulier du bien que constitue l'électricité. En cela, l'affirmation de ce droit, utilisée en 2000 afin de défendre le service public de l'électricité face à une directive européenne, trouve aujourd'hui écho au niveau

---

d'énergie », *RDSS* 2002, p. 161 et CHAVRIER (Géraldine), « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *DA* 2002, p. 11.

<sup>672</sup> V. loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, « *Engagement national pour le logement* », *JO* 16 juillet 2006, p. 10662 et loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *JO* 6 mars 2007, p. 4190.

<sup>673</sup> Cette mesure fait écho à la multiplication d'arrêtés municipaux interdisant les coupures d'électricité à l'égard de familles en difficultés économiques et sociales. Pris sur le fondement des pouvoirs de police générale du maire, ces arrêtés étaient censurés par le juge administratif. En ce sens, v. par exemple CAA Versailles, 3 décembre 2004, *Commune de Bobigny*, Req. n° 04VE03385.

<sup>674</sup> Article 4 de la loi du 10 février 2000.

<sup>675</sup> Décret n° 2004-325 du 8 avril 2004, relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *JO* 10 avril 2004, p. 6773. Selon ce décret, la tarification spéciale est ouverte aux personnes physiques dont les revenus sont inférieurs à 5 520 € par an, l'appréciation des ressources étant réalisée avec les mêmes critères que ceux utilisés pour le calcul de la CMU.

<sup>676</sup> Décret n° 2006-924 du 26 juillet 2006 modifiant le décret n° 2004-325 du avril 2004 relatif à la tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité, *JO* 28 juillet 2006, p. 11250.

<sup>677</sup> V. séance du 12 mai 2005, Discussion d'une proposition de loi sur la couverture énergétique universelle, *JOAN Débats* 13 mai 2005, p. 3393.

communautaire. En consacrant un service universel dans le secteur de l'électricité<sup>678</sup>, l'Union européenne aménage la libéralisation de ce secteur tout en prenant acte du caractère indispensable des prestations en cause.

De la même manière, la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie<sup>679</sup> énumère certaines obligations de service public imposées cette fois aux acteurs du stockage et de la distribution de gaz naturel. L'article 16 de la loi prévoit la nécessité d'assurer « *la sûreté des personnes et 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, 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, 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* ». Si la qualification de service universel n'apparaît à aucun moment, ses ingrédients semblent pourtant bien présents<sup>680</sup>. La position communautaire se révèle du reste, quelques mois plus tard, concordante. La directive du 26 juin 2003<sup>681</sup> exige en effet des Etats membres de garantir aux clients vulnérables une protection adéquate pour éviter l'interruption de la fourniture de gaz et trouve ici une réponse française déjà organisée, et qui s'est, depuis, perfectionnée. La question de l'accès au gaz naturel demeure ainsi liée au mécanisme déjà rencontré à l'article 115-3 du Code de l'action sociale et de la famille<sup>682</sup> et bénéficie de la mise en place d'une tarification sociale<sup>683</sup>.

---

<sup>678</sup> V. directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, *préc.* et *supra*, A/, 2).

<sup>679</sup> Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, *JO* 4 janvier 2003, p. 265.

<sup>680</sup> En ce sens, LONG (Martine), « La libéralisation du gaz : commentaire de la loi du 3 janvier 2003 », *DA* 2003, p. 10.

<sup>681</sup> Article 3 paragraphe 3 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *préc.*

<sup>682</sup> Lequel prévoit également l'interdiction de coupures de gaz en cas d'impayés du 1<sup>er</sup> novembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante.

<sup>683</sup> V. article 14 de la loi n° 2006-1537 relative au secteur de l'énergie (*JO* 8 décembre 2006, p. 18531) : « *Les clients domestiques ayant droit à la tarification spéciale "produit de première nécessité" mentionnée à l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 bénéficient également, à leur demande, pour une part de leur consommation, d'un tarif spécial de solidarité applicable à la fourniture de gaz naturel et aux services qui lui sont liés. (...)* ». V. décret n° 2008-778 du 13 août 2008 relatif à la fourniture de gaz au tarif spécial de solidarité, *JO* 14 août 2008, p. 12873.

En ce qui concerne le cas particulier de la distribution d'eau, est pour la première fois énoncé, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 décembre 2006<sup>684</sup>, que « *dans le cadre des lois et des règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous* ». L'idée n'est pas nouvelle : le projet de loi portant réforme de la politique de l'eau, dit « loi Voynet »<sup>685</sup>, comportait ainsi un article 31 prévoyant un accès à l'eau facilité pour tous, par la suppression des dépôts de garantie, des avances sur la consommation et des demandes de caution solidaire. Un amendement adopté lors de la première lecture du projet à l'Assemblée avait par ailleurs introduit la mise en place d'une tarification spéciale de l'eau en tant que « produit de première nécessité »<sup>686</sup>. Ce projet ayant par la suite été abandonné, le sujet avait néanmoins de nouveau été soumis aux parlementaires dans le cadre d'une proposition de loi relative au droit à vivre dans la dignité<sup>687</sup>. Cette proposition, qui prévoyait l'interdiction pure et simple des coupures d'eau, fut rejetée par la commission des affaires économiques. Mais ces initiatives témoignaient de la prise en compte croissante du caractère essentiel de cette prestation, lequel est enfin formalisé dans cette loi du 30 décembre 2006. Le droit d'accès à l'eau alors reconnu n'implique pas, alors, une distribution gratuite de cette ressource, mais fournit « *un cadre législatif dans lequel s'inscriront les diverses dispositions prises pour la mise en œuvre du droit à l'eau, tant sur le plan législatif qu'à l'échelon local, dans l'action des collectivités et des services publics de distribution d'eau et d'assainissement* »<sup>688</sup>. Un tel droit ne paraît pas en lui-même directement opposable, mais se voit déjà concrétisé, là encore, à l'article 115-3 du Code de l'action sociale et des familles<sup>689</sup>. Cet article pose en effet, en premier lieu, le principe de l'octroi d'aides afin de garantir la fourniture d'eau<sup>690</sup> : un mécanisme structuré permet d'assurer le paiement des factures d'eau pour des personnes en difficulté, par un dispositif inspiré de la « Charte Solidarité eau » du 6 novembre 1996 et de la Convention nationale « Solidarité eau » du 28 avril 2000 et ayant été initié sous l'impulsion de la loi du 29

---

<sup>684</sup> Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, *JO* 31 décembre 2006, p. 20285.

<sup>685</sup> Projet de loi n° 3205, enregistré le 27 juin 2001, portant réforme de la politique de l'eau, [www.assemblee.nationale.fr/11/projets/pl3205.asp](http://www.assemblee.nationale.fr/11/projets/pl3205.asp)

<sup>686</sup> Séance du 9 janvier 2002, *JOAN Débats*, 10 janvier 2002, p. 210 et suiv.

<sup>687</sup> Proposition de loi n° 2145 du 3 mars 2005 relative au droit à vivre dans la dignité, présentée par le groupe communiste et rejetée par la Commission des affaires économiques. [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

<sup>688</sup> *Rapp. AN n° 3455*, fait par M. A. Flajolet, 22 novembre 2006, p. 15.

<sup>689</sup> CAUDAL (Sylvie) et JANIN (Patrick), « La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, entre volontarisme et renoncements », *DA* 2007, p. 12.

<sup>690</sup> Article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles : « *toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières du fait d'une situation de précarité, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence a droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques dans son logement* ».



juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions<sup>691</sup>. Par ailleurs, les lois du 13 juillet 2006 et du 5 mars 2007<sup>692</sup> ont complété l'article sur cette question, et proscrivent désormais les coupures d'eau aux abonnés les plus modestes, et ce, tout au long de l'année<sup>693</sup>. Ce dernier aspect contribuera certainement à apporter un certain apaisement dans le débat relatif aux arrêtés anti-coupures d'eau, par lesquels les maires de certaines communes ont interdit aux autorités gestionnaires du service public de l'eau de procéder à l'interruption de la fourniture du service en cas d'impayés. Douteux du point de vue juridique<sup>694</sup>, ce type d'intervention a néanmoins mis en lumière la question de l'accès à l'eau potable et encouragé la réflexion amenant aujourd'hui à la reconnaissance formelle d'un droit d'accès à l'eau.

Enfin, d'autres prestations bénéficient d'une certaine reconnaissance même si leur sort apparaît moins nettement fixé. Il est ainsi loisible de remarquer la reconnaissance naissante d'un « droit au transport », affirmé pour la première fois dans la loi d'orientation des transports intérieurs du 31 décembre 1982<sup>695</sup>, laquelle faisait état « *de la mise en œuvre progressive du droit au transport* », et rappelé à l'article 133 de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion. Cet article organise en effet la possibilité pour les chômeurs en fin de droits et les demandeurs d'emploi de moins de vingt-six ans de bénéficier de l'accès aux transports collectifs grâce à une action concertée entre Etat, collectivités territoriales, Assedic et sociétés de transports, les financements de ces mesures devant reposer sur la modulation des tarifs. Ratifiant de la même manière que pour les télécommunications, l'eau ou l'énergie, l'idée d'une assistance aux usagers en situation de précarité dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, le législateur consacre donc le principe d'une

---

<sup>691</sup> L'article 136 de cette loi a en effet complété les articles 43-5 et 43-6 de la loi de 1988 relative au revenu minimum d'insertion, afin d'intégrer dans le mécanisme d'aide prévu dans ces articles la fourniture d'eau. Est intervenue, par la suite, une circulaire chargée de préciser le dispositif mis en place, ce dernier relevant du niveau départemental et organisant la prise en charge des factures impayées par le biais de conventions passées avec les distributeurs d'eau et les collectivités. V. circulaire DAS-DFSE/LCE n° 2000-320 du 6 juin 2000 relative à la mise en place d'un dispositif départemental d'aides aux personnes et aux familles qui éprouvent des difficultés à acquitter leurs factures d'eau (conventions départementales solidarité eau), *Bulletin officiel* n° 2000-32.

<sup>692</sup> V. loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, Engagement national pour le logement, *préc.*, art. 75 et loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *préc.*, art. 36.

<sup>693</sup> Ces initiatives paraissent d'autant plus importantes que les différenciations tarifaires fondées sur les revenus des usagers du service public de l'eau sont en principe considérées comme illégales par le juge administratif, car sans rapport avec l'objet du service. En ce sens, v. CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, *Rec. Leb.* p. 427 et, sur ce point, DUROY Stéphane, *La distribution d'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, L.G.D.J., 1996, p. 179.

<sup>694</sup> V. BRACONNIER (Stéphane), « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA* 2005, p. 644.

<sup>695</sup> Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, *Loi d'orientation des transports intérieurs*, *JO* 31 décembre 1982, p. 4004.

différenciation des tarifs fondée sur des critères sociaux<sup>696</sup>. Un tel aménagement nuance alors le constat selon lequel seuls les services publics administratifs pourraient connaître de variations tarifaires fondées sur de telles considérations<sup>697</sup>. Dans le même ordre d'idée, il importe par ailleurs de rappeler certaines initiatives de municipalités consistant à accorder la gratuité des transports urbains aux demandeurs d'emploi. Cette éventualité, notamment retrouvée à l'occasion de la jurisprudence administrative *Brindel*, en 2002<sup>698</sup>, invite à revenir sur la qualification des services publics de transports, classiquement considérés comme industriels et commerciaux. En effet, ainsi que le remarque Jean-François Lachaume, la gratuité de la prestation, qui plus est, sur une longue durée<sup>699</sup>, ne s'insère pas dans la logique du service public industriel et commercial et semble plutôt relever de celle du service public administratif. D'où l'idée d'un service public des transports « à double visage », industriel et commercial pour les usagers acquittant le prix de la prestation, et administratif pour les usagers demandeurs d'emploi pouvant en bénéficier gratuitement<sup>700</sup>. Ce dédoublement de la qualification répondrait en réalité à un dédoublement de l'objet du service : industriel et commercial pour la personne qui possède un emploi et use du service comme d'un simple moyen de déplacement, il deviendrait administratif pour la personne demandeuse d'emploi utilisant le service afin de trouver un travail. Apparaissant dans ce dernier cas comme un « *instrument de réduction de la fracture sociale* »<sup>701</sup>, le service public des transports constituerait alors un moyen indirect de lutte contre l'exclusion, promoteur des implications sociales du principe de dignité.

En conclusion, l'appréhension croissante par le législateur national de certaines exigences sociales, jusque-là restées en retrait et que l'évolution de la société au regard du respect du principe de dignité rend aujourd'hui de plus en plus pressantes, est avérée. La tentation est alors grande de classer spontanément ces attentes parmi les droits dits de « *troisième génération* ». Encore émergentes, ces dernières peuvent en effet sembler devoir relever du dernier état d'évolution des droits de l'homme. Reflets des avancements et, parfois, des errements du monde moderne, se regroupent sous cette troisième génération des « *droits de*

---

<sup>696</sup> Sur ce point, ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J, 2002, p. 115, note 174 et NICINSKI (Sophie), *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 369.

<sup>697</sup> V. CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime, préc.*, cet arrêt posant le principe selon lequel la situation sociale de l'usager du service public industriel et commercial n'est pas susceptible de justifier la création de catégories d'usagers bénéficiant d'avantage tarifaires.

<sup>698</sup> CAA Lyon, 27 juin 2002, *Brindel*, *AJDA* 2002, p. 1409, note S. Brondel.

<sup>699</sup> La gratuité était en l'espèce instaurée pour une durée de deux ans.

<sup>700</sup> V. LACHAUME (Jean-François), « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA* 2003, p. 364.

<sup>701</sup> LACHAUME (Jean-François), *Ibid.*

*solidarité* »<sup>702</sup> au contenu extrêmement divers. La recherche de dénominateurs communs amène cependant à les appréhender globalement en tant que « *valeurs morales communes* »<sup>703</sup>. Leur titulaire n'est pas l'individu, mais une entité à portée internationale, difficile à définir<sup>704</sup> et leur mise en œuvre nécessite « *une action solidaire de tous les acteurs du jeu social : Etat, individus, etc.* »<sup>705</sup>. Ainsi, le droit à l'environnement est devenu le produit d'une revendication massive, liée à la prise de conscience de l'évolution technologique, et des menaces environnementales qu'elle sous-tend et cet appel a été entendu par le constituant français, la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005<sup>706</sup> ayant intégré au Préambule de la Constitution de 1958 une Charte de l'environnement<sup>707</sup>. Mais cette intégration dans la sphère constitutionnelle d'un droit généralement considéré comme « *de troisième génération* »<sup>708</sup> constitue l'exception. Les droits de cette nature souffrent en effet le plus souvent de leur faible juridicité, notamment due à la rareté de leur consécration dans des dispositifs juridiques contraignants, nationaux ou internationaux. De sérieux doutes entourent donc l'existence et la pertinence d'une formule qualifiant de droits ce qui ne constitue, pour certains auteurs, qu'une simple revendication, voire un slogan à l'appui de celle-ci<sup>709</sup>. Or, de telles caractéristiques ne sont pas partagées par les exigences rattachées à l'eau, à l'énergie, aux communications ou aux transports. Ces attentes posent en effet des enjeux nationaux très concrets, dont le bénéficiaire reste l'individu en tant que tel et dont la reconnaissance juridique se formalise peu à peu. Il faut donc, dans ce cadre, se méfier de la logique des « *générations* » semblant

<sup>702</sup> V. VASAK (Karel), « Pour une troisième génération de droits de l'homme », *Mélanges Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 837.

<sup>703</sup> Selon l'expression de COLLIARD (Claude-Albert) et LETTERON (Roseline), *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 45.

<sup>704</sup> Pour certains auteurs, le titulaire de ces droits serait ainsi « l'Humanité », concept dont les contours paraissent particulièrement flous. V. notamment BREILLAT (Dominique), *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino Editeur, 2003, p. 42.

<sup>705</sup> ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 71.

<sup>706</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005, *JO* 2005, p. 3697.

<sup>707</sup> Sur l'application de la Charte de l'environnement par le juge administratif, v. CE, 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux*, n° 283103 et CE, 19 juin 2006, *Association Eau et rivières de Bretagne*, n° 282456. Sa valeur constitutionnelle a été reconnue par le juge administratif dans son arrêt CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *JCP A* 2008, n° 49, p. 26, note P. Billet.

<sup>708</sup> Le droit de chacun « *de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* », tel qu'énoncé par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement, paraît pourtant être un droit mixte, car correspondant tout à la fois à un « droit-liberté » et à un droit-créance. Le concept de génération semble ainsi enserrer trop rigide un droit empruntant ses caractéristiques à plusieurs familles de droits de l'homme. Sa classification dans le cadre des droits de « *troisième génération* » semble néanmoins pouvoir être retenue. En effet, les débiteurs de cette créance sont aussi bien les personnes publiques que les personnes privées, cette action solidaire de tous les acteurs étant introduite par l'article 2 de la Charte, selon lequel l'obligation de préservation de l'environnement s'impose à « *toute personne* ». Le droit à l'environnement relève donc bien des « *droits de solidarité* », et se différencie dès lors des créances seulement exigibles envers l'Etat. Sur ce point, v. notamment PRIEUR (Michel), « Les nouveaux droits », *AJDA* 2005, p. 1160 et CAPITANI (Amandine), « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? », *RFDC* 2005, p. 498.

<sup>709</sup> En ce sens, RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 104 et COLLIARD (Claude-Albert) et LETTERON (Roseline), *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 46.

induire une dimension chronologique selon laquelle se succèderaient, de manière linéaire, différentes familles de droits de l'homme. L'évolution des « droits-créances », droits de « *seconde génération* », n'a en réalité jamais cessé d'être en mouvement. L'apparition présumée d'une troisième, voire d'une quatrième<sup>710</sup> « *génération* » ne saurait supposer une quelconque caducité de la « *génération* » antérieure. Cette dernière poursuit son évolution de manière parallèle. Elle s'enrichit progressivement de nouvelles exigences dont la garantie s'ordonne autour d'une prise en charge par le service public. Or cette évolution n'est pas neutre, illustrant le renouvellement et la revalorisation de l'approche retenue du service public dans le cadre contemporain.

## PARAGRAPHE SECOND UNE EVOLUTION PORTEUSE DE RENOUVELLEMENT

Les nouveaux « droits-créances » susceptibles d'être issus directement ou indirectement de l'acceptation sociale du principe de dignité ont ceci de particulier que leur garantie s'articule exclusivement autour de la notion de service public. C'est à travers lui que se révèle l'exigence qu'il est chargé de mettre en œuvre. Ce constat renouvelé, il paraît alors loisible de nuancer les réserves parfois émises au sujet de l'extension des « *droits à* ». Les professeurs Rivero et Moutouh dénoncent ainsi l'inflation, « *la consécration tous azimuts de droits nouveaux* », sans que soient envisagés « *les possibilités matérielles et les moyens juridiques de donner à ces droits un contenu effectif* »<sup>711</sup>. Les affirmations solennelles d'un droit à l'électricité, ou aux transports, pourraient ainsi sembler ne pas dépasser le stade de l'intention. Pourtant, de telles annonces ne restent pas lettre morte et ont, en réalité, initié ou confirmé de nombreux mécanismes d'accès aux prestations, dans lesquels le service public trouve à jouer un rôle essentiel. Il apparaît donc difficile de nier à ces aspirations toute portée concrète, le service public leur offrant un véritable caractère opérationnel.

Mais la garantie offerte par le service public n'épuise pas à elle seule la question de l'interaction existant entre ce dernier et les « droits-créances » envisagés. L'affirmation de ce rôle de garantie contient en elle-même un « effet retour », par lequel ces nouvelles exigences

---

<sup>710</sup> Sont parfois, en effet, évoqués des droits dits de « *la quatrième dimension* », témoignant d'une certaine dilution des droits de troisième génération vers ce qui concernerait, notamment, des droits transfrontières tels les droits relatifs à la cybernétique. En ce sens, BENAR (Georges), « Droits de l'homme de la quatrième dimension », in *Karel Vasak amicorum liber-Les droits de l'homme du XXIème siècle*, Bruylant, 1999, p. 92.

<sup>711</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques, op. cit.*, p. 102.

sociales justifient la logique de service public (A). Mais en revalorisant son impact en matière de cohésion sociale et territoriale, le service public est ainsi très clairement recentré sur la mission particulière qui le légitime, à savoir la lutte contre l'exclusion à travers la garantie des « droits-créances » de l'individu, constat révélateur de l'évolution contemporaine de son appréhension (B).

### *A/ Un facteur de légitimation du service public*

L'insistance mise à la préservation de l'accès à certaines prestations essentielles intervient dans le contexte particulier des politiques d'ouverture à la concurrence. L'organisation monopolistique des services publics en réseaux a été remise en cause par les instances communautaires, qui ont ainsi bouleversé les traits organisationnels classiques du « service public à la française ». Mais ce phénomène s'accompagne d'une préservation des missions de service public imparties autrefois à un seul opérateur. La substance du service public non seulement, demeure, mais se trouve même réactualisée sous le prisme particulier des droits et libertés. Ce constat marque alors les limites de la remise en cause communautaire et la valorisation offerte à la notion de service public par l'émergence de nouveaux « droits-créances » qu'il garantit (1), émergence qui constitue en droit interne bien plus qu'un simple prétexte destiné à mener un combat d'arrière garde pour la défense du service public (2).

#### *1) Une revalorisation de la mission de garantie du service public*

« L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics : elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence des services publics ». Cette formule, issue du rapport public du Conseil d'Etat de 1994<sup>712</sup>, illustre à quel point la confrontation entre conception française du service public et droit communautaire semble à l'époque inévitable. Et cette confrontation a bien eu lieu, au sens où elle a conduit à appliquer aux grands services publics nationaux industriels et commerciaux la discipline de l'Union européenne en matière économique. La politique communautaire visant en effet une harmonisation des conditions de concurrence entre les différents Etats-membres, cet objectif ne pouvait se réaliser que par la libéralisation des services publics gérés sous forme de

---

<sup>712</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau », ECDE n° 46, La Documentation française, 1995, p. 38.

monopoles, indispensable à la formation du marché unique. Cette logique, mise en oeuvre à partir de l'Acte Unique Européen de 1986, a ainsi frappé de plein fouet les grands réseaux constitués en France, qu'ils touchent à l'électricité, au gaz, aux transports ou aux télécommunications<sup>713</sup>. Que ces secteurs aient été les premiers intéressés se comprenait par leur objet marchand, porteur de développement économique et particulièrement adapté à une ouverture à la concurrence. Les positions dominantes ou monopolistiques dont ils bénéficiaient ont été considérées comme autant de freins au libre échange et cette caractéristique a ainsi entraîné leur ouverture totale ou partielle, nouvelle donne orchestrée sous l'égide de l'ex-article 90 du Traité CE<sup>714</sup>. Cette évolution a parfois été perçue comme une véritable agression de la notion de service public par la sphère communautaire<sup>715</sup>. Le spectre de la « *destruction d'une civilisation associée au service public* »<sup>716</sup>, d'une « *dissolution complète de l'idée de service public* »<sup>717</sup> a été agité ; la disparition pure et simple des missions du service public, emportées par une libéralisation totale, annoncée.

Cette disparition ne s'est cependant pas produite. Certes, la physionomie des grands réseaux publics s'est considérablement modifiée sous l'impulsion de la politique communautaire. Le vent de réforme soufflé par le droit européen n'a pas laissé ces services publics dans leur état d'origine. Mais cette évolution ne s'est pas soldée par une disparition totale de ce qui constituait la substance même de ces services. L'émergence de nouveaux « droits-créances » est même la marque d'une revalorisation des missions leur étant imparties, lesquelles, pour être satisfaites, supposent l'intervention de règles « *communes et intangibles* »<sup>718</sup>, imposées par les autorités communautaires et nationales, qui se font ainsi régulateurs. Dans cette perspective, se retrouvent les concepts de service universel et d'obligations de service public qui, intéressant ces services en réseaux, redéfinissent dans le même temps leur sphère

---

<sup>713</sup> Pour un exposé détaillé de ce processus de libéralisation, *infra*, Titre second, Chapitre second, Section première.

<sup>714</sup> Article 86 Traité UE (ex-article 90) : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique 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* ».

<sup>715</sup> Même si le droit communautaire n'était pas seul en cause. Ce mouvement de libéralisation s'inscrivait en effet dans un mouvement de mutation généralisé, lancé sous l'impulsion de plusieurs facteurs. La mondialisation des échanges, les évolutions et progrès techniques, l'explosion des besoins en matière de télécommunications, constituent ainsi autant d'éléments objectifs accompagnant en réalité cette évolution. Sur ce point, BAUMSTARK (Luc), « Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », in G. Hénaff (dir.), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, PUR, 2002, p. 61.

<sup>716</sup> Expression de Pierre Bourdieu, citée par Jean-Marie RAINAUD, in *La crise du service public français*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 68.

<sup>717</sup> RAINAUD (Jean-Marie), *op. cit.*, p. 87.

<sup>718</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 96.

d'activités. L'Union européenne admet en effet aujourd'hui que le marché ne peut pas tout, et qu'il convient d'assurer une certaine justice sociale par le moyen du service public. Mais elle n'accueille ce dernier qu'à titre d'exception. Le cadre reste conditionné par l'intérêt général attaché aux activités en cause. « *La légitimité du service public n'est plus proclamée mais doit être démontrée* »<sup>719</sup>, le procédé de service public ne se justifiant en droit communautaire qu'au regard des prestations qu'il délivre. Sous cet angle spécifique, les « droits-créances » offrent ainsi une légitimation au service public qui les met en œuvre. La figure de protection s'inverse, au sens où le raisonnement n'est plus seulement axé sur la garantie qu'offre le service public aux « droits-créances », mais également sur la sphère de préservation, les limites au jeu total du marché, sous-tendue par ces droits au bénéfice de la notion de service public<sup>720</sup>. Mais cette légitimation concernera la seule activité du service public et se désintéressera en revanche des modalités de gestion régissant cette activité. Le rapprochement aujourd'hui observé entre conception française du service public et approche communautaire se comprend sous cet angle. L'Union européenne a peu à peu modifié sa position et semble avoir accueilli le service public comme procédé d'action pertinent. Mais il reste un élément dérogatoire que le droit communautaire entend modeler selon ses impératifs. Si un accueil du service public semble pouvoir se deviner, il n'aura pas pour finalité le maintien de la forme traditionnellement adoptée par les services publics dans la conception française. Au-delà, cependant, le « renouveau » des relations entre service public et Union européenne découle d'un consensus établi progressivement sur la contribution des activités de services publics à l'exercice des droits de la personne<sup>721</sup>. L'acceptation du service public passe par la ratification progressive de son rôle bénéfique dans l'édiction d'un projet européen de société. Ce projet, axé sur un objectif de cohésion rattaché à la garantie de certains droits fondamentaux, insiste désormais sur l'idée d'une démarche concurrentielle plus équilibrée. Suivant une logique de cercle vertueux, les nouvelles exigences sociales issues de cette évolution constituent alors, à n'en pas douter, un phénomène salvateur pour le service public. Ce constat pourrait néanmoins faire penser que l'affirmation expresse de nouveaux droits-créances à l'initiative du législateur national n'aurait alors d'autre but que d'organiser cette défense du service public. Il faut cependant écarter cette vision.

---

<sup>719</sup> RAINAUD (Jean-Marie), *La crise du service public français*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 95.

<sup>720</sup> TROPER (Michel), « Service public et justification en droit », in A. Lyon-Caen et V. Champeil-Desplats (dir.), *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 149. V. également LYON-CAEN (Antoine), « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *Ibid.*, p. 87 et s. et CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA* 1999, p. 963.

<sup>721</sup> En ce sens, RAINAUD (Jean-Marie), *La crise du service public français*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 122 et LYON-CAEN (Antoine), *op. cit.*, p. 91 et s.

## 2) Une légitimation étrangère à des considérations d'opportunité

L'affirmation au niveau national de nouveaux « droits-créances », l'insistance mise sur l'impact de la notion de service public sur la garantie des droits peut être soupçonnée de se manifester à point nommé dans des secteurs d'activités perturbés par l'introduction de la concurrence. L'affirmation expresse au niveau national d'un droit d'accès à certaines prestations ne serait-il qu'un « prétexte » à la défense du service public, coquille vide à usage déterminé, à savoir favoriser la mise en place de dérogations aux règles de concurrence ? La charge est sévère, mais il faut reconnaître que certains indices semblent pousser à adopter cette position. La seule formulation explicite d'un nouveau « droit-créance » par le législateur français laisse planer un doute de ce type. L'affirmation, dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 février 2000<sup>722</sup>, d'« un droit pour tous à l'électricité » prend en effet place dans le contexte particulier d'une transposition à contre-cœur d'une directive européenne prônant l'ouverture partielle du marché de l'électricité en France. C'est à l'époque dans une logique de défense des caractéristiques d'organisation du service public qu'est affirmé solennellement un tel droit, raison qui explique également certainement pourquoi il s'agit, à l'heure actuelle, de l'unique consécration explicite opérée par le législateur français intéressant de telles prestations. Mais cette hypothèse ne saurait à elle seule sceller le sort des différents « droits-créances » envisagés. En premier lieu parce que cet article 1<sup>er</sup> occasionne, dans la suite du texte, la mise en place de mécanismes concrets permettant l'accès à l'électricité. L'affirmation n'était donc pas que de pure forme<sup>723</sup>. Mais surtout parce que, pour une seule formulation pouvant être soupçonnée d'obéir à des considérations d'opportunité, toutes les autres paraissent libres de tels calculs. L'affirmation progressive de nouveaux « droits-créances » se conjugue avec le service public, sous l'impulsion d'un mécanisme de garantie réciproque formalisé au niveau national, mais également dans le cadre communautaire. L'affirmation de la consécration de nouvelles exigences sociales dépasse ainsi une visée utilitariste poursuivie par le seul législateur national, en opposition au droit communautaire, car elle s'articule également à ce niveau, dans les textes, comme dans les moyens par la suite mis en œuvre afin de les concrétiser.

---

<sup>722</sup> Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *préc.*

<sup>723</sup> V. *supra*, Section seconde, Paragraphe premier, B/, 2).



Par ailleurs, il faut écarter tout soupçon qui tendrait à estimer plus largement que la défense de l'acceptation sociale du principe de dignité n'aurait pour objectif que la revalorisation de la notion de service public. Les potentialités sous-tendues par la dignité de la personne humaine en matière de créances sociales dépassent en effet largement ce débat. Des impératifs plus élevés, touchant aux problématiques d'insertion, de cohésion sociale et de citoyenneté, priment ici sur tous les autres. Le service public trouve certes à jouer un rôle majeur en aval, dans la réalisation de ces objectifs. Mais la revalorisation qui lui est alors offerte au regard de ses missions ne l'est que de manière incidente, en tant qu'outil de mise en œuvre d'un projet plus large. L'observation de l'émergence de ces droits ne relève pas de simples considérations d'opportunité, mais traduit un mouvement de grande ampleur, issu d'un consensus sur le caractère essentiel de certaines prestations et la nécessité que chacun puisse y accéder. Que ce soit au niveau communautaire ou au niveau national, le constat de l'évolution technique du monde moderne, couplée à la constatation du « choc en retour de la pauvreté »<sup>724</sup>, semblent jouer un rôle majeur, qui se décline par la suite dans la volonté des acteurs publics de mettre en place une véritable politique de cohésion sociale et territoriale. S'y exprime la volonté de fondation d'une « Europe des valeurs », qui trouve dans les secteurs en réseaux un terrain d'expression privilégié. La relation de garantie se jouant entre ces nouveaux droits et le service public est indiscutable. Cette valorisation, la « remise en lumière » de l'impact du service public sur la satisfaction de ces droits, n'est, dès lors, pas neutre quant à l'appréhension contemporaine de ce procédé et de son rôle au regard des usagers.

### ***B/ Une modification de la perception traditionnelle du service public***

Les services en réseaux s'envisagent désormais prioritairement à travers le regard que leur porte le droit communautaire et l'importance que ce dernier accorde à l'accès aux prestations essentielles qu'ils délivrent. Dans ces secteurs, le service public est ainsi appelé à se redéfinir et se recentrer sur sa mission de garantie des droits à travers la définition d'obligations de service public ou l'organisation du service universel. Le droit d'accès à ces prestations est révélé par l'imposition de ces règles en même temps que ces dernières l'aménagent afin de lui donner un contenu effectif. Il est ainsi tenté d'organiser une garantie d'accessibilité au service, pouvant apparaître par certains aspects plus forte que celle organisée antérieurement à

---

<sup>724</sup> Selon l'expression de Jacques CHEVALLIER, in *Le service public*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 73.

travers la conception traditionnelle du service public (1). Mais la mise en œuvre de cette accessibilité poursuit un objectif de cohésion sociale et territoriale qui tend ainsi à « resserrer » l'action du service public autour d'une mission précise : la lutte contre l'exclusion et, partant, autour de certaines catégories d'utilisateurs (2).

1) *Les apports théoriques de la notion de service universel au regard de la conception classique du service public*

Certains ont pu estimer que le recentrage opéré à travers les notions d'obligations de service public et de service universel aboutissait à redéfinir le service public sous une forme minimale, préjudiciable à l'utilisateur. Le service universel a ainsi suscité une certaine suspicion, dont le rapport du Conseil d'Etat sur les services publics s'est à l'origine fait l'écho, estimant que le profil retenu de la notion était « dans tous les cas, un profil bas »<sup>725</sup>. Relayée par la doctrine<sup>726</sup>, cette appréciation critique semble néanmoins devoir être nuancée. En effet, l'application de cette modalité aux services publics en réseaux a permis aux observateurs de constater les enrichissements que le service universel était susceptible d'offrir. « Garant, dans le secteur où il s'applique, des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité »<sup>727</sup>, le service universel est susceptible d'améliorer les principes de fonctionnement traditionnels du service public. Sophie Nicinski rappelle ainsi la meilleure potentialité d'adéquation des impératifs du service universel, édictés « en fonction des particularités propres à chaque secteur et non plus de façon globale ». En cela, ces impératifs peuvent « inclure l'impératif de sécurité des approvisionnements dans le principe de continuité » ou le principe d'adaptation se concevoir « comme une recherche permanente de la meilleure satisfaction des besoins des utilisateurs »<sup>728</sup>. La portée positive de la notion de service universel est en outre susceptible de dépasser les « lois » traditionnelles du service public. Ainsi, le principe d'universalité, entendu comme la possibilité d'accès de tous les utilisateurs au service, se comprend notamment en termes d'accessibilité géographique, mais également tarifaire par l'exigence d'un « prix abordable ». Or, il n'est pas certain qu'une telle exigence trouve son équivalent dans le cadre

---

<sup>725</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau », EDCE n° 46, La Documentation française, 1995, p. 115

<sup>726</sup> V. ainsi notamment LONG (Marceau), « Service public, services publics : déclin ou renouveau », RFDA 1995, p. 501 et DEBENE (Marc) et RAYMUNDIE (Olivier), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », AJDA 1996, p. 188.

<sup>727</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 16.

<sup>728</sup> NICINSKI (Sophie), *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 72.

de la conception classique du service public<sup>729</sup>. Il peut évidemment être avancé que le principe de gratuité énoncé en France offre des garanties d'accessibilité supérieures, mais ce dernier n'a jamais été reconnu en tant que principe général devant s'appliquer à tous les services publics<sup>730</sup>. Au contraire, « *l'existence d'un prix participe en réalité de la définition même du service public industriel et commercial (...)* »<sup>731</sup>. Le principe d'un « prix abordable » offre alors une solution tarifaire pertinente en terme d'accessibilité, parvenant « *à concilier l'interdépendance sociale avec la rationalité économique* »<sup>732</sup>. De la même manière, l'exigence de qualité attachée au service universel se révèle porteuse de différentes aspirations rejoignant l'universalité dans l'affirmation de la nécessité d'une « *égalité technique* » des prestations<sup>733</sup>. Cette exigence semble constituer « *la garantie d'un service aux qualités incompressibles* »<sup>734</sup> et dont la matérialité est par ailleurs susceptible d'évoluer « *au rythme des progrès technologiques, des développements du marché et de l'évolution de la demande des utilisateurs* »<sup>735</sup>. Le service universel est en effet dans son principe une notion dynamique, et « *la volonté d'assurer un niveau de qualité standard n'empêche pas qu'il soit sans cesse réévalué pour tendre vers un optimum* »<sup>736</sup>. Il apparaît donc que, loin de constituer une version *a minima* du service public « à la française », le service universel est capable d'enrichir et de compléter ses règles de fonctionnement dans le sens d'une meilleure accessibilité des prestations, lesquelles devront, par ailleurs, répondre à un certain niveau de qualité. Ses obligations paraissent même parfois plus denses que celles assurées par le service public et obligent dès lors le législateur français à revoir à la hausse la matérialité de certaines prestations<sup>737</sup>. La critique d'un service universel minimaliste s'est ainsi atténuée car cette notion déploie certaines potentialités vertueuses en direction des usagers des services publics intéressés. De la même manière, des secteurs demeurant hors de l'intervention du service universel, comme le service public de distribution de gaz naturel, connaissent d'obligations de service public et d'aménagements offrant des garanties d'accessibilité, les législations

---

<sup>729</sup> LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 512.

<sup>730</sup> Sur la gratuité des services publics, v. *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.

<sup>731</sup> LOMBARD (Martine), *Ibid.*

<sup>732</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 86.

<sup>733</sup> CLUZEL-METAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 441.

<sup>734</sup> NICINSKI (Sophie), *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 72.

<sup>735</sup> Préambule de la directive n° 2002/22/CE du 7 mars 2002, *préc.* V. également COM [1996] 443 final, *préc.*

<sup>736</sup> CLUZEL-METAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 443.

<sup>737</sup> Martine Lombard remarque notamment cette situation en matière postale, où la définition du service public français a du être étendue, afin de correspondre à celle, plus large, de service universel. Le service universel postal a ainsi été étendu au transport des paquets jusqu'à 10 kg, quand le service public postal ne prenait en charge que les paquets n'excédant pas 1 kg. V. LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 516.

nationales tendant ainsi à réintroduire la dynamique du service universel dans des domaines que ce dernier ne touche pas.

Toutefois, le service universel, et l'impulsion qu'il sous-tend en matière de droit d'accès dans d'autres domaines, s'insèrent à plein dans une logique concurrentielle et demeurent chargés d'accompagner la libéralisation de ces services, selon une logique pouvant se résumer ainsi : « *que le secteur soit libéralisé et puisse créer suffisamment de profit pour inciter la concurrence à se développer* » et qu'« *un correctif soit nécessaire, c'est-à-dire que le service libéralisé ait une fonction sociale telle que sa fourniture doive être assurée à tous les habitants selon les conditions propres du service universel* »<sup>738</sup>. Le recentrage observé sur la mission de la délivrance de prestations à tous, à travers lequel transparaît l'émergence de la consécration de nouveaux « droits-créances » s'inscrit ainsi dans une perspective très nettement focalisée sur la « fonction sociale » du service. Cette vision, si elle tend à garantir la couverture de besoins essentiels à l'ensemble de la population, insiste dès lors sur l'une des facettes particulière du service public, en focalisant son intervention sur la préservation de la cohésion, et tout particulièrement de la cohésion sociale.

## 2) *Une approche recentrée sur l'impact du service public en matière de lutte contre l'exclusion*

Il a déjà été rappelé l'acceptation dérogatoire du service public par l'Union européenne. Cette approche restrictive se retrouve par ailleurs dans la conception même de l'intérêt général prévalant au sein de l'Union, laquelle se focalise en effet essentiellement sur des impératifs de cohésion sociale et territoriale. Ce rôle univoque est explicite dans l'article 16 du Traité CE et l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, les deux textes insistant de concert sur cette fonction de cohésion tant au niveau social que territorial<sup>739</sup>. Or une telle approche induit

---

<sup>738</sup> BAILLEUL (David), « Le service universel, futur service public ? », *RRJ* 2000, p. 572.

<sup>739</sup> Intervenue plus tardivement, la mise en valeur de la notion de cohésion territoriale a progressivement pris place parmi les préoccupations des autorités publiques. Reflet des fractures sociales ou de l'existence de zones rurales ou difficiles d'accès (sur la question des inégalités territoriales, BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004, p. 130 et suiv.), la dimension territoriale du principe de cohésion se comprend aujourd'hui comme un enjeu d'intérêt général à part entière, où le service public trouve à jouer un rôle déterminant. Les notions de cohésion territoriale et de service public apparaissent, en effet, intimement liées, au sens où une répartition harmonieuse des services publics sur un territoire donné constitue un instrument privilégié d'aménagement du territoire. Ainsi, « *c'est par l'accès aux services que l'on se propose de réduire la fracture sociale et territoriale, non seulement en luttant contre les exclusions (cohésion sociale), mais aussi en prenant en compte l'identité même du citoyen dans le lieu où il vit (cohésion territoriale) (...)* ». PAULIAT (Hélène), « L'accès aux services d'intérêt général et la cohésion territoriale et

inévitablement une modification de la perception du service public, « *canalisée dans la voie de la solidarité* »<sup>740</sup>. Le principe de solidarité s'étant peu à peu fait une place parmi les « valeurs communes » sur lesquelles se fonde l'Union européenne, elle retient prioritairement des services publics une fonction servant l'objectif de cohésion qu'elle s'est assignée<sup>741</sup>. L'observation de l'émergence de nouveaux « droits-créances » découle ainsi, en effet, le plus souvent, au niveau communautaire comme au niveau national, de mesures d'aménagement des services intéressés visant à permettre l'accès de certaines prestations à tous, et donc, particulièrement aux plus démunis. Une telle approche est en accord avec la logique de dignité sociale et les impératifs de lutte contre l'exclusion qu'elle sous-tend. Elle concorde par ailleurs avec le principe même des « droits-créances », lesquels ont toujours en premier lieu « *été affirmés contre la pauvreté* » et « *visent à réduire la logique marchande et à garantir à tout homme, quel que soit son revenu, l'accès au bien ainsi distingué* »<sup>742</sup>. La préservation d'une logique de service public au sein de ces secteurs soumis aux règles de concurrence s'ordonne à travers la garantie de certains droits reconnus aux individus, et tout particulièrement à ceux qui en sont exclus pour des raisons matérielles. La pérennité du service public s'inscrit ainsi en termes de droits à garantir dans la lutte contre l'exclusion. S'affirmant face à la logique concurrentielle et partant, face au droit communautaire, ce rôle du service public est revalorisé dans ce cadre particulier. Au niveau de l'Union européenne comme, désormais, au niveau national, c'est cette fonction sociale qui légitime la logique de service public dans les services en réseaux intéressés.

Toutefois, ces services publics n'ont pas, à l'origine, une telle vocation sociale. Dispensant néanmoins des prestations dont ils est reconnu aujourd'hui qu'elles permettent « *de "brancher" leurs utilisateurs sur la vie économique et sociale* »<sup>743</sup>, il est alors entendu qu'ils doivent accomplir cette mission de solidarité mais selon un ordre de marche ciblé, et non

---

sociale », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 98. V. également « Les effets territoriaux des politiques communautaires : vers un "droit territorial" ? », in H. Pauliat (dir.), *La cohésion territoriale et les services publics en Europe – Interprétation et portée de l'article 7-D du Traité d'Amsterdam*, PULIM, 1999, p. 123 et suiv. et HUSSON (Claude), *L'Europe des territoires ignorés – Le concept de cohésion territoriale*, Etude DATAR-EUROPA, Septembre 2000.

<sup>740</sup> GRARD (Loïc), « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 38.

<sup>741</sup> V. MOLINIER (Joël) (dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Rapport de recherche de l'IRDE, Toulouse, 2004, p. 211.

<sup>742</sup> ROMAN (Diane), « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », in P. du Cheyron et D. Gélot (dir.), *Droit et pauvreté*, Séminaire ONPES-DREES-MIRE, 2007, p. 39.

<sup>743</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 7<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 99.

généraliste. Leur intervention sociale paraît en effet constituer un « correctif » destiné en priorité à ceux éprouvant des difficultés à accéder aux prestations, et non à l'ensemble de la population, ceux qui le peuvent étant renvoyés aux conditions d'accès usuelles du service. Les mesures spécifiques prises par le législateur national en matière de distribution d'eau ou de tarification sociale de l'électricité ou du gaz témoignent de cette volonté d'interventions spécifiques en direction des plus démunis. Surtout, cette approche rejoint la logique intrinsèque du service universel, en pratique intéressant pour les individus n'ayant d'autre possibilité d'accéder au service<sup>744</sup>. Il est alors possible d'estimer que le service public est recentré sur un rôle « assistantiel » axé « *sur une définition minimaliste de l'objectif d'interdépendance sociale* »<sup>745</sup>. En effet, le service public a vocation originelle à s'adresser à tous selon une logique d'égalité par la généralité qui tend justement à rompre avec les politiques d'assistance autrefois ciblées envers les seuls indigents. En comparaison, le service universel est accusé de créer des « *services à plusieurs vitesses* », à savoir « *un service public sans doute accessible à tous mais réduit aux prestations de base et d'autres services fournissant des prestations plus élaborées mais accessibles à ceux qui sont disposés à en payer le prix* »<sup>746</sup>. Différents arguments pourraient cependant venir nuancer cette critique. En premier lieu, selon les précisions apportées par le Commission dans sa communication du 11 septembre 1996, les Etats membres peuvent toujours « *définir des missions d'intérêt général supplémentaires allant au-delà des obligations du service universel pourvu que les moyens employés restent conformes au droit communautaire* »<sup>747</sup>. Le service universel s'entend ainsi comme une notion « plancher ». Mais c'est surtout le dynamisme de la notion qui semblerait pouvoir écarter, sinon maîtriser, le risque de services à plusieurs vitesses. Toutefois, ce dynamisme demeure pour l'heure relatif. « *Les textes communautaires relatifs au service universel (...) n'ont pas témoigné, pour le moins, d'une frénésie de changement et d'adaptation constantes de la part des institutions communautaires* »<sup>748</sup>. L'enjeu apparaît ainsi particulièrement en débat dans le secteur des télécommunications, où le service universel comprend déjà la fourniture de téléphonie vocale, de télécopie et l'accès à Internet mais écarte encore la téléphonie mobile et l'Internet à haut débit. Or, ces deux dernières prestations

<sup>744</sup> V. Rapport public du Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau », *EDCE* n° 46, La Documentation française, 1995, p. 115

<sup>745</sup> HUBRECHT (Hubert-Gérald), *Droit public économique*, Dalloz, 1997, p. 178.

<sup>746</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 115. Dans le même sens, Rapport public du Conseil d'Etat, *EDCE* n° 46, *op. cit.*, p. 115 ; BOITEAU (Claudie) « Concept communautaire de service public et services publics locaux », *RFDA* 1995, p. 325 et GUGLIELMI (Gilles), « Un service public universel ? », in G. Koubi et O. Jouanjan (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 96.

<sup>747</sup> COM [1996] 443 final, *JOCE* C 281, 26 septembre 1996, p. 7.

<sup>748</sup> LOMBARD (Martine), « L'impact du droit communautaire sur le service public », in J-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p. 973.

crystallisent les interrogations sur le véritable caractère évolutif de la notion, la position de la Commission sur la question restant pour l'heure prudente. En application de l'article 15, paragraphe 1 de la directive du 7 mars 2002, cette autorité a en effet récemment procédé au réexamen de la portée du service universel en matière de télécommunications<sup>749</sup> et a réaffirmé sa volonté de ne pas élargir le service universel aux services mobiles ou à large bande<sup>750</sup>. L'Union européenne préfère en effet utiliser le jeu de la concurrence pour généraliser l'accès à des services de communications mobiles d'un coût abordable. Quant à l'Internet à haut débit, il était estimé lors du premier réexamen, en 2005 qu'« *on ne pouvait parler d'utilisation du service par une majorité de consommateurs* », et que dès lors, « *le haut débit n'était pas encore devenu nécessaire à la vie sociale normale au point que ne pas y avoir accès fût facteur d'exclusion sociale* »<sup>751</sup>. En 2008, la Commission remarque que l'utilisation du haut débit s'est généralisée mais qu'elle n'a pas encore atteint le niveau justifiant de faire entrer le haut débit dans le service universel, et invite seulement pour l'instant à « *suivre la situation de près* »<sup>752</sup>.

Certes, même limitée dans son contenu, l'existence d'un droit d'accès à ces prestations est susceptible de représenter une avancée au regard de la situation antérieure à ces aménagements. Tous ne bénéficient pas des mêmes prestations en fonction de leurs revenus ou de leur situation géographique, mais ces mesures spécifiques constituent cependant, dans leur principe, une réponse au constat des différenciations sociales et territoriales existantes, qu'elles tentent de combler. Cependant, la perception du service public n'est plus la même. Elle s'ordonne de manière dérogatoire, selon une logique qui illustre d'ores et déjà un phénomène dépassant en réalité les seuls services publics en réseaux pour embrasser tous les services publics, à savoir l'abandon d'une action généraliste au profit d'interventions ciblées en faveur de populations en difficulté<sup>753</sup>. Valorisé comme instrument de lutte contre l'exclusion à travers sa défense des « droits-créances » de l'individu, le service public se

---

<sup>749</sup> La directive n° 2002/22/CE précise en effet que « *le réexamen est conduit à la lumière des évolutions sociales, économiques et technologiques, compte tenu, notamment, de la mobilité et des débits de données à la lumière des technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés* » (V. article 15-2 et Annexe V).

<sup>750</sup> V. Commission européenne, 25 septembre 2008, COM [2008] 572 final.

<sup>751</sup> S'agissant de l'Internet à haut débit, et selon les chiffres donnés par la Commission en octobre 2005, seulement 11,5% de la population de l'Union européenne disposaient alors d'une connexion à large bande fixe.

<sup>752</sup> Commission européenne, 25 septembre 2008, COM [2008] 572 final. La Commission note que l'utilisation du haut débit par les ménages de l'Union européenne a triplé entre 2003 et 2007 et envisage le fait qu'à court terme, le bas débit ne permette peut-être plus un accès fonctionnel à Internet.

<sup>753</sup> V. *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier.

retrouve ainsi dans le même temps, au niveau communautaire comme national, inéluctablement aujourd'hui de plus en plus souvent « enserré » dans cette seule voie.

## **CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE**

Le service constitue un instrument indispensable à la garantie des « droits-créances ». Cela a toujours été avalisé au regard des exigences constitutionnelles « classiques », énoncées dans le Préambule de 1946, mais sous une forme qui restait relativement implicite. Au regard de ces nouveaux « droits-créances », en revanche, le lien de garantie se révèle bien plus évident, au sens où leur découverte s'ordonne autour du service public et des aménagements que connaît ce dernier. L'enrichissement du catalogue des droits n'est pas encore formalisé expressément, notamment au niveau constitutionnel. Mais il se découvre progressivement, sous l'impulsion directe ou indirecte d'un principe de dignité sociale dont la préservation fait aujourd'hui, de plus en plus, l'objet d'un consensus à travers le développement des politiques de lutte contre l'exclusion. Triomphe aujourd'hui l'idée que cette lutte s'organise à travers la reconnaissance de droits d'accès à certaines prestations essentielles, dont l'émergence et la satisfaction sont indissociablement liées à l'intervention du service public. C'est sous ce prisme spécifique que se matérialise le rapprochement entre droit communautaire et droit national. Alors même que ces impératifs s'accordent mal avec la logique de libre concurrence défendue par la sphère communautaire, la substance même des services publics en réseaux se trouve valorisée au regard de leur influence en matière de garantie des droits. Mais, « rançon » de cette reconnaissance, c'est selon une approche de plus en plus ciblée vers certaines populations en difficulté que doit s'ordonner prioritairement l'action de ces services. La mise en œuvre généraliste, traditionnellement offerte par le service public au regard des exigences formulées en 1946, cède ainsi le pas devant une logique d'intervention spécifique, par laquelle est mise en valeur la fonction sociale et, partant, la mission de garantie des services en réseaux.

## **CONCLUSION DU TITRE PREMIER**

L'appréhension du lien de garantie noué entre service public et « droits-créances » s'inscrit dans une sphère dynamique. Partie de l'observation des exigences traditionnellement formulées par le Préambule de la Constitution de 1946, l'analyse de ce lien aboutit à constater



qu'apparaissent aujourd'hui, intimement mêlées au service public, certaines exigences formalisant des attentes anciennes, depuis toujours indispensables ou qui le sont devenues. L'accès à ces prestations constitue en effet aujourd'hui un minimum qui n'apparaît pas toujours acquis, alors même qu'il constitue pourtant une condition *sine qua non* de l'insertion pleine et entière dans la société. Plus avant, il est même possible de constater qu'il renforce la portée des « droits-créances » classiques en facilitant l'exercice. Les droits à la protection de la santé, à l'instruction ou à la sécurité matérielle se formalisent en effet plus aisément et efficacement lorsque est reconnu et aménagé l'accès à ces prestations essentielles, que le service public se charge de concrétiser à l'attention de tous. Se révèle ainsi une interaction vertueuse entre ces différents « droits-créances », les uns consacrés depuis 1946, les autres progressivement accueillis dans le droit positif. Une telle interaction peut par ailleurs être retrouvée au-delà de cette sphère spécifique et intéresser, plus largement, les relations entre ces « droits-créances » et les libertés parfois dites de « première génération ». Un lien de complémentarité doit en effet être constaté entre ces prérogatives. Les libertés exigent parfois en effet certaines interventions positives de la part des pouvoirs publics pour être satisfaites, ce qui ne peut manquer d'enrichir la perception du rôle de garantie du service public.



## TITRE SECOND

### SERVICE PUBLIC ET LIBERTES, UN LIEN DE GARANTIE

#### COMPLEXE MAIS INDISCUTABLE

A reprendre la thèse développée par Pierre Delvolvé dans son article « Service public et libertés publiques »<sup>754</sup>, le service public constituerait, de manière générale, une menace pour les libertés. Relevant d'une notion imprécise, subjective et évolutive, l'utilisation de ce procédé conduirait en effet à une restriction des activités privées et mettrait alors en danger les « libertés publiques », sans que soit apportée plus de précision sur la matérialité de ces dernières. Une clarification s'impose ainsi d'emblée. L'utilisation générique du terme « libertés » ne doit pas masquer le fait que ce sont en priorité les libertés dites « économiques », à savoir liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie, qui sont en réalité ici désignées par l'auteur<sup>755</sup>. Il convient du reste de reconnaître avec lui la position spécifique du service public au regard de ces libertés, qui focalise une grande part du débat touchant à la relation entre service public et libertés. Cependant, l'emploi indifférencié du terme « liberté publique » relève alors d'une généralisation, peu à même de rendre compte des spécificités propres à la relation nouée entre service public et libertés économiques d'une part, et celles découlant de la confrontation entre ce procédé et les autres libertés, d'autre part. Certes, il peut être opposé que le catalogue des libertés forme un tout, et que chaque liberté comprend en réalité, de près ou de loin, un aspect économique. Mais, de par les conséquences qu'emporte l'intervention d'un service public dans le cadre économique, c'est au regard de ce domaine particulier que se concentrent la plupart des critiques. Il convient donc d'isoler cet aspect afin d'y apporter la nuance la plus adaptée, ce qui ne peut se faire sans avoir au préalable défendue l'idée que, loin de ne satisfaire que les « droits-créances », le service public trouve également à jouer un rôle, souvent indirect mais essentiel, en faveur de la mise en œuvre des libertés non économiques<sup>756</sup> (*Chapitre premier*). C'est en gardant à l'esprit cette mission de garantie générale des droits et libertés supportée par le service public qu'il

---

<sup>754</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 2.

<sup>755</sup> V. *supra*, Introduction et en ce sens, REGOURD (Serge), « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987, p. 43 : « Il apparaît en réalité que par-delà la confrontation annoncée entre 'service public et libertés', la démonstration est presque entièrement conçue autour de la liberté d'entreprendre ».

<sup>756</sup> Ces libertés non directement économiques seront désignées ci-après sous l'appellation de « libertés ».

convient par la suite d'envisager les termes de sa relation avec les libertés économiques  
(*Chapitre second*).

# CHAPITRE PREMIER

## UNE INTERVENTION DU SERVICE PUBLIC NECESSAIRE

### A L'EXERCICE EFFECTIF DES LIBERTES

La liberté est un « *mot redoutable* »<sup>757</sup> tant le terme est en lui-même à la fois simple et imprécis. Sa définition la plus classique, fournie par le dictionnaire Littré, fait ressortir qu'il s'agit de la « *condition de l'homme qui n'appartient à aucun maître* », et encore d'un « *pouvoir d'agir ou de n'agir pas* », Jean Rivero et Hugues Moutouh ayant pu dégager de ces formules une définition générale selon laquelle « *la liberté est un pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même ses comportements personnels* »<sup>758</sup>. Bien sûr, il ne s'agit là que d'une hypothèse de départ, la signification du concept ne pouvant s'épuiser dans cette simple acception. Toute tentative de définition laisse en effet dans l'ombre certaines interrogations et, au premier chef d'entre elles, ici, les limites à cette autodétermination. Mais un élément de compréhension est cependant immédiatement révélé : la liberté « *est un pouvoir que l'homme exerce sur lui-même* »<sup>759</sup>, et apparaît ainsi spontanément comme un concept n'exigeant d'autrui aucune intervention pour sa satisfaction. Or découle de cette première affirmation une vision aujourd'hui durablement attachée à l'idée même de liberté : l'interdiction d'interférer dans la sphère de liberté d'autrui comme condition de satisfaction de cette dernière. Et cette demande d'abstention, si elle a pour destinataires les individus constitutifs du corps social, s'adresse prioritairement à l'Etat. « *Composantes principales du politique dans un antagonisme permanent* »<sup>760</sup>, liberté et pouvoir sont indissociablement liés et, partant, liberté et Etat, « *pouvoir institutionnalisé (...)* [et] *institution elle-même dans laquelle réside le pouvoir* »<sup>761</sup>. La vision d'un couple « Etat/liberté » irréductiblement antagoniste s'est ainsi popularisée au point de se systématiser

---

<sup>757</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 5.

<sup>758</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Ibid.*

<sup>759</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Ibid.*

<sup>760</sup> MOURGEON (Jacques), *Les droits de l'homme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 8<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 13. Dans le même sens, MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 6.

<sup>761</sup> BURDEAU (Georges), *L'Etat*, Seuil, 1970, p. 71.

dans une équation « *liberté = abstention de l'Etat* » identifiant, derrière toute intervention étatique, une menace potentielle pour les libertés<sup>762</sup>.

Au vu de ces propos liminaires, il peut alors paraître hasardeux, voire paradoxal, d'affirmer que l'intervention du service public puisse être considérée comme un adjuvant de la liberté. La cause semble en effet entendue, toute intervention étatique étant *a priori* évaluée à l'aune d'une menace. Mais les postulats, car cette vision revêt sans aucun doute cette forme, dissimulent toujours certaines nuances. Certes, la liberté reste définie par le pouvoir d'autodétermination qu'elle confère à l'individu et peut exister en elle-même, par le seul choix de ce dernier d'en user. Mais que l'Etat intervienne à son endroit ne signifie pas obligatoirement que cette intervention se fasse dans un but hostile. La systématisation de la méfiance envers les interventions publiques positives, la vision selon laquelle seule une abstention totale des pouvoirs publics est profitable, relève d'une simplification excessive de la relation unissant service public et liberté. Au plan théorique comme au niveau concret, la liberté n'a jamais cessé de réclamer certaines interventions publiques pouvant se traduire sous forme de prestations (*Section première*). La relation doit donc être appréhendée selon une perspective de complémentarité, vision progressivement relayée par le droit positif qui valorise ainsi la garantie offerte par le service public (*Section seconde*).

## **SECTION PREMIERE**

### **UNE GARANTIE REVELATRICE**

### **DU CARACTERE COMPLEXE DES LIBERTES**

Pouvoir d'autodétermination de l'individu sur lui-même, la liberté n'apparaît pas, de prime abord, réclamer d'intervention positive de la part d'autrui pour sa satisfaction. Cependant, de cette proposition théorique a progressivement découlé l'idée selon laquelle toute action positive extérieure constituerait une entrave. L'abstention d'autrui n'a plus alors été considérée comme une caractéristique de la liberté mais comme une condition *sine qua non* de sa garantie. Cette seconde proposition paraît aujourd'hui intimement mêlée à la première, de telle sorte que cette approche invite à regarder toute intervention extérieure comme potentiellement attentatoire. Dans cette perspective, l'Etat est alors le premier visé et, à travers lui, les actions positives dont il serait l'initiateur.

---

<sup>762</sup> En témoigne ainsi l'usage, parfois retrouvé, de l'expression « *liberté-résistance* » s'agissant des libertés liées à un pouvoir d'autodétermination.

Le succès de cette représentation de la liberté s'explique certainement en grande partie par l'évolution des droits de l'homme et l'avènement de « droits-créances ». La symétrie était alors en effet trop belle : aux « *droits de* » succédaient les « *droits à* », à côté des « *pouvoirs d'agir* » intervenaient les « *pouvoirs d'exiger* »<sup>763</sup>, aux « *droits-libertés* » ne réclamant que l'abstention de l'Etat s'ajoutaient les « *droits-créances* », nécessitant l'intervention des pouvoirs publics<sup>764</sup>. Les couples « *liberté/abstention* » et « *droits-créances/prestation* » sont ainsi devenus des lieux communs de la compréhension des droits de l'homme<sup>765</sup>. Toutefois, comme souvent il arrive aux présentations trop parfaitement géométriques, cette approche appelle certaines nuances, particulièrement visibles lorsque les conditions d'exercice de la liberté sont envisagées concrètement. Dans ce cadre, *la* liberté, objet d'étude extra-juridique, cède alors le pas devant *les* libertés, constitutives des différentes facettes du principe telles que consacrées par le droit positif. Or, certaines de ces libertés impliquent directement des interventions publiques positives leur étant spécifiquement attachées et exigent ainsi pour leur satisfaction l'intervention du service public (Paragraphe premier), lequel, en tant qu'instrument de garantie des « droits-créances » aménage par ailleurs, « par ricochet » le contexte nécessaire à leur épanouissement (Paragraphe second).

## PARAGRAPHE PREMIER

### LE SERVICE PUBLIC, INSTRUMENT DIRECTEMENT NECESSAIRE A L'EXERCICE DE CERTAINES LIBERTES

L'affirmation d'une relation de garantie directe entre service public et libertés « classiques » se nourrit en premier lieu d'une simple constatation, souvent passée sous silence bien

---

<sup>763</sup> Selon l'expression retrouvée dans l'ouvrage de Jean Rivero et Hugues Moutouh, *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 86.

<sup>764</sup> Ce dualisme se reflète particulièrement dans la distinction opérée par Georg Jellinek entre « *droits de statut négatif* », à savoir les droits-libertés ne requérant pour s'exercer que l'abstention de l'Etat, et les « *droits de statut positif* », désignant les droits réclamant une intervention positive de l'Etat (les « *droits de statut actif* » se ramenant, quant à eux, aux droits politiques de participation).

<sup>765</sup> Pour le constat de l'existence d'un véritable postulat sur cette question, MEINDL (Thomas), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., 2003, p. 216 ; RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. Koubi, (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 169 et IMBERT (Pierre-Henri), « Droits des pauvres, pauvres droits, Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDJ* 1989, p. 742.

qu'évidente. A analyser en effet les conditions concrètes d'exercice de certaines libertés, il s'avère que ces dernières ne sauraient exister ou, dans une moindre mesure, s'exercer de manière totalement satisfaisante, sans l'intervention spécifique du service public à leur endroit (A). Cette constatation invite alors à envisager les libertés sous un jour plus complexe que celui sous lequel elles sont ordinairement présentées. Loin d'être seulement des libertés « résistances », elles réclament également pour leur effectivité certaines interventions étatiques et laissent ainsi entrevoir les limites de la classification générationnelle traditionnellement admise, laquelle minimise en réalité l'impact positif que le service public peut directement receler à leur endroit (B).

### *A/ Le constat : une intervention du service public parfois indispensable*

La première des interventions étatiques au regard des libertés est, bien sûr, celle qui vise à les reconnaître, à en aménager l'exercice et en assurer le respect par leur consécration en droit positif. Si certaines prestations matérielles se révèlent, par la suite, indispensables à leur concrétisation, ces dernières prennent originairement leur source juridique dans une norme. La première action positive de l'Etat est ainsi, en réalité, toujours une activité de réglementation, même si, « dans cette hypothèse, la prestation [...] revêt beaucoup plus d'importance que l'acte par lequel elle est autorisée et accomplie »<sup>766</sup>.

Cette prestation positive prend par la suite souvent la forme d'une aide financière, ce qu'illustre parfaitement l'exemple de la liberté de la presse. Revendiquée face au pouvoir politique, en réaction à la censure royale, cette liberté, consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>767</sup>, défend le droit d'imprimer et de diffuser librement livres, journaux ou imprimés. Mais le danger que peut constituer le pouvoir envers la liberté de la presse, s'il doit continuer à susciter une certaine vigilance, a peu à peu cédé devant une autre menace. Les activités de presse ont en effet progressivement acquis un poids économique tel que cela a entraîné certains bouleversements<sup>768</sup>. L'activité d'imprimerie a

---

<sup>766</sup> BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J, 1968, p. 120.

<sup>767</sup> Article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des biens les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

<sup>768</sup> La généralisation de l'instruction et l'extension du suffrage, notamment, ont amené des franges de population de plus en plus nombreuses à s'informer par le biais de la presse écrite. Les techniques d'impression ont alors évolué afin de répondre à cette demande, entraînant des investissements financiers de plus en plus conséquents. Pour un rappel de cette évolution, RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 2, PUF,



ainsi progressivement perdu son caractère artisanal, laissant place à une véritable industrie, soumise au risque de concentration des entreprises de presse. La liberté d'imprimer est devenue, concrètement, un simple mot pour ceux ne disposant pas des moyens suffisants pour la mettre en œuvre, les libertés d'expression et d'information s'en trouvant réduites d'autant. Par ailleurs, les contraintes économiques ont de plus en plus pesé sur les publications déjà créées, au point de rendre leur existence incertaine<sup>769</sup>. Face à ce danger, l'Etat n'est plus alors apparu comme une menace, mais comme un adjuvant : l'aide financière publique, par l'instauration, par exemple, de régimes fiscaux avantageux<sup>770</sup>, de la prise en charge d'une partie du transport postal de la presse ou bien encore d'aides directes<sup>771</sup>, est même devenue essentielle à sa survie. Par ces prestations pécuniaires, les pouvoirs publics luttent pour la création et la pérennité de publications, écartent les menaces des faillites, et favorisent alors le pluralisme, défendant dans le même temps la libre communication des pensées et des opinions qui « *ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents (...)* »<sup>772</sup>. La liberté de la presse ne saurait ainsi aujourd'hui se passer de ces interventions pécuniaires publiques<sup>773</sup>.

Mais ces prestations matérielles peuvent également se manifester par l'intervention de services publics, lesquels, assurant la prise en charge d'activités concrètes, auront pour mission de garantir la mise en œuvre de certaines libertés (1), ou d'assurer une mission de contrôle vouée à la défense de certaines d'entre elles, sous la forme spécifique d'autorités administratives indépendantes (2).

---

<sup>7ème</sup> éd., 2003, p. 175 ; DERIEUX (Emmanuel), « Liberté, économie et droit de la presse », *Légipresse* 1997, p. 75.

<sup>769</sup> La création de grands groupes de presse rassemblant plusieurs titres est apparue ainsi comme une très sérieuse menace que le législateur a entendu limiter en interdisant la concentration entre les mains d'une même personne d'un nombre de quotidiens supérieure à 30 % du total. V. loi n° 86-1210 du 27 novembre 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, *JO* 28 novembre 1986, p. 14297.

<sup>770</sup> La presse bénéficie ainsi d'un régime préférentiel en matière de TVA et de l'exonération de la taxe professionnelle pour les éditeurs de feuilles périodiques, certaines agences de presse et les correspondants locaux de la presse régionale et départementale (v. art. 1458 du Code général des impôts)

<sup>771</sup> Peuvent notamment être cités ici le Fonds d'aide aux quotidiens nationaux d'information politique et générale à faibles ressources publicitaires, qui vise à soutenir les titres économiquement vulnérables, ou bien encore le fonds de modernisation de la presse quotidienne et assimilée d'information politique et générale, lequel soutient des projets visant à encourager la lecture de la presse quotidienne chez les jeunes. Sur cette question, DE BELLESCIZE (Diane) et FRANCESCHINI (Laurence), *Droit de la communication*, PUF, 2005, p. 101 et suiv.

<sup>772</sup> CC n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, *Rec.* p. 78 ; considérant n° 38 ; *GDCC*, p. 530.

<sup>773</sup> Au point que la liberté de la presse soit parfois présentée comme une « *liberté assistée* ». BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., 1968, p. 119.

### 1) *Un instrument de concrétisation de certains pouvoirs d'autodétermination*

Dès leur consécration, certaines libertés semblent en effet avoir supposé, de manière implicite, le déploiement de prestations leur étant attachées, l'intervention positive des pouvoirs publics par l'intervention de services publics leur étant dédiés constituant une condition *sine qua non* de leur existence ou, tout du moins, un adjuvant au regard de leur effectivité.

L'intervention du service public entre parfois dans la logique même de certaines libertés. Comme il a déjà pu être constaté<sup>774</sup>, c'est ainsi tout particulièrement le cas de la sûreté individuelle dans son acception de lutte contre l'arbitraire. Dans son acception la plus immédiate, cette dernière s'analyse, sans conteste, comme une obligation de ne pas faire opposée à l'Etat : celle de se comporter en tyran. Sa consécration en France prend d'ailleurs tout naturellement place en ce sens au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte de rupture vis-à-vis de l'absolutisme monarchique<sup>775</sup>. Mais la sûreté ne saurait cependant exister sans certains aménagements pratiques qui paraissent inhérents à l'idée même de lutte contre l'arbitraire. Consacrer le respect de la garantie juridique de l'individu impose ainsi, à l'évidence, une organisation adéquate de la répression, par l'instauration d'un système judiciaire indépendant, qui disposera du monopole en la matière. L'article 66 de la Constitution de la Vème République lie du reste clairement le respect de la sûreté à l'existence du juge : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». De par ses implications mêmes, la sûreté ne saurait ainsi exister sans l'instauration d'un service public de la justice<sup>776</sup>. Et en ce sens, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité, après avoir rappelé l'article 66 de la Constitution, à reconnaître comme conforme à la Constitution une loi prévoyant, en matière d'expulsion des étrangers, un recours devant le tribunal administratif, et non devant la juridiction judiciaire<sup>777</sup>, pourtant gardienne traditionnelle de la liberté individuelle. Il fournit ainsi la preuve « *que ce qui importe, c'est la*

---

<sup>774</sup> V. *supra*, Titre premier, Chapitre premier.

<sup>775</sup> V. en ce sens les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>776</sup> En ce sens, LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 341 ; RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. KOUBI (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 183 et MEINDL (Thomas), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., 2003, p. 214.

<sup>777</sup> CC n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 135, considérants n° 10 et 11 ; RFDA 1987, p. 120, note B. Genevois.

*sûreté, c'est-à-dire l'intervention d'une juridiction, plus que le caractère administratif ou judiciaire de cette dernière* »<sup>778</sup>.

De la même manière, il est toujours loisible de considérer la liberté de l'enseignement comme appelant par sa définition même l'existence d'un service public de l'éducation pris en charge par l'Etat. L'affirmation peut paraître quelque peu provocatrice, au sens où cette liberté s'est comprise, historiquement, en réaction contre le monopole étatique instauré en la matière à partir du Premier Empire<sup>779</sup>. Dès l'origine, les revendications attachées à la liberté de l'enseignement se sont ainsi cristallisées sur l'existence d'un enseignement privé assumé par des particuliers aux côtés de l'enseignement public. Ce premier aspect de la liberté de l'enseignement, perpétuel objet de controverses, touche à la « *liberté d'enseigner* »<sup>780</sup> et, dans ce cadre, l'intervention de l'Etat a toujours été considérée comme un présupposé, par ailleurs hostile car revêtant à l'origine le caractère d'un monopole. Mais la liberté de l'enseignement s'intéresse également au destinataire de cet enseignement et se comprend donc, en outre, comme constitutive de « *la liberté de l'enseigné* »<sup>781</sup>. Ce dernier doit pouvoir choisir l'enseignement qui lui sera prodigué, ce qui sous-entend une pluralité de modes d'organisation et la coexistence d'un enseignement privé et d'un enseignement public<sup>782</sup>. En effet, la seule existence d'établissements privés ne saurait répondre à cette exigence de pluralité, notamment parce que la majorité de ces établissements sont de nature confessionnelle et ne sauraient alors satisfaire les personnes revendiquant un enseignement religieusement ou philosophiquement neutre<sup>783</sup>. L'existence d'un service public de

---

<sup>778</sup> LUCHAIRE (François), « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 619.

<sup>779</sup> Sous Napoléon, l'Université impériale est ainsi « *chargée exclusivement de l'enseignement et de l'éducation publique dans tout l'empire* ». « *Aucune école, aucun établissement public d'instruction ne peut être formé hors de l'université impériale et sans l'autorisation de son chef* » (décret du 17 mars 1808). Pour un rappel de l'historique de la liberté d'enseignement, AUBIN (Marie-Eve), « La question de la liberté de l'enseignement », *RA* 1999, numéro spécial n° 2, p. 56 et suiv.

<sup>780</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 2, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 219.

<sup>781</sup> La liberté de l'enseignement « *a d'abord été celle du fondateur de l'école et du maître ; mais c'est aussi de plus en plus le droit de l'élève et de ses parents à bénéficier d'un enseignement et à choisir cet enseignement* ». FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 539.

<sup>782</sup> Cette nécessité est défendue par le Conseil constitutionnel dans sa décision 77-87 DC du 23 novembre 1977 « *Liberté d'enseignement et de conscience* » (*Rec.* p. 42 ; *GDCC*, p. 332). En effet, en insistant sur le fait que le respect du « *caractère propre d'un établissement lié à l'Etat par contrat* » n'est que « *la mise en œuvre du principe de la liberté de l'enseignement* », est implicitement rappelée la nécessité d'une pluralité dans les enseignements, entre public et privé.

<sup>783</sup> Historiquement, les initiatives privées en matière d'éducation ont presque toujours été le fait des Eglises, soucieuses d'offrir aux enfants une formation conforme aux préceptes religieux. L'Ancien Régime ne connaissait d'ailleurs pas, à proprement parler, de système d'enseignement public, la fonction d'éducation revenant à l'époque quasiment exclusivement à l'Eglise catholique (Sur ce point, DE LAUBADERE (André) et VENEZIA (Jean-Claude), *Traité de droit administratif*, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1997, p. 341). La lutte contre le monopole étatique en matière d'enseignement a donc naturellement été menée en premier lieu par les Eglises,

l'enseignement pris en charge par l'Etat se révèle donc toute aussi nécessaire que l'existence d'un enseignement de type privé. Ces deux interventions sont essentielles à l'exercice de la liberté d'enseignement, mais nul ne s'étonnera cependant que ce soit la question de l'intervention privée qui ait focalisé, et focalise encore, toute l'attention. La liberté de l'enseignement s'est construite et développée pour défendre cette initiative des particuliers contre l'hégémonie de l'Etat, et non le contraire. Tenant l'intervention de l'Etat pour un acquis, cette liberté se comprend ainsi largement envers ce dernier comme une obligation de ne pas faire. Mais cet acquis fait partie de sa définition même.

Par ailleurs, l'intervention du service public peut également conditionner, non pas l'existence pure et simple d'une liberté, mais son exercice satisfaisant. Ainsi, le droit d'asile demande une intervention de l'Etat pour son exercice effectif, et ce alors même que son acception la plus immédiate le place dans la catégorie des libertés. Il peut en effet se définir comme « *le droit d'un étranger d'entrer et de séjourner sur le territoire national afin d'échapper à un danger qui le menace dans son propre pays* »<sup>784</sup>. Rattaché à la liberté du déplacement et bénéficiant d'une protection constitutionnelle à travers l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>785</sup>, ce droit a été explicité par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 12 et 13 août 1993 « *Maîtrise de l'immigration* »<sup>786</sup> comme impliquant que l'étranger s'en réclamant « *soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande* »<sup>787</sup>. En clarifiant son contenu, le Conseil révèle ici le caractère complexe du droit d'asile. Le droit au séjour provisoire implique en effet, en amont, le droit d'entrée sur le territoire et impose à l'Etat une attitude d'abstention : il ne peut empêcher l'accès au territoire national ou refouler la personne requérant l'asile tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande. Mais, par là même, le droit d'asile implique également, en aval, l'enregistrement et l'examen de la demande d'asile<sup>788</sup> par les autorités relevant des services publics intéressés<sup>789</sup>. Cette

---

qui revendiquaient la possibilité de fournir une alternative à l'enseignement laïque, ce qui explique ainsi la très forte proportion d'établissements confessionnels dans le système d'enseignement privé.

<sup>784</sup> FIALAIRE (Jacques) et MONDIELLI (Eric), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005, p. 392.

<sup>785</sup> Alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

<sup>786</sup> CC n° 93-325 DC, 12 et 13 août 1993, « *Maîtrise de l'immigration* », *Rec.* p. 224 ; *GDCC*, p. 697. Sur la reconnaissance du droit d'asile en tant que liberté, il importe de rappeler, avec Marie-Pauline Deswarte, que le Conseil constitutionnel s'est prononcé, à l'occasion de cette décision, sur le respect de nombreux autres droits (droit à la sécurité sociale, protection de la santé, obtention de moyens convenables d'existence), et que seuls ces derniers ont été inscrits sous la rubrique « droits sociaux », les autres, et donc le droit d'asile, apparaissant alors « *d'avantage [comme] des libertés à respecter* » (« Droits sociaux et Etat de droit », *RDP* 1995, p. 972).

<sup>787</sup> V. considérant n° 84 de la décision CC n° 93-325 DC, *préc.*

<sup>788</sup> Dans sa décision des 12 et 13 août 1993, au considérant n° 88, le Conseil constitutionnel souligne même que « *le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et*

caractéristique est d'ailleurs formalisée par le juge administratif, qui a intégré le droit constitutionnel d'asile dans le catalogue des libertés fondamentales protégées par la procédure du référé-liberté<sup>790</sup>. A ce titre, le droit de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de la demande est considéré comme un corollaire du droit d'asile et pourra dès lors, s'il n'est pas respecté, faire l'objet de cette procédure d'urgence<sup>791</sup>, comme pourra également être reconnu comme une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale le fait de refuser l'enregistrement d'une demande d'asile et de procéder à son examen<sup>792</sup>, ou bien encore, dans un centre de rétention administrative, de ne pas mettre à la disposition du demandeur d'asile les services d'un interprète pour formuler sa demande<sup>793</sup>. Certaines prestations concrètes doivent ainsi être prises en charge par les pouvoirs publics afin de garantir la mise en œuvre de cette liberté.

Certains services publics trouvent également un rôle à jouer en matière de liberté religieuse, et plus précisément au regard d'une des ses composantes<sup>794</sup>, la liberté de culte, c'est-à-dire la liberté de se livrer aux rites et pratiques liés à la foi, de manière individuelle et collective. En

---

*judiciaires françaises de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa (...)*». Mais cette réserve d'interprétation stricte concernait les cas où la demande d'asile avait déjà été examinée par un autre Etat partie aux accords de Schengen, et n'avait pas été favorablement accueillie par le ministère de l'Intérieur. En effet, elle obligeait la France à examiner des demandes d'asile rejetées dans d'autres pays membres et remettait alors en cause le système d'unicité de la demande d'asile prévu par ces accords. Est donc intervenue la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 qui a inséré dans la Constitution un article 53-1 selon lequel «*La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées*». «*Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu des ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif*». Selon cette formulation, il semble que le droit d'asile perde alors sa qualité de «*droit individuel à recevoir*» pour acquérir celui de droit étatique, à octroyer ou non. (En ce sens, PACTEAU (Bernard), «*Les droits fondamentaux des étrangers*», REDP 1995, p. 625). Certains auteurs rappellent cependant que le droit commun de l'asile constitutionnel reste attaché à l'alinéa 4 du Préambule de 1946 et qu'«*un étranger se présentant directement aux frontières françaises ne doit donc pas voir sa situation être modifiée a priori*». LABAYLE (Henri), «*Alinéa 4*», in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 109.

<sup>789</sup> Ce sont l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et, le cas échéant, la Commission de recours des réfugiés (CRR) qui statuent sur les demandes d'éligibilité à la qualité de réfugié. Les demandeurs du statut de réfugié, ainsi que les déboutés de ce statut, peuvent également solliciter l'asile territorial, lequel est susceptible d'être accordé par le ministre de l'Intérieur après demande à la Préfecture.

<sup>790</sup> V. CE ord., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, Rec. Leb. p. 12, AJDA 2001, p. 589, note Morri et Slama.

<sup>791</sup> Pour un exemple de la reconnaissance, en tant que corollaire d'une liberté fondamentale, du droit de demeurer sur le territoire national durant l'examen de la demande, v. CE ord., 3 mai 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Epoux Dziri*, Rec. Leb. p. 227, D. 2001, Jurisp., p. 3478, note Julien-Laferrière.

<sup>792</sup> CE ord., 15 février 2002, *Hadda*, Rec. Leb. p. 45, RFDA 2002, p. 436.

<sup>793</sup> Pour exemple, v. TA Melun, ord. 8 octobre 2004, *M. Onica*, req. n° 045548/4. Sur ce point, POULY (Christophe), «*Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers*», *Gaz. Pal.* 30 juillet 2005, p. 2475.

<sup>794</sup> Il est en effet possible de considérer la liberté religieuse sous deux aspects : la liberté de conscience, qui implique le droit de choisir d'adhérer à une croyance ou non, et la liberté de culte. En ce sens, LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 421.

cette matière, le rôle alloué à l'Etat est, depuis longtemps maintenant, fixé par la loi de séparation entre l'Eglise et l'Etat<sup>795</sup>. Le texte du 9 décembre 1905 précise ainsi, en son article 2 alinéa 1<sup>er</sup>, que « *La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* », après avoir rappelé dans un article premier que « *la République assure la liberté de conscience [et] garantit le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public* ». Ces dispositions affirment ainsi en premier lieu la neutralité religieuse de l'Etat, lequel n'a pas de conviction religieuse déterminée et doit donc les respecter toutes, sans en favoriser aucune. Mais elles impliquent également que l'Etat assure la garantie de la liberté de culte, en en rendant possible l'exercice. Cette garantie ne peut normalement se faire sur la base d'un financement public. Mais cette règle de non subventionnement a, depuis l'origine, été appliquée sans rigueur excessive et permis certains soutiens financiers indirects aux cultes. La loi de 1905 prévoyait elle-même certaines dérogations concernant, notamment, la prise en charge financière par les personnes publiques de l'entretien des édifices culturels restant leur propriété<sup>796</sup>. Par ailleurs, l'appréciation du juge administratif sur ces questions de subventionnement s'est souvent révélée libérale<sup>797</sup>, le Conseil d'Etat ayant précisé récemment que le principe posé par l'article 2 n'avait pas valeur constitutionnelle<sup>798</sup>, quand de nombreux mécanismes d'aides indirectes ont progressivement été mis en place par le législateur<sup>799</sup>. Prenant acte de cette relativité concrète du principe de non subventionnement, le rapport dit « Machelon » sur les relations des cultes avec les

---

<sup>795</sup> Hors hypothèse spécifique de l'Alsace-Moselle et de certaines collectivités d'Outre-Mer.

<sup>796</sup> Les édifices culturels catholiques construits avant 1905 restent propriétés de l'Etat et des communes, qui assument leur entretien, l'article 19 de la loi de 1905 laissant par ailleurs la possibilité aux collectivités d'assurer la réparation d'édifices de culte appartenant aux associations culturelles non catholiques.

<sup>797</sup> Le juge administratif ayant autorisé, par exemple, le financement du chauffage d'un édifice de culte par la commune (CE, 7 mars 1947, *Lapeyre, Rec. Leb.* p. 104), ou la rémunération d'un ministre du culte pour avoir célébré les obsèques de soldats (CE, 6 janvier 1922, *Commune Perquie, Rec. Leb.* p. 14).

<sup>798</sup> CE, 16 mars 2005, *Ministre de l'Outre-mer contre Gouvernement de la Polynésie française, Rec. Leb.* p. 108, *AJDA* 2005, p. 1463, note C. Durand-Prinborgne. Mais le Conseil d'Etat retrouve parfois une certaine sévérité vis-à-vis de cette règle de non-subventionnement, comme l'illustre son arrêt du 9 octobre 1992, *Commune de Saint-Louis de La Réunion (Rec. Leb.* p. 358, *JCPG* 1993, n° 22068, p. 226, note A. Ashworth), par lequel il étend l'interdiction de subvention aux associations mixtes, exerçant à la fois des activités culturelles et des activités sociales et culturelles. Certaines jurisprudences des tribunaux administratifs renouent également parfois avec une appréciation stricte de cette interdiction. V. TA Lyon, 22 mars 2007, *Picquier c/ Fédération Libre pensée et action sociale du Rhône* et TA Marseille, 17 avril 2007, *Association Mouvement pour la France et a. c/ Ville de Marseille*. V. TAWIL (Emmanuel), « Le financement public des cultes : quand des tribunaux administratifs prennent des initiatives hasardeuses », *JCP A* 2007, n° 21, p. 26.

<sup>799</sup> Parmi ces derniers, peuvent être recensées l'exonération de l'impôt foncier pour les édifices culturels (loi du 19 juillet 1909), l'instauration de déductions fiscales pour les contribuables ayant versé des dons à des associations religieuses (loi du 23 juillet 1987), la possibilité d'octroi par les collectivités publiques de garanties d'emprunt pour « *la construction d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux* » (loi du 29 juillet 1961, article L. 2252-4 du CGCT), ou bien encore la location sous forme de bail emphytéotique d'un bien immobilier d'une collectivité « *en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public* » (V. ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006). Sur ce point, WOEHRLING (Jean-Marie), « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP* 2006, p. 1643.

pouvoirs publics, rendu le 20 septembre 2006, propose d'ailleurs de faciliter les hypothèses de financement public, et soulève même l'éventualité de subventions directes allouées par les collectivités afin de faciliter la construction de lieux de culte<sup>800</sup>. La loi de 1905 paraît ainsi sur ce point avoir depuis longtemps fait preuve de son adaptabilité<sup>801</sup> et ouvert un champ d'intervention des pouvoirs publics en matière financière. Mais des actions en faveur de l'exercice des cultes sont également menées par l'intermédiaire du service public. Certaines passent ainsi par l'aménagement de services, et notamment la mise en place d'aumôneries. Consacrées de manière indirecte par l'article 2 alinéa 2 de la loi de 1905, lequel précise que « *pourront toutefois être inscrites [au budget de l'Etat, des départements et des communes] les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinés à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics, tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons* », ces aumôneries conditionnent en effet l'exercice effectif des cultes. Les autorités des services publics intéressés<sup>802</sup> se doivent donc de respecter cette exigence, cette dernière s'appréciant cependant souplesment. Elle suppose en effet, au minimum, la possibilité pour les ministres du culte d'accéder aux établissements et, pour les personnes concernées, de pratiquer leur culte de façon individuelle ou collective<sup>803</sup>, mais paraît en pratique le plus souvent satisfaite par la mise en place d'aumôneries permanentes. Dans le même ordre d'idée, les cantines des services publics prennent de plus en plus en considération les prescriptions alimentaires propres à chaque religion, et ce alors même que cette action ne relève pourtant d'aucune prescription juridique contraignante<sup>804</sup>. Enfin, il importe de rappeler l'utilisation ancienne du service public de l'audiovisuel afin de permettre l'exercice de la liberté de culte aux personnes dans l'incapacité de se déplacer<sup>805</sup>. Apparues après la seconde guerre mondiale, les émissions religieuses concernent, selon l'article 56 de la loi du 30 septembre 1986<sup>806</sup>, les principaux cultes pratiqués en France, et sont maintenues du fait de « *l'existence d'un besoin*

---

<sup>800</sup> V. Rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, disponible sur le site de la Documentation française et WOEHLING (Jean-Marie), « Le rapport Machelon : une utile contribution à la démythification du droit français des cultes », *JCP A* 2006, n° 48, p. 1545.

<sup>801</sup> Caractère adaptable mis en avant par Jean Morange, dans son article « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA* 2005, p. 159.

<sup>802</sup> Sachant que la liste établie en 1905 n'est pas limitative, la règle étant qu'une aumônerie peut théoriquement être organisée dans n'importe quel service public. En ce sens, MESSNER (François), PRELOT (Pierre-Henri) et WOEHLING (Jean-Marie) (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 457.

<sup>803</sup> V. CE, 28 janvier 1955, *Aubrun et Villechenoux*, *Rec. Leb.* p. 50.

<sup>804</sup> Cette question étant le plus souvent réglée par la voie de circulaires. Sur l'ensemble de ces aménagements, v. également *infra*, Seconde partie, Titre second, Premier Chapitre.

<sup>805</sup> En ce sens, la Haute autorité de la communication audiovisuelle avait constaté que « *les émissions religieuses à la télévision (...) sont destinées à un public qui ne peut, pour de multiples raisons, assister au culte de son choix* » (Rapport 1983-1984, p. 68). V. *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français*, Les éditions du cerf, 2005, p. 572.

<sup>806</sup> Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication (*JO* 1<sup>er</sup> octobre 1986, p. 11755), confirmée par loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 (*JO* 2 août 2000, p. 11903).

reconnu, dont la définition est comparable à la motivation de l'existence légale des aumôneries (...) »<sup>807</sup>.

Les exemples fournis montrent ainsi que beaucoup de libertés sont plus complexes qu'elles ne peuvent paraître au premier abord. Au regard de leur objet et des implications concrètes qui en découlent, l'Etat ne peut adopter à leur égard une simple attitude d'abstention. Il se trouve ainsi obligé de prendre en charge certaines activités indispensables à la pleine effectivité des libertés envisagées. En réalité très classique, cette nécessité d'intervention positive est par ailleurs susceptible de prendre parfois une forme plus novatrice, consistant en la création de services publics spécifiquement attachés à la défense de certaines libertés et prenant la forme d'autorités administratives indépendantes.

## 2) Une protection offerte par des autorités administratives indépendantes

Dotées d'un statut extrêmement spécifique, notamment de par leur autonomie au regard de la hiérarchie administrative traditionnelle, ces autorités n'en demeurent pas moins des organes étatiques<sup>808</sup> assurant la conduite de missions de service public<sup>809</sup>. La diversité de ces autorités et de leurs domaines de compétences, rend certes, de prime abord, toute définition d'ensemble délicate. Mais il est d'usage de considérer que ces structures sont appelées à intervenir dans des domaines au sujet desquels une intervention directe de l'administration pourrait être mal perçue<sup>810</sup>. Or, parmi ces domaines se trouve, notamment, celui des libertés publiques. Des autorités administratives indépendantes peuvent ainsi être créées en cette matière, leur

---

<sup>807</sup> *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français, Ibid.*

<sup>808</sup> Les autorités administratives indépendantes ne sont pas, en principe, dotées d'une personnalité juridique distincte de l'Etat (exception faite, par exemple, de l'Autorité des marchés financiers) et sont financées sur le budget de l'Etat, leurs personnels étant par ailleurs régis par les mêmes règles que celles s'appliquant aux personnels des administrations classiques.

<sup>809</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 325 et SERRAND (Pierre), *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 2<sup>nde</sup> éd., 2007, p. 300.

<sup>810</sup> Ces domaines d'intervention ont été recensés dans le rapport du Conseil d'Etat dévolu à cette question, qui propose de reconnaître, outre l'activité de protection des libertés publiques, quatre autres missions principales confiées aux AAI : des missions de médiation, de régulation, notamment économique, de garantie de l'impartialité de la puissance publique dans certains domaines (comme la Commission pour la transparence financière de la vie politique) et, enfin, des missions d'évaluations pluridisciplinaires et d'expertise. Rapport public du Conseil d'Etat, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE* n° 52, 2001, p. 307.



intervention étant considérée par le Conseil constitutionnel comme une garantie fondamentale des libertés intéressées<sup>811</sup>.

C'est le cas de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL). Première autorité administrative indépendante reconnue comme telle par la loi du 6 janvier 1978<sup>812</sup>, cette structure a pour mission de contrôler le traitement automatisé des données nominatives. Le nombre de fichiers informatiques comportant des données personnelles sur les individus n'a en effet cessé de croître, dans le secteur public comme dans le secteur privé, et a dès lors soulevé de nombreuses questions touchant au droit au respect de la vie privée des individus, composante de leur liberté individuelle. La loi de 1978 a souhaité répondre à ce danger par l'instauration d'un dispositif de protection, reposant sur le principe selon lequel toute personne a droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés<sup>813</sup>, et mettant en place la CNIL. Tout traitement de données à caractère personnel doit ainsi faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de cette dernière<sup>814</sup>, laquelle est également chargée de veiller au respect des obligations des responsables du traitement, et dispose pour cela d'un pouvoir de contrôle, de recommandation<sup>815</sup> et de réglementation<sup>816</sup>. Elle informe par ailleurs le public sur l'existence et la mise en place des traitements informatisés et peut saisir les juridictions des infractions qu'elle constate, ce panel de compétences en faisant l'alliée privilégiée du citoyen dans sa demande de transparence vis-à-vis de l'utilisation de données lui étant propres. Parallèlement, la reconnaissance dans la loi du 17 juillet 1978<sup>817</sup> de « *la liberté d'accès aux documents administratifs* », rattachée au « *droit de toute personne à l'information* », s'accompagne de la mise en place d'une autorité administrative indépendante chargée de faire

---

<sup>811</sup> CC n° 84-173 DC, 28 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation du service de radio télévision*, Rec. p. 63. Etait en cause dans cette décision la Haute autorité de la communication audiovisuelle, ancêtre du Conseil Supérieur de l'audiovisuel.

<sup>812</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 janvier 1978, p. 227, modifiée par loi n° du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *JO* 7 août 2004, p. 14063

<sup>813</sup> Est par ailleurs interdite, sauf exceptions, la collecte des informations relatives aux origines ethniques, aux opinions politiques, religieuses, philosophiques, syndicales, relatives à la santé ou l'orientation sexuelle des personnes.

<sup>814</sup> Article 22 de la loi du 6 janvier 1978. Il s'agit d'une procédure d'avis préalable lorsque le traitement est mis en œuvre par les personnes publiques.

<sup>815</sup> V. ainsi la note adressée par la CNIL au ministère de l'Intérieur le 8 avril 2008 ([www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)) dans laquelle cette dernière soulève la question des partages des compétences quant aux autorisations de mise en place de systèmes de vidéosurveillance et tend à la centralisation de cette compétence entre ses mains afin de simplifier ce contrôle. V. PERRY (Romain), « La CNIL : seul rempart contre la vidéosurveillance ? », *Gaz. pal.* 2008, n° 149, p. 4.

<sup>816</sup> Ces pouvoirs ont été modernisés par les décrets du 20 octobre 2005 (décret n° 2005-1309, *JO* 22 octobre 2005, p. 16769) et du 25 mars 2007 (décret n° 2007-451, *JO* 28 mars 2007, p. 5782).

<sup>817</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* 18 juillet 1978, p. 2851.

respecter les prescriptions posées par le texte. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>818</sup> dispose ainsi d'un pouvoir d'avis sur saisine des particuliers, de conseil et de proposition auprès des autorités compétentes<sup>819</sup>, qu'elle a su utiliser afin d'établir une doctrine tentant de donner plein effet à cette liberté<sup>820</sup>. Une garantie supplémentaire du droit au respect de la vie privée découle par ailleurs de la création, en 1991, de la Commission nationale des interceptions de sécurité<sup>821</sup>, laquelle est chargée de veiller au respect des dispositions autorisant, sous conditions et dans un but d'ordre public, les interceptions de correspondances émises par la voie de communications électroniques.

Dans un autre domaine peut également être évoqué le Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui assure, quant à lui, la surveillance de l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle. En vertu de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication<sup>822</sup>, en effet, cette autorité « *garantit l'exercice de la communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision (...). Il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radio et de la télévision ; il veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services (...)* »<sup>823</sup>, et dispose pour cela d'une gamme de pouvoirs très étendus, allant jusqu'à la possibilité de prononcer des sanctions.

Ces autorités administratives indépendantes « historiques » ont par ailleurs depuis lors été rejointes par de nombreuses nouvelles entités. Parmi ces dernières et sans prétendre ici à l'exhaustivité, il faut citer la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Créée par la loi du 30 décembre 2004<sup>824</sup>, son rôle, ambitieux, est de lutter contre « *toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie* », cette autorité disposant pour cela d'un large

---

<sup>818</sup> La CADA est, depuis une ordonnance du 6 juin 2005, expressément reconnue en tant qu'autorité administrative indépendante. V. ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques (*JO* 7 juin 2005, p. 10022).

<sup>819</sup> Dans le cas particulier de réutilisation d'informations publiques par un opérateur privé, la CADA dispose également, depuis l'ordonnance du 6 juin 2005, du pouvoir d'infliger des sanctions administratives. Sur ce point, DELAUNAY (Bénédicte), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques », *AJDA* 2006, p. 1383.

<sup>820</sup> En ce sens, DELAUNAY (Bénédicte), « Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *TDP* 2003, n° 2, p. 163 et OBERDORFF (Henri), *Les institutions administratives*, Ed. Sirey, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 119.

<sup>821</sup> Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, *JO* 13 juillet 1991, p. 9167.

<sup>822</sup> Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JO* 1<sup>er</sup> octobre 1986, p. 11755.

<sup>823</sup> Article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986, *préc.*

<sup>824</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* 31 décembre 2004, p. 22567.

pouvoir d'enquête, de recommandation et de médiation. Les relations des individus avec la force publique sont également soumises à contrôle à travers l'intervention de la Commission nationale de déontologie et de la sécurité, laquelle peut enquêter sur tout manquement déontologique imputable à un policier, gendarme ou surveillant de prison<sup>825</sup>. Dans le cadre pénitentiaire, trouve également à intervenir depuis peu le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, autorité créée par la loi du 30 octobre 2007<sup>826</sup> et ayant pour mission de s'assurer du respect des droits fondamentaux des personnes privées de liberté et de rendre compte de ses observations. Enfin, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a donné naissance à une nouvelle autorité administrative indépendante, le Défenseur des droits, qui aura vocation à veiller « *au respect des droits et libertés par les administrations de l'Etat, les établissements publics ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* »<sup>827</sup>. Il n'est pas exclu que s'organise d'ailleurs, sous la bannière de cette nouvelle autorité, un regroupement de certaines des AAI de défense des droits précédemment évoquées<sup>828</sup>. Un souci de simplification et de rationalisation semble en effet avoir présidé à la création de ce Défenseur des droits dont la lettre de mission, extrêmement large, pourrait englober l'action de ces dernières.

Ces différentes autorités administratives indépendantes ont pour but la défense de libertés relevant de domaines considérés comme sensibles, car devant « *être protégés à la fois de la pression des groupes d'intérêt et de l'emprise du pouvoir politique* »<sup>829</sup>. La dichotomie du rôle de l'Etat vis-à-vis de ces libertés apparaît donc clairement, ces autorités administratives indépendantes étant appelées à intervenir dans des matières où les pouvoirs publics sont potentiellement menaçant pour les libertés<sup>830</sup> mais envers lesquelles ces derniers doivent, malgré tout, dans le même temps, assurer une surveillance et une réglementation des activités en cause. D'où l'utilité des autorités administratives indépendantes, qui pourront contrôler

---

<sup>825</sup> Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JO* 7 juin 2000, p. 8562. V. GOUHIER (Sébastien), « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens », *RFDA* 2002, p. 384.

<sup>826</sup> Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, *JO* 31 octobre 2007, p. 17891. V. MOLINER-DUBOST (Marianne), « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté », *AJDA* 2008, p. 84.

<sup>827</sup> Titre XI *bis* de la Constitution de 1958.

<sup>828</sup> Pourraient ainsi être concernés, entre autres, la Halde, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la Commission nationale de déontologie et de la sécurité et la CNIL. V. TEITGEN-COLLY (Catherine), « Le défenseur des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », *LPA* 19 décembre 2008, n° 254, p. 125.

<sup>829</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1986, n° 3254.

<sup>830</sup> La CNIL est ainsi créée en 1978 en réponse aux craintes et interrogations suscitées par un projet de système automatisé des fichiers administratifs, dit projet SAFARI, lequel consistait à octroyer à chaque Français un numéro d'identification afin de faciliter la communication entre administrations.

l'action des personnes privées comme celle des pouvoirs publics, leur indépendance prenant dans cette hypothèse tout son sens, et qui constituent donc un « *moyen terme* »<sup>831</sup> adapté à des libertés dont les attentes par rapport à l'Etat oscillent entre méfiance et demande d'intervention.

Ainsi, de nombreuses libertés impliquent que l'Etat dépasse une simple attitude de réserve. Sans intervention spécifique du procédé de service public à leur égard, ces libertés, malgré leur consécration, seraient condamnées à rester en grande partie dépourvues d'effectivité. Les différents exemples évoqués permettent de prendre conscience d'une réalité parfois toute autre que celle défendue par la présentation classique des « *libertés-résistances* ». Ce constat invite alors à se dépouiller des acquis et présupposés opposant droits de « *première* » et de « *seconde génération* » et qui cantonne traditionnellement le service public à la garantie des seuls « *droits-créances* ».

### ***B/ La conséquence : une équation « liberté=abstention » à nuancer***

L'observation concrète des modalités de mise en œuvre des libertés qui vient d'être conduite amène à prendre acte de leur caractère parfois complexe. Parmi le catalogue des libertés publiques, en effet, certaines appellent directement pour leur satisfaction une action publique positive, notamment sous forme de service public. Cette constatation oblige alors à repenser l'appréhension théorique des libertés dites « *résistances* » vis-à-vis des interventions étatiques en général, et du service public en particulier (1), et à plaider ainsi, plus largement, pour l'assouplissement de la séparation traditionnellement opérée entre « *générations* » de droits et libertés, laquelle tend à masquer les potentialités directes de ce procédé (2).

#### *1) Une intervention du service public, obligation « seconde » au regard de libertés négatives*

Ainsi qu'il a été constaté, les attentes de certaines libertés vis-à-vis de l'Etat peuvent sembler marquées du sceau de la contradiction, voire de l'incohérence : facultés d'autodétermination de l'individu, elles paraissent, néanmoins, ne pouvoir se passer de l'intervention du service public pour être effectives. Toutefois, cette contradiction n'est qu'apparente, ce que s'est

---

<sup>831</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*

attaché à démontrer Philippe Braud dans son étude sur la notion de liberté publique en droit français<sup>832</sup>. Cet auteur rappelle que les libertés publiques sont effectivement considérées en priorité, à l'intention d'autrui, comme des « *obligations de ne pas faire* »<sup>833</sup>. Mais il s'interroge cependant sur la validité de cette proposition lorsqu'elle est confrontée à la réalité, et offre alors certaines précisions quant à la compréhension du contenu d'une « *obligation négative* », estimant que relève de cette dernière soit une « *obligation d'abstention stricto sensu* », soit une simple interdiction « *d'empêcher ou même d'entraver l'activité d'une autre personne* »<sup>834</sup>. Selon cette seconde approche, la possibilité d'une intervention positive n'est pas exclue ; il importe seulement qu'elle n'ait pas pour but de faire obstacle à la liberté. Philippe Braud propose donc d'opérer une distinction entre l'obligation principale attachée à la liberté en cause, l'obligation de ne pas faire, comprise comme obligation de respecter la liberté et de ne pas l'empêcher, et les obligations « secondes », dérivées de cette liberté et s'y « *rattachant par un lien nécessaire de même nature que la relation entre cause et conséquence* ». Ces obligations « secondes » constituent en effet « *des compléments indissociables de l'engagement initial sans lequel celui-ci finirait par être vidé de sa signification* »<sup>835</sup>. Selon cette présentation, la plupart des libertés sont ainsi réductibles à des « *schémas élémentaires* », se rapportant, pour l'Etat, à des obligations principales de ne pas entraver la liberté, auxquelles se rattachent par la suite des obligations positives dérivées, que l'exercice concret des libertés rend nécessaires. Les différentes interventions de service public reconnues directement favorables à l'effectivité de ces libertés s'insèrent sans difficulté dans cette démonstration. En prenant en charge certaines activités corollaires, les pouvoirs publics, loin d'entraver ces libertés, tendent à les mettre en œuvre. Le statut négatif des libertés en cause est préservé, car celui-ci n'a jamais entendu refuser que des interventions positives puissent se matérialiser afin de leur offrir une garantie concrète.

Il n'y a donc pas de renversement à opérer dans l'appréhension traditionnelle des libertés dites « de première génération », lesquelles réclament toujours en premier lieu que les pouvoirs publics s'abstiennent de les contrarier, mais une nuance qui vient enrichir l'appréhension de ces libertés. Ces actions positives confirment la simplicité trompeuse d'une appréhension des libertés sous leur seul aspect de « résistance » vis-à-vis de l'Etat, et traduisent de manière éloquente la prise en compte de nécessités concrètes trop souvent éludées s'agissant de libertés dites « de première génération ». Doit ainsi être clairement réaffirmée et revalorisée

---

<sup>832</sup> BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., 1968.

<sup>833</sup> BRAUD (Philippe), *op. cit.*, p. 85.

<sup>834</sup> BRAUD (Philippe), *op. cit.*, p. 88.

<sup>835</sup> BRAUD (Philippe), *op. cit.*, p. 113.

l'idée que la relation de garantie entretenue entre le service public et ces libertés « classiques » peut s'ordonner de manière directe, à l'instar de ce qui a été constaté au regard des « droits-créances », ce que tend à masquer la classification générationnelle.

## 2) *Une classification générationnelle impuissante à rendre compte de cette complexité*

Il n'est pas ici question de remettre totalement en cause la distinction pouvant exister entre droits de « première » et de « seconde » génération. L'obligation principale à la charge de l'Etat reste prioritairement une obligation de ne pas entraver les libertés de « première » génération, et cette vision est en accord avec la philosophie révolutionnaire ayant présidé à leur affirmation. Les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen avaient effectivement pour but essentiel d'affirmer des libertés individuelles opposables à l'Etat, tout comme les constituants de 1946 avaient à cœur de replacer l'Etat au centre de la satisfaction des « droits-créances ». La typologie générationnelle a ainsi mis en lumière l'évolution de la conception et des rapports entre l'individu et les pouvoirs publics. Les différences entre les aspirations qui guidaient les hommes de 1789 et ceux de 1946 ne peuvent être niées et le concept de « générations » témoigne clairement de l'évolution chronologique qu'a connue l'appréhension des droits de l'homme.

Mais il faut regretter que soit systématiquement adossée à cette classification générationnelle la distinction entre libertés ne réclamant pas d'intervention positive, d'un côté, et droits appelant des prestations étatiques, de l'autre<sup>836</sup>. Pratique, elle se révèle en effet dans le même temps trompeuse. Les libertés de « première génération » peuvent receler un caractère prestatif et induire ainsi la nécessité d'intervention de services publics pour les garantir. En outre, si cette proposition se vérifie également, à l'évidence, pour les droits reconnus comme « droits-créances », elle ne peut l'être pour l'ensemble des droits dits de « seconde génération ». Parmi ces derniers, en effet, se comptent, par exemple le droit de grève et la liberté syndicale, qui ne sauraient être considérés comme des « droits-créances » mais

---

<sup>836</sup> Sur le constat de cette assimilation entre « générations » de droits et attitude demandée à l'Etat, PONTTHOREAU (Marie-Claire), « Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », *RFDA* 2003, p. 930. Pour une reprise de cette assimilation, v. notamment VASAK (Karel), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel, *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 18 et PINI (Joseph), in L. Favoreu et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 48.

constituent au contraire des « droits-libertés »<sup>837</sup>. En dehors de leur réglementation, les pouvoirs publics retrouvent à leur égard une obligation principale caractéristique des droits de « première génération », à savoir l'obligation de ne pas les entraver. Par ailleurs, les « droits-créances » reconnus comme tels demandent, certes, par principe, l'intervention de services publics afin d'être satisfaits, mais recèlent également parfois certaines obligations secondes prescrivant une attitude d'abstention. Certains « droits-créances » dissimulent ainsi un aspect défensif. C'est notamment le cas du droit à la protection de la santé consacré par l'alinéa 11 du Préambule de 1946, lequel peut se comprendre comme impliquant l'intervention de mesures positives, mais également comme « *faisant obstacle aux atteintes que pourraient lui porter les pouvoirs publics ou les tiers* »<sup>838</sup>. Ce droit peut en effet être menacé par des interventions extérieures et induit en cela une sphère de protection, à travers laquelle il est prioritairement demandé qu'aucune atteinte ne lui soit portée. Le Conseil constitutionnel semble souscrire à cette approche. Dans la décision *IVG II* du 27 juin 2001, notamment, il vérifie que la loi déferée, en autorisant une interruption volontaire de grossesse après la 10<sup>ème</sup> semaine et jusqu'à la 12<sup>ème</sup> semaine, ne permette la pratique d'un acte médical comportant trop de risques et se révélant dès lors susceptible de menacer la santé de la femme<sup>839</sup>. Un « droit-créance » classique peut ainsi être source d'une obligation d'abstention.

Il paraît en réalité impossible de classer une fois pour toutes les droits et libertés selon une structure binaire, dans laquelle leur appartenance à une « génération » impliquerait une attente univoque vis-à-vis de l'Etat, soit d'abstention, soit de prestation. Cette classification s'avère en effet incapable de retracer une réalité dans laquelle le service public se révèle à la fois favorable aux « droits-créances » et aux libertés traditionnelles. Estimer que ces libertés « classiques » cantonnent les pouvoirs publics dans une simple attitude de réserve relève donc d'une simplification excessive, qui tend par ailleurs à masquer un second aspect du rôle de garantie endossé par le service public. En effet, il apparaît clairement qu'au-delà d'interventions positives spécifiques, l'ensemble des libertés réclament, de manière générale,

---

<sup>837</sup> En ce sens, GREWE (Constance) et RUIZ FABRI (Hélène), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, p. 162 et RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 183.

<sup>838</sup> GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 240.

<sup>839</sup> CC n° 2001-466 DC du 27 juin 2001, *IVG II*, *Rec.* p. 74, *LPA* 2003, n° 52, p. 7, note J-E Schoettl. Il importe en revanche de rappeler que cet aspect défensif de la protection de la santé n'a pas suffi à faire entrer le droit à la protection de la santé dans la catégorie des libertés fondamentales au sens de l'article 521-2 du Code de la justice administrative. V. CE, ord., 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c/ Bunel* (*Rec. Leb.* p. 388 ; *AJDA* 2006, p. 376, note M. Laudijois). Pourtant, les circonstances de l'espèce conduisaient à envisager la protection du droit à la santé dans son aspect défensif, au sens où était ici en jeu la requête d'un détenu, cardiaque, demandant à être placé dans une cellule non fumeur.

un contexte propice à leur épanouissement, lequel dépend concrètement de services publics n'étant attachés à aucune liberté en particulier, mais favorables à toutes, car orchestrant de manière générale la garantie des « droits-créances » reconnus à l'individu.

## PARAGRAPHE SECOND

### LE SERVICE PUBLIC, INSTRUMENT INDIRECTEMENT NECESSAIRE A L'EPANOUISSEMENT DE L'ENSEMBLE DES LIBERTES

L'intervention du service public se comprend ici sous un angle différent car elle n'intervient pas de manière ciblée en faveur d'une liberté particulière, mais, plus globalement, en aménageant un contexte favorable à la satisfaction de toutes les libertés. La protection accordée est ainsi une protection médiane, jouant en réalité au premier chef pour un objet distinct, mais irradiant ensuite de ses effets les conditions d'exercice des libertés dans leur ensemble. La garantie attendue du service public s'ordonne alors non plus dans le cadre d'une relation à deux, mais à trois niveaux, « *par laquelle les services publics permettent de rendre effectifs les droits sociaux qui, eux-mêmes, concrétisent les libertés individuelles et abstraites* »<sup>840</sup>. Prévaut dans cette hypothèse l'idée d'une complémentarité entre droits-libertés et « droits-créances ». En offrant les conditions de réalisation de ces derniers, l'Etat offre également indirectement les conditions de réalisation concrète des libertés. Ainsi, l'intervention des services publics s'employant à garantir le « droit à la sécurité » des citoyens commande un exercice paisible de l'ensemble des libertés et illustre cette « protection incidente » (A). Mais les vecteurs de l'intervention du service public sont également les « droits-créances », énoncés dans le Préambule de 1946 ou dont l'émergence se dessine peu à peu<sup>841</sup>. La garantie offerte par le service public facilite en effet incontestablement l'exercice de l'ensemble des libertés en y réintroduisant une dimension égalitaire (B).

---

<sup>840</sup> CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Le service public dans le débats constitutifs de 1946 », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 246.

<sup>841</sup> V. *supra*, Chapitre précédent.



## *A/ La condition d'un exercice paisible des libertés*

Le débat sur la relation entre libertés et sécurité est ancien et marque nettement les contradictions et rapprochements entretenus par les deux notions, lesquels ne peuvent manquer de rejaillir sur les services publics chargés de mettre en œuvre cette sécurité au bénéfice des citoyens. L'étude de ces interventions publiques d'un genre particulier mérite ainsi une place à part dans la présentation de la garantie médiane ici offerte par le service public. Le plein exercice des libertés suppose la prévention ou la répression des comportements s'analysant comme autant d'atteintes aux libertés d'autrui et à la préservation générale de l'ordre public. Liberté et sécurité forment ainsi un couple indissociable, au sein duquel l'intervention de l'Etat se révèle absolument nécessaire, la sécurité constituant, par principe, « *le degré zéro* »<sup>842</sup> des droits et libertés (1). Indispensable aux libertés, l'action publique en ce domaine risque cependant, toujours dans le même temps, de devenir leur pire danger. Un équilibre doit donc être préservé, le procédé de service public pouvant paraître dans ce cadre constituer un instrument d'action privilégié car parfois moins liberticide (2).

### *1) Une nécessité d'intervention en faveur de la sécurité des individus*

L'exercice des libertés est borné par le législateur selon une logique parfaitement résumée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Cet article pose ainsi en une seule phrase à la fois la définition de la liberté et sa limite. Pour les hommes de la Révolution, l'individu doit, dans sa condition d'homme libre, user de sa raison, ce qui lui permet de comprendre la nécessité de respecter certains impératifs<sup>843</sup> : en société, l'exercice absolu de la liberté se révélerait absurde et dangereux<sup>844</sup>. Mais cette foi en la raison et en la puissance de la loi, caractéristique de la période révolutionnaire, n'empêche cependant pas de considérer dans le même temps que « *la*

---

<sup>842</sup> TENZER (Nicolas), *Philosophie politique*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 270.

<sup>843</sup> Cette relation entre raison et exercice de la liberté est mise en avant par de nombreux philosophes, parmi lesquels, notamment, Montesquieu : « [la liberté] *est féconde parce qu'elle consiste à pouvoir faire tout ce que l'on doit vouloir, et à n'être pas contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir* » (*L'esprit des lois*, Livre XI, Chap. III). V. FLAMANT (Maurice), *Histoire du libéralisme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> édition, 1992, p. 14.

<sup>844</sup> Ainsi, lorsque le législateur intervient, au titre de l'article 5 de la Déclaration, afin de « *défendre les actions nuisibles à la société* », il fixe, par une règle traduisant la « *volonté générale* », les bornes objectives à la liberté et, ce faisant, « *ne fait qu'énoncer les règles que la raison conçoit comme inséparables de la liberté* », et « *de l'idée qu'un homme raisonnable et juste se fait d'une liberté viable* ». BURDEAU (Georges), *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 43.

garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force [étant] instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée »<sup>845</sup>. Est ainsi bel et bien envisagée, dès les origines du libéralisme, une intervention positive devant être prise en charge par l'Etat, dans l'intérêt de l'ensemble des citoyens. Cela peut paraître paradoxal : la primauté de la raison est affirmée tout en prévoyant que certains individus ne vont pas y obéir. Mais ce rationalisme révolutionnaire « ne croit pas avoir tout prévu et se sait perfectible »<sup>846</sup>, ce qui explique l'approche pragmatique des auteurs de la Déclaration. L'exercice effectif des libertés implique certaines restrictions posées par la loi, et cette constatation emporte alors avec elle une autre conséquence : la garantie *en fait* des libertés, par des moyens coercitifs légaux, est également une condition nécessaire à cet exercice<sup>847</sup>. En réalité, la société civile, la marche des relations interindividuelles, recèlent de nombreux dangers pour les libertés, et il serait imprudent de ne mettre l'accent que sur les seules menaces que l'Etat fait peser à ces dernières. L'idée n'est pas nouvelle - « l'homme est un loup pour l'homme » rappelait Hobbes en exergue de son ouvrage « *De cive* »<sup>848</sup> - et confirme que la liberté, pour exister concrètement, a toujours eu besoin d'ordre.

En tant que garantie de la personne, des biens et des droits de cette dernière, la sécurité implique alors à la fois un refus de l'arbitraire dans l'exercice du pouvoir étatique<sup>849</sup>, mais également un encadrement juridique des libertés de l'individu et enfin, des interventions concrètes garantissant le respect des libertés d'autrui, et de manière plus générale, la préservation de l'ordre public. C'est à ce prix, et à ce prix seul, que les libertés dans leur ensemble peuvent être exercées de manière satisfaisante<sup>850</sup>. Libertés et ordre public doivent ainsi se comprendre selon une approche complémentaire, la notion d'ordre public relevant plus largement de l'idée de « *paix sociale* »<sup>851</sup>, reliée à la protection des institutions indispensables à la société et notamment de l'ordre matériel, traditionnellement défini par le

<sup>845</sup> Article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>846</sup> PICARD (Etienne), « Article 12 », in G. Conac, M. Debène et G. Teboul (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, 1993, p. 255.

<sup>847</sup> En ce sens, PICARD (Etienne), *op. cit.*, p. 257.

<sup>848</sup> V. la dédicace de Thomas HOBBS au début de son ouvrage *De cive ou les fondements de la politique*, Editions Sirey, 1981, p. 53.

<sup>849</sup> Rejoignant alors l'idée de sûreté individuelle. Sur l'évolution de la compréhension de la notion de sûreté, v. *supra*, Titre Premier, Chapitre premier.

<sup>850</sup> En ce sens, SAUVE (Jean-Marc), « Etat de droit et efficacité », *AJDA* 1999, p. 124 ; MOUTOUH (Hugues), « La loi et l'ordre », *AJDA* 2000, p. 164 ; PICARD (Etienne), « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 2001, p. 31 et VINCENT-LEGOUX (Marie-Caroline), *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 193 et s.

<sup>851</sup> CATALA (Pierre), in *L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, L.G.D.J., 1998, p. 1.

triptyque « sûreté, sécurité, salubrité »<sup>852</sup>. Or il ne saurait y avoir d'exercice satisfaisant des libertés dans une société livrée au désordre et où la sécurité des individus ne ferait l'objet d'aucune mesure de protection particulière : « *l'absence de menaces sur la vie, l'intégrité physique et les biens d'un individu ou des ses proches constitue le minimum de sécurité permettant de développer une libre activité. Au-dessous de ce seuil, l'exercice de toutes les libertés est radicalement impossible* »<sup>853</sup>. Cette vision est classique dans le cadre libéral : la liberté des individus est la règle, mais l'Etat doit assurer le respect des limites posées dans l'intérêt de l'ensemble. Les interventions publiques liées à cette exigence de sécurité participent donc indirectement à la création d'un contexte favorable à l'exercice de l'ensemble des libertés. Mais elles constituent également, dans le même temps, un danger perpétuel envers ces mêmes libertés et appellent ainsi une conciliation, dans laquelle le service public trouve à jouer un rôle pertinent.

## 2) *Une modalité d'intervention plus respectueuses des droits et libertés*

Il convient de souligner le rôle presque schizophrénique alloué à l'Etat en matière de sécurité. En effet, principal danger des libertés en tant que lieu de pouvoir susceptible d'arbitraire, l'Etat se retrouve dans le même temps chargé de protéger ces libertés, à travers des interventions prenant la forme de réglementations – encadrement législatif de l'exercice des libertés, mesures de police administrative – ou de prestations matérielles directes, à travers les services publics de force publique institués : armée, forces de police, services pénitentiaires, auxquels sont confiées diverses missions de prévention, de surveillance ou de répression<sup>854</sup>. Mais il importe de veiller à ce que l'Etat n'outrepasse pas son rôle de dispensateur d'ordre au point d'empiéter sur les libertés qu'il est censé défendre. « *Nouvellement aimé, l'Etat doit tout de même être craint* »<sup>855</sup>. La tentation est toujours grande de réglementer l'exercice des libertés au-delà de ce qui est nécessaire ou d'utiliser la force publique à des fins étrangères à sa destination première. L'utilisation de la force par l'Etat doit susciter une vigilance particulière. Elle est en effet toujours menaçante, car si la sécurité, et partant les libertés, impliquent que l'Etat dispose du monopole de la contrainte physique, des abus peuvent toujours être redoutés en cette matière. Cependant, elle est également indispensable, car ainsi que Pascal l'avait rappelé, « *la justice sans la force est impuissante [et] contredite, parce qu'il*

---

<sup>852</sup> V. article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>853</sup> BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., 1968, p. 418.

<sup>854</sup> Ces différents services publics ont été recensés et analysés au Titre premier, Chapitre premier.

<sup>855</sup> WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 54.

*y aura toujours des méchants. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort et que ce qui est fort soit juste* »<sup>856</sup>. La marge de manœuvre laissée à l'Etat en cette matière est donc singulièrement étroite, oscillant sans cesse entre danger de laxisme et spectre d'autoritarisme. Mais dans cette recherche d'équilibre, le procédé de service public paraît néanmoins constituer, par certains aspects, un allié pertinent. En effet, en ce qui concerne notamment la préservation de l'ordre public, la substitution d'une prestation concrète à une réglementation de police s'avère, en règle générale, plus respectueuse des libertés. Pierre Delvolvé, s'intéressant aux moyens de prévenir la røde des malfaiteurs, rappelle ainsi que « *mieux vaut des rondes de police que des interdictions de circuler* »<sup>857</sup>. De même, il paraît toujours préférable de faire appel à la force publique, laquelle assurera le maintien de l'ordre tout en permettant la tenue d'une réunion, que d'interdire purement et simplement la réunion en cause<sup>858</sup>. L'intervention des services publics liés à la force publique constitue donc une alternative privilégiée en matière d'ordre public. Ce procédé trouve donc à jouer, *in fine*, un rôle non négligeable dans la satisfaction de l'exercice concret des libertés, figure retrouvée lorsque l'enjeu se déplace de la sécurité aux conditions économiques et sociales d'existence des individus.

### ***B/ L'adjuvant d'un exercice effectif des libertés***

Une protection médiane est assurée aux libertés à travers la garantie des « droits-créances » par le service public. Ces exigences, attachées aux conditions concrètes d'existence des individus et s'inscrivant très clairement dans une dimension égalitaire, offrent en effet l'assurance du bénéfice de certaines prestations considérées comme essentielles. Or, en cela, une profonde complémentarité unit droits-libertés et « droits-créances ». La simple prise en compte des conditions concrètes d'exercice des libertés « classiques » permet en effet de révéler à quel point ces dernières demeurent, le plus souvent, dépendantes de la situation économique et sociale de l'individu. Parce que, à travers son action, le service public met en œuvre ces « droits-créances » et tend alors à aplanir la difficulté des conditions de vie

---

<sup>856</sup> PASCAL, *Pensées*, Section V, n° 298.

<sup>857</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 3.

<sup>858</sup> Ce qu'illustre parfaitement le célèbre arrêt « Benjamin » (CE, 19 mai 1933, *Benjamin, Rec. Leb.* p. 541, *GDJDA*, p. 333). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé qu'une interdiction préventive ne pouvait être licite que si la menace à l'ordre public était d'une exceptionnelle gravité et que le maire ne pouvait disposer des forces de police nécessaires au maintien de l'ordre.

rencontrée par les individus, il se révèle instrument de protection « par ricochet » des libertés (1), hypothèse en réalité depuis longtemps accueillie par la théorie libérale (2).

### 1) Une garantie « incidente » des libertés

La protection médiane offerte par le service public aux libertés trouve son explication dans le caractère complémentaire des « droits-créances » et des libertés « classiques ». Le syllogisme est d'appréhension aisée : la garantie de certaines exigences concrètes par le service public permet un exercice effectif des libertés. Le service public se révèle ainsi instrument de garantie de ces dernières.

L'idée selon laquelle certaines prestations publiques liées à la satisfaction de « droits-créances » offrent un contexte favorable aux libertés se fait, à l'évidence, l'écho atténué de la critique marxiste des libertés formelles. Schématisée, cette dernière s'appuie sur un postulat simple : les libertés ne peuvent être exercées de manière satisfaisante par l'individu lorsque ce dernier ne dispose pas des moyens matériels concrets permettant leur mise en oeuvre. D'où la dénonciation de libertés de pure forme, détenues seulement par une minorité privilégiée possédant les ressources suffisantes pour pouvoir en bénéficier. Selon la logique marxiste, ces libertés reflètent en réalité la prise de pouvoir de la classe bourgeoise, la liberté réelle restant alors à conquérir à travers l'établissement du socialisme, et à l'issue d'une phase transitoire durant laquelle les libertés formelles ne sauraient être invoquées afin de contrer la révolution en marche<sup>859</sup>.

Cette critique marxiste ne saurait être totalement convaincante. Toutes les libertés, en effet, n'exigent pas, pour se voir concrétisées, de moyens matériels proprement dits. La liberté individuelle, dans son acception la plus directe, se satisfait ainsi au premier chef d'une protection juridique contre l'arbitraire et ne présuppose pas un certain niveau de richesses pour être respectée. Par ailleurs, par les solutions qu'elle préconisait et les applications qui en ont été faites, cette pensée a presque toujours conduit à une négation pure et simple des libertés civiles et politiques. Au nom de Marx se sont édifiés des régimes totalitaires où, au prix d'une sécurité matérielle relative, étaient foulées au pied les libertés classiques. Toutefois cette conception marxiste se faisait l'écho d'une réalité difficilement contestable, et qui reste

---

<sup>859</sup> Sur la conception marxiste des libertés, v. notamment LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 103 et s.

d'actualité aujourd'hui : « *la liberté dans la misère n'est pas la liberté* »<sup>860</sup>. Plus précisément, il paraît évident que la plupart des libertés ne peuvent s'exercer pleinement en deçà d'un seuil minimum de revenus. Il suffit pour cela d'envisager quelques instants la situation d'un individu en proie à un extrême dénuement matériel, dans une société n'aménageant aucune garantie d'accès à certaines prestations essentielles. Sans emploi ou en mauvaise santé et ne disposant pas de ressources suffisantes pour se faire soigner, cette personne voit le champ de ses libertés se réduire à la question de sa simple survie, de même que sans logement, sans accès à l'eau ou à l'électricité, l'exercice de très nombreuses prérogatives devient pour elle plus difficile, voire impossible. En réalité, « *la liberté ne commence que lorsque la satisfaction des besoins élémentaires permet à l'homme de s'ouvrir à des préoccupations autres que celle de sa survie* »<sup>861</sup>. Certes, même sans moyens concrets d'exercice, l'individu possède toujours le droit d'user de ces libertés, au moins potentiellement. Niées dans leur capacité d'exercice effectif, ces prérogatives continuent de lui être reconnues<sup>862</sup>. Mais elles demeurent inéluctablement cantonnées au stade de potentialités ne pouvant concrètement se matérialiser. Cette constatation marque alors la césure dans la conception du rôle de l'Etat, car c'est vers lui que se tournent les attentes. A lui en effet de remédier à cet état de fait et d'instaurer un système global de protection de l'individu en matière économique et sociale, afin de réintroduire une dose d'égalité dans l'exercice des libertés. Cette action positive s'articule à travers la consécration des « droits-créances » dont la mise en œuvre par le service public tend à atténuer les écarts économiques et sociaux entre individus en assurant certaines prestations minimales mais indispensables à l'ensemble de la population, quel que soit le revenu des personnes en bénéficiant. C'est sur le fondement de cette égalité réintroduite entre les individus quant à leurs conditions concrètes d'existence que peuvent alors s'épanouir réellement les libertés « classiques ». Ce sont les situations de pauvreté qui révèlent ainsi avec netteté la complémentarité existant entre « droits-créances » et droits-libertés et le rôle primordial que le service public trouve alors à jouer. Mais une telle complémentarité se manifeste également dans le cadre d'exigences pouvant sembler moins directement essentielles à la survie. Les illustrations sont nombreuses. Le service public de l'enseignement, ainsi, offre l'égal accès à l'instruction, garantit l'accès aux connaissances fondamentales et, partant, permet la formation des libertés de l'esprit, telles la liberté d'opinion. La reconnaissance progressive d'un « droit au téléphone », assure une garantie

---

<sup>860</sup> SOULIER (Gérard), *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, 1981, p. 61.

<sup>861</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 88.

<sup>862</sup> En ce sens, LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 104.

d'exercice plus affirmée de la liberté de communication. Celle, encore très limitée, d'un « droit aux transports »<sup>863</sup>, ne conditionne pas de manière exclusive la liberté d'aller et venir, mais la facilite. Du reste, si, au-delà d'un certain seuil de revenus, la reconnaissance de « droits-créances » ne constitue plus une condition *sine qua non* d'exercice des libertés, l'intervention du service public va, là encore, néanmoins garantir cet exercice, le faciliter, et permettre ainsi à tous d'en user de manière satisfaisante.

La consécration des « droits-créances » participe ainsi d'une volonté de renforcer l'exercice des libertés déjà existantes. Adoucissant les contours de la « *loterie sociale* »<sup>864</sup> à laquelle sont soumis les individus, la mise en œuvre de ces exigences par le service public permet ainsi de créer et préserver un contexte favorable à la concrétisation et l'épanouissement des libertés. Entre « droits-créances » et droits-libertés, l'évolution s'inscrit donc dans un mouvement, non de rupture, mais de continuité, à travers lequel le service public endosse un rôle primordial. Mais cette vision a longtemps souffert de la prévalence d'une approche théorique sans nuances, qui parasite encore aujourd'hui le débat sur les interactions entre service public, « droits-créances » et libertés. Les droits de l'homme se sont en effet retrouvés prisonniers d'une confrontation caricaturale entre pensée marxiste et pensée libérale, et ce alors même que cette dernière ne paraît jamais avoir totalement exclu la possibilité d'intervention du service public en faveur des libertés.

## 2) Une garantie liée à la théorie libérale

Le rôle bénéfique du service public en matière de liberté n'a, en réalité, jamais été totalement occulté par les penseurs libéraux. Offrir une vision exhaustive de ce que constitue la théorie libérale relève presque de la gageure, tant de par la longévité historique de ce mouvement que de par la diversité des positions qu'il a abritées, et abrite encore, en son sein. Le libéralisme est en effet le fruit d'une réflexion progressive à travers plusieurs époques et courants de pensée et a pu - et continue - d'adopter diverses formes. A tenter néanmoins de cerner largement l'idée libérale, il apparaît que cette dernière s'emploie à déterminer la manière dont l'individu peut vivre en société « *sans perdre, ou en perdant le moins possible, sa liberté* »<sup>865</sup>,

---

<sup>863</sup> Dont l'émergence se concrétise notamment à travers l'instauration de tarifications sociales dans ce domaine, cf. *supra*, Chapitre précédent, Section seconde.

<sup>864</sup> Selon l'expression de Guy Haarscher (« De l'usage légitime - et de quelques effets pervers - de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 34.

<sup>865</sup> QUILLOT (Roland), *La liberté*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 1<sup>ère</sup> édition, 1993, p. 88.

question à laquelle la pensée libérale répond principalement par le recentrage de la réflexion autour de l'individu et non du groupe, et la remise aux mains de cet individu d'une sphère de liberté individuelle opposable à l'Etat<sup>866</sup>. Or découle classiquement de cette dernière proposition l'idée selon laquelle le libéralisme serait une doctrine purement anti-étatiste, et dès lors résolument hostile aux « droits-créances ». Pourtant, si les penseurs libéraux professent effectivement une méfiance profonde envers l'Etat, cette méfiance n'aboutit pourtant pas systématiquement à l'exclusion totale de toute intervention positive. En effet, que soit demandé à l'Etat de rester en position de retrait ne signifie pas que son action concrète ne puisse pas, parfois, être envisagée. La pensée libérale a, en réalité, presque toujours laissé une place à l'idée de complémentarité entre droits de l'homme, des origines du libéralisme jusqu'à la période contemporaine.

Cette complémentarité entre service public et libertés se vérifie, pour la France<sup>867</sup>, dès 1789. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait une place de choix à l'égalité en déclarant que « *Les hommes naissent libres et égaux en droit* »<sup>868</sup>. Selon la vision révolutionnaire, si tous les hommes ne sont pas assurés de pouvoir jouir des libertés de manière égale, ces dernières s'assimilent alors bien plus à des privilèges qu'à des droits dignes de ce nom<sup>869</sup>. D'où, dès cette époque, une certaine faveur des hommes de la Révolution envers des interventions publiques positives redistributrices, notamment par le procédé de service public. La notion n'est pas étrangère aux hommes de 1789, bien qu'elle ne soit pas toujours très clairement délimitée et puisse recouvrir des significations différentes<sup>870</sup>. Mais des banalités seigneuriales au « service du public », désignant les actions du souverain en faveur de ses sujets, « *la réalité du service public [semble avoir] existé avant que le concept ne soit apparu et l'expression forgée* »<sup>871</sup>. Et son acception en tant que service rendu au peuple est particulièrement valorisée à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, « *à une époque qui se veut éclairée, [et] qui devient de plus en plus sensible à la recherche de la satisfaction*

---

<sup>866</sup> V. WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 24-26.

<sup>867</sup> Envisagée dans ses manifestations concrètes, il apparaît que la doctrine libérale a été pour la première fois traduite en Angleterre avec l'adoption, en 1689, du *Bill of rights*. Ce texte codifie les anciens droits et libertés des Anglais, dont ceux issus de la *Magna Carta* adoptée en 1215, et se propose d'encadrer l'exercice du pouvoir royal à travers, notamment, la reconnaissance ou la confirmation de certains droits, tels ceux issus de l'*Habeas Corpus Amendment Act* de 1679.

<sup>868</sup> Article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>869</sup> V. BENOIT-ROHMER (Florence), « L'égalité dans la typologie des droits », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 141.

<sup>870</sup> Sous l'Ancien Régime, l'expression « service public » sert ainsi tout aussi bien à désigner la fonction de servir l'Etat ou les cérémonies publiques de culte que les interventions des autorités destinées à satisfaire certains besoins de la population. V. MESTRE (Jean-Louis), « La notion des service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE* n° 40, 1988, p. 187 et « L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et Service public*, PUF, 2004, p. 21 et suiv.

<sup>871</sup> MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 17.



*générale, du bonheur* »<sup>872</sup>. Certes, cette vision transparaît peu dans la Déclaration de 1789, axée sur la reconnaissance d'une sphère de liberté individuelle aux mains de l'individu. Mais il serait erroné de faire découler de ce silence une hostilité de principe aux interventions publiques positives, car la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est, avant tout, le résultat d'une situation<sup>873</sup> qui, « *lorsqu'elle semble poser des règles nouvelles, [...] ne fait souvent que condamner des pratiques existantes* »<sup>874</sup>. Vis-à-vis de ces libertés, ce n'est alors pas l'Etat qui est en cause, mais bien plutôt l'arbitraire, et cette nuance est particulièrement défendue par Georges Burdeau : « *Assurément, les hommes de la Révolution ont été hostiles au pouvoir, toute leur entreprise témoigne de cette hostilité. Mais l'Etat qu'ils combattent, c'est celui de l'absolutisme, l'opresseur de l'autonomie individuelle, ce n'est pas celui qu'ils se proposent d'édifier. (...) Il apparaît bien que ce qu'ils redoutent, c'est l'arbitraire, ce n'est pas le pouvoir en soi* »<sup>875</sup>. Les interventions de l'Etat par l'intermédiaire du service public ne doivent donc pas souffrir de ce type d'amalgame. S'il reste en effet difficile de découvrir le procédé de service public à travers l'analyse littérale de la Déclaration, l'idée de créances sur la société n'est, pour autant, pas totalement évacuée par les penseurs révolutionnaires. L'exemple des secours est ainsi révélateur du champ d'action laissé au service public à cette période et de la prise en compte de la nécessité d'interventions positives de l'Etat en cette matière. L'obligation faite à ce dernier de pourvoir aux besoins des personnes en difficulté résulte d'un mouvement d'idées initié dès avant 1789, et fondé principalement sur l'idée d'un devoir de la société à l'égard de ses membres<sup>876</sup>. Cette évolution de la question sociale, éclairée par Michel Borgetto<sup>877</sup>, influence fortement la pensée révolutionnaire<sup>878</sup>. Par la suite,

<sup>872</sup> MESTRE (Jean-Louis), *op. cit.*, p. 34.

<sup>873</sup> V. MORANGE (Jean), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 4<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 59.

<sup>874</sup> MORANGE (Jean), *op. cit.*, p. 61. Les révolutionnaires désirent édifier un système épuré des abus de l'Ancien Régime et le texte de 1789 est le reflet de cette volonté : l'affirmation de la sûreté individuelle est une réponse aux lettres de cachet, l'égalité admissibilité aux emplois publics met fin aux privilèges d'accès à certaines charges, jusqu'alors réservées à la noblesse, l'élévation du droit de propriété au rang de droit naturel et imprescriptible se comprend en réaction aux dépossessions forcées exercées par le pouvoir royal.

<sup>875</sup> BURDEAU (Georges), *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 45.

<sup>876</sup> La pensée de Montesquieu illustre cette idée d'obligation à la charge de la société : « *Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues, ne remplissent point les obligations de l'Etat, qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé* » (V. MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Livre XXIII, Chap. XXIX).

<sup>877</sup> BORGETTO (Michel), « Secours publics et service public », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 37 et suiv.

<sup>878</sup> Le premier projet de déclaration de Sieyès prévoit ainsi que « *tout citoyen qui est dans l'impuissance de pourvoir à ses besoins, a droit au secours de ses concitoyens* » (Premier projet de déclaration de Sieyès, 20-21 juillet 1789, reproduit in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphane Rials, Hachette, 1988, p. 604). De même, le projet de Pétion de Villeneuve rappelle que « *tout citoyen doit trouver une existence assurée, soit dans le revenu de ses propriétés, soit dans son travail et dans son industrie ; et si des infirmités ou des malheurs le réduisent à la misère, la société doit pourvoir à sa subsistance* » (Projet de déclaration de Pétion de Villeneuve, Article 8, reproduit in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op.cit.*, p. 725).

cette idée d'un « droit des pauvres » est même consacrée dans les textes constitutionnels, infirmant l'idée, si souvent répandue, selon laquelle les révolutionnaires se désintéressent des garanties concrètes d'exercice des libertés<sup>879</sup>. Au contraire, les nouveaux gouvernants mettent en place un véritable service public, offrant au problème de la pauvreté une réponse sécularisée et orchestrée au niveau national<sup>880</sup>. La question de l'éducation n'est, par ailleurs, pas en reste, la Constitution de 1791 prévoyant qu'il « sera créé et organisé une instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du Royaume »<sup>881</sup>. Le reproche adressé aux révolutionnaires et à leur vision trop abstraite des droits et libertés paraît ainsi infondé car, si l'histoire n'a pas permis à ces aspirations de se concrétiser, elles ont néanmoins été défendues et consacrées solennellement. Si l'expression « service public » est très rarement utilisée pour désigner les activités ici mises à la charge de l'Etat, « il reste que la chose, elle, est bien présente »<sup>882</sup>, sans que les révolutionnaires y décèlent de contradictions avec l'idée de liberté. Et si le discours libéral évolue considérablement au long des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles, la question de la complémentarité entre service public et liberté n'y disparaît pas pour autant.

A l'origine focalisée sur la lutte contre l'arbitraire, la pensée libérale doit en effet progressivement s'adapter aux modifications profondes ayant bouleversé la conception traditionnelle du rôle de l'Etat, cantonné jusqu'alors prioritairement dans ses fonctions régaliennes. A l'Etat-gendarme se substitue peu à peu l'Etat-providence, soucieux des conditions concrètes de bien-être des individus et dispensateur, dès lors, de services publics. La théorie libérale, concentrée sur la problématique de la relation entre pouvoir et liberté, prend acte de cette évolution et s'attache à relever les dangers qu'encourent les libertés sous ce nouvel aspect. Agitant le spectre d'un Etat tutélaire, voire totalitaire, les auteurs libéraux témoignent, de manière générale, d'une méfiance profonde envers les interventions publiques positives, censées priver l'individu de son libre-arbitre en le désengageant, notamment, de

---

<sup>879</sup> V. *supra*, Titre premier, introduction Chapitre premier.

<sup>880</sup> Ainsi, selon la Constitution de 1791, « sera créé et organisé un établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer » (Titre Premier de la Constitution du 3 septembre 1791, 7<sup>ème</sup> alinéa). Reviennent alors à la charge de l'Etat, pour exemple, les secours à domicile pour les pauvres infirmes, l'accueil, dans des maisons de santé, des malades sans domicile et, dans des hospices, des enfants abandonnés, des vieillards et des infirmes sans domicile, l'éducation des orphelins, etc. V. BORGETTO (Michel), *op. cit.* p. 52 et suiv.

<sup>881</sup> Titre Premier de la Constitution du 3 septembre 1791, 8<sup>ème</sup> alinéa.

<sup>882</sup> BORGETTO (Michel), « Secours publics et service public », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 37.

toute responsabilité. Le spectre d'une société assistée, délivrée de la prise en charge de son propre sort explique, pour une large part, l'hostilité libérale envers l'Etat-Providence. Mais la méfiance qui en résulte ne conduit cependant pas les auteurs libéraux à considérer le dépérissement pur et simple de l'Etat comme condition de l'épanouissement de la liberté. Ce serait là faire un résumé réducteur d'une vision bien plus complexe, notamment de par le fait qu'il n'existe pas, en réalité, une seule théorie libérale, mais plusieurs, divisée en de nombreuses écoles de pensée. Il est hasardeux, dès lors, de résumer *le* libéralisme à une opposition irréductible envers l'Etat et ses interventions positives quand semblent, en réalité, coexister *des* libéralismes plus ou moins nuancés sur cette question. Du début du XIX<sup>ème</sup> siècle à la période contemporaine, la pensée libérale offre, en réalité, toute une gamme de sensibilités quant à la place à réserver à l'Etat, de son effacement pur et simple<sup>883</sup> jusqu'à l'acceptation pleine et entière de certaines prestations étatiques.

S'adaptant notamment aux évolutions politiques, économiques et sociales du XX<sup>ème</sup> siècle, certains penseurs ont ainsi défendu un libéralisme modéré, acceptant, de manière mesurée, certaines interventions correctrices. Se détache ici particulièrement la pensée de Raymond Aron, dont la réflexion sur la liberté amène à estimer que « *l'Etat peut et doit assurer à tous, par les lois sociales, le minimum de ressources qui rend possible une vie décente, au niveau que tolère la richesse collective* »<sup>884</sup>. Aron reste avant tout un libéral, au sens où il s'interroge sur les interactions entre droits-libertés et « droits-créances » et sur l'ascendant que ces derniers donnent à l'Etat<sup>885</sup>. Mais il prend acte de la critique marxiste des libertés dites formelles, qu'il reconnaît comme ayant « *contribué effectivement à démasquer ce que l'idéologie libérale tendait à voiler* »<sup>886</sup> et cherche ainsi à lui opposer une réponse libérale efficace, prenant la forme d'un compromis. Opposé à la logique marxiste, où « *ce que le*

---

<sup>883</sup> Il convient de remarquer que les tenants du libéralisme politique prônant une disparition totale de l'Etat relèvent d'une minorité d'auteurs, parfois accusés, d'ailleurs, d'avoir « *déconsidéré le libéralisme* » tant leurs propos manquaient de nuance (FLAMANT (Maurice), *Histoire du libéralisme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> édition, 1992, p. 72). Parmi ces auteurs peuvent être cités Gustave de Molinari, lequel estimait que l'Etat devait abandonner jusqu'au privilège de battre monnaie ou d'assurer la sécurité, et prônait donc une privatisation totale, ou Frédéric Bastiat, lequel réglait quant à lui le sort de l'Etat d'une formule lapidaire, le présentant comme « *la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde* ». BASTIAT (Frédéric), « L'Etat », pamphlet reproduit dans l'ouvrage de Pierre Manent, *Les libéraux*, Gallimard, 2001, p. 618.

<sup>884</sup> ARON (Raymond), *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965, p. 138.

<sup>885</sup> ARON (Raymond), « Pensée sociologique et droits de l'homme », in *Etudes politiques*, Gallimard, 1972, p. 233 : « *Les Constituants [de la Déclaration universelle des droits de l'homme] de 1948, sans en prendre pleine conscience, sont prêts à donner tous les pouvoirs à l'Etat pour qu'il assure la sécurité et le niveau de vie de tous* »

<sup>886</sup> ARON (Raymond), « Liberté, libérale ou libertaire ? », in *Etudes politiques*, Gallimard, 1972, p. 242.

*citoyen perd en liberté formelle, le producteur ne le gagne pas toujours en liberté réelle* »<sup>887</sup>, il reconnaît cependant qu'« *il ne suffit pas, pour que le citoyen soit effectivement libre de faire quelque chose, que la loi interdise aux autres et à l'Etat de le lui interdire sous menace de sanction, il faut encore qu'il en possède les moyens matériels* »<sup>888</sup>, mais préserve néanmoins une approche respectueuse des libertés traditionnelles, dans une volonté de synthèse « *démocratico-libérale* »<sup>889</sup>. De la même manière, John Rawls s'interroge sur les rapports entre l'égalité et la liberté et insiste alors sur la nécessité de répartir équitablement les libertés fondamentales entre les différents membres de la société : « *Chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres* »<sup>890</sup>. S'il existe des inégalités sociales, elles doivent être conditionnées au fait qu'elles bénéficient indirectement aux individus les moins avantagés en améliorant leur sort et qu'elle soient liées à des positions, fonctions et responsabilités également accessibles à tous. Cela suppose alors une juste égalité des chances, qui implique que « *le gouvernement (...) essaie de procurer des chances égales d'éducation et de culture à ceux qui ont des dons et des motivations semblables, soit en subventionnant des écoles privées, soit en créant un système scolaire public (...) [et garantisse] un minimum social soit sous la forme d'allocations familiales et d'assurance maladie et de chômage (...)* »<sup>891</sup>. Enfin, même Friedrich Hayek a pu réserver une place, très limitée, certes, mais réelle, aux interventions publiques positives. Cette affirmation a de quoi surprendre quand il est rappelé à quel point la pensée de ce philosophe et économiste autrichien s'est concentrée sur les dangers de ce type d'interventions, en totale opposition avec la pensée keynésienne. Friedrich Hayek est ainsi considéré comme le chef de file d'une école résolument hostile à toute idée d'Etat-providence et apparaît souvent présenté comme le maître à penser du néolibéralisme. Farouche adversaire, comme Aron, du marxisme et de la tradition socialiste, il critique la notion même de justice sociale en s'appuyant sur l'ordre spontané du marché, qui est donné comme faisant vivre les individus dans la vraie liberté. Le libéralisme économique est ici mis en relief afin d'interdire à l'Etat toute intervention correctrice. Cette dernière est en effet censée pervertir ce libre jeu et amener à favoriser certains groupes d'individus, désignés comme devant être bénéficiaires de cette intervention. Or l'inégalité des conditions fait partie

---

<sup>887</sup> ARON (Raymond), « Pensée sociologique et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 229. Ce dernier rappelait ainsi que « *le jour où, sous prétexte de liberté réelle, l'autorité de l'Etat s'étend à l'ensemble de la société et tend à ne plus reconnaître de sphère privée, ce sont précisément les libertés formelles que revendiquent les intellectuels et les masses elles-mêmes* », ARON (Raymond), *Essai sur les libertés*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>888</sup> ARON (Raymond), « Liberté, libérale ou libertaire ? », *op. cit.*, p. 242.

<sup>889</sup> ARON (Raymond), *op. cit.*, p. 243. V. par ailleurs sur cette question, FERRY (Luc) et RENAUT (Alain), « Droits-libertés et droits-créances, Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, 1985, n° 2, p. 76.

<sup>890</sup> RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997, p. 91.

<sup>891</sup> RAWLS (John), *op. cit.*, p. 315-316.

du libre jeu, dont la finalité est l'amélioration globale des conditions de tous. En favorisant alors quelques-uns, c'est l'égalité des chances de tous qui se retrouve donc mise en péril, et de cette critique de la justice sociale découle alors sa condamnation sans appel des « droits-créances », considérés comme incompatibles avec la liberté<sup>892</sup>. Mais représenter la vision de Friedrich Hayek comme l'archétype d'une pensée libérale irréductiblement hostile à toute intervention étatique ne tiendrait cependant pas compte de certaines inflexions proposées par l'auteur lui-même. Hayek rappelle en effet qu'« *il n'y a pas de raison pour que le gouvernement d'une société libre doive s'abstenir d'assurer à tous une protection contre un dénuement extrême, sous la forme d'un revenu minimum garanti, ou d'un niveau de ressources au-dessous duquel personne ne peut tomber* »<sup>893</sup>. Revenant sur cette idée dans son ouvrage *La constitution de la liberté*, il estime qu'« *il existe des besoins communs qui ne peuvent être satisfaits que par une action collective et qui peuvent l'être sans qu'on porte atteinte à la liberté individuelle* » et qu'« *il y a peu de raisons (...) pour que le pouvoir n'ait pas aussi un rôle à jouer, et puisse même participer à des domaines tels que l'assurance sociale ou l'éducation, ou subventionner temporairement des expériences nouvelles. (...) Il faut reconnaître que [L'Etat] en tant que prestataire de services, peut sans dommage contribuer à la réalisation d'objectifs désirables qui ne pourraient vraisemblablement être atteints autrement* »<sup>894</sup>. Certes, l'auteur précise alors que le problème ne réside pas tant dans les buts recherchés que dans les méthodes des actions gouvernementales, révélatrices du pouvoir coercitif de l'Etat. Mais une certaine nuance prend ainsi place au cœur de sa réflexion sur la justice sociale, et ce alors même que cette nuance s'intègre difficilement dans la représentation d'un système où les interventions correctrices sont supposées mettre à mal l'égalité des chances<sup>895</sup>.

Estimer que la liberté ne peut s'épanouir que dans l'abstention de l'Etat résulte donc d'une lecture tronquée et univoque de la pensée politique libérale. Certains auteurs, délaissant un champ d'étude purement abstrait, s'inquiètent des conditions d'exercice concrètes des libertés et, acceptant dès lors le principe d'un minimum nécessaire à l'épanouissement de ces dernières, font implicitement une place à l'idée de complémentarité des droits de l'homme et

---

<sup>892</sup> Sur la pensée de F. Hayek, v. FERRY (Luc) et RENAUT (Alain), *Philosophie politique*, Tome 3, PUF, 1985, p. 143-144.

<sup>893</sup> HAYEK (Friedrich), *Droit, législation et liberté*, Tome 2, Quadrige-PUF, 1995, p. 105.

<sup>894</sup> HAYEK (Friedrich), *La constitution de la liberté*, Litec, 1994, p. 257-258.

<sup>895</sup> Les auteurs Ferry et Renaut estimant être ici en présence de la limite du modèle théorique développé par Hayek. (*Philosophie politique*, Tome 3, PUF, 1985, p. 148-149). Gilles Dostaler y voit quant à lui « *le besoin ressenti de modérer une position qui apparaîtrait autrement comme trop intransigeante* ». V. *Le libéralisme de Hayek*, Ed. La Découverte, 2001, p. 76.

au service public sur ce point. Cependant, cette idée peine encore aujourd'hui à s'imposer, tant l'opposition entre « droits-créances » et libertés est devenue un lieu commun de la pensée juridique et, et peut-être surtout, de la pensée politique. « Hayek ou Marx », ainsi a souvent été improprement résumée la question des libertés et des « droits-créances », défendant deux modèles de société, deux visions du rôle de l'Etat, et une opposition dès lors irréconciliable entre des notions présentées comme exclusives l'une de l'autre. Cette représentation bipartite est séduisante par sa symétrie mais simplificatrice, notamment par sa confusion entre libéralisme politique et libéralisme économique, et il convient donc de s'en méfier. En faisant jouer les droits les uns contre les autres, est opéré un « *usage pervers* » de la typologie des droits de l'homme, négateur de leur complémentarité et susceptible d'engendrer leur affaiblissement<sup>896</sup>. Par ailleurs, le « dialogue de sourds » entre les deux camps s'assimile, ainsi que le remarque Gérard Soulier, à un « *dialogue de compères, où chacun trouve, dans le discours sans nuance de l'autre, de quoi alimenter le sien, tous deux trouvant le même avantage à ce que le débat reste enfermé dans cette alternative brutale entre deux absolutismes* »<sup>897</sup>. Cet état de fait semble expliquer, pour une large part, la difficile émergence, sur le plan théorique, d'une affirmation de la complémentarité entre droits de l'homme. Toutefois, une évolution se fait progressivement jour sur le terrain du droit, à travers la consécration, de plus en plus fréquente, de la notion d'indivisibilité des droits de l'homme. La relation de garantie unissant « droits-créances et libertés » - et, dès lors, service public et libertés - trouve ainsi peu à peu à être valorisée.

## SECTION SECONDE

### UNE GARANTIE PROGRESSIVEMENT VALORISEE

Le souci d'aménager les conditions concrètes d'exercice des libertés amène à considérer certaines prestations étatiques comme indispensable à leur garantie, tout particulièrement à travers la relation « à triple niveau » dans laquelle le service public trouve à s'insérer. Cette

---

<sup>896</sup> En ce sens, HAARSCHER (Guy), « De l'usage légitime - et de quelques effets pervers - de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 45.

<sup>897</sup> SOULIER (Gérard), *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, 1981, p. 65. Dans le même sens, v. l'ouvrage de Stephen Holmes et Cass R. Sustein, *The Costs of Rights*, cité par Marie-Claire Ponthoreau dans son article « Le principe de l'indivisibilité des droits » (*RFDA* 2003, p. 929). Examinant la dichotomie traditionnelle entre droits-libertés et droits-créances, ces deux auteurs l'expliquent également en considérant qu'elle « *constitue un langage commun grâce auquel les libéraux défenseurs de l'Etat social et les conservateurs partisans des libertés classiques réussissent à se comprendre et à se quereller* ».

situation tient à la constatation d'une indivisibilité entre « droits-créances » et libertés. Quelle que soit la « génération » à laquelle appartiennent ces différentes prérogatives, le lien noué entre elles ne peut être remis en cause sans affecter leur satisfaction réciproque. C'est en cela que le service public instrument de garantie des « droits-créances », est également appelé à jouer un rôle non négligeable dans la satisfaction des « droits-libertés ». Or ce rôle incident, longtemps passé sous silence sous l'influence d'une distinction binaire entre droits de l'homme, tend aujourd'hui à être remis en lumière. Une telle évolution tient à la faveur progressivement constatée en droit positif autour de cette caractéristique d'indivisibilité, aujourd'hui accueilli au plan international et européen comme en droit interne. Ce faisant, un consensus nouveau entoure l'intervention du service public, de plus en plus souvent présenté comme une garantie concrète des droits et libertés, particulièrement précieuse afin de lutter contre l'exclusion (Paragraphe premier). Les préventions classiques contre le service public tendent ainsi à s'atténuer, mais la consécration progressive de l'idée d'interdépendance rappelle, dans le même temps, la nécessité d'équilibre entre « droits-créances » et libertés et les dangers d'une instrumentalisation des droits sociaux à l'encontre de ces dernières (Paragraphe second)

PARAGRAPHE PREMIER  
UNE CONSECRATION DU PRINCIPE D'INDIVISIBILITE  
DES DROITS DE L'HOMME

La consécration de l'idée d'indivisibilité rend plus visible le rôle de garantie du service public au regard des « droits-créances » comme des libertés « classiques ». Revenant sur une distinction profondément ancrée et employée de manière quasi systématique, cette consécration ne s'inscrit que progressivement dans le droit positif contemporain mais trouve de plus en plus souvent à être formalisée. Certes, l'affirmation d'une telle interdépendance n'est pas chose nouvelle en matière de sécurité publique. Il est en effet depuis longtemps reconnu et consacré en droit positif que les interventions de l'Etat, notamment sous forme de services publics, sont en ce domaine indispensables à la préservation de l'ensemble des droits et libertés, toutes « générations » confondues. Dès 1948, l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme rappelle ainsi que *« toute personne a droit à ce que règne,*

sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ». Quand aux consécutions internes, elles sont particulièrement explicites sur ce point, qu'elles émanent du Conseil constitutionnel, lorsqu'il pose, par exemple, dans sa décision du 25 janvier 1985, qu'il « appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »<sup>898</sup>, ou du législateur, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 janvier 1995 rappelant que « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives »<sup>899</sup>. Ce n'est donc pas au sujet de la relation particulière unissant sécurité et libertés que se sont formalisées les principales attentes quant à la consécution de l'indivisibilité des droits de l'homme, mais au regard des « droits-créances » directement attachés au contexte économique et social dans lequel évoluent les individus. Traditionnellement objets d'une certaine méfiance, les « droits-créances » sont aujourd'hui progressivement « réhabilités » au regard de leur impact positif vis-à-vis des libertés, au niveau international et communautaire (A) comme en droit interne (B), cette évolution confirmant dans son sillage une valorisation du rôle de garantie endossé par le service public.

#### ***A/ Une réception du concept d'indivisibilité des droits de l'homme au niveau international***

C'est en droit international que s'est progressivement enracinée la conception d'une interdépendance entre droits de l'homme, avant que cette idée ne soit relayée au niveau européen et communautaire par des consécutions formelles révélant aujourd'hui l'existence d'un consensus sur cette question (1). Le rôle de garantie du service public au regard des libertés est ainsi implicitement conforté par ces consécutions. Toutefois, ces reconnaissances formelles du principe d'indivisibilité souffrent généralement d'une portée juridique incertaine. La valorisation de l'intervention du service public risque ainsi de se trouver nuancée par cet obstacle concret, obstacle qui tend cependant progressivement à s'atténuer (2)

---

<sup>898</sup> CC n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43, GDCC, p. 551. V. également CC n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15, cons. n° 62, AJDA 1981, p. 275, note Rivero, et CC n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière*, Rec. p. 75, considérant n° 2, RDP 1999, p. 1287, note Luchaire.

<sup>899</sup> Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programme relative à la sécurité, JO 24 janvier 1995, p. 1249, confirmée par loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO 19 mars 2003, p. 4761.



### 1) Une indivisibilité affirmée de manière large

La consécration de l'indivisibilité des droits de l'homme en droit international est relativement ancienne. Elle intervient en effet dès la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, laquelle, en veillant à énumérer dans le même texte, et sans aucune séparation formelle, libertés et droits économiques et sociaux, entend par là marquer son attachement à l'idée d'indivisibilité<sup>900</sup>. S'il s'agit d'un texte particulièrement important, de par la solennité qui l'entoure, ce n'est par ailleurs pas pour autant le seul instrument international mettant en avant ce caractère indivisible. De multiples résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies confirment ainsi cette orientation, estimant par exemple que « *la jouissance des libertés civiles et politiques et celle des droits économiques, sociaux et culturels sont liées entre elles et se conditionnent mutuellement* »<sup>901</sup>, et font alors écho à des positions similaires adoptées à l'occasion de grandes conférences internationales des Nations Unies, comme la Convention de Vienne, laquelle a donné lieu à une Déclaration dont le point 5 rappelle que « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants, et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance (...)* »<sup>902</sup>.

L'affirmation de l'indivisibilité ne résulte cependant pas pour autant de la seule initiative onusienne. Elle est par ailleurs efficacement relayée par la Cour européenne des droits de l'homme comme par le droit communautaire. L'affirmation peut surprendre car la Convention européenne des droits de l'homme garantit peu de droits économiques et sociaux<sup>903</sup>, la plupart d'entre eux étant envisagés de manière isolée au sein de la Charte sociale européenne<sup>904</sup>. Mais

---

<sup>900</sup> En ce sens, SUDRE (Frédéric), « La Déclaration universelle des droits de l'homme », *JCP G* 1998, n° 52, p. 2250 et DEMETZ (Anne), « Présentation de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2006, n° 76, p. 676.

<sup>901</sup> Résolution du 4 décembre 1950 de l'Assemblée générale des Nations Unies (Cinquième session, 317<sup>ème</sup> séance plénière, *Rec. NU* p. 47-48, point E, 3<sup>ème</sup> considérant). La résolution 60/251 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 15 mars 2006 réaffirme également cette indivisibilité : « *tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, indissociables et interdépendants et se renforcent mutuellement (...)* ». Résolution du 15 mars 2006 de l'Assemblée générale des Nations Unies (Soixantième session, 72<sup>ème</sup> séance plénière, A/RES/60/251).

<sup>902</sup> Déclaration de Vienne du 12 juillet 1993, Document ONU A/CONF. 157/23.

<sup>903</sup> La liberté syndicale est ainsi consacrée à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme au titre de la liberté d'association. Le droit de propriété trouve par ailleurs place à l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention, quand l'article 2 de ce même protocole pose que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* ».

<sup>904</sup> C'est en effet au sein de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 que sont notamment consacrés le droit à la protection de la santé (Article 11), le droit à la sécurité sociale (Article 12) ou encore le droit à la protection sociale et économique de la famille (Article 16).

il n'existe pourtant pas « *une fatalité de l'irrecevabilité d'une requête individuelle fondée sur un droit social* »<sup>905</sup>. En effet, par des moyens détournés, la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement introduit les droits sociaux dans sa sphère de protection, cette volonté de garantie résultant principalement d'une affirmation de l'indivisibilité des droits de l'homme énoncée par la Cour elle-même dans sa fameuse jurisprudence *Airey*. Dans cet arrêt du 9 octobre 1979, la Cour de Strasbourg affirme en effet que si la Convention européenne des droits de l'homme « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social* ». « *Nulle cloison étanche ne sépare [la sphère des droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention* », car « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »<sup>906</sup>.

Quant au droit communautaire, son affirmation de l'indivisibilité des droits de l'homme prend place au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne d'une manière qui, si elle paraît plus implicite, n'en reste pas moins certaine. A l'instar de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte communautaire regroupe ensemble, sans distinction, droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, caractéristique saluée la doctrine<sup>907</sup>. « *Le plan même de la Charte est là pour faire ressortir leur entremêlement égalitaire : Dignité, Libertés, Egalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice, sans hiérarchisation* »<sup>908</sup>. Un tel choix résulte d'une volonté délibérée des membres de la Convention, lesquels n'ont pas voulu reprendre dans le texte une division qu'ils estimaient dépassée et sans valeur juridique réelle. Certes, sous la pression de certains Etats, les rédacteurs ont organisé à l'intérieur même du texte une nuance entre « droits » et « principes » se rapportant à la distinction classique opérée entre droits subjectifs directement invocables par les particuliers et principes à mettre en œuvre, que les particuliers ne peuvent faire jouer directement<sup>909</sup>. Les droits sociaux appartenant pour une large part à cette dernière catégorie, une certaine différenciation se manifeste donc de nouveau à leur endroit, mais qui relève de

---

<sup>905</sup> SUDRE (Frédéric), « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, p. 755.

<sup>906</sup> V. Affaire *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 24 et 26, *AFDI* 1980, p. 323, chron. R. Pelloux.

<sup>907</sup> V. notamment RODIERE (Pierre), « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *JCP G* 2005, p. 888 ; PONTTHOREAU (Marie-Claire), « Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », *RFDA* 2003, p. 928 et BENOIT-ROHMER (Florence), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, p. 1485.

<sup>908</sup> RODIERE (Pierre), *op. cit.*, p. 888.

<sup>909</sup> Sur cette distinction, v. *supra*, Titre Premier, Chapitre second.

leur caractéristique de mise en œuvre sans induire pour autant de contradiction irréductible entre « droits » et « principes ».

La sphère internationale et européenne apparaît donc, sur le plan formel, particulièrement favorable à l'affirmation de l'indivisibilité des droits de l'homme. En encourageant cette vision, l'appréhension d'un service public globalement protecteur des droits comme des libertés se fraye ainsi plus facilement un chemin, même si sont très rarement précisés dans ces différents textes les moyens de concrétisation des droits envisagés<sup>910</sup>, qui demeurent à l'appréciation des Etats membres. Cependant, une consécration formelle ne suffit pas et doit s'accompagner d'une mise en œuvre pratique de l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme, évolution en butte à certains obstacles mais dont elle triomphe progressivement.

## *2) Des effets concrets progressivement esquissés*

Au-delà du consensus formel sur l'idée d'indivisibilité, la concrétisation du caractère indivisible des droits de l'homme se mesure au regard du degré de protection accordé au « droits-créances », lequel doit être similaire à celui offert aux libertés « classiques ». S'ils sont indivisibles, indispensables à leur garantie réciproque, « droits-libertés » et « droits-créances » doivent en effet logiquement bénéficier des mêmes avantages de mise en œuvre et se trouver sur un pied d'égalité, conclusion qui se heurte en réalité à des solutions contrastées selon le niveau de consécration envisagé.

A l'échelon communautaire, le sort de la Charte des droits fondamentaux est ainsi aujourd'hui dépendant de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, lequel entend conférer valeur contraignante à ce texte. Or, cette entrée en vigueur n'est pour l'heure toujours pas assurée au regard du refus opposé par l'Irlande à la ratification du Traité. Le principe d'indivisibilité demeure, mais intéresse des droits et libertés dont la valeur et l'influence ne sont pas encore fixées. Cependant, il importe de ne pas surestimer les handicaps que doivent affronter le texte même de la Charte, en général, et les droits économiques et sociaux en particulier. Toute valeur juridique ne leur apparaît pas en effet déniée. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi revalorisé la portée de la Charte en l'intégrant dans les normes de droit au

---

<sup>910</sup> A l'exception de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle envisage par exemple directement, dans son article 36, l'accès à certaines prestations sur le fondement de services d'intérêt économique général.

regard desquelles peut être contrôlée la légalité des actes communautaires. Rappelant que ce texte « *ne constitue pas un instrument juridique contraignant* », la Cour de Justice estime néanmoins que cet instrument est au nombre des considérants visés par la directive contrôlée, et que son « *objectif principal (...) est de réaffirmer les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et les obligations internationales communes aux Etats membres, du Traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la [...] CEDH, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme* »<sup>911</sup>. Dès lors, elle se présente, selon l'expression de Laurence Burgorgue-Larsen, comme « *un texte de consolidation de l'acquis en matière de droits fondamentaux* » pouvant jouer un rôle confirmatif dans l'examen de la validité des actes communautaires de droit dérivé<sup>912</sup>. Reste cependant à savoir quel peut être l'impact de cette jurisprudence, au regard de droits ne relevant pas forcément d'un caractère subjectif, ce qui est souvent le cas en matière de « droits-créances » dans la Charte, ou au regard de droits sociaux directement invocables, envers lesquels la Cour de Justice semble jusqu'ici avoir éprouvé certaines réserves<sup>913</sup>.

Par ailleurs, ni la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui ne relève que d'un « *idéal commun à atteindre* »<sup>914</sup>, ni les multiples résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, ne sont dotées de réelle force juridique obligatoire. Les véritables instruments de référence internationaux en matière de droits de l'homme sont constitués par les deux pactes des Nations Unies adoptés le 16 décembre 1966 et désignés respectivement sous les noms de « Pacte relatif aux droits civils et politiques » et « Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels ». Or la césure est tout de suite visible : après avoir rassemblé en 1948, dans un même instrument, droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, ces droits se retrouvent de nouveau matériellement séparés dans deux textes

---

<sup>911</sup> CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-540/03, *Rec. I*-05769.

<sup>912</sup> BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », note sous l'arrêt CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, *AJDA* 2006, p. 2287. V. également TINIÈRE (Romain), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007, p. 153 et s.

<sup>913</sup> La Cour de justice encadre ainsi le droit de grève au regard des libertés économiques bien qu'elle lui reconnaisse le caractère de droit fondamental (CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, Aff. C-438/05 et 18 décembre 2007, *Laval*, Aff. C-341/05). V. OMARJEE (Ismaël), « Des droits sociaux mieux reconnus mais une protection incertaine », *Revue de droit du travail* 2008, n° 2, p. 77.

<sup>914</sup> V. Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle semble cependant pour certains avoir désormais acquis valeur coutumière (v. par exemple, DEMETZ (Anne), « Présentation de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2006, n° 76, p. 675), mais cette position fait débat, car à reprendre les éléments constitutifs de la coutume internationale – des précédents attestant d'une pratique et la conscience d'obéir à une obligation juridique – il apparaît que la DUDH n'a pas produit une pratique étatique de respect des droits de l'homme abondante et ne semble pas exprimer une réelle *opinio juris* sur le plan international. En ce sens, SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 179.

distincts, dont les rédactions organisent, par ailleurs, une protection différenciée. Plusieurs raisons expliquent ce qui peut s'assimiler comme une véritable régression de l'idée d'indivisibilité, et en premier lieu le conflit idéologique opposant à cette époque Est et Ouest, chaque bloc se faisant le champion d'une catégorie de droits<sup>915</sup>. Mais, surtout, il importe de rappeler que, pour être ratifiés, les traités internationaux doivent, de manière générale, se présenter d'une manière « *avenante et peu contraignante* »<sup>916</sup>. Or a été pris en compte le fait que les Etats ne souhaitent pas que des organes internationaux puissent contrôler de manière stricte leurs politiques économiques et sociales, d'où la rédaction d'un Pacte relatif aux droits économiques et sociaux séparé, aux obligations et garanties amoindries. La portée des devoirs incombant aux Etats parties en cette matière est ainsi sensiblement inférieur à ce qui leur est imposé en matière de droits civils et politiques : là où, selon l'article 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, « *les Etats parties s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte* », le même article du Pacte relatif aux droits économiques et sociaux impose seulement que « *chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir (...) au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus (...) par tous les moyens appropriés (...)* ». Par ailleurs, là où le Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit que les individus doivent pouvoir revendiquer directement les droits civils et politiques devant les juridictions nationales<sup>917</sup> et met en place une possibilité de procédure contentieuse devant le Comité des droits de l'homme<sup>918</sup>, rien de tel n'est prévu dans le Pacte relatif aux droits économiques et sociaux, dont le système de protection se résume à un système de surveillance fondé sur l'envoi par les Etats de rapports relatant les mesures de protection et les progrès réalisés dans la mise en œuvre des droits économiques et sociaux consacrés<sup>919</sup>. Certes, une part de cette inflexion trouve son explication dans le caractère particulier des droits en cause, lesquels ne s'adressent pas directement à l'individu, mais une telle différenciation dans les obligations et garanties relatives à ces droits donne cependant l'impression d'une protection « à deux vitesses ».

---

<sup>915</sup> En ce sens, JACOBS (Nicolas), « La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels », *RBDI* 1999, p. 28.

<sup>916</sup> DHOMMEAUX (Jean), « La typologie des droits de l'homme dans le système universel », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 273.

<sup>917</sup> Article 2 § 3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

<sup>918</sup> V. Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

<sup>919</sup> Article 16 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Toutefois, quelques éléments laissent apercevoir, au niveau international, la possibilité d'un rapprochement entre générations de droits. Afin de dynamiser la procédure de contrôle des rapports, le Comité économique et social, à l'origine chargé de cette tâche, a en effet décidé de la création d'un organe spécifique, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, lequel a contribué à clarifier et encourager l'action des Etats en faveur de ces droits. Il a notamment précisé aux Etats parties que « *le fait que le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoit une démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif (...). [Le comité] est d'avis que chaque Etat partie a l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits. (...) Pour qu'un Etat partie puisse invoquer le manque de ressources lorsqu'il ne s'acquitte même pas de ses obligations fondamentales minimum, il doit démontrer qu'aucun effort n'a été épargné pour utiliser toutes les ressources qui sont à sa disposition en vue de remplir, à titre prioritaire, ces obligations minimum* »<sup>920</sup>, manière de rappeler que les Etat ne peuvent se cacher derrière certaines contingences économiques afin de se libérer de leurs obligations. Par ailleurs, le Comité des droits de l'homme, chargé de l'examen des recours en matière de violation des droits civils et politiques, participe parfois indirectement au contrôle de l'autre Pacte en acceptant, sur le fondement de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, de connaître des discriminations concernant des droits sociaux<sup>921</sup>. Enfin, et bien que cette dernière avancée reste encore pour l'heure hypothétique, ce projet étant évoqué depuis plus de dix ans, il importe de rappeler la proposition régulièrement formulée par le Comité d'adoption d'un protocole facultatif au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui permettrait l'introduction de recours individuels par les particuliers en cas de violation de ces droits<sup>922</sup>.

---

<sup>920</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 3*, 14 décembre 1990, v. points 9 et 10, cité par JACOBS (Nicolas), « La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels », *RBDI* 1999, p. 36.

<sup>921</sup> Article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « (...) *la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination (...)* ». Reconnaisant l'autonomie de cet article en considérant que sa portée n'est pas limitée aux seuls droits consacrés par le Pacte relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a alors pu notamment l'appliquer au droit à la Sécurité sociale et aux assurances sociales. V. Constatations du Comité des droits de l'homme du 9 avril 1987, affaires *Danning c/ Pays-Bas*, *Zwaan de Vries c/ Pays-Bas* et *Broeks c/ Pays-Bas*, réf.180/1984, 182/1984 et 172/1984. Sur l'ensemble de cette question, SUDRE (Frédéric), « La portée du droit à la non discrimination : de l'avis d'assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », *RFDA* 1997, p. 969 et s.

<sup>922</sup> V. protocole facultatif au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels instituant une procédure de réception des plaintes individuelles, Rapport du groupe de travail, A/HRC/8/7, 6 mai 2008.

Face à ce bilan en demi-teinte, les observations relatives à l'action de la Cour européenne des droits de l'homme semblent en revanche plus encourageantes. La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme s'est développée sous l'égide du principe d'indivisibilité. C'est grâce à l'impulsion de la jurisprudence *Airey* qu'a été énoncée l'existence d'une interdépendance entre libertés et droits sociaux, et la possibilité qui en découlait de faire rentrer certains droits de cette nature dans la sphère de protection de la Cour de Strasbourg. Cette avancée jurisprudentielle a pu paraître d'autant plus remarquable que les droits sociaux sont toujours apparus comme les « parents pauvres » du système du Conseil de l'Europe. Consacrés à part dans la Charte sociale européenne, ce qui contrariait d'emblée toute idée d'indivisibilité, ils ne bénéficient pas dans le cadre de cet instrument d'une protection équivalente à celle offerte par la Convention<sup>923</sup>. En effet, à l'instar du système mis en place par le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux, il est à l'origine seulement demandé aux Etats de fournir périodiquement à un Comité européen des droits sociaux des rapports rendant compte de l'application des droits de la Charte qu'ils se sont engagés à respecter. Devant le peu de succès de cette procédure, le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 9 novembre 1995 a instauré un système de réclamations collectives ouvert à certaines organisations, comme par exemple les organisations internationales d'employeurs ou les ONG dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, permettant de vérifier la conformité à la Charte de la législation et de la pratique d'un Etat membre, mais non d'instaurer un véritable droit de recours individuel. Sur ce fondement, néanmoins, le Comité a développé une analyse dynamique de son rôle et entend aujourd'hui exercer un contrôle sur le droit interne des Etats membres au regard de leur respect des droits sociaux, dont les conclusions sont de plus en plus prises en considération par le Comité des ministres<sup>924</sup>. Ainsi, il a pu rappeler, notamment, que la jouissance effective du droit aux soins de santé pouvait obliger l'Etat à mettre en œuvre certaines mesures pratiques visant à assurer *a minima* un service d'urgence médicale et des services de soins<sup>925</sup> et œuvrer au bénéfice de la garantie concrète de ce « droit-créance ».

Parallèlement, le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme a été le bienvenu, et son affirmation de l'indivisibilité existant entre droits et libertés a par la suite été suivie d'effets permettant aujourd'hui de constater une protection croissante des droits

---

<sup>923</sup> V. DAUGAREILH (Isabelle), « La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *RTDE* 2001, p. 124-125.

<sup>924</sup> SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 136.

<sup>925</sup> Décision du 3 décembre 2008, *Centre européen des droits des Roms c/ Bulgarie*, récl. coll. n° 46/2007.

sociaux. Cette évolution est liée, pour une part limitée, au développement de la notion d'obligations positives, initiée par l'arrêt *Marckx*<sup>926</sup> et imposant aux Etats de prendre les mesures nécessaires à la garantie des droits consacrés dans la Convention et leur étant consubstantielle. Systématisée par la Cour européenne des droits de l'homme au gré de multiples jurisprudences, elle pourrait en quelque sorte servir de « cheval de Troie » aux droits sociaux, si les juges de Strasbourg ne restaient pas pour l'heure prudents envers cette possibilité<sup>927</sup>. Certaines évolutions sont cependant décelables. Dans une analyse prospective, Frédéric Sudre s'intéresse ainsi à certaines décisions d'irrecevabilité susceptibles de constituer les prémisses d'une ouverture des obligations positives aux droits sociaux<sup>928</sup>. Ces derniers pourraient ainsi se rattacher à l'article 8 de la Convention, comme le souffle par exemple la décision *La Parola c/ Italie*<sup>929</sup>, dans laquelle le juge européen estime que le droit au respect de la vie privée et familiale oblige les Etats à prendre les mesures nécessaires à la garantie effective du droit à l'assistance sociale et médicale. Par ailleurs, toujours au regard de l'article 8, la Cour affirme aujourd'hui de manière nette, dans l'arrêt *Moldovan c/ Roumanie*<sup>930</sup>, que « la question des conditions de vie » des personnes peut entrer dans le champ d'application de cet article et entraîner certaines obligations positives de la part des Etats, cette jurisprudence étant en outre à rapprocher de la décision *Larioshina c/Russie* par laquelle le juge admet que le montant totalement insuffisant d'une pension et d'autres prestations sociales pour maintenir un niveau de vie minimum « peut en principe soulever une question au titre de l'article 3 »<sup>931</sup>. En effet, la jurisprudence *Moldovan* pose également pour la première fois la possibilité que « des conditions de vie précaires, par les sentiments d'humiliation et d'avilissement qu'elles impliquent, portent atteinte à la dignité des intéressés et sont susceptibles de constituer un traitement dégradant »<sup>932</sup>, même si cette solution semble ici motivée par le fait que cette atteinte était couplée avec une discrimination raciale. Par ailleurs, et au prix d'une interprétation audacieuse, la problématique des prestations sociales a pu être examinée par le biais d'un autre mécanisme. Il a en effet été considéré que des litiges

<sup>926</sup> CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, Série A n° 31, *GACEDH* n° 43.

<sup>927</sup> Ce dont témoigne l'affaire *Van Volsem c/ Belgique*, 9 mai 1990, Req. n° 14641/89 : refus de considérer qu'une situation de pauvreté extrême puisse obliger l'Etat à intervenir positivement du fait d'une violation de l'article 8 de la CEDH (V. *supra*).

<sup>928</sup> V. SUDRE (Frédéric), « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, p. 765.

<sup>929</sup> Affaire *La Parola c/ Italie*, 30 novembre 2000, Req. n° 39712/98 (V. point 1)

<sup>930</sup> Affaire *Moldovan c/ Roumanie* n° 2, 12 juillet 2005.

<sup>931</sup> Cour EDH, décision *Larioshina c/ Russie*, 23 avril 2002, Req. n° 56869/00. Sur ce point, SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 317 et, du même auteur, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003, p. 761.

<sup>932</sup> SUDRE (Frédéric), *JCP G* 2006, I, n° 5, Chron., p. 187.



relatifs à des prestations de sécurité sociale ou d'aide sociale touchaient à des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6 de la Convention<sup>933</sup>, et devaient donc bénéficier des garanties liées au droit à un procès équitable. C'est là une avancée significative dès lors que l'article 6 peut être considéré comme « *le levier de l'effectivité des droits consacrés par la Convention* »<sup>934</sup>. Mais allant encore plus loin, la Cour a également reconnu à ce droit aux prestations sociales un caractère patrimonial, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n°1<sup>935</sup>. Ainsi, par le vecteur du droit de propriété, et sous l'égide de l'article 14 contenant une clause générale de non discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention<sup>936</sup>, elle peut sanctionner toute discrimination infondée touchant au droit à une prestation sociale, contributive ou non contributive<sup>937</sup> ou, dans le même esprit, relier le droit à des allocations familiales au droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8, et le faire bénéficier également de cette garantie offerte par l'article 14<sup>938</sup>. Grâce à cette voie détournée, bon nombre de droits économiques et sociaux peuvent alors se voir protégés de toute discrimination. Et le soin pris par la Cour pour rattacher un droit social à des droits consacrés par la Convention, afin de pouvoir invoquer l'interdiction de discrimination posée par l'article 14, pourrait devenir superflu avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 12<sup>939</sup>. Enonçant en effet une interdiction générale de non discrimination, ce texte y fait entrer « *tout droit prévu par la loi* » et, en particulier, les droits accordés à l'individu par le droit national<sup>940</sup>. Dès lors, tout droit social bénéficiant de cette reconnaissance est susceptible de

<sup>933</sup> V. notamment les affaires *Feldbrugge c/ Pays-Bas et Deumeland c/ RFA*, 29 mai 1986, série A n° 99 et 100 (concernant respectivement le droit à l'octroi d'indemnités au titre d'un accident du travail et le droit à une pension complémentaire de veuve au titre de l'assurance accident) et *Salesi c/ Italie*, 26 février 1993, série A n° 257 E (droit à l'octroi d'une allocation d'invalidité).

<sup>934</sup> DAUGAREILH (Isabelle), « La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *RTDE* 2001, p. 128.

<sup>935</sup> Article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

<sup>936</sup> Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Cet article ne joue que pour les droits et libertés consacrés par la Convention.

<sup>937</sup> Affaire *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 septembre 1996, Req. n° 17371/90 (droit d'un chômeur en fin de droits à une allocation d'urgence). La question de déterminer si un droit à prestation sociale non contributive rentre dans le champ de l'article premier du Protocole n° 1 est réglée de manière positive et explicite dans l'affaire *Stec et autres c/ le Royaume-Uni* (décision de recevabilité), 6 juillet 2005, Req. n° 65731/01.

<sup>938</sup> V. Affaire *Okpisz c/ Allemagne*, 25 octobre 2005, Req. n° 59140/00.

<sup>939</sup> Ce protocole est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005 pour les Etats l'ayant ratifié (17 ratifications au 21 avril 2009, la France ne l'ayant pas ratifié).

<sup>940</sup> Article 1-1 du Protocole n° 12 : « *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». V. § 22 du rapport explicatif sur le Protocole n° 12 sur le site <http://conventions.coe.int>.

bénéficiaire du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de non-discrimination. Aucune requête fondée sur ce texte n'a, pour l'heure, encore été portée à la connaissance des juges de Strasbourg, mais l'intervention de ce Protocole à « *vocation transversale* »<sup>941</sup> paraît indéniablement constituer une avancée vers une protection plus systématique des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe et laisse présager une intervention accrue en leur faveur. Enfin, il faut rappeler la pratique récente par laquelle la Cour interprète la Convention européenne des droits de l'homme à la lueur de la Charte sociale européenne, reconnaissant ainsi les « ponts » existants entre ces différents textes et les catégories de droits qu'ils consacrent<sup>942</sup>.

De sa consécration formelle à sa mise en œuvre, l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme poursuit donc peu à peu son chemin, une cohérence établissant progressivement entre l'affirmation et le fait. Si le service public n'apparaît pas directement dans ces différents mécanismes juridiques de garantie des « droits-créances », ce qui est logique à un niveau supranational, il se redécouvre cependant implicitement à travers la volonté mieux affirmée de défendre les droits sociaux. Sans qu'elle soit directement désignée ou exigée, la prise en charge de la délivrance de certaines prestations indispensables sous cette forme est ainsi accueillie à travers la logique d'indivisibilité défendue. Le droit interne, quant à lui, demeure réservé quant à la consécration juridique de cette notion d'indivisibilité. Cependant, il organise une garantie des « droits-créances » où se découvre l'acceptation de cette conception, à travers le rapprochement opéré aujourd'hui entre exclusion et droits et libertés et le rôle qu'est appelé à jouer le service public dans ce cadre.

### ***B/ Un accueil implicite en droit interne***

L'éventuelle réception de l'idée d'indivisibilité des droits de l'homme ne se devine pas aisément en droit interne : nulle consécration ne vient en effet proclamer un quelconque attachement à cette vision (1), laquelle ne peut être décelée qu'à travers la compréhension renouvelée du rôle alloué au service public, aujourd'hui redécouvert en tant qu'instrument de lutte contre l'exclusion (2).

---

<sup>941</sup> Selon l'expression d'Emmanuel Decaux, « La question de la typologie des droits de l'homme au sein du système du Conseil de l'Europe », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 307.

<sup>942</sup> Cour EDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n° 34503/97.

1) *L'absence de consécration formelle du rôle positif des « droits-créances » envers les libertés*

La présentation des droits de l'homme prévalant en France reste extrêmement classique et ne semble pas, s'agissant de la question de l'indivisibilité des droits de l'homme, avoir subi l'influence des droits international, européen ou communautaire. A bien regarder en effet les instruments internes de protection des droits et libertés, et la jurisprudence des autorités en assurant l'application, la complémentarité des droits de l'homme n'est pas consacrée au plan formel. Une présentation séparée des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux prévaut, alimentée, dans le Préambule de la Constitution de 1958, par la distinction textuelle relevée entre la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement. En outre, peu d'éléments dans ces textes permettent de comprendre le lien unissant les différentes catégories de droits et libertés qu'ils consacrent. Ainsi, le Préambule de 1946 ne donne pas les clés de sa coordination avec le texte de 1789. Tout au plus est-il possible de tirer certains enseignements de son Préambule, où sont réaffirmés solennellement « *les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789* »<sup>943</sup>, ce qui indique que le texte de 1946 s'inscrit dans la continuité de son prédécesseur. Les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » sont en effet censés intervenir afin de compléter les droits et libertés issus de la Révolution<sup>944</sup>, ce que confirme l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution de 1958 lorsqu'il rappelle que « *le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946* ». Les droits économiques et sociaux sont alors considérés comme compléments, et non comme complémentaires de ces droits et libertés. Ils ajoutent à la liste des droits déjà consacrés mais ne sont pas présentés comme interagissant de manière bénéfique avec eux. Et si rien dans le texte ne laisse supposer une contradiction entre les deux « générations » de droits, cet indice apparaît en lui-même trop mince pour impliquer la reconnaissance formelle d'une quelconque indivisibilité. La Charte de l'environnement ne semblant livrer de son côté

---

<sup>943</sup> Alinéa 1 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette référence aux droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est une illustration supplémentaire du compromis ayant présidé à la rédaction du Préambule de 1946. Délaissant l'idée d'une rupture radicale avec le passé, cette filiation avec l'œuvre de 1789 rassurait en effet les constituants les plus attachés aux valeurs libérales classiques.

<sup>944</sup> Cette idée est renforcée par l'utilisation à l'alinéa 2 de la formule « *en outre* », qui précède l'énumération des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* ».

aucune indication permettant de déterminer son influence sur les droits et libertés reconnus dans les textes l'ayant précédée<sup>945</sup>, le seul indice reste alors la volonté même des constituants de 1946. Conscients des difficultés matérielles d'exercice des libertés, ces derniers faisaient en effet certainement une place importante à l'idée de complémentarité. Ainsi, René Capitant rappelle, lors des débats de l'Assemblée constituante, que l'individu a le droit d'exiger des prestations positives qui « *le mettent dans une condition économique telle qu'il puisse pratiquement défendre ses droits naturels* »<sup>946</sup>. Mais cet objectif n'est pas retrouvé dans le texte final. L'idée d'indivisibilité des droits est défendue à travers la consécration même des « droits-créances », mais de manière sous-jacente.

Aucune évolution sensible n'est par ailleurs intervenue sous l'impulsion du juge constitutionnel, lequel reste globalement fidèle à la vision de droits complémentaires du texte de 1789. Il précise ainsi, dans sa décision du 16 janvier 1982, que « *le Préambule de la Constitution de 1946, "réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789" et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des "principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps"* »<sup>947</sup>. Le Conseil constitutionnel n'ignore pourtant pas totalement l'idée de complémentarité, et a pu rappeler, ainsi, que la libre communication des pensées et des opinions devait être considérée comme une liberté fondamentale, « *d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés (...)* »<sup>948</sup>. Mais s'il est possible de déceler ici un aveu de l'indivisibilité régnant entre les droits de l'homme, le Conseil constitutionnel utilisant une expression générique susceptible de se ramener à l'ensemble des différentes générations de droits, il n'apparaît cependant pas avoir poussé plus avant ce type d'affirmation, et formalisé de manière nette la réciprocité selon laquelle un droit économique et social constituerait « *l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés* ». De façon générale, le juge constitutionnel semble donc s'en tenir à la division classique rejetant droits-libertés et « droits-créances » dans des sphères distinctes.

Quant à rechercher les traces de cette indivisibilité à travers le constat d'une protection équivalente accordée aux droits-libertés et aux « droits-créances », elle trouve certaines

---

<sup>945</sup> *Contra*, PRIEUR (Michel), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 135.

<sup>946</sup> Séance du 8 mars 1946, *JO Débats*, p. 645.

<sup>947</sup> CC n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisations*, considérant n° 15, *Rec.* p. 18, *GDCC*, p. 401.

<sup>948</sup> CC n° 84-181 DC, *Entreprises de presse*, considérant n° 37, *Rec.* p. 73, *préc.*

confirmations. Toute idée de hiérarchie formelle entre « droits-créances » et libertés est ainsi rejetée. La question de la place réservée aux droits économiques et sociaux par le juge constitutionnel a pourtant fait débat au moment de la décision « *Nationalisations* »<sup>949</sup>. En rappelant que le Préambule de la Constitution de 1946 tendait « *seulement à compléter* » les droits et libertés de la Déclaration de 1789, au sujet desquels était précisé qu'ils avaient « *pleine valeur constitutionnelle* », le juge constitutionnel semblait à cette date entendre que ces droits, en tant que simples compléments, étaient d'importance moindre, ce qui supposait alors en filigrane l'existence d'une hiérarchie entre les dispositions de la Déclaration et celles du Préambule. Dominique Rousseau rappelle cependant qu'il importe de replacer cette position du Conseil constitutionnel dans le contexte de sa saisine et des arguments alors développés en défense. Dans le débat sur la loi de nationalisations, un mémoire présenté par les députés socialistes soutenait en effet que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 était juridiquement dépassée et devait être remplacée par les dispositions du Préambule de 1946. Ce serait ainsi pour couper court à cette argumentation et confirmer la valeur toujours actuelle de la Déclaration de 1789 que le Conseil constitutionnel a rappelé que le Préambule de 1946 se contentait de compléter les droits et libertés de 1789<sup>950</sup>. Les formules employées par la Haute instance dans sa décision de 1982 n'ont à l'époque qu'une « *signification argumentaire concrète* » dont il convient de ne pas surestimer la portée<sup>951</sup>. Le Conseil constitutionnel n'a entendu établir aucune hiérarchie entre libertés du texte de 1789 et droits issus du Préambule de 1946. Du reste, par la décision du 16 juillet 1971<sup>952</sup>, « droits-créances » comme libertés ont reçu valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel reconnaissant l'invocabilité et l'applicabilité des droits sociaux sans opérer de tri entre les différents alinéas. Les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » doivent alors être conciliés avec les autres droits émanant du Préambule de 1958, ce qui fournit une preuve concrète de la place qui leur est accordée. En les plaçant sur un pied d'égalité avec les principes issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le juge constitutionnel reconnaît implicitement leur égale valeur. Certes, il pourrait alors être opposé à l'idée de complémentarité l'argument selon lequel un exercice de conciliation entre les droits de 1946 et ceux de 1789 laisse supposer une contradiction entre eux. En effet, certaines restrictions aux libertés peuvent parfois être induites par un « droit-créance », comme cela a pu, par exemple, être constaté à l'occasion de l'examen de la loi de lutte contre le tabagisme et

---

<sup>949</sup> CC n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *préc.*

<sup>950</sup> ROUSSEAU (Dominique), « Le Conseil Constitutionnel et le Préambule de 1946 », *RA* 1997, p. 166.

<sup>951</sup> *Ibid.*

<sup>952</sup> CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association, Rec.* p. 29, *GDCC*, p. 235.

l'alcoolisme, où le Conseil constitutionnel a dû arbitrer entre droit à la protection de la santé et libertés économiques<sup>953</sup>. Toutefois, ces hypothèses de confrontations sont limitées<sup>954</sup> et ne sauraient avoir pour effet d'exclure toute interaction positive entre « droits-créances » et droits-libertés.

Rien n'indique donc qu'il existe une hiérarchie formelle entre droits de l'homme. Pourtant, de nombreux auteurs font découler de l'étude des jurisprudences constitutionnelles la conclusion que certains droits et libertés seraient mieux protégés que d'autres, distinguant ainsi des libertés de « *premier* » et de « *second rang* », selon l'intensité de la protection leur étant accordée<sup>955</sup>. Mais Dominique Rousseau met, là encore, en garde contre ces affirmations, remarquant en premier lieu que ces classifications diffèrent selon les auteurs, ce qui révèle dès lors immanquablement la part de subjectivité ayant présidé à leurs formations<sup>956</sup>, et rappelant également que ces classifications ne recourent pas forcément la distinction entre principes datés de 1789 et de 1946. Toute systématisation d'une hiérarchie entre « générations » de droits de l'homme paraît ainsi bien hasardeuse, et semble devoir se résoudre dans l'affirmation selon laquelle le juge constitutionnel ne semble pas opérer de différenciation de principe entre elles<sup>957</sup>. En outre, les droits issus du Préambule de 1946 connaissent aujourd'hui d'une protection de la part du juge administratif. Longtemps réticente à reconnaître la juridicité des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* »<sup>958</sup>, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est sur ce point rapprochée de celle adoptée en faveur des principes issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le juge

---

<sup>953</sup> CC n° 90-283 du 8 janvier 1991, *Lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme*, Rec. p. 11, AJDA 1991, p. 385, note Wachsmann.

<sup>954</sup> Et concentrées, le plus souvent, sur les contradictions constatées entre « droits-créances » et liberté d'entreprendre ou droit de propriété. Le « droit au logement » a ainsi également soulevé interrogation au regard de sa conciliation avec le droit de propriété. V. PAULIAT (Hélène), « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », D. 1995, p. 283 et LACHAUME (Jean-François) et PAULIAT (Hélène), « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, p. 373.

<sup>955</sup> En ce sens, FAVOREU (Louis), « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de Montpellier des 20 et 21 janvier 1989, Ed. STH, 1990, p. 37. Dans cette contribution sont considérées comme des libertés de « *premier rang* » la liberté individuelle et les libertés d'association, de la presse écrite et de l'enseignement.

<sup>956</sup> Ce que remarque Dominique Rousseau (op. cit. p. 165) en confrontant les « listes » respectivement proposées par Louis Favoreu (*supra*) et Dominique Turpin, lequel estime que les libertés économiques font l'objet d'une protection plus attentive par le Conseil constitutionnel (V. *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 36).

<sup>957</sup> En ce sens, également, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 501 ; VEDEL (Georges), « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 48 et s.

<sup>958</sup> V. *supra* Titre premier, Chapitre premier et CLAPIE (Michel), « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », RA 1997, p. 280.

administratif semble en effet n'avoir jamais eu d'hésitations à se référer expressément à ces derniers, par l'intermédiaire de principes généraux du droit ou directement en tant que principes constitutionnels, au même titre aujourd'hui que les exigences issues du Préambule de 1946<sup>959</sup>. La prise en compte des droits sociaux dans le cadre interne est donc aujourd'hui une réalité, qui, si elle ne s'appuie pas sur un motif tiré de l'idée d'indivisibilité entre droits de l'homme, lui répond cependant dans ses conséquences, en plaçant formellement les « droits-créances » au même niveau juridique que les libertés issues du texte de 1789.

Toutefois, il faut rappeler que la garantie concrète des « droits-créances » ne s'ordonne pas, encore aujourd'hui, de manière totalement similaire entre droits sociaux et libertés « classiques ». La justiciabilité des « droits-créances » demeure ainsi soumise à des appréciations variant parfois d'une espèce à l'autre pour le juge administratif, tandis que le contrôle du Conseil constitutionnel demeure souvent très limité du fait de son refus d'empiéter sur la marge d'appréciation du législateur en matière de droits sociaux<sup>960</sup>. Par ailleurs, et à la différence des libertés, les « droits-créances » ne semblent pas pouvoir bénéficier de la protection offerte par la procédure du référé-liberté<sup>961</sup>. Ces différents éléments tendent ainsi à confirmer la persistance d'une certaine réserve envers des droits qui, pourtant, conditionnent l'épanouissement concret des libertés, et devraient ainsi, sous l'égide de l'indivisibilité les unissant à ces dernières, bénéficier d'une protection équivalente. Le bilan attaché à la comparaison du niveau de garantie entre « droits-créances » et libertés n'apparaît ainsi pas totalement convaincant. L'accueil réservé à l'indivisibilité semble demeurer, en pratique, limité. Mais cette idée est susceptible d'être redécouverte, implicitement, à travers le rôle de garantie alloué au service public. L'indivisibilité des droits de l'homme est en effet progressivement traduite à travers ce procédé, dont l'action est envisagée sous un angle plus transversal.

---

<sup>959</sup> V. par exemple CE, 7 juin 1957, *Condamine*, *Rec. Leb.* p. 68, RDP 1958, p. 98, note Waline et CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec. Leb.* p. 101, JCP 1960, n° 11629 bis, note Vedel. Pour un récapitulatif des applications des principes de 1789 par le Conseil d'Etat, GAZIER (François), GENTOT (Michel) et GENEVOIS (Bruno), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *EDCE* n° 40, p. 178 et s.

<sup>960</sup> V. *supra*, Titre premier, Chapitre premier.

<sup>961</sup> Sur l'ensemble de ces éléments, v. *supra*, Titre premier, Chapitre premier.

2) *Un principe d'indivisibilité redécouvert à travers l'acceptation d'un service public centré sur la lutte contre l'exclusion*

La valorisation progressive de l'idée d'interdépendance entre droits de l'homme semble s'ordonner implicitement, en droit interne, à travers le service public. C'est par le recentrage de ce procédé sur la lutte contre l'exclusion que se redécouvre le consensus autour de l'idée selon laquelle la satisfaction de certains besoins concrets est indispensable à la garantie des libertés.

Attachée à la délivrance d'une prestation spécifique, la mission du service public est, logiquement, limitée, dans sa compréhension, au domaine d'intervention considéré. Le service public de distribution d'eau ou d'électricité a ainsi vocation à fournir ces matières premières. L'action du service public de l'enseignement s'analyse comme la délivrance d'une prestation intellectuelle liée au savoir. Un conservatoire de musique enseigne la matière musicale aux élèves tandis que la prise en charge de la piscine municipale aménage une structure permettant de goûter aux joies d'activités ludiques et sportives. Cependant, cette présentation simple cède aujourd'hui devant l'idée que l'impact des services publics doit être envisagé de manière plus transversale. L'influence du service public ne se résume plus, en effet, à la satisfaction d'un « droit-crédance » particulier, limitée à une action précise, mais s'insère dans un champ d'intervention plus vaste. L'intérêt général que le service public se trouve chargé de poursuivre relève désormais d'une action à large spectre, centrée sur la lutte contre l'exclusion.

L'évolution en ce sens en matière de distribution d'énergie a déjà été observée. La matérialité même de la prestation n'a pas changé car il s'agit toujours de fournir du gaz ou de l'électricité. Mais sous l'impulsion, notamment, d'impératifs fixés par le service universel ou par le législateur national, l'accès à cette prestation est également désormais appréhendé au regard de son impact en matière de cohésion sociale et territoriale<sup>962</sup>. La question n'est plus seulement de fournir un bien matériel, mais de préserver – ou rétablir – le lien cohésif soutenu par l'accès à cette prestation. De la même manière, le service public de l'enseignement tel qu'organisé en France assure une action d'éducation se traduisant par la délivrance de savoirs qui poursuit depuis toujours une visée d'insertion en favorisant l'accès au marché du

---

<sup>962</sup> V. *supra*, Chapitre précédent.



travail par l'obtention d'aptitudes et de diplôme<sup>963</sup>. Mais il prend par ailleurs en charge, au-delà de sa mission principale, une action d'orientation et d'information scolaire et professionnelle, une mission sociale d'aide auprès des étudiants en difficulté<sup>964</sup> et de nombreuses actions en matière de santé<sup>965</sup>. Ce service public offre ainsi à tous l'opportunité de s'instruire, mais poursuit également une démarche d'accompagnement des élèves et étudiants dépassant le simple droit à l'éducation, car embrassant tous les aspects essentiels de leur future insertion dans la société. Dans le même sens, de manière plus ponctuelle, l'accès de tous les enfants, quels que soient les revenus de leurs parents, à une école de musique, a pu être considéré comme révélatrice d'une volonté de réduction de la fracture sociale, alors même qu'un conservatoire ne poursuit pas directement cette mission précise<sup>966</sup>. De même, une tarification sociale instaurée dans les transports en commun peut être instaurée en faveur des demandeurs d'emploi<sup>967</sup>. L'énumération de ces différents exemples illustre l'évolution de la compréhension du service public, aujourd'hui envisagé dans une perspective générale de lutte contre l'exclusion. Des services publics n'ayant, à l'origine, pas ou peu de vocation sociale, au sens où en relèvent, en revanche, les services publics de santé ou d'aide sociale, voient désormais leur influence en cette matière très largement valorisée.

L'insistance est en effet portée sur le lien entre exclusion et atteintes aux droits de la personne, et au rôle salvateur que peut y jouer le service public. La loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions rappelle que la lutte contre les exclusions sociales, « *impératif national fondé sur le respect de l'égalité dignité de tous les êtres humains* », passe par la garantie de l'accès aux droits sociaux fondamentaux, santé, justice, éducation, formation, culture ou logement<sup>968</sup>. Or, toutes ces exigences sont mises en œuvre par le service public. Il est alors possible de redécouvrir le concept d'indivisibilité derrière cette volonté de lutte contre l'exclusion. Même si cela n'apparaît pas directement, la valorisation de l'importance de l'accès à certains droits et, partant, la valorisation du service

---

<sup>963</sup> Sur cette question, SCHLEMMER (Bernard), « Droit au travail et droit à l'éducation ; compatibilité et hiérarchie de ces droits appliqués aux enfants », in G. Henaff et P. Merle (dir.), *Le droit et l'école. De la règles aux pratiques*, PUR, 2003, p. 191.

<sup>964</sup> Au niveau de l'enseignement supérieur, cette action est menée par les établissements d'enseignement en coordination avec le CNOUS. Sur ce point, CHAMPAGNE (Pierre), *L'organisation scolaire et universitaire*, PUF, 2003, p. 379.

<sup>965</sup> Le personnel médical rattaché à l'Education nationale élabore ainsi les bilans de santé des élèves, effectue des examens et visites médicales, et assure la diffusion des campagnes de prévention nationales en matière de santé.

<sup>966</sup> CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, *Rec. Leb.* p. 499, *AJDA* 1998, p. 102, Chron. Girardot et Raynaud.

<sup>967</sup> CAA Lyon, 27 juin 2002, *Brindel*, *AJDA* 2002, p. 1409, note S. Brondel.

<sup>968</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion, *JO* 31 juillet 1998, p. 11679.

public qui aménage cet accès, s'inscrit dans une visée générale d'égalité des droits intéressant, *in fine*, l'exercice effectif des libertés par tous. Du reste, l'invocation du principe de dignité est révélatrice de cet accueil implicite de l'idée d'indivisibilité car cette notion, en tant que fondement des droits de l'homme, postule en elle-même cette indivisibilité<sup>969</sup>. Appelé à satisfaire à la fois « droits-créances » et libertés, et répondant ainsi aux exigences de la dignité de la personne humaine, le service public est investi d'une mission allant au-delà de la seule satisfaction d'une exigence matérielle prédéfinie. S'insérant dans une dynamique de plus grande ampleur, il lui appartient de garantir également les libertés constituant les prolongements de l'exigence en cause, selon une logique de complémentarité propre au concept d'indivisibilité.

Toutefois, affirmer l'indivisibilité des droits de l'homme et l'influence bénéfique du service public ne saurait conduire à encourager de manière excessive les interventions étatiques. L'équilibre doit en effet toujours prévaloir entre « droits-libertés » et « droits-créances » et, « arme » aujourd'hui valorisée de garantie des droits, le service public ne doit pas devenir l'instrument d'un Etat tutélaire. Cette prévention est classique dans la logique libérale. Elle mérite cependant d'être rappelée afin d'évaluer la menace que peut réellement constituer le service public au regard des libertés.

## PARAGRAPHE SECOND

### UNE VALORISATION DE LA FONCTION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC N'EXCLUANT PAS UNE CERTAINE VIGILANCE

L'épanouissement des libertés « classiques » nécessite certaines interventions précises ou, de manière plus générale, un contexte favorable mis en place par la garantie de certains besoins essentiels. L'idée d'indivisibilité se nourrit de cette affirmation et revalorise concomitamment l'influence des « droits-créances » et des services publics les mettant en œuvre. Privilégier les libertés au mépris des « droits-créances » conduit à refuser un exercice égal de ces libertés, et donc à nier ces libertés mêmes. Mais, comme souvent en matière de droits de l'homme,

---

<sup>969</sup> En ce sens, VASAK (Karel), « Les différentes typologies des droits de l'homme, in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 12 et DREYER (Emmanuel), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006/2, p. 560.

menace et garantie cohabitent dans le même sein. Les interactions entre « droits-libertés » et « droits-créances » sont source d'enrichissement, mais dans la seule hypothèse du compromis. Si ce dernier disparaît, la faveur envers les « droits-créances » et l'intervention extensive de services publics peut alors toujours faire craindre la mise en place d'une société « assistée » dans laquelle la liberté individuelle risque de céder devant les multiples interventions de l'Etat. Très classique, cette critique rend compte d'un phénomène inévitable dont il convient de ne pas exagérer la portée (A). Elle est néanmoins porteuse d'un avertissement prenant tout son sens lorsqu'est rappelé le risque de dérives totalitaires orchestrées sous couvert de satisfaction des « droits-créances ». Certaines expériences ont permis de prendre la mesure des dangers de l'instrumentalisation de ces exigences et militent ainsi pour une interdépendance équilibrée entre « droits-créances » et libertés (B).

#### *A/ Les risques d'asphyxie de la liberté individuelle, une menace à la portée limitée*

Historiquement, à la peur de l'absolutisme, s'est progressivement substituée celle de l'avènement d'une « dictature douce », dans laquelle l'individu perdrait sa liberté sans même s'en rendre compte. L'extension progressive du champ des services publics peut ainsi toujours être soupçonnée d'avoir favorisé une disparition progressive des responsabilités de l'individu (1) s'accompagnant d'un renforcement insidieux de l'appareil d'Etat empêchant le plein exercice de sa liberté individuelle (2). Si elles relèvent d'une part de vérité, ces affirmations, renvoyant à la conception la plus classique de la logique libérale, doivent cependant être nuancées au regard des compromis prévalant en la matière.

##### *1) Une érosion des responsabilités induite par l'intervention extensive du service public*

Un tel danger n'a peut-être jamais mieux été décrit que par Alexis de Tocqueville, dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique* : « Je veux imaginer sous quel trait nouveau le despotisme pourrait se produire dans le monde : je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs, dont ils emplissent leur âme. [...] Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril ; mais il ne cherche, au

contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance ; il aime que les citoyens se réjouissent, pourvu qu'ils ne songent qu'à se réjouir. Il travaille volontiers à leur bonheur ; mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages ; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre ! »<sup>970</sup>. L'Etat tentaculaire, appelé à intervenir dans les moindres événements de la vie quotidienne, ôte ainsi de manière insidieuse toute volonté propre aux individus, dans la gestion de leurs affaires comme de leur existence. Tocqueville n'est d'ailleurs pas le seul à avoir agité ce danger. Avant lui, Montesquieu rappelle déjà que la question de la pauvreté doit appeler des secours passagers et non des « établissements perpétuels », car « l'esprit de paresse qu'ils inspirent augmentent la pauvreté générale »<sup>971</sup>, quand, à l'époque contemporaine, Raymond Aron, pourtant favorable à une synthèse entre libéralisme et Etat-providence, déplore qu'il y ait « de plus en plus de responsabilités confiées à l'Etat, et de moins en moins la prise en charge par l'individu lui-même de son sort »<sup>972</sup>. Cette critique se fait bien sûr l'écho de celle touchant au phénomène d'inflation des « droits-créances ». La multiplication de leurs consécration « en promettant une sécurité reçue d'En haut dans tous les domaines, risquerait de supprimer la possibilité, et même l'envie, des choix personnels et des actes libres »<sup>973</sup>.

Si la charge peut paraître sévère, elle n'en est pas moins salutaire par certains aspects. Les menaces les plus dangereuses sont parfois les plus discrètes, et doivent entraîner une vigilance d'autant plus étroite que « la révolte est [...] plus aisée à concevoir contre les prétentions d'une politique de puissance que contre des mécanismes abstraits de domination »<sup>974</sup>. Il est impossible de nier un éventuel « effet pervers » de l'influence des « droits-créances », lié à l'idée d'« assistanat » et rejaillissant sur le procédé de service public. Garantir leur sécurité matérielle peut en effet engendrer chez les individus une situation de dépendance : en leur fournissant cette sécurité, l'Etat leur évite de la rechercher par eux-mêmes et rend ainsi superflu l'exercice de leur esprit d'initiative et, dès lors, de leur libre arbitre en ce qui concerne leur propre sort. Ce reproche paraît pouvoir s'adresser tout particulièrement au procédé de service public, dont la mission première consiste en la satisfaction de besoins matériels des individus.

<sup>970</sup> DE TOCQUEVILLE (Alexis), *De la démocratie en Amérique*, Tome II, Quatrième partie, Chap. VI.

<sup>971</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, « Des hôpitaux », Livre XXIII, Chapitre 29.

<sup>972</sup> ARON (Raymond), *Le spectateur engagé*, Presse Pocket, 1981, p. 32.

<sup>973</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 104.

<sup>974</sup> NIZARD (Lucien), « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *Mélanges Einsenmann*, CUJAS, 1975, p. 97.

Cependant, cette idée « *d'asphyxie des responsabilités* »<sup>975</sup> est inhérente à l'introduction de mécanismes de protection et doit être évaluée au regard des avantages que procurent ces derniers. En effet, si certains abus peuvent être déplorés et renforcer l'idée de société oisive ou assistée, ces cas particuliers ne doivent cependant pas masquer une situation générale dans laquelle la préservation d'un « seuil » de sécurité constitue également le « tremplin » des initiatives individuelles. Dans cette optique, il est par ailleurs être intéressant de rappeler les éléments principaux de l'uchronie opérée par Paul Amselek, consistant à imaginer un Etat sans finances, c'est-à-dire qui n'aurait aucune activité financière et n'effectuerait ni dépenses, ni recettes<sup>976</sup>. Dans la variante maximale de cette hypothèse, l'auteur imagine alors un Etat se déchargeant de l'ensemble de ses activités de gestion et de prestation sur les personnes privées. Il n'y aurait alors plus de services publics, mais une intervention privée que l'Etat dirigerait par des mesures autoritaires ou d'incitation, afin de préserver une politique d'ensemble cohérente lui permettant de réaliser les objectifs fixés. Or une telle situation ne serait alors pas forcément plus profitable aux individus : outre que cette hypothèse se heurterait, dans une société développée, à d'innombrables difficultés pratiques, *il apparaît en réalité qu'un « tel système serait terriblement pesant [et] asservissant pour les citoyens »*. En effet, si ces derniers devaient, pour permettre la bonne marche de la société dans laquelle ils vivent, obéir à différentes mesures réglementaires et accomplir de multiples corvées, ils se transformeraient alors quasiment tous « *en fonctionnaires mobilisés en permanence* ». La prise en charge de certaines activités par l'Etat peut donc également être vecteur d'indépendance pour les individus, « *libres de s'adonner plus pleinement à leurs activités privées* ». S'il faut alors, néanmoins, toujours se défier d'un Etat tentaculaire, l'auteur conclut sa présentation en rappelant que « *la commodité d'un système n'est jamais que relative, fonction d'une espèce de 'juste milieu'* ».

Par ailleurs, le procédé de service public induit inévitablement une certaine réduction de la sphère d'autonomie de l'utilisateur au sein même du service. La critique, là encore, est classique mais paraît inévitable car inhérente à la logique même du service public.

---

<sup>975</sup> Selon l'expression d'Yves Madiot, *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 219.

<sup>976</sup> AMSELEK (Paul), « Peut-il y avoir un Etat sans finances ? », *RDJ* 1983, p. 267. Les citations qui suivent sont tirées de cet article.

## 2) Une limitation de la liberté individuelle de l'usager soumis à la « loi » du service

Au cœur du reproche adressé aux « droits-créances », est rappelé le fait que les libertés, de manière générale, fixent les limites de l'intervention de l'Etat, quand ces exigences réclament au contraire cette intervention et la légitiment. Or, lieu de pouvoir, l'Etat est également lieu de contraintes, lesquelles vont peser sur les individus dans leurs rapports avec ce dernier. Augmenter la sphère d'intervention de l'Etat revient ainsi inéluctablement à augmenter la sphère de ces contraintes. La satisfaction des « droits-créances » « *passé par le renforcement de l'appareil d'Etat et par l'acceptation des disciplines qu'elle impose* »<sup>977</sup>, selon une logique potentiellement limitative des libertés individuelles.

Cette question n'a pas manqué d'être examinée vis-à-vis de la problématique de l'Etat de droit. Cette dernière notion renvoie, de manière générale, à l'idée de soumission de l'Etat au droit, à « *l'existence d'un pouvoir limité car assujéti aux règles* »<sup>978</sup> et dès lors respectueux des impératifs fixés pour la garantie des droits de l'homme. En cela, l'Etat de droit « *s'inspire d'une méfiance de principe vis-à-vis d'un Etat dont on cherche à encadrer et à corseter la puissance pour éviter qu'elle ne devienne oppressive* »<sup>979</sup> et paraît devoir se heurter à la logique de l'Etat-providence, fondée sur des « droits-créances » dont « *le caractère indéfiniment extensible justifie l'extension illimitée des interventions de l'Etat dans la vie sociale* »<sup>980</sup>. Toutefois, c'est « *au nom des exigences d'un Etat de droit toujours plus complet, toujours plus exhaustif* »<sup>981</sup>, que le droit, et partant l'Etat, se sont progressivement saisis de la question sociale. Il n'apparaît pas que cette contradiction constatée doive entraîner une remise en cause des droits sociaux et des interventions opérées en leur faveur, mais bien plutôt, selon Jacques Chevallier, un effort de réinsertion de l'Etat de droit dans l'Etat-providence, sous l'égide, une fois encore, d'une volonté d'équilibre<sup>982</sup>.

La question de l'intervention de l'Etat sous forme de services publics revêt néanmoins une certaine spécificité. Porté par une notion d'intérêt général pour le moins imprécise, et dès lors presque indéfiniment extensive, le service public est appelé à intervenir en de très nombreux domaines, sur lesquels pèseront dès lors ses règles de fonctionnement. Il est clair aujourd'hui

---

<sup>977</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 104.

<sup>978</sup> CHEVALLIER (Jacques), « L'Etat de droit », *RDP* 1988, p. 315.

<sup>979</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 365.

<sup>980</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.* p. 376.

<sup>981</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.* p. 375.

<sup>982</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.* p. 380 et, dans le même sens, DESWARTE (Marie-Pauline), « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP* 1995, p. 985.

que de multiples aspects de la vie quotidienne des individus sont pris en charge par des services publics. Cette contrainte s'exprime de manière maximale lorsque le service public fonctionne sous forme de monopole<sup>983</sup>, le passage obligé par ce service entamant à l'évidence la marge d'autonomie de l'individu. Au-delà de cette hypothèse particulière, par ailleurs, une relation de subordination unit de toute manière inéluctablement l'utilisateur au service, au sens où, venant solliciter une prestation, l'utilisateur « *se trouve soumis ipso facto à la loi par laquelle le service est organisé pour l'exécution de sa fin* »<sup>984</sup>. « *Le service public fournit à l'utilisateur ce dont il a besoin, mais en lui imposant sa loi* »<sup>985</sup>. En requérant l'accès au service, l'individu se trouve toujours obligé d'abandonner une part de son autonomie. Ainsi, l'élève, le patient du service hospitalier ou l'utilisateur du service d'aide sociale se trouve soumis, inévitablement, aux règles d'organisation du service. Dans le prolongement de cette idée, il convient de rappeler en outre que le service public demeure facteur d'application du droit administratif, droit parfois accusé d'être plus protecteur des intérêts de l'administration que de ceux des individus<sup>986</sup>. A l'origine, pourtant, en tant qu'il impose le respect de certaines règles juridiques à l'administration, ce droit a pu apparaître comme un adjuvant des administrés, car garantissant ces derniers contre l'arbitraire. Mais il est susceptible de favoriser l'instauration d'une relation inégalitaire entre administration et individus, dont l'acte administratif unilatéral, procédé classique de gestion des services publics, demeure l'illustration. La prestation offerte peut ainsi toujours paraître « *davantage imposée que négociée* »<sup>987</sup>.

La contrainte se retrouve ainsi au cœur des services publics, mais sans qu'il faille pour autant l'exagérer. L'interventionnisme étatique formalisé par l'intervention de services publics peut dans ce cadre toujours paraître moins directement limitatif de la liberté individuelle que ne l'est une intervention normative. A travers le procédé de service public, il ne s'agit pas, en effet, de manière principale de prescrire des comportements obligatoires mais de fournir certaines prestations matérielles aux usagers. Si un certain effacement de l'autonomie est constaté dans le cadre du service public, ce n'est donc cependant pas l'effet premier inhérent à ce procédé. Par ailleurs, dans une optique qui tend à s'éloigner de la transcendance originelle

---

<sup>983</sup> Cette situation n'étant cependant plus aussi souvent retrouvée, du fait de l'influence de la politique communautaire de libéralisation des services en réseaux. V. *infra*, Chapitre suivant.

<sup>984</sup> RIVERO (Jean), *Les mesures d'ordre intérieur*, Thèse Paris, 1934, p. 261 et DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'utilisateur du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, p. 237.

<sup>985</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 39.

<sup>986</sup> V. CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57.

<sup>987</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 66 et, dans le même sens, RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 824.

poursuivie par le service public, des efforts réguliers ont été entrepris et se poursuivent afin de mieux prendre en compte les intérêts de l'individu au regard des prérogatives de l'administration, comme en témoignent, notamment, la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs<sup>988</sup> ou celle du 12 avril 2000 dévolue à l'amélioration des relations entre administration et citoyens<sup>989</sup>. Enfin, la volonté d'accéder au service découle, hors hypothèse de monopole, de la volonté même de l'utilisateur désireux de bénéficier des prestations délivrées et ses attentes, à cet égard, sont de plus en plus prises en compte, à travers les mécanismes de transparence et de participation déjà évoqués, mais aussi à travers le phénomène conduisant aujourd'hui certains services publics à aligner la situation de l'utilisateur sur celle du client ou consommateur<sup>990</sup>.

Ces préventions au regard de la relation entre service public et liberté individuelle contiennent ainsi une part de vérité mais sont loin de fonder une antinomie irréductible entre les deux notions. En revanche, la situation apparaîtrait plus préoccupante si était constatée une instrumentalisation du service public, utilisé afin de conforter l'installation et la pérennité de régimes liberticides. Le passé a déjà fourni l'exemple d'utilisations détournées des « droits-créances » et invite ainsi à demeurer vigilant.

### ***B/ Les risques d'instrumentalisation des « droits-créances », une menace avérée***

Cette menace n'est pas seulement théorique. Elle a pu se concrétiser au sein de régimes dans lesquels l'emprise des pouvoirs publics sur les individus s'est révélée omniprésente et où les « droits-créances » ont pu être appelés à jouer un rôle déterminant dans cet état de fait. L'expérience des régimes communistes dans lequel la portée de ces exigences était instrumentalisée au service de l'Etat en demeure la preuve. La politique d'inspiration marxiste en vigueur a en effet conduit à une négation des libertés classiques au profit des seuls « droits-créances ». Le fondement de ce choix est connu : il s'agissait à l'origine de dénoncer les libertés dites « bourgeoises », censées ne profiter qu'à ceux disposant des moyens de les exercer et de valoriser ainsi une vision égalitaire des libertés par l'octroi à l'ensemble des

---

<sup>988</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* 12 juillet 1979, p. 1711.

<sup>989</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* 13 avril 2000, p. 5646. Sur l'évolution des principes de transparence et de participation au bénéfice des usagers, v. *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.

<sup>990</sup> V. également *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.



individus de certaines prestations essentielles. Les conséquences de cette politiques sont également aujourd'hui avérées : s'en est suivie une négation des libertés, que ces dernières soient abstraites ou concrètes, par le truchement d'une utilisation détournée des « droits-créances ».

La logique autoritaire sur laquelle reposait ce système se trouvait en effet confortée par l'invocation de ces droits, lesquels constituaient à la fois la justification originelle de la mise en place de l'Etat, et le ciment de sa pérennité. Sous le règne du Parti unique et de l'orthodoxie communiste, les « droits-libertés » telles la liberté d'expression ou de réunion, constituent en effet une menace pour le pouvoir et se trouvent donc soumis à des conditions d'exercice très rigoureuses<sup>991</sup>, alors que les droits sociaux légitiment au contraire ce dernier, en servant « *la vieille stratégie gouvernementale romaine appelée "panem et circenses"* »<sup>992</sup>. C'est ainsi sous l'étendard des « droits-créances », et la prévalence des impératifs de sécurité matérielle, qu'a pu se développer une situation liberticide n'ayant réellement pris fin qu'avec l'effondrement du bloc de l'Est dans les années quatre-vingt dix. Sur l'autel des libertés retrouvées, les « droits-créances » ont alors dû payer un lourd tribut, accusés d'avoir permis et favorisé les excès du régime communiste. Mais il importe de rappeler à quel point leur utilisation avait été dévoyée au service d'une idéologie politique les opposant de manière artificielle aux libertés classiques. Ces dernières n'ont pas de sens dans un contexte où la survie même n'est pas assurée mais cette proposition doit être poursuivie par une autre réflexion, que niaient les régimes soviétiques, à savoir que la survie ne doit être garantie que pour qu'il soit possible de bénéficier de l'exercice effectif des libertés traditionnelles. Dans cette optique, l'histoire enseigne que les « droits-créances » peuvent parfois prendre l'apparence de moyens au service d'une fin défavorable aux libertés, ce qui implique dès lors, non pas leur condamnation, mais une certaine vigilance à l'encontre des possibilités d'instrumentalisation dont ils peuvent faire l'objet. Le véritable danger n'est jamais tant celui de la multiplication des interventions de l'Etat que celui de sa véritable nature, « *de son degré d'acceptation du pluralisme, de sa soumission au droit et de ses capacités d'adaptation* »<sup>993</sup>, ce qui prêche une nouvelle fois en faveur d'un équilibre entre « droits-créances » et « droits-libertés ».

---

<sup>991</sup> Les libertés soviétiques étaient en effet finalisées car devaient être, selon la Constitution de l'ex-Union soviétique, utilisées « *afin de consolider et de développer le régime socialiste* ». Ces libertés n'avaient donc plus rien de pouvoirs d'autodétermination (cf. LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 109).

<sup>992</sup> HAARSCHER (Guy), « De l'usage légitime - et de quelques usages pervers - de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 35.

<sup>993</sup> MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991, p. 224.

L'expérience de l'effondrement du bloc communiste doit en effet convaincre des dangers et des impasses nés d'un déséquilibre. Selon une logique retracée par Guy Haarscher<sup>994</sup>, le fait que le système communiste ait nié dès l'origine la complémentarité existant entre créances et libertés a précipité sa chute. Satisfaire les besoins concrets des individus exigeait la fourniture de biens et de prestations à des tarifs extrêmement bas. Or cette nécessité se heurtait à l'existence d'un système où les individus travaillaient non pas de manière libre, et par intérêt propre, mais « *surtout sous la contrainte du besoin et du Parti* »<sup>995</sup>, d'où des prix de revient élevés, compensés par des subventions étatiques destinées à limiter la répercussion sur les prix de vente. Un tel système n'était pas viable économiquement, constat qui a entraîné, sous l'impulsion de Mikhaïl Gorbatchev, les politiques de *perestroïka* et de *glasnost*, aboutissant à l'amélioration du sort des libertés afin de mobiliser leur initiative personnelle et permettre ainsi une restructuration économique de l'URSS. Or l'effondrement brutal du système qui s'en est suivi n'était en réalité que la dernière et logique conséquence d'une politique de déséquilibre entre droits de l'homme, montrant au plan économique qu'il n'était « *pas de droits sociaux "soutenables" sans liberté individuelle* »<sup>996</sup>, et rappelant au monde que, malgré la satisfaction des besoins concrets de la population, « *l'absence des libertés suffit à rendre l'existence intolérable pour ceux qui prétendent à une vie et une pensée personnelles* »<sup>997</sup>.

Les faits plaident ainsi pour le respect de l'indivisibilité des droits de l'homme, et de manière inhérente, pour l'équilibre devant prévaloir dans cette indivisibilité. L'intervention du service public peut s'avérer dangereuse pour les libertés, notamment si elle s'inscrit dans un projet de domination dont elle constituerait l'un des instruments. Mais elle reste, dans le même temps, l'un des meilleurs adjuvants de la mise en œuvre concrète de ces libertés. Cette dichotomie fondamentale fait ainsi ressortir l'inanité d'une condamnation des « droits-créances », mais également les pièges que peuvent receler leur prévalence exclusive. La relation entre « droits-libertés » et « droits-créances » doit, pour assurer l'enrichissement mutuel de ces prérogatives, se résoudre dans un compromis faisant du service public un instrument privilégié de ce « *dialogue entre générations* »<sup>998</sup>.

---

<sup>994</sup> V. HAARSCHER (Guy), *op. cit.*, p. 37 et s.

<sup>995</sup> V. HAARSCHER (Guy), *Ibid.*

<sup>996</sup> V. HAARSCHER (Guy), *op. cit.*, p. 38.

<sup>997</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 104.

<sup>998</sup> Selon l'expression de Jean Dhommeaux, « La typologie des droits de l'homme dans le système universel », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 269.

## CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

Envisager toutes les facettes du rôle de garantie du service public oblige à revenir sur certaines idées reçues et à dépasser les facilités d'une approche binaire qui rejeterait « droits-libertés » et service public dans deux sphères opposées et irréconciliables. L'appréhension immédiate des libertés conduit à placer les pouvoirs publics dans une logique d'abstention. Ces libertés, en effet, demeurent avant tout des pouvoirs d'autodétermination librement actionnés par les individus. Cependant, leur mise en œuvre ne se résout pas toute entière dans une logique purement négative et réclame en réalité régulièrement l'intervention du service public, lequel agit directement ou indirectement en faveur de leur satisfaction. Se redécouvre ainsi la nécessité d'offrir à chacun les conditions favorables à l'exercice des libertés, la mise en œuvre des « droits-créances » par le service public permettant de réintroduire l'égalité au cœur des libertés, selon une logique aujourd'hui défendue à travers le principe d'indivisibilité des droits de l'homme.

Une fois encore, l'appréhension de la garantie offerte par le service public n'apparaît pas statique. Elle connaît, au regard des libertés, une valorisation progressive, marquée par cette idée d'indivisibilité et retrouvée, en droit interne, à travers le rôle de plus en plus fondamental alloué au service public dans le cadre de la lutte contre l'exclusion. L'intervention du service public est ainsi aujourd'hui défendue sous un double aspect, qui n'en constitue en réalité qu'un seul, de garantie des « droits-créances » comme des libertés. Et c'est au regard de ce rôle spécifique, désormais envisagé dans sa plénitude, que doit être analysée la relation traditionnellement conflictuelle qu'entretient le service public avec les libertés économiques.



## CHAPITRE SECOND

### UNE FONCTION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC APPELEE A SE CONCILIER AVEC LE RESPECT DES LIBERTES ECONOMIQUES

C'est à l'évidence envers les libertés économiques qu'a été dessiné, parfois jusqu'à la caricature, le portrait d'un service public dont la logique ne saurait aboutir qu'à une restriction ou une disparition des prérogatives de l'individu. L'interaction liant ce procédé à ces libertés spécifiques cristallise sur elle, depuis toujours, critiques, interrogations et réactions de défense, dans le cadre d'un débat où les considérations juridiques se teignent souvent de réflexes idéologiques, quand elles ne cèdent pas totalement la place à ces derniers. Le sujet mérite pourtant une approche dépassionnée, réintroduisant le rôle de garantie des droits et libertés assuré par le service public et permettant d'embrasser un état des lieux complexe. Face aux libertés économiques, en effet, le service public n'a jamais été toute menace ou toute garantie, se tenant en réalité le plus souvent en lisière de ces propositions tranchées.

Il convient cependant, avant toute chose, de clarifier ce qui doit être ici entendu par les termes de « libertés économiques ». Le droit de propriété apparaît bien sûr se ranger sous cette appellation. Consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>999</sup>, retrouvé à l'article 544 du Code Civil<sup>1000</sup>, ce droit s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982<sup>1001</sup>. Mais il s'agit également de ce qui, avec quelques précautions, est reconnu sous le vocable de « liberté du commerce et de l'industrie ». Héritée de la Révolution, cette liberté trouve ses fondements classiques dans la loi dite « *Décret d'Allarde* » des 2 et 17 mars 1791<sup>1002</sup> et dans la loi des 14 et 17 juin 1791, dite « *Loi Le Chapelier* »<sup>1003</sup>, et se comprend traditionnellement comme

---

<sup>999</sup> Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

<sup>1000</sup> Cet article dispose que le droit de propriété est « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements* ».

<sup>1001</sup> CC n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Nationalisations*, Rec. p. 18 ; *GDCC*, p. 401.

<sup>1002</sup> Ce texte dispose ainsi qu'« (...) il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon (...) ».

<sup>1003</sup> Ce texte supprimant les groupements professionnels de l'Ancien Régime, libérant ainsi l'accès à toutes les professions.

abritant en son sein deux principes distincts, la libre entreprise et la libre concurrence<sup>1004</sup>. Cependant, la nature matricielle de la liberté du commerce et de l'industrie fait débat. En premier lieu, certains auteurs estiment en effet que cette liberté ne constituerait qu'une parcelle de la liberté d'entreprendre<sup>1005</sup>. Considérer la liberté d'entreprendre comme un concept plus large que celui de liberté du commerce et de l'industrie pourrait d'ailleurs se comprendre en relation avec les intitulés mêmes de ces libertés : la liberté du commerce et de l'industrie ne couvrirait que le seul domaine industriel et commercial, quand la liberté d'entreprendre s'étendrait, elle, à toute profession. Pourtant, c'est au nom de la liberté du commerce et de l'industrie qu'ont été posées par le Conseil d'Etat certaines limites aux interventions des collectivités locales, et ce alors même que les professions en cause ne relevaient pas strictement du domaine industriel et commercial<sup>1006</sup>. En outre, cette position se heurte à la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>1007</sup> : ce dernier ayant consacré la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre dans sa décision du 16 janvier 1982<sup>1008</sup>, il faudrait admettre que sa composante, la liberté du commerce et de l'industrie, dispose également de cette même valeur<sup>1009</sup>, ce qui n'a jamais été reconnu<sup>1010</sup>. Ces considérations, alliées à un souci de clarté, conduiront donc à privilégier l'approche traditionnelle faisant de la liberté du commerce et de l'industrie le réceptacle de la liberté d'entreprendre, laquelle, par la suite, sous-tend elle-même classiquement deux développements. En effet, cette liberté répond à la fois à la notion d'accès à une activité économique, rejoignant l'idée de liberté

---

<sup>1004</sup> Cette compréhension du contenu de la liberté du commerce et de l'industrie est retrouvée chez de nombreux auteurs. V. notamment KDHIR (Moncef), « Le principe de liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.* 1994, Chron., p. 32 ; ISRAEL (Jean-Jacques), *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 534 ; LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Services publics et droit économique*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 120 ; CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 44 ; COLSON (Jean-Philippe) et IDOUX (Pascale), *Droit public économique*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 115.

<sup>1005</sup> En ce sens, DELVOLVE (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 108 et DRAGO (Guillaume), « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in G. Drago et M. Lombard (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 30.

<sup>1006</sup> V. FAURE (Bertrand), « Remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », *RFDA* 2004, p. 303. L'auteur vise notamment ici les arrêts CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec. Leb.* p. 563 (création d'un cabinet dentaire municipal) et CE, Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny*, *Rec. Leb.* p. 788 (création d'un service de consultation juridique municipal).

<sup>1007</sup> Alors que cette articulation différente entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie a parfois été accueillie par le Conseil d'Etat. V. CE, ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, Req. n° 239840 ; *Rec. Leb.* p. 551, *DA* 2002, n° 41, p. 35, note M. Lombard et CE, ord., 26 janvier 2006, *Société KPMG*, Req. n° 288461.

<sup>1008</sup> CC n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Nationalisations*, *préc.*

<sup>1009</sup> En ce sens, MOLINER-DUBOST (Marianne), « La liberté d'entreprendre – Brèves réflexions sur une «nébuleuse» juridique », *CJEG* 2004, n° 605, p. 9 et FAURE (Bertrand), *Ibid.*

<sup>1010</sup> La valeur législative de la liberté du commerce et de l'industrie est rappelée par le Conseil d'Etat. V. CE 22 juin 1951, *Daudignac*, *Rec. Leb.* p. 362, *D.* 1951, p. 589, concl. Gazier et CE, 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, *Rec. Leb.* p. 570, *Droit social* 1961, p. 141, note P-H. Teitgen.

d'établissement ou d'installation<sup>1011</sup>, et à celle de liberté dans l'exercice de l'activité<sup>1012</sup>, « *liberté de fixer les biens et les prix des biens et services, liberté d'employer les moyens et procédés techniques de son choix, liberté d'embaucher et de licencier et plus généralement liberté des contrats passés pour l'exercice de la profession (...)* »<sup>1013</sup>. Quant à l'articulation entre liberté du commerce et de l'industrie et libre concurrence, elle suscite également certaines interrogations. Il est ainsi parfois avancé que le principe de libre concurrence engloberait la liberté d'entreprendre – car protégeant la liberté de concourir – et la liberté de commerce et d'industrie, en permettant la liberté d'exploitation et d'exercice d'une activité<sup>1014</sup>. De manière plus limitée, d'autres auteurs recensent un certain nombre de différences entre libre concurrence et liberté du commerce et de l'industrie, et placent dès lors la libre concurrence en dehors de sa sphère d'influence. La libre concurrence « *permet aux particuliers d'exercer leurs activités dans un système de compétition qui ne doit être entravé ni par des prescriptions, ni par des prestations provenant des pouvoirs publics (...)* » et « *concerne donc aussi bien les rapports des particuliers entre eux que leurs rapports avec les pouvoirs publics* »<sup>1015</sup>. Sous cet aspect, il apparaît clairement que cette liberté n'est pas entendue au même sens que la liberté du commerce et de l'industrie, « liberté résistance » devant être opposée à l'Etat. Elle tend au contraire à définir les modalités d'intervention des personnes publiques, tout en s'adressant également à l'ensemble des opérateurs concurrentiels<sup>1016</sup>. En ce sens, doit être mise en exergue la dimension prioritairement égalitaire de la libre concurrence, correspondant « *au respect, par les personnes publiques comme par les personnes privées, de l'égalité des chances entre les opérateurs économiques concurrents* »<sup>1017</sup>. Une telle spécificité l'éloigne de la liberté du commerce et de l'industrie, même si les deux libertés restent pourtant, dans le même temps, largement complémentaires. Les libertés économiques demeurent en effet imbriquées les unes aux autres<sup>1018</sup>, « *à la*

---

<sup>1011</sup> Cette vision est retrouvée chez le Conseil d'Etat, ce dernier rappelant, au titre de la liberté d'entreprendre, « *le libre accès à l'exercice par tout citoyen de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* ». V. notamment CE, 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne maritimes*, *Rec. Leb.* p. 448, *D.* 1990, p. 201, note Llorens et Soler-Couteaux.

<sup>1012</sup> En ce sens, BON (Pierre), V° Liberté d'entreprendre, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

<sup>1013</sup> CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 45.

<sup>1014</sup> LINOTTE (Didier), « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », *AJDA* 2005, p. 1553.

<sup>1015</sup> DELVOLVE (Pierre), *op. cit.*, p. 115.

<sup>1016</sup> En ce sens, NICINSKI (Sophie), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005, p. 35.

<sup>1017</sup> SESTIER (Jean-François), « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 406.

<sup>1018</sup> La liberté d'entreprendre pouvant également être rattachée au droit de propriété, « *le second ne [pouvant] déployer tous ses effets que par le respect de la première* ». THERON (Jean-Pierre), « A propos de la liberté d'entreprendre », *Etudes Péquignot*, Tome 2, CERAM, 1984, p. 677. Dans le même sens, DELVOLVE (Véronique), *La liberté d'entreprendre*, Thèse Paris II, 2002, p. 63 et DRAGO (Guillaume), « Pour une

*manière de poupées russes* »<sup>1019</sup>, et il s'avère particulièrement ardu de fixer entre elles une ligne de partage claire.

Mais quelle que soit l'articulation retenue entre ces différentes libertés économiques, un élément d'unité est invariablement retrouvé dans la menace que constituerait le service public à leur égard. Libéralisme politique et libéralisme économique constituant en réalité « *les faces inséparables de la même médaille* »<sup>1020</sup>, les réserves éprouvées par les tenants du libéralisme politique face aux interventions publiques<sup>1021</sup> ne pouvaient que se développer chez les économistes libéraux du XIX<sup>ème</sup> siècle pour lesquels le développement économique doit s'appuyer sur une initiative individuelle libre de toute entrave<sup>1022</sup>. Le fameux « *laissez faire, laissez passer* » des physiocrates, symbole du libéralisme économique classique, s'accommode mal des velléités interventionnistes des pouvoirs publics, lesquelles vont pourtant se développer au gré de l'évolution de la conception du rôle de l'Etat et du développement des services publics. Ces derniers ayant joué un rôle fondamental dans la légitimation de cet interventionnisme, ils ont ainsi pu, peu à peu, symboliser l'ingérence des pouvoirs publics et être évalués à l'aune d'un véritable danger pour les libertés économiques. Le caractère menaçant du service public envers ces libertés est ainsi devenu un lieu commun du discours politique, économique et, parfois, juridique.

Or, ce caractère d'évidence invite précisément à réexaminer l'affirmation. L'objectif poursuivi n'est pas ici de conclure, par un renversement total de la situation, à l'innocuité de la notion de service public envers les libertés économiques. Le rôle de garantie alloué au service public, l'importance de son intervention au regard de la concrétisation des droits ou libertés impliquent de manière inévitable certaines modalités particulières d'organisation et de gestion, lesquelles sont traditionnellement accusées d'entrer en conflit avec les libertés économiques. De par leur importance, l'intérêt général qu'elles sous-tendent, de telles activités ne sauraient connaître d'une prise en charge selon des modalités totalement similaires à celles relevant des activités privées. La première des limitations susceptibles d'être apportées aux libertés économiques est ainsi également la plus absolue car elle intéresse en effet les hypothèses où le service public est pris en charge sous la forme d'un monopole.

---

définition positive de la liberté d'entreprendre », in G. Drago et M. Lombard (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 34.

<sup>1019</sup> DELVOLVE (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 109.

<sup>1020</sup> FLAMANT (Maurice), *Histoire du libéralisme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> édition, 1992, p. 29.

<sup>1021</sup> V. *supra*, Chapitre précédent.

<sup>1022</sup> V. LANGLOIS (Olivia), « Une lecture du service public au XIX<sup>ème</sup> siècle par les économistes libéraux », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 59.



Dans son acception juridique traditionnelle, cette notion se ramène à celle d'exclusivité, un monopole « *ayant pour objet ou pour résultat de soustraire à toute concurrence sur un marché donné une entreprise privée ou un organe ou établissement public* »<sup>1023</sup>. Il s'agit donc du « *privilège exclusif que possède une personne de vendre un bien, de fabriquer un produit, de gérer un service ; nul autre organisme ou entreprise ne [devant] être capable d'offrir dans le même espace géographique les mêmes biens ou services* »<sup>1024</sup>. Constitué sous cette apparence spécifique, le service public paraît alors non pas seulement infléchir la liberté d'entreprendre, mais lui enlever toute possibilité d'expression. En dehors de ce cas particulier, en outre, d'autres limitations sont susceptibles d'intervenir quand l'initiative privée subsiste aux côtés des activités prises en charge par le service public. Se trouve préservée une logique concurrentielle que l'intervention de ce procédé est susceptible de venir bouleverser, selon des modalités aujourd'hui encadrées par le juge administratif dans son arrêt « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » du 31 mai 2006<sup>1025</sup>.

Deux situations d'organisation distinctes, potentiellement attentatoires aux prérogatives économiques des individus, sont donc traditionnellement attachées au service public. Elles peuvent d'ailleurs être amenées à se confondre lorsque prévaut une acception économique du monopole car, sous cet aspect, le monopole est constitué non plus seulement dans l'hypothèse de la présence d'un seul acteur, à l'exclusion de tout autre, mais également lorsqu'un acteur « *achète ou vend un bien en quantité suffisamment élevée pour être en mesure d'agir sur le prix de ce bien* », ce qui se ramène à la situation de la personne ayant « *la possibilité d'imposer sa volonté à des personnes juridiquement autonomes* »<sup>1026</sup>. Cependant, malgré la proximité de cette approche, il importe de préserver à l'expression « monopole » son caractère particulier lié à l'idée d'exclusivité. Certes, il est rare de rencontrer des monopoles « parfaits », « absolus », s'étendant sur tout un secteur d'activité<sup>1027</sup> : « *à travers les*

---

<sup>1023</sup> V° Monopole, CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.

<sup>1024</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, p. 25. L'auteur reprend ici la vision du monopole développée par André de Laubadère, dans sa note sous l'arrêt CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, *AJDA* 1964, p. 442 : « (...) *on ne peut concevoir qu'il y ait monopole que si celui-ci est confié à un organisme unique* (...) ». Dans le même sens, DEMOGE-DECORTE (Jaqueline), *Les monopoles publics en France*, Ed. La pensée universelle, 1979, p. 18.

<sup>1025</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec. Leb.* p. 272 ; *GDJDA*, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 381.

<sup>1026</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 28. Dans le sens de cette analyse économique du monopole, v. également KLEINPETER (Maxime), « Monopole et service public en France et en Allemagne », *CJEG* 1994, p. 513.

<sup>1027</sup> Le monopole reconnu à la Poste sur la distribution du courrier ne couvre ainsi que la distribution de lettres et paquets n'excédant pas un certain poids, et laisse donc à l'initiative privée une possibilité de concurrence sur tous les autres envois. Plus largement, les monopoles ayant longtemps existé en matière énergétique n'ont jamais couvert toutes les sources d'énergie et ont ainsi du faire face à la concurrence du secteur pétrolier, par exemple,

*interstices du monopole, l'initiative privée parvient toujours à se glisser* »<sup>1028</sup>. Mais même partiels, les monopoles ont toujours conservé la particularité de faire échapper certaines branches d'activité particulières à une concurrence directe. Ils restent donc, lorsque le service public est encore géré sous cette forme, vecteurs d'exclusivité au profit d'un seul acteur, et nous ainsi, au regard des libertés économiques, une relation spécifique dont il convient de réexaminer la nécessité au regard du rôle de garantie que ce procédé endosse (*Section première*). Les implications de cette relation sont alors différentes de celles rencontrées par les services publics appelés à évoluer dans un environnement concurrentiel, les deux hypothèses étant aujourd'hui largement soumises à l'influence du droit communautaire (*Section seconde*). Repréciser, sous ces deux aspects, les contours de l'atteinte aux libertés économiques permet de réévaluer la portée réelle du danger que représentent ces modalités d'organisation tout en rendant compte de la nécessité de telles inflexions afin de sauvegarder l'impératif de garantie des droits et libertés.

## SECTION PREMIERE

### LES SERVICES PUBLICS AMENAGES SOUS FORME DE MONOPOLE : UNE MODALITE RAREMENT NECESSAIRE A LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES

Le monopole peut résulter d'un titre juridique, et relever d'un monopole de droit, ou être tributaire d'une situation de fait et résulter alors « *d'une simple supériorité de moyens suffisante pour décourager les concurrents éventuels* »<sup>1029</sup>. Les services publics constitués sous forme de monopoles sont nés de la volonté des pouvoirs publics et entrent donc dans la catégorie des monopoles de droit censés exclure toute activité similaire<sup>1030</sup>. Or, à l'évidence, un tel aménagement heurte de plein fouet l'ensemble des libertés économiques et, au premier chef d'entre elles, la liberté d'entreprendre, laquelle n'a plus lieu d'être dans un système excluant dès l'origine toute possibilité d'initiative privée. Cette négation des prérogatives

---

tandis que, dans leur exploitation même, certaines des activités y étant afférentes, comme l'extraction du gaz naturel, restaient ouvertes à des acteurs privés.

<sup>1028</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *op. cit.*, p. 107.

<sup>1029</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 26.

<sup>1030</sup> Marcel Waline considérant, d'ailleurs, de manière générique à l'époque le monopole comme « *l'interdiction de toute activité concurrente à celle d'un service public (...)* ». WALINE (Marcel), *Droit administratif*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd., 1963, p. 765.

économiques n'a pas manqué d'être relevée par les contempteurs du service public, brandissant systématiquement cet argument afin d'obtenir la mise au ban du procédé. L'atteinte portée à la liberté d'entreprendre concentre ainsi depuis longtemps sur elle la quasi totalité du débat consacré à la relation entre service public et libertés économiques. Cet état de fait invite ainsi à revenir sur ce mode d'organisation particulier, en rappelant en premier lieu que si le service public constitué sous forme de monopole a pu apparaître comme l'exemple le plus éclatant de la menace que faisait peser ce procédé sur les libertés économiques, cette forme d'organisation n'a cependant jamais accompagné l'ensemble des services publics. Lorsqu'elle intervient, elle relève par ailleurs parfois d'une telle nécessité au regard des droits et libertés en cause qu'elle n'encourt pas forcément condamnation car elle se trouve placée en dehors de la sphère économique (Paragraphe premier). Quant aux monopoles de service public au sujet desquels l'atteinte aux libertés économiques a longtemps été au cœur du débat, c'est-à-dire les services en réseaux, il appartient de rappeler aujourd'hui leur raréfaction sous l'influence du droit communautaire, lequel n'accepte ce type d'organisation que lorsqu'il apparaît seul à même de garantir le droit d'accès à certaines prestations essentielles (Paragraphe second). Si atteinte il y a, elle est ainsi aujourd'hui très largement réduite et se justifie très strictement au regard du rôle de garantie des services publics intéressés.

#### PARAGRAPHE PREMIER

##### UNE FONCTION DE GARANTIE N'IMPLIQUANT PAS OBLIGATOIREMENT UNE NEGATION DES LIBERTES ECONOMIQUES

L'irruption systématique de la question des monopoles dans la problématique des relations entre service public et libertés économiques obscurcit souvent un peu plus, et sans fondement, une question déjà suffisamment complexe. Afin de revenir à une grille de raisonnement claire, il convient de rappeler que services publics et monopoles ne se confondent pas (A), et qu'il existe en outre certains impératifs touchant aux droits et libertés d'une importance telle qu'ils appellent des situations de monopole de service public ne paraissant pas directement heurter les libertés économiques des personnes privées (B).

## *A/ Un rappel nécessaire : l'absence de confusion systématique entre monopole et service public*

Les discours, tant juridiques que politiques, réduisent très souvent le service public à ce qui ne constitue en réalité que l'une des ses modalités d'aménagement. Associer systématiquement service public et monopole reste en effet une figure classique (1) qu'une simple observation de la situation concrète des services publics amène à considérer comme erronée (2).

### *1) Une assimilation fréquente*

Services publics et monopole ne vont pas obligatoirement de pair. Pourtant, cette confusion est régulière et ancienne<sup>1031</sup>, et ce alors même que, dès l'origine, certaines voix se sont élevées contre une telle assimilation. Léon Duguit, notamment, n'y était pas favorable, observant que « *le caractère de service public n'implique pas le monopole au profit des gouvernants et de leurs agents* »<sup>1032</sup>. Cependant, cette vision s'est très tôt attachée au service public, comme en témoigne la position défendue par Achille Mestre, lequel considère, dès 1917, que « (...) *tout monopole doit être organisé à titre de service public* » et qu'il existe entre ces deux idées « *une affinité certaine* », au sens où, « *d'une part, la plupart des grands services publics sont monopolisés ou tendent plus ou moins au monopole ; [et que] d'autre part, nous n'admettons pas qu'une situation aussi exceptionnellement privilégiée soit octroyée à son détenteur uniquement pour son avantage personnel. Elle doit trouver sa justification dans un intérêt public évident* »<sup>1033</sup>. Selon ce raisonnement, l'assimilation entre monopole et service public résulte en premier lieu d'une observation factuelle, tenant à ce que la plupart des services publics sont monopolisés, mais également du fait que l'existence d'un service public doit être la seule raison expliquant la création d'une situation « *aussi exceptionnellement privilégiée* ». L'instauration d'un monopole doit donc découler de l'existence d'un service public et, la proposition pouvant facilement se renverser, c'est donc la présence d'un service public, et plus précisément d'une mission d'intérêt général, qui implique le monopole. En ce sens, les pouvoirs publics ont pu parfois décider d'exclure certaines missions du champ des activités privées, car ils se considéraient mieux à même de

---

<sup>1031</sup> Véronique Champeil-Desplats remarque ainsi l'importante confusion opérée entre service public et monopole lors des débats constitutants de 1946. CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Le service public dans les débats constitutants de 1946 », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 241.

<sup>1032</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, 3<sup>ème</sup> éd., 1928, p. 63.

<sup>1033</sup> MESTRE (Achille), note sous Dijon, 17 mars 1913, S. 1917, II, p. 106.

satisfaire un intérêt général éminent et ne souhaitaient pas abandonner sa réalisation à l'initiative privée. Historiquement, les premières manifestations du procédé de service public obéissent à cette conception. Les services régaliens en sont bien sûr l'exemple. Le monopole du transport du courrier est, de la même manière, mis en place dès le XVII<sup>ème</sup> siècle pour des raisons tenant notamment à la préservation de l'ordre public, et tout particulièrement au souci de préserver le secret des correspondances<sup>1034</sup>. Plus tard, d'autres motifs, tenant notamment à l'importance des engagements financiers nécessaires à la prise en charge de certaines activités feront que l'Etat sera considéré comme seul capable d'assumer ce rôle. Monopole et service public partagent ainsi souvent le même passé, ce qui explique pour une part la confusion opérée.

Par ailleurs, sous un angle plus juridique matérialisé par l'arrêt du Conseil d'Etat « *Narcy* »<sup>1035</sup>, la présence d'un monopole constitue l'un des indices permettant de conclure à l'existence de prérogatives de puissance publique, critère utile à la reconnaissance d'une mission de service public dévolue à une personne privée<sup>1036</sup>. Cette condition fait depuis longtemps débat, au sens où ce n'est normalement pas la détention de prérogatives de puissance publique qui devrait amener à conclure à l'existence d'un service public mais, bien plutôt, le service public qui devrait justifier cette détention de prérogatives<sup>1037</sup>. Cependant, le fait de conférer un pouvoir de monopole à une personne privée peut être perçu comme révélateur de la volonté des pouvoirs publics de lui confier une mission de service public. Et si une jurisprudence récente a permis que cette condition ne soit plus systématiquement requise, une personne privée pouvant désormais être considérée comme prenant en charge une mission de service public alors même qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique<sup>1038</sup>, elle continue néanmoins d'influencer la décision du juge lorsqu'elle est

---

<sup>1034</sup> Cet objectif subira cependant une sensible atténuation sous le règne de Louis XV, et la mise en place du fameux « cabinet noir ».

<sup>1035</sup> CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec. Leb.* p. 401, *AJDA* 1964, p. 91, note A. de Laubadère ; *GDJDA* p. 291.

<sup>1036</sup> L'arrêt *Narcy* fut l'occasion pour le juge administratif de préciser sous quelles conditions il pouvait être considéré que l'activité prise en charge par une personne privée relevait d'une activité de service public. Cette activité doit ainsi concourir directement à la satisfaction de l'intérêt général, la personne privée doit être soumise au contrôle des pouvoirs publics et elle doit enfin disposer, dans l'accomplissement de cette mission, de prérogatives de puissance publique. En l'espèce, cette dernière condition était d'ailleurs remplie par la présence d'un monopole.

<sup>1037</sup> L'appréhension de l'existence de prérogatives de puissance publique comme critère de reconnaissance d'un service public étant notamment critiquée par Paul Amselek et Marcel Waline, dans leur note sous CE, Sect., 13 octobre 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, *D.* 1979, p. 252.

<sup>1038</sup> V. CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, *AJDA* 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher.

retrouvée<sup>1039</sup>. La présence d'un monopole reste donc toujours un critère d'analyse pertinent en matière de reconnaissance d'un service public, même s'il n'a jamais été le seul<sup>1040</sup>.

Enfin, le Conseil d'Etat rappelle dans son rapport sur les services publics de 1995 à quel point l'expression même de « service public » renvoie spontanément à certains « grands services publics » régaliens fonctionnant sur une base monopolistique<sup>1041</sup>. Les deux notions sont ainsi souvent devenues pour l'opinion publique des expressions équivalentes, le monopole apparaissant, à l'égard de la présence d'un service public, « *comme une conséquence logique et nécessaire* »<sup>1042</sup>. Mais cette confusion est parfois également entretenue à dessein et instrumentalisée. Les tenants des monopoles se sont ainsi souvent réfugiés derrière la défense du service public et la satisfaction de l'intérêt général afin de conserver certains avantages, « *tandis que les contempteurs du service public prenaient prétexte des méfaits du monopole pour réduire la place du service public et le champ de ses missions* »<sup>1043</sup>. Entre logique d'immobilisme et « révolution concurrentielle », chaque partie a trouvé dans la confusion opérée entre monopole et service public un champ d'argumentations sans nuances, propice à un dialogue faussé dès l'origine. Ce dernier aspect paraît à l'origine avoir joué à plein dans le cadre du débat européen touchant notamment aux services en réseaux, et contribué à une crispation durable des discours relatifs à cette problématique. En ce sens, le Conseil d'Etat a d'ailleurs pu remarquer un tropisme majeur des autorités communautaires en faveur du marché, et à l'encontre du service public, dans lequel il convenait de faire la part de ce qui relevait en réalité « *d'une sorte de jeu de rôle* » entre autorités communautaires et Etats membres, les uns promouvant la libre concurrence tandis que les Etats campaient sur leurs positions en défendant les conceptions traditionnellement attachées au service public<sup>1044</sup>.

---

<sup>1039</sup> La jurisprudence *APREI* ne rompt que partiellement avec la solution de l'arrêt *Narcy*. En effet, si le considérant de principe de cette jurisprudence rappelle que l'activité d'une personne privée peut se voir reconnaître le caractère d'un service public alors même qu'elle n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique, le juge administratif précise cependant auparavant que ce critère conserve un rôle prééminent dès lors que, couplé avec le contrôle exercé par l'administration et le caractère d'intérêt général de l'activité, il permet toujours de qualifier de service public une activité prise en charge par une personne privée. La présence de prérogatives de puissance publique reste donc, le cas échéant, un des critères de contrôle utilisé par le juge.

<sup>1040</sup> L'existence de prérogatives de puissance publique peut être décelée sur la base d'autres critères comme, par exemple, le pouvoir conféré à la personne privée de prélever des contributions obligatoires ou d'édicter des actes administratifs unilatéraux exécutoires par eux-mêmes (v. CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, *Rec. Leb.* p. 33).

<sup>1041</sup> V. Rapport public du Conseil d'Etat « Service public, services publics : déclin ou renouveau », *EDCE* n° 46, p. 55.

<sup>1042</sup> LE MESTRE (Renan), *Droit du service public*, Gualino Editeur, 2005, p. 95.

<sup>1043</sup> LOMBARD (Martine), « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, *Chron.*, p. 169.

<sup>1044</sup> Rapport du Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, p. 354.

Compréhensible, cette assimilation quasi systématique opérée entre service public et monopole ne correspond pourtant pas à la réalité. L'existence d'un monopole public n'a jamais été obligatoirement impliquée par une mission de service public, et de nombreux services publics ne sont pas, et n'ont jamais été, placés dans une situation monopolistique.

## 2) Une assimilation erronée

Monopole et service public ne sont pas consubstantiels<sup>1045</sup>. En premier lieu, un monopole n'est pas toujours institué dans le but de satisfaire une mission de service public, l'exemple des jeux de hasard offrant l'illustration la plus probante de cette affirmation<sup>1046</sup>. Le Pari Mutuel Urbain, organisateur de paris constitué sous la forme d'un groupement d'intérêt économique des sociétés organisant les courses, exerce son activité en monopole, et ce alors même que le Conseil d'Etat a toujours précisé que l'organisation des paris hippiques n'était pas constitutive d'une activité de service public<sup>1047</sup>. Quant à la société d'économie mixte « La Française des jeux », chargée d'organiser et d'exploiter des jeux de loterie, elle bénéficie également d'une situation de monopole<sup>1048</sup> sans pour autant être investie d'une mission de service public, ce qu'a très clairement exprimé le Conseil d'Etat dans son arrêt de section « *Rolin* »<sup>1049</sup>. Dans cette affaire, le juge n'a pas pris en compte le fait qu'une part importante des recettes de cette société était par la suite affectée à des activités d'intérêt général, ce qui aurait pu conduire à la considérer comme relevant d'une activité de service public<sup>1050</sup>. Ces

---

<sup>1045</sup> V. notamment KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (1<sup>ère</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 217 ; LOMBARD (Martine), *Ibid.* et LONG (Marceau), « Service public et réalités économiques du XIX<sup>ème</sup> siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001, p. 1168.

<sup>1046</sup> Le monopole relatif à la vente au détail des tabacs manufacturés soulève également spontanément certaines interrogations. Réservée à l'Etat (v. article 568 du Code général des impôts), il peut en effet sembler au premier abord étrange de considérer cette activité comme relevant d'une mission d'intérêt général. Cependant, ce monopole est, en réalité, lié à la gestion du service public des contributions indirectes. Si la vente de tabac au détail se rapporte donc, pour reprendre la distinction proposée par le professeur Chapus, à une activité « *de plus grand profit* », et non « *de plus grand service* » (*Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 582), ses résultats économiques permettent d'assurer le financement d'activités « *de plus grand service* », et la font donc entrer dans le champ des missions de service public. En ce sens, VAN TUONG (Nguyen), « La privatisation de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes », *LPA* 17 mars 1995, p. 16.

<sup>1047</sup> CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, *RDJ* 1954, p. 178, note M. Waline ; CE, 24 février 1999, *Wildenstein et autres*, *Rec. Leb.* p. 1045.

<sup>1048</sup> Ce monopole a été instauré par l'article 136 de la loi du 31 mai 1933, portant création d'une Loterie nationale, et ce par exception à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 mai 1836 selon lequel « *les loteries de toutes espèces sont prohibées* ». Sur les modalités d'organisation et d'exploitation de l'activité, v. décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978, *JO* 10 novembre 1978, p. 3812.

<sup>1049</sup> CE, Section, 27 octobre 1999, *Rolin*, *Rec. Leb.* p. 327, *AJDA* 1999, p. 1008, chron. Fombeur et Raynaud. Le Conseil d'Etat revenait ainsi sur sa jurisprudence « *Angrand* » du 17 décembre 1948 (*Rec. Leb.* p. 485).

<sup>1050</sup> A l'instar de la solution adoptée en matière de vente au détail de tabac, cette possibilité aurait en effet pu être envisagée. En ce sens, ECKERT (Gabriel), note sous CE, Section, 27 octobre 1999, *Rolin*, *RDJ* 2000, p. 278.

deux hypothèses offrent donc des exemples particulièrement nets de monopoles publics désolidarisés de missions de service public, sachant cependant que l'existence même de ces monopoles pourrait bientôt être remise en cause sous l'influence du droit communautaire. La Cour de Justice des Communautés européennes assimile en effet les jeux de hasard à un service, et les soumette de ce fait au principe de libre prestation<sup>1051</sup>. Or, une telle conception est malmené par les législations nationales, lesquelles préservent des monopoles dont la libéralisation est de plus en plus souvent demandée par des entreprises privées. La Commission européenne a ainsi engagée une procédure d'infraction à l'encontre de la France à propos du Pari Mutuel Urbain, tandis que la Cour de Cassation s'est appuyée sur la jurisprudence européenne<sup>1052</sup> afin de rappeler que le monopole n'était compatible avec les règles communautaires que sous conditions strictes tenant à la préservation de l'ordre public<sup>1053</sup>. Une ouverture des jeux en ligne touchant aux secteurs des paris sportifs et hippiques et des jeux de cercle à distance, préconisée par le rapport Durieux de mars 2008<sup>1054</sup>, devrait ainsi intervenir au 1<sup>er</sup> janvier 2010, mais n'intéresserait pas le monopole de la Française des Jeux<sup>1055</sup>.

Parallèlement, la majorité des services publics ne connaissent pas d'une situation monopolistique. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, il n'existe pas, par exemple, de monopole du service public de l'enseignement. Organisé sous cette forme jusqu'à la seconde République, le monopole a disparu sous l'influence de la reconnaissance progressive de la liberté de l'enseignement<sup>1056</sup>, liberté que la décision du Conseil constitutionnel du 23 novembre 1977<sup>1057</sup> a consacrée en tant que « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* », la Haute Instance interprétant à cette occasion la seconde phrase de l'alinéa 13

---

<sup>1051</sup> CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, Aff. C-275/92, *Rec. I*-1039.

<sup>1052</sup> Des interdictions totales ou partielles des activités de jeu sont admises par la CJCE, laquelle estime en effet qu' « *il n'est pas possible de faire abstraction [...] des considérations d'ordre moral, religieux ou culturel qui entourent les loteries comme les autres jeux d'argent dans tous les Etats membres* » (V. CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, Aff. C-243/03, *Rec. I*-13031 et CJCE, 6 mars 2007, *Platanica et autres*, Aff. Jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04) et que « *compte tenu de l'importance des sommes qu'elle permettent de collecter et des gains qu'elle peuvent offrir aux joueurs [...], les loteries comportent des risques élevés de délit et de fraude* ». (V. arrêts *Gambelli* et *Platanica*, *préc.*). Sur cette question, JACQUEMET (Anne), « Monopoles des jeux de hasard et ordre public », *AJDA* 2007, p. 1282 et s.

<sup>1053</sup> Ccass., comm., 10 juillet 2007, *Zeturf Limited c/ GIE Pari Mutuel Urbain et SA E turf*, *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> août 2007, n° 213, p. 12.

<sup>1054</sup> Rapport de la mission sur l'ouverture du marché des jeux d'argent et de hasard, mars 2008.

<sup>1055</sup> V. projet de loi n° 1549 du 30 mars 2009 relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, disponible sur le site [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr).

<sup>1056</sup> La loi Guizot du 28 juin 1833 met ainsi en place la liberté de l'enseignement primaire, la loi Falloux du 15 mars 1850 celle de l'enseignement secondaire et la loi du 25 juillet 1875 celle de l'enseignement supérieur.

<sup>1057</sup> CC n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Rec.* p. 42 ; confirmation par la décision 99-414 DC du 8 juillet 1999 relative à l'enseignement supérieur, *Rec.* p. 92.



du Préambule de 1946<sup>1058</sup> comme n'ayant pas entendu exclure l'existence de l'enseignement privé<sup>1059</sup>. De la même manière, il n'existe pas non plus de monopole public en matière de santé, le système reposant sur un principe de libre choix des patients entre établissements publics et privés<sup>1060</sup>, en matière sociale, domaine où l'initiative privée continue à jouer un rôle déterminant<sup>1061</sup>, ou bien encore dans le domaine culturel, les services publics intéressant, par exemple, les activités théâtrales ou artistiques<sup>1062</sup>, évoluant également dans un cadre concurrentiel<sup>1063</sup>.

Enfin, certaines activités organisées sous forme de monopole ont pu perdre cette particularité tout en relevant pourtant toujours de missions de services publics. C'est le cas du monopole du service extérieur des pompes funèbres, institué au bénéfice des communes à partir de 1904<sup>1064</sup>. Etabli à l'origine pour des raisons touchant à l'hygiène et à la prise en charge des funérailles des indigents, mais également afin de lutter contre le monopole liturgique en vigueur jusqu'alors dans ce domaine<sup>1065</sup>, ce monopole a été supprimé par la loi du 8 janvier 1993<sup>1066</sup> sans pour autant entraîner la disparition de la qualification de service public allouée à cette activité<sup>1067</sup>, laquelle est considérée comme de nature industrielle et commerciale. La même hypothèse se retrouve s'agissant des activités d'archéologie préventive : la loi du 17 janvier 2001<sup>1068</sup> ayant organisé au profit de l'Institut national de recherches archéologiques préventives, établissement public administratif, un monopole sur les activités de fouilles, ce

---

<sup>1058</sup> Article 13 alinéa 2 du Préambule de la Constitution de 1946 : « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat* ».

<sup>1059</sup> Il importe néanmoins de réserver l'hypothèse de la collation des grades, lequel demeure un monopole étatique.

<sup>1060</sup> V. *supra*, Titre Premier, Chapitre premier.

<sup>1061</sup> Crèches privées, maisons de retraite ou organismes de mutuelles constituent autant d'illustrations de cette affirmation. Sur ce point, BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 139.

<sup>1062</sup> La qualification de service public culturel a pu être retenue par le juge s'agissant, par exemple, d'activité théâtrales (CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, *Rec. Leb.* p. 363, *D.* 1960, p. 402, note J. Robert ; TC, 15 janvier 1979, *Dame Le Cachey et autres c/ Ville de Toulouse*, *Rec. Leb.* p. 561) ou de l'organisation d'un festival de bande dessinée (CE, 25 mars 1988, *Commune d'Hyères*, *Rec. Leb. (Tables)*, p. 668)

<sup>1063</sup> V. AUBY (Jean-François), « Services publics culturels et concurrence », *AJDA* 2000, n° spécial, p. 28.

<sup>1064</sup> Loi du 28 décembre 1904, *Bulletin des lois de la République française*, n° 2610, p. 1703.

<sup>1065</sup> V. TOUZEIL-DIVINA (Mathieu), « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres, du liturgique à l'économique », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 418.

<sup>1066</sup> V. Loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, *JO* 9 janvier 1993, p. 449 ; *LPA* 1993, n° 113, p. 4, comm. J-F. Auby et A. Ekam.

<sup>1067</sup> La qualité de service public du service extérieur des pompes funèbres est clairement rappelée à l'article L. 2223-19 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1068</sup> Loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, *JO* 18 janvier 2001, p. 928. FRIER (Pierre-Laurent), « La réforme de l'archéologie », *AJDA* 2001, p. 182.

monopole a pu être supprimé par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>1069</sup> sans que soit remise en cause la qualification de service public dévolue à ces activités particulières. Enfin, les monopoles de services publics en réseaux ont été démantelés<sup>1070</sup> sans que disparaisse totalement la mission de service public afférente, laquelle est susceptible de reparaître, sous une forme, certes, distincte, à travers la définition d'obligations de service public ou l'exigence de mise en place du service universel.

Le service public n'a pas forcément vocation à être conduit sous forme de monopole et à induire ainsi l'exclusion pure et simple de toute activité similaire sur son domaine d'intervention. Une telle assimilation trahit une confusion profonde entre la mission de service public et son mode organisationnel de prise en charge, confusion qui fausse dès l'origine le débat touchant aux relations entretenues entre service public et libertés économiques. Cette analyse simplificatrice évacue souvent dans le même temps les hypothèses où le monopole de service public est indispensable à la garantie des droits et libertés, au point que les activités qu'il prend en charge ne peuvent être analysées en référence aux libertés économiques.

### ***B/ Une exception : des monopoles indispensables à la garantie des droits et libertés et échappant à une lecture économique***

Bien sûr, ces hypothèses restent très spécifiques et leur mention n'a pas pour ambition de renverser la proposition selon laquelle l'existence d'un monopole aux mains d'un opérateur annihile l'exercice même de la liberté d'entreprendre et, partant, de la libre concurrence. Néanmoins, il importe de rappeler que certaines activités de service public, de par leur importance au regard des droits et libertés de l'individu, doivent être exercées sous forme de monopole sans que cet aménagement puisse pour autant être considéré comme une atteinte à ces libertés. En effet, ces activités sont extraites du champ économique proprement dit et ne sauraient alors se voir opposées de considérations liées au respect des libertés économiques, ce dont témoigne très clairement le traitement réservé par le droit communautaire aux services

---

<sup>1069</sup> Loi n° 2003-707 du 1<sup>er</sup> août 2003 modifiant la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, *JO* 2 août 2003, p. 13270. V. FRIER (Pierre-Laurent), « L'archéologie préventive, suite et fin ... ? », *AJDA* 2004, p. 1587.

<sup>1070</sup> V. *infra*.

publics attachés aux fonctions souveraines de l'Etat (1), ou remplissant une mission de nature exclusivement sociale sur le fondement du principe de solidarité (2).

1) *Des prérogatives de puissance publique souveraines « hors marché »*

Le privilège d'exclusivité détenu par l'Etat dans les matières relevant de l'exercice de sa souveraineté est un principe depuis longtemps établi et qui trouve sa source dans l'idée même de souveraineté, « *pouvoir unique et suprême, puissance singulière par rapport à toutes les autres formes de pouvoir en ce quelle les absorbe toutes en les subordonnant à lui* »<sup>1071</sup>. La souveraineté ne peut alors être parcellisée<sup>1072</sup> et implique, selon Max Weber, que l'Etat détienne le « *monopole de la contrainte légitime* ». Si la violence n'est qu'un comportement parmi d'autres à la disposition de l'organe étatique, elle paraît constituer un moyen d'action lui étant spécifiquement dévolu, dans la mesure où lui seul est habilité à y recourir<sup>1073</sup>.

Les monopoles de service public au regard des activités régaliennes de l'Etat sont une réalité qui ne connaît que de très strictes limitations. Ainsi, le monopole du service public de la Justice, « *attribut essentiel de la souveraineté* »<sup>1074</sup>, est aujourd'hui une évidence<sup>1075</sup> qui ne souffre que de la dérogation partielle constituée par la procédure d'arbitrage. Cette modalité particulière de règlement des conflits permet aux parties de confier à un ou plusieurs individus le soin de régler en équité leur différend et offre donc à des personnes privées le pouvoir de juger. Mais la portée de cette atténuation au principe du monopole reste limitée, car la sentence arbitrale ne dispose, en effet, d'aucune force exécutoire. L'arbitre, s'il a le pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*), n'a, en revanche, pas reçu le pouvoir de contraindre (*imperium*), lequel reste une attribution exclusive de l'Etat<sup>1076</sup>. Quant au phénomène de juridictionnalisation des autorités administratives indépendantes au regard du pouvoir de sanction dont elles disposent parfois, il tend, certes, à réévaluer le modèle unitaire défendu,

<sup>1071</sup> CONSTANTINESCO (Vlad) et PIERRE-CAPS (Stéphane), *Droit constitutionnel*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 13.

<sup>1072</sup> V. en ce sens décision CC n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *relative à la loi habilitant le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures destinées à simplifier le droit*, Rec. p. 382, considérant n° 19 : l'article 6 de cette loi (s'intéressant aux contrats de partenariat public-privé) « *ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté* ».

<sup>1073</sup> V. WEBER (Max), *Economie et société - Les catégories de la sociologie*, Pocket, 1995, p. 97.

<sup>1074</sup> Selon Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 55.

<sup>1075</sup> Cela n'a pas toujours été le cas. La justice royale a ainsi longtemps été en butte à la concurrence des justices seigneuriales et ecclésiastiques et ce n'est qu'au terme d'une longue lutte qu'a finalement triomphé l'idée d'une justice souveraine rendue par le Roi.

<sup>1076</sup> En ce sens, PERROT (Roger), *op. cit.*, p. 57. Les parties devront ainsi revenir devant le juge étatique afin de demander l'*exequatur* de la sentence arbitrale.

mais il faut rappeler que ces autorités demeurent soumises « *au jeu des contrôles juridictionnels tant administratifs que judiciaires qui les ramènent ainsi dans le droit commun* »<sup>1077</sup>. L'impossibilité de déléguer des pouvoirs de police à des personnes privées témoigne également de l'existence d'un monopole en ce domaine particulier. La solution est classique : la prévention des atteintes à l'ordre public est un service public qui ne saurait être délégué à des personnes privées<sup>1078</sup>, ce qui entraîne donc l'impossibilité de recourir au contrat afin d'organiser un tel dessaisissement<sup>1079</sup>. Par ailleurs, les possibilités de collaboration de personnes privées aux activités matérielles de police, aujourd'hui de plus en plus fréquemment admises<sup>1080</sup>, restent encadrées par la puissance publique. En effet, s'il importe que le citoyen veille lui-même à sa sécurité et qu'il puisse notamment, dans ce but, faire appel à des tiers<sup>1081</sup>, étant désormais reconnu que « *la sécurité privée concourt à la sécurité générale de la Nation* »<sup>1082</sup>, les pouvoirs publics ne se dessaisissent pas de leurs compétences en la matière. Ils organisent cette collaboration sous l'égide d'une réglementation stricte, initiée par la loi du 12 juillet 1983<sup>1083</sup> rappelant qu'aucune confusion ne doit être encouragée entre l'Etat et ces sociétés privées, et se poursuivant aujourd'hui par l'intervention de la loi du 5 mars 2007<sup>1084</sup>, instaurant une carte professionnelle et exigeant une aptitude professionnelle

---

<sup>1077</sup> GUETTIER (Christophe), *Institutions administratives*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 174.

<sup>1078</sup> V. avis CE du 7 octobre 1986 rappelant que les collectivités publiques ne peuvent déléguer par contrat « *la gestion des services publics non déléguables par la volonté du législateur et celle des services publics non déléguables par nature* ». *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 333.

<sup>1079</sup> Cette solution est rappelée à la fois par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec. Leb.* p. 595 ; CE, Sect. 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, *Rec. Leb.* p. 301 et CC n° 92-307 DC, 25 février 1992, *Rec.* p. 48 (considérant n° 32), *AJDA* 1992, p. 656, note F. Julien-Lafferrière. Le contrat redevient néanmoins concevable dès lors qu'il n'a pas pour effet de dessaisir les pouvoirs publics. Ainsi, la commune doit organiser les secours en montagne, mais cela ne lui interdit pas de confier à un délégataire la mission de transport des skieurs accidentés. Sur l'ensemble de cette question, MOREAU (Jacques), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3 et PETIT (Jacques), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Jacques Moreau*, *Economica* 2003, p. 343.

<sup>1080</sup> Au point de faire parfois douter de la pérennité du monopole de la puissance publique en cette matière. En ce sens, NICOUD (Florence), « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP* 2006, p. 1247 et s.

<sup>1081</sup> Cette faculté devenant parfois, d'ailleurs, une obligation. Ainsi, les exploitants de commerce de détail d'une certaine surface, implantés dans des communes d'une importance déterminée sont tenus, sous peine de sanction pénale, de faire assurer la surveillance des lieux ouverts au public par un service interne de surveillance ou par une entreprise prestataire de service. Sur l'ensemble de cette question, v. décret n° 97-46 du 15 janvier 1997, *JO* 22 janvier 1997, p. 1095.

<sup>1082</sup> Article 1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (*JO* 24 janvier 1995, p. 1249).

<sup>1083</sup> Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds, *JO* 13 juillet 1983, p. 2155.

<sup>1084</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* 7 mars 2007, p. 4297. V. TARLET (Claude) et MOREAU (Pierre), « Contribution à l'étude de la loi relative à la prévention de la délinquance : la professionnalisation et la moralisation des entreprises de sécurité privée », *JCP A* 2007, n° 22, p. 42.

préalable à l'égard des agents de sécurité privés<sup>1085</sup>. De la même manière, les activités de direction, de greffe et de surveillance dans les administrations pénitentiaires ne sauraient être déléguées à une personne privée<sup>1086</sup>. L'interdiction des groupes de combat et des milices privées illustre par ailleurs l'exclusion de l'initiative privée en matière de défense. La loi du 10 janvier 1936<sup>1087</sup>, toujours en vigueur, permet en ce sens la dissolution, par décret du Président de la République, des associations ou groupements de fait qui présenteraient, par leur forme et leur organisation militaires, ce caractère<sup>1088</sup>, le Code pénal ayant par ailleurs institué une répression spécifique des groupes de combat aux articles 431-14 et 431-15<sup>1089</sup>. Et si certaines activités du service public de l'armée sont aujourd'hui externalisées, c'est-à-dire confiées à des partenaires privés, il ne s'agit en aucun cas d'un transfert total pouvant s'assimiler à une privatisation<sup>1090</sup>, ce mouvement d'externalisation épargnant par ailleurs les missions régaliennes de défense au sens strict<sup>1091</sup>. Enfin, doit être rappelée l'existence d'un monopole en matière fiscale, au sens où le droit de prélever des impôts reste une prérogative souveraine illustrant le pouvoir de contrainte de l'Etat<sup>1092</sup> et relevant d'une compétence exclusive ne connaissant que de nuances limitées<sup>1093</sup>. Les monopoles présentés n'excluent

---

<sup>1085</sup> Différents contrôles étatiques sont par ailleurs prévus sur l'activité de ces sociétés de sécurité privées, même si un certain manque d'efficacité pratique peut être déploré. LATOUR (Xavier), « La puissance publique et les contrôles exercés sur les entreprises de sécurité privée », *AJDA* 2009, p. 800.

<sup>1086</sup> V. article 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JO* 24 décembre 2002, p. 21500 et décision CC n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* (considérant n° 8), *Rec.* p. 204 (*LPA* 2002, n° 178, note J-E. Schoettl). V. par ailleurs le débat sur la question des « prisons privées » lors de la discussion de la loi du 22 juin 1987, retracé *supra*, Titre Premier, Chapitre premier.

<sup>1087</sup> Loi du 10 janvier 1936, *JO* 12 janvier 1936, p. 522.

<sup>1088</sup> V. article 1-1 de la loi du 10 janvier 1936.

<sup>1089</sup> Ainsi, selon l'article 431-14 du Code pénal, le fait de participer à un groupe de combat est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sur l'ensemble de la question, MBONGO (Pascal), « Actualité et renouveau de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées », *RDP* 1998, p. 715.

<sup>1090</sup> En ce sens, DREYFUS (Jean-David), « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA* 2002, p. 1215.

<sup>1091</sup> Directive sur la politique d'externalisation du ministère de la défense n° 30892 du 3 août 2000 (V. Rapport d'information n° 3595 déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées et présenté par M. Michel Dasseux, 12 février 2002, p. 13 et s.). Les activités externalisées peuvent ainsi concerner la restauration des troupes, ou l'entretien et la réparation des matériels et bases militaires. Un empiètement sur les missions régaliennes dévolues à l'armée a pu être redouté en matière de transmissions militaires, mais le ministère de la défense a néanmoins décidé de conserver un « noyau dur » de compétence en ce domaine, afin de préserver en permanence les liaisons entre forces armées. Sur ce mouvement d'externalisation, DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 184 et s.

<sup>1092</sup> V. BIENVENU (Jean-Jacques) et LAMBERT (Thierry), *Droit fiscal*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 32 : « L'impôt peut se définir comme un prélèvement pécuniaire effectué par voie d'autorité, à titre définitif, sans contrepartie déterminée (...) en vue d'assurer le financement des charges publiques de l'Etat et des collectivités locales ».

<sup>1093</sup> V. néanmoins la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a accepté que le recouvrement de la contribution sociale généralisée soit effectué par des personnes privées dès lors que celles-ci sont placées « sous l'autorité de l'Etat ou sous son contrôle » (CC n° 90-285 DC, 28 décembre 1990, *Rec.* p. 95). Le juge administratif admet par ailleurs qu'une commune puisse déléguer la facturation et l'encaissement des contributions de raccordement à l'égout à une entreprise privée, sur le fondement d'un contrat de gérance (CAA Bordeaux, 18 janvier 2000, *Vigneau*, *DA* 2000, n° 205, note M. H.). Enfin, Pierre Delvolvé rappelle que les contrats d'affermage des taxes municipales correspondent bien à des recettes fiscales dont la perception peut être confiée à des particuliers. Mais l'auteur estime cependant que ces droits sont payés à l'occasion d'un service

donc jamais totalement les possibilités d'interventions privées mais préservent néanmoins, dans chaque cas, les compétences régaliennes relevant du pouvoir souverain de l'Etat.

Or, de tels monopoles ne peuvent être remis en cause au regard des libertés économiques et échappent ainsi à l'empire du droit communautaire de la concurrence, lequel est essentiellement fonction de la qualification d'entreprise. En effet, entendue comme désignant « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »<sup>1094</sup>, cette qualité d'entreprise entraîne l'application des articles 81 et 82 du Traité CE, prohibant respectivement les ententes entre entreprises, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats-membres, et l'abus de position dominante. Or les services publics liés aux fonctions d'autorité de l'Etat ne sont pas estimés assurer des activités économiques. C'est là l'apport fondamental de la jurisprudence dite « Eurocontrol »<sup>1095</sup>, à l'occasion de laquelle l'avocat général Giuseppe Tesauro expose que « l'accomplissement d'une activité comportant l'exercice de prérogatives de puissance publique, avec cette conséquence qu'une entité agissant en sa qualité d'autorité publique n'est pas soumise aux règles de concurrence du traité, est incompatible avec [la qualification d'entreprise] »<sup>1096</sup>. S'inspirant en cela des conclusions de l'avocat général Mayras rendues dans l'affaire « Reyners »<sup>1097</sup>, rappelant que « l'autorité publique est celle qui découle de la souveraineté, de l'imperium de l'Etat », il estime que « les activités et fonctions dont il s'agit ici comprennent sans aucun doute celles relatives aux attributions essentielles de la puissance publique dans des secteurs tels que l'administration générale et fiscale, la justice, la sécurité et la défense nationale »<sup>1098</sup>. Ainsi, les services publics chargés de fonctions d'autorité, bien que placés en situation de monopole, ne peuvent être contestés au titre de la libre concurrence, raisonnement accueilli par la Cour de Justice lorsqu'elle estime que « les activités d'Eurocontrol, (...) se rattachent à l'exercice de prérogatives relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique » et

---

rendu et relèvent donc, en réalité, plus de la qualification de redevances. DELVOLLE (Pierre), « Constitution et contrats publics », *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 478.

<sup>1094</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec. I-1979*. Cette qualification se désintéresse par ailleurs du fait que la personne morale en cause ne poursuive pas de but lucratif, « dès lors que son activité peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer ». V. CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance c/ Ministère de l'Agriculture et de la pêche*, aff. C-244/94, *Rec. I-4013*.

<sup>1095</sup> CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec. I-43*.

<sup>1096</sup> Conclusions de l'avocat général Tesauro sous *SAT Fluggesellschaft GmbH*, *Rec. I-50*.

<sup>1097</sup> CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec. p. 631*.

<sup>1098</sup> Conclusions de l'avocat général Tesauro sous *SAT Fluggesellschaft GmbH*, *op. cit.*

qu'elles ne « *présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité* »<sup>1099</sup>.

Cette jurisprudence communautaire place ainsi certaines activités de service public en dehors de la sphère économique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille dénier toute implication économique potentielle à ces dernières, lesquelles seraient susceptibles de constituer un marché pour des opérateurs privés. En témoigne l'extension croissante des entreprises de sécurité privées, laquelle illustre l'existence d'un véritable secteur d'activité économique dans une matière proche de celle prise en charge par les personnes publiques. En réalité, bien rares, voire inexistants, sont les domaines qui ne pourraient, potentiellement, faire l'objet d'un marché. Mais ces fonctions d'autorité révèlent la mise en œuvre d'un pouvoir souverain indispensable, ce qui explique le traitement différencié qui leur est réservé. Si, dans l'absolu, un monopole ne peut que heurter les libertés économiques, il est néanmoins pragmatiquement considéré que ces fonctions particulières, de par la souveraineté qui les imprègne et leur impact fondamental en matière de préservation des droits et libertés<sup>1100</sup>, ne peuvent être exercées par les personnes privées, ce qui les place ainsi au-delà d'une confrontation avec la libre entreprise. Certes, ce respect affiché par les instances communautaires envers les prérogatives étatiques de puissance publique comporte également certainement une part de stratégie. En effet, préserver les fonctions nationales souveraines peut aussi s'expliquer par la volonté de favoriser l'accomplissement du marché intérieur, en réservant aux Etats le soin de la mise en œuvre normative et coercitive du droit communautaire des affaires dans leurs ordres juridiques internes<sup>1101</sup>. Un tel dessein n'est d'ailleurs pas nouveau, car le libéralisme économique a toujours demandé aux pouvoirs publics de lui fournir la sécurité et les moyens juridiques nécessaires à l'épanouissement des libertés qu'il avait pour ambition de défendre<sup>1102</sup>. En ce sens, notamment, le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE<sup>1103</sup>, met fin au système de contrôle centralisé opéré par la Commission européenne sur les notifications

---

<sup>1099</sup> CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol, préc.*, point 30. V. également CJCE, 18 mars 1997, *Cali c/ Servizi ecologici porto di Genova*, aff. C 343/95, *Rec.* I-1547 et pour une confirmation en droit interne rappelée dans le rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence » (*EDCE*, n° 53, p. 228-229), CE, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Letierce*, *Rec. Leb.* p. 278, *AJDA* 1994, p. 663, concl. Arrighi de Casanova.

<sup>1100</sup> V. *supra* Titre Premier, Chapitre Premier et Titre second, Chapitre premier.

<sup>1101</sup> En ce sens, RACLET (Arnaud), *L'encadrement des prérogatives de puissance publique nationales par le droit communautaire des affaires*, Thèse Paris-II, 2000, Tome 1, p. 35 et DENIZEAU (Charlotte), « L'instrumentalisation de la puissance publique par le droit communautaire », in P. Raimbault (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p. 83 et s.

<sup>1102</sup> V. BURDEAU (Georges), *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 49.

<sup>1103</sup> Règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *JOCE L* du 4 janvier 2003, p. 25.

préalables d'ententes et d'abus de position dominante. Est ainsi désormais organisé un système d'exception légale *a posteriori*, pris en charge par le juge national, et illustrant clairement l'accroissement du rôle des autorités et juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'exception constatée en faveur des activités liées à l'exercice de la puissance publique repose ainsi sur des motifs divers, tenant à la fois au respect de la souveraineté des Etats et aux nécessités de préservation des règles de concurrence. Mais cette première dérogation marque bien, toutefois, la volonté de placer certaines activités de service public en dehors du marché. Elles partagent ainsi leur sort avec d'autres activités, reliées à des impératifs de solidarité sociale et exigeant, de la même manière, une prise en charge sous forme de monopole.

## 2) *Une mission de solidarité sociale extérieure à la sphère économique*

La Cour de Justice reconnaît une seconde limite à la qualification communautaire d'entreprise, s'attachant cette fois aux organismes assurant certaines missions dans le domaine social. En effet, selon l'arrêt « *Poucet et Pistre* » du 17 février 1993, « *les caisses de maladie ou les organismes du service public de la Sécurité sociale remplissent une fonction de nature exclusivement sociale. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sein des articles 85 et 86 du Traité CE* »<sup>1104</sup>. Cette solution ne manque pas, à l'époque, de rassurer quant à la garantie des droits et libertés dépendant des activités de sécurité sociale. Par la jurisprudence *Höfner* déjà citée, les instances communautaires n'avaient pas hésité, en effet, à qualifier d'entreprise une activité de placement et à montrer par là leur indifférence à la forme juridique de cette activité, rappelant que, si elle était en l'espèce assurée par des offices publics, cette activité aurait tout aussi bien pu être prise en charge, du fait de sa nature économique, dans un cadre privé et selon les règles de l'économie de marché. Pour échapper aux impératifs de la concurrence, il semblait donc que l'activité en cause devait, de par sa nature, relever exclusivement de la compétence des seuls organismes publics<sup>1105</sup>. Or, les activités relatives à la matière sociale peuvent, et sont

---

<sup>1104</sup> CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre c/ AGF et Cancava*, C-159/91, Rec. I-637.

<sup>1105</sup> KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (1<sup>ère</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 227.



souvent, assurées par des entités privées. Ainsi, s'il est possible de considérer que les organismes de sécurité sociale disposent d'un monopole en matière de prise en charge des régimes légaux de base<sup>1106</sup>, des activités très proches touchant aux régimes complémentaires ou aux mutuelles sont assumées par des sociétés d'assurance à titre privé. Au sens de l'arrêt *Höfner*, de tels organismes semblaient donc pouvoir être qualifiés d'entreprise et soumis, dès lors, aux règles de concurrence communautaires.

Or cette position est rejetée par la Cour de Justice, qui a, depuis lors, plusieurs fois eu l'occasion de confirmer son analyse<sup>1107</sup>. Prenant en compte à la fois l'adhésion obligatoire à ces organismes, la non proportionnalité entre cotisations et droit aux prestations, le fait que l'assurance vieillesse soit financée par les cotisations des travailleurs en activité et la compensation orchestrée entre les différents régimes, l'instance communautaire affirme avec force « *l'objectif social* » de ces régimes « *qui obéissent au principe de solidarité* ». Suivant en cela la logique de sa jurisprudence *Duphar*<sup>1108</sup>, par laquelle la Cour avait rappelé que « *le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de Sécurité sociale* », elle a par ailleurs précisé par la suite, dans un arrêt *Garcia*, que les directives des 18 juin et 10 novembre 1992<sup>1109</sup> visant à supprimer les restrictions à la liberté d'établissement et à la liberté de prestations de services, ne s'appliquaient pas non plus aux assurances comprises dans les régimes légaux de Sécurité sociale<sup>1110</sup>. De plus, la Cour de Justice n'a pas hésité à appliquer la solution de l'arrêt « *Poucet* » dans le cadre d'une espèce distincte de celle des régimes de sécurité sociale. Sa jurisprudence *FENIN* du 11 juillet 2006 s'intéresse en effet à un système de prestation gratuite de services médicaux, considéré comme dépourvu de la qualité d'entreprise de par le fait, là encore, qu'il correspond à une activité de nature exclusivement sociale obéissant au principe de solidarité<sup>1111</sup>. La juridiction communautaire prend ainsi acte des particularités de certains services publics qui, bien que fonctionnant sur le fondement d'un monopole, ne peuvent se

---

<sup>1106</sup> Généralisée en France depuis l'instauration de la Couverture maladie universelle, la Sécurité sociale a vocation à s'appliquer à l'ensemble de la population, tout individu étant obligatoirement affilié à un régime de sécurité sociale.

<sup>1107</sup> V. CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio*, Aff. C-218/00, Rec. I-691 ; CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, Aff. C-264/01, Rec. I-2493 et CJCE, 27 octobre 2005, *Nazairdis*, Aff. Jointes C-266 à 270/04, C-276/04 et C-321/04, Rec. I-9481.

<sup>1108</sup> CJCE, 7 février 1984, *Duphar c/ Pays-Bas*, Aff. C-238/82, Rec. I-523.

<sup>1109</sup> Directive n° 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (*JOCE* L 228, p. 1) et directive n° 92/96/CEE du Conseil du 10 novembre 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie (*JOCE* L 360, p. 1).

<sup>1110</sup> CJCE, 26 mars 1996, *Garcia c/ Mutuelle sociale d'Aquitaine*, Aff. C-238/94, Rec. I-1673.

<sup>1111</sup> CJCE, 11 juillet 2006, *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-205/03 P, *JO* C 212, 2 septembre 2006, p. 1.

voir confrontés aux règles de l'économie de marché, une telle analyse se retrouvant également en droit interne, tant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>1112</sup> que dans celle de la Cour de cassation<sup>1113</sup>.

Les raisons qui poussent les instances juridictionnelles à cette distinction sont différentes de celles intéressant les fonctions d'autorité publique. Il ne s'agit pas ici de missions qui, de par leur nature même, ne sauraient être exercées par une personne privée, mais d'activités dont l'exercice « *est soumis à des conditions qui ne permettent pas l'exercice d'une activité de caractère économique par une entreprise opérant sur un marché* »<sup>1114</sup>. La finalité sociale des activités en cause n'exclut pas qu'elles puissent être de nature économique et prises en charge par des opérateurs privés. Elles ne sont pas, par essence, « hors marché ». Mais lorsque ces activités fonctionnent selon le principe de solidarité, en permettant ainsi à tous l'accès à certaines prestations indispensables à la sécurité matérielle ou à la garantie du droit à la santé, elles supposent la mise en place d'un régime particulier, fondé sur le principe de répartition et non de capitalisation<sup>1115</sup>. Or ce régime doit être mis en place par l'Etat, lui seul pouvant en effet garantir la pérennité d'un système de cette sorte, notamment pour les générations suivantes<sup>1116</sup>. Le traitement réservé par le juge communautaire à ces missions de solidarité sociale résulte donc en réalité d'une approche pragmatique extrêmement restrictive, l'élément de solidarité devant sous-tendre ces activités s'avérant déterminant. Ainsi, s'agissant notamment d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles, la Cour de Justice a pu considérer que son influence en termes de solidarité sociale était d'une portée extrêmement limitée, du fait de son caractère facultatif et de son fonctionnement sur la base de la capitalisation. De par ses caractéristiques, ce régime

---

<sup>1112</sup> CE, Sect., 12 février 1997, *Fédération des mutuelles de France*, *Rec. Leb.* p. 728 et CE, 21 octobre 1998, *Syndicat SOS Action Santé*.

<sup>1113</sup> Cass. crim., 25 novembre 1992, *Marti*, *D.* 1993, IR, p. 47 ; Cass. Soc., 11 mars 1999, *Théry*, *Europe* 1999, comm. n° 382.

<sup>1114</sup> KOVAR (Robert), « Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence », *Contrats et marchés publics* 2007, p. 10.

<sup>1115</sup> Dans le système de capitalisation, les cotisations des assurés en activité sont transformées en droits individuels à une pension, acquis sur un capital dont le rendement finance les prestations. Le régime de répartition fonctionne sur la base d'une solidarité : les cotisations des actifs financent immédiatement les prestations offertes aux retraités et inactifs, sur la base d'un système fonctionnant de manière intergénérationnelle. V. MORVAN (Patrick), *Droit de la protection sociale*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd, 2007, p. 10.

<sup>1116</sup> En ce sens, MALAURIE-VIGNAL (Marie), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 91. L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (*JO* 22 août 2003, p. 14310) rappelle ainsi que « *La Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations* ».

aurait pu tout aussi bien être pris en charge par des assureurs privés, et la Cour a donc refusé de le soustraire aux règles communautaires de la concurrence<sup>1117</sup>.

La voie ouverte par la juridiction communautaire reste donc fort étroite. Mais elle offre une seconde nuance à l'antinomie irréductible censée opposer monopole de service public et libertés économiques, prenant acte du fait que la protection des droits et libertés de l'individu implique parfois inévitablement la mise en place d'un monopole. Ramenée à ses justes proportions, la menace que sous-tend cette modalité d'organisation du service semble alors se devoir se concentrer sur les monopoles des services en réseaux, lesquels tendent aujourd'hui de plus en plus à disparaître, d'autres méthodes étant considérées comme mieux à même de garantir les droits d'accès aux prestations afférents.

## PARAGRAPHE SECOND

### UNE FONCTION DE GARANTIE NE POUVANT JUSTIFIER LES MONOPOLES DE SERVICES PUBLICS EN RESEAUX

Lorsqu'une mission de service public est assurée sous la forme d'un monopole, il paraît improbable de considérer ce dernier comme source d'une quelconque garantie des libertés économiques. Il semble en effet difficile de considérer que l'exclusion de toute initiative privée sur un domaine précis puisse servir la cause de la libre entreprise ou de la libre concurrence. Paradoxalement, c'est pourtant en ce sens qu'ont été organisées, dans le passé, certaines nationalisations ayant entraîné la mise en place de grands monopoles de service public en réseaux, même si le procédé se révèle aujourd'hui dépassé car excessif au regard des objectifs poursuivis, lesquels peuvent être défendus par des moyens plus nuancés (A). A revenir, alors, dans un second temps, sur l'atteinte inéluctable portée aux libertés économiques par les situations de monopole de service public, il importe de constater que ces dernières sont aujourd'hui de plus en plus limitées, n'étant appelées à perdurer que sous de strictes conditions (B).

---

<sup>1117</sup> CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance et autres c/ Ministère de l'agriculture et de la pêche*, Aff. C-244/94, Rec. I-4013. Pour une position similaire, v. également CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/93, Rec. I-5751.

## *A/ Une justification dépassée : la protection des libertés économiques*

Historiquement, l'idée selon laquelle instaurer un service public sous forme de monopole constitue une garantie du droit de propriété, de la libre entreprise et de la libre concurrence a pu être exprimée à de nombreuses reprises. L'affirmation semble paradoxale, voire provocatrice. Elle obéissait pourtant à une certaine logique, faisant du monopole un rempart contre la mainmise de groupes puissants menaçant d'asphyxier l'initiative privée (1). Mais cette solution se révèle aujourd'hui obsolète, offrant une réponse excessive à un danger désormais encadré par des règles strictes (2).

### *1) Des monopoles théoriquement chargés de garantir un exercice satisfaisant des libertés économiques*

Comme toutes libertés, le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou la libre concurrence portent en eux leur propre menace. A mieux considérer en effet les conséquences qu'implique l'exercice des libertés économiques, la constitution de monopoles de fait ou d'oligopoles privés puissants, par le simple jeu de la stratégie économique, peut conduire à limiter ces libertés pour les autres acteurs évoluant sur le marché en cause. C'est là un effet obligé de l'atmosphère de compétition présidant aux échanges économiques dans un cadre libéral, mais cette situation a parfois entraîné une réaction des pouvoirs publics, sous la forme d'une nationalisation des entreprises concernées. Substituant dès lors une gestion publique à ces activités mises en œuvre par des personnes privées, la logique de ces nationalisations est restituée dans le cadre de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, lequel dispose que « *Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité* ». A première vue, cette disposition du Préambule, en imposant le transfert de certains biens et entreprises à la collectivité, engendre des services publics dont la création et l'existence semblent ignorer les principes économiques libéraux, et paraît symboliser à elle seule tout un contexte politique, économique et stratégique. En matière économique, l'heure est en 1946 à la prévalence de la théorie du monopole naturel. Posant le principe selon lequel certaines caractéristiques technologiques de l'activité font que le coût minimal du bien est obtenu lorsque la totalité de la production est assurée par un seul acteur<sup>1118</sup>, la duplication d'infrastructures de services

---

<sup>1118</sup> V. LEVEQUE (François), *Economie de la réglementation*, Ed. La Découverte, 2004, p. 8 et 64.

publics en réseaux est considérée comme économiquement irrationnelle, constat qui légitime une prise en charge de ces activités par l'Etat et par lui seul. Enfin, le souhait de ne pas voir se développer des puissances économiques propres à se transformer en forces de pression sur le pouvoir politique, voire en rivales, encourage la nationalisation de certains grands trusts<sup>1119</sup>.

Mais il est également possible de proposer de cette politique de nationalisation une lecture différente, et d'y voir un procédé permettant de s'assurer que certaines grandes entreprises ne confisquent pas des moyens de production essentiels au développement économique de l'ensemble de la population<sup>1120</sup>. Dans ce cadre, la situation des libertés économiques ne semble pourtant pas, au premier abord, varier sensiblement. Passer d'un monopole de fait à un monopole légalement institué aurait même la conséquence inverse, le monopole de fait laissant subsister une possibilité de concurrence, même minime<sup>1121</sup>, quand l'instauration d'un monopole légal l'exclut totalement. Mais l'effet escompté des nationalisations est à rechercher en aval, à plus long terme : en s'appropriant certains secteurs clés de l'économie – énergie, transports, infrastructures – les pouvoirs publics espèrent, par ces nationalisations<sup>1122</sup>, redynamiser une économie mise à mal par deux guerres mondiales selon des priorités planifiées et une stratégie de relèvement favorable au développement des initiatives économiques. En monopolisant ainsi ces domaines d'activités considérés comme essentiels, et relevant jusqu'alors de monopole de fait aux mains de personnes privées<sup>1123</sup>, il est ainsi assuré que certaines prestations seront offertes à l'ensemble de la population, et que cette dernière ne sera pas captive de grands groupes privés dans l'exercice de ses libertés économiques, au sens où « *la propriété des uns peut s'assimiler à une spoliation du plus grand nombre, et [que] c'est au nom même du droit inviolable et sacré de propriété que la collectivisation est à la*

---

<sup>1119</sup> En ce sens, CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, p. 74.

<sup>1120</sup> En ce sens, *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section seconde, Paragraphe second, B/.

<sup>1121</sup> Un monopole de fait peut, en effet, toujours disparaître, par le simple jeu de la concurrence.

<sup>1122</sup> Il est possible de distinguer trois grandes vagues de nationalisations. La première d'entre elle, située entre 1933 et 1937, répond aux dommages causés durant la Grande guerre et la crise de 1929, et comprend notamment les nationalisations de la SNCF, de la Compagnie générale transatlantique et, au regard des menaces d'une nouvelle guerre, la prise de contrôle des industries d'armement. La seconde vague de nationalisation prend place entre 1945 et 1946 et touche cette fois particulièrement le secteur énergétique (gaz, électricité, charbon), les transports (Air France) ou encore le secteur bancaire et des assurances. La dernière vague de nationalisations, ayant eu lieu entre 1981 et 1985, est d'un esprit différent. Les nationalisations précédentes relevaient en effet d'une stratégie de redressement économique, face à un contexte de crise occasionné par les deux guerres mondiales, quand les nationalisations opérées dans les années quatre-vingt (concernant notamment cinq grands groupes industriels, deux compagnies financières et des banques) eurent une visée plus idéologique et allèrent certainement plus loin que ce qui était économiquement utile. Cette dernière vague encourut de nombreuses critiques et se solda, en 1986, par le retour au secteur privé de ces entreprises. Elle ne s'insère pas dans l'analyse développée ci-dessus.

<sup>1123</sup> Jacques Chevallier remarque ainsi, au sujet des deux premières vagues de nationalisations, que les entreprises nationalisées jouissaient le plus souvent d'un pouvoir de monopole de fait. « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, p. 76.

*fois légitime et nécessaire* »<sup>1124</sup>. Si la conception socialisante présidant à la rédaction du Préambule prône une idéologie qui heurte forcément le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, l'alinéa 9 du Préambule constitue néanmoins un moyen de lutter contre les abus qu'occasionnerait un exercice illimité de ces prérogatives et peut ainsi paradoxalement être considéré comme une garantie de ces libertés. Un exercice maximaliste de ces dernières permettrait en effet la détention, la maîtrise et la fourniture par quelques-uns de biens ou de services indispensables à des conditions idéales de travail et de vie pour l'ensemble des individus<sup>1125</sup>. La reconnaissance, derrière l'alinéa 9, d'un « droit à la nationalisation » et à la création de services publics sous forme monopolistique<sup>1126</sup> s'inscrit en cela dans une logique de garantie des libertés économiques.

L'ancrage historique de la création des monopoles de services publics en réseaux, notamment, paraît alors extrêmement fort. Les nationalisations correspondantes interviennent en effet après la seconde guerre mondiale dans une logique de reconstruction, mais également afin de rattraper « *le retard historique de la France découlant du parti insuffisant qu'elle avait tiré des deux premières révolutions industrielles* »<sup>1127</sup>. Considérant que les enjeux en présence ne peuvent être supportés par des opérateurs privés dont les capacités financières ne sont pas forcément suffisantes et qui obéissent prioritairement à une logique de profit, l'intervention des pouvoirs publics par la voie de nationalisations sert alors de « *béquilles* » au capitalisme, les restrictions apportées au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre devant se comprendre comme « *la condition indispensable à la possibilité de leur exercice par tous* »<sup>1128</sup>. Mais le contexte ayant pu présider aux nationalisations de l'après-guerre a depuis lors été profondément bouleversé et, avec lui, inévitablement, cette appréhension particulière du phénomène des monopoles de service public.

---

<sup>1124</sup> ISRAEL (Jean-Jacques), « Alinéa 9 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 225.

<sup>1125</sup> ISRAEL (Jean-Jacques), *Ibid.* et QUIOT (Gérard), « Service public national et liberté d'entreprendre », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 193.

<sup>1126</sup> V. *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section seconde, Paragraphe second, B/.

<sup>1127</sup> DELION (André), *Le droit des entreprises et participations publiques*, L.G.D.J., 2003, p. 16.

<sup>1128</sup> QUIOT (Gérard), « Service public national et liberté d'entreprendre », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 195. Gérard Quiot rappelle d'ailleurs sur ce point que le groupe communiste aurait été hostile au projet de nationalisation de l'électricité.

## 2) Une solution obsolète

La logique qui guidait les constituants de 1946 n'est pas, en elle-même, obsolète. De manière générale, l'idée selon laquelle l'exercice maximaliste de la liberté d'entreprendre par quelques-uns peut conduire à confisquer cette liberté d'entreprendre au plus grand nombre est toujours d'actualité<sup>1129</sup>. Mais les impératifs de l'après-guerre, qui pouvaient justifier les nationalisations et la prise en charge de services publics sous forme de monopoles, se sont estompés. Avec la période des « Trente glorieuses », le relèvement économique du pays a affaibli la légitimité des monopoles en tant que vecteurs de protection contre la constitution de grands trusts. La France est désormais insérée dans une économie de marché, régie par les règles de concurrence et, dans un tel cadre, le monopole de fait détenu par certains opérateurs privés n'apparaît pas condamnable en soi. De manière pragmatique, le droit économique admet que la compétition ne suppose pas nécessairement une égalité entre partenaires ; « *l'égalité n'est pas l'âme du commerce – sauf à adopter une vue de l'esprit qui ne convient pas à la vie des affaires* »<sup>1130</sup>. Dès lors que cette situation ne résulte pas de manœuvres anticoncurrentielles, le fait que des opérateurs privés puissent détenir une position dominante sur un marché ne peut être contesté.

Dans la stricte logique de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, tout monopole privé aurait d'ailleurs dû faire l'objet d'une appropriation par les pouvoirs publics. Or il n'en a pas été ainsi, ces derniers ayant pris acte de l'existence de moyens plus nuancés permettant de défendre les libertés économiques contre les usages excessifs pouvant aboutir à leur remise en cause. Afin de protéger l'initiative économique de chaque individu, un corpus juridique de règles visant la prohibition des pratiques anticoncurrentielles a été instauré. En ce sens, l'Etat opère désormais un contrôle des ententes, lesquelles sont prohibées à la fois par le droit national, dans le cadre de l'article 420-1 du Code de commerce<sup>1131</sup>, et par le droit

---

<sup>1129</sup> Il est ainsi aujourd'hui toujours question du danger de la constitution d'oligopoles puissants.

<sup>1130</sup> MALAURIE-VIGNAL (Marie), *L'abus de position dominante*, L.G.D.J, 2002, p. 13.

<sup>1131</sup> Article 420-1 du Code de commerce : « *Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France, lorsqu'elles ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elle tendent à :*

1. *Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
2. *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
3. *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
4. *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».*

communautaire, sous l'influence de l'article 81 du Traité CE<sup>1132</sup>. Dans les deux hypothèses, l'entente, c'est-à-dire une concertation entre plusieurs entreprises, ne constituera pas en elle-même une infraction et ne sera considérée comme telle que si elle porte une atteinte sensible, potentielle ou avérée, à la concurrence<sup>1133</sup>, des sanctions pouvant alors être prononcées, soit par les organes de contrôle que constituent l'Autorité de la concurrence au niveau national<sup>1134</sup> et la Commission des communautés européennes<sup>1135</sup> au niveau communautaire, soit par les juridictions nationales<sup>1136</sup>. Ces mêmes autorités interviennent par ailleurs en matière d'abus de position dominante<sup>1137</sup>, sachant que, là encore, le droit de la concurrence n'interdit pas l'état de position dominante<sup>1138</sup>, mais l'abus d'une telle position. En effet, cette situation n'est pas forcément acquise par des moyens déloyaux mais peut laisser place à une exploitation abusive, portant une atteinte sensible à la concurrence du fait qu'elle permet à l'entreprise d'obtenir « *un avantage économique ou concurrentiel injustifié au détriment de ses partenaires économiques, de ses concurrents actuels ou potentiels, ou des consommateurs* »<sup>1139</sup>. Le cas échéant, la constatation de l'abus pourra entraîner le prononcé de sanctions identiques à celles que connaît le droit des ententes. Enfin, sont également

---

<sup>1132</sup> L'Union européenne condamne très fermement les tentatives d'ententes anticoncurrentielles. Le XXXIème rapport sur la politique de la concurrence rappelle ainsi que « *les cartels sont un véritable cancer dans une économie ouverte et moderne. A la différence des autres formes de comportements anticoncurrentiels, ils ne servent qu'un seul objectif : celui de réduire ou d'éliminer la concurrence. Ils n'apportent aucun bienfait à l'économie et ne peuvent de ce fait jamais être considérés favorablement d'un point de vue économique. Leur impact est entièrement négatif en ce qu'ils conduisent à un moindre choix pour les consommateurs, à des coûts plus élevés pour l'industrie, à retarder les ajustements essentiels des firmes et à moins d'innovation* » (avant-propos de Mario Monti, XXXIème rapport sur la politique de la concurrence, 2001, Bruxelles).

<sup>1133</sup> Comme cela est le cas, par exemple, dans les hypothèses d'action concertée en vue de fixer un niveau de prix ou de se répartir des zones de marché ou de clients.

<sup>1134</sup> Cette autorité administrative indépendante a récemment remplacé le Conseil de la Concurrence (cf. loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008, JO 5 août 2008 et ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JO 14 novembre 2008, p. 17391). Tout comme son prédécesseur, cette autorité applique le droit interne et communautaire de la concurrence et prononce des sanctions pouvant prendre la forme de mesures conservatoires, d'injonctions ou d'amendes. Elle peut également, le cas échéant, transmettre le dossier en cause au parquet afin que soient engagées des poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Ses fonctions d'enquête et de contrôle en matière de concentrations sont par ailleurs élargies.

<sup>1135</sup> Laquelle peut se saisir elle-même ou être saisie d'une plainte, constater la nullité de l'entente et ordonner aux parties de cesser cette infraction ou infliger des amendes.

<sup>1136</sup> Les juges nationaux peuvent constater la nullité de l'accord au titre du droit interne et du droit communautaire.

<sup>1137</sup> L'abus de position dominante étant prohibé au niveau interne par l'article 420-2 du Code de commerce et, au niveau communautaire, par l'article 82 du Traité CE.

<sup>1138</sup> Une position dominante étant « *toute position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, de ses consommateurs* ». CJCE 13 février 1979, *Hoffman - La Roche*, Aff. 85-76, Rec. I-461.

<sup>1139</sup> GUEDJ (Alain), *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 46. Un abus de position dominante peut ainsi être constitué par des pratiques tarifaires abusives (prix trop élevé ou, au contraire, excessivement bas, alors appelé « prix prédateur »), la mise en place d'exclusivités d'achat ou encore l'adoption de comportements déloyaux.



contrôlées les offres de prix abusivement bas, susceptibles de fausser la concurrence sur un marché<sup>1140</sup>, et les concentrations d'entreprises<sup>1141</sup>, dont l'examen s'effectue *a priori*, par les autorités communautaires lorsque l'opération dépasse la dimension nationale, ou par le droit national dans les autres cas<sup>1142</sup>.

Des méthodes plus respectueuses des libertés économiques que ne l'est l'instauration d'un monopole de service public ont donc été développées. Servant le même objectif, à savoir l'épanouissement des libertés économiques de chacun, elles n'aboutissent cependant pas à confisquer l'exercice de ces dernières. L'évolution de l'appréhension des monopoles publics, et notamment des monopoles de service public en réseaux, a ainsi été particulièrement nette en droit communautaire. Des débuts du marché commun jusqu'à l'Acte unique européen, en 1986, les institutions communautaires s'abstiennent d'intervenir sur la question des monopoles publics, alors même que certaines règles y font pourtant référence. L'article 31 du Traité CE pose ainsi l'obligation d'aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial et l'article 86, s'il ne vise pas expressément les monopoles, interdit néanmoins aux Etats d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles du Traité, notamment en matière de liberté de circulation et de règles de concurrence, et s'y intéresse donc assurément. Cependant, l'article 295 du Traité CE pose, dans le même temps, un principe de neutralité du droit communautaire à l'égard de la nature, publique ou privée, de la propriété des entreprises des Etats membres, et donc des nationalisations ou privatisations. Le Traité de Rome intervient en effet dans le contexte de l'après-guerre, à une époque où l'utilité des monopoles publics en tant qu'outils de redynamisation des économies nationales n'est pas contestée<sup>1143</sup>. Pendant de nombreuses années, les articles 31 et 86 restent ainsi en « état d'hibernation », et ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que la Commission commence à intervenir en faveur de l'aménagement des monopoles commerciaux posés par l'article 31<sup>1144</sup>, l'application de l'article 86 n'étant, quant à elle, pleinement mise en œuvre qu'à la fin des années quatre-vingt.

---

<sup>1140</sup> V. l'article 420-5 du Code de commerce.

<sup>1141</sup> « *La possibilité de nationaliser les monopoles n'est-elle pas, dans le but de protéger l'usager des 'puissances de l'argent', une arme moins efficace que l'interdiction de constituer de tels monopoles ?* ». COSSALTER (Philippe), « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 187.

<sup>1142</sup> V. articles 430-1 et suiv. du Code de commerce.

<sup>1143</sup> En ce sens, BERROD (Frédérique), « Monopoles publics et droit communautaire », *Jcl. Europe*, Fasc. 1510, 2004, p. 3.

<sup>1144</sup> Cet article prévoit que les monopoles commerciaux nationaux soient aménagés, et non supprimés, afin de faire disparaître toute discrimination entre les ressortissants. Il a amené la France à aménager ses principaux monopoles commerciaux, touchant par exemple aux tabacs, alcools, produits pétroliers ou poudres.

Les monopoles de services publics en réseaux ayant permis aux Etats membres, et notamment à la France, de retrouver un niveau économique compétitif sont alors remis en cause, de manière ponctuelle à l'origine, puis de façon beaucoup plus systématique. La relation entre monopole de service public et libertés économiques ne se comprend plus que sous la forme d'une antinomie et c'est aujourd'hui à l'amenuisement progressif de cette atteinte portée aux libertés économiques qu'oeuvrent les règles de concurrence et les instances chargées de les appliquer. Ces services en réseaux délivrent pourtant des prestations essentielles dont il déjà pu être rappelé l'impact en matière de cohésion sociale et territoriale et, plus avant, en matière de garantie des droits et libertés<sup>1145</sup>. Mais cette caractéristique est de moins en moins appréhendée comme permettant la survivance des monopoles de services publics en ces domaines.

***B/ Une justification contestée : la préservation de la fonction de garantie du service public grâce à l'existence de monopoles***

La critique de l'organisation monopolistique de certains services publics n'est pas le fait des seules instances communautaires. Le processus de libéralisation observé à partir des années quatre-vingt-dix est en effet le résultat d'une conjonction de facteurs, liés tout à la fois à la revalorisation des thèses libérales, la prise en compte du poids économique des interventions publiques, ou encore à l'intervention de nouveaux acteurs privés et à l'évolution technologique mettant à mal certains monopoles naturels<sup>1146</sup>. Les avantages d'une gestion sous forme monopolistique ont par ailleurs montré certaines limites : soustraites à la pression de la concurrence, certaines entreprises publiques, gérées de manière bureaucratique, ont pu manquer de réactivité en matière d'innovation et de progrès techniques et, détachées des questions de rentabilité, n'ont pas toujours connu une gestion financière efficace<sup>1147</sup>. Cette inefficience a alors pu entraîner des coûts supérieurs aux économies censément assurées par la théorie du monopole naturel. Elle a pu, en outre, jeter le doute sur la capacité de ces services à assurer efficacement la garantie des droits et libertés des usagers qui en dépendaient. L'heure était ainsi, de manière générale, à la remise en cause, mais force est de constater que les institutions européennes ont joué, dans ce cadre, le rôle de catalyseurs (1). Et si la mise en

---

<sup>1145</sup> V. *supra*, Titre premier, Chapitre second et titre second, Chapitre premier.

<sup>1146</sup> En ce sens, ROJANSKI (Vladimir), « L'Union européenne et les services d'intérêt général », *RDUE* 2002, p. 749.

<sup>1147</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, p. 73.

place ou la survivance d'un monopole au regard de ces services publics en réseaux demeurent possibles, ces hypothèses relèvent aujourd'hui d'exceptions strictement entendues. Ces dernières prennent acte du rôle essentiel de ces services publics au regard de la garantie des droits et libertés mais paraissant vouer à se raréfier (2).

1) Une « démonopolisation » organisée au niveau communautaire

Les industries de réseaux constituent l'exemple le plus topique du mouvement de « démonopolisation » initié par l'Union européenne. Tout en étant chargés d'une mission d'intérêt général que les autorités nationales entendaient faire prévaloir sur la logique concurrentielle, ces gestionnaires à titre exclusif fournissaient en effet le parfait exemple de distorsions à la concurrence auxquelles les instances communautaires souhaitaient mettre fin. A ce titre, aucune disposition du Traité ne s'intéresse, à l'origine, directement à ces services d'intérêt économique général, mais de nombreux articles aménagent autour d'eux une « politique d'encerclement »<sup>1148</sup>, qu'il s'agisse des articles 31 et 86 du Traité CE, des articles relatifs à la liberté d'établissement et de prestation des services<sup>1149</sup>, ou encore des articles 81 et 82 sur la prohibition des ententes et abus de position dominante. Mises en veille durant des années, ces dispositions sont réactivées par les autorités communautaires et orchestrent la réintroduction progressive de la concurrence dans les secteurs en cause. Cette évolution est censée entraîner des conséquences bénéfiques pour les usagers et, partant, pour l'exercice effectif des droits et libertés dépendants de ces prestations<sup>1150</sup>, mais, derrière cet objectif, se dessine également très nettement la volonté de briser « *le triptyque service d'utilité publique – entreprise publique – monopole public (...) considéré comme l'obstacle majeur à l'achèvement du marché intérieur* »<sup>1151</sup>.

La Cour de Justice adopte ainsi à l'origine une attitude très restrictive envers les monopoles. Notamment amenée à examiner la licéité de droits exclusifs, notion voisine de celle de monopole<sup>1152</sup>, sous l'angle d'une application combinée de l'article 86 § 1 avec l'interdiction

---

<sup>1148</sup> ROJANSKI (Vladimir), « L'Union européenne et les services d'intérêt général », *RDUE* 2002, p. 741.

<sup>1150</sup> Comme, par exemple, un encouragement à la productivité, une amélioration de l'efficacité et une baisse des prix.

<sup>1151</sup> ROJANSKI (Vladimir), *op. cit.*, p. 751.

<sup>1152</sup> Droits exclusifs et monopoles sont en effet le plus souvent entendus comme synonymes. En ce sens, notamment, DUBOUIS (Louis) et BLUMANN (Claude), *Droit matériel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 608 ; BERROD (Frédérique), « Monopoles publics et droit communautaire », *Jcl. Europe*, Fasc. 1510, 2004, p. 6 et CASSIA (Paul), « Service public français et droit communautaire », *LPA* 4

des abus de position dominante, cette instance rappelle que l'octroi de tels droits ne contrevient pas, en tant que tel, aux règles du droit communautaire<sup>1153</sup>, à la condition que l'exercice de ces droits n'amène pas l'opérateur à abuser de la position dominante qui lui est alors assurée<sup>1154</sup>. Cependant, ce contrôle de l'utilisation faite des droits exclusifs encourage parfois la Cour à aller plus loin et à se prononcer sur le bien-fondé même de l'existence de ces droits. Elle vérifie alors que leur attribution ne place pas nécessairement l'entreprise en situation d'abus de position dominante. Ce contrôle, connu sous le nom de théorie de l'abus automatique, est le résultat d'une analyse *in concreto* et « *a prioristique* »<sup>1155</sup> remettant en cause le droit exclusif dès son origine<sup>1156</sup> et paraissant propre à établir, dès lors, « *une véritable présomption d'illégalité des monopoles* »<sup>1157</sup>. Aujourd'hui en recul<sup>1158</sup>, cette condamnation automatique des monopoles par l'instance communautaire illustre clairement la défiance originelle affichée à l'encontre de telles situations.

Quant à la Commission européenne, elle lance l'offensive à l'occasion de son Livre blanc sur le marché unique de 1985<sup>1159</sup>, dans lequel elle insiste sur l'urgente nécessité de progresser vers la création d'un marché unique de services. Afin de réaliser cet objectif, le droit communautaire impose alors l'ouverture de marchés qui étaient devenus des « *champs clos nationaux* »<sup>1160</sup> et use pour cela de règles sectorielles propres à chaque domaine d'activité envisagé. Au début des années quatre-vingt dix, une série de directives organisant la

---

juillet 2002, n° 133, p. 20. Cette synonymie entre monopole et droits exclusifs a cependant pu poser question au regard d'une jurisprudence récente du Conseil d'Etat (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, *RJEP* 2007, p. 265, concl. N. Boulouis), dans laquelle le juge administratif avait à se prononcer sur la compétence du pouvoir réglementaire en matière de création d'un droit exclusif. La création d'un monopole, en tant qu'elle limite la liberté d'entreprendre, doit normalement relever du législateur. Or, en acceptant la compétence réglementaire en l'espèce, la Haute instance a dès lors opéré une distinction entre droit exclusif et monopole (en ce sens, NICINSKI (Sophie), « La légalité de l'octroi d'un droit exclusif à l'Institut géographique national », *AJDA* 2007, p. 747). Néanmoins, la qualification de droit exclusif était en l'espèce à relativiser fortement, car ce droit ne consistait pas, à proprement parler à réserver une activité à l'opérateur en cause, et s'éloignait donc de « *la définition classique du droit exclusif adoptée tant par le droit communautaire que par le droit français, et qui est une autre manière de définir un monopole* » (conclusions de Nicolas Boulouis, *RJEP* 2007, p. 267).

<sup>1153</sup> CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, Aff. 155/73, *Rec. I-409* et CJCE, 23 mai 2000, *FFAD*, Aff. C-209/98, *Rec. I-3743*.

<sup>1154</sup> V. Arrêt *Sacchi préc.*

<sup>1155</sup> Selon l'expression de Robert Kovar, « La "peau de chagrin" ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe*, Juillet 1992, p. 2.

<sup>1156</sup> Pour une illustration, v. notamment CJCE, 10 décembre 1991, *Porto di Genova*, Aff. C-179/90, *Rec. I-5889*.

<sup>1157</sup> BERROD (Frédérique), « Monopoles publics et droit communautaire », *Jcl. Europe*, Fasc. 1510, 2004, p. 14.

<sup>1158</sup> A partir de l'arrêt CJCE, 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle* (Aff. C-323/93, *Rec. I-5077*), il semble en effet que la Cour ait le plus souvent cessé de condamner directement l'existence d'un droit exclusif, et donc d'un monopole, mais les mesures étatiques amenant l'opérateur à abuser de sa position dominante. En ce sens, SOUTY (François), *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 81.

<sup>1159</sup> V. Commission européenne, *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, 14 juin 1985, COM [1985] 310 final.

<sup>1160</sup> Selon l'expression de Laurent Richer, dans son article « Droit d'accès et service public », *AJDA* 2006, p. 74.

libéralisation des secteurs des télécommunications, des transports, des activités postales, du gaz et de l'électricité va initier la déconstruction du mode jusqu'alors prédominant d'organisation des services publics en réseaux. L'impact de cette politique est plus ou moins sensible selon les secteurs en cause, l'évolution ne consistant parfois encore qu'en un aménagement modéré du monopole. Ainsi, dans le secteur ferroviaire, le transport des voyageurs reste sous la responsabilité de la SNCF, la libéralisation ne touchant pour l'heure que le fret ferroviaire<sup>1161</sup> mais les transports internationaux de voyageurs devant être ouvert à toutes les entreprises ferroviaires intéressées au plus tard de le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>1162</sup>. L'ouverture du secteur postal, initiée puis approfondie par les directives du 15 décembre 1997<sup>1163</sup> et du 10 juin 2002<sup>1164</sup> et mise en œuvre au plan national par la loi du 20 mai 2005<sup>1165</sup>, a réduit très progressivement les limites du secteur réservé. Cependant, le champ concurrentiel s'élargit et augure aujourd'hui de la disparition du monopole dans ce domaine, une directive du 20 février 2008<sup>1166</sup> imposant cette dernière au plus tard le 31 décembre 2010<sup>1167</sup>. Cette suppression est par ailleurs déjà une réalité en matière de télécommunications où, sous l'impulsion du droit communautaire<sup>1168</sup>, le monopole de France Télécom a été définitivement supprimé<sup>1169</sup>. Quant au secteur énergétique, il a, lui aussi, subi de profondes

---

<sup>1161</sup> Le premier paquet en matière ferroviaire, constitué notamment de la directive 2001/12 du 26 février 2001 (*JOCE* L 75, 15 mars 2001, p. 1), exclut de son champ d'application le transport des voyageurs, les entreprises ferroviaires se voyant en revanche reconnaître un droit d'accès aux lignes principales afin de constituer un réseau de fret ferroviaire. L'ouverture du fret, partielle à l'origine, est devenue totale en France depuis la loi n° 2006-10 du 31 mars 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, *JO* 6 janvier 2006, p. 217.

<sup>1162</sup> Selon le troisième paquet ferroviaire. V. directive n° 2007/58/CE du 23 octobre 2007, *JOUE* L 315, 3 décembre 2007, p. 44. et BROUSSOLLE (Denis), « Les services de transport rail et route dans le paquet normatif européen du 23 octobre 2007. Un libéralisme tempéré », *AJDA* 2008, p. 393.

<sup>1163</sup> Directive 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, *JOCE* L 14/15 du 21 janvier 1998, p. 14.

<sup>1164</sup> Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002, modifiant la directive n° 87/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, *JOCE* L 176, 5 juillet 2002, p. 21.

<sup>1165</sup> Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *JO* 21 mai 2005, p. 8825.

<sup>1166</sup> Directive n° 2008/6 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, *JOCE* L 52, 22 février 2008, p. 3.

<sup>1167</sup> En matière postale, la directive 2002/39/CE fait ainsi référence à la date de 2009 pour l'achèvement du marché intérieur. Un compromis pris sous l'égide de la présidence portugaise de l'Union européenne s'est cependant prononcé, le 1<sup>er</sup> octobre 2007, en faveur d'une ouverture retardée au 1<sup>er</sup> janvier 2011. Certains auteurs estiment de toute manière que de nouvelles décisions des autorités communautaires devront intervenir afin de fixer d'autres étapes intermédiaires avant d'imposer un démantèlement total du monopole. En ce sens, CALLEY (Grégoire), « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA* 2006, p. 99.

<sup>1168</sup> V. notamment directive 96/19/CE de la Commission européenne du 13 mars 1996 relative à la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications, *JOCE* L 74, 22 mars 1996, p. 13.

<sup>1169</sup> V. loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (*JO* 27 juillet 1996, p. 11384). La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications (*JO* 8 juillet 1990, p. 8069), avait, dans un premier temps, posé une délimitation des activités de service public bénéficiant de la protection monopolistique.

modifications par l'entremise des directives européennes<sup>1170</sup> dont la loi du 7 décembre 2006<sup>1171</sup> constitue le dernier état de transposition. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007, tous les clients sont devenus éligibles<sup>1172</sup>, et ne sont donc plus obligés de s'adresser à EDF et GDF pour se fournir en électricité ou en gaz naturel. Les limites des monopoles se resserrent donc de plus en plus. Et si certains d'entre eux sont amenés à subsister de par les particularités techniques du réseau, lequel peut relever de « *facilités essentielles* », c'est-à-dire d'infrastructures, d'équipements ou de services dont l'utilisation s'avère indispensable à l'exercice d'une activité, et qui paraissent impossibles ou très difficiles à dupliquer<sup>1173</sup>, le détenteur d'une telle exclusivité est alors contraint d'assurer aux tiers l'accès à ce réseau et de leur permettre son utilisation à des conditions économiquement acceptables<sup>1174</sup>.

Cette politique de « démonopolisation » a souvent heurté les autorités françaises et l'opinion publique. De telles réactions trahissaient souvent une confusion opérée entre monopole et mission de service public et n'étaient parfois pas exemptes de calcul. Mais elles témoignaient également d'une inquiétude légitime quant au sort réservé aux missions d'intérêt général jusqu'alors prises en charge de manière monopolistique et aux conséquences qui pouvaient en découler pour la garantie des droits et libertés des individus. Or, cette préoccupation n'a pas échappé aux autorités communautaires, lesquelles ont progressivement accepté d'assouplir leur « *approche tout-concurrence* »<sup>1175</sup>. De fait, certains espaces de survivance des monopoles sont encore aujourd'hui tolérés, mais sous l'égide de conditions extrêmement restrictives, et de manière certainement temporaire.

---

<sup>1170</sup> V. notamment la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 37 et directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176, 15 juillet 2003, p. 57.

<sup>1171</sup> Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JO* 8 décembre 2006, p. 18531.

<sup>1172</sup> Jusqu'alors, n'étaient considérés comme éligibles que les consommateurs dont la consommation annuelle d'énergie était supérieure à un certain seuil.

<sup>1173</sup> TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services*, Aff. Jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *Rec.* II-3141. Par le concept de « facilité essentielle » est entendu « *une infrastructure, un produit ou un service indispensable ou essentiel pour l'accès au marché pertinent se caractérisant par le fait qu'ils ne sont pas interchangeables et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et, notamment, du coût prohibitif de leur reproduction et (ou) du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché* ». C'est tout particulièrement le cas d'un réseau filaire de télécommunications, ou du réseau d'acheminement de l'énergie électrique. Sur ce point, GLAIS (Michel), « *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence* », *EDCE* n° 53, 2002, p. 403.

<sup>1174</sup> Ainsi est notamment consacré un droit d'accès aux réseaux de transport et de distribution en matière énergétique par les articles 20 et 18 des directives 2003/54 et 2003/55 du 26 juin 2003 concernant respectivement l'électricité et le gaz. Cet accès doit être organisé sur la base d'un système objectif et non discriminatoire et comporter des tarifs d'accès publiés, le refus n'étant possible qu'en cas de défaut de capacité du réseau.

<sup>1175</sup> Selon l'expression de Frédérique BERROD, *Ibid.*

## 2) Une survivance temporaire des monopoles

La libéralisation de l'économie n'a jamais été considérée au niveau communautaire comme une fin en soi<sup>1176</sup>. La satisfaction de l'intérêt général et, partant, la garantie des droits et libertés des individus, reste toujours présente à l'esprit des instances européennes, mais doit normalement se réaliser à travers le libre jeu du marché, par le pari d'un « *détour par l'économie* »<sup>1177</sup>. Dans le système communautaire, en effet, « *les mécanismes du marché ne sont pas jugés congénitalement incapables de satisfaire des besoins économiques d'intérêt général. Au contraire, le marché bénéficie d'une présomption qu'il appartient au service public de renverser en démontrant une efficacité supérieure (...)* »<sup>1178</sup>. Or le renversement de cette présomption peut se concrétiser sous l'influence de l'article 86 § 2 du traité CE, lequel introduit une possibilité pour les entreprises titulaires de droits exclusifs d'échapper aux règles de concurrence. Un tel texte offre ainsi une possibilité de survivance de droits exclusifs, mais sous de strictes conditions. Il importe en effet que l'opérateur soit chargé d'une mission d'intérêt économique général que l'Etat entend qualifier comme telle<sup>1179</sup>, confiée par un acte de puissance publique<sup>1180</sup> devant clairement définir le contenu des missions en cause<sup>1181</sup>, que l'application des règles du Traité fasse échec à l'accomplissement de cette mission particulière et que des restrictions à la concurrence, voire l'exclusion de ces règles apparaissent nécessaires à l'accomplissement de cette mission, sans que le développement des échanges ne soit affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

A l'origine prudente vis-à-vis d'une telle dérogation<sup>1182</sup>, la Cour de Justice s'est par la suite enhardie jusqu'à lui donner plein effet dans sa désormais classique jurisprudence *Corbeau*<sup>1183</sup>.

---

<sup>1176</sup> Dès la Conférence de Paris, en octobre 1972, est ainsi défendue par les Etats membres l'idée selon laquelle l'expansion économique doit se traduire par une amélioration de la qualité et du niveau de vie, une attention particulière devant être portée aux valeurs non matérielles. V. *Bull. CE 10-1972*, Déclaration des chefs d'Etat ou de gouvernement des pays membres de la Communauté du 20 octobre 1972, p. 15-16.

<sup>1177</sup> Selon l'expression de Claire Aubin, dans son article « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Droit Social*, mai 2007, p. 618.

<sup>1178</sup> Rapport de Christian Stoffaës, « *Services publics, question d'avenir* », Commissariat général du Plan, Ed. Odile Jacob, 1995, p. 284.

<sup>1179</sup> Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, COM [2003] 270 final, 21 mai 2003, point 77.

<sup>1180</sup> CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, Aff. C-127/73, *Rec. I-0313*.

<sup>1181</sup> CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Aff. C-86/66, *Rec. I-0803*.

<sup>1182</sup> Elle constatait jusqu'alors le plus souvent que l'entreprise n'était pas investie d'une mission de gestion d'un service d'intérêt économique général (V. par exemple CJCE, 21 mars 1971, *BRT c/ SABAM*, Aff. 127/73, *Rec. p.*

Cet arrêt, rendu à propos de la Régie des Postes belges, constitue une étape décisive, dans le sens où la Cour y reconnaît aux Etats membres la possibilité « *de conférer à des entreprises qu'ils chargent de la gestion de service d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du Traité sur la concurrence (...)* ». L'accent est très clairement mis sur les obligations de service public pesant sur l'entreprise<sup>1184</sup>. Dans ce cadre, l'octroi d'un droit exclusif permet alors d'assurer le financement des ces obligations selon le mécanisme de la péréquation : l'exclusion de la concurrence dans certains secteurs rentables permet de supporter le coût des obligations de service public assumées, selon le principe des subventions croisées<sup>1185</sup>. Les bénéficiaires tirés des secteurs rentables permettent en effet de compenser la perte entraînée par les secteurs d'activités moins rentables et de maintenir l'équilibre financier nécessaire à la réalisation de la mission de service public. Révélant une prise en compte accrue des impératifs de garantie des droits et libertés et de l'objet social de ces services, nécessitant ces dérogations à la concurrence (a), les instances communautaires n'offrent cependant qu'un espace de survie très limité aux monopoles (b).

- a) Un aménagement parfois nécessaire à la garantie du droit d'accès à certaines prestations essentielles

Confirmée par la reconnaissance de l'importance des services d'intérêt économique général dans les communications de la Commission européenne<sup>1186</sup>, le Traité d'Amsterdam<sup>1187</sup> et dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux<sup>1188</sup>, la tolérance constatée envers la forme

---

313) ou que la mise en œuvre de règles de concurrence ne pouvait entraver la réalisation de la mission dont elle était chargée (v. CJCE, 10 décembre 1991, *Porto di Genova*, préc.)

<sup>1183</sup> CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91, Rec. I-2533. Pour une confirmation, v. notamment CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente d'Almelo*, Aff. C-393/92, Rec. I-1447 et CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, Aff. C-159/94, Rec. I-5815.

<sup>1184</sup> La Cour rappelle ainsi que la Régie postale belge a l'obligation « *d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux conditions particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* ».

<sup>1185</sup> V. LIGNIERES (Paul) et LIMOUSIN (Perrine), « Mécanismes de financement des obligations de service public », *DA* février 2002, p. 40.

<sup>1186</sup> V. notamment Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM [1996] 443 final, *JOCE* C 281, 26 septembre 1996, p. 7, Communication de la Commission du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe, COM [2000] 580 final, *JOCE* C 17 du 19 janvier 2000, p. 4 et Communication de la Commission du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM (2007) 724 final.

<sup>1187</sup> V. article 16 du Traité d'Amsterdam reconnaissant les services d'intérêt général en tant que « *valeurs communes de l'Union* » et demandant à l'Union, à la Communauté et aux Etats de veiller à ce qu'ils puissent « *accomplir leurs missions* ».

<sup>1188</sup> V. article 36 de la Charte des droits fondamentaux élevant les services d'intérêt économique général au rang d'« *élément essentiel du modèle de société européen* ».



monopolistique d'organisation des services publics résulte d'un compromis opéré entre logique de marché et protection des droits. « *Garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources* »<sup>1189</sup>, la libre concurrence est en elle-même un élément de l'intérêt général et reste, dans la vision communautaire, vecteur de satisfaction de ce dernier. Mais si aucune opposition irréductible de principe entre liberté du marché et satisfaction des besoins essentiels des citoyens n'apparaît, reste que ces deux logiques ne peuvent, pour autant, toujours se révéler convergentes. *In fine*, la garantie des droits et libertés implique toujours certaines obligations de service public particulières qui, dans un cadre purement commercial, ne seraient pas assumées, ou seulement dans une mesure très limitée. Reconnaître la qualification d'intérêt général à une activité constitue dès lors un aveu : celui de la défaillance éventuelle du marché<sup>1190</sup>. Cette conclusion est d'ailleurs formalisée par la Commission européenne elle-même, qui reconnaît que « *les marchés échouent quelquefois dans l'atteinte d'objectifs socialement souhaitables et que les services fournis sont, par conséquent, insuffisants* »<sup>1191</sup>. Or, la dimension économique de la Communauté se double désormais d'une démarche politique à travers laquelle est pris en compte le souci de satisfaire certains besoins fondamentaux, sous l'égide de la cohésion économique, sociale et territoriale<sup>1192</sup> et dans une optique se rattachant à la garantie des droits et libertés de l'individu<sup>1193</sup>. Face à ces impératifs, l'Europe évolue vers une attitude plus interventionniste, concrétisée par une ouverture vers les services d'intérêt général<sup>1194</sup> et le développement des notions d'obligations de service public et de service universel<sup>1195</sup>. Longtemps en retrait, la notion même d'intérêt général est ainsi de plus en plus souvent appréhendée par les institutions communautaires en tant que concept

---

<sup>1189</sup> Rapport du Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE* n° 53, 2002, p. 219.

<sup>1190</sup> En ce sens, RODRIGUES (Stéphane), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 87.

<sup>1191</sup> Rapport de la Commission 2001 à l'intention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt économique général, 17 octobre 2001, COM [2001] 598 final, point 3.

<sup>1192</sup> Ainsi, en matière de développement régional, les actions financières entreprises par la Communauté en faveur des zones rurales « *doivent contribuer à garantir un niveau d'accès minimum aux SIEG en vue d'améliorer la qualité de la vie dans les zones rurales, nécessaires pour attirer les entreprises, le personnel qualifié et pour limiter la migration* ». V. Communication de la Commission, *La stratégie pour la croissance et l'emploi et la réforme de la politique européenne de cohésion*. Quatrième rapport d'étape sur la cohésion, COM (2006) 281 du 12 juin 2006, Chapitre 2.6.4 et article 3.2 sous b) du règlement CE n° 1081/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif au fonds social européen, *JOUE* L 210 du 31 juillet 2006, p. 12 et, sur l'ensemble de la question, RODRIGUES (Stéphane), « Les services publics dans le droit communautaire », *Cahiers français* n° 339, 2007, p. 15.

<sup>1193</sup> *Supra*, Titre premier, Chapitre second.

<sup>1194</sup> Une conférence de suivi sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général, organisée le 19 avril 2007 par le Comité économique et social européen et le Comité des régions a ainsi de nouveau souligné, à travers les propos de Dimitris Dimitriadis, président du Comité économique et social, que « *les services d'intérêt général jouent un rôle essentiel dans un contexte marqué par une concurrence d'échelon mondial et par la mondialisation, dans la mesure où ces services sont essentiels au bien-être des citoyens* ». (V. communiqué CESE n° 31/2007 du 25 avril 2007).

<sup>1195</sup> Sur cette évolution, *supra*, Titre premier, Chapitre second.

opérant, permettant de tempérer et de modeler les exigences concurrentielles « afin de donner à l'action communautaire une envergure plus grande et convaincante qu'une dimension économique exclusive »<sup>1196</sup>. Cette mise en exergue de l'intérêt général ne touche d'ailleurs pas les seuls services en réseaux, même si leur exemple reste particulièrement significatif. D'autres situations de monopoles de services publics ont pu intéresser les autorités communautaires et bénéficier de l'atténuation des règles de concurrence, comme c'est le cas, par exemple, de certains systèmes de régimes complémentaires de sécurité sociale. Si ces derniers constituent des entreprises au sens de l'arrêt *Höfner*<sup>1197</sup>, il reste néanmoins possible de conférer à ces organismes un droit exclusif de gestion, au titre de l'article 86 § 2 du Traité CE<sup>1198</sup>, une telle position illustrant bien, de la part de la Cour de Justice, la volonté de protection de certains droits sociaux, tels le droit à la santé ou le droit à la sécurité sociale<sup>1199</sup>.

Sur le terrain des libertés, le compromis ainsi opéré rappelle alors une évidence : les libertés économiques ne sont en aucun cas des libertés absolues<sup>1200</sup>. La mission dévolue au service public fait de lui un acteur privilégié de satisfaction des « droits-créances » et l'instrument d'une concrétisation des libertés classiques. Si une limitation des libertés économiques est orchestrée par le droit communautaire, c'est au regard de la conciliation à opérer avec les droits et libertés mis en œuvre par le service public. Mais si l'hypothèse du monopole reste l'exemple le plus frappant de cette limitation, elle est également celle qui s'insère le plus difficilement dans une perspective de conciliation. En ce sens, la dérogation permettant la survivance de droits exclusifs semble vouée à être acceptée de manière de plus en plus exceptionnelle.

---

<sup>1196</sup> BOUTAYEB (Chahira), « Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire », *RTDE* 2003, n° 4, p. 598.

<sup>1197</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe premier.

<sup>1198</sup> V. notamment les arrêts CJCE, 21 septembre 1999, *Albany, Brentjens et Maatschappij Drijvende Bokken*, Aff. C-115/97 à 117/97, *Rec. I-6121*, et CJCE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, Aff. C-180/98 à C-184/98, *Rec. p. 6451*.

<sup>1199</sup> En ce sens, DE SCHUTTER (Olivier), « L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. Lyon-Caen et P. Lokiek (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 177.

<sup>1200</sup> Cette conception est très classique en droit interne. Dans sa décision « *Nationalisations* » de 1982, le juge constitutionnel rappelle nettement que, si le droit de propriété a valeur constitutionnelle, il a néanmoins connu, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, « des limitations exigées par l'intérêt général » (V. CC n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Nationalisations*, considérant n° 16, *Rec. p. 18*). Robert Savy considéra pourtant que le Conseil constitutionnel avait ici privilégié « une conception absolue de la propriété » (v. « La Constitution des juges », *D. 1983*, Chron., p. 107), ce que semble démentir l'analyse des termes mêmes de la décision retranscrits ici (Sur ce point, PAULIAT (Hélène), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Tome 1, Thèse Limoges, PULIM, 1991, p. 74. Quant à la liberté d'entreprendre, la Haute instance indique expressément également qu'elle n'est ni générale, ni absolue dans sa décision CC n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 (considérant n° 13, *Rec. p. 48*), ce qu'elle a depuis lors confirmé à maintes reprises (v. par exemple CC n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, considérant n° 53, *Rec. p. 49*).

b) Une dérogation vouée à disparaître

Le terme « survivance » a ici été employé à dessein, car le maintien des monopoles doit aujourd'hui affronter bien des obstacles. Certes, il n'est pas nécessaire que la viabilité de l'entreprise soit menacée pour que s'applique la dérogation de l'article 86 § 2, la simple recherche de la réalisation de la mission d'intérêt général dans des conditions économiquement viables étant suffisante<sup>1201</sup>. Mais la constitution d'un monopole reste le recours ultime, justifié seulement « *que pour autant qu'aucune autre solution plus compatible avec les exigences de la concurrence ne s'avère susceptible de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général* »<sup>1202</sup>. Le monopole n'est envisagé ici que comme moyen au service d'une fin. Dans cette optique, l'arrêt *Corbeau* distingue d'ailleurs nettement les services de base, qui peuvent réclamer une gestion sous forme de monopole car indispensables à la garantie des besoins de la population, des services « à valeur ajoutée », correspondant à une demande solvable et plus sophistiquée des usagers. Ces derniers services, dissociables du service d'intérêt économique général, ne peuvent légitimer une exclusion de la concurrence<sup>1203</sup>. « *Nous passons de l'ère de la légitimité évidente du service public comme institution, quelle que soit la réalité des services qu'il rend, à celle des services publics – missions – qui n'ont de substance et de légitimité qu'à l'aune des services qu'ils rendent au public* »<sup>1204</sup>. Ainsi, un opérateur de service public ne remplissant pas sa mission de manière satisfaisante ne se verra pas bénéficier de dérogations aux règles de concurrence et ne pourra pas continuer à perdurer sous forme de monopole<sup>1205</sup>. Par ailleurs, et conformément au principe de nécessité et de proportionnalité posé à l'article 86 § 2, le droit exclusif octroyé est le plus souvent partiel ou temporaire, n'intéressant ainsi, par exemple, que certaines des activités de l'entreprise en cause ou ne devant durer que le temps d'amortir certains investissements essentiels à la mission<sup>1206</sup>, les autorités communautaires affichant une

---

<sup>1201</sup> V. CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, préc. et CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, Aff. C-340/99, Rec. I-4109.

<sup>1202</sup> KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (1<sup>ère</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 239.

<sup>1203</sup> C'est pourquoi, dans le cadre de l'arrêt *Corbeau*, l'article 86 § 2 n'a pas joué en faveur de la Régie des Postes belges en ce qui concernait certains services spécifiques, telles la collecte du courrier à domicile ou la possibilité de modifier la destination du courrier en chemin.

<sup>1204</sup> LOMBARD (Martine), « L'avenir du service public au service du public », in J-M. Chevalier, I. Ekeland et M-A. Frison-Roche (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF, 1999, p. 248.

<sup>1205</sup> C'est la leçon donnée par la CJCE dans sa jurisprudence du 23 avril 1991 *Höfner* (préc.), dans laquelle l'instance refuse d'appliquer l'article 86 § 2 à l'Office fédéral allemand pour l'emploi « *dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard* » (v. pt 25). Pour une confirmation, CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre*, Aff. C-55/96, Rec. I-7179).

<sup>1206</sup> V. CJCE, 23 mai 2000, *FFAD*, Aff. C-209/98, préc.

méfiance certaine envers l'octroi de droits exclusifs pour une durée illimitée<sup>1207</sup>. Autrefois considéré comme procédé obligé de gestion des services en réseaux, le monopole voit se renverser la présomption de légitimité dont il pouvait à l'origine se prévaloir.

En outre, son acceptation est logiquement vouée à devenir de plus en plus rare. Le principe même de la conciliation consistant en effet à préserver la garantie des droits et libertés tout en portant aux libertés économiques les atteintes les plus réduites possible, des solutions distinctes du monopole, et réputées tout aussi efficaces, semblent progressivement gagner du terrain. En principe, une liberté de choix est reconnue aux Etats membres en ce qui concerne les modes de financement des obligations de service public. Mais afin de préserver l'équilibre financier et la mission d'intérêt général en cause, des méthodes comme l'institution de fonds de péréquation ou le versement d'aides publiques semblent plus respectueuses. En effet, ces modes de financements sont plus transparents que l'attribution d'un droit exclusif et, en cela, sont très nettement encouragés par les autorités communautaires<sup>1208</sup>. La Commission européenne, notamment, semble ne justifier le recours au monopole que dans les cas où il n'apparaît pas économiquement rationnel qu'une pluralité d'opérateurs intervienne. En dehors de l'hypothèse d'un monopole naturel, l'attribution de droits exclusifs semble donc, *a contrario*, d'une pertinence douteuse<sup>1209</sup>. Dans la recherche d'un équilibre avec les libertés économiques, la solution du monopole, trop absolue, souffre ainsi d'une perte de légitimité qui semble devoir se solder, à plus ou moins brève échéance, par la mise en place de solutions de remplacement plus modérées<sup>1210</sup>.

Largement remis en cause aujourd'hui, le monopole de service public semble ainsi voué à devenir une situation, sinon exceptionnelle, du moins isolée. N'ayant, en réalité, jamais concerné l'ensemble des missions de service public et les intéressant désormais de manière de

---

<sup>1207</sup> V. notamment Commission européenne, Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, 12 avril 2000, p. 18 (*JO C* 180, 29 avril 2000, p. 2) : « *La durée de la concession doit être fixée de manière à ne pas restreindre la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* ».

<sup>1208</sup> V. par exemple l'article 13 de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (*JOCE L* 108, 24 avril 2002, p. 51), lequel tend à privilégier le financement des surcoûts par des fonds de péréquation alimentés par les contributions des opérateurs sur le marché. De la même manière, la directive du 20 février 2008 imposant la libéralisation totale du service postal fournit une liste de mécanismes extra monopolistiques de financement du service universel postal. V. CALLEY (Grégoire), « La fin du monopole postal : quelles perspectives pour le financement du service universel postal ? », *LPA* 2008, n° 134, p. 3.

<sup>1209</sup> V. en ce sens Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, 2002, p. 344.

<sup>1210</sup> En ce sens, LENAERTS (Koen), « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 436 et NICINSKI (Sophie), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005, p. 93.

plus en plus réduite, il apparaît presque ainsi que, pour rester la plus évidente des atteintes aux libertés économiques, la problématique des monopoles de service public n'est cependant plus la plus immédiate, le droit communautaire ayant très strictement réduit les possibilités dans lesquelles la garantie des droits assurée par le service public pourrait justifier une telle modalité d'organisation. En ce sens, le débat semble davantage rebondir aujourd'hui sur une autre question, liée cette fois au comportement du service public, et aux conséquences quant aux droits et libertés qu'il garantit, lorsque qu'il se trouve plongé dans un environnement concurrentiel.

## **SECTION SECONDE**

### **LES SERVICES PUBLICS FACE A L'INITIATIVE PRIVEE : UNE CONCILIATION DELICATE**

De nombreuses missions de service public ne sont plus, ou n'ont jamais été, constituées sous forme de monopole et les activités qui s'y rapportent, dont dépend souvent la garantie des « droits-créances » ou libertés de l'individu, doivent ainsi s'insérer dans une atmosphère concurrentielle et composer avec une initiative privée auparavant parfois tenue à l'écart. La réduction des monopoles n'explique pas à elle seule cet état de fait. La concurrence des pouvoirs publics à l'égard des personnes privées est, en réalité, une hypothèse classique, qui paraît néanmoins aujourd'hui osciller entre deux issues, à savoir son interdiction ou, au contraire, son aménagement sous l'influence du principe d'égale concurrence, solution qui semble largement l'emporter.

La première solution a, pendant longtemps, été la seule envisagée en France. Inspirée par une tradition économique libérale traditionnellement méfiante envers l'interventionnisme étatique, la règle originelle est en effet celle d'une préservation stricte des initiatives économiques des individus. L'Etat ou, plus largement, les pouvoirs publics, sont censés rester neutres au regard d'activités considérées comme l'apanage des seules personnes privées, et cela bien que ce principe ait, dès l'origine, souvent pris l'apparence d'un vœu pieux. En effet, considérés comme des secteurs économiques stratégiques, tabacs, arsenaux ou entreprises d'armes et de munition sont pris en charge par l'Etat dès l'Ancien Régime. L'ère napoléonienne est marquée par une politique de centralisation économique. Le XIX<sup>ème</sup> siècle voit, quant à lui, les pouvoirs publics s'emparer de vastes secteurs nouveaux, touchant notamment à

l'éclairage, l'adduction d'eau ou aux liaisons téléphoniques. En réalité, « dans le contexte français, le laisser-faire, laisser passer, slogan emblématique du libéralisme économique, n'a jamais pu fonder une politique d'abstention des pouvoirs »<sup>1211</sup>. L'émergence, au début des années vingt, de la notion de service public industriel et commercial<sup>1212</sup> ne fait d'ailleurs que formaliser cette intrusion des pouvoirs publics dans une sphère économique normalement réservée aux personnes privées. Cette immixtion n'a, cependant, jusqu'au début du XXème siècle, rien de systématique et ce n'est qu'à partir de cette période que les interventions publiques dans le domaine économique s'intensifient. Les communes, notamment, érigeant de plus en plus souvent des services publics relevant d'activités commerciales, poussent le juge administratif à intervenir afin de juguler ces initiatives. La limite est alors posée sur le fondement de la « loi d'Allarde » des 2 et 17 mars 1791, et du principe qui en découle, à savoir la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle est interprétée comme ne s'adressant pas aux collectivités territoriales et leur interdisant de concurrencer l'initiative privée. Le Conseil d'Etat rappelle ainsi en 1930, dans sa jurisprudence « *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* », que « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée » et que, par conséquent, les personnes publiques ne peuvent prendre en charge de telles activités économiques que « si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière »<sup>1213</sup>. Raphaël Alibert, dans ses conclusions sous cet arrêt, remarque alors que « seule une interprétation de grande envergure a permis au Conseil d'Etat d'écarter la solution que l'exégèse juridique eût paru commander (...) »<sup>1214</sup>, au sens où la généralité de la formulation du texte de 1791 paraissait en effet pouvoir indiquer que cette liberté profitait aux personnes morales comme aux autres<sup>1215</sup>. Par le choix d'une interprétation sensiblement différente, le juge administratif marque clairement sa volonté de mettre un frein aux interventions économiques des personnes publiques, quelles qu'elles soient, en entendant « faire primer, sur la lettre du texte, la liberté plus globale du marché, qui implique elle-

<sup>1211</sup> BURDEAU (François), « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 392.

<sup>1212</sup> V. TC, 21 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec. Leb.* p. 91, S. 1924, 3, p. 34, concl. Matter ; *GDJDA*, p. 359 et CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, *Rec. Leb.* p. 1109, *RDP* 1922, p. 77, concl. M. Rivet

<sup>1213</sup> CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec. Leb.* p. 583, S. 1931, 3, p. 73, note R. Alibert.

<sup>1214</sup> V. S. 1931, 3, p. 73.

<sup>1215</sup> Dans la logique libérale, il est cependant permis de considérer que, la loi de 1791 envisageant seulement les pouvoirs publics en tant que percepteurs et autorités de police (notamment chargés d'octroyer les patentes nécessaires), elle leur réserve uniquement ce rôle et ne bénéficie donc qu'aux personnes privées. En ce sens, SESTIER (Jean-François), « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *Mélanges Jacques Moreau*, *Economica*, 2003, p. 405.

*même le libre jeu de la concurrence* »<sup>1216</sup>. En filigrane, le principe de non concurrence imposé aux pouvoirs publics résulte, en effet, de la prise en compte des multiples prérogatives dont ces derniers disposent dans l'accomplissement de leurs missions, susceptibles de constituer des avantages anticoncurrentiels<sup>1217</sup>. Toutefois, si sévère qu'elle puisse paraître à l'époque, la solution posée par le juge administratif est une atténuation de sa position antérieure. Les premiers arrêts ayant trait à l'intervention économique des personnes publiques ne l'envisageaient en effet que pour la condamner expressément<sup>1218</sup>, alors qu'elle est désormais seulement soumise à conditions, lesquelles ne vont cesser, par ailleurs, de s'assouplir au fil des jurisprudences. A l'origine acceptée en cas de carence pure et simple de l'initiative privée, l'intervention publique est, en effet, peu à peu, tolérée du fait d'une simple insuffisance de cette initiative, quantitative ou qualitative<sup>1219</sup>, tandis que le juge entend de plus en plus largement les besoins de la population réclamant cette intervention<sup>1220</sup>.

Sous l'effet de ce relâchement progressif, la portée du principe de non-concurrence semble de plus en plus incertaine et la position du Conseil d'Etat, dans son avis rendu au sujet de l'affaire « *Société Jean-Louis Bernard Consultants* »<sup>1221</sup>, ne fait que renforcer l'interrogation. Confirmant une solution adoptée quelques jours plus tôt au contentieux<sup>1222</sup>, la Haute instance y affirme, en effet, qu'« *aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public* ». Nuançant une

---

<sup>1216</sup> LOMBARD (Martine), « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, Chron., p. 163. En ce sens, l'interdiction recelée par la jurisprudence de 1930 doit être comprise comme valant pour les communes, « *mais aussi pour toutes les personnes publiques, à commencer par l'Etat* ».

<sup>1217</sup> Dès cette époque, est en effet prise en compte la possibilité de mise en place de prestations à des prix moins élevés que ceux des concurrents privés, dès lors qu'« *ils n'ont pas l'obligation de dégager un minimum de profit pour survivre* ». LOMBARD (Martine), *op. cit.*, p. 168, et sur l'ensemble des avantages offerts par le statut d'opérateur public, *infra*, Paragraphe second, A/.

<sup>1218</sup> L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 1901, *Casanova* (*Rec. Leb.* p. 333) n'admet en effet l'intervention de la personne publique dans la sphère économique qu'en cas de circonstances « exceptionnelles ». Ainsi, même si la position adoptée par le juge administratif en 1930 reste restrictive, elle dénote cependant un assouplissement, certainement influencé par l'intervention des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, dits « décrets Poincaré », favorables au phénomène de « socialisme municipal ».

<sup>1219</sup> CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec. Leb.* p. 563, *AJDA* 1964, p. 686, chron. Puybasset (création d'un service communal de chirurgie dentaire considérée comme légale, du fait des tarifs pratiqués par les praticiens privés de la commune, pour la plupart supérieurs au tarif de base de la Sécurité sociale).

<sup>1220</sup> V. par exemple, CE, 25 juillet 1986, *Commune de Mercoeur*, *DA* 1986, p. 489 (création d'un café-hôtel-restaurant).

<sup>1221</sup> Conseil d'Etat, avis du 8 juin 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal.

<sup>1222</sup> V. arrêt CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *Rec. Leb.* p. 422 (*DA* avril 2001, p. 4, chron. Y. Laidié), dans lequel le juge administratif affirme que « *le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle par lui-même à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public* ».

interprétation de la liberté du commerce et de l'industrie qualifiée de « *désuète* »<sup>1223</sup>, cet avis semble annoncer la fin du principe de non concurrence<sup>1224</sup>. Le Conseil d'Etat ayant accepté, à partir de l'arrêt « *Million et Marais* »<sup>1225</sup>, d'intégrer l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>1226</sup> sur la liberté des prix et de la concurrence dans le bloc de légalité administrative applicable aux personnes publiques, ce passage de la non-concurrence à l'égalité concurrence<sup>1227</sup> s'inscrirait d'ailleurs dans une dynamique d'ensemble, semblant faire primer un principe de libre intervention, sous réserve, en aval, du respect des règles de concurrence<sup>1228</sup> et répondrait à la logique communautaire selon laquelle les opérateurs publics doivent être considérés comme des opérateurs parmi d'autres<sup>1229</sup>. Dans cette perspective, là où le juge français entendait auparavant limiter leurs interventions du fait des avantages retirés de leur statut public, leur accès, devrait désormais, selon « *une sorte de symétrie inversée* », être « *illimité parce que non privilégié* »<sup>1230</sup>.

S'est alors fort logiquement posée la question de savoir si les conditions relatives à la création de services publics dans le secteur industriel et commercial pesaient encore. La jurisprudence « *Nevers* » était-elle devenue caduque, et l'initiative des personnes publiques totalement libre<sup>1231</sup> ? C'était là, peut-être, « *faire litière bien rapidement d'un principe qui a constitué un bon guide de l'intervention économique des collectivités publiques depuis plus d'un siècle*

<sup>1223</sup> Selon l'expression de Catherine Bergeal, concl. sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, RFDA 2001, p. 109.

<sup>1224</sup> En effet, ce dernier principe aurait du interdire à la personne publique de soumissionner, aucune défaillance de l'initiative privée n'étant relevée en l'espèce vu la présence de compétiteurs privés à la passation de contrat

<sup>1225</sup> CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. Leb. p. 406, GAJA, n° 105, p. 764.

<sup>1226</sup> Désormais largement codifiée dans le Code de commerce à l'article L. 410-1.

<sup>1227</sup> V. BERGEAL (Catherine), concl. préc., p. 113 : « *Le droit de l'intervention économique qui reposait sur un principe de non concurrence entre les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égalité concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé* ».

<sup>1228</sup> En ce sens, Danièle Lochak faisait déjà remarquer, près de trente ans plus tôt, que « *l'idée de l'aménagement de la concurrence tend (...) à se substituer à celle de cantonnement pour tout ce qui concerne les rapports entre le secteur public et le secteur privé* ». V. LOCHAK (Danièle), « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », AJDA 1971, p. 262.

<sup>1229</sup> Cette position est notamment défendue par Martine Lombard (V. son article « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994, Chron., p. 164 et 168), cet auteur s'appuyant en cela sur l'article 295 du Traité CE (ex- article 222), lequel, en énonçant que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* », impliquerait un principe de non discrimination envers les personnes publiques dans l'accès au marché, en droit communautaire comme en droit interne. Certains auteurs contestent cependant cette vision, Jean-Yves Chérot considérant, quant à lui, que cet article pose précisément une neutralité du droit communautaire en ce qui concerne les choix d'organisation économique faits par les Etats membres, et qu'il « *n'impose pas que les Etats membres soient eux-mêmes neutres en ce qui concerne l'initiative économique publique ou privée* », ce qui leur laisse donc la possibilité de restreindre l'accès au marché des personnes publiques. V. CHEROT (Jean-Yves), « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 100.

<sup>1230</sup> LOMBARD (Martine), *op. cit.* p. 164.

<sup>1231</sup> En ce sens, DESTOURS (Stéphane) et CLAMOUR (Ghislain), « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *Jcl. Coll. Territ.*, Fasc. 724, 2004, p. 13.



dans des conditions d'équilibre dont personne ne demande la remise en cause et qui est certainement appelé à le rester pendant longtemps »<sup>1232</sup>. D'ailleurs, l'acception traditionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie ne disparaît pas à la suite de l'avis *Jean-Louis Bernard Consultants*, comme en témoigne notamment l'arrêt « *Communauté de communes Artois-Lys* », dans lequel la création d'un service public reste très nettement placée sous l'égide de cette liberté<sup>1233</sup>. Une question, toutefois, reste en suspens. Comment, en effet, articuler deux principes apparemment contradictoires et faire cohabiter non-concurrence et égale concurrence, l'évolution vers ce dernier impératif ne pouvant, dans le même temps, être minorée ? Un arrêt apporte sur ce point un éclaircissement bienvenu. La jurisprudence « *Ordre des avocats au barreau de Paris* »<sup>1234</sup> propose en effet une grille de lecture selon laquelle non-concurrence et égale concurrence ne sont pas appelées à s'exclure l'une l'autre, car intervenant en réalité à deux niveaux d'analyse différents. Suivant en cela l'approche défendue par le commissaire de gouvernement Didier Casas dans ses conclusions<sup>1235</sup>, l'interprétation classique de la liberté du commerce et de l'industrie doit continuer à prévaloir en amont, au plan du principe même de l'intervention<sup>1236</sup>, tandis que la règle d'égale concurrence joue quant à elle en aval, au niveau des modalités de l'intervention économique publique, lorsque cette dernière a satisfait aux conditions de la règle de non-concurrence et a donc été « *admise dans son principe* »<sup>1237</sup>. Cette vision prônant, non pas la substitution, mais la combinaison entre les deux corps de règles, permet alors de cerner deux problématiques distinctes dans lesquelles il appartient de réintroduire l'interrogation touchant à leur impact sur le rôle de garantie du service public. La première d'entre elles reste bien sûr celle de la création même du service public, laquelle est amenée à composer avec les conditions traditionnelles posées par la liberté du commerce et de l'industrie. Il apparaît alors que, dans la conception française, la grande majorité des services publics appelés à garantir les droits et libertés peuvent se ranger dans la catégorie des services ne relevant pas directement de ce

---

<sup>1232</sup> Rapport public Conseil d'Etat, *EDCE* n° 53, 2002, p. 265.

<sup>1233</sup> CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, *Rec. Leb.* p. 234, *DA* octobre 2003, p. 45, note M. Lombard. Le Conseil d'Etat rappelle dans cet arrêt que « *les communes ou les groupements ne peuvent étendre l'objet des services publics à caractère industriel et commercial que constituent les services d'assainissement non collectif que si un intérêt public le justifie et dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie* ».

<sup>1234</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec. Leb.* p. 272 ; *GDJDA*, p. 381.

<sup>1235</sup> V. concl. sur *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA* 2006, p. 1052.

<sup>1236</sup> Cette application de la liberté du commerce et de l'industrie au seul cas de la création du service public était d'ailleurs défendue par Catherine Bergeal dans ses conclusions sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *RFDA* 2001, p. 109.

<sup>1237</sup> « *Le principe même de l'intervention doit exclusivement obéir aux critères actualisés de la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, tandis que l'avis Jean-Louis Bernard Consultants ne règle, une fois l'intervention admise dans son principe, que les modalités concrètes de celle-ci sur le marché* ». LENICA (Frédéric) et LANDAIS (Claire), « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », *AJDA* 2006, p. 1595.

principe, conception cependant largement bouleversée par le droit communautaire (Paragraphe Premier). *In fine*, nombre de ces services semblent ainsi devoir connaître, dans un second temps, de la question du respect des règles de concurrence et des mécanismes de conciliation permettant que le rôle de garantie de ces services puisse subsister, de manière dérogatoire, dans un environnement concurrentiel (Paragraphe Second).

#### PARAGRAPHE PREMIER

#### LA MISSION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC FACE AU RESPECT DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Dans son analyse critique de la notion de service public<sup>1238</sup>, Pierre Delvolvé insiste sur la logique d'extension du procédé, redevable, notamment, de l'imprécision du critère de satisfaction de l'intérêt général présidant à son intervention. Rares sont les secteurs, il est vrai, épargnés par les interventions publiques et sur lesquels le juge administratif n'ait pas été amené à proposer un arbitrage entre intérêt public et initiative privée, utilisant pour cela les conditions posées par sa jurisprudence de 1930. Mais ce contrôle classique connaît aujourd'hui de nouveaux développements. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat « *Ordre des avocats au barreau de Paris* »<sup>1239</sup> n'a pas eu pour seule conséquence de fournir une clé d'articulation entre non-concurrence et égale concurrence. Elle tente par ailleurs de circonscrire le champ d'influence de la liberté du commerce et de l'industrie, tout en renouvelant dans le même temps les conditions d'équilibre entre nécessité de création des services publics et respect de l'initiative privée, selon un principe de répartition paraissant trahir une certaine résistance envers l'influence communautaire (A). Au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, la création d'un service public ne résulte par ailleurs pas toujours d'une démarche explicite. La logique « intégrative » des services publics, largement critiquée, elle aussi, par Pierre Delvolvé<sup>1240</sup>, constituerait alors une atteinte grave à la liberté d'entreprendre des personnes privées, si elle ne se révélait pas, en réalité, d'une portée limitée (B).

---

<sup>1238</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 2.

<sup>1239</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.

<sup>1240</sup> DELVOLVÉ (Pierre), *op. cit.*, p. 7 et s.

## *A/ La persistance d'un principe de non-concurrence aux frontières et à la portée incertaines*

L'interprétation traditionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas complètement tombée en désuétude et continue de servir de filtre à l'encontre des interventions des personnes publiques susceptibles de bouleverser le libre jeu de l'initiative privée. Mais au-delà de cette question initiale, le juge administratif paraît avoir voulu dresser à travers le considérant de principe de l'arrêt « *Ordre des avocats au barreau de Paris* »<sup>1241</sup> un tableau d'ensemble des règles présidant à la création de services publics. C'est dans cette optique que le Conseil d'Etat a reprecisé les contours d'application de la liberté du commerce et de l'industrie (1), tout en prenant, dans le même temps, acte des évolutions que doit connaître cette règle dans le cadre concurrentiel contemporain (2). La délivrance de ce « mode d'emploi » laisse cependant, dans les deux cas, subsister certaines interrogations importantes, tout particulièrement quant à l'application de ces règles aux services publics de garantie des droits et libertés.

### *1) L'interrogation quant à la soumission des services publics de garantie à ce principe*

Au regard des libertés économiques, la présentation faite des services publics ne s'embarrasse, le plus souvent, d'aucune nuance. Il existe pourtant des hypothèses où le service public ne paraît pas appelé à se confronter aux conditions jurisprudentielles tirées de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est bien sûr le cas lorsque l'activité commerciale créée par la personne publique constitue le complément normal d'un service public existant<sup>1242</sup>, ou lorsqu'une collectivité publique crée les activités industrielles et commerciales qui lui permettent de satisfaire à ses propres besoins, même si cette dernière solution, formalisée en 1970 par le Conseil d'Etat dans le cadre de la jurisprudence « *Unipain* »<sup>1243</sup>, est aujourd'hui strictement encadrée par le droit communautaire sous l'égide du traitement des prestations « *in house* »<sup>1244</sup>. Selon l'arrêt « *Teckal* », de la Cour de Justice<sup>1245</sup>, deux conditions doivent être réunies afin que les personnes publiques se trouvent dispensées des règles de

---

<sup>1241</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.

<sup>1242</sup> V. CE, 18 décembre 1959, *Delansorme*, *Rec. Leb.* p. 692, *D.* 1960, p. 471, note Lesage (création d'une station service-garage complétant un parking municipal).

<sup>1243</sup> CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, *Rec. Leb.* p. 280, *RDP* 1970, p. 1423, note M. Waline (prise en charge de la fourniture de pains dans les établissements pénitentiaires par les boulangeries de l'armée).

<sup>1244</sup> Dont les principes sont repris à l'article 3-1 du Code des marchés publics.

<sup>1245</sup> CJCE, 18 novembre 1998, *Teckal*, Aff. C-107-98, *Rec. I*-8121.

procédure et de mise en concurrence, l'entité adjudicatrice devant exercer sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et la personne morale prestataire devant réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent<sup>1246</sup>. Interprétées strictement par l'instance juridictionnelle communautaire<sup>1247</sup>, ces conditions enserment donc désormais cette possibilité dans une voie étroite<sup>1248</sup>.

Par ailleurs, s'il est vrai que l'intervention d'un service public entraîne inmanquablement dans son sillage certaines limitations aux libertés économiques des individus, ces limitations sont cependant loin d'être identiques en fonction du domaine d'activité considéré. La distinction vient spontanément à l'esprit : il paraît évident qu'un service public culturel heurte, par exemple, de manière bien plus indirecte la liberté du commerce et de l'industrie que ne le fait dans le même temps la création d'un service public d'hôtellerie-restauration. L'illustration est caricaturale, mais correspond à une réalité rejoignant schématiquement la distinction opérée en droit français entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux. De manière classique, les services publics considérés comme administratifs relèvent d'un objet n'étant pas « *semblable ou assimilable à celui des activités prises en charge par des industriels ou des commerçants privés, ce qui implique généralement la production ou la vente de biens, de prestations* »<sup>1249</sup> et sont donc, à l'évidence, moins à même de concurrencer l'initiative privée que les services publics industriels et commerciaux. A l'origine, d'ailleurs, le commissaire de gouvernement Matter, dans ses conclusions sous l'arrêt « *Bac d'Eloka* »<sup>1250</sup>, laisse entendre que les services « *de nature privée* », qu'il oppose aux services « *de l'essence même de l'Etat* », ne peuvent être considérés comme des services publics et que si une personne publique entend assumer une activité commerciale, c'est uniquement « *comme tout particulier eût pu le faire* »<sup>1251</sup>. Reconnus cependant expressément

---

<sup>1246</sup> V. point 50 de l'arrêt *Teckal* précité.

<sup>1247</sup> V. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, Aff. C-26/03, *Rec. I-1 (Contrats et marchés publics*, mars 2005, note G. Eckert), arrêt dans lequel la Cour interprète la première condition comme ne pouvant être satisfaite quand le cocontractant de la personne publique est une société d'économie mixte. Par ailleurs, même en l'absence de tout actionnaire privé, cette première condition n'est pas remplie quand la société publique « *a acquis une vocation de marché qui rend précaire le contrôle de la commune* » (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, Aff. C- 458/03, *Rec. I-8612*, point 69 et 70).

<sup>1248</sup> La seule concession opérée par la CJCE trouvant place dans le cadre de l'arrêt « *Carbotermo* » (CJCE, 11 mai 2006, Aff. C-340/04, *Rec. I- 4137*), dans lequel elle accepte qu'une relation « *in house* » soit possible alors même que le capital de la société publique est détenue par plusieurs collectivités publiques, cette société devant alors exercer l'essentiel de son activité avec ces collectivités prises dans leur ensemble. V. également CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, Aff. C-295/05.

<sup>1249</sup> LACHAUME (Jean-François) et PAULIAT (Hélène), *Les grandes décisions de la jurisprudence - Droit administratif*, Thémis, PUF, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 366.

<sup>1250</sup> TC, 21 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *préc.*

<sup>1251</sup> V. D. 1921, III, p. 8, concl. Matter. En ce sens, MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), « L'arrêt du Bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP* 1988, p. 1059.

comme « services publics industriels et commerciaux » quelques mois plus tard par le Conseil d'Etat<sup>1252</sup> et rattachés avec succès au service public par la doctrine, ils restent néanmoins toujours marqués du sceau des activités normalement dévolues aux personnes privées. Cette spécificité n'est pas indifférente à l'application plus ou moins stricte des conditions posées en matière de création de services publics, mais n'est cependant jamais expressément exposée par le juge administratif. Elle se devine, cependant, au sens où le Conseil d'Etat estime rapidement que les principes issus de l'arrêt de 1930 ne trouvent pas à s'appliquer aux initiatives publiques visant à la création de services publics locaux dans les domaines de l'hygiène, de la santé et de la salubrité publique<sup>1253</sup>. De telles activités peuvent pourtant porter atteinte à l'initiative privée, mais cette considération s'incline devant le fait que la création de tels services publics intervient dans des domaines où l'intérêt général est très nettement en cause et que ces services sont de ceux « *qu'une personne publique a une vocation naturelle ou normale à assurer* »<sup>1254</sup>. Il n'est, dans ces hypothèses, nulle part question de carence ou de défaillance de l'initiative privée, et donc de prise en compte des conséquences que la création de ces services publics implique sur le marché. Or, cette inopposabilité des règles économiques à certaines activités de service public est très clairement reconnue dans l'arrêt « *Ordre des avocats au barreau de Paris* »<sup>1255</sup>. En effet, le considérant de principe de cette jurisprudence rappelle que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* » et que ce n'est « *qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique* », qu'elles doivent alors respecter la liberté du commerce et de l'industrie. Est ici concédée une sorte de « *sanctuaire* » à certaines activités de services publics, mises à l'abri de la liberté du commerce et de l'industrie et parmi lesquels semblent devoir être retrouvées tout particulièrement « *les activités de services publics administratifs, ainsi que les services à vocation sociale* »<sup>1256</sup>. Le service public administratif reste en effet traditionnellement celui dont la prise en charge revient aux pouvoirs publics, et les différentes jurisprudences dans lesquelles le Conseil d'Etat fait application de cette exception intéressent prioritairement des

---

<sup>1252</sup> CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, *Rec. Leb.* p. 1109, *RDP* 1922, p. 77, concl. M. Rivet.

<sup>1253</sup> CE, Ass., 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*, *Rec. Leb.* p. 478, *D.* 1940, 3, p. 1, note Josse.

<sup>1254</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 311.

<sup>1255</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *préc.*

<sup>1256</sup> LENICA (Frédéric) et LANDAIS (Claire), « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *AJDA* 2006, p. 1594. Dans le même sens, NICINSKI (Sophie), « Les services sociaux devant le Conseil d'Etat : la construction d'une exception française », *AJDA* 2008, p. 185.

services publics pouvant entrer dans cette catégorie<sup>1257</sup>. Le juge administratif prend ainsi solennellement acte du fait que certaines activités de service public ne sont pas appelées à être confrontées au respect des libertés économiques, car considérées comme dénuées de caractère marchand. En formalisant expressément cette idée, le juge administratif refuse toute systématisation<sup>1258</sup>. Or, cette nuance est d'importance au regard de la majorité des services publics ayant pu être considérés dans cette étude comme instruments de garantie des « droits-créances » et, partant, des libertés. En effet ces services publics, intéressant l'enseignement, les services sanitaires, la sécurité sociale, l'aide sociale, les services culturels, *etc.*, paraissent relever de services publics administratifs dont l'intervention peut dès lors paraître libre de toute entrave au regard de la liberté du commerce et de l'industrie. En outre, un service public industriel et commercial peut, au cas par cas et sous condition, avoir vocation à bénéficier de cette immunité. Un arrêt du Conseil d'Etat du 18 mai 2005<sup>1259</sup> illustre ainsi cette possibilité en rappelant que la desserte aérienne de la Polynésie française, service public industriel et commercial en tant que service public de transport, peut être créée sans qu'il soit besoin que la collectivité démontre l'insuffisance de l'initiative privée. Or, c'est parce que cette desserte est ici rattachée à une politique publique et, plus particulièrement, aux impératifs d'aménagement du territoire<sup>1260</sup>. Ce service public est alors compris prioritairement comme un instrument de cohésion, détaché de la sphère économique et commerciale au même titre que des activités plus directement considérées comme « non marchandes ».

Cependant, la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial s'est toujours révélée chargée d'ambiguïtés et d'incertitudes<sup>1261</sup>, problématique qui se double aujourd'hui d'une interrogation relative aux évolutions rendues nécessaires par le droit communautaire. De manière générale, il serait commode de considérer que la *summa*

---

<sup>1257</sup> V. par exemple CE, Ass. 19 février 1943, *Ricordel*, *Rec. Leb.* p. 43 (assistance aux indigents par la création d'un restaurant économique au titre de l'aide sociale) ou CE, 23 juin 1972, *Société La Plage de La Forêt*, *Rec. Leb.* p. 477 (création d'une piscine municipale, service public dont l'intervention entre dans le domaine de la santé publique).

<sup>1258</sup> Le Conseil d'Etat ayant été en cela encouragé par l'avis rendu le 23 octobre 2003 au sujet de la fondation Jean Moulin, dans lequel son assemblée générale consultative avait estimé que des prestations d'action sociale du ministère de l'Intérieur devaient être considérées comme un élément de la politique de gestion des ressources humaines du ministère ne présentant pas le caractère d'une activité économique (*EDCE* 2004, p. 209). Dans son arrêt « *Commune d'Aix en Provence* » du 6 avril 2007, le Conseil d'Etat rappelle dans le même sens, que la collectivité publique peut ne pas passer un marché public « *lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elle s'adresse ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ».

<sup>1259</sup> CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, *Rec. Leb.* p. 748.

<sup>1260</sup> En ce sens, NICINSKI (Sophie), « Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel », note sous CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, *AJDA* 2005, p. 2133.

<sup>1261</sup> V. LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 58 et s.

*divisio* utilisée entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux recoupe la distinction communautaire opérée entre services d'intérêt économique général et services d'intérêt général non économique. Le droit communautaire admet l'existence de services d'intérêt général non marchands. Ainsi, la directive « Services » n° 2006/123 du 12 décembre 2006<sup>1262</sup>, dont l'objectif essentiel est d'éliminer les obstacles à l'établissement du marché intérieur, fait mention de services n'étant pas fournis en échange d'une contrepartie économique et ne rentrant dès lors pas dans le champ d'application de ce texte. En matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, en effet, doivent être considérées comme activités économiques les prestations fournies normalement contre rémunération<sup>1263</sup>, caractéristique absente dans les cas « *des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'Etat ou pour le compte de l'Etat, dans le cadre des ses missions dans le domaine social, culturel, éducatif, et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système de l'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique* »<sup>1264</sup>. Cette directive suit en cela la ligne jurisprudentielle de la Cour de Justice, laquelle avait déjà eu l'occasion de préciser que le service public de l'Education nationale relevait d'une activité d'intérêt général considérée comme non marchande<sup>1265</sup>, tout comme les missions régaliennes de puissance publique ou l'assurance-maladie obligatoire<sup>1266</sup>. Cependant, si cette conception semble renvoyer, en droit interne, à la catégorie des services publics administratifs, la symétrie est loin d'être parfaite. L'approche communautaire est en effet beaucoup plus restrictive, notamment en ce qui concerne les services publics de santé et les services publics à vocation sociale, traditionnellement considérés par le juge administratif comme relevant de la catégorie des

---

<sup>1262</sup> Directive n° 2006/123 du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE* L 376, 27 décembre 2006, p. 36.

<sup>1263</sup> Sans qu'il soit nécessaire que le service soit payé directement par ceux qui en bénéficient, v. CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, Aff. C-352/85, *Rec.* I-2124.

<sup>1264</sup> Directive n° 2006/123 du 12 décembre 2006, *préc.*, considérant 17. V. BOISSARD (Béatrice), « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP* 2006, p. 1301.

<sup>1265</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, Aff. C-263/86, *Rec.* I-5365.

<sup>1266</sup> CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, *préc.*, et CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre c/ AGF et Cancava*, *préc.* (V. *supra*, Section première). A cette occasion, il importe de remarquer que, si la qualification de « service » et celle d'« entreprise » ne se confondent pas totalement, elles participent néanmoins d'une même logique. Ainsi, c'est parce qu'il n'existe pas de lien direct entre des contributions faites à un organisme et les prestations que ce dernier fournit qu'est écartée la qualification de « service » (V. CJCE, 22 mai 2003, *Freskot*, Aff. C-355/00, *Rec.* I-5263). Or, dans le même sens, la qualification d'entreprise est déniée lorsque les interventions d'un organisme reposent sur le principe de solidarité, en raison d'une absence de lien entre ces interventions et les contributions qu'il reçoit. Qu'il s'agisse d'écarter la qualification de service pour l'application des règles relatives au marché intérieur ou celle d'entreprise au sens du droit de la concurrence, le raisonnement tenu par le juge communautaire est donc identique. En ce sens, THIEFFRY (Patrick), « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1333.

services publics administratifs<sup>1267</sup>. S'agissant des services publics de santé, la Cour de Justice note ainsi que « *les activités médicales relèvent du champ d'application de l'article 60 du Traité CE, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre* »<sup>1268</sup>. Quant aux services sociaux, ils font aujourd'hui l'objet d'une approche spécifique de la part de l'Union européenne, laquelle ne règle cependant pas nettement leur sort, hésitant encore entre une reconnaissance de leur spécificité ou celle de la « *banalisation de ces services dans le marché intérieur* »<sup>1269</sup>. En témoigne la communication de la Commission du 26 avril 2006 relative aux services sociaux d'intérêt général<sup>1270</sup>, dans laquelle est proposée un inventaire des services pouvant être qualifiés de sociaux, certains d'entre eux, seulement, étant considérés par la directive « services » comme n'entrant pas dans son champ d'application, à savoir « *ceux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance, et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin* ». Deux remarques peuvent alors être faites. En premier lieu, « *le seul fait de prévoir des exclusions implique le principe premier d'inclusion des services sociaux dans la liberté de prestation de services et, en conséquence, dans le droit de la concurrence en tant que service d'intérêt économique général* »<sup>1271</sup>. La Commission ne manque d'ailleurs pas de rappeler, à l'occasion de sa communication d'avril 2006, que « *la quasi-totalité des services prestés dans le domaine social peuvent être considérées comme des activités économiques* »<sup>1272</sup>. De plus, une telle exclusion est limitée à certains services sociaux. Certes, le critère de « besoin » posé dans le cadre de la directive peut être interprété largement, et intéresser de nombreux services relatifs

<sup>1267</sup> Le domaine de la santé est en effet considéré par le juge comme étant de caractère administratif. V. notamment CE, avis, 27 octobre 2000, *Mme Torrent*, *Rec. Leb.* p. 469, *AJDA* 2001, p. 394, concl. D. Chauvaux : les litiges portant sur la réparation des dommages résultant de transfusions sanguines relève de la compétence du juge administratif, du fait du caractère administratif lié à la mission de santé publique de l'établissement. En matière sociale, il est loisible de la même façon de rappeler, par exemple, le caractère administratif du service public de l'aide sociale confié aux caisses de crédit municipal, rappelé dans l'arrêt CE, 8 juin 2005, *Caisse de crédit municipal de Marseille*, *Rec. Leb Tables*, p. 758 ou d'une maison de retraite (CE, Ass., 3 mars 1978, *Sieur Lecocq*, *Rec. Leb.* p. 116).

<sup>1268</sup> CJCE, 12 juillet 2001, *BSM Smits*, Aff. C-157/99, *Rec.* I-5473, point 53. En ce sens, certains auteurs préconisent d'ailleurs de renverser la présomption d'administrativité bénéficiant aux établissements hospitaliers (v. PELJAK (Dominique), « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en établissements publics industriels et commerciaux ? », *AJDA* 2006, p. 1705), ce à quoi s'oppose cependant l'article L. 6141-1 du Code de santé publique, lequel dispose que « *l'objet principal des établissements publics de santé n'est ni industriel, ni commercial* ».

<sup>1269</sup> DRIGUEZ (Laetitia) et RODRIGUES (Stéphane), « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA* 2008, p. 191.

<sup>1270</sup> Communication du 23 avril 2006, *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.

<sup>1271</sup> HENNON-MOREAU (Sylvie), « Services sociaux et concurrence », *RDSS* 2006, n° 5, p. 803.

<sup>1272</sup> Communication du 23 avril 2006, *préc.*, p. 7. V. également communication 11 novembre 2007, *préc.*



à l'aide et à l'action sociale qui pourront échapper aux règles de concurrence, mais de manière dérogatoire et selon une approche sensiblement différente de celle adoptée en droit interne<sup>1273</sup>.

La notion communautaire de services marchands est ainsi susceptible de s'appliquer à des services publics pourtant traditionnellement considérés en droit français comme administratifs et, partant, à des services publics intervenant en faveur des « droits-créances » et libertés de l'individu. Privilégiant une perception économique du service public, la répartition semble s'organiser alors entre services de puissance publique et services économiques, dans le cadre d'une distinction où « *c'est la capacité du service à intégrer les phénomènes économiques ou au contraire à les repousser, qui fonde sa qualification* »<sup>1274</sup>. Certaines activités de service public doivent ainsi être « mises à l'abri » de la liberté du commerce et de l'industrie, mais selon une approche pragmatique, en « *saisissant l'action publique dans son environnement économique et social* », et en refusant « *de s'enfermer dans une analyse purement juridique et, de ce fait, abstraite et statique* »<sup>1275</sup>. La délimitation des activités non marchandes s'inscrit en droit communautaire dans une démarche casuistique témoignant d'une volonté de redéfinition des missions de service public. Pour autant, elle n'aboutit pas à une remise en cause totale des équilibres prévalant en droit interne : l'ensemble des services publics administratifs n'a pas vocation à « basculer » dans le champ des services économiques<sup>1276</sup>. Mais, au-delà des missions régaliennes des pouvoirs publics, la voie des services publics reconnus comme non économiques se resserre aujourd'hui autour d'une conception stricte de l'idée de solidarité, tandis que la majorité des interventions publiques est ramenée à une activité d'entreprise.

Conscient de cette évolution, il n'est cependant pas sûr que le juge administratif s'y plie facilement. La position adoptée par ce dernier s'agissant de l'espèce en cause dans l'arrêt « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » semble en témoigner. Saisie de la question de la légalité de la création de la mission d'appui chargée d'apporter aux personnes publiques une aide dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, la Haute instance considère que cette mission de conseil et d'expertise assumée par la mission d'appui « *n'emporte aucune intervention sur le marché* », car relève des missions naturelles de l'Etat

---

<sup>1273</sup> Ce que confirme également la qualification d'entreprise allouée par la Cour de Justice à des bureaux de placement (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser, préc.*) ou à des organismes de sécurité sociale (CJCE, 21 septembre 1999, *Albany, Brentjens et Maatschappij Drijvende Bokken, préc.*).

<sup>1274</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 244.

<sup>1275</sup> SEILLER (Bertrand), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, p. 422.

<sup>1276</sup> BRACONNIER (Stéphane), *op.cit.*, p. 245.

en matière d'explicitation de la norme. Or, il était pourtant possible de discuter le caractère hors commerce de ces activités, notamment s'agissant de l'assistance à la négociation de contrat, très proche des activités de conseil assumées par des personnes privées<sup>1277</sup>. Par cette jurisprudence, la démarche du juge administratif se révèle donc sensiblement plus souple que celle adoptée en droit communautaire et semble révéler une certaine résistance du Conseil d'Etat, dont la position trahirait « *la volonté de donner un coup d'arrêt aux interprétations extensives de la notion de "prestations de service" pour les activités des personnes publiques* »<sup>1278</sup>.

Selon que soient pris en compte le droit communautaire ou le droit interne, le « no man's land » des services non marchands paraît avoir plus ou moins vocation à intéresser des services publics garants des droits et libertés. Le juge administratif français réaffirme pourtant son attachement à la distinction entre services publics administratifs et industriels et commerciaux. Ceux qu'il estime s'insérer dans une logique de marché, dont certains, comme les services publics de distribution d'eau ou d'électricité demeurent indispensables à la garantie des droits des citoyens, restent alors soumis à certaines conditions pour pouvoir intervenir, conditions qui paraissent dans le même temps sensiblement assouplies.

## 2) Une obligation de non concurrence assouplie

Certaines limites continuent à entourer la création des services publics, dès lors que ces derniers sont estimés entrer en interaction avec l'initiative privée. Dans ce cadre, l'arrêt du Conseil d'Etat « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » fait office de rappel, en précisant que les personnes publiques, « *si elles entendent, indépendamment de ces missions [à savoir celles dont elles sont investies et pour lesquelles elles bénéficient de prérogatives de puissance publique], prendre en charge une activité économique* », « *ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* » et « *qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent non seulement agir dans les limites de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (...)* ».

---

<sup>1277</sup> Sur cette question, BAZEX (Michel), « La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'Etat », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, DA août-septembre 2006, p. 23.

<sup>1278</sup> ROLIN (Frédéric), « Assistance gratuite à l'établissement de contrats de partenariat encadrée par l'Etat et libre concurrence », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Revue Contrat-Concurrence-Consommation*, octobre 2006, p. 17.

Ce considérant rappelle le respect de la liberté du commerce et de l'industrie comme condition d'intervention sur le marché, mais demeure ambigu sur ce qu'il convient d'entendre par l'expression d'« *activité économique* ». Spontanément, il semble que le Conseil d'Etat se rapporte ici aux prestations économiques « pures » offertes par les personnes publiques et ne pouvant être qualifiées de services publics<sup>1279</sup>. C'est là, semble-t-il, la position adoptée par certains commentateurs<sup>1280</sup>, laquelle paraît confortée par l'usage de l'adverbe « *indépendamment* » accolé à l'expression « *mission de service public* ». Mais une interrogation demeure alors quant au sort à réserver aux missions de service public ayant un caractère industriel et commercial, lesquelles ne peuvent être considérées comme « hors-marché » car relevant en effet d'activités économiques entreprises sous forme de services publics. Est-il possible de considérer que ces services marchands entrent dans le cadre de ce que le Conseil d'Etat désigne sous le terme d'« *activité économique* » ? En ce cas, la césure ne serait pas opérée, dans ce considérant, entre services publics et activités économiques, mais bien entre services publics non marchands, d'un côté, et services publics marchands et activités purement économiques, de l'autre. Cette vision, développée par certains auteurs<sup>1281</sup>, semble corroborée par deux éléments. En premier lieu, le rappel de la condition d'un intérêt public devant présider à l'intervention économique de la personne publique peut être compris comme se rapportant à la jurisprudence « *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* »<sup>1282</sup>, laquelle a vocation à s'appliquer aux services publics industriels et commerciaux. Par ailleurs, lorsque le Conseil d'Etat emploie l'expression « *indépendamment* », c'est à l'égard, non pas des missions de service public de manière générale, mais de celles d'entre elles « *dont les personnes publiques sont investies* ». Ces dernières sont celles qui leur sont confiées et qu'il leur appartient d'assumer de par leur objet<sup>1283</sup>, et non celles que les personnes publiques décident elles-mêmes de prendre en charge

---

<sup>1279</sup> Comme par exemple des prestations de travaux, d'ingénierie publique ou encore de commercialisation de données publiques.

<sup>1280</sup> En ce sens, notamment, BAZEX (Michel), « La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'Etat », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, DA 2006, p. 23.

<sup>1281</sup> V. notamment ROLIN (Frédéric), note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc. : « Cette décision (...) apporte les éléments d'une définition sur la distinction entre les activités des personnes publiques qui relèvent du marché et celles qui n'en relèvent pas, et constitue ainsi une expression moderne de l'arrêt du Bac d'Eloka qui avait initié cette distinction entre services publics marchands et non marchands ».

<sup>1282</sup> Ce que soulignent LENICA (Frédéric) et LANDAIS (Claire), dans leur article « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA 2006, p. 1594.

<sup>1283</sup> Cette idée d'investiture est retrouvée dans les conclusions de Labetoulle et Cabanes sur l'arrêt CE, 23 juin 1972, *Société La Plage de La Forêt* (Rec. Leb. p. 477 ; AJDA 1972, p. 452), dans lesquelles est rappelé que la

lorsque un intérêt public le réclame, hypothèse classique en matière de services publics industriels et commerciaux. Compris en ce sens, l'arrêt fait alors obligation à la collectivité publique décidant de prendre en charge une activité de service public ayant des prolongements économiques ou une activité économique « pure », d'agir dans la limite de ses compétences, et de justifier d'un intérêt public. S'agissant de la première condition, elle entre dans le cadre classique du principe de légalité et rappelle notamment la soumission des établissements publics au principe de spécialité. Longtemps présenté comme un aspect de la règle de non concurrence imposée aux personnes publiques<sup>1284</sup>, ce principe doit pourtant être considéré de manière autonome, comme relevant d'une question de compétence dissociée des impératifs de concurrence<sup>1285</sup>.

Quant à la condition tenant à l'existence d'un intérêt public, elle mérite une analyse approfondie au sens où elle renseigne sur la marge de manœuvre laissée aux personnes publiques dans la prise en charge d'activités économiques. Le juge administratif rappelle en effet que cet intérêt public « peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée », cette précision apportant un changement de perspective important quant à la prévalence de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans son acception la plus absolue, cette dernière pose logiquement un principe de non concurrence impliquant que la personne publique n'intervienne que lorsque l'initiative privée est absente. Or, cette carence n'est plus, désormais, qu'un élément constitutif parmi d'autres permettant à la personne publique d'intervenir. Bien sûr, l'affaiblissement de cette condition était depuis longtemps une affaire entendue, au sens où la simple insuffisance quantitative ou qualitative pouvait également être prise en compte<sup>1286</sup>. Néanmoins, la formulation même choisie par le Conseil semble traduire que ce qui joue prioritairement ici est la présence d'un intérêt public, et non l'existence de l'initiative privée. Dans la lignée de ce que proposait le président Kahn dans ses conclusions sous l'arrêt « *Commune de Montmagny* », et que critiquait très nettement Pierre Delvolve<sup>1287</sup>, il semble que ce n'est plus prioritairement la concurrence faite à l'initiative privée qui limite

---

liberté du commerce et de l'industrie « cesse d'être opposable aux interventions de collectivités publiques sous quelque forme que ce soit, dès lors que ces interventions, par leur nature ou par leur objet, rentrent dans les attributions de ces collectivités telles que la loi les a définies ou, ce qui revient au même, concourent à l'exécution d'une mission de service public, qui leur incombe d'ores et déjà ».

<sup>1284</sup> Le Conseil d'Etat établissait ainsi un lien entre les deux en estimant que découlait du principe de spécialité une atteinte illégale à l'initiative privée. V. CE, 26 octobre 1945, *Syndicat national des maisons de santé*, *Rec. Leb.* p. 210 et CE, 15 mars 1946, *Odilon Platon*, *Rec. Leb.* p. 79.

<sup>1285</sup> En ce sens, CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaïse* et conclusions de Catherine Bergeal sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *RFDA* 2001, p. 108.

<sup>1286</sup> V. *Supra*.

<sup>1287</sup> DELVOLVE (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 6.

l'activité du service, mais « *l'intérêt public qui permet de passer outre aux intérêts privés* »<sup>1288</sup>. Le juge administratif paraît décidé à ne pas entraver de manière trop stricte les interventions économiques des personnes publiques et préserve ainsi une marge de manœuvre plus importante touchant à la création de certains services.

Pour autant, la liberté du commerce et de l'industrie ne devient pas une simple coquille vide, le Conseil d'Etat réaffirmant simplement cette liberté dans une perspective renouvelée. En effet, une fois le principe de son intervention admis, la personne publique doit, en aval, respecter les règles de concurrence dans sa relation avec les opérateurs privés. L'interdiction de non concurrence peut donc être d'autant plus souplement appliquée qu'elle doit se combiner, par la suite, avec les impératifs de l'égalité de concurrence. En appréciant largement l'intérêt public pouvant amener les personnes publiques à empiéter sur l'initiative privée, le Conseil d'Etat privilégie une solution d'équilibre dans laquelle l'égalité de concurrence trouve par la suite un rôle à jouer. Par ailleurs, l'intérêt de ce premier filtre ne se dément pas. En premier lieu, en rappelant expressément la nécessité d'un intérêt public présidant à l'intervention des personnes publiques, le juge administratif différencie ces dernières des simples opérateurs privés et marque donc une limite à leur banalisation<sup>1289</sup>. En outre, des considérations, peut-être plus pratiques que juridiques, militent en faveur du maintien de ce filtrage. En effet, « *l'égalité de concurrence reste une notion qui ne se vérifie pas aisément et qui est dès lors davantage de l'objectif que de la réalité objective* »<sup>1290</sup>. Des distorsions de concurrence tenant au statut et aux particularités du régime des personnes publiques sont, à l'évidence, susceptibles d'intervenir. Or, le contrôle de telles distorsions réclame de la part du juge administratif une analyse exhaustive de documents comptables et, partant, une capacité d'expertise économique qu'il ne détient pas forcément. Dans ce cadre, un premier contrôle, en amont, sur le principe même de l'intervention économique de la personne publique permet alors de pallier en partie cette difficulté<sup>1291</sup>.

---

<sup>1288</sup> Conclusions sous CE, Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny*, RDP 1971, p. 254. En ce sens, LENICA (Frédéric) et LANDAIS (Claire), *op. cit.*, p. 1595. V. également KOVAR (Jean-Philippe), « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », DA décembre 2007, p. 12.

<sup>1289</sup> Il est à noter, d'ailleurs, que cette condition paraît jouer également à l'égard des personnes publiques intervenant dans le cadre d'activités purement économiques, ce que ne précisait pas l'avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (en ce sens, BAZEX (Michel), « La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'Etat », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, DA 2006, p. 23). Jean-Yves Chérot rappelait néanmoins cette limite dans son article « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 94.

<sup>1290</sup> Rapport du Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence », EDCE, n° 53, 2002, p. 265.

<sup>1291</sup> En ce sens, LOMBARD (Martine), « La liberté du commerce et de l'industrie : archaïsme ou nouveau ? », *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 62.

En conclusion, la jurisprudence « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » offre un bilan intermédiaire des évolutions que traverse aujourd'hui en France la relation service public/libertés économiques. Le juge administratif y développe l'idée selon laquelle certains services publics, parmi lesquels semble pouvoir se ranger la majeure partie de services public garants des droits et libertés, ne sont pas concernés par les règles du marché. Il règle par la suite le sort des interventions économiques des personnes publiques, et parmi elles, de celles relevant de services publics, en renouvelant l'appréhension des conditions posées par la liberté du commerce et de l'industrie dans le sens d'un assouplissement. Toutefois, ces considérations valent lorsque la création du service public résulte d'une démarche clairement établie. Or, l'une des principales critiques ayant pu être adressée au procédé résulte de la logique intégrative censée l'animer. Dans certains cas, en effet, le service public interviendrait de manière insidieuse, « contaminant » certaines activités privées et restreignant dès lors d'autant la liberté d'entreprendre attachée à ces dernières. Présentée comme l'illustration parfaite du danger que sous-tend le service public à l'égard des libertés économiques des individus, il convient cependant de réévaluer la portée réelle de cette hypothèse.

### ***B/ L'hypothèse particulière des services publics « virtuels »***

L'expression même de service public « virtuel » est à manier avec précaution car elle ne semble pas toujours se rapporter au même type de situation. Cependant, les multiples emplois de l'expression renvoient toujours à une représentation intégrative du service public. La théorie du service public virtuel s'intéresse en effet aux hypothèses dans lesquelles le service public incorpore des activités privées extérieures, et ne naît donc pas *ex nihilo* de la volonté des pouvoirs publics, mais se matérialise subrepticement par l'imposition à l'activité privée d'un régime juridique analogue à celui du service public. Le danger pour les libertés économiques apparaît alors immédiatement : la soumission d'activités privées à des obligations de service public entraîne forcément une restriction de ces libertés. Les opérateurs privés ne sont plus libres, dans cette hypothèse, de gérer leur activité comme ils l'entendent. Présentant un caractère d'intérêt général, leur activité est en effet soumise à l'observation de contraintes spécifiques. Très critiquée<sup>1292</sup>, cette création presque clandestine de services publics n'a cependant jamais pris une grande ampleur (1). Une jurisprudence récente pourrait

---

<sup>1292</sup> V. DELVOLVE (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 8.

réactualiser cette possibilité et relancer, dès lors, le débat à son encontre en intéressant particulièrement certaines activités attachées à la satisfaction de « droits-créances » (2).

### 1) Une hypothèse originelle nettement circonscrite

En raison de son caractère d'intérêt général, une activité privée devrait parfois être considérée, par elle-même, comme un service public potentiel. En imposant à la personne privée chargée de l'activité en cause des obligations de service public, l'autorité réglementaire identifierait cette activité en tant que service public, par le biais d'une intervention purement cognitive, et non fondatrice. De service public « virtuel », cette activité deviendrait ainsi un service public effectif. En germe dans l'arrêt « *Société des autobus antibois* »<sup>1293</sup> mais réellement inaugurée par les jurisprudences « *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale* » de mai 1944<sup>1294</sup> et « *Société Radio-Atlantique* » de février 1948<sup>1295</sup>, la théorie du service public virtuel doit beaucoup aux conclusions du commissaire du gouvernement Bernard Chenot<sup>1296</sup>. Néanmoins, toute activité privée n'est pas susceptible de constituer un service public virtuel. Les arrêts ayant fait une place à cette conception<sup>1297</sup> font en effet apparaître deux conditions à la reconnaissance d'un tel service, la première étant que l'activité en cause relève d'un intérêt général et la seconde que cette activité ait pour siège le domaine public. Le cadre est donc, dès l'origine, circonscrit à ces conditions. Cependant, le procédé reste contestable, au sens où il impose à des personnes privées, n'ayant en aucune manière entendu assumer la gestion d'un service public, des contraintes considérées comme inhérentes à ce type de procédé. Toutefois, cette appréhension du service public virtuel a donné lieu à relativement peu d'applications et

---

<sup>1293</sup> CE, Sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, *Rec. Leb.* p. 117, *RDP* 1932, p. 505, concl. R. Latournerie : reconnaissance de la possibilité, pour le maire, de subordonner à la délivrance d'une autorisation l'exploitation d'un service de transport en commun, de fixer des points d'arrêt obligatoires et des itinéraires spéciaux.

<sup>1294</sup> CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *Rec. Leb.* p. 129 ; *D.* 1944, p. 164, concl. Chenot : soumission à des obligations de service public des bénéficiaires d'autorisations d'installation et d'utilisation d'outillages sur le domaine portuaire.

<sup>1295</sup> CE, 6 février 1948, *Société Radio-Atlantique*, *Rec. Leb.* p. 65 ; *RDP* 1948, p. 244, concl. Chenot, note Jèze : retrait d'une autorisation d'émission à un bénéficiaire considéré comme exploitant du service public. .

<sup>1296</sup> Lequel considère en effet que « *certaines activités d'intérêt général non susceptibles d'être exercées de manière satisfaisante par le libre jeu d'une entreprise privée, présentent ainsi le caractère de services publics virtuels et peuvent être soumises à un régime de service public par une simple intervention de l'autorité administrative (...)* ». Conclusion sur CE, 6 février 1948, *Société Radio-Atlantique*, *RDP* 1948, p. 247.

<sup>1297</sup> Outre ceux déjà cités, il est possible de rappeler également les arrêts CE, 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes*, *Rec. Leb.* p. 407 (service de pilotage dans les ports) ; CE, 16 juin 1993, *Syndicat général des artisans de taxi du Bas-Rhin*, *Rec. Leb.* p. 175 (transports en taxi) ; CE, Ass., 16 novembre 1956, *Société Desaveine*, *Rec. Leb.* p. 440 (traction de péniches sur les voies navigables). Il est possible de citer ici également la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, qui organise un système d'autorisations assorties de nombreuses obligations imposées aux opérateurs (pluralisme, action éducative, temps maximal de publicité, etc.).

le juge administratif semble aujourd'hui rarement enclin à reconnaître cette possibilité<sup>1298</sup>. De nombreux auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à estimer que cette jurisprudence est tombée en désuétude<sup>1299</sup>, du fait du juge, en premier lieu, mais également parce que, à partir de la Constitution de 1958, le pouvoir réglementaire n'a plus eu à obtenir l'autorisation du législateur pour créer un service public, ce qui a donc réduit l'intérêt de la méthode de création détournée que constituait la théorie du service public virtuel<sup>1300</sup>. Au-delà de ces considérations, c'est parfois la lecture même des jurisprudences traditionnellement associées au service public virtuel qui est également remise en cause. Cette théorie restant en effet attachée à la présence d'une activité sur le domaine public, il a pu être estimé que c'est l'autorité domaniale qui « *créerait des obligations comparables à celles imposées au service public sans créer pour autant un service public* »<sup>1301</sup>, les contraintes imposées résultant simplement des règles d'utilisation du domaine public, « *richesse collective que l'administration peut et doit exploiter au mieux des intérêts, même matériels, de la collectivité* »<sup>1302</sup>. Il convient d'ailleurs de remarquer que Pierre Delvolvé lui-même, rappelant les jurisprudences liées aux transports en commun, apporte quelque crédit à cette position, en concédant que « *ces solutions ne sont pas liées seulement au service public* », et que « *c'est parce que les activités de transport s'exercent sur le domaine public que les services publics auxquels elles donnent lieu font l'objet d'une protection particulière* »<sup>1303</sup>. La portée réelle de la théorie du service public virtuel reste donc chargée d'ambiguïté<sup>1304</sup>.

<sup>1298</sup> En ce sens, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 152. Ces auteurs citent à l'appui de cette affirmation l'arrêt CE 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipe-line, BP France et autres*, *Rec. Leb.* p. 230 : l'exploitation d'un oléoduc installé sur le domaine public et pouvant être utilisé pour le ravitaillement des armées n'est pas considérée comme relevant de la théorie du service public virtuel.

<sup>1299</sup> V. ainsi, notamment, MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 108 ; DELVOLVE (Pierre), « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA* 1996, p. 681.

<sup>1300</sup> MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Ibid.*

<sup>1301</sup> DEGOFFE (Michel), « A propos du service public virtuel », *CJEG* 1993, p. 546. V. également MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Ibid.*

<sup>1302</sup> GAJA, sous CE, Sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, p. 284. Ainsi, dans cet arrêt où le Conseil d'Etat avait à se prononcer sur un retrait d'autorisation accordée à une radio fondé sur l'interruption, pendant une longue durée, des émissions, le juge administratif considère la société privée comme « *exploitant d'un service public* », ce qui semble signifier que le retrait pourrait se justifier du fait du non respect du principe de continuité (ligne de raisonnement tenue par le Commissaire du gouvernement Chenot dans ses conclusions sur CE, 6 février 1948, *Société Radio-Atlantique*, *op. cit.*, p. 249). Pourtant, ce n'est pas sur la base de cet argument que se fonde le Conseil d'Etat pour légitimer cette décision, préférant faire référence à la limitation quantitative du nombre de longueurs d'onde et, dès lors, à la nécessaire recherche de leur pleine utilisation. C'est donc la bonne gestion du domaine public qui paraît ici constituer l'argument pertinent, et non le principe de continuité censé s'imposer à l'exploitant d'un service public. En ce sens, DEGOFFE (Michel), *Ibid.*

<sup>1303</sup> DELVOLVE (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 10

<sup>1304</sup> En outre, l'incertitude demeure quant au poids d'obligations de service public devant être imposées à une personne privée pour que se dévoile le service public derrière l'activité privée. En effet, dans le cadre de la théorie du service public virtuel, l'entreprise privée n'est liée que par les obligations expressément édictées, ce qui ne correspond pas aux conséquences traditionnellement attachées à la qualification de service public. Reste ainsi en suspens la question de la frontière entre ce qui ne constitue qu'une réglementation de l'activité et la mise



Néanmoins, l'irruption de la théorie du service public virtuel a pu persuader de la logique intégrative du service public, et faire soupçonner l'assimilation d'initiatives privées au-delà de l'hypothèse première des activités ayant leur siège sur le domaine public. La question s'est notamment posée en matière d'enseignement, domaine dans lequel des droits et obligations propres au service public sont effectivement prescrits à certains établissements privés, principalement lorsque ces derniers passent avec l'Etat des contrats d'association. Cette possibilité, inaugurée par la loi Debré du 31 décembre 1959<sup>1305</sup>, offre aux établissements contractants l'assurance d'une aide financière publique<sup>1306</sup>, en contrepartie de l'observation d'un certain nombre d'obligations. Les enseignants relèvent alors du statut d'agents publics et les établissements doivent dispenser leur enseignement selon les règles et programmes de l'enseignement public<sup>1307</sup>, ce qui implique notamment un alignement en ce qui concerne les cadres de l'enseignement dispensé - programmes<sup>1308</sup>, horaires, durée de l'année scolaire, structure par cycles - et les missions dont ils ont la charge : droit à l'éducation, à l'information sur l'orientation, *etc.*, étant rappelé par ailleurs que l'établissement, « *tout en conservant son caractère propre, doit donner cet enseignement dans le respect total de la liberté de conscience* » et que « *tous les enfants sans distinction d'origine, d'opinion et de croyances y ont accès* »<sup>1309</sup>. De la même manière, des obligations attachées au service public sont retrouvées au sujet des établissements hospitaliers. Reconnu par la loi du 31 décembre 1970<sup>1310</sup>, le service public hospitalier est normalement assuré par les établissements publics de santé, mais également par les établissements privés à but lucratif ou non lucratif. Pour ces derniers, la participation à l'exécution du service public hospitalier est conclue par voie

---

en place de véritables obligations se rapportant à un service public. Le point de basculement entre les deux hypothèses ne peut être situé avec précision et ne se matérialise véritablement que lorsque les contraintes imposées atteignent « *une certaine densité quantitative* » difficile à évaluer. CHEVALLIER (Jacques), « L'association au service public », *JCP*, I, 2667.

<sup>1305</sup> Loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 dite « Loi Debré ». Ce texte offre en réalité trois possibilités aux établissements privés : leur intégration pure et simple dans l'enseignement public, le choix d'une liberté totale (les établissements « hors-contrat » n'entretiennent alors aucun lien avec l'Etat et ne reçoivent aucune aide financière de sa part, la seule intervention de ce dernier résidant dans un contrôle pédagogique minimum) ou, enfin, le choix de passer avec l'Etat un contrat d'association ou un contrat simple. Dans ce dernier cas, qui ne concerne plus, depuis 1980, que le premier degré, l'Etat prend seulement en charge la rémunération du personnel enseignant, en contrepartie d'obligations pédagogiques moins rigoureuses que celles imposées dans le cadre du contrat d'association.

<sup>1306</sup> Par laquelle, de manière générale, est assumés le financement des dépenses de fonctionnement de l'établissement et des personnels enseignants et non enseignants (direction, administration, maintenance).

<sup>1307</sup> V. article L. 442-5 du Code de l'Education.

<sup>1308</sup> Cet alignement sur les programmes de l'enseignement public apparaît par ailleurs, dans les faits, presque obligé. L'Etat conserve en effet le monopole de la collation des grades, ce qui impose aux établissements privés de suivre les programmes conditionnant l'obtention des diplômes.

<sup>1309</sup> Article L. 442-1 du Code de l'Education.

<sup>1310</sup> Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière (*JO* 3 janvier 1970, p. 67). Le contenu du service public hospitalier est détaillé à l'article L. 6112-1 du Code de la Santé publique.

réglementaire et entraîne avec elle des obligations de service public : réception de tous les malades, ouverture ininterrompue, régime de financement spécifique, *etc.* Mais elle peut également se formaliser, pour les établissements à but lucratif ou les établissements à but non lucratif ne participant pas déjà à l'exécution du service public hospitalier, par la conclusion de contrats de concession qui entraînent l'observation des obligations de service public déjà décrites, auxquelles s'ajoutent, notamment, la soumission du règlement intérieur de l'établissement à l'approbation du Préfet de département, l'observation de règles d'inspection et l'obligation de s'adapter « *aux évolutions technologiques et à la transformation qualitative des besoins* »<sup>1311</sup>.

Dans les deux cas, enseignement et santé, ces activités privées ont pu être considérées comme purement et simplement intégrées au service public en cause<sup>1312</sup>. Or l'accusation reste excessive. Le service public n'assimile pas insidieusement ces activités. Ce sont les opérateurs privés qui décident, en toute conscience, d'y collaborer, sous l'égide de ce qui peut être considéré comme une association au service public. En matière de santé, c'est ainsi logiquement sur demande des établissements privés qu'est organisée leur participation au service public<sup>1313</sup>. Si un opérateur privé voit par la suite sa liberté d'entreprendre restreinte par les obligations qu'il lui importe de respecter, « *la perte d'une partie de sa liberté n'est que la conséquence d'un exercice de sa liberté* »<sup>1314</sup>. De la même manière, les établissements d'enseignement peuvent se lier avec l'Etat, mais n'y sont pas contraints<sup>1315</sup>. Le législateur aménage dans les deux cas une solution à moyen terme, dans laquelle la participation des personnes privées va plus loin qu'une simple contribution indirecte à la réalisation de la mission de service public mais exclut dans le même temps une participation pleine et entière

---

<sup>1311</sup> CLEMENT (Jean-Marie), *Mémento de droit hospitalier*, Berger-Levrault, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 71.

<sup>1312</sup> V. DELVOLVE (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 9.

<sup>1313</sup> V. article L. 6161-5 du Code de la Santé publique : « *Les établissements de santé privés peuvent être admis à assurer l'exécution du service public hospitalier (...) sur leur demande ou sur celle de la personne morale dont ils dépendent (...)* ». Il convient cependant de réserver l'hypothèse prévue aux articles L. 6122-1 et L.6122-7 du Code de la Santé publique, lesquels disposent que les projets relatifs à la création de tout établissement de santé sont soumis à autorisation de l'Agence régionale de l'hospitalisation, autorisation qui, « *dans l'intérêt de la santé publique* », « *peut être subordonnée à l'engagement pris par les demandeurs de conclure un contrat de concession pour l'exécution du service public hospitalier ou un accord d'association au fonctionnement de celui-ci* ». Hors de ce cas particulier, le principe reste celui de la libre insertion au service public hospitalier.

<sup>1314</sup> Cette phrase, employée par Pierre Delvolvé dans son article « Service public et libertés publiques » (*préc.*) au sujet des agents publics, est ici réutilisée par Serge Regourd au sujet des établissements hospitaliers privés. V. REGOURD (Serge), « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987, p. 41.

<sup>1315</sup> Certes, il est toujours possible d'estimer que la pression financière pesant sur les établissements privés d'enseignement oblige ces derniers à contracter afin de bénéficier de l'aide publique. Mais cette considération reste factuelle, et il semble difficile d'en rejeter la faute sur la notion même de service public

au service public ou une intégration dans l'appareil administratif<sup>1316</sup>. L'assimilation totale des ces activités au service public n'est pas recherchée. Au contraire, la préservation « *d'un élément d'extériorité, d'autonomie des partenaires et une libre négociation en vue de la réalisation d'un but commun* »<sup>1317</sup> reste au fondement de l'association au service public. La volonté du législateur est ici de faire évoluer les relations des acteurs publics et privés « *d'une stratégie concurrentielle et conflictuelle à une situation d'entente et de complémentarité* »<sup>1318</sup>, permettant la mise en place d'une offre de services exhaustive et cohérente, et non la centralisation d'activités similaires au sein de « *grands services publics* »<sup>1319</sup>. Dans les deux cas, l'imposition de ces obligations découle de la nécessité de préserver, quel que soit le prestataire, un même niveau de garantie des droits, à l'instruction ou à la protection de la santé, au sein de ces établissements et dans chacune des hypothèses, la relation s'ordonne selon une dialectique obligations/avantages<sup>1320</sup> dont les acteurs privés sont avertis.

En conclusion, la théorie du service public virtuel et les applications, réelles ou soupçonnées, qui en ont été faites « *n'apportent que peu de motifs de céder à la panique* »<sup>1321</sup>. La doctrine s'était d'ailleurs, sur ce point, progressivement apaisée, considérant de plus en plus souvent cette théorie comme appartenant au passé, caractéristique d'un courant jurisprudentiel limité et désormais quasiment obsolète. C'était peut-être là pourtant enterrer un peu vite une hypothèse qui semble avoir récemment redonné quelques signes de vigueur au regard

---

<sup>1316</sup> En ce sens, CHEVALLIER (Jacques), « L'association au service public », *JCP*, I, 2667. Les établissements d'enseignement privés conservent ainsi leur « caractère propre », garantie de la liberté de l'enseignement. En ce sens, le recrutement des enseignants doit être effectué par l'Etat en accord avec le chef d'établissement (CC, n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 86-633 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36, considérant n° 13). Par ailleurs, une obligation de réserve impose aux enseignants de ne pas adopter de comportements ou de propos qui seraient considérés comme incompatibles avec les valeurs philosophiques ou religieuses prônées par l'établissement. Cette obligation était expressément posée dans une disposition de la loi du 25 novembre 1977 dite « Loi Guermeur ». Abrogée par la loi Chevènement du 28 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a alors clairement rappelé dans sa décision du 18 janvier 1985 (*préc.*) que cette abrogation n'avait pas pour effet de soustraire les maîtres à un devoir de réserve (considérant n° 11).

<sup>1317</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*

<sup>1318</sup> CHEVALLIER (Jacques), « L'association au service public », *JCP*, I, 2667.

<sup>1319</sup> Ce qui avait pu être redouté au début des années quatre-vingt en matière d'enseignement. Le projet de loi « Savary », par la suite abandonné, se proposait en effet d'intégrer les établissements d'enseignement privés dans un grand « service public unifié et laïque de l'Education nationale ». Sur cette question, v. MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 243.

<sup>1320</sup> En matière hospitalière, les établissements décidant de participer au service public hospitalier sont par exemple susceptibles, dans les hypothèses d'insertion au service public par la voie réglementaire, de recevoir des subventions d'équipement et de faire appel à des médecins du secteur public en détachement, tandis qu'ils bénéficient, dans le cadre de contrats de concession, du monopole des soins dans un secteur géographique, en plus des autres avantages déjà cités. Sur ce point, CLEMENT (Jean-Marie), *Mémento de droit hospitalier*, Berger-Levrault, 12<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 69 et s.

<sup>1321</sup> PISIER (Evelyne), « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs*, 1986, p. 149.

d'activités intéressant la garantie de certains droits des individus, dans un cadre demeurant cependant pour l'heure circonscrit.

## 2) Une revalorisation récente mais limitée de la théorie

Une certaine résurgence du service public virtuel est aujourd'hui constatée, même si l'appréhension contemporaine de la théorie paraît, par plusieurs aspects, s'être sensiblement éloignée de la jurisprudence classique inaugurée dans les années quarante. Cette novation découle d'une jurisprudence du Conseil d'Etat, dans laquelle la Haute instance devait déterminer si l'octroi de subventions à une association organisant un festival d'art lyrique n'était légalement possible que si l'association en cause avait été liée à la commune par une délégation de service public. Profitant de cette occasion, le juge administratif a, dans ce cadre, rappelé les diverses modalités de gestion d'un service public et clarifié notamment les hypothèses de dévolution d'une mission de service public, donnant par là à son arrêt « *Commune d'Aix-en-Provence* » du 6 avril 2007<sup>1322</sup> une dimension particulièrement pédagogique. Or, ainsi que le remarquent les commentateurs de cette jurisprudence<sup>1323</sup>, le tableau d'ensemble proposé par le Conseil d'Etat prend la forme d'un diptyque, isolant d'un côté les hypothèses dans lesquelles la collectivité publique est responsable d'un service public, qu'elle peut confier à un tiers ou le gérer en propre, et de l'autre, le cas particulier de la reconnaissance par la personne publique d'un service public dont la personne privée a pris l'initiative.

C'est dans le cadre de cette dernière possibilité que semble pouvoir se deviner la réapparition du service public virtuel<sup>1324</sup>. La Haute instance précise en effet que « *lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère*

---

<sup>1322</sup> CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Rec. Leb.* p. 155.

<sup>1323</sup> V. LENICA (Frédéric) et BOUCHER (Julien), « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *AJDA* 2007, p. 1020.

<sup>1324</sup> En ce sens, ROUAULT (Marie-Christine), « La notion de service public en question », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *Revue Lamy des collectivités territoriales* 2007, p. 29 ; GUGLIELMI (Gilles) et KOUBI (Geneviève), « Organismes privés chargés d'une mission de service public. Le service public, désinence législative ou office du juge ? », *JCP A* 2007, p. 32.

*de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* ». Une activité prise en charge par une personne privée et relevant d'un intérêt général peut ainsi se retrouver qualifiée de service public du fait de l'intervention de la personne publique à son égard, à travers l'octroi de subventions et la mise en place d'un contrôle sur l'activité. Cependant, si cette possibilité révèle une résurgence du service public virtuel, c'est selon des modalités renouvelées. Ainsi, il n'est à aucun moment précisé par le Conseil d'Etat que l'activité en cause doit prendre place sur le domaine public, ce qui semble impliquer la disparition de l'une des conditions traditionnellement attachées à la théorie du service public virtuel et, dès lors, une acceptation plus large de l'application de cette dernière. Quant à l'intervention de la personne publique, révélatrice de la qualité de service public de l'activité privée, elle change également de forme. Les premières manifestations de la théorie du service public virtuel résultaient le plus souvent de la délivrance d'autorisations assorties de conditions pouvant s'assimiler à des obligations de service public. Un élément d'unilatéralité entraine donc en jeu, qui n'est pas totalement retrouvé dans le cadre contemporain. Le juge administratif fait en effet ici état d'un « *droit de regard* » de la personne publique, et de l'octroi de financements. Si est pris en compte le contexte dans lequel est rendue la décision, l'hypothèse la plus directement envisagée ici semble celle d'une subvention accordée, par voie contractuelle, par la personne publique à la personne privée, en contrepartie d'un contrôle sur l'activité. Tout contrôle pouvant être assimilé à une contrainte pesant sur l'activité privée, la relation semble donc s'ordonner prioritairement, encore une fois, selon la logique obligations/avantages déjà retrouvée s'agissant des relations liant les personnes publiques aux établissements privés d'enseignement ou de santé<sup>1325</sup>. Mais les situations diffèrent cependant, au sens où, dans ces hypothèses, est constatée une volonté de la part des personnes privées de collaborer à la mission de service public. Or cette volonté est plus difficile à déceler quand un contrat dont l'objet principal est l'octroi d'une subvention conduit indirectement à considérer l'activité privée en cause comme relevant d'une mission de service public.

Au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, les critiques déjà adressées envers cette possibilité de création « à rebours » de services publics valent toujours. Néanmoins, la

---

<sup>1325</sup> V. *supra*.

résurgence du service public virtuel intervient ici dans le cadre d'une problématique spécifique, liée à l'obligation supposée d'être titulaire d'une délégation de service public afin de pouvoir gérer un service public et de bénéficier, à ce titre, de subventions. Or, en réintroduisant l'hypothèse du service public virtuel, le Conseil d'Etat pose clairement la possibilité de rupture entre délégation de service public et octroi de subventions au titre de la gestion d'un service public<sup>1326</sup>. L'un des points principaux de son raisonnement réside dans le fait que l'initiative de l'activité revient à la personne privée. En cela, fort logiquement, la personne publique ne peut confier un service public dont elle n'a jamais eu la charge à l'origine : elle ne peut déléguer ce dont elle n'a jamais été responsable<sup>1327</sup>. Elle ne fait donc qu'apposer son « *label* »<sup>1328</sup> sur une activité d'intérêt général relevant d'une personne privée, par la voie détournée de l'octroi de financements et de l'établissement d'un droit de regard sur la conduite de l'activité<sup>1329</sup>. Or les domaines intéressés par cette résurgence semblent pouvoir être ceux dans lesquels la prise en charge originelle de l'activité par une personne privée est souvent la règle, en matière culturelle, comme c'était le cas en l'espèce, ou en matière sociale, où l'initiative privée a toujours été très importante. Ces activités intéressent ainsi les « droits-créances » afférents et la technique décrite pourrait conduire à la création « détournée » de services publics chargés de les garantir. Mais cette résurgence ne doit cependant pas être exagérée dans sa portée. En ce sens, certains auteurs rappellent que la situation particulière

---

<sup>1326</sup> Il avait pu être constaté, en effet, que le raisonnement du juge administratif avait quelque peu tendance à « tourner en rond », au sens où les critères utilisés afin de déterminer si la personne privée exerçait une mission de service public (tirés de l'arrêt *Narcy* et, dorénavant, également de l'arrêt *APREI, préc.*), emportaient à la fois qualification d'un service public et qualification d'une délégation de service public. V. ainsi, notamment, CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy, Rec. Leb.* p. 193, et l'arrêt de la CAA de Marseille examiné par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* : CAA Marseille, 4 juillet 2005, *M. et Mme Jean-Louis Armand*. Pour une critique de cette assimilation systématique, NICINSKI (Sophie), « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* 2006, n° 6, p. 8.

<sup>1327</sup> Le Conseil d'Etat reprend en cela l'analyse d'un avis de la Section de l'Intérieur du 18 mai 2004 rendu au sujet de la cinémathèque française (CE, avis, 18 mai 2004, *Cinémathèque française, EDCE* 2005, p. 185), dans lequel, après avoir relevé qu'aucun texte ne faisait obligation à l'Etat d'assurer les missions remplies par la cinémathèque et que ces missions ne procédaient pas non plus d'un contrat par lequel l'Etat lui en aurait confié expressément l'accomplissement, la Haute instance considère qu'aucune dévolution de service public n'a eu lieu, et que la situation doit être comprise comme « *la reconnaissance par l'Etat du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assorti d'un droit de regard étendu sur ses activités, et d'une contribution financière importante* ».

<sup>1328</sup> Selon l'expression de Didier TRUCHET, « « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

<sup>1329</sup> Conditions qui ne manquent pas de rappeler les éléments du faisceau d'indices posées par la jurisprudence CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), préc.* Dans cet arrêt en effet, est précisé qu'une personne privée est considérée assurer une mission de service public en l'absence de prérogatives de puissance publique lorsque, « *eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission* ».

envisagée ici par le juge administratif reste rare<sup>1330</sup>. Pour l'heure, les applications susceptibles d'être faites de la théorie du service public virtuel ne semblent pas d'un volume tel qu'elles puissent constituer une limitation systématique des libertés économiques, d'autant qu'il est permis de s'interroger sur l'accueil réservé en droit communautaire à cette possibilité si elle tend à s'étendre. Sous cette influence, la donne pourrait donc, dans l'avenir, encore se modifier, comme laissent le deviner, une fois passé le cap de la création proprement dite du service public, les solutions communautaires prévalant en matière d'appréhension du service public dans un environnement concurrentiel.

## PARAGRAPHE SECOND

### LA MISSION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC FACE AUX IMPERATIFS DE LA LIBRE CONCURRENCE

Selon la distinction opérée par l'arrêt « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » du 31 mai 2006<sup>1331</sup>, il faut rappeler « *qu'une fois admise dans son principe* », l'intervention de services publics de nature économique « *ne doit pas se réaliser selon des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait la personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ». Ayant triomphé d'un premier barrage, au niveau duquel est vérifié que le service public se justifie par un intérêt public, « *lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* », est par la suite imposée à l'opérateur l'observation d'un principe dont l'influence ne cesse de grandir au regard des services publics : la libre et égale concurrence. Les services publics envisagés par le juge administratif ne relèvent pas d'activités « hors marché » et évoluent, au contraire, dans un environnement concurrentiel où des initiatives privées similaires s'organisent sur la base d'une compétition normalement fondée sur le mérite. Mais il faut élargir la perspective en rappelant que la définition de ces activités « hors marché » n'est pas la même pour le juge national et le juge communautaire, lequel pourra sur ce point s'inquiéter de services traditionnellement considérés comme administratifs en France. Par ailleurs, la notion d'opérateur public doit être envisagée, dans un sens large, comme

---

<sup>1330</sup> LENICA (Frédéric) et BOUCHER (Julien), « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, AJDA 2007, p. 1020.

<sup>1331</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.

impliquant, par souci de simplification, à la fois les personnes publiques et les personnes privées investies d'une mission de service public<sup>1332</sup>.

Ces précisions opérées, le fait qu'un opérateur public intervienne dans un cadre concurrentiel n'est pas mis en cause en tant que tel, le droit interne de la concurrence comme le droit communautaire affichant une indifférence de principe quant à cette question<sup>1333</sup>. Mais cette indifférence implique une contrepartie, à savoir l'obligation pour l'opérateur public de se comporter à l'instar de n'importe quel opérateur privé et de se trouver soumis aux mêmes obligations de concurrence. Le respect de la libre concurrence implique en effet fort logiquement qu'« *aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elle lui permette de fausser le jeu de la concurrence (...)* »<sup>1334</sup>. Toutefois, la symétrie entre opérateur public et privé ne saurait être parfaite. En effet, l'entreprise chargée d'une mission de service public n'exerce pas l'activité en cause dans un simple but de rentabilité et se retrouve soumise, du fait de cette mission, à des sujétions exorbitantes du droit commun que n'ont pas à supporter les opérateurs privés. Cette caractéristique, renvoyant tout particulièrement à la nécessité de garantir certains droits et libertés, lui ouvre alors la possibilité de bénéficier de certaines inflexions aux règles de concurrence, inflexions qui restent, à l'instar de ce qui été constaté en matière de monopole, strictement encadrées mais plus largement entendues (A). Ce traitement particulier s'inscrit ainsi dans une logique qui, même dérogatoire, reste à dominante concurrentielle, constatation qui invite à évaluer avec certaines réserves la conciliation opérée aujourd'hui entre mission de garantie du service public et libre concurrence (B).

#### ***A/ Une garantie justifiant certaines dérogations strictement entendues***

Si de nombreuses activités des opérateurs publics sont désormais considérées comme attachées à la matière économique et paraissent ainsi, au premier abord, comparables à des activités pouvant être prises en charge par des personnes privées, elles ne peuvent néanmoins y être totalement assimilées, ce qu'admettent de concert le droit interne comme le droit

---

<sup>1332</sup> Définition retenue par Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, 2005, p. 102.

<sup>1333</sup> Ainsi, selon le Conseil de la concurrence, le statut juridique et financier particulier des personnes publiques ne constitue pas en soi un obstacle à leur accès au marché, car « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identique* » (Cons. conc., 17 septembre 1996, avis n° 96-A-12, sur les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, *Rapp.* p. 946).

<sup>1334</sup> Cons. conc., 17 septembre 1996, avis n° 96-A-12, *préc.*



communautaire (1). Mais cette concession accordée au regard des spécificités attachées à la mission de service public est d'interprétation stricte et reste donc soumise à un contrôle vigilant (2).

### *1) Une inflexion aux règles de concurrence admise dans son principe*

La raison présidant à ce régime dérogatoire est simple : l'opérateur relevant d'une situation spécifique doit obéir à un régime spécifique. Ainsi, l'entreprise chargée d'une mission de service public se retrouve, face à l'opérateur privé, dans une position où « *l'inégalité des fins ne saurait s'accommoder d'une absolue égalité des moyens* »<sup>1335</sup>.

Reflétant ce raisonnement, un traitement particulier est ainsi réservé aux activités de service public par le droit interne de la concurrence. Cela reste en grande partie implicite sous l'égide de l'article L. 420-4 du Code de commerce, lequel dispose que, sous certaines conditions, ne sont pas soumises aux interdictions des ententes et abus de position dominante les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emploi (...)* ». Il est possible de rapprocher le progrès économique auquel il est fait référence de préoccupations « *qui ne sont pas étrangères aux préoccupations du service public, telles la protection de l'environnement, la protection des consommateurs ou l'introduction de nouveaux produits ou de nouvelles techniques considérées comme des investissements d'infrastructure quasi publics* »<sup>1336</sup>, et de déceler ainsi dans cet article une première concession faite aux finalités de service public, laquelle n'entretient cependant qu'un rapport indirect avec la problématique de garantie des droits et libertés. Plus expressément, le Conseil de la Concurrence s'était également positionné en faveur d'un régime différencié des activités de service public en rappelant que, si aucun opérateur, y compris public, ne doit bénéficier pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir, il n'en va de la sorte que « *sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général* »<sup>1337</sup>. Enfin, des positions similaires ont parfois été décelées dans les jurisprudences du Conseil d'Etat, la Haute instance

---

<sup>1335</sup> ECKERT (Gabriel), « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 219.

<sup>1336</sup> DESTOURS (Stéphane) et CLAMOUR (Ghislain), « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *Jcl. Coll. Territ.*, Fasc. 724, 2004, p. 24.

<sup>1337</sup> V. notamment Cons. conc., 17 septembre 1996, avis n° 96-A-12, *préc.* et Cons. conc., avis 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère.

administrative ayant pu rappeler que des limites à la concurrence posées par une décision administrative pouvaient être justifiées par les nécessités propres au service public<sup>1338</sup>.

Mais l'affirmation la plus claire de cette dérogation aux règles de concurrence reste, bien sûr, exprimée par le droit communautaire dans le cadre de l'article 86 § 2 du Traité des Communautés. Sous l'égide de ce texte, et selon une logique identique à celle déjà décrite en matière de monopoles de services publics<sup>1339</sup>, les différentes autorités communautaires ont progressivement accueilli la possibilité de réserver un sort différencié aux entreprises chargées d'une mission de service public. Octroyer un droit exclusif au bénéfice de ces entreprises et organiser ainsi l'exclusion de la concurrence privée sur le segment d'activité en cause, en reste l'illustration la plus marquante mais est aujourd'hui en voie de raréfaction. Cependant cette dérogation peut également prendre la forme de droits spéciaux. « *Avantages (...) concédés à une ou plusieurs entreprises leur permettant, même si elles ne bénéficient pas d'un monopole réel, de limiter la capacité concurrentielle d'autres entreprises sur le même marché* »<sup>1340</sup>, ces aménagements spécifiques laissent subsister les activités privées similaires tout en supposant une inflexion aux règles de libre concurrence au bénéfice d'un petit nombre de destinataires. Ils peuvent se manifester sous plusieurs formes - agréments, autorisations, licences ou autres - mais consistent le plus souvent en une participation des concurrents de l'opérateur de service public au financement de ses obligations d'intérêt général<sup>1341</sup>. A ce titre, un Etat peut, par exemple, prévoir « *l'obligation pour des prestataires de services postaux ne relevant pas du service universel de contribuer (...) au financement de ce service universel et de permettre ainsi au titulaire de ladite mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci dans des conditions économiquement équilibrées* »<sup>1342</sup>, en subordonnant la possibilité pour ces opérateurs de fournir un service de courrier express au paiement à l'entreprise chargée du service universel d'un droit postal équivalent à la taxe d'affranchissement due. Un droit spécial peut également se concrétiser sous la forme d'un fonds de péréquation alimenté par l'ensemble des opérateurs, comme c'est le cas en France, en matière d'électricité<sup>1343</sup> ou de

---

<sup>1338</sup> V. par exemple CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, *Rec. Leb.* p. 391 et CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, *Rec. Leb.* p. 402.

<sup>1339</sup> V. *supra*, Section première.

<sup>1340</sup> CASAS (Didier), « Les personnes publiques et la concurrence : vers l'égalité concurrentielle ? », *CFP* 2001, p. 16. Sur cette définition, v. directive 94/46 du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *JOCE* L 268 du 19 octobre 1994, p. 15 et CJCE, 12 décembre 1996, C-302/94, *British Telecommunication*, *Rec. I*- 6417.

<sup>1341</sup> V. CASSIA (Paul), « Service public français et droit communautaire », *LPA* 4 juillet 2002, n° 133, p. 21.

<sup>1342</sup> CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, Aff. C-340/99, *Rec. I*-4109.

<sup>1343</sup> V. décret n° 2004-66 du 14 janvier 2004 relatif au fonds de péréquation de l'électricité, *JO* 17 janvier 2004, p. 1308.

télécommunications<sup>1344</sup> ou, enfin, consister en un financement par les pouvoirs publics, cette dotation pouvant indifféremment prendre la forme de subventions, de règles fiscales préférentielles, ou bien encore d'un allègement des cotisations sociales.

Symbolisant la prise en compte des limites à la libre concurrence que sous-tend la mission de service public, l'attribution de droits spéciaux reste une mesure moins absolue que celle consistant à octroyer un droit exclusif à un opérateur. Elle tend toutefois à illustrer la prise de conscience des autorités communautaires au regard des nécessités d'intérêt général portées par le service public, lesquelles se cristallisent tout particulièrement autour des impératifs de cohésion sociale et territoriale dont l'impact s'inscrit en termes de droit d'accès à certaines prestations essentielles. L'introduction prévue du protocole n° 9 annexé au Traité de Lisbonne, dévolu aux services d'intérêt général et non plus aux seuls services d'intérêt économique général, témoigne de cette évolution. La défense des droits et libertés, mise en œuvre à travers la définition d'obligations de service public ou de gestion d'un service universel, impose certaines atténuations aux règles de concurrence. Mais la vigilance entourant la dérogation ainsi offerte reste d'une très forte intensité, rappelant ainsi la nécessité que l'opérateur public ne puisse porter atteinte à la libre concurrence que dans la stricte proportion utile à l'accomplissement de la mission de garantie dont il a la charge.

## 2) *Une mise en oeuvre sous haute surveillance*

S'il est désormais classiquement admis que les opérateurs chargés d'une mission de service public peuvent bénéficier de droits spéciaux permettant l'accomplissement de leurs missions, cette dérogation s'entend cependant strictement. Sont en effet étroitement contrôlées les conditions mêmes d'octroi de ces droits spéciaux (a), tout comme les avantages « dérivés » qu'ils sont susceptibles de procurer à l'opérateur dans le cadre d'activités annexes (b).

### a) Un octroi de droits spéciaux strictement conditionné

L'invocation des nécessités du service public au regard des droits et libertés dont il doit assurer la concrétisation n'entraîne pas systématiquement un *imprimatur* permettant de

---

<sup>1344</sup> V. chapitre III loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (*JO* 27 juillet 1996, p. 11384) ayant créé un fond de service universel des télécommunications auquel contribuent toutes les entreprises exploitant des réseaux publics de télécommunications. Confirmation par loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public et à France Télécom, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 2004, p. 9.

déroger aux règles de concurrence au niveau de l'Union européenne. Le juge communautaire a tissé autour de la dérogation prévue dans le cadre de l'article 86 § 2 un véritable réseau de conditions<sup>1345</sup>, parmi lesquelles se détache l'exigence que l'attribution de droits spéciaux ne soit envisagée que sous stricte considération de nécessité et de proportionnalité. En ce sens, un contrôle étroit de l'octroi d'un droit spécial est assuré, la crainte d'un éventuel « *sur-financement* » par les autorités publiques des services d'intérêt économique général motivant une telle vigilance<sup>1346</sup>. En témoigne la sévérité des conditions posées par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003<sup>1347</sup>. Par cette jurisprudence, la Cour est venue mettre fin à la longue controverse portant sur la nature juridique des subventions octroyées au service d'intérêt économique général et leur éventuelle qualification d'aides d'Etat au sens de l'article 87 § 1<sup>1348</sup>. La Cour de Justice et la Commission européenne ont, sur ce point, longtemps hésité, se prononçant parfois contre une telle qualification, ou les plaçant au contraire sous l'égide de l'article 87 tout en leur réservant cependant la possibilité d'être autorisées en aval par le truchement de l'article 86 § 2. L'enjeu était important car une aide d'Etat, même reconnue par la suite licite, se voit soumise à l'ensemble du dispositif procédural prévu à l'article 88 § 3<sup>1349</sup> et doit donc obligatoirement être notifiée à la Commission avant sa mise en œuvre, sous peine d'être reconnue illégale<sup>1350</sup>. Or, dans son arrêt *Altmark*, la Cour de Justice tranche clairement en faveur de la non qualification de ces compensations en aides d'Etat<sup>1351</sup>. Rappelant en effet qu'une intervention étatique doit consentir un avantage à son bénéficiaire pour constituer une aide, la Cour estime que ce n'est pas le cas lorsque cette intervention prend la forme d'une « *compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter les obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises* ».

---

<sup>1345</sup> V. *Supra*, section 1, Paragraphe second.

<sup>1346</sup> En ce sens, Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, 2002, p. 350.

<sup>1347</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, Aff. C-280/00, *Rec. I-7747*.

<sup>1348</sup> Article 87 § 1 Traité CE : « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

<sup>1349</sup> Article 88 § 3 Traité CE : « *La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue (...). L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale* ».

<sup>1350</sup> Le juge national pouvant alors ordonner sa suspension, voire sa récupération auprès de ses bénéficiaires.

<sup>1351</sup> La Cour suit en cela la solution qu'elle avait auparavant retenue dans l'arrêt CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, Aff. C-53/00, *Rec. I-9067*.

qui leur font concurrence (...) »<sup>1352</sup>. Cependant, la Cour pose quatre conditions restrictives à la non-qualification d'aides d'Etat<sup>1353</sup>. En premier lieu, l'entreprise bénéficiaire doit être effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. En second lieu, les paramètres permettant d'établir cette compensation doivent avoir été précisés au préalable, de façon objective et transparente<sup>1354</sup>. Ensuite, la compensation ne peut excéder les sommes nécessaires pour couvrir la totalité ou une partie seulement des coûts de l'exécution des obligations de service public, l'Etat devant prendre en compte dans le calcul les recettes liées à l'exécution de ces obligations de service public et tenir compte d'un bénéfice raisonnable pour leur exécution. Enfin, dans l'hypothèse où l'attribution de la mission de service public ne s'opérerait pas selon une procédure de sélection publique, le montant de la compensation doit être calculé sur la base de la moyenne des coûts qu'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée devrait supporter afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises.

Ces conditions étant extrêmement strictes, elles n'ont encore, pour l'heure, presque jamais été réunies<sup>1355</sup>. Nombre de financements n'échappent donc pas à la qualification d'aides d'Etat, et c'est alors la Commission qui préside à leur sort. A cet effet, cette dernière a adopté le 28 novembre 2005 un paquet législatif dit « *paquet SIEG* » comprenant une décision relative aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public exemptées de l'obligation de notification<sup>1356</sup> et considérées compatibles avec le marché commun, un encadrement s'intéressant aux compensations de service public ne bénéficiant pas de cette exemption de notification<sup>1357</sup> et, enfin, une directive relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques<sup>1358</sup>. Selon la décision, sont exemptées de notification et considérées comme compatibles les aides d'Etat sous forme de compensations

---

<sup>1352</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, préc., point 87.

<sup>1353</sup> V. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, préc., points 88 à 93.

<sup>1354</sup> La compensation ne doit pas, en effet, se transformer « *en aide de sauvetage* » (DUBOUIS (Louis) et BLUMANN (Claude), *Droit matériel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 559).

<sup>1355</sup> De nombreux auteurs remarquent d'ailleurs à l'époque le danger de cette jurisprudence à l'égard de la sécurité juridique. Aucun critère de calcul des compensations n'étant fourni par l'arrêt, pouvait exister le risque que les Etats s'abstiennent de notifier certains financements, ultérieurement qualifiés d'aides d'Etat et considérés alors comme illégaux. V. notamment RITLÉNG (Dominique), « Financement du service public et aide d'Etat », *AJDA* 2004, p. 1017 ; RODRIGUES (Stéphane), note sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, *AJDA* 2003, p. 1739 et DE BEYS (Julien), « *Altmark* : un arrêt qui ne règle rien », *JTDE* janvier 2004, p. 10.

<sup>1356</sup> Décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005 de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86 § 2 Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *JOUE* L 312, p. 67.

<sup>1357</sup> Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, *JOUE* C 297, p. 4.

<sup>1358</sup> Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE* L 312, p. 47.

de service public n'excédant pas un certain seuil ou octroyées à certains destinataires spécifiques, dont font partie hôpitaux et les entreprises de logement social, marquant ainsi le statut dérogatoire de ces prestations à caractère social<sup>1359</sup>. Quant aux compensations de service public n'entrant pas dans le cadre de cette décision, l'encadrement communautaire les soumet à des conditions quasiment similaires à celles posées dans l'arrêt *Altmark*<sup>1360</sup> pour que la Commission puisse les considérer comme des aides d'Etat valides au regard de l'article 86§2. Ainsi, l'octroi de droits spéciaux permettant le financement de la réalisation de la mission de service public par les personnes publiques reste, à tout moment, étroitement contrôlé, une surcompensation avérée entraînant la qualification d'aide d'Etat et ne pouvant bénéficier de la dérogation prévue à l'article 86 § 2 du Traité CE.

En outre, la vigilance entourant toute atténuation à la libre et égale concurrence ne s'arrête pas au stade de l'institution d'un droit spécial, et implique également, en aval, un contrôle du comportement de l'opérateur généré par un tel droit.

b) Des mécanismes de prévention et de sanction des comportements anticoncurrentiels

Nombre de critiques encourues par le service public au regard de la libre concurrence ne découlent pas, en réalité, de la mission de service public, des sujétions qu'elle impose et du traitement spécifique qu'elle implique, mais de la structure publique porteuse de cette mission. Le statut de personne publique comporte en effet certaines spécificités souvent analysées comme sources potentielles de distorsions aux règles de concurrence lorsque ce type d'opérateur intervient sur le marché industriel et commercial.

Sans prétendre ici à l'exhaustivité quant au rappel des caractéristiques propres aux personnes publiques, la qualité de personne publique a ainsi parfois impliqué une confusion des fonctions entre les rôles d'opérateur et de régulateur, néanmoins très rapidement condamnée par la Cour de Justice. L'exigence d'une séparation organique des rôles de réglementation et d'exploitation des services publics découle de la vision égalitaire défendue en droit de la

---

<sup>1359</sup> Sont également exemptées de notification et considérées comme compatibles les aides n'excédant pas trente millions d'euros ou octroyées à des liaisons aériennes ou maritimes avec les îles ou aux aéroports et aux ports d'un trafic annuel limité.

<sup>1360</sup> Est ainsi notamment rappelée la nécessité que l'entreprise en cause ait été chargée d'une mission d'intérêt général par un acte de la puissance publique précisant les obligations de service public, leur durée, et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, puis l'interdiction de surcompenser les coûts de l'exécution du service public.

concurrence, une entreprise investie de pouvoirs réglementaires risquant d'être tentée d'en abuser en les utilisant dans un but anticoncurrentiel<sup>1361</sup>. S'étant déjà prononcée en ce sens dans le cadre de l'affaire *British Telecom*<sup>1362</sup>, la Cour de Justice a de nouveau très fermement condamné un tel cumul dans sa jurisprudence *Terminaux de télécommunications*, où elle rappelle que « confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents »<sup>1363</sup>. Une distinction organique entre opérateur et régulateur aboutissant à la création d'autorités de régulation indépendantes dans les secteurs des télécommunications<sup>1364</sup> et de l'électricité<sup>1365</sup> est ainsi intervenue en France. Cependant, cette confusion des fonctions permise par le statut d'opérateur public n'est pas le seul privilège ayant pu attirer l'attention des autorités de concurrence. Le statut du personnel des entreprises publiques suscite également certaines interrogations, au sens où les contraintes pesant sur l'employeur ne semblent pas être les mêmes selon que le personnel d'une entreprise est régi par un statut réglementaire ou par une convention collective que l'employeur ne peut ni modifier unilatéralement, ni dénoncer sans respecter des conditions strictes<sup>1366</sup>. Mais ces considérations ne doivent pas masquer les lourdeurs qu'implique en parallèle la gestion d'agents publics<sup>1367</sup>, et les instances chargées du respect du droit de la concurrence restent, de ce fait, très réservées sur cette question. Le Conseil de la concurrence, dans un avis du 25 juin 1996, rappelle ainsi qu'« actuellement, aucune étude ne permet de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que de droit privé représente (...) du point de vue des coûts globaux, un avantage ou un handicap »<sup>1368</sup> quand, de manière plus hardie, le Tribunal de Première

---

<sup>1361</sup> En ce sens, KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (2<sup>ème</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 494.

<sup>1362</sup> CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, Aff. C-41-83, *Rec.* p. I-873.

<sup>1363</sup> CJCE, 19 mars 1991, *République Française c/ Commission*, Aff. C-202/88, *Rec.* I-1223.

<sup>1364</sup> V. loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *préc.* ayant institué en tant qu'autorité administrative indépendante l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART).

<sup>1365</sup> Suivant en cela les prescriptions de la directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996, la loi 2000-108 du 10 février 2000 (*JO* 11 février 2000, p. 2143) a instauré en tant qu'autorité de régulation la Commission de régulation de l'Electricité (CRE).

<sup>1366</sup> En ce sens, LOMBARD (Martine), « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, *Chron.*, p. 167.

<sup>1367</sup> En ce sens, NICINSKI (Sophie), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005, p. 105 et LAIDIE (Yann), « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *DA* 2001, p.8.

<sup>1368</sup> Cons. Conc., avis n° 96-A-10, 25 juin 1996, Services financiers de La Poste, p. 25. Cette prudence est partagée par le Conseil d'Etat, qui rappelle également dans son avis « Société Jean-Louis Bernard Consultant »

Instance des Communautés européennes n'hésitait pas à considérer que des mesures de financement du passage d'un statut de fonctionnaire à un statut d'agent privé ne constituent pas des aides d'Etat, car se limitent en réalité à libérer l'entreprise d'un « *désavantage structurel* »<sup>1369</sup>. Quant au régime financier des personnes publiques, l'impossibilité de recourir à l'encontre des établissements publics aux voies d'exécution forcées<sup>1370</sup> et aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire des sociétés<sup>1371</sup> a également pu être évalué à l'aune d'un privilège anticoncurrentiel<sup>1372</sup>. Ce traitement spécifique permet en effet aux établissements publics visés de bénéficier d'un avantage financier à court terme, à savoir celui de ne pas être assujettis au régime d'assurance des créances des salariés, lequel prévoit une assurance insolvabilité, risque que les personnes publiques ne sont pas censées courir<sup>1373</sup>. Mais elles bénéficient également d'un avantage à plus long terme, dans la mesure où ces exonérations « *leur permettent de jouir d'une image de solidité financière et, au bénéfice de celles-ci, de conditions d'emprunt satisfaisantes* »<sup>1374</sup>. Cette dernière considération n'a d'ailleurs pas échappé à la Commission européenne, laquelle dispose, dans sa communication du 11 mars 2000 relative aux aides d'Etat, que « *constitue (...) une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité* ». Ayant ouvert une procédure sur cette question à l'encontre de la France à propos du régime financier d'EDF, la Commission a finalement décidé de sa clôture, la France s'étant engagée à modifier le statut de cette entreprise. Mais cette intervention a relancé le débat sur les privilèges financiers dont bénéficieraient les établissements publics et qui doivent certainement être nuancés. En premier lieu, ne pas être soumis aux voies d'exécution de droit privé ou aux procédures de redressement ou de liquidation relève parfois plus du handicap que de l'avantage. En effet, l'absence de voies d'exécution de droit privé peut aussi bien inquiéter les prêteurs, et les

---

que la différence existant entre le régime des agents publics et celui des salariés de droit privé n'est pas forcément synonyme d'avantage concurrentiel en faveur de l'opérateur public. (v. point 3 de l'avis).

<sup>1369</sup> TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmaend c/ Commission*, Aff. T-157/01, *Rec.* II-917, point 57. Sur l'ensemble de cette question, NICINSKI (Sophie), *Ibid.*

<sup>1370</sup> Ccass., 1<sup>ère</sup> civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, *Bull. civ.*, I, n° 348, p. 249, *GAJA*, p. 666.

<sup>1371</sup> V. article 620-2 du Code de commerce, issu de l'article 2 de la loi du 25 janvier 1985, qui dispose en effet que « *le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé* », ce texte semblant exclure les personnes publiques de son champ d'application.

<sup>1372</sup> V. LOMBARD (Martine), « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, *Chron.*, p. 167.

<sup>1373</sup> Cette exonération ne jouant cependant que pour les établissements publics et non pour les entreprises publiques sous forme de sociétés. V. Ccass., Soc., 29 février 2000, *Compagnie nationale Air France*, *Bull. civ.* n° 78.

<sup>1374</sup> LOMBARD (Martine), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 81.



conduire à ne pas traiter avec un opérateur public, de peur de ne pas recouvrer la créance engagée<sup>1375</sup>. Par ailleurs, exclure les établissements publics des procédures de redressement et de liquidation judiciaire empêche ceux d'entre eux qui pourraient se retrouver en cessation de paiement de bénéficier de la suspension des actions des créanciers<sup>1376</sup>. Enfin, la spécificité de ces règles écarte logiquement la possibilité pour les opérateurs publics de recourir à l'arbitrage et aux clauses compromissaires, instruments prisés par leurs concurrents privés<sup>1377</sup>. Encore une fois, une mise en balance *in concreto* des avantages et des contraintes relevant du statut d'opérateur public amène à privilégier une appréciation « neutralisante » de ces avantages<sup>1378</sup>. Quant à la garantie même accordée aux établissements publics, certains auteurs estiment que cette dernière trouve son véritable fondement dans la mission de service public qui leur est assignée, et non dans leur qualité de personne publique. Rappelant notamment les aides financières qui ont toujours été fournies par l'administration à son cocontractant dans le cadre de la théorie de l'imprévision, Christophe Barthélemy estime ainsi que si l'opérateur public peut espérer une garantie de la part de l'Etat, c'est « *exclusivement en vue de compenser les sujétions spécifiques qu'impose la satisfaction de l'intérêt général* », et que la puissance publique « *n'intervient pas au profit des opérateurs, mais de leur activité* », sous réserve du respect des prescriptions de l'article 86§2<sup>1379</sup>. Ce faisant, cet auteur rappelle qu'il est parfois difficile de distinguer si le traitement spécifique réservé aux personnes publiques découle de leur statut ou de la mission qu'elles sont amenées à accomplir, les caractéristiques statutaires mêmes des personnes publiques devant parfois être rapprochées des obligations dont elles ont la charge.

Cette dernière considération amène d'ailleurs à s'intéresser aux distorsions de concurrence pouvant résulter de la mission même de service public, ou plutôt des droits spécifiques qu'elle procure aux opérateurs publics ou privés. Sous réserve du respect des prescriptions de

---

<sup>1375</sup> En ce sens, BARTHELEMY (Christophe), « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP/CJEG* 2004, p. 425. Il importe cependant de rappeler l'existence de « voies d'exécution administrative ». La loi du 16 juillet 1980, reprise à l'article L. 911-9 du Code de justice administrative, permet ainsi notamment, lorsqu'une décision passée en force de chose jugée a prononcé la condamnation d'une personne publique au paiement d'une somme d'argent, que cette somme soit mandatée dans un délai de deux mois, à défaut de quoi cette somme peut être mandatée d'office.

<sup>1376</sup> LOMBARD (Martine), *Ibid.*

<sup>1377</sup> Le législateur a cependant organisé un certain nombre d'exceptions à ce principe, énumérées à l'article L. 311-6 du Code de Justice administrative.

<sup>1378</sup> En faveur de cette approche compensatoire, LEMAIRE (Christophe), « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *RJEP/CJEG* 2004, p. 409. Cette solution semble par ailleurs privilégiée par le Conseil d'Etat qui estime en effet, dans son avis de 2002, que « *les personnes publiques ne sont pas placées dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées* ». Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, 2002, p. 270.

<sup>1379</sup> BARTHELEMY (Christophe), *op. cit.*, p. 428.

l'article 86 § 2, l'octroi de droits spéciaux à l'opérateur afin de lui permettre d'accomplir la mission de service public qui lui incombe n'est pas remis en cause. Mais il importe de contrôler l'usage pouvant être fait de ces droits, notamment lorsque l'opérateur ne prend pas uniquement en charge une mission de service public mais également d'autres activités purement commerciales. Ainsi est-il nécessaire de revenir sur les droits exclusifs parfois alloués, car si l'octroi d'un tel droit exclut toute concurrence sur le segment d'activité visé, l'opérateur disposant du monopole ainsi formé prend parfois également en charge d'autres activités, distinctes du service public et se mouvant dans un environnement concurrentiel. De la même manière, un opérateur bénéficiant d'un droit spécial au titre de la mission de service public a pu diversifier ses activités. Or, dans ce cas, « *ces avantages structurels ne constituent pas en eux-mêmes des pratiques prohibées mais peuvent en être à l'origine* »<sup>1380</sup>, le risque de distorsion de concurrence résidant dans la tentation des opérateurs d'utiliser leur activité d'intérêt général pour financer leurs activités concurrentielles<sup>1381</sup>. Tout l'enjeu est alors de déterminer si les ressources que procurent le monopole ou les avantages tirés d'une mission de service public servent à subventionner des activités distinctes et relèvent dès lors d'une subvention croisée constitutive d'un abus de position dominante. Le principe des subventions croisées n'est pas condamnable *per se* : « *il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vue d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites : ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* »<sup>1382</sup>. Mais cette tolérance trouve ses limites pour le Conseil de concurrence dans le fait que l'opérateur « *utilise tout ou partie de l'excédent de ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui*

---

<sup>1380</sup> NICINSKI (Sophie), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., 2005, p. 116.

<sup>1381</sup> Ce danger est très clairement rappelé par le Conseil d'Etat dans son rapport annuel : « *le principal risque d'abus de position dominante réside dans l'utilisation d'un réseau commercial amorti par l'activité sous monopole, ou, plus largement, l'activité de service public, en vue de développer des activités concurrentielles* ». (Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, p. 237).

<sup>1382</sup> Cons. Conc. 22 novembre 2000, déc. n° 00-D-47, *Citélium*, p. 13. V. également en ce sens TPICE, 20 mars 2002, *UPS Europe SA*, Aff. T-175/99, *Rec. II-01915*.

*n'aurait pas eu lieu sans elle* »<sup>1383</sup>. Est alors sanctionnée la pratique de prix visant à éliminer la concurrence par des prix de vente inférieurs à la réalité des coûts moyens du service<sup>1384</sup>. Conscientes d'un tel danger, les autorités chargées du respect des règles de concurrence ont par ailleurs préconisé certaines règles censées prévenir ces comportements. Outre le principe de stricte compensation des charges du service public, très nettement rappelé en droit communautaire dans le cadre de l'arrêt *Altmark*<sup>1385</sup>, est ainsi recommandée une séparation des activités de diversification et des activités sous monopole. Cette exigence, formulée dès 1994 par le Conseil de la concurrence dans un avis concernant la diversification des activités d'EDF et de GDF<sup>1386</sup>, est aujourd'hui retrouvée dans la quasi-totalité des directives sectorielles présidant à la libéralisation des services d'intérêt économique général. Elle encourage notamment une dissociation matérielle entre les activités de gestion de l'infrastructure et celles de prestations de biens ou de services<sup>1387</sup>, voire une dissociation organique aboutissant à la création d'organismes publics autonomes ou de filiales, et soutient également la tenue d'une comptabilité séparée entre les deux types d'activités. Cette dernière obligation rejoint alors le souci de transparence retracé dans le cadre de la directive du 28 novembre 2005, laquelle rappelle, pour l'ensemble des entreprises recevant des compensations de service public, la nécessité de tenir des comptes séparés, seul moyen permettant « *d'identifier les coûts imputables au service d'intérêt économique général et de calculer le montant correct de la compensation* »<sup>1388</sup>.

---

<sup>1383</sup> Cons. Conc. 22 novembre 2000, *préc.*

<sup>1384</sup> Les pertes endurées alors étant censées être rattrapées par la suite par l'opérateur une fois qu'il sera resté seul sur le marché en cause. V. sur ce point DESTOURS (Stéphane) et CLAMOUR (Ghislain), « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *Jcl. Coll. Territ.*, Fasc. 724, 2004, p. 21.

<sup>1385</sup> V. *supra*.

<sup>1386</sup> Cons. Conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994.

<sup>1387</sup> Comme en témoigne en matière ferroviaire la dissociation opérée par la loi du 13 février 1997 entre Réseau Ferré de France, établissement public chargé de la gestion de l'infrastructure, et la SCNCF, restant quant à elle chargée de l'exploitation de l'infrastructure.

<sup>1388</sup> Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOUE* L 312, p. 47, point n° 4 : « (...) *Quelle que soit la qualification juridique des compensations de service public, l'obligation de tenir des comptes séparés au regard de l'article 87 § 1 du traité s'impose à toutes les entreprises bénéficiaires de telles compensations qui réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général. Seule la tenue d'une compatibilité séparée permet en effet d'identifier les coûts imputables au service d'intérêt économique général, et de calculer le montant correct de la compensation* ». Cette exigence de transparence comptable est par ailleurs retrouvée dans l'avis du Conseil d'Etat « *Jean-Louis Bernard Consultant* » (*préc.*), dans lequel la Haute instance précise en effet qu'un établissement public administratif qui participerait à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public devrait être en mesure de justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié que ses prix sont basés sur ses coûts et qu'il n'a bénéficié d'aucun avantage tiré de sa mission de service public. (V. point 4 de l'avis).

Que l'intervention des autorités de concurrence se traduise *ex ante*, par la mise en place de règles préventives ou, postérieurement à l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel, par la sanction de l'abus de position dominante, le traitement spécifique concédé en vue de la réalisation de la mission de garantie est toujours entouré de multiples précautions et contrôles. Dès lors, ce constat interroge quant à la relation nouée entre service public et liberté de concurrence. Si perdure en effet une exorbitance du service public, ce procédé se trouve cependant enserré aujourd'hui dans une logique concurrentielle si affirmée qu'elle peut soulever question quant au niveau de garantie alors assuré aux droits et libertés.

### ***B/ Une conciliation déséquilibrée ?***

L'influence du droit communautaire n'a pas conduit, ainsi qu'il avait pu être craint, à une banalisation totale du service public. Ce dernier a su conserver ses spécificités et implique toujours certaines inflexions aux règles de concurrence. Mais le traitement même de ces spécificités s'organise dans un cadre concurrentiel (1), si prégnant que le service public apparaît aujourd'hui extrêmement restreint dans sa portée et que sa mission de garantie pourrait s'en trouver menacée (2).

#### *1) Une logique concurrentielle prédominante*

« *La prise en charge d'une activité d'intérêt général par une personne publique est (...) souvent associée à un régime dérogatoire et à des privilèges exorbitants du droit privé, justifiés par les contraintes particulières qui pèsent sur ladite activité. Dans ces conditions, la soumission de certaines activités des personnes publiques au droit de la concurrence conduit inévitablement à l'atténuation, voire à l'effacement de ces particularismes (...)* »<sup>1389</sup>. A ce titre, il est aujourd'hui devenu classique de constater, en même temps que l'importance croissante du principe de libre concurrence, la banalisation de l'action des personnes publiques et le reflux des particularités du droit des services publics<sup>1390</sup>. Même s'il n'est pas le

---

<sup>1389</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 46.

<sup>1390</sup> V. en ce sens, notamment, AUBY (Jean-Bernard), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3 et BOITEAU (Claudie), « L'exorbitance du droit des services publics », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, L.G.D.J., 2004, p. 180.

seul responsable de cette évolution, le droit communautaire a souvent, et avec raison, été placé en première ligne des facteurs pouvant expliquer ce bouleversement. Cependant, son influence n'a pas conduit à une disparition totale du régime dérogatoire attaché au service public. Si les marques du reflux sont tangibles - l'aménagement et la disparition des monopoles de service public en restant l'exemple le plus marquant - une « *irréductible exorbitance* »<sup>1391</sup> demeure cependant attachée au procédé. La prise en charge de la mission de garantie imposée au service public implique de nombreuses contraintes et le gestionnaire d'un tel service doit, dès lors, bénéficier de l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux nécessaires à la réalisation de cette mission. Il est désormais acquis dans la sphère communautaire que le marché même a ses limites, et que certaines activités sont d'une nécessité telle au regard des droits et libertés de l'individu qu'elles ne sauraient être correctement prises en charge dans un environnement purement concurrentiel. Ainsi, le droit communautaire ne conteste plus l'importance des services d'intérêt économique général. Au contraire, il a intégré la logique du procédé de service public, définit les contraintes qu'il sous-tend, telles l'universalité et la continuité, fait apparaître la notion de service universel, laquelle impose irréductiblement certaines sujétions aux opérateurs qui en ont la charge, et organisé les solutions spécifiques, en termes de droits exclusifs ou spéciaux, adaptées à ces obligations de service public afin de garantir les impératifs de cohésion sociale et territoriale.

Cependant, le droit communautaire intègre le service public selon une logique qui demeure concurrentielle. L'exorbitance est assurément retrouvée dans le fait que ce droit réserve à certaines activités un traitement particulier en termes de sujétions imposées à l'opérateur. Là subsiste la spécificité du service public, valorisé aujourd'hui dans son rôle de défenseur des droits et libertés et envers lequel le principe de libre et égale concurrence doit connaître certaines limites. Mais l'approche concurrentielle se retrouve dans la logique même d'octroi de droits spéciaux. En effet, il faut envisager ces traitements spécifiques tolérés par le droit de la concurrence sous l'angle de contreparties, permettant en réalité de rétablir l'égalité de concurrence entre l'opérateur chargé d'une mission de service public et celui qui n'en connaît pas. Le premier subit en effet un handicap quant à sa position concurrentielle. En ce sens, la Commission européenne définit d'ailleurs l'obligation de service public comme l'obligation qu'une entreprise « *n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions si elle était mue par son propre intérêt commercial* »<sup>1392</sup>, car celle-ci

---

<sup>1391</sup> BOITEAU (Claudie), *op. cit.*, p. 188.

<sup>1392</sup> Décision 2001/851/CE de la Commission du 21 juin 2001 concernant les aides d'Etat versées par l'Italie à la compagnie maritime Tirrenia di Navigazione, point 26, *JOUE* L 318, 4 décembre 2001, p. 9 ;

implique un coût ne rentrant pas dans le cadre des objectifs de rentabilité l'animant normalement. L'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général fournit à la fois des services rentables et non rentables et, « à tout le moins, (...) des services à un coût variable qui n'est pas reflété dans le tarif appliqué », la prestation étant prodiguée « à des tarifs uniformes, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle »<sup>1393</sup>. En outre, l'entreprise chargée d'une telle mission est parfois soumise au respect de réglementations exorbitantes concernant, par exemple, la protection de l'environnement<sup>1394</sup>, et impliquant un coût économique. La charge financière encourue se comprend alors comme devant « correspondre à la différence entre les coûts supplémentaires supportés par l'opérateur du fait de ces obligations, et les recettes résultant de la réalisation de ces prestations »<sup>1395</sup>. C'est dans cette perspective que l'octroi de droits exclusifs spéciaux est alors nécessaire. Dans un premier temps, cette action s'impose évidemment pour permettre l'accomplissement de la mission, compromis si l'entreprise n'est pas en situation d'équilibre économique. Mais selon une logique purement concurrentielle, elle est également nécessaire afin de corriger les distorsions de concurrence qui résultent de la prise en charge d'une mission de service public. En impliquant certaines inflexions à l'égale concurrence, est donc en réalité rétablie la concurrence entre tous les opérateurs. En cela, « la compensation est regardée comme allant de soi »<sup>1396</sup> dès lors que sa nécessité et sa proportionnalité satisfont aux contrôles opérés par les autorités internes ou communautaires.

Cette prévalence de la logique concurrentielle est par ailleurs très nettement rappelée sous d'autres aspects par la Commission européenne. Cette autorité paraît ainsi favorable à ce que les pouvoirs publics imposent des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs, afin de tous les ramener au même niveau concurrentiel<sup>1397</sup>. Dans le cadre d'une compensation du handicap causé par la prise en charge d'un service d'intérêt économique général, il lui semble en outre préférable que ce service ait « été attribué à l'issue d'une procédure équitable, transparente et non discriminatoire, en ce qui concerne le service à fournir et le montant de la compensation (...) ». En ce cas, et dès lors que la procédure aura réellement été

---

<sup>1393</sup> LENAERTS (Koen), « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *ECDE* n° 53, 2002, p. 4 32.

<sup>1394</sup> V. par exemple CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente d'Almelo, préc.*, pt 49 et, sur cette question, KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (2<sup>ème</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 520.

<sup>1395</sup> LIGNIERES (Paul) et LIMOUSIN (Perrine), « Mécanismes de financement des obligations de service public », *DA* février 2002, p. 40.

<sup>1396</sup> Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », *EDCE*, n° 53, 2002, p. 350.

<sup>1397</sup> Communication de la Commission du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe (COM [2000] 580 final, point 15.

concurrentielle, le montant de la compensation sera « *normalement jugé compatible avec les exigences de l'article 86 § 2* »<sup>1398</sup>. Affichant ainsi sa préférence envers le système de délégation de service public, la Commission semble alors quelque peu nuancer la liberté de choix du mode d'organisation des services publics dont disposent logiquement les Etats membres en l'absence de législation communautaire spécifique<sup>1399</sup>. Enfin, et surtout, la Commission a pu rappeler que, souvent, « *les services d'intérêt économique général devraient être capables de remplir leur mission dans des conditions d'équilibre financier* » et qu'« *un certain nombre de services d'intérêt général peuvent aujourd'hui avantageusement être fournis selon les conditions du marché et sans aide* »<sup>1400</sup>, et donc sans compensation. Or une telle position peut inquiéter par son caractère radical. Elle semble en effet nier les sujétions inévitables qu'emporte la mission de garantie des droits et libertés et réinscrire ces services publics dans une approche purement économique, indifférente au droit de chaque individu d'accéder à certaines prestations essentielles. Cette autorité confirme ainsi, s'il en était besoin, que la référence prédominante englobant le service public demeure celle de la libre concurrence et que c'est en respectant au maximum cette logique que ce procédé doit être intégré dans la sphère communautaire. Dans cette perspective, il est alors nécessaire de s'interroger sur l'équilibre réel de la conciliation opérée entre la mission de garantie portée par certains services publics et le respect des libertés économiques.

## 2) *Une logique susceptible d'entraîner certains écueils*

L'interaction entre service public et concurrence a désormais été envisagée dans la quasi-totalité de ses éléments par le droit communautaire. Il en est ressorti la disparition, programmée ou achevée, des monopoles de service public, un contrôle étroit des avantages statutaires des opérateurs publics de service public, un encadrement strict de la nécessité de l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, une vigilance renforcée au sujet de la proportionnalité de ces droits spécifiques et, notamment, de tout sur-financement. Le service public n'a jamais été considéré comme relevant d'une sphère extérieure à la libre concurrence. Son appréhension s'est au contraire opérée en étroite relation avec ce principe et sous son influence. Y échappe seulement la reconnaissance d'un intérêt général, impliquant la

---

<sup>1398</sup> Rapport de la Commission à l'attention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt général, 17 octobre 2001, *préc.*, point 19.

<sup>1399</sup> En ce sens, RITLENG (Dominique), « Financement du service public et aide d'Etat », *AJDA* 2004, p. 1016.

<sup>1400</sup> Rapport de la Commission à l'attention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt général, 17 octobre 2001, COM [2001], 598 final, point 8.

soumission de l'entreprise gérant l'activité à des sujétions exorbitantes du droit commun. Mais au-delà de cette concession, la libre concurrence retrouve ses droits, que ce soit dans le cadre de la compensation de ces obligations comme dans les limites apportées aux choix d'organisation et de mode de gestion du service public par les pouvoirs publics. Ces derniers intègrent d'ailleurs de plus en plus cette nouvelle donne, semblant même parfois accompagner cette évolution et non pas seulement s'y soumettre. Dès 1971, Danièle Lochak constatait que l'extension des activités de l'Etat dans le secteur industriel et commercial faisait naître un nouveau problème, à savoir celui de la concurrence que devaient subir les entreprises et services publics du fait des activités privées<sup>1401</sup>. En ce sens, le changement de statut d'EDF et de GDF, intervenu par les lois du 9 août 2004<sup>1402</sup> et du 7 décembre 2006<sup>1403</sup> transformant ces établissements publics en sociétés anonymes, n'est peut-être pas du uniquement à l'influence de la Commission européenne. Ce changement serait en effet le résultat d'« *une convergence stratégique paradoxale* »<sup>1404</sup>, la Commission espérant soumettre pleinement ces établissements aux règles de concurrence et les autorités françaises y voyant la possibilité de renforcer la position de ces entreprises en les désengageant des contraintes propres au statut d'établissements public, et notamment du principe de spécialité, considéré comme les excluant en partie de la vie normale des affaires<sup>1405</sup>.

A revenir à la conciliation entre service public et liberté de concurrence, il apparaît que, de manière irréductible, logique de service public et logique concurrentielle ne peuvent totalement se confondre. La mission de garantie défendue par le service public en constitue la limite. Mais le combat n'est-il pas près, désormais, d'être gagné et ce, au profit de la libre concurrence ? Les points les plus saillants de la confrontation ont été aplanis sous son influence. L'organisation des services publics est aujourd'hui soumise à ses principes et à la vigilance des autorités internes ou communautaires, gardiennes de l'orthodoxie concurrentielle. Et cette vigilance ne semble pas prête de faiblir, au sens où la mission même de service public fournissant toujours matière à certaines dérogations, un danger envers la libre concurrence subsiste donc aux yeux des autorités communautaires. Cependant, cette

---

<sup>1401</sup> LOCHAK (Danièle), « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, p. 262.

<sup>1402</sup> V. 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*, *JO* 11 août 2004, p. 14256.

<sup>1403</sup> V. Article 39 loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie*, *JO* 8 décembre 2006, p. 18531.

<sup>1404</sup> BARTHELEMY (Christophe), « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP/CJEG* 2004, p. 429.

<sup>1405</sup> En ce sens, LOMBARD (Martine), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 80 et SEILLER (Bertrand), « Evolution de la conception française du service public et de son dualisme », *JCP A* 2007, p. 21.



menace fait aujourd'hui l'objet d'une telle surveillance qu'elle semble en grande partie déjà maîtrisée.

Le service public qui ressort de cette confrontation est, par beaucoup d'aspects, réduit jusqu'à l'épure. Défini dans son contenu comme dans les obligations qu'il implique pour l'opérateur en ayant la charge, il se resserre, en conformité avec ce qui avait déjà été constaté dans le cadre limité des services publics en réseaux, de plus en plus autour d'une sorte de « *noyau dur d'intérêt général* »<sup>1406</sup>, tourné vers les impératifs de cohésion économique, sociale et territoriale. Or, recentrer le service public sur sa seule mission, en le désolidarisant totalement des modalités d'organisations particulières qu'il pouvait avoir connues jusqu'alors, n'est pas forcément favorable à l'objectif général de cohésion dont il est censé être le maître d'œuvre. Dans son nouveau cadre d'expression, le service public peut être pris en charge par l'ensemble des opérateurs agissant sur le secteur d'activité en cause. Cela satisfait assurément aux règles de concurrence et les prestations, en tant que telles, doivent être fournies aux usagers. Mais l'objectif plus général de cohésion assigné au service public sous-tend nécessairement une dimension humaine difficile à préserver dans le même temps. Ainsi, « *s'agissant du service public postal, rien ne remplace le passage régulier, jour après jour, dans chaque localité et auprès de chaque usager, d'un agent bien identifié et appartenant à un service bien implanté sur tout le territoire. Cette seule présence est plus porteuse en elle-même de service public et de la solidarité que celui-ci exprime, que les prestations proprement dites confiées au préposé et qui seules servent à définir le service public universel* »<sup>1407</sup>. La vision « technique » du service public privilégiée par le droit de la concurrence ne suffit donc pas forcément à rendre compte de la dimension solidaire qu'il doit revêtir, et rend sensible le hiatus amené à perdurer entre intérêt général et libre concurrence.

Englobé dans une approche concurrentielle ayant triomphé de la plupart des spécificités organisationnelles qui lui étaient attachées, le service public offre l'image d'une notion en grande partie désormais domptée. Le débat s'est apaisé sous l'effet de l'aménagement organisé entre libre concurrence et intérêt général, l'Union européenne, à l'origine considérée comme une véritable « machine de guerre », ayant nuancé son appréhension du service public tandis que les autorités françaises se pliaient peu à peu à ses exigences. Il est aujourd'hui progressivement admis que « *la promotion du service public commence dans une pleine reconnaissance du cadre d'ensemble de libre concurrence dans lequel il est appelé à*

<sup>1406</sup> Selon l'expression de Stéphane Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 51. .

<sup>1407</sup> Rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence », EDCE, n° 53, 2002, p. 354.

*intervenir* »<sup>1408</sup>. Cependant, tout reste affaire d'équilibre et, vigilance pour vigilance, il importe que l'appréhension concurrentielle des services publics ne dénature pas la mission de garantie des droits et libertés en cause. Dans ce cadre, la mise en place d'une démarche d'évaluation des performances des industries de réseaux fournissant des services d'intérêt économique général, initiée par la Commission européenne à partir de 2001, revient sur les bénéfices et les inconvénients d'une telle approche et conclut, à l'occasion de son dernier rapport daté de 2007<sup>1409</sup>, à un bilan positif de l'ouverture du marché. Constatant une stabilité de la qualité et de l'accessibilité des services fournis et l'instauration de tarifs plus abordables, cette appréciation favorable est pourtant parfois amendée par certains auteurs, pointant, notamment en matière de libéralisation des marchés électriques<sup>1410</sup>, les risques en matière de sécurité de l'approvisionnement et de stabilité des prix, et nuancent ainsi, pour partie, les bienfaits avancés de la libéralisation des marchés de services en réseaux. Plus largement, l'Union européenne a valorisé le rôle de garantie des droits et libertés des services d'intérêt économique général en en faisant le motif de la dérogation aux règles de concurrence. Mais elle oblige les structures porteuses de ces missions à une « *conversion capitalistique* »<sup>1411</sup> les obligeant à se recentrer, de plus en plus, sur des objectifs de rentabilité dont les tenants s'accordent mal avec la prise en charge d'une mission de garantie des droits, par essence déficitaire. Bien que des obligations de service public ou de service universel soient imposées aux opérateurs, le risque existe que ces derniers envisagent ces obligations de manière minimaliste, « *comme un fardeau dont il convient de se délester* »<sup>1412</sup>. Il faut espérer que la vigilance des autorités communautaires et nationales et l'instauration d'un système de régulation efficace permettent d'éviter cet écueil. A cet égard, l'élaboration d'une directive cadre sur les services d'intérêt économique général, qui synthétiserait les différentes directives sectorielles et se présenterait ainsi comme un texte de référence rassemblant les conditions et règles communes de fonctionnement de ces services a souvent été souhaitée<sup>1413</sup>. Dans un souci de sécurité juridique, pourraient ainsi être clarifiées les modalités de gestion et

---

<sup>1408</sup> Rapport du Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 355.

<sup>1409</sup> V. documents de travail des services de la Commission, Rapport 2006 sur l'évaluation de la performance des industries de réseaux fournissant des services d'intérêt économique général, 12 juillet 2007, SEC (2007)1024.

<sup>1410</sup> V. l'analyse de Frédéric MARTY, reproduite dans les *Cahiers français* (n° 339, 2007) et tirée de son article « Déséquilibre et défaillances des marchés électriques : la libéralisation est-elle coupable ? », *L'économie politique*, n° 24, 2004. V. également DELION (André) et DURUPTY (Michel), « EDF et les dégâts de la libéralisation du secteur de l'énergie », *RFAP* 2007, n° 121, p. 247.

<sup>1411</sup> CALLEY (Grégoire), « La fin du monopole postal : quelles perspectives pour le financement du service universel postal ? », *LPA* 2008, n° 134, p. 9.

<sup>1412</sup> CALLEY (Grégoire), *Ibid.*

<sup>1413</sup> HERVOUET (François), « Clarifier le régime du service public : la nécessité d'une directive cadre ? », in H. Pauliat (dir.), *Service public, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2008, p. 131.

de financement de ces services, de répartition des compétences entre autorités nationales et communautaires, mais également, au-delà de l'aspect technique, précisées les obligations pesant sur les prestataires. « *La valeur ajoutée la plus significative d'un texte horizontal sur les SIEG pourrait peut-être résider dans ses dispositions relatives aux droits des usagers* »<sup>1414</sup>, et le rappel clair, dès lors, de la nécessité de faire vivre les droits et libertés consacrés par la Charte des droits fondamentaux, et de garantir ainsi l'accès satisfaisant à certaines prestations essentielles. L'introduction du protocole n° 9 relatif aux services d'intérêt général dans le Traité de Lisbonne s'inscrit dans cette visée en fixant un cadre global d'appréhension de ces services, à travers lequel l'Union européenne doit trouver « *un rôle à jouer dans la définition des principes et conditions de fonctionnement d'un large éventail de services* »<sup>1415</sup>. L'entrée en vigueur de ce texte pourrait ainsi être porteuse d'importantes évolutions.

## CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

Tout est affaire de conciliation, et si le rôle de garantie assuré par le service public ne peut justifier, aux yeux du droit communautaire, la persistance de certaines modalités d'organisation du service public jugées trop attentatoires aux libertés économiques, il continue cependant d'exiger certaines atténuations aux règles de concurrence. Ces « îlots » préservés, de par, justement, leur caractère dérogatoire, illustrent, peut-être avec plus de netteté que ne le fait parfois le droit interne, les impératifs de garantie des droits et libertés supportés par le service public et devant lesquels les instances communautaires acceptent de s'incliner. Diverses interrogations demeurent néanmoins. Les approches nationale et communautaire diffèrent ainsi quant à la détermination des services publics devant se plier au respect des libertés économiques. Les lignes de partage entre les deux niveaux semblent en effet loin de se correspondre et sont susceptibles de se brouiller, par ailleurs, à mesure que des services publics à vocation spontanément économique se verront reconnaître une fonction sociale et appelleront ainsi certaines dérogations. Il reste par ailleurs toujours possible d'estimer que

---

<sup>1414</sup> RODRIGUES (Stéphane), « La nouvelle approche communautaire : vers une loi cadre », in L. Grard (dir.), *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, PUB, 2007, p. 66.

<sup>1415</sup> Communication de la Commission du 20 novembre 2007, *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM (2007), 724 final. Le protocole n° 9 est à rapprocher de l'article 16 du Traité CE, lequel deviendrait l'article 14 et préciserait que la Communauté et ses Etats membres veillent à ce que les SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions et que « *le Parlement européen et le Conseil (...) établissent ces principes et fixent ces conditions sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect des Traités, de fournir, de financer et de faire exécuter ces services* ».

L'ouverture à la concurrence de différents secteurs, malgré la mise en place d'obligations de service public ou d'impératifs de service universel, induit une logique de rentabilité par essence difficile à concilier avec une mission de garantie des droits et libertés et qui implique, dès lors un contrôle extrêmement vigilant des autorités de régulation. Des interactions entre « droits-créances » et libertés économiques ont toujours existé. Mais la nouvelle donne européenne, axée sur la prévalence des libertés économiques, ne doit pas oublier que ces dernières ne peuvent pas tout et doivent donc être conciliées avec certains impératifs directement attachés à la satisfaction générale des droits et libertés.

## CONCLUSION DU TITRE SECOND

La relation entre service public et libertés s'ordonne de manière bien plus complexe que celle que ce procédé trouve à nouer avec les « droits-créances ». Elle doit en effet prendre en compte le caractère particulier de prérogatives envers lesquelles l'intervention du service public s'analyse comme une obligation « seconde », accessoire à leur définition principale mais néanmoins indispensable. *In fine*, les libertés réclament ainsi toujours certaines interventions positives constituant le fondement concret de leur épanouissement et que le service public s'emploie à matérialiser. En cela, envisager systématiquement le service public à l'aune d'une menace pour les libertés relève d'une simplification excessive, qui ne trouve réellement à se vérifier qu'au regard des libertés économiques. Il reste vrai, en effet, que le service public, de par la mission de garantie qu'il endosse, suppose toujours certaines inflexions à ces libertés, que le droit communautaire tente de minimiser, mais qui ne peuvent disparaître, au risque, sinon, de remettre en cause la concrétisation même des « droits-créances » comme des libertés. Mais la menace constatée en son temps par Pierre Delvolvé semble avoir changé de protagonistes. Il apparaît en effet que ce soit aujourd'hui bien plus le service public qui doit être défendu contre les impératifs du marché que le contraire. Or, cette défense s'organise autour des missions d'intérêt général que supporte le service et, tout particulièrement, de son rôle phare en matière d'accès aux droits, lequel se trouve dès lors remis en lumière.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

L'affirmation selon laquelle le service public est l'instrument de garantie des droits et libertés dissimule certaines nuances quant à l'intensité, la nécessité ou le caractère direct ou indirect de son intervention. Ainsi, tous les services publics institués n'ont pas vocation à mettre en œuvre ces droits et libertés. Certains ne trouvent par ailleurs, au regard de cette mission, qu'à jouer un rôle complémentaire des réglementations édictées. C'est enfin souvent de manière médiane que le service public intervient en faveur des libertés « classiques ». Pour autant, l'impact concret du service public ne peut être nié. Envisager dans le détail les implications pratiques liées à l'exercice effectif des droits comme des libertés a permis de s'en convaincre et de rendre compte, par ailleurs, de la « redécouverte » contemporaine de cette dimension. Dans un contexte où les modalités traditionnelles d'organisation du service public sont bouleversées, une plus grande attention est portée sur sa mission même et sur l'impact bénéfique que la notion sous-tend en termes de garantie des droits et libertés, tout particulièrement en faveur de populations en proie à l'exclusion. Une telle évolution ne va pas sans entraîner une modification de la perception même du service public, d'ores et déjà constatée, mais qui prend toute sa mesure dès lors que sont par ailleurs examinées les modalités concrètes par lesquelles le service public est appelé à mettre en œuvre ce rôle de garantie. Ses règles de fonctionnement tendent en effet à évoluer au diapason de la mission qui lui est impartie. Ce changement d'appréhension de ses principes directeurs traduit ainsi clairement l'interaction spécifique constatée entre le service public et les droits et libertés tout en soulevant, dès lors, certaines interrogations quant aux conséquences d'une telle évolution.



## **SECONDE PARTIE**

### **LA MODERNISATION DES PRINCIPES DU SERVICE PUBLIC SUSCITEE PAR SA FONCTION DE GARANTIE**

Si l'intervention du service public est nécessaire à la satisfaction des droits ou libertés, cette première proposition ne constitue cependant que la moitié du chemin à parcourir : elle suppose en effet, en aval, que le service public assume concrètement le rôle de garantie qui lui est assigné sous l'égide de règles de fonctionnement particulières. Cet aspect revêt une importance décisive, car la garantie offerte par ce procédé intéresse directement la mise en œuvre des droits et libertés, laquelle est, *in fine*, gouvernée par ces règles. Les modalités pratiques entourant la délivrance des prestations doivent donc faire écho à la mission particulière impartie au service public. Mais évidente dans son principe, cette affirmation ne peut à elle seule rendre compte d'une réalité plus complexe car évolutive et marquée par certaines contradictions.

Évolutive, car l'analyse de l'impact de l'intervention du service public tend en effet aujourd'hui à valoriser le rôle fondamental de ce procédé au regard des droits et libertés. Portée par un contexte faisant de la lutte contre l'exclusion une priorité, cette caractéristique est ainsi, aujourd'hui bien plus qu'hier, mise en avant, renouvelant la légitimité du service public sur le terrain de l'accès aux droits et libertés. Or cette évolution de la perception du rôle du service public tend à réinterroger les principes de fonctionnement traditionnels le gouvernant, et à réévaluer ces derniers au regard de cette dimension spécifique. S'ils apparaissent alors, dans leur principe même, en adéquation avec cet objectif, leurs effets concrets peuvent cependant sembler en deçà des attentes renouvelées que suscite aujourd'hui l'intervention de ce procédé. Leur modernisation, marquée par un recentrage autour de l'individu, se révèle ainsi à la fois fruit et outil de cette valorisation du rôle du service public sous le prisme des droits et libertés et tente, avec des fortunes diverses, de concrétiser et perfectionner la garantie attendue (*Titre premier*). La contradiction, quant à elle, se révèle à travers les divers arbitrages que le service public doit mettre en œuvre afin que la garantie de la liberté des uns ne conduise pas à la négation de la liberté des autres. Ce paradoxe accompagne depuis toujours la satisfaction de certaines prérogatives et il appartient en cela au service public d'opérer une conciliation entre les différents impératifs sous-tendus par les droits et libertés des usagers ou des agents. Or, les termes mêmes de cette conciliation tendent

aujourd'hui également à évoluer. Le recentrage du service public sur l'individu et ses droits et l'appréhension contemporaine de ses principes directeurs qui en découle conduisent en effet à remettre en cause certains équilibres depuis longtemps installés, selon des orientations souvent justifiées, mais également parfois critiquables (*Titre second*).



**TITRE PREMIER**  
**DES REGLES DE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC**  
**RECENTREES SUR SA FONCTION DE GARANTIE**

Les principes régissant la marche du service public ont vocation à permettre que son intervention atteigne sa pleine mesure au regard de l'objectif poursuivi. Or, celui-ci s'inscrit aujourd'hui plus avant dans une perspective de préservation et de mise en œuvre des « droits-créances » comme des libertés. Cette dimension spécifique doit donc être relayée par des règles de fonctionnement dont la novation confirme l'évolution contemporaine de la compréhension du rôle du service public en même temps qu'elle l'encourage. Le phénomène est particulièrement marqué en ce qui concerne le principe d'égalité, « loi » traditionnelle du service public sur laquelle se cristallise pour une large part la problématique de la protection des droits et libertés, l'égalité apparaissant consubstantielle à ces prérogatives. Le service public oscille, à l'égard de cette exigence, entre respect de l'égalité formelle et recherche d'une égalité concrète, et se recentre sur l'individu à travers une évolution qui peut soulever question quant à la plus value alors offerte à la garantie des droits et libertés (*Chapitre Premier*). Différentes règles guidant la marche du service public voient également leur appréhension évoluer. Une plus grande attention est accordée à leurs potentialités positives envers les droits et libertés des usagers et la lecture contemporaine faite de ces principes tend ainsi aujourd'hui progressivement à renforcer leur impact sur ce point (*Chapitre second*).



# CHAPITRE PREMIER

## UNE EVOLUTION DE LA GARANTIE OFFERTE

### PAR LE PRINCIPE D'EGALITE DEVANT LE SERVICE PUBLIC

L'égalité est une des revendications les plus fortes qui soient. Selon la formule classique de Tocqueville, les hommes ont pour elle une passion « *ardente, insatiable, éternelle, invincible* »<sup>1416</sup>, vision s'appliquant si bien à la France que cet amour de l'égalité est parfois considéré comme un trait culturel national<sup>1417</sup> faisant spontanément réagir chacun au regard de ce qu'il estime relever d'un traitement égal ou, au contraire, d'un privilège. Car l'égalité est en premier lieu, ainsi que le rappelle le Doyen Vedel, une « *intuition* » se dérochant à toute « *mise en formule rationnelle* »<sup>1418</sup>, un ressenti aux frontières variables que le droit tente, non sans difficulté parfois, de saisir au plus près.

Uniquement appréhendée à l'origine sous l'angle philosophique et religieux<sup>1419</sup>, la notion d'égalité fait pour la première fois l'objet d'une consécration juridique solennelle à l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel dispose que « *les hommes naissent libres et égaux en droit* ». Métamorphosant le concept philosophique d'égalité en norme juridique, les hommes de la Révolution posent, par ces mots à la puissance « *presque magique* »<sup>1420</sup>, les fondements d'un principe qui a, par la suite, fait preuve d'une remarquable continuité constitutionnelle<sup>1421</sup>, l'égalité étant encore aujourd'hui consacrée à de multiples reprises par la Constitution de 1958<sup>1422</sup>. Rappelé par ailleurs dans l'ensemble des Déclarations

---

<sup>1416</sup> TOCQUEVILLE (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, Tome II, Folio, 1998, p. 141 : « [Les peuples démocratiques] ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie ».

<sup>1417</sup> V. MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 157.

<sup>1418</sup> VEDEL (Georges), « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 172.

<sup>1419</sup> Aristote ayant ainsi développé dans l'*Ethique à Nicomaque* une vaste réflexion autour de l'égalité, poursuivie notamment par Saint Thomas d'Aquin. Sur l'approche philosophique et religieuse de l'égalité, v. les développements de Ferdinand Mélin-Soucramani, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 29-30.

<sup>1420</sup> Conseil d'Etat, Rapport public 1996, « Sur le principe d'égalité », *EDCE* n° 48, p. 21.

<sup>1421</sup> Seules les constitutions napoléoniennes et les lois constitutionnelles de 1875 paraissant ne faire aucune mention de l'égalité. En ce sens, MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Ibid.*

<sup>1422</sup> Ainsi, le Préambule de la Constitution de 1958 reprend à la fois la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de la Constitution de 1946, lequel proclame notamment « à nouveau que tout être

et conventions internationales relatives aux droits de l'homme, le principe est retrouvé, sous la forme spécifique de prohibition des discriminations, à l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>1423</sup>, à l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966<sup>1424</sup>, à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1425</sup>, ou bien encore dans le cadre des Traités communautaires<sup>1426</sup> et de la Charte des droits fondamentaux<sup>1427</sup>.

Mais cette reconnaissance normative formelle est loin de lever toutes les interrogations s'attachant au contenu même de l'égalité et à ses implications. La notion demeure en effet immatérielle, appelant à être précisée pour être mise en œuvre, et vouée dès lors à délaissier une portée quasi immanente pour endosser celle de déclinaisons aux contours plus étroits. C'est en ce sens que « *le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrale qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte* »<sup>1428</sup>. Afin de se voir concrétisée, l'égalité prend la forme d'un « *principe gigogne* »<sup>1429</sup> dont l'une des implications spécifiques, l'une des « *nervures* », est constituée par le principe d'égalité devant le service public, règle fondamentale gouvernant l'organisation et le fonctionnement de la notion. Né à l'origine du

---

*humain, sans distinction de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* », tandis que l'article 2 de la Constitution précise que la République française « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

<sup>1423</sup> L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme vise le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, « *sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

<sup>1424</sup> Article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « (...) *la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination (...)* ».

<sup>1425</sup> Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

<sup>1426</sup> V. par exemple l'article 7 du Traité de Rome posant interdiction de toute discrimination en fonction de la nationalité, prohibition reprise par le Traité d'Amsterdam dont l'article 13 autorise par ailleurs le Conseil à « *prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Il est à noter une évolution de la perception communautaire du principe d'égalité, à l'origine considéré comme un impératif dans le cadre du bon fonctionnement du marché commun avant d'acquérir une dimension plus politique, l'égalité devenant alors un des fondements de la Communauté. En ce sens, la Cour de Justice a d'ailleurs très rapidement érigé le principe d'égalité en principe général du droit communautaire (v. CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, Rec. I-355).

<sup>1427</sup> V. notamment l'article 20 consacrant l'égalité en droit et l'article 21 interdisant « *toute discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques et sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

<sup>1428</sup> RIVERO (Jean), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées du Luxembourg, Dalloz, 1965, p. 343.

<sup>1429</sup> Selon l'expression de MICLO (François), « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1982, p. 123.

souci du juge administratif d'assurer une égalité de traitement entre les usagers d'un même service public, ce corollaire du principe, perceptible dès l'arrêt « *Chomel* » de 1911<sup>1430</sup>, est consacré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 9 mars 1951 « *Société des concerts du conservatoire* »<sup>1431</sup> en tant que principe général du droit, avant d'être expressément constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juin 2001<sup>1432</sup>. Le caractère tardif de cette dernière consécration peut d'ailleurs étonner, tant une analyse plus poussée du principe d'égalité permet de constater le lien indiscutable unissant ce dernier au service public. Dans son principe comme dans son fonctionnement, ce procédé tend en effet à concrétiser l'égalité entre individus par l'octroi de prestations offertes à tous. Appelé à garantir une jouissance égale, et donc une mise en œuvre effective, des droits et libertés au bénéfice de l'ensemble de la population, la dialectique entre service public et égalité révèle une convergence profonde, perceptible jusque dans les évolutions contemporaines de la compréhension du principe d'égalité, de plus en plus souvent soumise à une logique d'équité. Supposée mieux servir la garantie des droits et libertés, la notion d'équité paraît en effet aujourd'hui omniprésente dans les discours politique et juridique, lesquels entendent, sous son influence, revivifier la dynamique du service public (*Section Première*). Progressivement, l'action de ce dernier se trouve ainsi appelée à évoluer afin d'accueillir concrètement cette nouvelle perspective. Doté d'une dimension égalitaire plus active car tendant à créer l'égalité de fait là où elle semble faire défaut, il est aujourd'hui de plus en plus souvent l'instrument d'une politique de différenciations. Cependant, un tel changement n'est pas neutre quant à la garantie des droits et libertés alors offerte. Plus ciblée sur certains groupes, elle risque dans le même temps de remettre en cause les équilibres instaurés voire, à l'extrême, de transformer le service public en vecteur de divisions sociales, la quête de l'égalité concrète se révélant ainsi susceptible de dissimuler certains effets pervers (*Section seconde*).

---

<sup>1430</sup> CE, 29 décembre 1911, *Chomel*, *Rec. Leb.* p. 1265 ; *RDP* 1912, p. 26. V. également notamment CE, 1<sup>er</sup> juillet 1936, *Veyre*, *Rec. Leb.* p. 713 et CE, 1<sup>er</sup> avril 1938, *Société l'Alcool dénaturé de Coubert*, *Rec. Leb.* p. 337 ; *RDP* 1939, p. 485, concl. Latournerie.

<sup>1431</sup> Cet arrêt faisant état du « *principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics* », le juge administratif dépasse alors le seul cadre des relations entre les usagers et le service pour s'intéresser également aux personnes collaborant au service public, notamment en tant qu'agents. V. CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Rec. Leb.* p. 151 ; *GDJDA*, p. 418 ; *Droit Social* 1951, concl. Letourneur, note Rivero.

<sup>1432</sup> A l'origine, le principe d'égalité devant le service public était consacré à travers celui d'égalité devant la loi (V. CC, n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, *Rec.* p. 25 et CC, n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, *Rec.* p. 31, *AJDA* 1979, n° 9, p. 38, note de Laubadère), avant que le juge constitutionnel n'évoque directement « *le respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public* » dans sa décision CC, n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Interruption volontaire de grossesse II*, considérant n° 15, *Rec.* p. 74.

**SECTION PREMIERE**  
**L'EVOLUTION D'UN PRINCIPE D'EGALITE INDISPENSABLE**  
**A LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES**

Encadrée normativement, l'appréhension théorique de l'égalité demeure néanmoins source de nombreuses interrogations. Souvent considéré comme une « *sorte de casse-tête* »<sup>1433</sup> à destination du juriste, penser et concevoir l'égalité constitue un exercice difficile, de par le caractère spécifique de la notion et des différents prolongements qu'elle est susceptible de receler. Tout à la fois proches et différents, les concepts d'équité, de non-discrimination ou bien encore d'égalité des chances, supplantent en outre de plus en plus souvent dans le discours juridique les références directes à l'égalité. Or, garantie primordiale de cette exigence et de ses déclinaisons, le service public trouve à jouer le rôle de caisse de résonance de cette évolution. Echo d'une conception classique de l'égalité attachée à chaque droit et liberté, il concrétise cette approche à travers le principe d'égalité le gouvernant en offrant à tous les prestations indispensables à l'exercice des prérogatives intéressées (Paragraphe premier). Mais également reflet de l'évolution contemporaine du concept d'égalité vers l'équité, l'appréhension théorique de son rôle se modifie progressivement. Ce procédé est aujourd'hui considéré comme devant influencer sur le réel par le moyen d'actions ciblées afin de lutter contre certaines inégalités de fait persistantes, attentatoires à un exercice effectif des droits et libertés (Paragraphe Second).

**PARAGRAPHE PREMIER**  
**UN PRINCIPE CONDITIONNANT UNE GARANTIE EFFECTIVE**  
**DES DROITS ET LIBERTES**

L'égalité et les droits et libertés de l'individu ne peuvent être considérés isolément les uns des autres, l'enchevêtrement constaté reflétant l'idée selon laquelle la conception même des droits et libertés n'a de sens qu'envisagée sous le prisme de l'égalité. Or, à l'évidence, égalité et service public ont depuis toujours beaucoup à voir. Le procédé relève, dès ses origines, d'une conception égalitaire qui ne peut dès lors que se répercuter positivement sur la garantie des

---

<sup>1433</sup> Selon l'expression de François Luchaire, dans son article « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, p. 1230.

droits et libertés dont il est l'instrument (A), aidé en cela par certains principes corollaires présidant à son fonctionnement (B).

### *A/ Une exigence essentielle mise en œuvre par le service public*

Les droits et libertés ne peuvent être considérés comme tels que s'ils sont reconnus à l'ensemble des individus. Afin d'étayer cette affirmation, il importe de revenir sur les particularités rendant l'égalité si remarquable, dans sa compréhension comme dans ses implications, envers ces prérogatives (1), et si indissociablement liée, dès lors, à la logique de garantie guidant le service public et son fonctionnement (2).

#### *1) L'égalité, fondement et condition d'exercice des droits et libertés*

Il s'avère impossible d'envisager le principe d'égalité à l'aune des autres droits et libertés selon une grille de lecture distinguant, par exemple, droits de « première » ou de « seconde » génération, et ce pour une raison simple : l'égalité irradie l'ensemble des droits et libertés, constituant à la fois, dans le cadre d'une relation indissociable, leur fondement et leur condition première d'exercice<sup>1434</sup>. La difficulté inhérente à toute tentative d'analyse de l'égalité et, partant, des rapports de garantie qu'entretient avec elle le service public, s'explique ainsi, pour une large part, par le caractère spécifique d'un principe s'attachant en réalité à chaque droit et liberté (a) et imposant, dans ce cadre, une appréhension globale de l'individu face à l'exercice de ces prérogatives, à la fois dans sa situation de droit et dans sa situation de fait (b).

##### a) Un principe attaché à l'ensemble des droits et libertés

L'égalité est, en premier lieu, le fondement même des droits de l'homme, selon une logique rejoignant celle de l'égalité humaine<sup>1435</sup>. Ainsi que le rappelle Georges Vedel, l'égalité

---

<sup>1434</sup> V. BENOIT-ROHMER (Florence), « L'égalité dans la typologie des droits », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 140.

<sup>1435</sup> La Déclaration universelle des droits de l'homme rappelant ainsi que « *La reconnaissance de la dignité humaine inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Sur le principe de dignité humaine, Cf. *supra*, Première Partie, Titre premier, Chapitre second.

« identifie l'homme », au sens où « si un homme refuse à un autre la qualité d'égal, il lui refuse la qualité d'homme »<sup>1436</sup> et s'oppose dès lors à ce que lui soient reconnus les droits et libertés inhérents à sa condition d'être humain. C'est parce que les hommes sont égaux qu'ils sont libres, ce qui explique notamment, pour cet auteur, pourquoi l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne place pas l'égalité parmi les droits naturels aux côtés de la liberté, de la propriété, de la sûreté et de la résistance à l'oppression : l'égalité demeure en réalité le présupposé de ces droits naturels<sup>1437</sup>, ce que confirme ensuite le Préambule de 1946 lorsqu'il proclame à nouveau « que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés ».

L'égalité est donc le fondement premier des droits et libertés en même temps que le corollaire obligé de leur satisfaction. Droits et libertés ne sauraient être véritablement garantis aux individus s'ils n'étaient, par ailleurs, offerts, en droit et en fait, de manière égalitaire. En filigrane<sup>1438</sup> - ou de manière plus explicite, étant parfois précisé dans les déclarations de droits françaises que les droits ou libertés en cause sont reconnus « à tous »<sup>1439</sup> - l'égalité est au cœur de la logique libérale, permettant d'opérer une distinction entre ce qui relève d'un véritable droit ou d'une véritable liberté, et ce qui ne constitue, sinon, qu'un privilège<sup>1440</sup>. Il ne peut en effet être question de liberté si celle-ci ne peut s'épanouir, même potentiellement, à l'égard de l'ensemble des individus<sup>1441</sup>. Souvent présentées comme antinomiques, liberté et égalité sont ainsi en réalité indissociables, l'acceptation la plus profonde de la liberté impliquant sa possession égale par tous les individus. L'égalité se présente dès lors comme un principe transversal, qui « se modèle sur le droit garanti et participe de sa nature »<sup>1442</sup>. Innervant l'ensemble des droits et libertés en ne s'attachant à aucune catégorie ou génération prédéfinie,

---

<sup>1436</sup> VEDEL (Georges), « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 173.

<sup>1437</sup> VEDEL (Georges), *Ibid.* Dans le même sens, LEVADE (Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs* 2004, n° 111, p. 57.

<sup>1438</sup> La généralité des formulations de droits témoignant implicitement de leur approche égalitaire.

<sup>1439</sup> Certaines formulations du Préambule de 1946 se révèlent ainsi éloquentes : la Nation garantit « à tous » la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs, l'« égal accès » de l'enfant et de l'adulte à l'instruction et à la formation professionnelle et à la culture (Alinéas 11 et 13), « tout être humain » qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, ayant par ailleurs le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence (Alinéa 13).

<sup>1440</sup> BENOIT-ROHMER (Florence), « L'égalité dans la typologie des droits », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 141.

<sup>1441</sup> Cette exigence se poursuivant logiquement dans le cadre de la mise en œuvre des libertés, comme le rappelle notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 précisant que l'organisation d'une liberté publique doit être identique sur l'ensemble du territoire.

<sup>1442</sup> BENOIT-ROHMER (Florence), *op.cit.*, p. 147.



il s'« *incorpore dans le droit auquel il se conjugue* »<sup>1443</sup>, au point de n'être parfois considéré que comme un moyen au service d'une fin<sup>1444</sup>, indispensable à la préservation des droits de l'homme mais privé de toute autonomie propre. Il est d'ailleurs classique de corroborer cette affirmation en rappelant le sort réservé en droit international et européen des droits de l'homme au principe de non-discrimination. Proche de l'égalité car constituant l'une des conditions de sa réalisation, la notion de non-discrimination n'est jamais envisagée de manière isolée. Ainsi, l'article 2 § 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques<sup>1445</sup> ou l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1446</sup> ne consacrent pas une égalité « *devant le Droit en général* » mais seulement une égalité dans la jouissance des droits et libertés garantis par ces textes<sup>1447</sup>. En ce sens, pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *tout se passe comme si [le principe d'égalité] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés* »<sup>1448</sup>, constatation qui ne fait cependant pas obstacle à une certaine « prise d'indépendance » du principe de non-discrimination. Ainsi, le Comité des droits de l'homme s'est appuyé sur l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>1449</sup> pour interdire, au-delà des seuls droits énoncés par ce texte, « *toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics* »<sup>1450</sup>, tandis que, dès son arrêt « *Affaire linguistique belge* », la Cour de Strasbourg rappelait que si l'article 14 ne pouvait être invoqué en l'absence de mise en cause d'un droit garanti, il entraînait néanmoins en jeu même lorsque n'était constaté aucun manquement à ce droit<sup>1451</sup>. En outre, cette évolution semble aujourd'hui amenée à prendre un tour plus décisif sous l'influence du protocole n° 12 de la Convention européenne, énonçant un principe général de non-discrimination visant la jouissance de tous droits reconnus par la loi et non pas seulement consacrés par la Convention<sup>1452</sup>. Toutefois, cette

<sup>1443</sup> BENOIT-ROHMER (Florence), *op.cit.*, p. 148.

<sup>1444</sup> En ce sens, BELLOUBET-FRIER (Nicole), « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 152.

<sup>1445</sup> Article 2 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Les droits qui y sont énoncés [dans le Pacte] seront exercés sans discrimination aucune* ».

<sup>1446</sup> Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune (...)* ».

<sup>1447</sup> SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 270.

<sup>1448</sup> Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, Série A, n° 6, *GACEDH*, n° 8.

<sup>1449</sup> Article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « *(...) la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination (...)* ».

<sup>1450</sup> Comité des droits de l'homme, décision 9 avril 1987, *Broeks c/ Pays-Bas*.

<sup>1451</sup> Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge, préc.*, point n° 9 : « *(...) une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire* ». V. également affaire *Abdulaziz c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A, n° 94.

<sup>1452</sup> Ouvert à la signature le 4 novembre 2000, il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005 et a été ratifié pour l'heure par dix-sept Etats. Sur ce protocole, v. *supra* et GONZALEZ (Gérard), « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002, p. 113.

indépendance ne se comprend qu'au regard des droits et libertés reconnus par les textes conventionnels et n'a pas vocation à infléchir la nature profonde de l'égalité. Est en effet seulement permis à ce principe de dépasser le cadre des droits fondamentaux garantis expressément par ces textes pour s'agréger aux autres droits et libertés reconnus<sup>1453</sup>. La donne première ne varie donc pas ; l'égalité reste un principe voué à n'être envisagé qu'à travers les droits et libertés garantis aux individus. D'emblée, cette particularité marque à la fois la richesse et la difficulté d'appréhension d'une notion recelant par ailleurs, depuis toujours, différentes acceptions selon qu'en est retenue une approche fondée sur le droit ou le fait.

b) Un principe prenant acte de la diversité des situations de fait

Que la dimension égalitaire des droits et libertés relève d'une appréhension complexe résulte par ailleurs pour une large part d'une constatation ainsi résumée par François Luchaire : la Déclaration de 1789 proclame que « *les hommes naissent et demeurent égaux en droit* », mais « *ils ne le sont pas en fait* »<sup>1454</sup>. A travers ce hiatus entre égalité juridique et égalité des situations de fait, abstraction et réalités sociales, se révèle la spécificité d'un principe oscillant entre accomplissement formel et mise en œuvre concrète. Derrière la constatation des différences de situations existant entre les individus se dissimule, dès l'origine, toute la difficulté que le droit éprouve à saisir le phénomène d'égalité. Les premiers à s'être essayé à cet exercice, à la Révolution, ne le comprennent que dans son sens juridique, l'égalité se matérialisant prioritairement par la généralité de la règle de droit. A la suite de l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamant que les hommes naissent et demeurent égaux en droits et de l'article 6 selon lequel « *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* », la norme juridique doit s'appliquer à tous, chacun disposant d'une égale vocation à faire valoir les droits et libertés lui étant reconnus. Cette vision doit, à l'évidence, beaucoup à Rousseau, lequel insiste en effet sur la nécessité que chacun adhère librement au Contrat social, les citoyens devenant tous égaux par convention et de droit, et le demeurant par l'intervention de la loi, expression de la volonté générale<sup>1455</sup>. Aussi l'égalité implique-t-elle à la fois que la règle de droit soit appliquée à tous de la même manière et que la règle de droit elle-même ne prévoit pas de distinctions. Selon une division

---

<sup>1453</sup> En ce sens, BENOIT-ROHMER (Florence), « L'égalité dans la typologie des droits », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 151.

<sup>1454</sup> LUCHAIRE (François), « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, p. 1230.

<sup>1455</sup> Sur cette question, BACOT (Guillaume), « Rousseau et l'établissement de la légalité », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances – Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, p. 13.

doctrinale classique<sup>1456</sup>, cette conception se traduit par un principe d'égalité *devant* la loi, interdisant que les organes d'application de la norme n'introduisent dans sa mise en œuvre de différenciations qui feraient échec à sa généralité, cette première facette de l'égalité ne pouvant par ailleurs se désolidariser du contenu même de la règle à appliquer, et donc de l'égalité *dans* la loi<sup>1457</sup>, second principe spontanément compris comme impliquant que la règle de droit s'adresse indifféremment à tous. Isolée dans une approche purement juridique, l'égalité ne semble pas relever d'une complexité excessive : il suffit que chacun soit traité juridiquement de la même manière pour que l'égalité se trouve garantie. Ainsi, reconnaître à tous les mêmes droits et libertés paraît suffisant.

Cependant, s'est très vite imposée l'idée selon laquelle cette généralité « pure » ne pouvait résumer à elle seule les implications du principe d'égalité dans la règle de droit. En effet, il s'agit alors d'une égalité formelle, désolidarisée de toute prise en compte des situations concrètes dans lesquelles évoluent les individus. Or le droit n'est pas censé constituer une abstraction mais, au contraire, « épouser le réel »<sup>1458</sup>, lequel relève d'un ordre social inégalitaire<sup>1459</sup> pesant sur l'exercice effectif des libertés. La critique marxiste des libertés formelles s'est du reste chargée de rappeler le caractère artificiel des déclarations générales de droits, lesquelles ne tiennent pas compte des situations concrètes auxquelles sont confrontés des individus jamais égaux en fait. La consécration de droits-créances aux côtés des libertés classiques a par la suite eu pour but d'aplanir *ab initio* de telles différences mais dans le cadre d'une reconnaissance générale de ces droits à l'ensemble des individus, sans prévoir directement de modulations en fonction des situations particulières dont connaissent ces derniers<sup>1460</sup>. Or, au niveau de la mise en œuvre de ces droits sociaux, notamment, privilégier une égalité purement mathématique entre des individus connaissant de situations différentes peut être ressenti comme une inégalité. « *Traiter également des situations inégales, est-ce*

---

<sup>1456</sup> Développée par Kelsen (*Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., 1962, p. 190), la division entre égalité *devant* et *dans* la loi a notamment été reprise par Jean Rivero dans son article « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées du Luxembourg, Dalloz, 1965, p. 349. V. également PELLISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J, 1996, p. 24 et s.

<sup>1457</sup> Certains auteurs contestent d'ailleurs l'existence d'une séparation entre ces deux interprétations de l'égalité, estimant que l'égalité devant la loi s'impose en premier chef au législateur, la loi devant considérer « *le cercle des personnes visées par le texte comme des égaux* ». JOUANJAN (Olivier), V° Egalité, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige-Lamy-PUF, 2003.

<sup>1458</sup> Selon l'expression de Jean Rivero, *op. cit.*, p. 350.

<sup>1459</sup> Jacques Chevallier rappelant ainsi que « *le droit a toujours été fondé sur une logique de classement et de catégorisation, par laquelle il épouse la diversité constitutive du social* ». « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 419.

<sup>1460</sup> Ainsi, si l'alinéa 11 du Préambule de 1946 vise particulièrement l'enfant, la mère et les vieux travailleurs, c'est néanmoins « *à tous* » qu'il garantit la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.

*respecter, de l'égalité, autre chose qu'une forme extérieure ?* »<sup>1461</sup>. Le phénomène d'égalité se révèle ainsi plus difficile à appréhender qu'il ne pouvait paraître au premier abord. Joignant droit et fait, il impose que des situations identiques soient traitées semblablement et que des situations différentes obéissent à des traitements distincts. Ce n'est qu'au prix de cette appréhension concrète des situations que peut s'organiser, en aval de leur consécration, une garantie efficace car effective des « droits-créances » et, partant, des libertés. Or la dimension égalitaire attachée à ces prérogatives, en droit et en fait, répond à la logique même de l'action du service public.

## 2) *Le service public, instrument d'une mise en œuvre égalitaire des droits et libertés*

« *Le principe d'égalité est au cœur de l'institution des services publics : ouvert à tous, le service se doit non seulement d'offrir à chacun des prestations identiques, mais plus encore, de contribuer par son action à réduire l'ampleur des inégalités sociales* »<sup>1462</sup>. Cette considération égalitaire est présente dès les origines de la notion de service public. Au Moyen-Age, à travers l'installation de banalités seigneuriales, moulins, fours ou pressoirs auxquels tous les habitants ont également accès<sup>1463</sup>, des services indispensables à l'ensemble des individus sont mis en commun selon une logique que l'évolution du service public vers des formes plus perfectionnées ne reniera pas. Le « service du public » désignant par la suite les interventions du souverain en faveur de la population, parmi lesquelles, par exemple, l'émergence d'un service postal à partir du XV<sup>ème</sup> siècle, s'adresse à l'ensemble des sujets du roi<sup>1464</sup>. L'époque révolutionnaire, quant à elle, fait apparaître une polysémie importante de l'expression même de « service public »<sup>1465</sup>, dans laquelle persiste néanmoins toujours nettement cette dimension égalitaire. Le « service public » pouvant désigner la fonction du citoyen au service de l'Etat, est alors rappelée dans ce cadre la nécessité d'égale admissibilité

---

<sup>1461</sup> RIVERO (Jean), *Ibid.*

<sup>1462</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J, 2002, p. 107.

<sup>1463</sup> MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, p. 35 et MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 18. En effet, contraints de recourir à ces banalités et de s'acquitter d'une redevance dont le montant excède la valeur du service rendu, les sujets ont néanmoins droit à ce que ces installations banales soient continuellement en état de fonctionner et accessibles sans discrimination.

<sup>1464</sup> MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *op. cit.*, p. 21.

<sup>1465</sup> Sur cette polysémie, MESTRE (Jean-Louis), « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE* n° 40, 1988, p. 189 et s. V. également *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre Premier.

aux emplois publics<sup>1466</sup>, tandis que le « service public » pris au sens de prestation invite à la préservation d'une égalité d'accès et de traitement des citoyens<sup>1467</sup>, notamment à l'égard des services de secours, hypothèse particulièrement visée par les révolutionnaires<sup>1468</sup>. De même, s'agissant cette fois de la force publique, l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rappelle très clairement qu'elle est « *instituée pour l'usage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ». L'exigence d'égalité requise à travers ce service public est palpable, l'installation d'un tel procédé répondant bien sûr à des préoccupations stratégiques de défense nationale, mais relevant également dans le même temps, et sans que ces différentes visées ne se contredisent, d'une logique de solidarité. Dès 1789, en effet, « *l'égalité signifie l'universalité et s'accomplit en solidarité [et] la notion de service public (...) en offre la synthèse juridique* »<sup>1469</sup>, vision qui va par la suite se confirmer à mesure que vont s'imposer les impératifs de l'Etat-providence, commandant l'intervention accrue de ce procédé afin de permettre à tous l'accès à certaines prestations, reconnues indispensables, à travers la consécration de « droits-créances »<sup>1470</sup>. A l'époque contemporaine, le législateur interne continue en outre de rappeler cette exigence devant guider le fonctionnement du service public<sup>1471</sup>, tout comme, désormais, le droit communautaire, la

---

<sup>1466</sup> Sieyès soutient ainsi dans son projet de déclaration que « *Nul citoyen ne doit être exclu d'aucune place, pour raison de ce qu'un stupide et insolent préjugé a longtemps appelé défaut de naissance. Il faut, pour toute espèce de service public, préférer les plus capables* » (v. article 38 de la Seconde déclaration de Sieyès, in RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 620), exigence relayée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rappelant que « *Tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* ».

<sup>1467</sup> En ce sens, CAPORAL (Stéphane), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française*, PUAM-Economica, 1995, p. 74 et s.

<sup>1468</sup> Jean-Louis Mestre rappelle ainsi la position du Comité de mendicité pour justifier la création en 1791 d'un service public des secours : « *L'égalité des droits est le principe fondamental de notre Constitution. Ce principe commun à tous les citoyens peut-il cesser d'être applicable pour ceux qui n'ayant que des malheurs et des besoins ont droit de réclamer les secours de la société, qu'elle-même a le devoir de ne leur donner que dans l'exact nécessaire ?* ». (MESTRE (Jean-Louis), « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE* n° 40, 1988, p. 200). Les hommes de la Révolution désiraient ainsi rompre avec l'ancien système reposant sur la charité et l'aumône, accusé notamment de se révéler partial et donc inégalitaire, et de placer les destinataires de cette charité dans une situation d'infériorité par rapport à celle du donateur (V. CAPORAL (Stéphane), *op.cit.*, p. 76).

<sup>1469</sup> TIMSIT (Gérard), « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 209.

<sup>1470</sup> Le lien existant entre égalité et solidarité est très clairement retrouvé dans le Préambule de la Constitution de 1946, « berceau » des droits-créances. Michel Borgetto rappelle ainsi que les dispositions ayant pour objet de traduire l'idée de solidarité sont systématiquement corrélées à celle d'égalité, la préservation de la sécurité matérielle ou l'accès à l'instruction étant, par exemple, offerts à tous, selon une logique où la solidarité postule et implique à la fois l'idée d'égalité. BORGETTO (Michel), « Egalité, Solidarité...Équité ? », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 241.

<sup>1471</sup> Ainsi, la législation rappelle par exemple que les établissements assurant le service public hospitalier « *garantissent l'égal accès de tous aux soins qu'ils dispensent* » (art. L 711-4 al. 3 du Code de la Santé Publique).

communication de la Commission du 11 septembre 1996 précisant par exemple que les services d'intérêt général sont « *au service de l'ensemble de la société et donc de tous les citoyens* »<sup>1472</sup>.

En amont, il est l'instrument privilégié de mise en œuvre de « droits-créances », qui tendent à garantir une homogénéité minimale de la situation matérielle des individus face à certains besoins considérés comme essentiels : éducation, soins et aide sociale, par exemple, mais également aujourd'hui eau ou énergie. Le service public a ainsi pour vocation de limiter les inégalités de fait existant au sein de la population et donc de favoriser l'égalité concrète des individus afin que *tous* puissent bénéficier de certaines prestations. Préservant par son intervention un relatif équilibre des conditions matérielles d'existence des différents membres de la société, il offre par ailleurs alors à ces derniers la potentialité d'exercer concrètement les autres droits et libertés leur étant reconnus. Les « droits-créances » constituent en effet, par ricochet, le fondement sur lequel s'épanouissent concrètement, car de manière égalitaire, les libertés<sup>1473</sup>. En garantissant ces droits d'un genre particulier, le service public permet que les droits et libertés soient exercés par tous et satisfait ainsi l'exigence égalitaire inhérente à leur définition même.

Partant, et le raisonnement relève presque alors d'une mise en abyme, le service public ne peut intervenir sans respecter en son propre sein les impératifs de l'égalité. Son fonctionnement doit en effet faire écho au caractère égalitaire dont sont empreints, au niveau théorique, les droits et libertés qu'il s'emploie à garantir. Condition d'une satisfaction effective des « droits-créances » et, indirectement des libertés « classiques », ce principe d'égalité rappelle alors, sous l'influence d'une conception rigoureuse et abstraite, « miroir » de l'égalité dans la généralité, que « *le service public est fait pour tous, personne ne doit en être exclu, personne ne doit être privilégié* »<sup>1474</sup>. Certes, cela n'empêche pas l'intervention de certaines conditions objectives subordonnant l'accès au service. Le statut d'usager ne s'acquiert en effet que si l'administré « *remplit les conditions fixées par la loi organique du service* »<sup>1475</sup>. D'emblée, se manifeste la particularité du principe d'égalité appliqué au service public, qui, s'il est l'écho du principe juridique d'égalité formelle, demeure cependant une

---

<sup>1472</sup> COM [1996] 443 final, *JOCE* C 281, 26 septembre 1996, p. 7. V. également Libre blanc sur les services d'intérêt général, Point 2.1 al. 1, 12 mai 2004, COM [2004] 0374 final.

<sup>1473</sup> V. *supra* Première partie, Titre second, Premier Chapitre.

<sup>1474</sup> TRUCHET (Didier), « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité - Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 85.

<sup>1475</sup> DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, p. 158.

projection s'inscrivant dans la réalité de fonctionnement des services publics et devant dès lors tenir compte des contraintes pragmatiques que ceux-ci rencontrent<sup>1476</sup>. Cependant, le principe d'égalité impliquera toujours que ces conditions soient les mêmes pour tous et qu'elles s'appliquent indifféremment à toute personne désireuse d'accéder au service, dans le droit fil des implications de l'égalité formelle. Par ailleurs, la dimension égalitaire sous-tendue par les « droits-créances » suppose que soit prise en compte, dans leur mise en œuvre, la situation réelle de l'utilisateur. Le droit n'est pas une abstraction détachée du fait et la maxime s'avère d'autant plus pertinente en matière de services publics, procédés dont l'action s'inscrit dans le réel et implique en cela une acception concrète des règles les régissant. Ainsi, l'octroi des prestations garantissant la satisfaction des « droits-créances » est appelé à s'orchestrer à travers l'instauration de catégories générales d'utilisateurs appelant des traitements différenciés. Les positions respectives du juge administratif et du juge constitutionnel se rejoignent sur ce point, l'application de traitements différents à des catégories d'utilisateurs distinctes ayant été accueillie par le Conseil d'Etat<sup>1477</sup> comme par le Conseil constitutionnel<sup>1478</sup>, ceci afin de permettre au service public de s'adapter aux situations de fait et de donner plein effet aux droits et libertés dont il est l'instrument de mise en œuvre.

Une telle approche peut alors sembler nuancer la généralité de l'action du service public, et s'éloigner de la conception classique d'une égalité garantie à tous par l'octroi de prestations identiques. Cependant, il est simplement ici demandé au service public « *d'épouser le réel* » à travers une démarche neutre. « *L'égalité n'est pas seulement une identité de traitement ; elle est la qualité d'un rapport entre deux termes déclarés comparables* » et que, « *par conséquent, une différence de traitement à la mesure d'une différence de situations constitue une relation d'égalité* »<sup>1479</sup>. C'est dans cette portée limitée qu'il faut comprendre la possibilité de différenciation sous-tendue par la mise en œuvre égalitaire des droits et libertés. Si garantir l'égalité dans l'exercice des droits et libertés impose au service public la prise en compte de la situation concrète des individus afin de faire concorder son action et la réalité, cette démarche ne suppose pas que toute garantie de l'égalité abstraite cesse de jouer en son sein. Le principe premier reste, en théorie, celui d'une égalité par la généralité. Il importe toujours que ce

---

<sup>1476</sup> Il sera par exemple demandé aux personnes souhaitant s'inscrire dans l'enseignement supérieur de justifier d'un certain niveau de diplôme ou aux candidats de réussir un concours d'entrée afin d'intégrer un école aux capacités d'accueil limitées. Certains services publics, tels l'état-civil ou la Poste, ne connaissent cependant aucune condition particulière d'accès. Sur cette question, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 408.

<sup>1477</sup> V. notamment CE, 1<sup>er</sup> avril 1938, *Société l'Alcool dénaturé de Coubert*, préc.

<sup>1478</sup> V. notamment CC, n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, préc.

<sup>1479</sup> PELISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., 1996, p. 45.

procédé ne soit ni un lieu d'exclusion, ni un lieu de privilèges, ce que tendent à garantir deux autres exigences de fonctionnement faisant écho à la convergence profonde unissant le principe d'égalité au service public, à savoir les règles de neutralité et de gratuité.

***B/ Une garantie relayée par les principes de gratuité et de neutralité du service public***

Ces règles sont classiquement présentées comme des principes de fonctionnement du service public corollaires du principe d'égalité, sans qu'il faille pour autant leur conférer la même portée. La première d'entre elle, notamment, n'a jamais été reconnue comme applicable à l'ensemble des services publics. Toutefois, l'influence bénéfique sous-tendue en faveur de l'égalité et, dès lors, envers une mise en œuvre effective des droits et libertés des individus, place la neutralité (1) comme la gratuité (2) dans une perspective commune de garantie de ces prérogatives.

*1) L'impératif de neutralité, indispensable corollaire d'une garantie effective des droits et libertés*

Le principe de neutralité fait écho à l'exigence égalitaire sous-tendue et concrétisée par le service public et, de ce fait, influe sur la garantie des droits et libertés mise en œuvre par l'intermédiaire de ce procédé. La neutralité se confond d'ailleurs parfois totalement avec l'égalité - même s'il ne s'agit pas là de la seule lecture pouvant être faite de ce principe (a), tout en étant dans le même temps épaulée par une autre règle, proche et toute aussi nécessaire : l'impartialité administrative (b).

a) Une règle de fonctionnement du service public écho du principe d'égalité

Que la neutralité soit souvent confondue avec l'égalité résulte directement des implications de cette règle exigeant que ne soit opérée, dans le cadre du service public, aucune distinction en fonction de la religion, des opinions politiques, philosophiques, de considérations ethniques,



culturelles, ou autres<sup>1480</sup>. Prohibant ainsi la prise en compte de certains critères, la neutralité suppose qu'agents ou usagers bénéficient d'un traitement égal dès lors qu'ils se trouvent dans une situation identique et qu'ils ne soient pas avantagés ou défavorisés en fonction de distinctions partiales. La neutralité du service public constitue en cela l'un des moyens primordiaux de respect de l'égalité, spontanément analysé comme un devoir s'imposant aux agents en faveur des usagers<sup>1481</sup>, mais jouant également au bénéfice des agents dans le cadre de leur recrutement<sup>1482</sup> et du déroulement de leur carrière<sup>1483</sup> face au gestionnaire du service.

Cette approche ne souffre guère de contestation parmi la doctrine, tous s'accordant à reconnaître la relation unissant intrinsèquement neutralité et égalité<sup>1484</sup>, le Conseil constitutionnel ayant par ailleurs expressément consacré cette règle en tant que corollaire de l'égalité<sup>1485</sup>. En revanche, le consensus est moins net quant aux implications que ce principe est susceptible d'emporter au-delà du seul principe d'égalité. La neutralité est en effet parfois invoquée dans une optique différente. Ainsi, l'obligation de respect de la laïcité imposée dans le cadre des services publics, et notamment au sein du service public de l'éducation<sup>1486</sup>, l'exigence faite à l'agent d'adopter un comportement neutre ne permettant pas de deviner quelles sont ses opinions<sup>1487</sup> ou bien encore l'obligation de respecter la neutralité des

---

<sup>1480</sup> Il est alors question pour Claude-Albert Colliard de « neutralité-indifférence » (*Libertés publiques*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 1989, p. 412) ou de « neutralité par la non-discrimination selon les opinions » pour Jean Rivero et Hugues Moutouh (*Libertés publiques*, Tome 2, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 131.).

<sup>1481</sup> En ce sens, LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel), *Droit administratif*, PUF, 6<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 208 et GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 562.

<sup>1482</sup> V. ainsi en ce qui concerne l'interdiction de discriminations fondées sur les croyances religieuses : CE, 28 juillet 1939, *Delle Beiss*, *Rec. Leb.* p. 524 et CE, 3 mai 1950, *Delle Jamet*, *Rec. Leb.* p. 247, en matière d'opinions politiques : CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Rec. Leb.* p. 308 ; *GDJDA*, p. 595 ou fondées sur le sexe : CE, Ass., 3 juillet 1936, *Bobard*, *Rec. Leb.* p. 721, *D.* 1937, III, p. 38, concl. Latournerie. De manière plus générale, de telles interdictions font écho aux dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits et du citoyen et aux alinéas 3 et 5 du Préambule de 1946, garantissant respectivement « à la femme, dans tous des domaines, des droits égaux à l'homme » et l'assurance que « nul ne soit lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Sur l'ensemble de cette question, v. *infra*, Section Seconde, Paragraphe Premier, A/.

<sup>1483</sup> Pour exemple, CE, Sect., 1<sup>er</sup> octobre 1954, *Guille*, *Rec. Leb.* p. 496 ; *GDJDA*, p. 596 (illégalité d'une mesure de révocation motivée par l'appartenance de l'agent au Parti communiste).

<sup>1484</sup> V. par exemple TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 42 ; CARBAJO (Joël), *Droit des services publics*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 56 ; BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2007, 2<sup>ème</sup> éd., p. 304 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 433.

<sup>1485</sup> CC n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 141.

<sup>1486</sup> Que ce soit au regard de l'agent (Avis CE, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, *Rec. Leb.* p. 169, *RFDA* 2001, p. 151, concl. Schwartz : interdiction faite à un agent du service de l'enseignement public, enseignant ou non, de manifester ses croyances religieuses, notamment par le port d'un signe distinctif) ou de l'utilisateur de ce service (V. loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *JO* 17 mars 2004, p. 5190 et circulaire du 18 mai 2004, *JO* 22 mai 2004, p. 9033). Sur l'ensemble de ces questions, v. également *infra*, Titre Second, Premier chapitre.

<sup>1487</sup> L'exigence de neutralité rejoignant ici celle de l'obligation de réserve imposée au fonctionnaire.

bâtiments et édifices publics<sup>1488</sup> sont autant d'impératifs se fondant sur un principe de neutralité du service public à travers lequel aucune considération d'égalité ne semble jouer directement<sup>1489</sup>. Bien plus que l'égalité en effet, le principe de neutralité cherche ici à préserver la liberté de conscience des usagers contre toute influence émanant d'un service public. Certes, des considérations égalitaires peuvent toujours être retrouvées, un agent extériorisant ses convictions politiques ou religieuses, par exemple, pouvant spontanément être soupçonné de favoriser les individus exprimant les mêmes idées. Mais avant toute chose, c'est la liberté des personnes en contact avec le service qui est alors protégée<sup>1490</sup> et, plus avant, l'« *image de marque* »<sup>1491</sup> de ce service. En cela, le principe de neutralité a, par de nombreux aspects, acquis son autonomie face au principe d'égalité, ce que semblent confirmer les jurisprudences administratives et constitutionnelles, lesquelles n'hésitent plus à invoquer un principe de neutralité détaché de toute référence à l'égalité<sup>1492</sup>.

Mais à demeurer attaché à la seule acception de la neutralité reliée au principe d'égalité, il importe d'insister sur les effets de cette règle envers les droits et libertés des individus en contact avec le service. La neutralité ne doit pas être comprise comme interdisant tout choix et toute prise de position car ce principe s'accommoderait alors bien mal de la logique même de l'action administrative, laquelle suppose de s'engager dans certaines directions<sup>1493</sup>. Elle tend seulement à interdire de prendre en considération certains critères prohibés, condition d'une égalité indispensable à la réalisation effective des droits et libertés. Est en effet offerte par son intermédiaire l'assurance, pour l'usager comme pour l'agent, de ne souffrir, dans sa relation avec le service public, d'aucune différence de traitements discriminante risquant de se répercuter par la suite négativement sur la concrétisation de ses prérogatives. Un usager n'a donc pas à craindre d'être moins bien soigné si son nom est à consonance étrangère, que son

---

<sup>1488</sup> V. par exemple CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne*, *Rec. Leb.* p. 347, *GDJDA* p. 442 ; *AJDA* 2006, p. 196, note Darracq (interdiction de pavoiser une mairie aux couleurs d'un drapeau symbolisant une revendication politique) et TA Lille, 18 décembre 2007, *Desurmont*, *AJDA* 2008, p. 709, note S. Deliancourt (censure de la décision d'un conseil municipal ayant choisi de baptiser l'école maternelle de la commune « Ecole maternelle Jack Lang »).

<sup>1489</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 434.

<sup>1490</sup> Le rapport du Conseil d'Etat pour 2003 rappelant d'ailleurs que « *la neutralité du service public, dont le corollaire est le devoir de réserve qui s'impose aux fonctionnaires, est une exigence légitime et indispensable, condition au demeurant de la liberté de conscience de l'usager de ce service* ». Rapport du Conseil d'Etat « Un siècle de laïcité », *EDCE* n° 55, 2003, p. 394.

<sup>1491</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 563.

<sup>1492</sup> CE, 18 octobre 2000, *Association Promouvoir*, *Rec. Leb.* p. 391 et CC n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 relative à France Télécom, *Rec.* p. 107. V. DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1222.

<sup>1493</sup> « *Légiférer, comme gouverner, c'est forcément choisir* ». MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1997, p. 18.

raccordement au réseau de distribution d'eau soit ajourné *sine die* parce qu'il exerce des fonctions politiques au sein de tel ou tel parti ou bien encore que sa demande d'aide sociale soit rejetée pour des motifs tenant en réalité à son orientation sexuelle ou à ses choix religieux. Certes, ces exemples n'échappent pas totalement à la caricature mais de telles situations ne relèvent malheureusement pas du seul imaginaire. A n'en pas douter, la règle de neutralité gouvernant le fonctionnement du service public est ainsi, dans sa logique même, vouée à prévenir de tels comportements et garantir en cela la dimension égalitaire indispensable à un exercice effectif des « droits-créances » comme des libertés. Cependant, la question reste posée de l'ampleur des discriminations interdites. Quels sont les critères pouvant être pris en compte par l'administration et ceux considérés comme prohibés ? Certains sont très clairement identifiés : race, religion, opinions politiques, religieuses, en constituent autant d'exemples. Mais des considérations plus subjectives peuvent également parfois intervenir, distinctes et contrevenant néanmoins à l'exigence de neutralité, à travers le non respect d'une impartialité de l'action administrative, laquelle s'avère également indispensable à une mise en œuvre effective des droits et libertés dont agents comme usagers peuvent se prévaloir.

b) Un prolongement découvert dans l'impératif d'impartialité administrative

La définition même de la neutralité renvoie à l'idée d'impartialité, ce principe posant en effet pour l'administration l'obligation d'être impartiale et objective<sup>1494</sup>. Les deux notions sont donc étroitement mêlées, même si ce n'est que récemment qu'a été confirmée l'existence d'un véritable principe juridique d'impartialité imposé à l'action administrative dans son ensemble. Alors même que les implications de l'Etat de droit ont, de manière constante, supposé la vérification de l'impartialité de la décision administrative, au sens où « *la partialité engendre l'arbitraire, et l'arbitraire s'oppose au droit* »<sup>1495</sup>, l'exigence d'impartialité a pourtant longtemps oscillé entre les domaines de l'éthique et du juridique<sup>1496</sup> et ne s'est que tardivement imposée en droit interne, dans le cadre des juridictions administratives<sup>1497</sup> tout

---

<sup>1494</sup> Sur ce lien entre neutralité et impartialité, v. notamment KONDYLIS (Vassilios), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., 1994, p. 3 et 8 ; KOUBI (Geneviève), « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat ? », *RA* 1992, p. 496 ; CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 575 ; GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 563.

<sup>1495</sup> QUIRINY (Bernard), « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP* 2006, p. 376.

<sup>1496</sup> MITARD (Eric), « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 479.

<sup>1497</sup> C'est en effet dans ce cadre que la valeur juridique de l'impartialité a le moins prêté à discussion. Découlant des principes du droit de la défense, l'impartialité en matière contentieuse, inhérente à la fonction même de

d'abord, puis à l'égard de l'ensemble des autorités administratives<sup>1498</sup>. Ce retard constaté dans l'affirmation pleine et entière d'un principe juridique interne d'impartialité trouve peut-être son explication dans le relatif détachement du juge administratif à son égard<sup>1499</sup>. Ce dernier n'hésite pas, en effet, à se reporter parfois à des notions qu'il estime mieux établies, parmi lesquelles figurent en bonne place les principes d'égalité et de neutralité. En effet, adopter une attitude impartiale envers un usager et ne se fonder que sur les éléments objectifs fournis par son dossier revient, dans les faits, à respecter l'obligation de neutralité incombant à l'agent et à préserver dès lors en aval l'égalité de traitement devant les services publics et, partant, une garantie pleine et entière de droits et libertés ne pouvant sans cela s'épanouir de manière effective. Il paraît ainsi difficile de démêler les liens tissés entre ces trois impératifs, la doctrine tendant souvent à les considérer comme quasi-synonymes<sup>1500</sup> et l'impartialité étant, à l'instar de la neutralité, directement analysée par certains auteurs comme un corollaire du principe d'égalité<sup>1501</sup>. Le juge administratif ne semble pas, du reste, suivre une politique prédéfinie en la matière, jonglant entre les principes de neutralité et d'impartialité quand il ne les mêle pas dans la même décision<sup>1502</sup>.

---

juger, est considérée à l'occasion de l'arrêt « *Demoiselle Arboussset* » en tant que « règle générale de procédure », applicable « même en l'absence de texte » (CE, Sect., 2 mars 1973, *Rec. Leb.* p. 189, *RDP* 1973, p. 1066, concl. Braibant), sa valeur de principe général du droit ayant par la suite été confirmée très explicitement par le Conseil d'Etat, dans le cadre des arrêts CE, Ass., 6 avril 2000, *SA Entreprises Razel Frères* (*Rec. Leb.* p. 176, *RFDA* 2001, p. 1299, concl. Seban) et CE, 20 avril 2005, *Karsenty* (*Rec. Leb.* p. 151, *DA* 2005, n° 105, note Lombard). Ce principe d'impartialité en matière contentieuse est rappelé également, au-delà du droit interne, par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>1498</sup> Certaines jurisprudences laissaient parfois entendre que ce principe était depuis longtemps reconnu. En ce sens, l'arrêt *Bourdeaux* du Conseil d'Etat (CE, 29 avril 1949, *Rec. Leb.* p. 188), relatif à la composition d'une commission d'épuration, est parfois considéré comme ayant élevé l'impartialité au rang de principe général du droit (V. MITARD (Eric), *op. cit.*, p. 478), d'autres auteurs estimant cependant que, dans le cadre de cette affaire, le principe invoqué relève des droits de la défense et se cantonne dans le seul cadre de la sanction (JEANNEAU (Benoît), *Les principes généraux dans la jurisprudence administrative*, 1954, p. 90 et DEGOFTE (Michel), « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA* 1998, p. 712). L'arrêt « *Fédération nationale des transporteurs routiers* » (CE, 7 juillet 1965, *Rec. Leb.* p. 413) est en ce sens plus probant, affirmant que « l'obligation d'impartialité (...) incombe aux comités techniques départementaux comme à tout organisme administratif ». (V. également CE, 5 mai 1995, *Burruchaga*, *Rec. Leb.* p. 197). Mais ce n'est en réalité que par plusieurs arrêts de la fin des années quatre-vingt dix que l'interrogation sur ce point a enfin été levée : V. les arrêts CE, 27 octobre 1999, *Fédération française de football*, *JCP* 2000, n° 10367, note Piastra ; CE, Ass., 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, *Rec. Leb.* p. 397, *RFDA* 2000, p. 547, note Sermet ; CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec. Leb.* p. 399, *JCP* 2000, n° 10627, note Sudre et, sur l'ensemble de la question, QUIRINY (Bernard), « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP* 2006, p. 379 et s.

<sup>1499</sup> En ce sens, MITARD (Eric), « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478.

<sup>1500</sup> La distinction entre ces notions étant ainsi parfois considérée comme « infime ». DEGOFTE (Michel), « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA* 1998, p. 711.

<sup>1501</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2007, 2<sup>ème</sup> éd., p. 304.

<sup>1502</sup> Ainsi, dans l'arrêt *Barel* (CE, Ass., 28 mai 1954, *Rec. Leb.* p. 308 ; *RDP* 1954, p. 509, note Waline ; *GDJDA*, p. 595), le juge administratif invoque le principe d'égalité d'accès aux emplois et fonctions publics pour considérer comme irrégulier l'arrêté établissant la liste des candidats admis à participer au concours d'entrée à l'ENA et rappelle implicitement l'impératif de neutralité pesant sur l'administration en ce qui concerne les opinions politiques des individus. Dans une autre affaire aux caractéristiques proches, la discrimination étant cette fois fondée sur le sexe, le juge s'est en revanche appuyé sur le principe d'impartialité du jury (CE, Sect., 9

Le principe d'impartialité dispose-t-il alors d'une réelle spécificité au regard de l'exigence de neutralité dans le cadre du service public ? Il semble en effet possible d'estimer que l'impartialité dépasse parfois les implications de la neutralité, du simple fait qu'elle embrasse certains motifs de discriminations différents des critères classiquement attachés à cette dernière. Dans son sens subjectif, l'impartialité s'attache en effet à la personne même de l'agent, Sylvie Hubac identifiant alors trois hypothèses dans lesquelles elle risque de se retrouver en péril, à savoir lorsque l'agent amené à intervenir a un intérêt personnel à l'affaire, s'il éprouve une animosité personnelle envers le destinataire de la prestation ou, enfin, lorsqu'il a déjà publiquement pris parti sur la question et peut être soupçonné d'agir sur le fondement d'un préjugé<sup>1503</sup>. Dans son sens objectif, en revanche, ce n'est plus le comportement direct de l'agent qui est en cause, mais le fonctionnement même de l'administration et l'apparence de partialité que peut revêtir son action en fonction des procédures suivies ou de la composition des organes administratifs amenés à intervenir<sup>1504</sup>. Dans ces hypothèses, la discrimination qui pourra intervenir ne sera pas forcément fondée sur des critères préexistants et clairement identifiés, tels que le sexe, l'origine ethnique ou l'opinion religieuse ou politique, même si ces derniers peuvent parfois entrer en jeu<sup>1505</sup>, mais également sur la sensibilité et la subjectivité de l'agent, influant directement - ou indirectement, à travers la procédure suivie - sur la décision finale et, partant, sur l'exercice effectif des droits et libertés en découlant. L'agent est ici, pour paraphraser Laferrière,

---

novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, *Rec. Leb.* p. 591 ; D. 1962, p. 92, concl. Braibant). Il arrive par ailleurs qu'impartialité et neutralité soient retrouvées côte à côte, sans qu'il ne soit permis alors d'en conclure à la synonymie ou, au contraire, à une différenciation à opérer entre ces deux principes. V. par exemple CAA Paris, 7 mai 1996, *Peufly*, arrêt dans lequel une mesure de révocation d'un agent était motivée à la fois par son « attitude partielle à l'égard des familles » et par le « manquement à la règle absolue de neutralité vis-à-vis des sociétés de pompes funèbres ». Quand aux textes, ils mêlent parfois également les deux principes, une circulaire du 17 février 1995 rappelant ainsi que l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer une activité professionnelle privée est motivée par un impératif d'impartialité et par le risque que cette activité compromette la neutralité du service. (Circulaire prise pour l'application de l'article 1<sup>er</sup> al 2 du décret n° 95-168 du 17 février 1995). Sur ce point, v. MITARD (Eric), *op. cit.*, p. 481.

<sup>1503</sup> V. conclusions du commissaire de gouvernement Sylvie Hubac sur CE, 27 avril 1988, *Sophie*, *Rec. Leb.* p. 160, notamment p. 163.

<sup>1504</sup> La présence, dans le cadre d'un jury, d'une personne dont le comportement ne semble présenter en lui-même aucun risque de partialité fondée sur des considérations subjectives peut cependant dans le même temps faire douter de l'impartialité apparente de ce jury, par exemple lorsqu'un subordonné d'un candidat y siège (CE, 4 février 2004, Req. n° 248824).

<sup>1505</sup> Ainsi, dans l'affaire *Commune de Clohars-Carnoët* précitée était en jeu un concours de recrutement d'un secrétaire de mairie au sujet duquel le maire avait fait savoir auparavant publiquement qu'il n'accepterait pas que le poste soit occupé par une femme. Une candidate ayant alors saisi le juge administratif, ce dernier a annulé le concours au motif qu'il n'avait pas satisfait aux impératifs de l'impartialité. Il s'agissait ici d'un exemple de partialité subjective, due au fait que l'agent avait expressément pris parti antérieurement sur l'issue du concours, mais auquel se mêlaient des considérations liées à un critère prédéterminé, lié au sexe des candidats, et non à leur personnalité même.

retrouvé avec « *ses faiblesses, ses passions (...)* »<sup>1506</sup>, constatation qui amène à conclure à la spécificité du principe d'impartialité en tant que ce dernier s'attache à l'individu et se retrouve parfois seul à pouvoir régir certaines situations litigieuses dangereuses pour les droits et libertés se trouvant en cause au sein du service public considéré<sup>1507</sup>. Relevant, dans son acception subjective, d'une problématique voisine de celle du détournement de pouvoir, le principe d'impartialité se heurte souvent à la difficulté classiquement sous-tendue par ce moyen de légalité interne, tenant à la recherche de l'intention de l'agent. Il reste en effet toujours malaisé de cerner cette dernière mais cette remarque ne doit pas conduire à minimiser la portée de cette exigence, adjuvant efficace du principe de neutralité et qui aboutit aux mêmes conséquences positives. L'impartialité complète et renforce la dimension égalitaire sous-tendue par le principe de neutralité au bénéfice de l'ensemble des droits et libertés, comme s'emploie également à le faire, par d'autres moyens, la règle de gratuité guidant le fonctionnement de certains services publics.

2) *La gratuité, adjuvant d'un exercice effectif des droits et libertés par l'égal accès au service public*

La notion même de gratuité – ou de non-gratuité – mérite d'être éclairée, car, au sens économique, un service public n'est jamais gratuit. Il relève en effet toujours d'un coût et n'est considéré, de manière quelque peu artificielle, comme gratuit que lorsqu'« *aucune participation financière n'est demandée à l'usager du service pris en tant que tel en contrepartie directe de la prestation qui lui est accordée* »<sup>1508</sup>. Le service public « gratuit » est ainsi celui qui est financé par l'impôt ou par d'autres ressources<sup>1509</sup>, et non par un prix perçu directement sur l'usager. En cela, il offre la possibilité de bénéficier de la prestation sans avoir à en déboursier directement le prix, concrétisant une égalité d'accès aux implications assurément favorables envers les droits et libertés. La règle de gratuité lève en effet toute limitation d'accès au service tenant aux capacités financières des usagers et permet ainsi à tous de bénéficier des prestations offertes en les plaçant abstraitement dans la même situation de départ à cet égard. Jean du Bois de Gaudusson rappelle en ce sens que la gratuité des services publics est « *la seule formule capable d'assurer réellement et parfaitement*

---

<sup>1506</sup> V. conclusions de Laferrière sur TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol, Rec.* p. 437.

<sup>1507</sup> En ce sens, MITARD (Eric), « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 487.

<sup>1508</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 446.

<sup>1509</sup> Comme, par exemple, des ressources provenant de cotisations sociales ou de recettes domaniales.

*l'égalité entre tous les usagers* »<sup>1510</sup>, approche confirmée par Catherine Teitgen-Colly, pour laquelle « *la gratuité du service public apparaît sans conteste le moyen le meilleur pour assurer l'accès au service de tous les citoyens puisqu'il évite la sélection par l'argent* »<sup>1511</sup>. La gratuité noue ainsi depuis toujours avec l'égalité « *un lien étroit et incontestable* »<sup>1512</sup> car apparaît comme « *l'expression d'un principe de solidarité dont la définition juridique est l'égalité devant les droits de l'homme* »<sup>1513</sup>, révélatrice de la supériorité de l'intérêt général face à une logique purement marchande. Cette règle revêt ainsi une dimension politique selon laquelle les charges du service doivent être assumées par l'ensemble de la collectivité, sans que soient distingués ceux qui profitent plus ou moins des prestations délivrées<sup>1514</sup>. Facilitant l'accès au service, lequel constitue « *une réponse à des besoins essentiels de la vie sociale et quotidienne* », conditionnant l'exercice effectif de droits et libertés, le principe de gratuité correspond alors à un « *idéal social* »<sup>1515</sup>, en adéquation avec la philosophie égalitaire portée par le service public. Ce procédé entend en effet tout particulièrement mettre en œuvre les « *droits-créances* » dont la logique même demeure celle d'aplanir les disparités de fortune empêchant un exercice effectif des libertés. Ne soumettre l'accès du service à aucune condition financière préalable lié au paiement d'un prix semble parfaitement se faire l'écho de cette dimension égalitaire.

Toutefois, une telle vision n'est pas exempte de nuances. Il semble ainsi, en premier lieu, que la décision d'instaurer une gratuité du service public puisse parfois relever prioritairement de caractéristiques techniques et non d'une volonté politique attachée à la réalisation de l'égalité en matière de droits et libertés. C'est bien sûr le cas lorsque les services publics ont pour mission de fournir des aides pécuniaires à l'utilisateur, même si, dans cette hypothèse, une dimension solidaire est évidemment retrouvée, mais également lorsque la prestation ne semble pas suffisamment individualisable pour faire l'objet d'une rémunération directement

---

<sup>1510</sup> DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, p. 170.

<sup>1511</sup> TEITGEN-COLLY (Catherine), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981, p. 394. V. également, dans le même sens, SALOMON (Jean), *L'égalité des individus devant le service public*, Th. Grenoble, 1954, p. 291 : « *L'inégalité économique étant un mal quasi-incurable, seule la gratuité des services permet de faire de l'égalité autre chose qu'une froide fiction juridique. (...) Aussi, la gratuité est la seule formule qui permette d'assurer pratiquement l'égalité entre tous les usagers du service public* ».

<sup>1512</sup> KOUBI (Geneviève), « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français », *JCP A*, 2003, p. 770.

<sup>1513</sup> HERTZOG (Robert), *Recherche sur la gratuité et la non gratuité des services publics*, Th. Strasbourg, 1972, p. 169.

<sup>1514</sup> V. TEITGEN-COLLY (Catherine), *op. cit.*, p. 328 : « *La gratuité du service public, en même temps qu'elle constitue le moyen de permettre l'accès à tous au service traduit, par le financement par l'impôt qu'elle implique, la solidarité sociale* ».

<sup>1515</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2007, p. 615.

demandée au bénéficiaire, lequel n'est pas déterminé *a priori*. En ce sens, des missions administratives régaliennes classiques comme celles tenant à la sécurité publique ou à la lutte contre les incendies profitent à l'ensemble de la population et semblent donc logiquement relever d'une telle analyse<sup>1516</sup>. Plus avant, surtout, force est de constater que la gratuité demeure, pour une large part, un idéal ne s'appliquant en réalité qu'à un cercle restreint de services publics. La doctrine refuse du reste de voir en cette règle une véritable « loi » du service public. Au début du XX<sup>ème</sup> siècle, Maurice Hauriou défend pourtant cette conception, la gratuité apparaissant pour cet auteur comme le « *trait saillant* » de ce procédé<sup>1517</sup>, mais une telle approche reste isolée. La majorité de la doctrine se rallie en effet, dès cette époque, à l'idée selon laquelle « *la gratuité n'est pas de l'essence du service public* »<sup>1518</sup>, vision par la suite jamais démentie<sup>1519</sup>. A ce refus doctrinal s'ajoute par ailleurs l'absence de reconnaissance en droit positif. En effet, le Conseil d'Etat ne considère pas la gratuité comme un principe général du droit et rejette tout moyen qui serait fondé sur cette règle<sup>1520</sup>. De même, jamais le Conseil constitutionnel n'a accepté de consacrer le principe de gratuité, sa position sur cette question ayant été clairement fixée par sa décision du 12 juillet 1979<sup>1521</sup>. A l'appui de ces positions, il faut convenir que, même à l'époque d'Hauriou, certains services publics comme les chemins de fer ou la poste sont déjà payants et que cette caractéristique s'attache par la suite à de très nombreux autres services, industriels et commerciaux, évidemment<sup>1522</sup>, mais également administratifs. Parmi ces derniers, il est ainsi

<sup>1516</sup> En ce sens, v. CE, 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, *Rec. Leb.* p. 69, *AJDA* 1995, p. 403, note Broussole (illégalité de redevances pour frais de contrôle aérien, car cette mission est destinée à l'ensemble des usagers et non pas seulement aux compagnies aériennes). V. MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 208 et LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J., 2001, p. 21. Depuis la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985, dite Loi montagne (*JO* 10 janvier 1985, p. 336) les communes ont néanmoins le droit d'exiger le remboursement des frais de secours exposés à l'occasion d'accidents liés à la pratique de certaines activités sportives (art. L. 2321-2, 7° et R. 2321-6 CGCT).

<sup>1517</sup> HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd., 1919, p. 47. Cette approche entre dans le cadre de la théorie de l'Etat développée par Hauriou, ce dernier estimant en effet que les services publics relèvent de l'Etat-puissance publique, lequel n'est pas « *une association pour travailler ensemble à la production de richesses* » (*S.*, 1900, III, p.49). Une telle conception rejoint par ailleurs celle d'un Etat libéral aux interventions limitées, cantonnées à des missions régaliennes hors commerce. Sur l'ensemble de cette question, MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *op. cit.*, p. 210.

<sup>1518</sup> ROLLAND (Louis), *Cours de Droit administratif*, DES de droit public, Paris, 1945-46, p. 131, cité par LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 447. Il s'agit là cependant d'un certain revirement de la part de Louis Rolland, lequel avait pu avancer en 1935 que « *la gratuité du service public est en France la règle. En principe, le particulier qui retire un avantage du service public n'a pas de contrepartie à verser* ». V. TEITGEN-COLLY (Catherine), *op. cit.*, p. 318.

<sup>1519</sup> V. notamment CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 620. Certains auteurs traitent d'ailleurs de manière extrêmement résiduelle cet aspect du fonctionnement des services publics, quand ils ne l'écartent pas totalement (v. notamment LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Droit du service public*, Litec, 2007, p. 36).

<sup>1520</sup> CE, Ass., 10 juillet 1996, *Soc. Direct Mail Promotion*, *Rec. Leb.* p. 277, *AJDA* 1997, p. 189, note Maisl.

<sup>1521</sup> CC n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage, préc.*

<sup>1522</sup> La rémunération perçue sur l'utilisateur demeure en effet un élément majeur de leur identification (V. CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec. Leb.* p. 434, *D.* 1956, p. 759, concl.



classique de considérer comme soumis au principe de gratuité les seuls services obligatoires<sup>1523</sup>, c'est-à-dire réclamés par des dispositions constitutionnelles ou législatives, tandis que les services publics facultatifs feraient l'objet d'une tarification<sup>1524</sup>. Cependant, si cette distinction se vérifie dans la majorité des cas, une disposition législative peut toujours venir la nuancer<sup>1525</sup>, la gratuité ne s'imposant donc réellement qu'en vertu de textes particuliers, comme ceux trouvés, par exemple, en matière d'enseignement<sup>1526</sup>. La multiplication des services payants obéit par ailleurs à certaines nécessités pratiques. Le développement de l'Etat-providence et l'accroissement corrélatif des services rendus au public entraînent des coûts ne pouvant être supportés par le seul contribuable. En outre, la tarification encourage une responsabilisation de l'utilisateur et un examen approfondi de la pertinence du système gestionnaire du service<sup>1527</sup>. Mais surtout, elle n'est pas considérée comme allant à l'encontre de l'égalité des usagers devant le service public, l'égalité en droit étant supposée satisfaite dès lors que les usagers d'une même catégorie sont amenés à payer le même prix. Rejetant toute contrepartie économique, cette règle de gratuité est enfin parfois soupçonnée de favoriser une « *dette de reconnaissance* » des usagers envers l'Etat. En réalité résultat d'un financement par l'impôt, le service public s'érigerait en « *bien abstrait des*

---

Laurent et HERTZOG (Robert), « Le prix du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 55). Par ailleurs, l'obligation d'équilibre du budget des services publics industriels et commerciaux locaux (Art L. 2224-1 CGCT) et l'interdiction pour les communes de verser des subventions d'équilibre (Art L. 2224-2 CGCT) impliquent une telle rémunération, cette dernière étant d'ailleurs parfois directement prévue par les textes en matière d'assainissement, d'abattoirs, de pompes funèbres ou d'ordures ménagères. Sur cette question, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 447.

<sup>1523</sup> En ce sens, notamment, DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'utilisateur du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, p. 174 ; CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 592 ; ESPLUGAS (Pierre), « Notion de service public », *Jcl. adm.*, Fasc. 149, p. 23 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 449. V. également CE, 5 décembre 1984, *Ville de Versailles c/ Lopez*, *Rec. Leb.* p. 399, *RDFA* 1985, P. 522, note X. Prétot : une commune ne peut mettre à la charge de la victime d'un accident de circulation les frais du transport à l'hôpital assuré par les sapeurs-pompier.

<sup>1524</sup> En ce sens, v. CE, Sect., 27 juillet 1984, *Commune de la Teste-de-Buch*, *Rec. Leb.* p. 282, *AJDA* 1983, p. 565, concl. Racine et l'article 147 de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998 (*préc.*), rappelant que « *les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau de revenu des usagers et du nombre des personnes vivant au foyer* » et rejetant donc, au sujet de ces services publics, toute application systématique du principe de gratuité.

<sup>1525</sup> V. ainsi la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985, dite Loi montagne (*préc.*) tarifant dans certains cas les services de secours. D'un autre côté, des services publics administratifs, comme les musées, sont parfois gratuits.

<sup>1526</sup> Posé explicitement par l'alinéa 13 du Préambule de 1946, le principe de gratuité de l'enseignement a été consacré par de nombreux textes (V. loi du 16 juin 1881 sur la gratuité de l'enseignement primaire public, loi de finances du 27 décembre 1927 relative à l'enseignement secondaire, loi du 11 juillet 1975 posant la gratuité de l'enseignement durant la période de scolarité obligatoire entre six et seize ans). Le principe ne souffre que d'une exception en ce qui concerne l'enseignement supérieur, la loi du 24 mars 1951 ayant instauré la perception de droits universitaires. Les sommes demandées restent cependant très inférieures au coût réel de la prestation fournie, le Conseil d'Etat sanctionnant les augmentations qui constitueraient des suppléments illégaux d'inscription (CE, 7 juillet 1993, *Université Pierre Mendès-France*, *Rec. Leb.* p. 810).

<sup>1527</sup> LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J., 2001, p. 35 et MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 211.

*réalités économiques* », et revêtirait « *l'apparat de l'économie du don* »<sup>1528</sup>. Au-delà d'une justification « avouable », liée à l'idée de solidarité, le choix de la gratuité résulterait alors de motivations secondes centrées sur la glorification de l'Etat et non sur les individus. Toutefois, ce reproche perd de sa portée face à la simple constatation du nombre restreint de services publics gratuits : la recherche supposée de glorification semble s'être depuis bien longtemps inclinée devant les réalités économiques. Par ailleurs, si la gratuité résulte assurément d'un choix politique, elle constitue néanmoins souvent la réponse à une aspiration très forte de l'opinion publique, laquelle apparaît alors bien plus se situer dans une sphère de revendication et de vigilance que de gratitude<sup>1529</sup>. Au-delà de ces considérations, en effet, une évidence persiste : même s'il ne s'agit pas d'une règle de fonctionnement du service public à part entière, la gratuité, lorsqu'elle intervient, sert l'égalité et soutient dans le même temps la concrétisation des droits et libertés en permettant l'égal accès à ce procédé. Aucune sélection par l'argent, même minime, n'étant organisée, chacun peut en théorie se prévaloir des prestations fournies, « clés d'accès » à un exercice effectif des « droits créances » comme des libertés « classiques ». Ainsi, cette règle s'applique notamment aux services publics constitutionnels, « noyaux durs » des prestations indispensables à la société qui « *répondent au souci d'obtenir une égalité matérielle par l'accès de tous les membres de la collectivité nationale aux droits-créances proclamés par le Préambule de 1946* », la gratuité constituant alors « *indiscutablement un des moyens afin de tendre vers cette égalité matérielle* »<sup>1530</sup>.

En guise de conclusion provisoire, égalité et service public apparaissent ainsi, par principe, indissociablement liés, quelle que soit l'approche retenue. Le service public est, dans son essence même, un procédé égalitaire destiné à garantir à *tous* un exercice satisfaisant des droits et libertés. C'est à l'égard de l'utilisateur, destinataire de la prestation, que se révèle le plus nettement cette dimension sous-tendue par l'influence des droits-créances. Cependant, s'il est reconnu que l'égalité est de l'essence même du service public, il convient alors d'admettre que cette exigence traverse le procédé de part en part et est appelée à s'adresser à toute personne entrant en relation avec lui, qu'il s'agisse également des agents, fournisseurs ou collaborateurs, lesquels disposent, de la même manière, de droits et libertés, attachés au

---

<sup>1528</sup> Toutes ces citations émanant de la démonstration de Jacques AMAR, *De l'utilisateur au consommateur*, PUAM, 2001, p. 207.

<sup>1529</sup> Dans sa note sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation (C. Cass. crim., 11 janvier 1951, *Daronat*, RDP 1951, p. 506), Marcel Waline évoque ainsi la pression de l'opinion publique en faveur de la gratuité, cette dernière considérant comme un dû certaines prestations positives. Pour un rappel du lien entre gratuité et attente sociale, v. également AUBY (Jean-François) et RAYMUNDIE (Olivier), *Le service public*, Le Moniteur, 2003, p. 24.

<sup>1530</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 184.

monde du travail, et réclament un traitement égal de la part du service public. Désigné par le juge administratif sous le vocable générique de « *principe d'égalité régissant le fonctionnement des services publics* »<sup>1531</sup>, cette règle comporte donc de multiples déclinaisons, s'adressant à tous les acteurs en liaison avec le procédé et intervenant à toutes les étapes de la relation avec le service public, en amont, au moment de la prise de contact ou en aval, dans le cadre de son fonctionnement proprement dit.

Cependant, cette conception classique de l'égalité et de l'impact du service public sur cette dernière ne semble plus résumer aujourd'hui la totalité de la problématique attachée à une mise en œuvre égalitaire des droits et libertés. Dès le début a été fait état de la complexité d'une égalité proclamée juridiquement mais ne pouvant dans le même temps ignorer la situation concrète des individus. Or cette complexité ne peut que s'affirmer davantage lorsqu'il n'est plus seulement question de s'adapter aux situations, d'« *épouser le réel* », mais d'influer sur ce dernier en cherchant à réduire les inégalités matérielles *par* la règle de droit, à travers l'instauration de mesures correctrices spécifiques dont le service public est présenté comme le maître d'œuvre. Ce procédé est en effet aujourd'hui appelé à se faire l'écho d'une évolution de l'appréhension de l'égalité délaissant la généralité au bénéfice d'une différenciation accrue de traitements, dans le but de lutter plus directement contre certaines inégalités persistantes.

## PARAGRAPHE SECOND

### UNE APPREHENSION DE L'EGALITE RENOUVELEE SUR LE FONDEMENT DE L'EQUITE

L'analyse de la notion d'égalité semble aujourd'hui en pleine mutation au sens où la conception classique d'une dimension égalitaire des droits et libertés préservée en priorité par la généralité tend de plus en plus souvent à s'effacer au profit d'une approche selon laquelle il convient de créer directement l'égalité, sur le fondement de mesures volontaristes et différenciées. Le discours sur l'égalité est en cela marqué par la faveur contemporaine envers le concept d'équité. « *Notion de la justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun* »<sup>1532</sup>, cette dernière est présentée comme mieux à même d'assurer une satisfaction

---

<sup>1531</sup> CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire, préc.*

<sup>1532</sup> V° Equité, *Dictionnaire Robert*. Pour une analyse de la notion, FOULETIER (Marjolaine), *Recherches sur l'équité en droit public français*, L.G.D.J., 2003.

effective de l'exercice des droits et libertés. Elle invite à s'intéresser plus directement à la situation réelle des individus (A), et tend ainsi à renouveler la logique d'intervention du service public. Recentré sur son rôle de garantie des droits et libertés, ce dernier est invité à mieux individualiser les prestations qu'il délivre, dans le sens espéré d'un renforcement de son action, notamment en matière de lutte contre l'exclusion (B).

### *A/ Une faveur constatée envers le concept d'équité*

La notion d'équité encourage l'idée selon laquelle il importe d'agir en direction de chacun en prenant en compte ses besoins et difficultés spécifiques. Le modèle proposé consiste alors, sur ce fondement, à prévoir des mesures différenciées en fonction des situations particulières constatées, ceci afin d'établir, par ces mesures, l'égalité concrète jusqu'alors inexistante. L'approche équitable de l'égalité tend ainsi à rejeter la généralité de la règle au bénéfice d'une différenciation de traitement considérée comme seule à même de garantir une égalité réelle entre individus. Renouvelant la politique traditionnelle de lutte contre les inégalités dans l'objectif d'offrir réellement la garantie d'un exercice effectif des droits et libertés (1), ce changement de perspective est perceptible à travers la faveur aujourd'hui constatée envers les principes de non-discrimination et d'égalité des chances (2).

#### *1) Une volonté de favoriser un exercice plus effectif des droits et libertés*

L'équité a toujours accompagné l'évolution du concept d'égalité à mesure que les impératifs de démocratie sociale gagnaient du terrain<sup>1533</sup>. Cette notion plaide ainsi depuis longtemps pour une nuance de la généralité de la règle au profit d'une modulation accrue en fonction des différences de situations<sup>1534</sup> et n'est, en cela, pas étrangère à la nécessité, désormais depuis longtemps reconnue, de ne réserver un traitement identique qu'aux personnes placées dans une situation similaire. Des considérations d'équité président en effet assurément à la volonté de ne pas cantonner l'égalité à sa seule portée formelle, mathématique, et de la replacer dans ses perspectives concrètes. Mais l'influence de l'équité va aujourd'hui plus loin, et sous-tend

---

<sup>1533</sup> Dans son article « Egalité, solidarité ... équité ? » (in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 246), Michel Borgetto prend ainsi l'exemple du Préambule de la Constitution de 1848, lequel disposait qu'en adoptant la forme républicaine du gouvernement, la France s'était « *proposé pour but (...) d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société* ».

<sup>1534</sup> V. BORGETTO (Michel), *Ibid.*

désormais non plus seulement une adéquation avec le réel mais également une volonté d'agir directement sur ce dernier afin de le modifier, en tentant de gommer les différences de situations porteuses d'inégalités de fait. Certes, le glissement entre ces différentes interventions s'opère parfois de manière subtile, notamment dans le cadre de la mise en œuvre de « droits-créances », de sorte qu'il est difficile de déterminer avec précision à partir de quel moment la différenciation opérée cesse d'avoir pour objectif unique une concordance avec la réalité et se teinte d'une dimension plus active, dans laquelle la différenciation devient le moyen de lutter contre les inégalités de fait atteignant la pleine jouissance des droits et libertés. Plus avant encore, ces traitements différentiels peuvent en outre changer de nature, et devenir de véritables expériences de discriminations positives par lesquelles sont temporairement mises en place des différences de traitement ayant pour objectif de conférer à une catégorie d'individus des avantages particuliers, en réparation des discriminations qu'elle a subi et au détriment des autres groupes<sup>1535</sup>. Ainsi, l'heure ne semble plus être à l'égalité *devant* la règle de droit, mais *par* la règle de droit. Au principe d'une égalité par la généralité, nuancée *a minima* par une prise en compte des situations concrètes, semble désormais être préférée une politique de différenciation selon la situation des individus, entendue de manière bien plus large dans sa dimension comme dans ses effets.

Un tel mouvement coïncide avec le renouveau doctrinal lié à la diffusion des idées de John Rawls en France. Prônant une lecture novatrice de l'égalité des chances, cet auteur énonce deux principes fondant sa « *théorie de la justice comme équité* »<sup>1536</sup>, le premier d'entre eux disposant que « *chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatibles avec un même système pour tous* » quand le second rappelle que des inégalités économique et sociales peuvent intervenir dès lors qu'elles sont « *a/ au plus grand bénéfice des plus désavantagés, dans la limite d'un juste principe d'épargne* » et « *b/ attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste égalité des chances* »<sup>1537</sup>. Dans la perspective dès lors développée par Rawls, certaines inégalités sont justes et équitables car elles contribuent à l'amélioration de la condition des plus défavorisés, tandis que d'autres paraissent contraires au principe de justice,

---

<sup>1535</sup> Selon la définition de la discrimination positive retenue par F. Mélin-Soucramanien, *in Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 207. V. également CHEVALLIER (Jacques), « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 415, cet auteur insistant particulièrement sur le fait que ces mesures interviennent au détriment des groupes qui n'en bénéficient pas, ce qui les distingue des traitements différentiels n'ayant pas d'effets négatifs probants envers les groupes non concernés. Dans le même sens, CALVES (Gwenaële), V<sup>o</sup> Egalité, *in* D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 380.

<sup>1536</sup> RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997, p. 39.

<sup>1537</sup> RAWLS (John), *op. cit.*, p. 115.

même si elles ont pour but d'améliorer le sort des plus démunis, en tant qu'elles aboutissent à restreindre la liberté ou réduire l'égalité des chances<sup>1538</sup>. Or, ce qui a été particulièrement retenu de cette théorie reste sa légitimation de certaines inégalités dès lors que ces dernières, même si elles confortent les plus favorisés, sous-tendent un bénéfice pour les personnes défavorisées et recèlent en définitive un effet positif sur le fonctionnement de la société<sup>1539</sup>, de par la prise en compte d'un principe d'efficacité<sup>1540</sup>. Une telle vision a sans aucun doute favorisé la promotion des impératifs d'équité sur ceux d'égalité et a été accueillie avec enthousiasme par des auteurs soucieux de renouveler les fondations de l'Etat-providence. Le rapport du Commissariat général au plan, présidé par Alain Minc, s'en fait ainsi particulièrement l'écho, souhaitant que le compromis soit désormais « *fondé sur le principe d'équité, par opposition à l'aspiration égalitaire qui a bercé toute l'histoire sociale de l'après-guerre* »<sup>1541</sup>.

L'évolution constatée obéit à la pression de la réalité sociale et à l'exigence sans cesse accrue de prise en compte des situations matérielles dans le cadre de la lutte contre les inégalités. Le constat d'échec des politiques traditionnelles est aujourd'hui devenu un véritable leitmotiv dans les sociétés contemporaines : inégalité des revenus, chômage de masse, déficit de la protection sociale, nouvelles hypothèses de pauvreté et de précarité, difficulté d'accès aux prestations essentielles, sont autant de phénomènes attentatoires à un exercice effectif des libertés ayant légitimement pu encourager la recherche de nouvelles solutions favorisant une approche équitable au détriment de la généralité de la règle. Cette dernière est remise en cause comme ayant fait la preuve de son inefficacité. Ce rejet prend acte, en effet, « *d'une observation de fait : l'existence de certaines inégalités originelles et sociales – inégalités de capital économique, culturel et familial – empêche, contrairement à une pensée dominante après-guerre, que le processus d'égalisation des situations sociales et des perspectives de vie puisse se réaliser dans le seul cadre de politiques macro sociales et indifférenciées en vigueur* »<sup>1542</sup>. Ainsi, si la mise en œuvre des « droits-créances », notamment, a permis un certain aplanissement des conditions de vie, elle laisse cependant subsister des écarts

---

<sup>1538</sup> V. BORGETTO (Michel), « Egalité, solidarité ... équité ? », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 262.

<sup>1539</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 125.

<sup>1540</sup> Selon John Rawls, « *la société doit prendre en considération l'efficacité économique et les exigences de l'organisation et de la technologie. S'il y a des inégalités de revenus et de fortune, des différences d'autorité et des degrés de responsabilité qui tendent à améliorer la situation de tous par rapport à la situation d'égalité, pourquoi ne pas les autoriser ?* ». *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997, p. 182.

<sup>1541</sup> MINC (Alain) (dir.), *La France de l'an 2000*, Rapport « Les défis économiques et sociaux de l'an 2000 », Odile Jacob-La Documentation française, 1994, p. 85 et 87.

<sup>1542</sup> WUHL (Simon), *Discrimination positive et justice sociale*, PUF, 2007, p. 1.

constituant toujours autant d'obstacles dès lors que le niveau de revenus, notamment, ne dépasse pas un certain seuil. Bien qu'atténuée dans les sociétés occidentales contemporaines, la pauvreté continue de mettre à mal l'accès concret à certains droits, la personne démunie éprouvant toujours des difficultés à jouir de prérogatives aussi simples que celle d'aller et venir, de communiquer, ou bien encore d'accéder aux soins, à l'éducation, aux loisirs ou à la culture. Les faits semblent dans certains cas peser trop lourdement dès l'origine pour qu'une règle ne les prenant pas spécifiquement en compte puisse parvenir à les influencer. C'est pourquoi est aujourd'hui proposé de cibler l'impact des mesures édictées en encourageant l'éclosion de règles différenciées dont le but sera précisément de tenter de remédier à la situation originelle porteuse d'inégalité dans l'exercice des droits. C'est là une approche équitable du phénomène d'égalité que reflètent aujourd'hui les notions, de plus en plus utilisées, de non-discrimination et d'égalité des chances.

2) *Une évolution perceptible à travers l'invocation des notions de non-discrimination et d'égalité des chances*

La faveur constatée aujourd'hui envers le principe de non-discrimination témoigne du glissement d'une égalité indifférenciée vers l'équité. Dans son acception la plus neutre, le terme même de discrimination ne recouvre pas un sens péjoratif. Etant en effet simplement synonyme de différenciation, de distinction, la discrimination n'est pas condamnable *per se* et ne se charge d'une connotation négative que lorsqu'elle désigne une distinction opérée au détriment de son destinataire. Or, c'est cette dernière vision que retient le plus souvent le langage juridique, ce qui éclaire alors le bien-fondé de l'existence d'un principe de non-discrimination, la discrimination étant entendue comme une différence de traitement illégitime ne pouvant être juridiquement tolérée<sup>1543</sup> car introduisant dès lors une inégalité dans la jouissance des droits et libertés dont chaque individu peut se prévaloir. Ce principe est de plus en plus fréquemment retrouvé dans les discours juridiques et politiques contemporains en lieu et place de l'invocation du principe d'égalité. Se multiplient ainsi en droit interne des références explicites à la non-discrimination, que ce soit dans le cadre jurisprudentiel<sup>1544</sup>,

---

<sup>1543</sup> V. LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 778.

<sup>1544</sup> Le juge judiciaire n'ayant ainsi pas hésité à évoquer directement les « principes de non-discrimination inscrits dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux ». V. Cass., 10 avril 1998, n° 97-17870, *Bull.* 1998, n° 2, p. 5.

législatif<sup>1545</sup> ou à l'occasion de la mise en place d'une autorité administrative indépendante telle que la Haute autorité de lutte contre les discriminations<sup>1546</sup>. Bien sûr, le rappel de la prohibition de certaines discriminations n'est pas totalement nouveau : l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution de 1946 réaffirme le caractère universel des droits consacrés « *sans distinction de race, de religion ni de croyance* », et par cette précision sur les critères de différenciation prohibés, s'éloigne déjà d'une égalité abstraite. Mais cette approche tend aujourd'hui à se généraliser au point de faire constater par certains auteurs un véritable passage de l'égalité à la non discrimination<sup>1547</sup> sous l'influence, notamment, des droits communautaire et européen. En effet, il y a longtemps que la notion de non-discrimination trouve à intervenir dans les Traités fondateurs de la Communauté européenne, lesquels prohibent tout particulièrement les discriminations fondées sur la nationalité<sup>1548</sup> ou sur le sexe<sup>1549</sup>, la Charte des droits fondamentaux dressant également dans son article 21 une longue liste de discriminations interdites<sup>1550</sup>. Mais la présence la plus évidente d'un principe de non-discrimination reste bien sûr à chercher du côté de la Convention européenne des droits de l'homme et de son article 14, par lequel est rappelé que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune (...)* », le terme « distinction », issu de la traduction française, devant se comprendre à la lumière de la version anglaise dans laquelle figure directement l'expression « *without discrimination* »<sup>1551</sup>. Cette évolution pourrait être considérée comme une simple innovation de langage, une manière différente de désigner le principe d'égalité. En effet, la connexion des deux notions paraît évidente : l'interdiction des discriminations est une condition de réalisation de l'égalité

<sup>1545</sup> V. ainsi la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, JO 18 juillet 2001, p. 11496 et la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO 12 février 2005, p. 2353.

<sup>1546</sup> Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations, JO 31 décembre 2004, p. 22567.

<sup>1547</sup> Déjà constaté par Robert Pelloux en 1982 (« Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP* 1982, p. 909), une telle évolution est aujourd'hui confirmée par la doctrine. En ce sens BELLOUBET-FRIER (Nicole), « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 154 (cet auteur considérant d'ailleurs qu'il s'agit là d'une dénaturation du principe d'égalité) et KOUBI (Geneviève) et GUGLIELMI (Gilles) (dir.), *L'égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, p. 9.

<sup>1548</sup> L'article 7 du Traité de Rome prohibe en effet ce type de discrimination, interdiction ensuite déclinée de manière sectorielle, notamment dans le cadre du commerce extérieur, des relations entre producteurs et consommateurs dans les marchés agricoles, de la circulation des travailleurs, des services et des capitaux.

<sup>1549</sup> L'article 141 du Traité de Rome interdisant les distinctions arbitraires entre travailleurs masculins et féminins.

<sup>1550</sup> V. *supra*

<sup>1551</sup> Le protocole n° 11 ajoute d'ailleurs au fronton de l'article 14 l'intitulé général « Interdiction de discrimination » (Sur cette question, v. SOUSSE (Marcel), « Le principe de non discrimination - Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA* 1999, p. 985). L'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 12 utilise par ailleurs directement, dans la version française, l'expression « *sans discrimination aucune* ».



des droits et libertés reconnus aux individus<sup>1552</sup>. En cela, la Cour de Justice des Communautés européennes a d'ailleurs pu considérer que « *le principe de non-discrimination de l'article 40 du Traité CEE entre producteurs ou consommateurs de produits agricoles n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité* »<sup>1553</sup>. De la même manière, le Conseil d'Etat entretient la confusion des genres, n'hésitant pas, par exemple, à expliquer que le « *principe d'égalité est, en tant que principe de non-discrimination, un élément essentiel de l'héritage républicain* »<sup>1554</sup>. Toutefois, égalité et non-discrimination demeurent des notions aux implications différentes car, alors que la conception traditionnelle du principe juridique d'égalité prône en priorité la généralité de la norme, tempérée pragmatiquement par la possibilité de différenciations adaptées aux situations concrètes des individus, le principe de non-discrimination s'inscrit bien plus directement dans une perspective de différenciation. Ce dernier poursuit en effet l'objectif d'interdire les distinctions illégitimes<sup>1555</sup>, dangereuses pour la garantie des droits et libertés, mais valide alors dans le même temps, implicitement, l'acceptation et la préservation des différences de traitement estimées légitimes. La prohibition de discriminations est, en négatif, « *un critère juridique [permettant] la caractérisation de différences de traitement justifiables* »<sup>1556</sup>. En cela, le principe de non-discrimination n'a pas vocation à atteindre le degré de généralité du principe d'égalité, lequel reste, en amont, satisfait par l'universalité de la règle de droit. L'égalité formelle en ce qui concerne les droits et libertés demeure le rappel de l'égalité juridique de tous les individus, de *l'Homme abstrait*, là où le principe de non-discrimination, en prise avec le réel, ne se comprend que dans un rapport de comparaison, de prise en compte de l'altérité, et dès lors de catégorisation des individus<sup>1557</sup>. Cette vision se matérialise d'ailleurs spontanément dans l'énoncé même des distinctions prohibées par les textes, lesquelles formalisent en creux les

<sup>1552</sup> Danièle Lochak, dans son article précité, rappelle d'ailleurs, en reprenant ici la pensée de Louis Dumont (« Caste, racisme et stratification, in *Homo Hierarchicus*, Gallimard, 1979, p. 320), que la discrimination ne peut se comprendre que par rapport à l'égalité, au sens où dans une société de castes hiérarchisées et donc d'essence inégalitaire, le concept même de discrimination illégitime n'a pas lieu d'être, ne pouvant prendre forme qu'à partir du moment où la société se fonde sur le postulat de l'égalité.

<sup>1553</sup> CJCE, 19 octobre 1977, *SA Huileries de Pont-à-Mousson c/ ONIC*, Aff. 124-76, *Rec. I-1795*.

<sup>1554</sup> Rapport public du Conseil d'Etat 1996, « Sur le principe d'égalité », *EDCE* n° 48, p. 19.

<sup>1555</sup> Dans ce cadre, seront notamment prohibées les distinctions reposant sur des critères jugés *a priori* illégitimes, telle la discrimination raciale. Par ailleurs, sera également interdite l'utilisation de certains critères de distinction en considération du domaine intéressé (interdiction de différenciation par le sexe en matière d'emploi, par exemple, laquelle discrimination porte forcément atteinte *in fine* au droit à l'emploi). Enfin, si une différence de situations légitime une différence de traitement, celle-ci devra néanmoins se justifier rationnellement, selon certains critères tenant notamment aux buts poursuivis par la réglementation. V. LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 780.

<sup>1556</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 548.

<sup>1557</sup> Sachant qu'une telle catégorisation implique forcément un choix politique afin de déterminer les ressemblances et les différences pertinentes, le droit n'étant « *jamais tenu d'accueillir, pour leur appliquer un traitement différent, des différences qui se donneraient pour "naturelles"* ». CALVES (Gwenaële), V° Egalité, in D. Chagnollaude et G. Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 378.

catégorisations interdites – par le sexe, la couleur de peau, l’orientation sexuelle, la religion, *etc.* – et font apparaître dans le même temps les distinctions considérées légitimes, lesquelles touchent inmanquablement à l’*Homme situé*, replacé dans son contexte économique et social.

Il était loisible à l’origine de considérer le principe de non-discrimination comme une simple technique de satisfaction trouvant sa source dans le principe d’égalité. Mais il ne peut qu’être constaté aujourd’hui une inversion dans les discours, tendant à faire du principe d’égalité un simple prolongement de la non-discrimination, voire, même, de l’égalité des chances<sup>1558</sup>. Indiquant « *la faculté pour les individus de participer, à égalité les uns avec les autres, au jeu social pour l’obtention de biens valorisés suffisamment rares pour qu’ils ne soient pas disponibles pour tous* »<sup>1559</sup>, cette dernière notion est aujourd’hui également très souvent mise en avant<sup>1560</sup> et semble de la même manière accompagner l’évolution constaté en faveur d’une politique désormais axée sur la différenciation. Cherchant prioritairement à placer les individus sur la même ligne de départ tout en leur laissant ensuite le soin de saisir ou non l’opportunité offerte, « *la notion d’égalité des chances peut justifier par sa plasticité les formes d’interventions publiques les plus variées* »<sup>1561</sup> : attachée en premier lieu à l’égalité juridique formelle, par laquelle « *chacun joue sa chance à partir de la base des mêmes droits* »<sup>1562</sup>, elle implique également une prise en compte des situations concrètes originelles et l’intervention d’actions compensatrices permettant que les mêmes opportunités soient, *ab initio*, offertes à tous, et préconise même, dans son sens le plus poussé, la mise en place de véritables discriminations positives par lesquelles la chance se mue en résultat. Or, c’est aujourd’hui tout particulièrement dans le sens d’une égalité par la différenciation que cette notion semble comprise et utilisée. Un récent discours du Président de la République fait clairement sienne cette solution<sup>1563</sup>, plaçant l’égalité des chances au rang de priorité à travers laquelle « *il s’agit de donner plus à ceux qui ont moins, (...) de compenser les handicaps, (...) de donner une seconde chance à ceux qui n’ont pas eu les moyens de saisir la première* »<sup>1564</sup>,

---

<sup>1558</sup> En ce sens, GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 532.

<sup>1559</sup> POIRMEUR (Yves), « Le double jeu de la notion d’égalité des chances », in *L’égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), La Découverte, 2000, p. 93.

<sup>1560</sup> V. notamment MINC (Alain), *La France de l’an 2000*, Rapport « Les défis économiques et sociaux de l’an 2000 », Odile Jacob-La Documentation française, 1994, p. 92 et Rapport public du Conseil d’Etat 1996, « Sur le principe d’égalité », *EDCE* n° 48.

<sup>1561</sup> POIRMEUR (Yves), *op. cit.*, p. 102.

<sup>1562</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 51.

<sup>1563</sup> Alors même que, que concomitamment, le comité Veil de réflexion sur le Préambule de la Constitution adoptait une attitude nuancée envers une politique de différenciation trop poussée et, notamment, envers les hypothèses de discrimination positive (V. le rapport *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, 17 décembre 2008, p. 64 et s., disponible sur le site de la Documentation française).

<sup>1564</sup> Discours du Président de la République du 17 décembre 2008 à l’Ecole Polytechnique.

et confirmant ainsi le glissement progressif de l'appréhension de l'égalité vers un principe plus restreint, fondé sur l'équité.

Certes, la conception traditionnelle du principe d'égalité n'a pas totalement disparu. Fondé sur une appréhension matérielle de la situation des individus, le principe de non-discrimination va jusqu'au bout du présupposé selon lequel une situation différente doit obéir à un traitement différent<sup>1565</sup>. Traiter de manière comparable des personnes placées dans des catégories distinctes équivaut alors à commettre une discrimination, raisonnement que défendent la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1566</sup> et la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>1567</sup>, mais auquel se refusent encore largement les juridictions françaises<sup>1568</sup>, considérant en effet que la généralité du traitement appliqué satisfait aux exigences de l'égalité<sup>1569</sup> et que l'imposition d'une telle obligation reviendrait à réduire à l'excès le pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>1570</sup>. Toutefois, l'évolution est en marche, et entend trouver un terrain d'expression privilégié au sein du service public.

---

<sup>1565</sup> Suivant en cela Hans Kelsen pour lequel « le principe selon lequel un traitement égal doit être appliqué à des hommes égaux ne peut valoir qu'en relation avec le principe selon lequel un traitement différent doit être appliqué à des hommes inégaux ». KELSEN (Hans), « Justice et droit naturel », *Le droit naturel. Annales de philosophie politique*, Vol. III, 1959, p. 51. Cette vision peut cependant faire débat sur le plan théorique, ainsi que le rappelle notamment Joël Carbajo (« Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers en général », *AJDA*, 1981, p. 178). En effet, cet auteur distingue ici ce qui relève d'un droit à l'égalité, à savoir l'obligation de ne pas traiter différemment ce qui est identique, du droit à la différence, qui ne relève pas directement de la logique du principe d'égalité.

<sup>1566</sup> Cour EDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, *RTD Civ.* 2000, p. 434, obs. J.P. Marguenaud.

<sup>1567</sup> CJCE, 13 décembre 1984, *Sté Sermide*, Aff. 106/83, *Rec.* I-4209 ; CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*, Aff. C. 394/96, *Rec.* I-4185.

<sup>1568</sup> V. notamment CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, *Rec. Leb.* p. 114, *RFDA* 1997, p. 450, concl. J.C Bonichot, obs. F. Mélin-Soucramanien ; confirmé par CE 20 avril 2005, *Union des familles en Europe*, *Rec. Leb.* p. 712, *AJDA* 2005, p. 2233, note Burgorgue-Larsen. Il faut cependant se demander si la mise en œuvre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif n'aboutit pas, parfois, à sanctionner l'application d'un traitement identique à des individus placés dans des situations différentes. En ce sens, v. GALLARDO (Jean-Michel), « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA* 2003, p. 219. Le refus de considérer l'application d'un traitement différent est également rappelé par le juge judiciaire (Cass. Soc., 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine*, *Droit social* 1998, p. 615), le Conseil constitutionnel semblant quant à lui adopter une position un peu moins nette en la matière, mais qui n'aboutit cependant pas à l'affirmation d'une telle obligation (V. CC, n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative à l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, *Rec.* p. 9, *AJDA* 1994, p. 132, note Costa et CC n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, *Financement de la Sécurité sociale*, *Rec.* p. 774, *AJDA* 1999, p. 22, note J.E. Schoettl).

<sup>1569</sup> Suivant en cela la logique selon laquelle « la loi a rempli tout son devoir, vis-à-vis de l'égalité, lorsqu'elle est la même pour tous ». RIVERO (Jean), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées du Luxembourg, Dalloz, 1965, p. 349. Dans le même sens, Rapport du Conseil d'Etat 1996, « Sur le principe d'égalité », *EDCE* n° 48, p. 42.

<sup>1570</sup> En ce sens, notamment, PELISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J., 1996, p. 36.

## ***B / Un changement de perspective intéressant les modalités d'intervention du service public***

La convergence profonde unissant le service public au principe d'égalité tend à ce que les évolutions affectant ce dernier trouvent par la suite à se répercuter sur ce procédé. Aussi, dans le sillage de la prévalence progressive d'une égalité garantie par la différenciation, est aujourd'hui attendu du service public qu'il réalise l'égalité de fait là où elle fait défaut afin d'assurer véritablement à tous un exercice concret des droits et libertés (1), objectif qui implique dès lors théoriquement une remise en cause du principe de gratuité intervenant parfois dans le cadre de son fonctionnement (2).

### *1) Une évolution estimée nécessaire au perfectionnement de son rôle de garantie*

Revalorisé dans son rôle de garantie des droits et libertés, le service public se devait de refléter cette modification de l'appréhension de l'égalité. La faveur constatée envers le principe de non-discrimination et la notion d'équité sont autant d'indices révélant une novation profonde des politiques traditionnelles. Or, instrument de solidarité sociale, le service public ne peut échapper à cette évolution, laquelle entend faire de lui une arme de réduction des inégalités par le biais d'actions ciblées, et implique ainsi une modernisation du principe d'égalité le gouvernant. Cette égalité dans la différenciation relève du reste en partie de la logique propre à l'Etat-providence. Le principe formel d'égalité a en effet toujours achoppé quelque peu « *devant cette vérité d'évidence que l'intervention étatique, destinée à remplir les équilibres menacés par l'action libre et incontrôlée des agents économiques et sociaux, est par nature et par nécessité, sélective, donc discriminatoire* »<sup>1571</sup>, vision qui contribue à expliquer, pour une large part, le passage d'une égalité d'accès aux services publics à une égalité *par* l'accès aux services publics<sup>1572</sup>. Certes, ayant pour fonction de mettre un certain nombre de prestations à la portée de tous, il s'agit, depuis l'origine, d'un des effets induits de l'action du service public, guidée par l'objectif de réalisation de « droits-créances » dont le but est précisément d'atténuer l'amplitude des inégalités sociales. Toutefois, sous l'influence de l'équité, le rôle lui étant imparti est appelé à évoluer vers une dimension plus active. L'enjeu devient pour ce procédé plus ambitieux car impliquant de

---

<sup>1571</sup> LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 779.

<sup>1572</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 414.

prendre acte de certaines inégalités matérielles dans le but de tenter directement de les faire disparaître. Sous l'égide de la lutte contre l'exclusion, l'action de services publics est ainsi de plus en plus souvent ciblée en direction de populations vulnérables. « *L'autorité organisatrice fait en sorte que le service soit rendu à tous, et en particulier à ceux qui en sont exclus dans les conditions économiques normales. De ce point de vue, les moyens spécifiques qu'elle met en place n'ont pas de raisons particulières d'être étendus aux usagers qui ne risquent en aucune façon d'être exclus du bénéfice du service* »<sup>1573</sup>. En lieu et place de la généralité de traitement, est aujourd'hui de plus en plus souvent imposée aux services publics une intervention nécessitant une analyse approfondie de la situation concrète de l'utilisateur.

Une telle évolution offre, par de nombreux aspects, une garantie supplémentaire et parfois indispensable aux droits et libertés des personnes concernées par ces interventions particulières. La démonstration précédemment attachée aux bienfaits de l'équité dans un cadre abstrait trouve au sein du service public une traduction explicite. Il est clair en effet que l'intervention « généraliste » des services publics, dans la logique de droits-crédances reconnus à tous sur le fondement de catégories larges d'utilisateurs, n'a pas permis d'atténuer avec suffisamment d'efficacité certaines inégalités de fait. Pour certaines populations parmi les plus vulnérables, l'exclusion demeure et compromet toujours, malgré la mise en place d'un seuil minimal et incompressible de prestations, un exercice effectif des droits et libertés. Le poids d'un héritage de pauvreté, de conditions d'existence difficiles, de situations de rupture économique, sociale ou culturelle demeure trop lourd. Partant de plus loin, l'accès à l'instruction et au savoir est plus difficile à mettre en œuvre de manière efficace. Disposant de peu de moyens, l'accès aux services payants, les plus nombreux, demeure parfois, malgré la relative modestie des tarifs, trop onéreux. Une véritable égalité dans l'accès aux droits et libertés peut ainsi trouver à justifier la mise en place d'actions ciblées entreprises à travers les services publics. L'objectif est ici, en introduisant une dose plus importante de différenciations, de rompre la coïncidence constatée entre exclusion économique et sociale et impossibilité d'un exercice satisfaisant de prérogatives pourtant formellement reconnues à tous. En cela, l'évolution vers une conception équitable de l'égalité paraît spontanément justifiée et renforcer le rôle du service public en tant qu'instrument de garantie des droits et libertés, dans leur dimension égalitaire, et donc dans leur dimension effective. Les règles de fonctionnement du procédé sont alors logiquement appelées à évoluer de concert, ce qui ne va

---

<sup>1573</sup> DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, 1996, p. 53.

cependant pas sans soulever certaines questions quant au principe de gratuité régissant parfois le service public.

## 2) Une règle de gratuité théoriquement remise en cause

La prévalence d'une logique d'équité ne trouve pas en principe à modifier profondément la compréhension de la règle de neutralité du service public. En effet, ce principe ne s'est jamais superposé aux implications de l'égalité juridique formelle<sup>1574</sup>, au sens où il n'impose pas une indifférence totale envers la situation concrète des individus<sup>1575</sup>, mais seulement, dans la logique de la règle de non-discrimination, l'interdiction de prise en compte de certains critères prohibés. La neutralité ne sous-tend donc en elle-même aucune condamnation de principe à l'égard de la mise en place d'une égalité par des différenciations légitimes, cette règle paraissant seulement constituer une sorte de « garde-fou » au regard de certaines distinctions.

En revanche, l'évolution est susceptible d'impliquer dans son principe même une novation profonde face à la règle de gratuité régissant certains services publics. En effet, les services publics gratuits ne s'adressent pas exclusivement aux plus démunis, mais à tous, et donc également à ceux ne rencontrant aucune difficulté financière pour y accéder, ce qui peut spontanément sembler inéquitable<sup>1576</sup>. Dans les cas où le service public est compris comme gratuit, l'utilisateur n'aura aucune contrepartie pécuniaire directe à fournir en échange de la

---

<sup>1574</sup> V. KOUBI (Geneviève), « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat ? », *RA* 1992, p. 495.

<sup>1575</sup> Tout particulièrement lorsque la neutralité est envisagée sous l'aspect d'une neutralité tarifaire, laquelle recoupe les cas où les prestations de service public sont financées par des redevances perçues sur l'utilisateur et dont les montants correspondent au prix de revient réel du service. Le service public est alors fiscalement et socialement neutre, n'accroissant pas la pression fiscale et n'étant pas supporté financièrement par ceux qui ne l'utilisent pas. V. sur l'ensemble de la question, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 440 et s.

<sup>1576</sup> Il appartient de distinguer les services publics fonctionnant sous l'égide d'un principe de gratuité de ceux considérés comme payants, mais au sein desquels la tarification connaît quelques exceptions. Loin d'être universelle, la gratuité est au contraire, dans cette hypothèse, « sélective », se comprenant principalement comme une mesure d'assistance aux personnes dont les ressources sont trop faibles pour leur permettre un accès aux services en cause. Ainsi, est-il depuis longtemps mise en place une aide juridictionnelle pour les personnes justifiant de revenus insuffisants. En effet, si la justice est en elle-même gratuite, les usagers doivent s'acquitter de frais de justice et d'avocat pouvant parfois constituer un obstacle que le financement total ou partiel des procédures juridictionnelles s'emploie à lever : consacrée pour la première fois par la loi du 22 janvier 1851 en direction de « tous ceux qu'une indigence réelle met dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits », l'aide judiciaire a par la suite été réaménagée par les lois du 3 janvier 1972, 10 juillet 1991 et 18 décembre 1998, ce dernier texte ayant renforcé l'aide à l'accès au droit par un renforcement de l'assistance juridique dévolue aux justiciables (sur l'ensemble du dispositif d'aide juridictionnelle, BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 649 et s.). De la même manière, l'instauration de la couverture maladie universelle par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 pose le principe de la gratuité de l'affiliation à un régime de base et d'une protection complémentaire pour les personnes les plus démunies, mettant ainsi en place les conditions d'une égalité d'accès aux soins.

prestation. Le pari fait ici est d'assurer l'égalité par la généralité - la gratuité pour tous - et non par la différenciation. C'est là une vision assez novatrice en ce qui concerne certains services publics<sup>1577</sup>. En effet, nombre d'entre eux ne prévoyaient à l'origine de mesures spécifiques instaurant la gratuité qu'à l'égard des seules personnes démunies. Il importe ainsi de remarquer l'évolution du discours tenu en matière de secours, seulement réservés aux « *citoyens malheureux* » dans la Constitution de 1793<sup>1578</sup>, « *nécessiteux* » dans celle de 1848, avant de devenir, dans le Préambule de 1946, le droit de « *tout être humain* ». De la même manière, la gratuité de l'enseignement a longtemps été réservée aux seuls enfants issus de familles considérées comme indigentes<sup>1579</sup>, avant d'être étendue à l'ensemble des élèves à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et consacrée pleinement par l'alinéa 13 du Préambule de 1946<sup>1580</sup>. Cette évolution dans le cadre des services publics satisfait l'égalité en droit comme l'égalité concrète : le même traitement est réservé à tous les usagers, la gratuité édulcorant la nécessité d'une prise en compte des situations matérielles en balayant dès l'origine toute difficulté d'accès liée aux ressources. Cependant, l'égalité étant désormais appelée à être « *évaluée en nuances* »<sup>1581</sup>, selon les différences de situations constatées, il apparaît que « *la simple égalité d'accès à des prestations banalisées ne suffit plus. (...) Il n'est pas sûr qu'il faille aider toutes les familles de la même façon. De manière plus générale, l'optique des discriminations positives peut conduire à revoir le principe de gratuité de certains services publics* »<sup>1582</sup>. Selon cette conception, seules les personnes justifiant d'un certain état de dénuement matériel devraient bénéficier d'un accès gratuit au service public. Rejoignant les solutions privilégiées dans le passé, seraient ainsi remis en place des traitements spécifiques de gratuité destinés aux seules personnes démunies, l'un des arguments clés en faveur de cette approche résidant dans le constat supposé de l'échec de l'égalité par la gratuité. Dans le cadre de certains services, cette règle profiterait en effet aux classes moyennes et aisées mais non aux catégories les plus défavorisées, dévoilant par là même l'un des effets pervers de l'action administrative. Selon cette critique, « *dans tous les cas où la fréquentation des services publics (...) ne fait qu'enregistrer les inégalités préexistantes, elle aboutit à les amplifier : les biens publics sont source de nouveaux profits, matériels ou symboliques, pour l'élite*

---

<sup>1577</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 98 et BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *La République sociale*, PUF, 2000, p. 93.

<sup>1578</sup> Article 21 de la Constitution du 24 juin 1793.

<sup>1579</sup> Gratuité sélective retrouvée notamment dans les lois « Guizot » du 28 juin 1833 et « Falloux » du 15 mars 1850.

<sup>1580</sup> V. ROMAN (Diane), *op. cit.*, p. 99.

<sup>1581</sup> KOUBI (Geneviève), « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français », *JCP A*, 2003, p. 771.

<sup>1582</sup> MINC (Alain), *La France de l'an 2000*, Rapport « Les défis économiques et sociaux de l'an 2000 », Ed. Odile Jacob-La Documentation française, 1994, p. 92.

*privilegiée qui les consomme, et de nouveaux handicaps pour les groupes qui en sont privés : excluant les exclus, ils aboutissent ainsi à creuser les écarts sociaux, en contradiction avec les fins mêmes de leur institution »*<sup>1583</sup>. Parfois retrouvé sous l'appellation d'« effet-Matthieu »<sup>1584</sup>, la portée de ce phénomène ne doit cependant pas être surestimée. Ainsi que le remarque Jacques Chevallier, si la fréquentation de certains services augmente effectivement avec le revenu, notamment en matière d'équipements de loisirs, elle ne varie pas pour d'autres et, en ce qui concerne les services d'assistance, décroît même logiquement avec le revenu. Inévitablement, les usagers apparaissent comme des individus « *socialement situés* », dont les disparités sociales et culturelles se répercutent sur la fréquentation des services publics<sup>1585</sup>. Par ailleurs, il est certain que le financement des services publics gratuits est assuré par l'ensemble des contribuables sans que tous n'en bénéficient, et ce alors même que ce financement pèse également en partie sur les personnes sans ressources, ne serait-ce que par le biais de la fiscalité indirecte. Néanmoins, il s'agit là d'un constat inévitable et conforme à la logique de solidarité devant primer entre les individus et il est toujours loisible d'opposer à ce raisonnement l'argument selon lequel imposer la tarification de certains services publics auparavant gratuits donnerait aux usagers dont les ressources seraient trop élevées pour bénéficier de mesures spécifiques le sentiment de payer deux fois la prestation : en contrepartie directe du service, mais également en tant que contribuable.

Surtout, il n'apparaît pas que la généralisation d'une gratuité sélective, « équitable », renforce la garantie des droits et libertés promise par l'accès au service public. Elle aurait même l'effet contraire. En effet, si la pratique révèle l'existence de phénomènes tels que ceux de « l'effet-Matthieu », cette constatation découle d'un état de fait, peut-être inévitable, mais qui ne saurait pour autant aboutir à une condamnation sans appel de la gratuité. Un tel aménagement reste en effet le seul à même de permettre à tous, démunis ou non, d'accéder au service, et rien ne dit qu'une gratuité plus sélective encouragerait une plus forte fréquentation de la part de ceux en bénéficiant. Par ailleurs, et par principe, la mise en place de cette gratuité sélective et, partant, l'extension de la tarification des services publics au-delà de ses frontières actuelles, si elles satisfont à l'équité, sont susceptibles d'engendrer une véritable régression en matière d'égalité d'accès au service et donc d'égalité d'exercice des droits et libertés. En

---

<sup>1583</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 556.

<sup>1584</sup> Cette appellation provenant d'un passage de l'Évangile selon Saint-Matthieu, selon lequel « à celui qui a, il sera donné et il aura en abondance ; mais de celui qui n'a rien, il sera repris aussi le peu qu'il possède ». V. ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 123 et BICHOT (Jacques), « L'effet Matthieu revisité », *Droit Social* 2002, p. 575.

<sup>1585</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*



effet, la mise en place d'une tarification oblige l'utilisateur ne bénéficiant pas de mesures de gratuité à débours un prix qui, même très modeste, peut constituer un obstacle à son accès au service, et créer ou accentuer dès lors des inégalités d'accès à la prestation que la gratuité du service permettait auparavant de surmonter. Dans ce cadre, l'égalité en droit plie devant l'égalité concrète, et ce alors même que cette dernière, et la garantie des droits et libertés qui en dépend, peuvent trouver à être mieux satisfaites dans le cadre d'une gratuité des services publics.

S'il reste pour l'heure largement théorique, ce débat offre néanmoins un premier exemple des interrogations et paradoxes contemporains entourant l'évolution des modalités d'intervention du service public dans la mise en œuvre égalitaire des droits et libertés. Or, l'équité ne prévaut plus seulement aujourd'hui dans les discours politiques et juridiques, mais, de plus en plus fréquemment, dans le cadre de l'action concrète des services publics, ces derniers étant appelés à traduire en pratique cette nouvelle approche de l'égalité. De l'égalité formelle, satisfaite par une égalité d'accès et de traitement indifférenciée, jusqu'à la mise en place de mesures spécifiques dédiées au rétablissement d'une égalité de fait, le service public est encouragé à se faire matériellement écho de la valorisation actuelle d'une approche équitable de l'égalité et, partant, à réévaluer dès lors le principe d'égalité le régissant sur de nouveaux fondements. C'est cette mise en œuvre, entraînant une modification des mécanismes de satisfaction de l'égalité, et ses conséquences concrètes au regard de l'exercice des droits et libertés alors garanti aux individus, qu'il convient maintenant d'observer.

## SECTION SECONDE

### UNE EVOLUTION AUX BENEFICES CONCRETS INCERTAINS

Il apparaît rapidement à l'observateur que la valorisation contemporaine du principe de non-discrimination et des considérations d'équité se matérialise de plus en plus souvent concrètement à travers l'action du service public. Recentré sur son rôle de garantie, il n'est plus seulement demandé à ce procédé de fournir à *tous* des prestations essentielles, mais également d'intervenir spécifiquement en direction de certaines populations, l'égalité *devant* le service public, si elle perdure encore, laissant progressivement place à une égalité *par* le service public, à travers l'instauration de mécanismes de différenciations censés favoriser un

exercice effectif des droits et libertés et dont il convient d'examiner l'extension et les rouages concrets (Paragraphe premier). L'action du service public se complexifie ainsi au fur et à mesure que ces différenciations essaient. L'observation concrète de ce phénomène permet alors de mieux cerner les zones d'ombre d'une évolution qui, paradoxalement, risque, par certains aspects, de faire du service public le vecteur de nouvelles inégalités, et de remettre ainsi en cause la garantie des droits et libertés dont il constitue l'instrument de mise en œuvre (Paragraphe second).

PARAGRAPHE PREMIER  
UNE APPROCHE EQUITABLE PROGRESSIVEMENT CONCRETISEE  
AU SEIN DU SERVICE PUBLIC

A l'évidence, c'est envers l'usager du service public que l'évolution est la plus facilement perceptible, la dimension égalitaire insufflée à ce procédé étant depuis toujours prioritairement tournée vers lui. Mais l'exigence d'égalité englobe également les agents du service, lesquels peuvent se prévaloir de droits et libertés devant être respectés dans le cadre de leur lieu de travail. Si les implications de l'égalité diffèrent en fonction de leurs bénéficiaires, elles touchent néanmoins l'ensemble de ces acteurs et révèlent, dans chaque hypothèse, une volonté de prise en compte de la situation réelle de l'agent (A) et de l'usager (B). Cette prise en compte est alors susceptible de légitimer des mesures spécifiques différentielles censées favoriser une égalité concrète dans l'exercice des droits et libertés.

***A/ Une logique de différenciation perceptible à l'égard des agents du service public***

« *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* », et « *nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Cette disposition, issue de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, reconnaît à tous le droit de pouvoir prétendre à un emploi et de l'exercer sans souffrir de discriminations, exigence qui doit trouver à s'appliquer au sein du service public. Les deux dispositions de l'alinéa sont, du reste, connexes car c'est en préservant des chances égales

entre individus que le droit d'obtenir un travail est appelé à se concrétiser<sup>1586</sup>. Or, l'enjeu soulevé par la garantie du « droit d'obtenir un emploi »<sup>1587</sup> apparaît d'autant plus important que les moyens concourant à sa réalisation conditionnent à la fois une garantie effective des droits du travailleur en tant que tels, égalité dans l'accès à l'emploi ou au sein des fonctions mêmes, mais également, plus avant, la garantie d'accéder par le travail à la sécurité matérielle indispensable à l'épanouissement concret de l'ensemble des droits et libertés. Il reste clair, en effet, et bien que le constat récurrent de l'existence de « travailleurs pauvres » vienne nuancer l'affirmation<sup>1588</sup>, que détenir un emploi reste l'un des meilleurs remparts contre une exclusion économique et sociale attentatoires aux droits et libertés.

De manière classique, le respect du principe d'égalité au bénéfice des agents du service public se comprend ainsi spontanément comme l'interdiction de certaines discriminations. C'est en premier lieu par une attitude d'abstention, de neutralité sous-tendant le refus de prise en compte de certains critères, que se matérialise l'égalité au sein du service public, laquelle offre ainsi aux agents le présupposé indispensable à un exercice effectif des droits et libertés leur étant reconnus en tant que travailleurs et en tant qu'individus, un contrôle jurisprudentiel strict entourant en pratique cette prohibition (1). Mais une approche équitable de l'égalité, gouvernée cette fois par le versant positif du principe de non discrimination, invitant à ce que des situations différentes soient traitées de manière distincte, favorise également de plus en plus souvent l'intervention d'actions particulières. Ces dernières sont destinées à compenser certaines inégalités constatées au sein de la société, dont il est tenté d'éviter la reproduction dans le cadre du service public à travers la mise en place de politiques parfois extrêmement volontaristes (2).

---

<sup>1586</sup> BORGETTO (Michel), « *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires* », sous la direction de G. Conac, X. Prétot, G. Teboul, Dalloz, 2001, p. 127. S'agissant du « *devoir de travailler* », cet auteur précise qu'il n'implique pas, comme le craignaient certains membres de l'Assemblée constituante, l'instauration du travail forcé. C'est un simple devoir moral, en étroite corrélation avec le droit au travail, droit et devoir devant s'analyser, ainsi que le rappellent les professeurs Rivero et Vedel, comme « *les deux faces d'un même principe, tournées l'une vers la fonction sociale du travail, l'autre vers sa fonction individuelle ; devoir de travailler parce que la société a besoin du travail de tous ses membres, droit au travail parce qu'il n'y a pour l'individu, hors du travail, ni sécurité, ni possibilité d'épanouissement* ». RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », in *Pages de doctrine*, Tome 1, LGDJ, 1980, p. 117.

<sup>1587</sup> Lequel ne doit se comprendre que comme relevant d'une obligation de moyen. En effet, à moins d'employer des solutions pour le moins radicales, comme, par exemple, imposer aux entreprises privées l'embauche des personnes en situation de chômage, il paraît difficile de parvenir à une acception totale de ce droit. V. BORGETTO (Michel), *op. cit.*, p. 139.

<sup>1588</sup> Ce phénomène restant cependant marginal en ce qui concerne les agents des services publics.

### 1) L'observation d'une « neutralité indifférence »

Le « droit d'obtenir un emploi » suppose que le candidat à un poste ne voit pas sa demande rejetée *ab initio* sur le fondement de critères prohibés sans rapport avec ses qualifications professionnelles. En cela, le texte de 1946 fait écho, en le précisant, à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, affirmant que « *tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* ». La satisfaction de cette exigence passe par le respect du principe d'égalité, concrètement traduit sous forme de discriminations interdites, parmi lesquelles se distingue, à l'alinéa 3 du Préambule, la prohibition plus particulière des différenciations selon le sexe<sup>1589</sup>. Ce dernier aspect fait ainsi ressortir toute l'importance de cette interdiction classique de discriminations, laquelle se doit d'intervenir en premier lieu lors de l'accès de l'agent au service public (a), mais également par la suite dans le cadre du déroulement de sa carrière (b).

#### a) Une garantie en amont : la prohibition des discriminations dans l'accès aux emplois publics

En amont, le principe d'égalité impose au gestionnaire du service public une obligation de neutralité et d'impartialité dans l'appréciation des candidatures. De nature constitutionnelle<sup>1590</sup>, le principe d'égalité admissibilité aux emplois publics le soumet classiquement à cette exigence afin de limiter la survenance de discriminations, notamment lorsque ces dernières trouvent leur fondement dans des critères d'ordre politique ou liés à des considérations d'appartenance religieuse, de sexe ou de nationalité. A travers ces différentes prohibitions se joue, dans chaque cas, une garantie du droit d'accès à l'emploi dont découle la garantie d'autres droits et libertés que juge et législateur tendent à faire respecter de manière de plus en plus poussée, même si la spécificité du cadre dans lequel se jouent ces prohibitions, à savoir le service public, entraîne parfois certaines nuances. Comme en témoignent les exemples suivants, se dessine ainsi une carte des frontières actuelles du « droit d'obtenir un emploi », dont la garantie perdure et s'affermir.

---

<sup>1589</sup> Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ».

<sup>1590</sup> V. pour exemple CC n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA*, Rec. p. 35, AJDA 1983, p. 312, note Y. Gaudemet et CE, 16 décembre 1988, *Bléton*, Rec. Leb. p. 451, concl. Vigouroux, AJDA 1990, p. 192, chron. Azibert et Boisdeffre.

Ainsi, en matière politique, l'affirmation d'un principe de non-discrimination à l'égard des agents publics résulte tout particulièrement de l'arrêt *Barel*<sup>1591</sup>. Le refus de laisser concourir ne doit pas heurter l'égalité admissibilité aux emplois publics en même temps que la liberté d'opinion<sup>1592</sup>. Le juge exerce sur ce point, depuis les arrêts *Mulsant* et *Raoult*<sup>1593</sup>, un contrôle normal, « pierre qui manquait à la construction visant à supprimer l'arbitraire de l'administration en matière d'admission à concourir »<sup>1594</sup>, et a précisé en ce sens qu'il ne doit exister aucune mention des orientations politiques ou syndicales des candidats dans les dossiers remis aux jurys<sup>1595</sup>.

De la même manière, l'égalité admissibilité aux emplois publics implique de ne pas prendre en considération les convictions religieuses des individus<sup>1596</sup>. Un impératif de laïcité exclut comme illicite toute discrimination sur ce fondement, même s'il est demandé au candidat de faire preuve d'une certaine réserve dans l'expression de ses croyances. Si cette exigence pose en général peu de difficultés, l'hypothèse dans laquelle les candidats relèvent du statut ecclésiastique reste cependant plus épineuse, au sens où la croyance du candidat ne relève pas alors uniquement de sa conduite privée. La loi du 30 octobre 1886 écarte de ce fait les ecclésiastiques des fonctions d'enseignement dans l'enseignement primaire<sup>1597</sup>. Quant à

---

<sup>1591</sup> CE, 28 mai 1954, *Barel*, préc. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat annule la décision par laquelle le gouvernement avait décidé de fermer le concours de l'ENA à certains candidats, motif pris de leurs opinions politiques

<sup>1592</sup> Cette « neutralité-indifférence » imposée en matière de convictions politiques des candidats connaissant cependant une atténuation dans deux hypothèses. C'est bien sûr en premier lieu le cas lorsque les emplois concernés impliquent justement une prise en considération des convictions politiques du candidat, l'exemple le plus évident restant celui des emplois à la discrétion du gouvernement, situés à la charnière entre l'administratif et le politique et devant être occupés par des personnes présentant certaines assurances de loyalisme politique. En second lieu, service public oblige, les candidats restent toujours tenus à une certaine obligation de réserve dans leur comportement, ceci afin que leurs propos ou actions ne jettent pas un doute sur leur capacité à mettre de côté leurs convictions politiques dans l'exercice des fonctions qu'ils souhaitent exercer. Bien qu'elle soit moins contraignante que pour l'agent en exercice, une certaine modération doit donc entourer les actes et les paroles des candidats, les refus à concourir fondés sur une extériorisation des opinions faisant l'objet d'un contrôle à l'issue variable selon le degré de manquement à cette obligation de réserve et la nature des fonctions auxquelles le candidat postulait (CE, Sect., 10 juin 1983, *Raoult*, *Rec. Leb.* p. 251, *AJDA* 1983, p. 552, concl. M. Laroque et CE, 27 janvier 1992, *Castellan*, *Rec. Leb.* p. 1044 : participation à des manifestations extrémistes d'un candidat au concours d'inspecteur de police jugée incompatible avec les qualités requises pour exercer cette fonction).

<sup>1593</sup> CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, *Rec. Leb.* p. 125 et CE, Sect., 10 juin 1983, *Raoult*, préc.

<sup>1594</sup> WALINE (Jean), note sous CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, *RDP* 1983, II, p. 1411. Sur l'évolution de l'intensité du contrôle du juge sur cette question, v. KONDYLIS (Vassilios), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., 1994, p. 261 et s.

<sup>1595</sup> CE, 28 septembre 1988, *M. Merlenghi*, *Rec. Leb.* p. 316, *AJDA* 1989, p. 197, note Salon. Depuis la loi du 13 juillet 1983, est désormais prohibée toute mention des opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses dans le dossier d'un fonctionnaire (V. article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO* 14 juillet 1983, p. 2174).

<sup>1596</sup> Ainsi, par exemple, la candidature d'une institutrice ne peut être refusée au seul motif que cette dernière a fait ses études dans un établissement confessionnel. CE, 25 juillet 1939, *Dlle Beis*, *Rec. Leb.* p. 524. V. également CE, 9 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, *Rec. Leb.* p. 464.

<sup>1597</sup> V. article L. 141-5 du Code de l'éducation.

l'enseignement secondaire, si le Conseil d'Etat, craignant pour la neutralité du service public, a pu, en 1912, refuser à un prêtre l'autorisation de passer le concours d'agrégation en philosophie<sup>1598</sup>, il n'est pas sûr qu'une telle solution prévaudrait encore aujourd'hui<sup>1599</sup>. Un avis du Conseil d'Etat de 1972 pose en effet le principe selon lequel « *si les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'Etat et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement, elles ne mettent pas obstacle, par elles-mêmes, à ce que des fonctions de ces services soient confiées à des membres du clergé* »<sup>1600</sup>. Restant quelque peu ambiguë par ailleurs<sup>1601</sup>, la réponse du Conseil d'Etat laisse cependant supposer une évolution, dans le droit fil d'une décision du Tribunal administratif de Paris de 1970<sup>1602</sup> ayant reconnu le droit à un membre du clergé de concourir à l'agrégation d'anglais, matière qui semblait, dans tous les cas, sensiblement moins à même de favoriser l'expression d'une croyance religieuse que ne l'est l'enseignement de la philosophie<sup>1603</sup>. En matière d'enseignement secondaire, il semble donc qu'il faille conclure à une admissibilité des ministres du culte, soit que la position de 1912 ne joue plus, soit qu'elle ne joue que pour certaines matières, solution restant quelque peu évasive tant que le juge administratif n'aura pas de nouveau été saisi d'un refus de concourir fondé sur ce motif<sup>1604</sup>. Quant à la solution prévalant en matière d'enseignement supérieur, elle demeure fidèle à la possibilité d'admissibilité de candidats ecclésiastiques, la loi du 26 janvier 1984<sup>1605</sup> imposant simplement une exigence minimale de tolérance et d'objectivité à l'égard des enseignants-chercheurs. La garantie offerte par la non-discrimination en matière de croyances religieuses semble aujourd'hui largement protégée.

<sup>1598</sup> CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *Rec. Leb.* p. 553, concl. Helbronner.

<sup>1599</sup> En ce sens, v. notamment PONTIER (Jean-Marie), *Les services publics*, Hachette, 1996, p. 97 ; CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 156 ; LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 50 ; PEISER (Gustave), *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 18<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 33.

<sup>1600</sup> Avis CE, Ass., 21 septembre 1972, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 101.

<sup>1601</sup> Cet avis est intervenu à l'occasion de la demande par un professeur du secondaire en disponibilité d'obtenir de nouveau un poste dans l'enseignement public, et ce alors qu'il était, durant cette période de disponibilité, devenu membre du clergé. La réponse du Conseil d'Etat est ici positive, mais il réserve cependant le cas où la qualité d'ecclésiastique, « *s'il l'avait acquise avant sa nomination, eût pu permettre de lui refuser l'accès à certaines fonctions d'enseignement* ». Sur le constat de cette ambiguïté, MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 230.

<sup>1602</sup> TA Paris, 7 juillet 1970, *Spagnol*, *Rec. Leb.* p. 851.

<sup>1603</sup> Pour René Chapus, notamment, la solution du Conseil d'Etat retenue dans l'arrêt *Bouteyre* ne pouvait être étendue à des matières telles que les mathématiques ou la culture physique. V. *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 156.

<sup>1604</sup> MELLERAY (Fabrice), *Ibid.* V. également ONDOUA (Alain), « Le service public à l'épreuve de la laïcité : à propos de la neutralité religieuse dans les services publics », *DA* décembre 2008, p. 12.

<sup>1605</sup> Loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

Un même constat paraît pouvoir être opéré en ce qui concerne le respect du principe de non-discrimination entre sexes. C'est précisément l'une des exigences de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 garantissant « *à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* », et sous l'égide duquel les femmes doivent se voir ouvrir, dans les mêmes conditions que leurs homologues masculins, l'accès aux emplois publics. Si une telle égalité semble aujourd'hui largement réalisée, elle reste le fruit d'un cheminement progressif débuté dès avant 1946 et largement redevable au juge. Juridiquement, en effet, le premier pas revient au Conseil d'Etat, consacrant en 1936, dans son arrêt *Dlle Bobard*<sup>1606</sup>, « *l'aptitude légale des femmes aux emplois dépendants des administrations centrales de ministères* ». Cependant, des raisons de service placées en dehors de tout contrôle et demeurant donc à la discrétion de l'administration peuvent à l'époque justifier le refus d'accès à certains corps opposé aux femmes. Subsiste en cela une situation inégalitaire progressivement atténuée par les statuts généraux de la fonction publique du 19 octobre 1946<sup>1607</sup> et du 4 février 1959<sup>1608</sup>, par la loi du 10 juillet 1975<sup>1609</sup> ainsi que par l'intervention du juge administratif, lequel va peu à peu élargir son contrôle sur ce type de discriminations<sup>1610</sup>. Certes, des dérogations restent possibles, mais elles sont plus strictement encadrées, la loi du 13 juillet 1983<sup>1611</sup> mettant un point d'orgue à cette évolution en proclamant, dans son Titre Premier, à l'article 6 *bis*, le principe de l'égalité des sexes. Ce n'est que dans un second alinéa, et à titre dérogatoire, que le statut ajoute que « *toutefois, des recrutements distincts pour les hommes ou les femmes peuvent exceptionnellement être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions* »<sup>1612</sup>. Conformément à la directive communautaire du 9 février 1976<sup>1613</sup>, l'autorisation de recrutements distincts ne

<sup>1606</sup> CE, 3 juillet 1936, *Dlle Bobard*, *préc.* .

<sup>1607</sup> Ce dernier énonçant en effet en son article 7 qu'« *aucune distinction pour l'application du présent statut n'est faite entre les deux sexes sous réserves des dispositions spéciales qu'il prévoit* ». Cependant, l'absence de ces dispositions dans le statut n'entraîne pas à l'époque la disparition de toute discrimination.

<sup>1608</sup> Disposant que « *pour l'application de la présente ordonnance, aucune distinction n'est faite entre les deux sexes, sous réserve des mesures exceptionnelles prévues dans les statuts particuliers et commandées par la nature des fonctions* ».

<sup>1609</sup> La loi n° 75-599 du 10 juillet 1975 (*JO* 11 juillet 1975, p. 7124) limitant les possibilités de discriminations aux seules hypothèses où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante eu égard à la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice, mais n'excluant cependant pas totalement la possibilité de recrutements exclusifs.

<sup>1610</sup> Dans l'arrêt CE, Ass., 6 janvier 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montalivet* (*Rec. Leb.* p. 4, *RA* 1956, p. 33, concl. Laurent), le juge administratif accepte ainsi d'opérer un contrôle normal sur la justification fournie par l'administration et fondée sur la nature ou les conditions d'exercice des fonctions en cause.

<sup>1611</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *préc.*

<sup>1612</sup> L'adverbe « *exceptionnellement* » ayant été ajouté par la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, *JO* 10 mai 2001, p. 7320.

<sup>1613</sup> Directive 76/207 du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail (*JOCE* L 39, 14 février 1976, p. 40).

permet pas un recrutement exclusif d'hommes ou de femmes, ce qui signifie que tous les corps de la fonction publique doivent être mixtes. Par ailleurs, les corps dont l'accès peut faire l'objet de mesures discriminatoires doivent figurer sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat<sup>1614</sup>. Il faut remarquer que ce dernier état de l'égalité entre hommes et femmes doit beaucoup au droit communautaire, la Cour de justice des communautés européennes s'étant montrée particulièrement stricte sur la question de la délimitation des corps de fonctionnaires pouvant faire l'objet d'un recrutement distinct<sup>1615</sup>. Au vu de ces dispositions, on peut estimer que le principe d'égal accès entre hommes et femmes à la fonction publique est aujourd'hui juridiquement acquis<sup>1616</sup>.

Enfin, selon un principe traditionnel rappelé par l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983, nul ne peut normalement avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne possède la nationalité française<sup>1617</sup>. Toutefois, il ne faut pas surestimer la portée d'une condition de nationalité ayant connu, sous l'influence du droit communautaire, un assouplissement très sensible. En effet, si l'article 39 § 4 du Traité CE précise que la liberté de circulation des travailleurs n'a pas vocation à s'appliquer aux « *emplois dans l'administration publique* », la Cour de Justice a privilégié une interprétation extrêmement restrictive de cette disposition<sup>1618</sup> et ainsi poussé la France à

---

<sup>1614</sup> Le recrutement distinct n'étant permis que si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante pour l'exercice des fonctions assurées par les membres de ces corps. Aujourd'hui, seuls deux corps de fonctionnaires connaissent encore des recrutements différenciés : celui des attachés des maisons d'éducation de la Légion d'honneur et les corps des services extérieurs de l'administration pénitentiaire. V. Décret n° 82-886 du 15 octobre 1982, *JO* 10 octobre 1982, p. 3154.

<sup>1615</sup> CJCE, 30 juin 1988, *Commission c/ France*, Aff. C-318/86, *Rec. I-3559*. Dans cette affaire, la Cour de Justice déclare que « *la République française, en maintenant en vigueur des systèmes de recrutement distinct en fonction du sexe, (...) a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité* », reprochant en particulier à la France de ne pas avoir institué de critères objectifs justifiant le recours à des hommes ou à des femmes en fonction du travail à accomplir.

<sup>1616</sup> Le Conseil d'Etat s'appuyant par ailleurs sur les différents textes proclamant l'égalité entre les sexes afin d'invalider des discriminations entre hommes et femmes touchant aux conditions de diplômes ou de services nécessaires à l'entrée dans la fonction publique (CE, Ass., 21 avril 1972, *Syndicat chrétien du corps des officiers de police*, *Rec. Leb.* p. 300, *RDJ* 1973, p. 232, note Waline). De la même manière, même si l'accès des femmes demeure moins égalitaire en matière militaire, les statuts particuliers pouvant prévoir certains quotas dans ce domaine d'activité, le juge administratif exige néanmoins que ces quotas soient justifiés par la nature ou les conditions d'exercice des fonctions, ce qui n'est pas le cas, notamment, à propos du commissariat de l'armée de terre (CE, 11 mai 1998, *Aldige*, *RFDA* 1998, p. 1011, concl. H. Savoie).

<sup>1617</sup> Spontanément, il semblerait qu'une telle condition entraîne alors une discrimination en fonction des origines, prohibée par l'alinéa 5 du Préambule de 1946, mais ce serait là une interprétation large de ce texte, lequel visait plus certainement certaines discriminations ayant désormais un caractère historique, telles les lois interdisant aux juifs l'accès aux emplois publics sous le régime de Vichy. V. CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 154.

<sup>1618</sup> Dès l'arrêt CJCE, 17 décembre 1980, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique* (Aff. C-149/79, *Rec. I-3881*), l'expression « *emplois dans l'administration publique* » est considérée comme visant « *des emplois qui comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* ». Par la suite, il apparaît pour le juge communautaire que les critères ainsi posés jouent de manière cumulative et non alternative (CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Belgique*, Aff. C-173/94, *Rec. I-3265* ; CJCE 2 juillet 1996, *Commission c/ République hellénique*, Aff. C- 290/94, *Rec. I-3285*) et que les prérogatives de



adopter progressivement une législation en accord avec cette position, le dernier acte de cette évolution étant constitué par la loi du 25 juillet 2005<sup>1619</sup>, laquelle renverse la logique jusque-là retenue. En effet, si une première loi de 1991<sup>1620</sup> ajoute à celle de 1983 un article 5 *bis* permettant aux ressortissants des Etats membres autres que la France l'accès aux emplois « *dont les attributions sont soit séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »<sup>1621</sup>, cet accès reste décidé par les décrets statutaires, lesquels doivent désigner les corps, cadres d'emploi et emplois concernés par une telle ouverture. Dans le cadre de la loi de 2005, en revanche, même si l'article 5 de la loi du 13 juillet 1983 relatif à la condition de nationalité demeure symboliquement, l'article 5 *bis* dispose désormais que « *les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autre que la France ont accès dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois* », une dérogation étant prévue pour les seuls emplois - et non plus corps ou cadres d'emploi - relatifs à l'exercice de la souveraineté ou de prérogatives de puissance publique. Par cette nouvelle rédaction, le principe devient ainsi l'exception et l'exception le principe, instaurant une présomption d'ouverture des corps et des cadres d'emplois aux ressortissants communautaires. L'accès à la fonction publique de personnes ne répondant pas à la condition de nationalité est ainsi aujourd'hui plus largement ouvert, même s'il convient de rappeler qu'un tel assouplissement reste circonscrit aux seuls ressortissants de l'Union européenne « *et fait apparaître par contraste la fermeture de la plupart des emplois publics aux étrangers* »<sup>1622</sup>. En outre, si l'intervention de la loi de 2005 a permis de clarifier ce que certains auteurs appellent « *le contentieux de la première génération* », à savoir celui touchant à l'accès des ressortissants communautaires dans la fonction publique en début de carrière, elle ne règle pas complètement celui de « *seconde génération* », relatif, quant à lui, à l'accès des ressortissants en cours de carrière<sup>1623</sup>. Cette question est au cœur de l'affaire

---

puissance publique exigées ne doivent pas être exercées de manière sporadique ou représenter une part réduite de l'activité en cause (CJCE, 30 septembre 2003, *Anave et Anker*, Aff. C-47-2002, *Rec. I*-3285).

<sup>1619</sup> Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JO* 27 juillet 2005, p. 12183.

<sup>1620</sup> Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991, portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JO* 27 juillet 1991, p. 9952.

<sup>1621</sup> La loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 ayant par la suite étendu ce principe aux ressortissants des Etats membres de l'Espace économique européen.

<sup>1622</sup> FITTE-DUVAL (Annie), « Mutations et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* janvier-février 2006, p. 10. L'auteur rappelle ici que, si cette exclusion ne présente aucun caractère d'illégalité au regard de l'article 6 de la Déclaration de 1789, l'affaiblissement de la condition de nationalité observée en faveur des ressortissants communautaires fait cependant douter de sa pertinence.

<sup>1623</sup> Sur cette distinction, MELLERAY (Fabrice), « L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ? », *AJDA* 2003, p. 1911, cette « *seconde génération* » de contentieux restant cependant bien sûr liée à la

*Burbaud*, dans laquelle une ressortissante portugaise, possédant dans son pays un diplôme d'administrateur hospitalier, avait demandé à intégrer le corps des directeurs d'hôpitaux français. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de Justice, se fondant sur l'article 39 du Traité CE, a estimé que la requérante avait bénéficié d'une formation équivalente et n'avait donc pas à reprendre dès le début le cursus de concours et de formation prévu par la France pour accéder à ce corps<sup>1624</sup>. Si cette solution peut paraître légitime au vu du principe d'équivalence des diplômes<sup>1625</sup>, elle ne va cependant pas sans poser question au sujet d'éventuelles « discriminations à rebours » au détriment des fonctionnaires nationaux<sup>1626</sup>. L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants européens, en accroissant l'égalité entre eux et les nationaux, pourrait en effet dans le même temps se révéler facteur de nouveaux déséquilibres dans l'accès à la fonction publique. Le traitement imposé par le droit national paraît en effet parfois moins favorable que celui réservé aux ressortissants des autres Etats membres se voyant appliquer des règles communautaires<sup>1627</sup>, cette dernière question invitant cependant à rappeler que, même entre nationaux, l'égalité admissibilité aux emplois publics n'impose pas que le mode de recrutement soit similaire pour l'ensemble des corps de la fonction publique<sup>1628</sup>.

---

possibilité première d'accéder à la fonction publique française, question relevant de la « première génération » de contentieux.

<sup>1624</sup> CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, Aff. C-285/01, *Rec. I*- 8219 et CE, 16 mars 2005, *Burbaud*, *Rec. Leb.* p. 109, *AJDA* 2005, p. 577.

<sup>1625</sup> Fabrice Melleray (*op. cit.*, p. 1914) estimant que, dans cette espèce précise, l'équivalence des formations ayant été reconnue, la requérante ne bénéficiait pas d'un traitement préférentiel mais seulement différent. En aval de l'ouverture des corps et cadres d'emplois sont mises en place des commissions d'équivalence des diplômes, le décret n° 2007-196 du 13 février 2007 (*JO*, 14 février 2007, p. 2746) énonçant les dispositions leur étant applicables.

<sup>1626</sup> En ce sens, notamment, LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel), « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 2284 ; FITTE-DUVAL (Annie), *op. cit.*, p. 8.

<sup>1627</sup> V. par exemple, CJCE, 29 avril 2004, *Ingeborg Beuttenmüller c/ Land Baden-Württemberg* (Aff. C-102/0248, *Rec. I*-5405) : impossibilité de refuser l'accès à la profession d'enseignant du ressortissant titulaire du diplôme correspondant dans son pays d'origine, quand bien même la formation serait plus courte que celle requise dans le pays d'accueil. Il est à noter que les discriminations à rebours qui pouvaient intervenir du fait que certaines possibilités de détachement étaient refusées aux fonctionnaires français mais autorisées pour les ressortissants communautaires ont été relativisées par la loi du 26 juillet 2005, laquelle a inséré un article 13 *bis* dans le Titre I du statut général développant les possibilités de détachement.

<sup>1628</sup> V. notamment en ce sens CC n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA*, *préc.* Des dérogations peuvent toujours intervenir et poser, par exemple, la possibilité de nominations au tour extérieur. Constituant un accès direct à la fonction publique, ce mode de recrutement laisse une large part d'appréciation au gouvernement mais reste limité à un nombre restreint d'emplois élevés (Conseil d'Etat, Cour des comptes, corps d'inspection, *etc.*). Par ailleurs, ce mode de sélection ne doit révéler aucun arbitraire, exigence tout particulièrement rappelée dans la décision constitutionnelle du 14 janvier 1983 (*préc.*), dans laquelle la Haute Instance valide la possibilité de différenciation des modes de recrutement à la condition qu'elle soit justifiée « par la variété des mérites à prendre en considération » ou par « les besoins du service public ». L'utilisation d'une telle technique de nomination n'affranchit pas le gouvernement des règles posées à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (v. CC n° 84-179 DC, 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, considérant n° 17, *Rec.* p. 73). Prenant en compte cette décision, le Conseil d'Etat a par la suite accepté d'opérer un contrôle minimum sur la capacité des agents nommés au tour extérieur : CE, Ass., 16 décembre 1988, *Bléton*, *préc.*

Ces exemples, liés à certaines hypothèses de discrimination parmi les plus saillantes, tendent à illustrer le fait que la neutralité-indifférence demeure l'une des meilleures garanties du « droit d'obtenir un emploi » et de l'épanouissement des droits et libertés qui s'y attachent. L'appareil juridique et jurisprudentiel déployé à l'encontre de telles discriminations, s'il peut, bien sûr, toujours se perfectionner davantage, apparaît dès à présent globalement satisfaisant, permettant aux candidats de bénéficier, à l'orée de l'entrée dans la fonction publique, d'une situation égalitaire qui devra également par la suite présider au déroulement de leur carrière.

- b) Une garantie en aval : la prohibition des discriminations dans le déroulement de la carrière de l'agent

L'égalité dans le déroulement de la carrière des agents constitue l'indispensable prolongement du principe d'égal accès à la fonction publique. En effet, si l'égalité doit présider au recrutement des agents publics, elle doit également jouer tout au long de leur carrière en matière de notation, d'évaluation, d'avancement ou de rémunération. Cette garantie d'une égalité dans ces droits attachés à l'exercice d'un emploi présente alors deux facettes qui, si elles restent à l'évidence extrêmement liées, obéissent cependant à des logiques sensiblement différentes. A la suite de Fabrice Melleray, il semble en effet possible de distinguer une égalité de traitement « individuelle », impliquant qu'un agent en particulier ne subisse pas de discriminations par rapport aux autres membres de son corps, et une égalité de traitement « générale et impersonnelle » impliquant, quant à elle, que tous les agents d'un même corps soient traités de manière identique, sans que ne soient dressées entre eux de catégories abstraitement déterminées, fondées par exemple sur le mode d'entrée dans le corps ou le lieu d'exercice des fonctions<sup>1629</sup>.

Dans la première hypothèse, le principe d'égalité dans le déroulement de la carrière au sein du service public pourra être considéré comme une déclinaison de l'égale admissibilité aux emplois publics, une même prohibition des différenciations fondées sur certains critères se retrouvant dans les deux cas, suivant en cela l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Le respect de l'égalité de traitement de l'agent, étroitement mêlé aux principes de neutralité et d'impartialité, doit ainsi être analysé

---

<sup>1629</sup> MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 192.

sous l'égide de la loi du 16 novembre 2001<sup>1630</sup> qui prohibe les différenciations entre fonctionnaires fondées sur les opinions philosophiques, religieuses, politiques ou syndicales, mais également celles fondées sur « *leur orientation sexuelle, leur âge, leur patronyme, leur état de santé, leur apparence physique, leur handicap, leur appartenance ou leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race* »<sup>1631</sup>. Quant à l'égalité entre les sexes, elle est de la même manière défendue tant lors du recrutement de l'agent que par la suite, car « *les femmes [ayant] vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes* », « *aucune distinction ne peut être introduite entre les personnels de l'un et l'autre sexe dans les conditions d'exercice des fonctions* »<sup>1632</sup>. En revanche, l'égalité de traitement dont doit bénéficier l'agent n'a jamais entendu signifier que ne puissent pas être pris en compte ses capacités et ses résultats professionnels dans le cadre de sa notation et de son avancement. Or, paradoxalement, ces éléments de différenciations légitimes, fondés sur les mérites des agents et qu'une bonne gestion des services publics invite à prendre en considération, cèdent souvent devant une logique égalitariste, « *régulièrement déplorée mais constante* », consistant à « *traiter tous les agents de la même façon, quelle que soit leur manière de servir, pour ce qui est de la notation, des rémunérations ou du déroulement de carrière* », par le biais de « *notations non discriminantes, avancement à l'ancienneté, forfaitisation des primes, refus de mesures impliquant une différenciation selon les emplois occupés, absence de sanctions* »<sup>1633</sup>. Face à cette « *gestion molle* »<sup>1634</sup> des services publics, faisant prévaloir une généralité de traitement injustifiée, le décret du 29 avril 2002<sup>1635</sup> est venu moderniser les procédures d'évaluation et de notation dans le sens d'une meilleure individualisation de ces dernières<sup>1636</sup>. L'effort a été

<sup>1630</sup> Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* 17 novembre 2001, p. 18311.

<sup>1631</sup> Sont par ailleurs censurées certaines discriminations tenant à la nationalité en matière de pensions de retraite (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, *Rec. Leb.* p. 605, *LPA* 2002, n° 121, p. 13, note O. Févrot).

<sup>1632</sup> V. notamment les arrêts CE, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale*, *Rec. Leb.* p. 152 ; CE, 4 novembre 1994, *SGEN-CFDT*, *Rec. Leb.* p. 484 et CE, 14 avril 1995, *Vacherat*, *Rec. Leb.* p. 857. Ces mêmes arrêts réservent néanmoins, à l'instar de dérogations déjà constatées en matière d'accès à la fonction publique, la possibilité de certaines discriminations « *qui seraient justifiées par les conditions particulières dans lesquelles sont accomplies certaines missions ou par la nécessité de la protection de la femme ou de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* ». La vigilance en matière d'égalité entre les sexes dépasse par ailleurs le seul cadre national, un contrôle étant également notamment exercé par la Cour européenne des droits de l'homme (V. notamment CEDH, 6 juillet 2005, *Stec c/ Royaume-Uni*, *RJS* 2006, p. 265, note J-P. Lhernould).

<sup>1633</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique*, *EDCE* 2003, n° 54, p. 256.

<sup>1634</sup> Selon l'expression de Fabrice Melleray dans son article « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, p. 191.

<sup>1635</sup> Décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, *JO* 2 mai 2002, p. 7995.

<sup>1636</sup> V. SALON (Serge) et SAVIGNAC (Jean-Charles), « La réforme de la notation des fonctionnaires de l'Etat », *AJDA* 2004, p. 958.

poursuivi par la loi de modernisation du 2 février 2007<sup>1637</sup> mettant en place une possibilité de remplacement de la notation individuelle par un entretien professionnel, dans le but d'une appréciation plus concrète de la valeur professionnelle des fonctionnaires<sup>1638</sup>, une prime introduisant une part de rémunération au mérite ayant par ailleurs été mise en place par un décret du 22 décembre 2008<sup>1639</sup>.

Quant à la seconde hypothèse, elle suppose que les membres d'un même corps de fonctionnaires ne puissent se voir imposer de mesures discriminatoires<sup>1640</sup>. Ainsi, sont logiquement exclues les différenciations d'avancement, de rémunérations, de congés, d'affectation, de mutation, de détachement, de limites d'âge ou autres qui procèderaient de distinctions relatives aux conditions d'entrée dans le corps des agents, se fonderaient sur leurs diplômes ou études antérieures ou tiendraient à leur lieu d'affectation<sup>1641</sup>. Elevée au rang de principe constitutionnel<sup>1642</sup>, cette égalité connaît cependant de possibilités d'aménagement lorsque interviennent des circonstances exceptionnelles nécessitant une discrimination dans l'intérêt du service<sup>1643</sup>, que la différenciation est fondée sur « *l'existence de conditions différentes d'exercice de leurs fonctions par les intéressés* »<sup>1644</sup> ou bien encore lorsque la discrimination est instituée dans un but d'intérêt général en rapport avec l'objet de la norme

---

<sup>1637</sup> Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JO* 6 février 2007, p. 2160.

<sup>1638</sup> Article 55 bis du Titre II du Statut général, cette possibilité relevant d'une expérimentation sur les années 2007, 2008 et 2009. V. AUBIN (Emmanuel), *Droit de la fonction publique*, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 211.

<sup>1639</sup> Décret n° 2008-1533 du 22 décembre 2008 relatif à la prime de fonctions et de résultats, *JO* 31 décembre 2008, p. texte 186.

<sup>1640</sup> *A contrario*, il semble alors que le principe d'égalité ne puisse jouer entre fonctionnaires de corps différents, cette approche étant cependant nuancée lorsque, par exemple, la disposition litigieuse s'adresse aux fonctionnaires indépendamment de leur appartenance à un corps particulier. Sur cette question, ZARCA (Alexis), « L'application du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents, face cachée de la jurisprudence », *AJFP* mars-avril 2005, p. 60. Pour une confirmation de cette vision, CE, 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, *Rec. Leb.* p. 35, *AJDA* 2005, p. 1238, note E. Aubin. Dans cette espèce, l'objectif de la disposition attaquée est considérée comme transcendant la différence de corps pour s'attacher aux conditions d'exercice des fonctions exercées par des agents de corps distincts, une telle appréciation allant dans le sens de la remise en cause de la notion de corps au bénéfice d'une conception fonctionnelle basée sur l'emploi exercé, aujourd'hui de plus en plus souvent défendue par le droit communautaire.

<sup>1641</sup> V. notamment CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 210.

<sup>1642</sup> CC n° 76-67 DC, 15 juillet 1976, *Statut général des fonctionnaires*, *Rec.* p. 35. Le Conseil d'Etat l'avait auparavant considéré comme un principe général du droit (CE, 13 mai 1960, *Molina et Guidoux*, *Rec. Leb.* p. 324, *AJDA* 1960, p. 101).

<sup>1643</sup> CE, Ass. 28 juin 2002, *Chaumet*, *Rec. Leb.* p. 232, *DA* 2002, comm. n° 145.

<sup>1644</sup> V. par exemple CE, 16 mai 1980, *Chevry*, *Rec. Leb.* p. 227 : conditions d'exercice des fonctions en Outre-mer ou en métropole différentes selon que les agents ont ou non leur résidence habituelle dans ces départements ou en métropole.

qui l'établit<sup>1645</sup>, ces différentes exceptions étant généralement entendues strictement par le juge administratif<sup>1646</sup>.

En conclusion, à deux stades différents, lors de l'accès ou dans le cadre de la carrière, garantir l'égalité des candidats ou des agents en poste continue de supposer principalement la prohibition de différenciations qui ne seraient pas fondées sur les mérites ou talents. C'est par cette égalité dans la généralité, les mêmes règles devant s'appliquer à tous, indifféremment d'autres critères, que se conjuguent toujours la garantie de l'accès à l'emploi comme celle relative à l'exercice de l'emploi. Ce constat s'adresse à l'ensemble des services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, gérés par des personnes publiques ou par des personnes privées. Aussi un tel principe déploie-t-il également ses effets pour les agents non reconnus comme agents publics, même si ce ne sont pas alors les règles de la fonction publique qui trouvent à s'appliquer, mais des dispositions de droit privé, l'article L.1132-1 du Code du travail rappelant qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...), aucun salarié ne peut être licencié ou sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

Mais à cette compréhension classique du principe d'égalité devant les services publics, concrétisé par l'interdiction de discriminations, s'ajoutent aujourd'hui d'autres mécanismes, destinés cette fois à aménager au sein du service public une égalité réelle en faveur de certaines catégories de travailleurs. Si l'égalité promise par l'observation d'une « neutralité indifférence » demeure, elle côtoie cependant aujourd'hui de plus en plus d'initiatives rejetant la généralité. La recherche d'équité, l'idée selon laquelle il convient de donner à chacun selon ses besoins, s'impose de plus en plus souvent et renouvelle en pratique les termes du débat quant à la garantie ainsi offerte aux droits liés à l'emploi et, plus largement, aux autres droits et libertés qui en découlent.

---

<sup>1645</sup> Sur l'autonomie de cette condition, v. *infra*, Paragraphe Premier, B/ 1).

<sup>1646</sup> Pour une illustration de cette attitude restrictive, CE, Ass. 28 juin 2002, *Chaumet, préc.* et, sur l'ensemble de la question, CARTON (Jean-Paul), « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *AJFP* mars-avril 2002, p. 4.

## 2) Le développement de mesures différenciées en direction des agents

Le monde du travail n'est pas un espace clos. Inévitablement influencé par la société dans laquelle il s'insère, il est amené à refléter à la fois les inégalités et exclusions dont cette dernière se révèle porteuse et les mesures déployées afin d'y remédier. La sphère plus particulière des services publics ne fait pas exception à cette constatation : des inégalités classiques dans le monde de l'emploi s'y retrouvent et laissent ainsi entendre qu'au-delà du respect du principe de non-discrimination, des forces sociales plus profondes rendent parfois problématiques l'accès à l'emploi et un déroulement harmonieux de la carrière pour certaines catégories de travailleurs. Ce constat, qui trouve inévitablement à se répercuter sur l'épanouissement des droits et libertés des individus concernés, a entraîné la mise en place au sein des services de mesures spécifiques, prenant parfois la forme de véritables discriminations positives destinées à combler les écarts constatés et s'inscrivant souvent nettement dans une perspective de lutte contre l'exclusion et de défense des droits et libertés de la personne à travers l'accès à l'emploi.

Plusieurs des aménagements particuliers destinés à rétablir une égalité matérielle entre travailleurs s'adressent en premier lieu aux femmes et s'insèrent donc dans la problématique plus générale de l'égalité entre les sexes. Si cette dernière est aujourd'hui globalement satisfaite en droit, tant grâce à l'action du législateur qu'à la vigilance du juge<sup>1647</sup>, elle n'est cependant pas encore toujours matériellement acquise, des discriminations fondées sur le sexe et liées à des facteurs sociaux pouvant encore parfois se faire sentir<sup>1648</sup>. Le droit s'est ainsi, depuis longtemps parfois, employé à pallier certaines disparités constatées au détriment des femmes et semblant - pour une part au moins - trouver leur explication dans la prégnance de certains stéréotypes, notamment quant au rôle leur étant traditionnellement dévolu dans le cadre familial<sup>1649</sup>. Relevant ainsi que « *l'éducation des enfants a presque toujours constitué un frein à l'intégration et à la promotion des femmes dans la fonction publique* »<sup>1650</sup>, des mesures positives en leur faveur ont pu être prises afin de rétablir l'équilibre. Parmi les plus

---

<sup>1647</sup> V. *supra* 1).

<sup>1648</sup> L'accès aux emplois supérieurs reste ainsi certainement l'exemple le plus frappant de ces inégalités, la part des femmes diminuant lorsque le niveau de responsabilité s'élève. Ainsi, en 2006, les femmes n'occupaient que 16 % des emplois de direction des trois fonctions publiques (*Rapport annuel sur l'état de la fonction publique, Faits et chiffres 2007-2008, Volume I, La Documentation française, 2008, p. 207*).

<sup>1649</sup> Pour un rappel historique sur la question du travail des femmes, BONNARD-PLANCKE (Laetitia) et VERKINDT (Pierre-Yves), « Egalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social* 2006, p. 977 et s.

<sup>1650</sup> POISSON (Jean-Marc), « La fin des avantages exclusifs accordés aux femmes dans la fonction publique », *RDP* 2003, p. 240.

significatives, beaucoup tracent à l'époque clairement un lien avec le statut de mère de famille<sup>1651</sup>, comme par exemple la loi du 7 juillet 1979<sup>1652</sup> portant suppression des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics des femmes mères de trois enfants et plus se trouvant dans l'obligation de travailler, ou la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1980<sup>1653</sup> prévoyant que les mères de famille d'au moins trois enfants pourront se présenter à tout concours sans condition de diplôme. De la même manière, en matière de pensions et retraites, est également depuis longtemps<sup>1654</sup> mise en place une série d'avantages en faveur des femmes, passant notamment par une bonification accordée aux fonctionnaires féminins pour chacun de leurs enfants au moment de la liquidation de leur retraite<sup>1655</sup>.

Ces différentes mesures cherchent à compenser les disparités de fait supposées résulter de la condition féminine, et plus précisément de mère, disparités qui sont soupçonnées de nuire à l'égalité d'accès et d'exercice d'un emploi. Cependant, ces dispositions spécifiques ont été depuis lors passées au crible du droit communautaire, lequel s'est révélé peu favorable envers elles, la Cour de Justice ayant, par plusieurs arrêts<sup>1656</sup>, jugé de leur incompatibilité avec l'approche communautaire de l'égalité, de par le constat de l'absence de différences de situation suffisantes entre les hommes et les femmes sur ces questions. Cette position ayant par la suite été traduite en France<sup>1657</sup>, le plus souvent par une extension de ces avantages aux

---

<sup>1651</sup> D'autres s'intéressant cependant à la situation des femmes seules se retrouvant dans l'obligation de travailler (V. par exemple l'article 8 de la loi n° 75-3 du 3 janvier 1975, instaurant l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès à la fonction publique des veuves non remariées).

<sup>1652</sup> Loi n° 579-569 du 7 juillet 1979, *JO* 8 juillet 1979, p. 1066, ce texte trouvant également à s'appliquer aux veuves, femmes séparées ou célibataires ayant au moins un enfant à charge.

<sup>1653</sup> Loi n° 80-490 du 1<sup>er</sup> juillet 1980, *JO* 2 juillet, p. 1642.

<sup>1654</sup> Cette série d'avantages trouve en effet sa source principale dans la loi du 14 avril 1924, prévoyant une majoration de pension pour les titulaires ayant élevé trois enfants, la possibilité de retraite anticipée pour les mères de trois enfants ayant quinze années de service et une bonification d'âge et de service d'une année pour chaque enfant. Il faut cependant signaler qu'à l'époque, plus que de chercher par ces mesures à compenser les difficultés éprouvées par les femmes devant assumer à la fois leur rôle d'agent et de mère de famille, était en réalité poursuivie une politique nataliste, justifiée en grande part par la chute démographique consécutive à la Première Guerre mondiale. En ce sens, CHEVALLIER (Yves), « La réforme des pensions de retraite des fonctionnaires : présentation générale », *CFP* 2003, n° 229, p. 7.

<sup>1655</sup> Pour un récapitulatif de l'ensemble de ces mesures positives, v. POISSON (Jean-Marc), *op. cit.*, p. 250-251.

<sup>1656</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *Griesmar c/ République française*, Aff. C-366/99 (concernant la bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants) ; CJCE, 13 décembre 2001, *Mouflin*, Aff. C-206/00 (concernant le droit reconnu aux seules femmes fonctionnaires de jouir immédiatement de leurs pensions civiles lorsque elles mêmes ou leurs conjoints sont atteints d'un infirmité ou d'une maladie incurable les plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession) ; CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, Aff. C-319/03 (concernant l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics aux veuves non remariées se trouvant dans l'obligation de travailler). Cette vision est retrouvée par la suite dans la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat ayant suivi le raisonnement tenu par le juge communautaire : v. CE, 5 juin 2002, *Choukroun*, *Rec. Leb.* p. 198, *AJDA* 2002, p. 639 et CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, *Rec. Leb.* p. 284, *AJDA* 2002, p. 823.

<sup>1657</sup> Cette mise en conformité avec l'approche communautaire relève, en ce qui concerne les bonifications d'ancienneté, de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites et, s'agissant de l'extension de la possibilité de mise en retraite anticipée pour les fonctionnaires parents de trois enfants, de la loi de finances rectificative pour 2004 du 30 décembre 2004. La généralisation des autres avantages jusque-là réservés aux femmes relève quant à elle de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (*JO* 27 juillet 2005, p. 12183), laquelle a notamment étendu aux hommes



fonctionnaires masculins, la donne semble donc s'être ici inversée en faveur d'une égalité formelle entre hommes et femmes<sup>1658</sup>. Toutefois, il ne faut pas conclure de cette solution une hostilité de principe envers l'établissement de mesures spécifiques en faveur des fonctionnaires de sexe féminin. Au contraire, dès 1976, l'article 2 § 4 de la directive de mise en œuvre du principe de traitement égal entre hommes et femmes<sup>1659</sup> laisse entrevoir la possibilité d'instauration de ce type de mesures, disposition par la suite relayée par le Traité CE<sup>1660</sup> comme par la Charte des droits fondamentaux<sup>1661</sup>. Mais cette approche reste strictement entendue par la Cour de Justice : par son arrêt *Kalanke*<sup>1662</sup>, elle condamne toute « *priorité absolue et inconditionnelle* » accordée aux femmes dans l'accès à l'emploi. Une telle réserve semble également adoptée par le juge interne, tout particulièrement en ce qui concerne la question de la composition paritaire des jurys de concours et autres organes de sélection. Formalisée sous l'influence de la loi du 9 mai 2001<sup>1663</sup> par l'adjonction d'un article 20 bis au Statut général de la fonction publique de l'Etat, lequel dispose que « *les jurys dont les membres sont désignés par l'administration sont composés de façon à concourir à une*

---

les inopposabilités de limites d'âge et les dispenses de conditions de diplômes à partir de trois enfants. Cette même loi a par ailleurs supprimé un avantage jusqu'ici consenti aux seules femmes, et consistant en une dispense de limite d'âge pour les veuves, les femmes séparées et divorcées, et ce alors même que cette suppression n'était pas commandée par le droit communautaire. Sur l'ensemble des mesures édictées par la loi du 26 juillet 2005, v. notamment LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel), « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 2285 ; FERRARI-BREEUR (Christine), « La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique », *JCPA* 2004, n° 35, p. 1297 et FEKL (Matthias), « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *LPA* 19 avril 2007, n° 79, p. 16.

<sup>1658</sup> Non sans que ne puissent être relevées certaines critiques quant à ce retour à une stricte égalité, Jean-Marc Poisson plaçant pour une appréciation au cas par cas de ces mesures, certaines d'entre elles trahissant en effet un traitement discriminatoire quand d'autres ne faisaient que prendre en compte une situation concrète, résistant dans une large part à l'évolution du partage traditionnel des tâches et s'attachant à l'impact du rôle de mère dans le cadre professionnel. V. POISSON (Jean-Marc), *op. cit.*, p. 273 et s. V. également FITTE-DUVAL (Annie), « Droit des pensions : l'égalité entre les sexes à marche forcée ? », *AJFP* sept.-oct. 2002, p. 8.

<sup>1659</sup> Article 2 § 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, *préc.* : « *La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 1* ». V. par ailleurs l'article 3 de la directive « refonte » 2006/54 CE du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 (*JOCE* L 204, 26 juillet 2006, p. 23), réaffirmant cette possibilité de prise de mesures positives en faveur des femmes.

<sup>1660</sup> V. article 13 du Traité CE autorisant le Conseil à prendre « *les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

<sup>1661</sup> V. article 23 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Le principe d'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous représenté* ».

<sup>1662</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *E. Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, Aff. C-450/93, *Rec.* I-3051. V. également CJCE, 11 novembre 1997, *Marshall*, Aff. C-409/95, *Rec.* I-6383 (A qualification égale, la priorité peut être donnée à la promotion des femmes dans les services publics où elles sont moins nombreuses que les hommes, mais la candidature d'un homme doit faire l'objet d'une appréciation objective pouvant, le cas échéant, pencher en sa faveur) et CJCE, 6 juillet 2000, *Abrahamson et Anderson*, Aff. C-407/98, *Rec.* I-5539 (rappel de la nécessité de proportionnalité de la mesure spécifique en faveur des femmes, laquelle ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire au but recherché).

<sup>1663</sup> Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *préc.*

*représentation équilibrée entre les femmes et les hommes* », cette mesure est mise en application par un décret du 3 mai 2002<sup>1664</sup> imposant dans ces jurys « *une proportion minimale d'un tiers de personnes de chaque sexe justifiant des compétences nécessaires* ». Il est ainsi espéré faciliter l'accès des femmes aux emplois publics, visée tendant à reconnaître implicitement qu'un jury exclusivement composé d'hommes ne donnerait pas sur ce point des assurances suffisantes. Une telle solution peut, bien sûr, prêter le flanc à la critique, mais témoigne néanmoins de la prise en compte de certaines disparités au sein de la fonction publique, mises sur le compte de discriminations insidieuses, et de la volonté d'y apporter un remède concret par la présence accrue de femmes dans les jurys de sélection, afin de mieux garantir, ainsi, le « droit d'obtenir un emploi » et un déroulement égalitaire de la carrière pour les agents de sexe féminin au sein du service public. Pour autant, la constitutionnalité de ce type de mesure ne cesse de faire débat<sup>1665</sup>. Depuis toujours, en effet, le Conseil constitutionnel adopte une lecture restrictive des possibilités d'instauration de quotas fondés sur le sexe. S'étant dès 1982 très clairement révélé hostile à ce type de solutions<sup>1666</sup>, il n'avait pu que s'incliner en matière électorale suite à la révision constitutionnelle de 1999<sup>1667</sup>, mais était demeuré vigilant quant aux possibilités de généralisation de cette méthode au-delà de ce seul domaine<sup>1668</sup>. A l'instar de la solution retenue dans le cadre communautaire<sup>1669</sup>, le juge constitutionnel accueillait ainsi traditionnellement de manière favorable les mesures relevant de simples obligations de moyens et sanctionnait dans le même temps les réflexes paritaires relevant d'obligations de résultat, ne censurant donc pas *ab initio* toutes mesures positives en faveur des femmes, mais seulement celles revenant à faire primer sans nuance la considération du sexe sur celle des capacités<sup>1670</sup>. Or cet obstacle opposé par le Conseil constitutionnel ne joue plus aujourd'hui. Dans sa nouvelle rédaction issue de la loi

---

<sup>1664</sup> Décret n° 2002-766 du 3 mai 2002, *JO* 5 mai 2002, p. 8602.

<sup>1665</sup> Sur ce point, FAVOREU, « L'inconstitutionnalité des quotas par sexe (sauf pour les élections politiques) », *AJDA* 2003, p. 313 et les articles en réponse de François Lichère, Alexandre Viala, Thierry Di Manno et Paul Cassia, *AJDA* 2003, p. 817 et s.

<sup>1666</sup> CC n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, *Rec.* p. 66.

<sup>1667</sup> Par la révision constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, il est maintenant affirmé que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ».

<sup>1668</sup> V. ainsi CC n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, *Rec.* p. 63 (refus d'une extension de la parité dans le cadre de l'élection des représentants des magistrats au sein du Conseil supérieur de la magistrature) ; CC n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, *Rec.* p. 49 (la composition équilibrée des jurys délivrant des titres et diplômes dans le cadre de la validation des acquis de l'expérience n'est qu'un objectif et ne saurait faire primer les considérations de genre sur celle des qualifications) et CC, n° 2006-533, 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, *Rec.* p. 39.

<sup>1669</sup> En ce sens, GESLOT (Christophe), « Egalité devant la loi sociale et discriminations positives », note sous décision CC n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *AJDA* 2006, p. 1966.

<sup>1670</sup> Pour une position similaire du juge administratif : CE, Sect., 22 juin 2007, *Lesourd*, *JCP A* 2007, n° 41, p. 35, note P. Cassia.

constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>1671</sup>, l'article 3 alinéa 3 selon lequel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux* » a été déplacé à l'article 1<sup>er</sup> et complété par les termes « *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Cette modification ouvre la possibilité au législateur d'instaurer certaines discriminations positives directement au regard de l'appartenance au sexe féminin en matière professionnelle. Elle permet ainsi de faire sauter le verrou antérieurement posé par le juge constitutionnel et confirme la volonté de ne plus seulement favoriser l'égalité, mais de la mettre directement en œuvre au profit de certaines catégories de travailleurs.

Ce n'est d'ailleurs que par l'intervention d'une autre révision constitutionnelle que certaines mesures ont également pu intervenir afin de favoriser l'accès à la fonction publique sur la base de considérations qui, s'il n'en a pas été fait mention expressément, touchaient néanmoins aux origines ethniques. La modification de l'article 77 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 6 juillet 1998 a ainsi permis à la loi organique du 19 mars 1999<sup>1672</sup> de reconnaître, sur la base des accords de Nouméa, une citoyenneté calédonienne et d'instaurer dès lors un droit préférentiel d'accès à la fonction publique de Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale au bénéfice des citoyens de Nouvelle-Calédonie et des personnes justifiant d'une durée de résidence suffisante. Le Conseil constitutionnel a seulement pu rappeler ici que cette discrimination devait se fonder sur des critères objectifs et rationnels, en relation directe avec la promotion de l'emploi local, et n'intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa<sup>1673</sup>. Sans consacrer de citoyenneté polynésienne, la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française institue également la possibilité que des lois de pays opèrent des discriminations en matière d'accès à la fonction publique polynésienne, la condition liée aux nécessités locales ayant cependant, là encore, été rappelée<sup>1674</sup>. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel a dû s'incliner devant des révisions ayant très clairement pour objectif de favoriser le droit à l'emploi de populations locales en situation traditionnelle d'exclusion, l'existence d'un marché de l'emploi limité et d'une très forte présence du secteur public dans

---

<sup>1671</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *JO* 24 juillet 2008, p. 11890.

<sup>1672</sup> Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JO* 21 mars 1999, p. 4226.

<sup>1673</sup> CC n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* p. 51. Une telle dérogation semble pour une grande part s'expliquer par l'autonomie désormais acquise par ce pays d'Outre-mer (en ce sens, PAULIAT (Hélène), Rapport français, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *La discrimination*, Journées franco-belges, Tome LI/2001, Société de législation comparée, 2004, p. 842).

<sup>1674</sup> CC n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, *Rec.* p. 41. Il s'agit là d'une discrimination devant normalement s'opérer à « égalité de mérite », précision tendant à rappeler le nécessaire respect du principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics.

ces territoires particuliers ayant constitué autant d'arguments en faveur de cette discrimination<sup>1675</sup>.

Cette méfiance du juge constitutionnel ne doit pas, en outre, faire ignorer la place certes encore marginale, mais réelle, de la logique de discrimination positive en d'autres matières. Ainsi, les personnes handicapées, au sujet desquelles le constat d'une difficulté d'insertion dans la fonction publique demeure un débat récurrent<sup>1676</sup>, bénéficient en principe d'une compensation semblant aller plus loin que la simple égalité des chances, tout particulièrement par la mise en place d'une obligation d'emploi s'adressant aussi bien aux employeurs publics que privés<sup>1677</sup>. Formalisée pour la première fois par la loi du 10 juillet 1987<sup>1678</sup>, elle implique la présence à hauteur de 6% de personnes handicapées au sein des services publics, cette disposition ayant été renforcée par la loi du 11 février 2005<sup>1679</sup>, laquelle a assorti cette obligation de sanctions financières<sup>1680</sup>. Par ailleurs, au-delà de l'obligation de prendre les mesures appropriées afin de permettre aux personnes handicapées l'accès ou la conservation d'un emploi<sup>1681</sup>, cette action s'accompagne de la possibilité d'aménager certaines conditions de limites d'âge en leur faveur<sup>1682</sup> ou bien encore de recruter des personnes handicapées par la voie contractuelle en vue d'une titularisation<sup>1683</sup>. Enfin, l'intervention de mesures spécifiques prenant la forme de dérogations à la règle du concours n'apparaît pas réservée aux seules

---

<sup>1675</sup> Pour un rappel de la situation particulière d'exclusion à laquelle sont confrontées les populations locales en Nouvelle-Calédonie, ROSSINYOL (Garsenda), « Les accords de Nouméa du 5 mai 1998 : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP* 2000, p. 459.

<sup>1676</sup> La fonction publique étant souvent apparue comme un « mauvais élève » dans le cadre de l'emploi des personnes handicapées. (V. RIHAL (Hervé), « L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005 », *RDSS* 2005, p. 394). Il importe d'ailleurs de remarquer que le renforcement du dispositif prévu par la loi de 2005 n'a pas complètement renversé la donne, le taux d'emploi global apparaissant s'élever pour 2006 à 3,47% pour la fonction publique territoriale, 4,7% dans la fonction publique d'Etat et 4,2% dans la fonction publique hospitalière (Chiffres cités par Bernard Perrin, « L'obligation d'emploi des personnes handicapées : encore un effort », *CFP* octobre 2007, p. 31).

<sup>1677</sup> V. article L. 323-2 du Code du travail. Il est à noter que cette mesure s'adresse également aux anciens militaires et assimilés titulaires d'une pension militaire d'invalidité, veuves et orphelins de guerre (V. article L. 323-3).

<sup>1678</sup> Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, *JO* 12 juillet 1987, p. 7822.

<sup>1679</sup> Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO* 12 février 2005, p. 2353.

<sup>1680</sup> Cette sanction prend la forme d'une contribution proportionnelle à l'écart constaté par rapport aux 6%, versée au Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique, lequel « a pour mission de favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées au sein des trois fonctions publiques ainsi que la formation et l'information des agents en prise avec elles ». V. article L. 323-8-6-1 du Code du travail.

<sup>1681</sup> V. en ce sens, article 6 *sexies*, Titre Premier du statut général.

<sup>1682</sup> Les conditions d'accès à la fonction publique sont ainsi facilitées par l'inopposabilité aux bénéficiaires de l'obligation d'emploi atteints d'un handicap des limites d'âge supérieures fixées pour l'accès aux grades et emplois publics et par la possibilité pour les personnes ayant cessé d'être handicapées de bénéficier d'un recul des limites d'âge égal à la durée des traitements et soins qu'elles ont subis, dans la limite de cinq années.

<sup>1683</sup> Cette possibilité, mise en place par la loi du 10 juillet 1987 pour les emplois de catégorie C et D, a par la suite été étendue aux emplois de catégorie A et B par la loi n° 95-116 du 4 février 1995.

personnes handicapées. Interviennent ainsi notamment les contrats de PACTE<sup>1684</sup> destinés à favoriser l'accès à l'emploi des jeunes de 16 à 25 ans sans qualification, par la voie d'une formation en alternance permettant, à la suite d'une vérification d'aptitude, la titularisation dans un cadre d'emploi de catégorie C<sup>1685</sup>. Poursuivant une visée d'insertion sociale, ces mesures s'insèrent de manière plus générale dans la politique de lutte contre les inégalités dont les services publics sont aujourd'hui devenus les fers de lance. Elles se concentrent en effet en faveur de catégories d'individus dont la situation concrète, liée à un handicap ou à un manque de qualification, induit une vulnérabilité particulière sur le marché du travail. Les mécanismes mis en œuvre entendent faire plier cet état de fait en rendant plus facile pour ces personnes l'exercice effectif du « droit d'obtenir un emploi ». L'objectif poursuivi est à l'évidence de renforcer la garantie des droits et libertés des personnes concernées, par l'obtention d'un travail prenant l'apparence d'un véritable « passeport pour l'insertion ». L'initiative particulière du PACTE suscite par ailleurs une autre remarque. Il est en effet possible de se demander, sur le fondement de cet exemple, si le recrutement au sein des services publics ne revêt pas aujourd'hui pour les pouvoirs publics une fonction directement sociale. Cette conception semblerait s'ordonner comme suit : aux personnes sans qualifications est offert un accès facilité à des emplois de catégorie C, les personnes diplômées étant quant à elles invitées à intégrer la fonction publique par la voie du concours, sur des postes de niveaux correspondant à leur degré d'études. Un parallèle avec le service universel pourrait alors être tenté, au sens où se découvre, par certains aspects, la même logique, à savoir des emplois « de base » auquel les personnes menacées d'exclusion doivent pouvoir avoir accès, et des emplois « à valeur ajoutée » destinés à être occupés par les personnes diplômées ayant suivi la voie de recrutement classique.

En conclusion, quelques mesures particulières en direction des agents ont parfois pu disparaître, notamment sous l'influence du droit communautaire, et il convient de ne pas exagérer l'ampleur des discriminations positives tolérées en France. Mais, ainsi que le révèlent les différents exemples rencontrés, la tendance n'apparaît cependant pas à la baisse en la matière. Dans son discours du 17 décembre 2008, le Président de la République a en ce sens annoncé la mise en place prochaine, dans chaque ministère, de classes préparatoires

---

<sup>1684</sup> Cet acronyme désignant les « Parcours d'Accès aux Carrières Territoriales, hospitalières et de l'Etat », mis en place par l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005 (*JO* 3 août 2005, p. 12720).

<sup>1685</sup> Pour une présentation de cette procédure de recrutement spécifique, v. notamment MONIOLLE (Carole), « Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE) », *AJDA* 2006, p. 648 et MULLER-QUOY (Isabelle), « Le "PACTE" : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique », *AJFP* mai-juin 2007, p. 129.

accueillant un effectif représentant au moins 30 % des postes mis au concours et destinées aux « *jeunes de condition modeste* ». La fonction publique obéit ainsi à la conception renouvelée de l'égalité, aujourd'hui plus volontiers centrée sur la lutte contre les inégalités de fait et l'exclusion sociale à travers une prise en compte de caractéristiques catégorielles. Le rôle de garantie des droits et libertés alloué au service public de par sa dimension égalitaire évolue progressivement dans ses mécanismes mêmes de mise en œuvre. C'est donc sans surprise que ces mêmes méthodes sont aujourd'hui retrouvées dans des proportions importantes en ce qui concerne, cette fois, les destinataires des prestations du service public.

### ***B/ Une politique de discriminations légitimes largement mise en œuvre à l'égard des usagers***

C'est à l'évidence envers les usagers du service public que les implications de l'égalité sont amenées à jouer leurs effets les plus immédiats. Envisagé spontanément, ce principe implique que n'intervienne aucun régime de faveur envers le destinataire de la prestation et que soit ainsi préservée, au sein du procédé, une égalité d'accès et de traitement des usagers servant indirectement et de manière globale la possibilité pour ces derniers de jouir des droits et libertés dont le service public s'est fait le garant. Mais l'égalité se concrétise aujourd'hui également, de plus en plus fréquemment, *par* le service public, lequel doit notamment contribuer par son action à la lutte contre l'exclusion. Si des différenciations sont déjà depuis longtemps orchestrées en son sein afin de permettre que des usagers aux situations distinctes connaissent de traitements différents, la prévalence de la conception d'une égalité par la généralité a néanmoins enserré cette possibilité dans des limites qui n'apparaissent plus pouvoir perdurer dès lors qu'une approche équitable de l'égalité est appelée à prévaloir. Traiter chacun « selon ses besoins » suppose en effet que la marge de manœuvre du service public au regard des possibilités de traitement différenciés s'assouplisse, que les différenciations orchestrées au sein des services publics se fondent sur des référents de moins en moins généraux et impersonnels ; qu'aux catégories larges d'usagers se substitue une prise en compte affinée des situations individuelles. Dans le but d'offrir à certaines catégories d'individu, par la voie de prestations différenciées, l'assurance d'un exercice effectif des droits et libertés qui en dépendent, le service public met ainsi en œuvre l'égalité sous l'impulsion d'une logique ouvrant de plus en plus largement la possibilité d'instauration de différenciations entre usagers (1), le développement d'une personnalisation des prestations en

fonction de la situation géographique, économique et sociale de l'utilisateur étant d'ores et déjà devenue une réalité dans certains cas (2).

1) *Une possibilité de différenciation entendue plus soupagement*

L'égalité dans le cadre des services publics implique, en premier lieu, le respect de l'égalité formelle, consistant à traiter de la même manière tous les usagers sans que des considérations de fortune, de croyance, de race, de sexe ou autres trouvent à intervenir. Cette prohibition de discriminations n'est alors que la projection de l'égalité juridique des individus, garantie par les impératifs de neutralité et d'impartialité devant présider au fonctionnement des services publics<sup>1686</sup>. Cependant, au-delà de cette acception première, il convient de rappeler que l'égalité n'a jamais supposé l'uniformité et que la logique même de ce principe fait qu'il ne doit s'imposer qu'entre individus placés dans une situation identique, privilégiant ainsi la prise en compte de « *l'homme situé* » sur celle de « *l'homme abstrait* »<sup>1687</sup>. Cette perte d'universalité du principe d'égalité est depuis longtemps traduite dans le cadre du service public, tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel. Selon le premier, en effet, à travers sa position fixée dans son arrêt de 1974 « *Denoyez et Chorques* »<sup>1688</sup>, « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public, implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ». Pour le second, dans le même sens, « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>1689</sup>. Classiquement, la définition prétorienne du principe d'égalité reconnaît ainsi la possibilité de prise en compte de catégories d'individus

---

<sup>1686</sup> Pour un exemple du contrôle du juge administratif sur cette question : CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ Lévy*, *Rec. Leb.* p. 157, *Droit Social* 1989, p. 767, note Prétot : distinction fondée sur la nationalité en matière d'attribution d'une allocation sociale.

<sup>1687</sup> Une telle position étant corroborée par le Conseil constitutionnel, lequel estime que « *si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables, il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes* » (CC n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Ponts à péages, préc.*).

<sup>1688</sup> CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec. Leb.* p. 274 ; *GDJDA*, p. 418 ; *RDP* 1975, p. 467, note Waline.

<sup>1689</sup> V. notamment CC n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Rec.* p. 43 et CC n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Rec.* p. 100.

distinctes, mais sous conditions, la volonté « d'épouser le réel » ne devant normalement pas aboutir à une diversification trop importante des catégories, prévention qui tend à s'effacer aujourd'hui.

La première des possibilités de différenciation, telle que désignée par le juge administratif, est peut-être la plus simple à appréhender : une loi est intervenue afin d'aménager le principe d'égalité et le juge se doit de l'appliquer, sauf s'il doute de sa constitutionnalité, la récente réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 lui permettant alors de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel, *via* les juridictions suprêmes<sup>1690</sup>. C'est plus particulièrement au regard des deux autres hypothèses, la constatation de différences de situations ou une justification liée à l'intérêt général, que va se concentrer la problématique de mise en œuvre de l'égalité dans le cadre du service public. Délaissant l'approche purement mathématique, il est alors en premier lieu traditionnellement possible de constater une différence de situations appréciable entre usagers plaidant pour un traitement différencié de ces derniers. Cette condition ne pose parfois aucune difficulté ; c'est notamment le cas lorsque la prestation offerte aux usagers d'un même service public diffère selon leurs demandes, comme cela est, par exemple, souvent observable en matière de services téléphoniques, facturés en fonction des services réclamés<sup>1691</sup>. Cependant, des usagers bénéficiant d'une prestation identique peuvent également connaître de traitements distincts dès lors qu'ils sont placés dans une différence de situations appréciable. Si, vis-à-vis de cette précision, il n'est pas difficile de comprendre qu'une différence de situations imperceptible ne peut justifier de différences de traitement, la question a toutefois pu se poser des caractéristiques supplémentaires que cette différence appréciable devait revêtir. La détermination de différences entre usagers implique en effet une démarche de comparaison entraînant inévitablement le choix d'un critère, car « toute inégalité (...) dépend d'un choix, à savoir celui du rapport sous lequel nous considérons les choses comme égales »<sup>1692</sup>. Or, sur ce point, le juge administratif est venu préciser que les différences de situations devaient également être à la fois en rapport avec

---

<sup>1690</sup> V. le nouvel article 61-1 de la Constitution de 1958.

<sup>1691</sup> Pour exemple, v. CE, 7 octobre 1959, *Jacquier, Grandamy et Le Corno*, *Rec.* p. 492 (le refus d'inscription dans l'annuaire légitime l'application d'un tarif particulier). Cette différenciation résulte de la volonté de faire payer le service à son juste prix. De la même manière, il est possible d'instaurer des tarifications différentes en matière d'enlèvements des ordures en fonction du volume de déchets, le service rendu n'étant pas le même selon que les établissements hôteliers pratiquent une activité de restauration ou non : CE, 25 juin 2003, *Madame Martinet*, *BJCL* 10/03, concl. P. Collin.

<sup>1692</sup> FREUND (J.), *Politique et impolitique*, Sirey, 1987, p. 181, cité par AMAR (Jacques), *De l'usager au consommateur*, PUAM, 2001, p. 220.



l'objet du service et objectives<sup>1693</sup>, posant ainsi certaines conditions aux possibilités de traitements distincts. Sans se risquer ici à un inventaire exhaustif des multiples différences de situations pouvant être prises en compte, le critère de différenciation a ainsi pu être fondé, par exemple, sur le lieu de domiciliation de l'usager<sup>1694</sup>, la qualité de contribuable local n'étant sur ce point pas toujours considérée comme suffisante pour justifier une différence de traitement<sup>1695</sup>, les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage<sup>1696</sup> ou bien encore la situation personnelle de l'usager au regard du service<sup>1697</sup>, quand sont, à l'inverse, considérées comme illégales, pour ne rappeler ici que deux exemples topiques, des distinctions fondées sur l'âge des usagers en matière de redevance d'enlèvement des ordures ménagères<sup>1698</sup> ou l'instauration d'une taxe d'épuration des eaux usées imposées aux seules entreprises employant plus de vingt personnes<sup>1699</sup>. Afin de limiter les tentations de discriminations fondées sur une appréciation discrétionnaire des différences de situations, le juge exerce sur l'existence de ces dernières un contrôle normal, aboutissant à un tableau contrasté de la légalité de création de catégories d'usagers<sup>1700</sup>. En outre, depuis 1974, le juge administratif a également perfectionné son contrôle en ce qui concerne non plus la différence de situation en elle-même, mais sa conséquence, à savoir la différence de traitement. Le Conseil d'Etat a en effet récemment considéré qu'il lui revenait de contrôler en aval que cette différence « *ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation ou des motifs*

---

<sup>1693</sup> CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, *Rec. Leb.* p. 499, *AJDA* 1998, p. 102, Chron. Girardot et Raynaud.

<sup>1694</sup> Comme c'était le cas dans l'arrêt *Denoyez et Chorques*, où l'instauration d'un tarif préférentiel pour l'utilisation du bac reliant l'île de Ré au continent en faveur des insulaires a été reconnue légale, de par la différence de situation constatée entre les personnes résidant sur l'île toute l'année et les continentaux ne s'y rendant qu'occasionnellement. Il importe sur ce point de rappeler que si les différenciations, notamment tarifaires, en fonction du domicile sont largement répandues, elles subissent néanmoins une condamnation de la part du juge communautaire, lequel dans un arrêt du 16 janvier 2003, *Commission c/ République italienne* (Aff. C-388/01, *Rec. I-721*) considère comme contraire à la libre prestation de service et au principe de non-discrimination le fait de prévoir dans le cadre de l'accès aux musées et monuments italiens un tarifs spécial pour les personnes âgées de plus de soixante ou soixante-cinq ans résidant sur le territoire des collectivités concernées.

<sup>1695</sup> Cette qualité peut parfois être indirectement prise en compte lorsque le budget communal prend en charge une partie de la prestation et à condition que le prix le plus élevé ne dépasse pas le prix de revient du service (CE, 5 octobre 1984, *Préfet Commissaire de la République de l'Ariège*, *Rec. Leb.* p. 315, *D.* 1985, p. 593, note Hamon) mais le juge se montre souvent réticent sur ce point (CE, 11 décembre 1996, *Commune de Saint-André-les-vergers*, *DA* 1997, p. 84), rappelant par ailleurs que ce critère ne saurait jouer dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, lesquels sont censés fonctionner sur la base de leur seule activité (CAA Lyon, 13 avril 2000, *Commune de Saint-Sorlin d'Arves*, *AJDA* 2000, p. 849, concl. Bourrachot).

<sup>1696</sup> Une distinction peut ainsi être opérée entre les usagers d'une autoroute en fonction de la densité de la circulation : CE, 28 février 1996, *Association Force Ouvrière Consommateurs*, *Rec. Leb.* p. 51.

<sup>1697</sup> Ayant par exemple la qualité d'assurés sociaux ou non : CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec. Leb.* p. 563, *AJDA* p. 686, chron. Puybasset et Puissochet.

<sup>1698</sup> CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, *Rec. Leb.* p. 427.

<sup>1699</sup> CE, 6 janvier 1967, *Commune d'Elbeuf*, *Rec. Leb.* p. 1.

<sup>1700</sup> Pour un récapitulatif de ce tableau jurisprudentiel, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 423 et s.

*susceptibles de la justifier* »<sup>1701</sup>. Inspiré en cela par les droits européen et communautaire<sup>1702</sup>, il assure un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur ce point.

Mais c'est au regard de la troisième hypothèse, liée à une justification d'intérêt général, que le juge administratif semble avoir le plus sensiblement fait évoluer sa position. De tout temps, cette condition avancée en faveur de l'instauration de différences de traitements entre usagers a suscité l'interrogation. En effet, la rédaction même de l'arrêt « *Denoyez et Chorques* » a pu spontanément laisser penser qu'un motif d'intérêt général permettait de traiter différemment des usagers pourtant placés dans des situations identiques<sup>1703</sup>, interprétation cependant vivement combattue par de nombreux auteurs<sup>1704</sup>. Joël Carbajo<sup>1705</sup>, notamment, s'est employé à démontrer l'ambiguïté de cette référence à l'intérêt général et a invité à une relecture de la jurisprudence de 1974, rappelant que la formulation même de cet arrêt partait du présupposé de l'existence de diverses catégories d'usagers, qui justifiait par la suite la mise en œuvre de traitements différents sous l'influence de considérations liées à l'intérêt général<sup>1706</sup>. Ainsi, l'intérêt général peut être pris en compte pour constater l'existence de différentes catégories d'usagers appelant en aval des traitements différents. Mais il n'est jamais question, en revanche, d'un intérêt général permettant de traiter différemment des individus se trouvant dans une même catégorie. Il semble selon lui « *plus conforme de dégager deux hypothèses : la*

---

<sup>1701</sup> CE, 15 mai 2000, *Barroux*, *Rec. Leb.* p. 172. Cette recherche de proportion est par la suite réaffirmée dans de multiples arrêts, de manière plus implicite dans les arrêts CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, *Rec. Leb.* p. 229, *AJDA* 2002, p. 586, chron. Donnat et Casas et CE, Sect., 18 décembre 2002, *Duvignères*, *Rec. Leb.* p. 463, *RFDA* 2003, p. 510, note Petit, et très clairement dans d'autres jurisprudences : CE, 10 janvier 2005, *Hardy et le Cornec*, *Rec. Leb.* p. 9 ; *AJDA* 2005, p. 1575, note Hélin ; CE, 6 décembre 2006, *Syndicat coordination rurale*, Req. n° 271442 ; CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques*, req. n° 310146.

<sup>1702</sup> La Cour de Justice des Communautés européennes comme la Cour européenne des droits de l'homme s'inquiètent en effet depuis longtemps de la proportionnalité des mesures concernées. En ce sens, v. notamment CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, Aff. C-34/74, *Rec. I-1299* et CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, Série A, n° 6, *Rec.* p. 4. V. par ailleurs SOUSSE (Marcel), « Le principe de non discrimination – Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA* 1999, p. 985.

<sup>1703</sup> V. la chronique de MM. Franc et Boyon sous l'arrêt *Denoyez et Chorques*, *AJDA* 1974, p. 301-302 et, pour une analyse en ce sens de jurisprudences antérieures, TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, p. 182 et s.

<sup>1704</sup> Parmi ces derniers, il est loisible de citer le commissaire du gouvernement Combarnous, dans ses conclusions sur CE, Sect., 24 avril 1964, *SA de livraisons industrielles et commerciales*, *AJDA* 1964, p. 308 et Danièle Lochak, cette dernière rappelant nettement qu'« *il est impensable que l'intérêt général permette d'établir des distinctions entre des personnes se trouvant dans des situations identiques* » (LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 787).

<sup>1705</sup> CARBAJO (Joël), « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers en général », *AJDA*, 1981, p. 176.

<sup>1706</sup> CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *préc.* : « *La fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public, implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ».

première où l'existence d'une différence appréciable de situation constitue une condition nécessaire et suffisante pour justifier une différence de traitement, la seconde où la différence de situation nécessaire n'est pas suffisante et doit être renforcée par des considérations d'intérêt général »<sup>1707</sup>. En ce sens, les jurisprudences administratives invoquant l'intérêt général à l'appui d'une différence de traitement font généralement apparaître implicitement dans le même temps l'existence d'une pluralité de catégories d'usagers<sup>1708</sup>, renforçant alors l'analyse plaidant pour un intérêt général supplétif, « révélateur » de différences de situations moins spontanément perceptibles<sup>1709</sup>. Dans ce cadre, l'intérêt général n'est pas normalement en mesure de faire céder directement le principe d'égalité, ce dont de nombreux auteurs se réjouissent tant la notion, bien que fondant une large part du droit public, demeure fuyante et pourrait ne constituer parfois qu'« une sorte d'alibi pour traiter de manière différente des personnes se trouvant dans une même situation »<sup>1710</sup>. Des usagers se trouvant au regard du service dans une situation identique n'ont donc logiquement pas à craindre une discrimination spontanément assimilée à un privilège car fondée sur une considération qui, à elle seule, semble à leurs yeux bien souvent trop abstraite et donc discutable<sup>1711</sup>. Même si elles peuvent parfois prêter à discussion, des limites interviennent donc classiquement afin d'entourer la possibilité de différenciations des prestations offertes par le service public en fonction de la situation concrète des usagers.

Toutefois, une tendance semble se dessiner en faveur d'un assouplissement relatif de ces conditions. Certains arrêts du Conseil d'Etat ont ainsi de nouveau instillé le doute quant à la place qu'il convenait de réserver à la notion d'intérêt général face au principe d'égalité. Deux jurisprudences rendues en 1997, les arrêts « *Commune de Gennevilliers* » et « *Commune de Nanterre* »<sup>1712</sup>, ont en cela été particulièrement remarquées car, rompant avec la jurisprudence

---

<sup>1707</sup> CARBAJO (Joël), *op. cit.*, p. 181.

<sup>1708</sup> V. notamment, CE, Sect., 12 mars 1965, *Club aérien « Les Gerfaux »*, *Rec. Leb.* p. 169 ; CE, Sect., 13 octobre 1967, *Pény*, *Rec. Leb.* p. 365 ou encore CE, 1<sup>er</sup> juillet 1998, *Association Vivre en Tarentaise*, *Rec. Tables* p. 1039 et, sur l'ensemble de la question, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 421 et 430.

<sup>1709</sup> Pour une analyse dans le même sens, LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 787 et LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J, 2001, p. 112.

<sup>1710</sup> LACHAUME (Jean-François), PAULIAT (Hélène), *Droit administratif – Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 433. Allant même plus loin, l'intérêt général constituerait, pour Jean-François Flauss, « la grosse éponge qui permet de justifier à souhait la mise entre parenthèses du principe d'égalité » (in « Le principe constitutionnel d'unité législative dans le droit des libertés publiques », *LPA* 1997, n° 41, p. 4).

<sup>1711</sup> Permettre que l'égalité cède devant l'intérêt général revient ainsi à admettre, pour Bertrand Seiller, à « reconnaître à l'autorité compétente le pouvoir d'organiser, pour des raisons obscures ou inavouables, une protection particulière au profit de quelques-uns que pourtant, rien ne distingue des autres ». SEILLER (Bertrand), *op. cit.*, p. 993.

<sup>1712</sup> CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, *préc.*

antérieure<sup>1713</sup>, le juge administratif y considère comme légale une modulation de tarification entre les usagers d'une école de musique fondée sur le niveau de revenus de ces derniers. Or cette solution ne pouvait en l'espèce s'expliquer par une différence de situation, laquelle n'apparaissait ni appréciable, ni objective, ni en rapport avec l'objet du service<sup>1714</sup>. Certes, des différenciations tarifaires en fonction des ressources des usagers avaient été admises auparavant pour des cantines scolaires<sup>1715</sup>, des centres de loisirs<sup>1716</sup> ou des crèches<sup>1717</sup>, mais ces services publics étaient considérés comme relevant d'un objet à caractère social envers lequel des discriminations tarifaires se comprenaient. Il semble en revanche que, dans les arrêts « *Commune de Gennevilliers* » et « *Commune de Nanterre* », ce soit bien le seul intérêt général<sup>1718</sup> qui serve de fondement à un traitement différencié d'usagers se trouvant pourtant dans une situation identique au regard de l'objet d'un service dépourvu de vocation sociale. De plus, il arrive désormais au Conseil d'Etat d'adopter une formulation différente de celle employée dans l'arrêt *Denoyez et Chorques* et renforçant d'autant les interrogations. En effet, le juge administratif considère, dans certains arrêts, que « *le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec la norme qui l'établit* »<sup>1719</sup>. Dans ce cas, la préexistence de catégories différentes n'est plus mentionnée, tandis que l'utilisation du verbe « *déroger* » semble vouloir signifier une possibilité de mise en échec de l'égalité au nom de l'intérêt général<sup>1720</sup>, lequel pourrait alors fonder toute différenciation jugée nécessaire à la garantie des droits et libertés.

<sup>1713</sup> CE, Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, *Rec. Leb.* p. 119, *D.* 1985, p. 592, note Hamon. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat refuse d'admettre des différenciations tarifaires fondées sur des critères des ressources pour l'accès aux écoles de musique.

<sup>1714</sup> Les différences de situation entre usagers n'étaient ici ni objectives, car résultant de barèmes dont les seuils étaient fixés abstraitement et discrétionnairement par les conseils municipaux, ni appréciables – l'effet couperet des seuils occasionnait des différences à la marge entre les différentes familles – ni en rapport avec l'objet du service, certains commentateurs rappelant à l'époque que l'« *on ne voit pas, en effet, quel peut être le rapport entre l'enseignement de la flûte à bec ou du piano et les revenus dont bénéficient les parents des jeunes apprentis musiciens* » (*AJDA* 1998, p. 103, *Chron. Girardot et Raynaud*).

<sup>1715</sup> CE, 10 février 1993, *Ville de la Rochelle*, *Req.* n° 95563, *LPA* 1993, n° 83, p. 21.

<sup>1716</sup> CE, 18 mars 1994, *Mme Dejonckee*, *Rec. Leb.* p. 762 ; *LPA* 1994, n° 132, p. 19, note Haim.

<sup>1717</sup> CE, 20 janvier 1989, *CCAS de la Rochelle*, *Rec. Leb.* p. 8 ; *AJDA* 1989, p. 398, obs. Prétot.

<sup>1718</sup> Le commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl faisant valoir dans ses conclusions qu'il s'agissait en l'espèce d'une volonté de réduire les profondes fractures divisant aujourd'hui la société française. V. « *Différences de revenus et différences de tarification des services publics locaux* », conclusions sous CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, *RFDA* 1998, p. 542.

<sup>1719</sup> CE, 15 mai 2000, *Barroux*, *préc.* V. également CE, 9 juillet 2007, *Syndicat Entreprises générales de France*, *Req.* n° 297711.

<sup>1720</sup> Une telle formulation semblant faire écho aux considérations du Conseil d'Etat lorsque ce dernier estime que « *l'application de règles différentes à des situations semblables ne se justifie aux yeux de la jurisprudence, que par une considération externe : la prééminence d'un intérêt général. Celle-ci vient, dans certains cas, concurrencer et mettre en échec le principe d'égalité au nom de ce que des considérations supérieures à l'égalité peuvent justifier que certaines personnes physiques ou morales soient favorisées par rapport à d'autres* ».

Peut ainsi être décelé un changement de perspective qui accompagnerait l'évolution du principe d'égalité régissant le fonctionnement du service public et la mise en œuvre des droits et libertés qui en découle. Certes, il y a longtemps que le Conseil constitutionnel utilise le terme de dérogation tout en restant, dans le même temps, extrêmement vigilant quant aux possibilités pour le législateur de poser des discriminations entre usagers fondées sur l'intérêt général<sup>1721</sup>, constatation qui peut inviter à atténuer la portée de la modification observée chez le juge administratif, laquelle ne pourrait manifester qu'une volonté d'alignement sur la formulation du juge constitutionnel<sup>1722</sup>. Mais à estimer que cette novation marque néanmoins une évolution dans l'appréhension prétorienne de l'égalité, il convient de remarquer avec Bertrand Seiller qu'elle n'illustre pas forcément le déclin du principe d'égalité face à l'intérêt général. Cet auteur propose en effet une analyse des différentes jurisprudences évoquées plaidant pour la pérennité de la condition première présidant normalement à toute différence de traitement, à savoir une différence de situation. Dans chaque hypothèse, il existe en effet bel et bien des différences entre les usagers d'un service, la nuance principale consistant seulement dans le fait que ces différences ne sont pas en rapport avec l'objet du service mais résultent de la situation personnelle, subjective des usagers. Dès lors, « *l'intérêt général ne crée pas une catégorie artificielle mais permet de révéler une catégorie préexistante, ignorée si l'on appréhende le seul objet du service public* »<sup>1723</sup>. Ce qui est remis en cause n'est pas la logique même du principe d'égalité, la différence de traitement relevant toujours d'une différence de situation, mais l'exigence d'un critère de différenciation en lien avec l'objet du service. L'évolution constatée de la compréhension de l'égalité au sein du service public semble ainsi prendre acte des possibilités ouvertes par les jurisprudences de 1997 et matérialiser l'analyse de Didier Truchet lorsque ce dernier annonçait « *un amendement des formules jurisprudentielles, et en particulier, un desserrement du lien qui doit unir les discriminations aux prestations ou à l'objet du service (...)* »<sup>1724</sup>.

Envisagée sous cet angle, la formulation prétorienne du principe d'égalité retrouve alors toute sa cohérence sur le plan théorique, des traitements différents demeurant justifiés par des

---

*pourtant placées dans la même situation* ». Rapport public du Conseil d'Etat, « Sur le principe d'égalité », EDCE 1996, n° 48, p. 43.

<sup>1721</sup> En ce sens, BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 431.

<sup>1722</sup> Cette volonté ne se manifeste d'ailleurs pas systématiquement, certaines jurisprudences administratives restant fidèles à la formulation de l'égalité énoncée par la jurisprudence « *Denoyez et Chorques* ». Pour une illustration : CE, 7 décembre 2005, *Région Centre*, Req. n° 268748.

<sup>1723</sup> SEILLER (Bertrand), *op. cit.*, p. 995.

<sup>1724</sup> TRUCHET (Didier), « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité – Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 89.

situations différentes. Mais cette évolution constatée dans la mise en œuvre de l'égalité n'est cependant pas neutre, et peut être au contraire estimée très révélatrice du mouvement actuel de fragmentation de l'égalité et d'individualisation des prestations, conséquence d'une volonté accrue d'instauration d'une égalité de fait par l'entremise du service public sous l'influence de l'équité. En mettant en lumière la singularité de la situation personnelle des usagers, l'intérêt général justifie l'instauration de discriminations n'ayant pas de rapport direct avec l'objet du service. Or, cette condition une fois disparue, il paraît difficile d'imposer une limite aux possibilités de différenciations, de par le constat d'une évidence : deux usagers, dans le cadre de leur situation personnelle, ne seront jamais considérés comme relevant de situations totalement identiques, tout particulièrement vis-à-vis de leurs revenus<sup>1725</sup>. Certes, le juge administratif a pris soin d'ajouter aujourd'hui à son contrôle l'examen de la proportionnalité des discriminations au regard des différences de situations, mais il n'exerce ici qu'un contrôle restreint, n'intervenant par ailleurs qu'en aval des différences de traitement mises en place. Le contexte idéologique propice à une personnalisation des prestations en fonction des situations et difficultés spécifiques auxquelles sont confrontés les usagers trouve ainsi sa traduction au sein des services publics, ceci afin de créer les conditions d'une égalité réelle favorable à un exercice effectif des droits et libertés.

## 2) Une personnalisation des prestations fréquemment constatée

Il n'est plus possible de considérer que la part de l'équité dans le service public ne relève que d'une faible influence<sup>1726</sup>. Les jurisprudences « *Commune de Gennevilliers* » et « *Commune de Nanterre* » de 1997, couplées à la formulation contemporaine particulière du principe d'égalité, plaident en faveur d'une prise en compte accrue de la situation individuelle, et tout particulièrement financière, des usagers. Face à un contexte de crise, la maxime « à chacun selon ses besoins » semble désormais trouver tout son sens, à rebours de l'affirmation classique d'une égalité par la généralité. En cela, les frontières des services publics à vocation sociale se déplacent, à tel point qu'est aujourd'hui bien plus souvent imprimée au procédé une

---

<sup>1725</sup> En ce sens, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 431. V. également LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 784 : « (...) les situations sont toujours différentes, ou plus exactement, il est toujours possible de déceler une différence entre deux situations ».

<sup>1726</sup> Position que défendait à l'époque Didier Truchet dans son article « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité – Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 91. Il reste vrai, cependant, que certaines modulations ne trouvent pas pour fondement l'équité, mais la recherche d'une meilleure exploitation du service ou bien encore la définition de politiques commerciales attractives.

finalité de cohésion et de solidarité dépassant l'objet particulier l'animant à l'origine. Les limites entre service social et utilisation sociale du service se brouillent<sup>1727</sup>, dans le but de faciliter pour chacun, et notamment pour les personnes en proie à l'exclusion, l'accès à un exercice effectif des droits et libertés dépendant des prestations correspondantes.

Ainsi, une modulation plus large de tarifications en fonction des revenus des usagers, quel que soit l'objet du service, va permettre aux personnes aux revenus modestes de bénéficier de tarifs plus bas et d'accéder à certaines prestations qui, bien qu'offertes à tous en théorie, supposaient cependant un engagement financier minimum pouvant dès lors constituer un obstacle. Le desserrement du lien entre différence de traitement et objet du service rétablit ainsi la dimension égalitaire de droits et libertés dont chacun doit pouvoir se prévaloir mais dont la concrétisation achoppe souvent devant les différences de fortune. Permettre une différenciation des tarifs en fonction des capacités financières des individus lève l'hésitation que ces personnes peuvent parfois éprouver à utiliser des services publics payants. Une telle approche est en cohérence avec celle retenue du service universel en droit communautaire. « *Ensemble minimal de service d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès compte tenu des circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable* »<sup>1728</sup>, l'exigence de prix abordable renvoie en effet à l'égalité d'accès au service public<sup>1729</sup> et impose dès lors un examen de la situation économique et sociale des personnes afin que tous puissent accéder aux prestations, le cas échéant grâce à l'intervention de mesures spécifiques à l'endroit des populations les plus vulnérables<sup>1730</sup>. Le service universel des télécommunications, tel qu'organisé en France, prévoit par exemple en cela un traitement particulier des utilisateurs finaux handicapés et certaines conditions tarifaires et techniques spécifiques destinées à prendre en considération « *les difficultés particulières rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes en raison*

---

<sup>1727</sup> Les frontières du service social n'ayant de toute manière jamais été très clairement définies, il apparaissait pour certains auteurs contestable de séparer aussi nettement que le faisait le juge administratif dans l'arrêt « *Ville de Tarbes* » les services publics considérés comme sociaux des services à visée plus directement culturelle ou éducative, laissant ainsi soupçonner une distinction subjective entre services véritablement indispensables et prestations plus superflues. V. notamment ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 113 et LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J., 2001, p. 125.

<sup>1728</sup> Communication Commission européenne du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe (COM [2000] 580 final).

<sup>1729</sup> V. ESPLUGAS (Pierre), « Le service universel », *DA* 2002, p. 9 et DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1229.

<sup>1730</sup> LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 515. V. également *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre second.

notamment de leur niveau de revenus (...) »<sup>1731</sup>. La modulation des tarifs paraît d'autant plus nécessaire que l'utilisation de certains services publics relève parfois d'une obligation pratique : transports publics ou restauration scolaire en sont les exemples. Mais cela ne signifie pas pour autant que la prise en compte des ressources soit superflue dans les autres cas. Il peut justement sembler important qu'une grande part des services publics adaptent leurs tarifs et permettent ainsi un accès facilité à des prestations peut-être moins spontanément considérées comme nécessaires, tel l'apprentissage de la musique ou la conduite d'une activité sportive. Généraliser les modulations tarifaires au-delà des seuls services à vocation sociale revient à ne pas réduire les personnes démunies à ce seul aspect de leur situation mais à les envisager dans leur globalité, individus à part entière disposant de l'ensemble des droits et libertés, et ayant ainsi tout autant droit d'accéder aux loisirs et à la culture qu'aux soins ou aux prestations directement liées à la sécurité matérielle.

Dans cette perspective, l'article 147 de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions affirme désormais que les tarifs des services publics administratifs facultatifs<sup>1732</sup> peuvent être fixés en fonction du niveau de revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer<sup>1733</sup>, tandis que l'article 123 de la loi SRU du 13 décembre 2000 permet, dans le cadre du service public des transports, des réductions tarifaires d'au moins 50 % pour les personnes vivant en dessous d'un certain seuil de revenus<sup>1734</sup>. Une telle mesure renforce alors l'exercice effectif de la liberté d'aller et venir, de ces personnes dans le but de faciliter leur capacité de recherche et d'exercice d'une activité professionnelle. A l'aune de ce dernier exemple, d'autres services publics industriels et commerciaux ont par ailleurs, de la même manière, été invités à prendre en considération les ressources des usagers dans le cadre de leur accès et de leur fonctionnement, et ce alors même que l'objet et les règles d'équilibre financier les gouvernant s'opposent normalement à de telles différenciations. Ainsi, de nombreux mécanismes d'aides interviennent-ils désormais en faveur des personnes démunies

---

<sup>1731</sup> V. article L-35-1 du Code de la Poste et des télécommunications. Des tarifications spéciales en faveur des plus démunis sont par ailleurs susceptibles d'être retrouvées dans le cadre du service public de l'électricité et en matière de distribution d'eau. Sur ce point, v. *supra*, Première partie, Titre Premier, Chapitre second.

<sup>1732</sup> Tels que les services culturels, sportifs, crèches, garderies, classes maternelles, etc.

<sup>1733</sup> Les travaux préparatoires de cette loi montrant l'influence des décisions jurisprudentielles de 1997 en la matière (*JO Débats Ass. Nat.* 19 mai 1998, p. 4103). Sur ce point, TOURETTE (Florence), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », *Gaz. Pal.* n° 315, 11 novembre 1999, p. 1757.

<sup>1734</sup> V. sur ces possibilités de modulations tarifaires, CE, 6 février 2004, *Association La raison du plus faible*, *Rec. Leb.* p. 27, *AJDA* 2004, p. 1096, note Rihal. Se retrouve alors l'interrogation sur les services publics « à double visage », de nature industrielle et commerciale mais dont la finalité sociale, lorsqu'ils sont amenés à moduler leurs tarifs en faveur de personnes en difficulté, les rapproche des services publics administratifs. Sur cette question, *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre second.



afin de préserver leur accès à certaines prestations essentielles telles que l'eau, l'énergie ou les télécommunications<sup>1735</sup>, indispensables à la préservation de la dignité humaine mais demeurant néanmoins payantes. Ces différences de traitement trouvent place au sein de tels services afin de garantir l'exercice des droits et libertés dépendant, directement ou indirectement, de l'accès à ces commodités, et dont la privation reste l'un des plus sûrs marqueurs d'exclusion.

D'autres mesures touchent par ailleurs les usagers, non pas directement en fonction de leur situation économique et sociale, mais de leur lieu de résidence, les deux considérations restant cependant le plus souvent extrêmement liées<sup>1736</sup>. Des politiques dérogatoires sont ainsi destinées à rééquilibrer la cohésion dans des zones éloignées ou défavorisées et le service public trouve alors à jouer en premier lieu un rôle important de par sa présence même dans ces zones. Ainsi que le rappelle expressément la loi Voynet du 25 juin 1999<sup>1737</sup>, la politique nationale d'aménagement du territoire « assure l'égalité des chances entre les citoyens en garantissant en particulier à chacun d'entre eux un égal accès au savoir et aux services publics sur l'ensemble du territoire », le soutien des territoires en difficulté supposant le respect de l'égal accès à ces services, et donc des droits et libertés qui en dépendent, notamment dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la culture, du sport, de l'information et des télécommunications, de l'énergie, des transports, de l'environnement et de l'eau<sup>1738</sup>. Mais le service public trouve par ailleurs à intervenir à travers un aménagement de ses règles de fonctionnement, et ce tout particulièrement en matière d'éducation, terreau traditionnel des initiatives en faveur de l'égalité des chances. Afin de se voir concrétisé de manière égalitaire par delà certains obstacles concrets, le droit à l'éducation connaît ainsi aujourd'hui de mises en œuvre différenciées. Une action spécifique en faveur des personnes résidant dans certains territoires se traduit notamment par la mise en place, depuis de nombreuses années, de zones d'éducation prioritaires<sup>1739</sup>, amorces d'un « processus d'école

---

<sup>1735</sup> V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre second.

<sup>1736</sup> A travers la prise en compte d'un territoire sont en effet toujours indirectement visées les personnes qui y vivent. Sur ce point, ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, 129. Cette approche fondée sur les territoires est d'ailleurs parfois l'objet de critiques, Emmanuel Aubin rappelant ainsi qu'« il serait peut-être opportun que le législateur cessât de déshumaniser le traitement social de l'exclusion en assumant pleinement la logique de dispositifs qu'il met en œuvre en faveur de certaines catégories d'individus ou groupes ethno-raciaux ». AUBIN (Emmanuel), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino Editeur, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 241 et dans le même sens, LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices », *RFDA* 1998, p. 521.

<sup>1737</sup> Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JO* 29 juin 1999, p. 9515.

<sup>1738</sup> Article 2 de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999, *préc.*

<sup>1739</sup> Initiées par la loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 qui dispose que « des aménagements particuliers et des actions de soutien sont prévus au profit des élèves qui éprouvent des difficultés », les zones d'éducation

différentielle »<sup>1740</sup>, la répartition des moyens dans le cadre du service public de l'éducation devant tenir compte « *des différences de situations objectives, notamment en matière économique et sociale* »<sup>1741</sup>, la loi du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école<sup>1742</sup> précisant que cette répartition « *a pour but de renforcer l'encadrement des élèves dans les écoles et établissements d'enseignement situés dans des zones d'environnement social défavorisé et des zones d'habitat dispersé, et de permettre de façon générale aux élèves en difficulté, quelle qu'en soit l'origine, en particulier de santé, de bénéficier d'actions de soutien individualisé* »<sup>1743</sup>. Plus récemment, une expérience de discrimination conduite dans le cadre de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris a organisé l'admission sans concours des étudiants issus de lycées situés dans ces zones d'éducation prioritaire. Soutenue par la loi du 17 juillet 2001<sup>1744</sup>, cette initiative a fait l'objet d'une saisine devant le Conseil constitutionnel, lequel n'a estimé ce principe de recrutement constitutionnel que sous réserve que ses modalités « *reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction* »<sup>1745</sup>, réserve qui a par la suite pu entraîner une censure du juge administratif au regard des conditions dans lesquelles était mise en place cette expérimentation<sup>1746</sup>. Il s'est par ailleurs ajoutée à ce dispositif dérogatoire la possibilité de moduler les droits d'inscription en fonction des revenus des parents des étudiants, cette dernière disposition rappelant la volonté d'adoption de dispositifs

---

prioritaire sont mises en place au travers des circulaires n° 81-238 du 1<sup>er</sup> juillet 1981 et n° 81-536 du 31 décembre 1981 et consacrées par la loi n° 89-486 d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989, laquelle dispose dans son article 8 que « *pour assurer l'égalité et la réussite des élèves, l'enseignement est adapté à leur diversité* ». Un certain nombre d'aménagements sont dédiés aux ZEP : augmentation des crédits pédagogiques, nombre d'élèves par classe moins élevé ou encore avantages spécifiques réservés aux personnes exerçant dans ces zones (type bonifications dans les barèmes de mutation). L'article 128 de la loi n° 2005-132 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale rappelle que les dispositifs de réussite éducative s'adressent prioritairement aux enfants situés en zone urbaine sensible ou scolarisés dans un établissement relevant de l'éducation prioritaire.

<sup>1740</sup> Conseil économique et social, avis du 10 mai 1989 sur le projet de loi d'orientation sur l'éducation.

<sup>1741</sup> Article 142 de la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, *JO* 31 juillet 1998, p. 11679.

<sup>1742</sup> Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *JO* 24 avril 2005, p. 7166. V. les alinéas 6 et 7 de l'article L. 111-1 du Code de l'Éducation.

<sup>1743</sup> Les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont remarquant à cette occasion le hiatus alors constaté entre la mise en place de ces interventions spécifiques et l'affirmation prenant place à l'alinéa 8 selon laquelle « *l'acquisition d'une culture générale et d'une qualification reconnue est assurée à tous les jeunes, quelle que soit leur origine sociale, culturelle ou géographique* ». GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 555.

<sup>1744</sup> V. article 14-1 de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, *préc.* (Article L. 612-3 Code de l'Éducation).

<sup>1745</sup> CC n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, *Rec.* p. 82, *RFDC* 2001, p. 762, note Ribes.

<sup>1746</sup> CAA Paris, 6 novembre 2003, *Union nationale interuniversitaire*, *AJDA* 2004, p. 343, note A. Legrand. Ont été en effet ici mis en cause la durée excessive de l'expérimentation et le fait que le conseil de direction de l'IEP n'avait ni clairement désigné les établissements avec lesquels pouvaient être signés des contrats de partenariat, ni précisé quels étaient les critères d'évaluation de cette expérimentation. Sur cette question, LONG (M.), « Discrimination positive et accès à Sciences-Po », *AJDA* 2004, p. 688 et TOULEMONDE (Bernard), « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 87.

globaux, actant de l'enchevêtrement entre exclusion sociale et territoriale et de l'existence de poches de pauvreté attachées à ces territoires. De nouvelles mesures différenciées devraient prochainement voir le jour sous l'impulsion du discours prononcé en faveur de l'égalité réelle par le Président de la République<sup>1747</sup>. Actant une nouvelle fois d'une meilleure prise en compte des difficultés matérielles éprouvées par certains élèves, est envisagé que les classes préparatoires aux grandes écoles comptent parmi leurs rangs, à partir de 2010, 30 % de lycéens boursiers.

Enfin, et sans qu'il y ait lieu de constater ici un desserrement du lien noué avec l'objet du service, des dispositifs législatifs récents ont confirmé le rôle moteur des services publics intervenant directement en matière sociale et renforcé l'affirmation d'une nécessaire prise en compte de la situation personnelle des usagers dans le cadre de ces services. La loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances<sup>1748</sup> édicte ainsi une série de mesures impliquant une action des services publics à large spectre, demandant par exemple au service public de l'emploi la mise en place d'interventions spécifiques en faveur des personnes de seize à vingt-cinq ans en proie à des problèmes d'insertion professionnelle, afin de les faire bénéficier d'un accompagnement personnalisé sous la forme de contrats d'insertion conclus avec l'Etat<sup>1749</sup>. Quant aux personnes handicapées, un grand nombre de services publics se retrouvent impliqués afin de concrétiser par des mesures spécifiques ce que la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances considère comme « *un droit à la compensation de son handicap, quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie* »<sup>1750</sup>.

L'ensemble de ces éléments témoigne du rôle particulier alloué au service public dans le cadre de la lutte contre les exclusions et de l'évolution sensible de son fonctionnement. Cette évolution se matérialise par le passage de la garantie d'une égalité de droit à une égalité de fait, d'une égalité *dans* le service public à une égalité *par* le service public, par le moyen de tarifications sociales ou d'aménagements spécifiques. Ces mesures sont, *in fine*, théoriquement favorables à une mise en œuvre effective, car concrètement égalitaire, des droits et libertés en dépendant. Cependant, leur portée réelle ne cesse de poser question.

---

<sup>1747</sup> Discours du Président de la République du 17 décembre 2008 à l'Ecole Polytechnique.

<sup>1748</sup> Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *préc.*

<sup>1749</sup> V. article L. 322-4-17-3 du Code du Travail.

<sup>1750</sup> Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, *préc.*

## PARAGRAPHE SECOND

### UNE LOGIQUE D'INDIVIDUALISATION SOURCE POTENTIELLE DE DERIVES

« (...) *Le pouvoir ne se reconnaît plus le droit de demeurer indifférent aux incidences concrètes de la règle qu'il pose ; c'est à partir du calcul de ces incidences qu'il légifère ou qu'il administre ; l'Homme abstrait a disparu de son horizon, les hommes, avec l'infinie diversité de leurs situations, l'occupent tout entier* »<sup>1751</sup>. Plus que jamais, aujourd'hui, les mesures juridiques spécifiques destinées à rétablir certaines inégalités matérielles s'accroissent, cherchant à confirmer le rôle phare du service public en matière de cohésion sociale. La plupart des différenciations observées en son sein tendent ainsi à intervenir plus particulièrement en faveur des personnes démunies et/ou en proie à l'exclusion, pour lesquelles l'accès au service public constitue une garantie d'accès et d'égalité dans la jouissance des droits et libertés dont elles peuvent se prévaloir.

Cependant, toute expérience a son revers, et si certains éléments positifs ressortent de cette volonté progressivement mise en oeuvre d'égalité par la différenciation, certaines interrogations demeurent quant aux effets induits d'une telle logique sur la garantie effective des droits et libertés des individus. La généralisation de la prise en compte des ressources, les actions spécifiques en faveur de certains territoires ou, plus avant encore, l'instauration de véritables discriminations positives, ont pour conséquence de réduire de plus en plus souvent le principe d'égalité à un simple principe de non-discrimination. Perdant de vue l'égalité formelle, le service public cherche, afin de mettre en oeuvre les droits et liberté dépendants de son action, à se modeler sur des données concrètes variables. Il tente ainsi de renforcer une cohésion sociale qui pourrait tout aussi bien se trouver fragilisée par ces interventions ciblées, ce qui engendrerait dès lors paradoxalement une perte de substance de la dimension égalitaire de ce procédé (A) et, sous l'angle le plus pessimiste envers son rôle de garantie des droits et libertés, la création pure et simple de nouvelles inégalités en son sein (B).

---

<sup>1751</sup> RIVERO (Jean), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'association Henri Capitant, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées du Luxembourg, Dalloz, 1965, p. 343.

## *A/ Le service public, facteur d'une dualisation de la société ?*

Ce reproche est ancien et découle de la volonté même d'établissement d'une égalité de fait par la mise en place de règles spécifiques. En effet, délaissier la généralité de la règle pour des raisons d'équité paraît susceptible de renforcer un sentiment d'altérité d'autant plus facilement ressenti par les différentes catégories d'usagers formées sur cette base qu'il apparaît formalisé juridiquement. Plane alors toujours une menace de parcellisation de la société et de la garantie offerte à l'exercice effectif des droits et libertés (1) dont le service public, défenseur d'un intérêt général fragmenté recentré sur certains publics en difficulté, se ferait le complice (2).

### *1) De la différenciation à la stigmatisation face à l'exercice effectif des droits et libertés*

Etablir des catégories entre usagers n'est pas chose légère. « *Etymologiquement, discriminer signifie séparer. C'est le fait d'opérer une distinction entre deux objets (...) Or, en séparant, il y a toujours le risque de mettre à part* »<sup>1752</sup>. Ainsi, il convient logiquement d'user de l'équité avec une certaine prudence car elle paraît susceptible de remettre en cause des équilibres sociaux. Et ce risque est d'autant plus difficile à cerner que la recherche de l'égalité de fait est entreprise dans le cadre du service public au nom de la cohésion sociale, et que c'est pourtant au nom même de cette cohésion sociale qu'il convient d'en limiter les effets.

La différenciation établie profite à une catégorie d'individus mais exclut les autres de son bénéfice. La discrimination se comprend en cela comme un concept « *double face* », « *positive pour celui qui en bénéficie et négative pour celui qu'elle exclut* »<sup>1753</sup>, qui peut dès lors faire naître un sentiment d'injustice chez ceux ne connaissant pas de la règle distincte. Une telle impression est amplifiée par le fait que la parcellisation des catégories est le plus souvent opérée en faveur de personnes défavorisées, menacées d'exclusion et dès lors facilement identifiées comme bénéficiaires systématiques de mesures différentielles favorables. Cette distinction peut amener les catégories ne bénéficiant pas de tels avantages « *à penser qu'au grand jeu de l'équité, il y a des gagnants et des perdants* ». Ainsi, les classes moyennes, « *lesquelles ne bénéficient pas des discriminations positives mais ont à payer leur*

---

<sup>1752</sup> TOURETTE (Florence), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », *Gaz. Pal.* n° 315, 11 novembre 1999, p. 1758.

<sup>1753</sup> LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices ? », *RFDA* 1998, p. 520.

coût, via par exemple les modulations tarifaires de certains services publics ou l'extension des prestations sous conditions de ressources (...) »<sup>1754</sup>, ont particulièrement tendance à se placer dans le second camp. Plus encore, lorsque sont mises en place de véritables discriminations positives cherchant non plus la simple égalité des chances mais une véritable égalité de résultat, sont alors mises dos à dos des catégories d'individus établies sur la base de critères normalement prohibés et pouvant paraître profondément inégalitaires à ceux au détriment de qui ils s'exercent. Les personnes ne bénéficiant pas de mesures d'accès facilité aux services publics pourront ainsi avoir de plus en plus souvent l'impression que les droits et libertés de certains<sup>1755</sup> sont mieux protégés, car plus facilement concrétisés.

En retour, l'instauration de règles particulières peut également se révéler préjudiciable à ceux qui en bénéficient, en premier lieu de par le simple fait que prévoir des règles spécifiques en faveur des personnes démunies risque de les enfermer dans cette position. C'est là un des dangers principaux de la discrimination que de distinguer et dès lors « étiqueter » les individus en fonction de leur statut économique et social, car s'y dissimule toujours une potentialité de stigmatisation, ressentie par les populations défavorisées. Il est ainsi révélateur que ces dernières « déclarent préférer le services publics généralistes ouverts à toutes les catégories, comme les bureaux de poste, aux services spécifiquement sociaux »<sup>1756</sup>. Dans ce cadre, il ne faut pas minimiser la gêne que peut occasionner la nécessité de faire état de la faiblesse de ses revenus afin de bénéficier d'une modulation tarifaire<sup>1757</sup>. Toutefois, la stigmatisation inhérente à la pauvreté existe en amont de ces mesures spécifiques et serait encore plus durement éprouvée si rien n'était entrepris à l'encontre des situations de dénuement matériel. Mais il reste qu'« une population qui reçoit une prestation sous condition de ressources est une population fragile. Pour espérer toucher une prestation versée sous condition de ressources, il faut d'abord montrer qu'on est un perdant au grand jeu de la répartition de la richesse »<sup>1758</sup>. Quant aux expériences de discrimination positives,

---

<sup>1754</sup> BORGETTO (Michel), « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social* 1999, p. 228.

<sup>1755</sup> Tels la protection de la santé, le droit d'accès à l'instruction, à la culture, aux loisirs, la liberté d'aller et venir, de communication, etc.

<sup>1756</sup> JEANNOT (Gilles), *Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 122, cet auteur se fonde ici sur une enquête réalisée à Strasbourg et citée dans *Les services publics et les personnes défavorisées*, La Documentation française, 1993.

<sup>1757</sup> V. TOURETTE (Florence), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », *Gaz. Pal.* n° 315, 11 novembre 1999, p. 1759. Bruno Lasserre, dans ses conclusions sous l'arrêt « Ville de Tarbes », note ainsi « l'irritation que certains peuvent ressentir devant l'obligation de se présenter à l'entrée des services publics avec leur feuille d'impôt » (RFDA 1985, p. 710).

<sup>1758</sup> VOLOVITCH (Pierre), « Faut-il cibler la protection sociale sur "ceux qui en ont réellement besoin" ? », *Droit social* 1995, p. 741.

elles réservent également un autre risque pour les personnes qui en bénéficient, se révélant en effet susceptibles de jeter un doute sur leur réelle capacité à occuper les emplois ou les fonctions pouvant leur être réservés, au motif que si cette capacité était suffisante, il n'y aurait pas eu besoin d'actions spécifiques leur permettant d'y accéder<sup>1759</sup>.

En définitive, le principal danger d'une mise en œuvre équitable du principe d'égalité réside dans les risques de tension sociale que sous-tend une telle approche. En effet, la généralité de la règle, par son indifférence envers les données concrètes, aplanit, ne serait-ce que de manière formelle, les distinctions observées, quand l'équité invite au contraire à en prendre acte, au risque alors de les exacerber. De nombreux auteurs soulignent d'ailleurs ce problème et plaident pour une utilisation raisonnée de la notion d'équité en ce qu'elle s'avère susceptible de favoriser une dualisation de la société en fonction des revenus<sup>1760</sup> et, plus largement, un véritable mouvement de communautarisation<sup>1761</sup> conduisant « à modifier la conception des droits de l'homme au profit de droits des groupes »<sup>1762</sup>. S'y décèle une menace pour la cohésion sociale, voire pour l'unicité républicaine qui, si elle ne semble pas, au premier abord, heurter directement les droits et libertés des individus, joue néanmoins sur eux et influe négativement sur le service public et le rôle de garantie dont il est censé être investi.

## 2) *Un risque de perte de substance du service public en tant que garant des droits et libertés de l'ensemble de la population*

Le recentrage des services publics sur certaines catégories d'usagers se répercute sur les fondements mêmes du procédé. Sous l'influence de l'équité, ce dernier est appelé à défendre en effet des intérêts de plus en plus fragmentés, parcellisés en fonction de demandes concrètes diverses. Ce faisant, peut être crainte une perte de substance de l'intérêt général, lequel est normalement appelé à dépasser les intérêts particuliers, et non à défendre les aspirations

---

<sup>1759</sup> Sur ce danger, v. notamment PAULIAT (Hélène), Rapport français, in *Travaux de l'Association Henri Capitant, La discrimination*, Journées franco-belges, Tome LI/2001, Société de législation comparée, 2004, p. 864.

<sup>1760</sup> En ce sens, v. notamment BORGETTO (Michel), « Egalité, solidarité ... équité ? », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 277 et LAFORE (Robert), « Services publics sociaux et cohésion sociale », in S. Decreton (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 389.

<sup>1761</sup> VIOLA (André), « “La loi doit être la même pour tous” : vers la fin d'un principe républicain ? », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Tome 2, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, p. 614 et s.

<sup>1762</sup> PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 865.

attachées à certains groupes ou communautés<sup>1763</sup>. Par son action, le service public ne fait alors plus écho au caractère transcendant dont sont empreints par principe les droits et libertés qu'il doit s'employer à garantir, caractère qui plaide en pratique pour une différenciation raisonnée et limitée entre individus quant aux modalités de garantie de ces droits.

En effet, identifier des groupes et leur réserver un traitement différentiel peut se révéler lourd de conséquences, car « *octroyer la satisfaction d'un statut particulier à un groupe, c'est en fabriquer mille. Loin d'intégrer, la discrimination positive fait éclater la société* »<sup>1764</sup>. Appelé jusque là à « *transcender les égoïsmes individuels dans un idéal collectif* »<sup>1765</sup>, le service public est invité à descendre de sa hauteur afin d'embrasser les réalités sociales, objectif louable et nécessaire, mais qui ne doit pas amener ce procédé à prévoir des aménagements spécifiques à l'égard de toute revendication, au risque de se retrouver alors le jouet de groupes de pression. Certes, il peut toujours être avancé que l'objectif de cohésion sociale appelle ces actions particulières et que c'est donc sous l'égide d'une mission dont le caractère d'intérêt général ne fait aucun doute que ces dernières s'organisent. Mais, ainsi que le remarque Diane Roman, « *le caractère ambivalent de l'argument est remarquable et joue une fonction rhétorique centrale* »<sup>1766</sup>, en ce sens que c'est au nom de la cohésion sociale que s'ordonnent à la fois les argumentations favorables et défavorables à la mise en place de mesures différentielles ou de discriminations positives. L'invocation d'une telle visée, si elle paraît parfois justifiée, ne doit cependant pas cautionner une logique de différenciation dont les conséquences finales heurtent, par définition, cet objectif même, et plus avant, la logique de solidarité inhérente au procédé de service public. Ainsi, notamment, la réaffirmation sans cesse plus insistante du rôle primordial des services publics en faveur des personnes défavorisées, si elle est compréhensible, ne doit pas transformer ces personnes en public privilégié, voire prioritaire du service. S'il a été fait état des conséquences positives des modulations tarifaires établies, il convient dans le même temps de pointer les effets indésirables potentiellement attachés à cette pratique. La volonté d'établir des discriminations tarifaires en fonction des ressources des usagers est normalement bornée par un impératif, rappelé par la loi du 29 juillet 1998 : le tarif le plus élevé ne doit pas dépasser le coût par usager de la prestation concernée. Toutefois, Martine Long remarque que la marge alors

---

<sup>1763</sup> En ce sens, PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 868.

<sup>1764</sup> SLAMA (Alain-Gérard), « Contre la discrimination positive », *Pouvoirs* n° 111, 2004, p. 136.

<sup>1765</sup> WARIN (Philippe), « Les services publics : modernisation, découverte de l'utilisateur et conversion libérale », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur de la réforme*, La Découverte, 1997, p. 97.

<sup>1766</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 134.



instaurée entre le tarif le plus bas et le tarif le plus haut est souvent très importante, ce qui implique qu'une personne aux revenus modestes accédera au service sur la base d'un tarif symbolique tandis que celle aux ressources plus élevées devra acquitter un prix se rapprochant du coût de revient réel du service<sup>1767</sup>. En cela, les usagers aux revenus moyens ou élevés peuvent être amenés à considérer le tarif qui leur est appliqué comme dissuasif et tentés de se tourner vers le secteur privé, « dans la mesure où la différence de prix n'est pas prohibitive pour une qualité de service qui peut parfois être perçue comme meilleure »<sup>1768</sup>. Dans une telle hypothèse, le service public faillit alors à sa mission de cohésion et, partant, de garantie des droits et libertés de tous, au sens où il doit normalement s'adresser à l'ensemble de la société. La promotion de l'équité n'est du reste peut-être pas toujours dénuée de calcul et la volonté d'instauration de mesures ponctuelles, extrêmement visibles, en direction de certains publics en difficulté totalement désintéressée et seulement centrée sur une meilleure protection de leurs droits. La concentration des moyens en faveur des personnes les plus démunies est, en effet, également pour une part susceptible de faire écho à la volonté libérale de réduction des dépenses publiques, en renvoyant vers le marché ceux qui le peuvent et en limitant ainsi l'intervention à une frange réduite de la population<sup>1769</sup>. Pourtant, dès l'arrêt « *Ville de Nanterre* », en 1964<sup>1770</sup>, le juge administratif rappelle que l'accès à un service public ne doit pas être interdit à un habitant de la commune pour le seul motif que ses revenus lui permettent de recourir aux soins de praticiens privés. En cela, apparaît clairement la nécessité de préserver au sein du service public la vision du guiste d'une mixité sociale révélatrice des liens de solidarité irriguant la société. Chaque homme bénéficie des mêmes droits et doit pouvoir user des mêmes moyens pour en jouir concrètement. A défaut, le service public ne joue plus son rôle intégrateur, formalisant au contraire une société à deux vitesses où il n'est appelé à intervenir que dans un cadre compassionnel. Généraliser la tarification et la gratuité sous condition de ressources revient ainsi à cantonner son action à la seule « *gestion des situations d'extrême pauvreté* »<sup>1771</sup> au risque de faire perdre de vue la dimension solidaire, « *la réciprocité équilibrée* »<sup>1772</sup>, reflet de l'égalité des individus au regard des droits et libertés.

---

<sup>1767</sup> LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J, 2001, p. 127.

<sup>1768</sup> LONG (Martine), *Ibid.* Dans le même sens, BORGETTO (Michel), « Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social* 1999, p. 226.

<sup>1769</sup> WARIN (Philippe), « Usagers et réformes du service public », in *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur de la réforme*, La Découverte, 1997, p. 27. Cette vision rejoint en partie celle de Geneviève Koubi, laquelle estime que les modulations tarifaires en direction des plus démunis cherche en réalité à masquer « les effets dévastateurs des politiques économiques sur la texture du lien social ». KOUBI (Geneviève), « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français », *JCP A* 2003, n° 24, p. 772.

<sup>1770</sup> CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, préc.

<sup>1771</sup> KOUBI (Geneviève), « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français », *JCP A*, 2003, p. 772.

<sup>1772</sup> KOUBI (Geneviève), *Ibid.*

S'adressant aux personnes aux revenus les plus modestes mais délaissant les usagers ayant les moyens de se retourner vers l'offre privée, il cesse d'être vecteur d'égalité et voit s'affaiblir, par ricochet, son statut de défenseur des droits et libertés et la légitimité qu'il en retire. Sous l'égide de l'équité, le service public, dès lors « *et contrairement à la formulation de pacte républicain, tend à affirmer un "inégal droit à la solidarité"* »<sup>1773</sup>.

Face à ce danger, certes brossé sans nuances, mais révélateur des interrogations entourant aujourd'hui l'action des services publics en faveur de l'égalité, la nécessité de préserver la dimension universelle du service public doit être réaffirmée et, avec elle, le caractère bénéfique d'une action en faveur de l'ensemble des usagers. Du reste, outre qu'elle réaffirme avec force le caractère transcendant du service public, une intervention indifférenciée se révèle parfois susceptible de satisfaire l'égalité de fait mieux que ne le ferait une action modulée en fonction de considérations concrètes. La péréquation tarifaire pratiquée dans le cadre de certains services publics assure ainsi la mise en place de tarifs uniformes sur l'ensemble du territoire national, là où l'égalité par la différenciation aurait pu conduire, par exemple, à instaurer une politique du prix différenciée entre petits et gros consommateurs ou à faire peser plus lourdement le service sur les usagers isolés géographiquement, au risque de rendre plus difficile leur accès à certaines prestations pourtant essentielles. L'égalité formelle n'est donc pas toujours synonyme d'une inégalité réelle. Et en sens inverse, la conception équitable de l'égalité, au-delà des effets négatifs qu'elle est susceptible d'emporter en matière de cohésion sociale, peut parfois entraîner la création de nouvelles inégalités.

### ***B/ Le service public, catalyseur de nouvelles inégalités ?***

C'est là un des nombreux paradoxes de l'équité que d'être susceptible d'aboutir parfois, sous le couvert de la lutte contre l'exclusion, à la création de nouvelles inégalités. L'une des explications principales attachée à ce phénomène doit être trouvée dans la logique même guidant le principe d'équité tel que théorisé par John Rawls<sup>1774</sup>, lequel n'a pas pour but de lutter contre l'ensemble des inégalités mais seulement contre celles estimées inefficaces et contraires à la cohésion sociale. D'emblée, l'objectif apparaît bien en-deçà de celui poursuivi dans le cadre d'une politique traditionnelle de réduction globale des inégalités. Certes, cette dernière ne s'est pas toujours révélée fructueuse, mais reste attachée à une vision d'ensemble

---

<sup>1773</sup> ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J., 2002, p. 127.

<sup>1774</sup> V. *supra*.

que l'acceptation équitable de l'égalité a décidé d'abandonner, les plus optimistes faisant de ce choix une preuve de pragmatisme, quand d'autres n'y voient que la marque d'un découragement<sup>1775</sup>, voire d'un calcul économique.

Or, prônant une différenciation juridique en fonction des situations particulières des individus, les doutes alimentant le débat théorique autour du bien-fondé de la notion d'équité se retrouvent par la suite au sujet de sa mise en œuvre, lorsque sont constatés non seulement certains risques de division sociale mais également, plus avant, l'émergence de nouvelles inégalités dont le service public serait la matrice. Au-delà du seul sentiment d'injustice pouvant naître des applications pratiques d'une égalité différentielle, des risques de rupture d'égalité et, partant, une remise en cause des droits et libertés intrinsèquement attachés à cette exigence, peuvent être craints, de par, notamment, les difficultés pratiques de ciblage des prestations en fonction des ressources (1) et du recul constaté de la condition liée « *aux mérites, vertus et talents* » (2).

1) *Un risque de développement des inégalités découlant du phénomène des effets de seuil*

« (...) Lorsque la norme a retenu un seuil chiffré, l'administration se trouve dans une hypothèse de compétence liée, ce qui offre des garanties contre les risques d'arbitraire ou de subjectivité de la décision. Des problèmes se posent, cependant. Le premier est celui de l'intérêt de multiplier les données chiffrées, lesquelles sont évidemment réductrices. La précision a son revers : la radicalité ; et nul n'ignore que les situations saisies par le droit sont le plus souvent fuyantes, diversifiées, malléables, à l'image de l'homme et des sociétés »<sup>1776</sup>. Or il est difficile de trouver diversité plus grande que celle qui touche aux revenus dont disposent les individus. L'écueil inhérent à la mise en place de barèmes commandant les tarifs d'accès et de fonctionnement d'un service public relève du problème classique des effets de seuil : sur la base d'une frontière fixée abstraitement, des usagers se trouvant dans des situations financières quasi similaires mais cependant situés de part et d'autre du plafond retenu vont connaître d'un traitement différent. Se révèle ainsi la difficulté d'une prise en compte de différences de situations basées sur les ressources<sup>1777</sup>, différences qui, envisagées

---

<sup>1775</sup> SLAMA (Alain-Gérard), « Contre la discrimination positive », *Pouvoirs* n° 111, 2004, p. 137.

<sup>1776</sup> MORAND-DEVILLER (Jacqueline), « La notion de seuil en droit administratif », *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 308.

<sup>1777</sup> Sans évoquer ici plus avant un autre problème d'ordre pratique, à savoir la détermination des ressources à prendre en compte. Seront ainsi utilisées le plus souvent les feuilles d'imposition, certaines législations, comme

en fonction de tels barèmes, ne peuvent être considérées comme appréciables lorsqu'elles se situent à la marge de ces derniers. Un infléchissement de l'égalité intervient alors en ce que ce principe implique normalement que des situations semblables reçoivent un traitement identique. Cette critique est apparue très clairement dans le cadre de l'instauration d'une couverture maladie universelle par la loi du 27 juillet 1999<sup>1778</sup>, laquelle avait instauré un seuil « couperet » de ressources au dessus duquel il n'était pas possible de prétendre à une protection complémentaire gratuite. Étaient alors rejetées du bénéfice d'une telle mesure – et du droit à la protection de la santé en résultant, des personnes dont les revenus ne permettaient pourtant pas de cotiser à ce type d'organisme. Saisi sur ce point, le Conseil constitutionnel n'a cependant pas invalidé l'instauration de ce seuil au regard du principe d'égalité, et ce alors même que la question se posait de manière légitime<sup>1779</sup>. En effet, la différence de traitement entre les personnes se situant de part et d'autre de ce seuil ne pouvait se justifier par une différence de situation ou par une raison d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi, cette dernière poursuivant l'objectif d'un accès généralisé aux soins pour l'ensemble de la population<sup>1780</sup> précisément mis en échec par l'exclusion des individus dépassant de peu le plafond requis. Respectant ici le choix politique opéré par le législateur, lequel avait préféré le mécanisme du seuil à celui d'un « lissage » des conditions de ressources<sup>1781</sup>, la position du juge constitutionnel n'a pas manqué d'attirer sur elle la réprobation des commentateurs<sup>1782</sup>, le constat d'un effet de seuil trop important et la mise en place de nouvelles mesures<sup>1783</sup> ayant par la suite confirmé la justesse de ces critiques.

L'exemple est ici topique : une mesure spécifique destinée aux plus démunis intervient, nécessitant la prise en compte de leurs ressources et se heurtant dans le même temps au problème inhérent à ce type de critère. Or cet écueil ne peut que se retrouver dans l'hypothèse

---

la loi SRU du 13 décembre 2000, plaidant cependant pour une prise en compte de la totalité des revenus de l'usager et non de son seul niveau d'imposition.

<sup>1778</sup> Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, *préc.*

<sup>1779</sup> CC n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec.* p. 100.

<sup>1780</sup> En ce sens, BORGETTO (Michel), « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », *Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J., 2007, p. 244.

<sup>1781</sup> Certains sénateurs avaient ainsi proposé une solution plus coûteuse mais plus conforme à l'égalité, consistant à la mise en place d'une allocation personnalisée dégressive, au montant d'autant plus élevé que le niveau de ressources de l'individu se serait rapproché du seuil couperet et d'autant plus basse que ce niveau se serait rapproché de celui du SMIC. V. C. DESCOURS, Rapport, *JO Sénat, Doc. Parl.*, n° 376, p. 103 et s. et sur l'ensemble de la question, BORGETTO (Michel), *Ibid.*

<sup>1782</sup> BORGETTO (Michel), *op. cit.*, p. 243 et s. V. également LEVY (Catherine), MONY (Patrick) et VOLOVITCH (Pierre), « La CMU : ce qui doit changer », *Droit social* 2000, p. 59.

<sup>1783</sup> La dernière en date consistant ainsi dans l'instauration d'un « crédit d'impôt », initié par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à la réforme de l'assurance maladie et permettant d'aider les personnes dépassant le plafond de ressources de 15% au plus à financer une mutuelle complémentaire. V. BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 593.

d'une généralisation du ciblage des prestations. Un tel mouvement a déjà été observé en matière de prestations sociales, une grande part d'entre elles étant désormais sous condition de ressources<sup>1784</sup> même si le gouvernement est aujourd'hui revenu sur cette solution en ce qui concerne le versement des allocations familiales<sup>1785</sup> et que les plafonds institués restent dans l'ensemble élevés, privilégiant une attribution assez large. En outre, l'influence de l'équité ne se cantonne plus au seul domaine social : c'est aujourd'hui, comme il a été vu, l'ensemble des services publics administratifs facultatifs et de plus en plus de services publics à vocation industrielle et commerciale qui voient leurs tarifs modulés en fonction des ressources des usagers, au risque de reproduire ainsi les conséquences inégalitaires attachées aux effets de seuil. Face à cette évolution, il faut alors souhaiter qu'un esprit de modération entoure la fixation de ces barèmes et que soit, en toute hypothèse, assuré sur ce point un contrôle même minimum du juge administratif, « *ne serait-ce que pour sanctionner, par exemple, certaines modulations tarifaires quelque peu brutales car ne comportant qu'un nombre très restreint de tranches par hypothèse extrêmement progressives* »<sup>1786</sup>. La mise en place d'un examen de la proportionnalité des différences de traitement<sup>1787</sup> prend ici tout son sens. Il semble en effet que ce soit là le seul moyen permettant d'adoucir les conséquences néfastes attachées à la prise en compte des ressources de l'utilisateur, lesquelles, au-delà de leur caractère presque inévitable<sup>1788</sup>, paraissent être le « prix à payer » afin que soit instaurée une tarification sociale favorisant l'accès du plus grand nombre à la prestation considérée. S'établit ainsi un compromis face à ce risque potentiel, lequel apparaît dès lors moins menaçant que celui sous-tendu d'autre part par l'instauration de certaines mesures spécifiques touchant cette fois au critère démocratique du mérite.

---

<sup>1784</sup> Cela rentre dans la logique de l'aide sociale, la condition de ressources se justifiant par le caractère normalement temporaire et subsidiaire d'une telle intervention.

<sup>1785</sup> Dans une volonté de réorientation des prestations sociales vers les personnes les plus modestes, les allocations familiales, lesquelles représentent près de 40% de cette branche de l'aide sociale, ont été placées sous condition de ressources pendant un an, du 1<sup>er</sup> mars 1998 au 1<sup>er</sup> janvier 1999, cette disposition ayant très rapidement été abandonnée. Sur ce point, BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *op. cit.*, p. 276.

<sup>1786</sup> BORGETTO (Michel), note sous CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, RDP 1998, p. 919.

<sup>1787</sup> V. *supra*.

<sup>1788</sup> Michel Borgetto pouvait ainsi remarquer dans sa note précitée que les effets de seuil ne sont pas liés aux seules modulations tarifaires et que les systèmes de bourses et d'allocations personnalisées mis en place auparavant comportaient le même inconvénient (v. note sous *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, RDP 1998, p. 919).

2) *Un risque de développement des inégalités par une remise en cause progressive de la condition liée au mérite*

L'affirmation de l'égalité juridique entre les hommes au moment de la Révolution n'a jamais entendu dans le même temps nier les différences de mérite et de compétences entre ces derniers. Rousseau le rappelle : « *je conçois dans l'espèce humaine deux sortes d'inégalités, l'une que j'appelle naturelle et physique, parce qu'elle est établie par la nature et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du corps et des qualités de l'esprit ou de l'âme ; l'autre qu'on peut appeler inégalité morale, ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie, ou du moins autorisée par le consentement des hommes. Celle-ci consiste dans les différents privilèges dont quelques uns jouissent au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus puissants qu'eux, ou du moins de s'en faire obéir* »<sup>1789</sup>. C'est envers cette dernière inégalité que les hommes de 1789 entendent lutter en abolissant les privilèges, charges et positions réservées et en instaurant sur leurs ruines les fondations d'une nouvelle égalité, basées cette fois sur le principe selon lequel les citoyens « *sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* »<sup>1790</sup>. Dans cette nouvelle perspective, ainsi que le rappelle Yves Poirmeur, « *l'acquisition remplace l'attribution sur une base méritocratique* », « *l'égalité formelle d'accès aux droits et aux emplois publics [rencontrant] ses limites réelles dans les talents et les aptitudes qui ne s'équivalent pas* »<sup>1791</sup>. L'appréciation, l'évaluation des mérites et compétences ne sont pas considérées comme conduisant à l'adoption de traitements inégalitaires mais, au contraire, comme des mesures objectives et pertinentes de l'égalité<sup>1792</sup>, se substituant « *à des inégalités sociales irrationnelles et injustes* »<sup>1793</sup>. Cependant, il importe, *a minima*, de mettre en place les conditions concrètes permettant à chacun, dans la mesure de ses capacités, de développer ses compétences. Sous peine, sinon, de rester l'apanage de quelques uns, la conception « méritocratique » de l'égalité doit ainsi s'insérer dans une politique générale d'égalité des

---

<sup>1789</sup> ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes*, GF-Flammarion, 1992, p. 167.

<sup>1790</sup> Article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

<sup>1791</sup> POIRMEUR (Yves), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, p. 95-96.

<sup>1792</sup> Georges Vedel rappelant ainsi qu'« *il n'y a pas de véritable égalité si l'on ne tient pas compte précisément de ce que certains méritent plus que d'autres, par leurs capacités, leurs talents et leurs vertus* ». VEDEL (Georges), « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 178.

<sup>1793</sup> VEDEL (Georges), *Ibid.*

chances permettant à tous d'accéder à l'instruction, condition *sine qua non* de la réalisation de la mobilité sociale. En cela, le droit à l'éducation, droit-créance fondamental consacré par le Préambule de 1946 et mis en œuvre à travers le service public de l'enseignement doit permettre à chacun d'acquérir les connaissances nécessaires à la révélation et à l'épanouissement de ses mérites, vertus et talents. Le principe est bien ici de tenter de mettre les individus sur la même ligne de départ, quitte ensuite à ce que, en fonction des aptitudes de chacun, tous n'arrivent pas forcément au même point.

Bien sûr, cette vision n'échappe pas à un certain schématisme, en premier lieu parce que, ainsi que l'ont clairement rappelé certains auteurs, dont notamment Pierre Bourdieu<sup>1794</sup>, il est quelque peu illusoire de considérer les individus comme placés, grâce au pouvoir égalisateur de l'école, dans une situation aux potentialités identiques dont la réalisation ne dépend que de leur seul mérite. La sociologie rappelle en effet l'influence parfois déterminante de l'origine sociale. « *Il y a des héritiers de la culture comme il y a des héritiers de la fortune, et ce sont souvent les mêmes dans les deux cas* »<sup>1795</sup>. L'interaction du milieu social des élèves n'est d'ailleurs pas ignorée par le système éducatif, lequel tente justement de compenser ce facteur persistant d'inégalité à travers la mise de place de bourses sur critères sociaux ou, plus largement, par la concentration de moyens éducatifs plus importants en direction de zones identifiées en tant que zones d'éducation prioritaire<sup>1796</sup>. Des interventions correctrices existent donc d'ores et déjà afin de compenser les limites d'une école ne pouvant à elle seule effacer toute disparité dans « la transmission de l'héritage culturel ». Cependant, le système égalitaire basé sur la méritocratie a montré ses faiblesses et n'emporte plus aujourd'hui une adhésion aussi large que celle qu'il pouvait récolter autrefois. Certaines mesures se proposent ainsi de délaisser l'idée selon laquelle les individus pourraient être placés sur la même ligne de départ, et d'instaurer en lieu et place des discriminations ayant pour but, cette fois, d'assurer leur course finale vers la ligne d'arrivée. Une telle volonté est ainsi particulièrement remarquée à travers l'observation d'un phénomène restant encore pour l'heure limité, mais aux implications importantes, à savoir le recul du concours. Parfois accusé de reconvertir le privilège en mérite, ce mode de sélection cède en effet la place à des dispositifs dérogatoires, instaurés dans le cadre de services publics et dont le caractère égalitaire pose question.

---

<sup>1794</sup> V. notamment BOURDIEU (Pierre) et P

ASSERON (Jean-Claude), *Les héritiers. Les étudiants et la*

*culture*, Ed. de Minuit, 1964.

<sup>1795</sup> VEDEL (Georges), *Ibid.*

<sup>1796</sup> V. *supra*, Section seconde, Paragraphe premier, B/, 2).

Au regard des usagers, un tel mécanisme s'est ainsi fort logiquement retrouvé au sein du service public de l'enseignement, et notamment à travers la question de l'accès à l'IEP de Paris. Selon un mécanisme d'expérimentation déjà évoqué<sup>1797</sup>, a été ouverte la possibilité que des élèves provenant de zones d'éducation prioritaires puissent accéder à cette école par la voie d'un processus spécifique, sans passer le concours d'entrée traditionnel. Or une telle discrimination pose question au regard du principe d'égal accès au service public de l'enseignement. En premier lieu, bien sûr, de par cette possibilité de recrutement diversifié : la majorité des étudiants devront satisfaire à l'examen d'entrée tandis que cette condition ne sera pas exigée d'autres individus. Certes, le Conseil constitutionnel a admis une telle différenciation de traitement dès lors qu'elle repose sur des critères objectifs respectant l'égal accès à l'instruction<sup>1798</sup>, renouant en cela avec une position déjà exprimée antérieurement en matière de recrutement dans la fonction publique<sup>1799</sup>. Par ailleurs, le mérite n'est pas une donnée absente de l'équation : les étudiants bénéficiaires des conventions d'éducation prioritaires instaurées doivent satisfaire, pour entrer à Sciences-Po, à un certain nombre d'épreuves destinées à évaluer leur niveau, leur motivation et leur capacité à intégrer cette école<sup>1800</sup>. Cependant, cette disparité dans les modalités d'admission n'emporte pas que des effets positifs. Le but est ici, clairement, le renforcement de la mixité sociale et la lutte contre un déterminisme poussant certains élèves à s'autocensurer et à renoncer à des cursus qu'ils sont pourtant capables d'entreprendre. Mais une telle politique a ses revers : elle jette le doute sur la réelle capacité de ces élèves à suivre la voie d'admission classique et plus avant, semble prendre acte de l'échec du système scolaire avec une intensité peut-être exagérée<sup>1801</sup>. Surtout, si le principe d'égalité peut s'accommoder, selon le Conseil constitutionnel, de telles différenciations, il n'en demeure pas moins atteint par la sélectivité de la mesure en cause. En effet, le principal reproche adressé à cette disposition réside dans le fait qu'elle ne concerne que certains établissements placés en zone d'éducation prioritaire<sup>1802</sup>, alors même qu'il est

---

<sup>1797</sup> V. *supra*

<sup>1798</sup> CC n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, préc.*

<sup>1799</sup> V. CC n° 82-153 DC, 14 janvier 1983, *Troisième voie d'accès à l'ENA, préc.* Dans cette décision, le juge constitutionnel admet que « si le principe de l'égal accès aux emplois publics [...] impose que, dans les nominations des fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public ». Pour une position dans le même sens du juge administratif, CE, Ass., 12 décembre 2003, *Billiemaz, Rec. Leb. p. 504, JCP A 2004, p. 1071*, note D. Jean-Pierre.

<sup>1800</sup> Les élèves intéressés par cette voie d'accès doivent en effet notamment passer une épreuve d'admissibilité dans leur lycée d'origine, obtenir le baccalauréat dès le premier groupe d'épreuves et satisfaire à un oral d'admission à l'IEP de Paris.

<sup>1801</sup> En ce sens, LONG (Martine), « Discriminations positives et accès à Sciences-Po Paris », *AJDA* 2004, p. 692.

<sup>1802</sup> En 2007, 56 lycées sur les 160 placés en zone d'éducation prioritaire ont signé ces conventions.



difficile de concevoir une différence de situation entre ces établissements conventionnés et les autres établissements situés en ZEP. Une fois encore, des situations semblables sont traitées de manière différente, révélant le risque de création de nouvelles inégalités à travers les mécanismes de discriminations positives.

Une telle menace est encore plus palpable lorsqu'est constaté le recul du procédé de concours en faveur de certains candidats désirant accéder à la fonction publique. Certes, il existe depuis très longtemps des possibilités de recrutement sans concours, au travers, par exemple, du cas des emplois réservés ou des nominations au tour extérieur. Cependant, ces hypothèses restent relativement isolées, quand certaines mesures tendent aujourd'hui non seulement à développer ces modes alternatifs de recrutement, mais également à minimiser dans le même temps l'importance du mérite dans le processus de sélection. Il s'agit, notamment, du cas particulier des contrats de PACTE, dont l'impact potentiellement attentatoire au principe d'égalité doit être mis en avant. Selon une méthode proche des contrats spécifiques permettant parfois le recrutement sans concours des personnes handicapées, ces contrats prônent un pré-recrutement suivi d'une titularisation dans des postes de catégorie C au bénéfice d'une population cible particulière, à savoir les jeunes de 16 à 25 ans sortis du système scolaire sans diplôme ou qualification professionnelle. Plusieurs arguments louables militent en faveur de cette initiative, et notamment des considérations liées au brassage social. Le PACTE a ainsi pour vocation de « *rendre la fonction publique plus représentative de la société qu'elle sert* », « *remettre en marche l'ascenseur social* » et « *faire jouer un rôle plus actif à la fonction publique en matière de lutte contre les discriminations et l'exclusion* »<sup>1803</sup>. Par ailleurs, cette volonté de diversification du recrutement poursuit un objectif de limitation du phénomène de surqualification observé dans la fonction publique, lequel restreint d'autant la possibilité des personnes peu diplômées de prétendre aux postes se rattachant pourtant à leur niveau de qualification. Mais, de manière voilée, cette critique en cache également certainement une autre : le concours serait « *fondé sur un niveau de diplômes et sur des épreuves souvent trop théoriques* »<sup>1804</sup> et serait « *devenu un simple mode de reproduction sociale* », accusé de « *reposer sur une logique trop scolaire et de ne plus permettre l'accès des plus modestes à la fonction publique* »<sup>1805</sup>. Certes, il est permis d'être sensible à ces arguments, d'autant que, comme le rappellent certains auteurs, « *de nombreux emplois publics nécessitent une*

---

<sup>1803</sup> JEAN-PIERRE (Didier), « Les contrats de PACTE dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A* 2005, n° 39, p. 1455.

<sup>1804</sup> Propos de Renaud Dutreil, cités par JEAN-PIERRE (Didier), *Ibid.*

<sup>1805</sup> MELLERAY (Fabrice), « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, p. 199.

*qualification professionnelle adaptée, et non un parcours scolaire brillant sanctionné par une réussite à un concours (...)* »<sup>1806</sup>. Toutefois, en contournant cet obstacle et en ne faisant, dès lors, aucune référence aux vertus et aux talents normalement réclamés dans le cadre de l'égal accès aux emplois publics, un danger existe de discriminations à rebours à l'encontre des candidats diplômés. Ces derniers devront en effet se soumettre à l'épreuve du concours, selon une procédure dès lors plus difficile que celle réservée à ceux n'ayant pas de diplômes, sans qu'il soit ici loisible de déceler de différences objectives de situations entre eux, ou même un motif d'intérêt général. C'est là, pour certains auteurs, une valorisation pure et simple de l'échec scolaire<sup>1807</sup>, à la légitimité d'autant plus douteuse que le motif de lutte contre l'exclusion guidant normalement la mesure devrait plaider pour une prise en compte de la situation économique et sociale concrète du candidat, ce qui n'est pas le cas<sup>1808</sup>.

A travers ces deux exemples se révèle une nouvelle fois la tension constatée entre égalité et équité, cette dernière semblant parfois susceptible de remettre en cause un système respectueux de la vision révolutionnaire faisant de l'appréhension du mérite l'un des fondements de l'égalité. S'il n'est pas parfait en tous points, le concours reste certainement « *le moins mauvais (le seul ?) moyen de garantir le respect de cette exigence* »<sup>1809</sup>. A l'inverse, la multiplication de dérogations au sein du service public est susceptible de créer, au pire de nouvelles inégalités, et au mieux un sentiment d'injustice, lequel, par un effet d'entraînement, favorise en retour de nouvelles revendications. Ainsi, il peut être loisible de s'interroger sur la pertinence du cantonnement des conventions d'éducation prioritaire aux seuls lycées placées en zone urbaine, sans que soient pris en compte les clivages éducatifs importants pouvant parfois être constatés également en milieu rural<sup>1810</sup>. De la même manière, si le PACTE permet d'ouvrir la fonction publique à des jeunes sans diplômes, les jeunes diplômés en proie à l'exclusion peuvent estimer être logiquement en droit de revendiquer également certains aménagements en leur faveur sur ce point. De telles critiques illustrent bien les effets pervers de la mise en place de discriminations positives, facteurs de nouvelles doléances pour les groupes n'en étant pas bénéficiaires et créateurs de nouveaux clivages et

---

<sup>1806</sup> AUBIN (Emmanuel), *Droit de la fonction publique*, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 144.

<sup>1807</sup> En ce sens, notamment, MELLERAY (Fabrice), *op.cit.*, p. 197 et MONIOLLE (Carole), « Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE) », *AJDA* 2006, p. 649

<sup>1808</sup> Permettant alors à l'extrême, ainsi que le remarque Fabrice Melleray, qu'un jeune de milieu aisé ayant échoué dans ses études mais ne rencontrant pour autant aucune difficulté d'insertion particulière, puisse être éligible au PACTE. V. « Questions à Fabrice Melleray », *AJDA* 2005, p. 60.

<sup>1809</sup> MELLERAY (Fabrice), *op. cit.*, p. 199.

<sup>1810</sup> LONG (Martine), « Discriminations positives et accès à Sciences-Po Paris », *AJDA* 2004, p. 692.

inégalités là où ces mesures entendaient les apaiser. De la *privata lex* au privilège, la frontière semble parfois bien mince.

Toute différenciation n'est pas condamnable. Mais la diversité du social est telle que vouloir à tout prix modeler le service public à son image risque de faire perdre toute substance à ce dernier et aboutir, en définitive, à ce qu'il ne reflète plus l'interdépendance sociale mais une société fragmentée en fonction d'intérêts particuliers. Le service public doit rester un instrument privilégié de lutte contre l'exclusion et d'accession aux droits et libertés, préservant à la fois une approche égalitaire formelle et la prise en compte des situations concrètes rencontrées par l'agent comme par l'utilisateur. Nul ne l'a mieux rappelé que Jean Rivero : *« l'erreur serait de les considérer isolément, de s'hypnotiser sur les particularités des hommes situés jusqu'à perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents, ou, à l'inverse, de se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle en négligeant les obstacles que les inégalité de fait opposent à l'épanouissement de la personne »*. Ce n'est qu'en se gardant de ce double écueil, et notamment, aujourd'hui, de celui qui voudrait voir triompher une conception seulement équitable de l'égalité, que le service public continuera à rester fidèle à l'aspiration d'égalité qui le fonde et qu'il est appelé, depuis l'origine, à mettre en œuvre au service de la garantie des droits et libertés.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

Une certaine prudence doit accompagner la modernisation constatée du principe d'égalité devant le service public. L'évolution vers l'équité tend assurément à faire triompher concrètement une égalité dont il est reconnu qu'elle constitue le présupposé d'une satisfaction effective des droits et libertés. Toutefois, la volonté de faire du service public un instrument de changement ne doit pas conduire à individualiser de manière excessive le traitement qu'il réserve aux individus et, notamment, à focaliser son action sur les seules personnes en difficultés. Recentrée sur la garantie des droits et libertés de l'individu, l'intervention du service public peut en effet facilement tendre vers une portée assistancielle qui, si elle recèle assurément un impact positif envers les droits et libertés des populations intéressées, ne saurait à elle seule rendre compte de la dimension protectrice du procédé, laquelle doit

continuer à intéresser l'ensemble des individus. Au regard de cette exigence, certaines réserves peuvent ainsi être développées envers une politique actuelle paraissant de plus en plus abandonner la généralité de la règle au bénéfice d'une égalité par la différenciation. Dans cette perspective, la modernisation du principe d'égalité ne sert la garantie des droits et libertés que jusqu'à certain point. Cette évolution peut ainsi, par certains aspects, encourir une critique qui apparaît en revanche moins directement perceptible en ce qui concerne l'évolution des autres principes régissant le fonctionnement du service public.

## CHAPITRE SECOND

### UNE MODERNISATION CONFIRMÉE AU REGARD DES AUTRES

#### PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC

L'égalité n'est pas seule règle à gouverner l'intervention du service public. D'autres principes de fonctionnement trouvent en effet à jouer et à se prévaloir d'une influence favorable envers le rôle de garantie endossé par ce procédé. Certes, ces règles ne sauraient atteindre la place prédominante occupée par le principe d'égalité devant le service public, lequel constitue la projection d'un impératif relevant de l'essence même des droits et libertés<sup>1811</sup>. Néanmoins, leur impact à l'égard des usagers<sup>1812</sup> paraît loin d'être négligeable et semble par ailleurs appelé à se renforcer. A l'instar de l'égalité, différentes exigences de fonctionnement tendent en effet aujourd'hui à se moderniser afin d'offrir une garantie plus effective aux droits et libertés dépendants de l'action du service public. Le recentrage déjà constaté autour de l'individu et de la satisfaction de ses prérogatives se poursuit sur d'autres fronts et renouvelle ainsi tout particulièrement la portée contemporaine des principes de continuité et de mutabilité du service public. Règles attachées depuis l'origine au fonctionnement de ce procédé, leur mise en oeuvre appelle traditionnellement un bilan contrasté, qui semble cependant aujourd'hui évoluer dans un sens plus directement favorable à un exercice effectif des droits et libertés (*Section Première*). L'évolution se confirme en outre sous l'impulsion de principes récemment apparus, lesquels, ne bénéficiant pas encore, pour l'heure, d'une portée similaire à celles de véritables « lois »<sup>1813</sup>, témoignent néanmoins de la vitalité des règles

---

<sup>1811</sup> V. *supra*, Chapitre précédent

<sup>1812</sup> L'étude des principes en cause dans ce chapitre se concentrera sur leurs implications en direction de l'utilisateur, le sort particulier de l'autre grand protagoniste du service public, à savoir l'agent, étant analysé *infra*.

<sup>1813</sup> De nombreux textes, de portée variable, sont ainsi venus adjoindre aux lois traditionnelles du service public de nouvelles exigences de fonctionnement. Parmi ces derniers, il est loisible de citer la Charte des services publics adoptée le 18 mars 1992 (*AJDA* 1993, p. 21, obs. Salon et Savignac), mentionnant les principes de transparence, de responsabilité, de simplicité et d'accessibilité ; la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995 (*JO* 28 juillet 1995, p. 11217 ; *RFDA* 1996, p. 191), laquelle énonce que la réforme de l'Etat doit donner corps à de nombreux nouveaux principes : qualité, accessibilité, simplicité, rapidité, transparence, médiation, participation et responsabilité ; la Charte d'accueil des usagers, issue de la circulaire du 2 mars 2004 (*JO* 3 mars 2004, p. 4271), rappelant les principes de transparence et d'accessibilité et la nécessité d'un accueil de qualité, ou encore le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique du 17 avril 2008, lequel établit un inventaire des valeurs attachées au service public parmi lesquelles se détachent notamment, à travers l'impératif d'efficacité, les exigences de qualité et de transparence. V. également le Livre vert sur l'initiative européenne en matière de transparence du 3 mai 2006, COM (2006) 194 final et le point 3.8 du Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004) 374 final.

entourant le service public. Nombre de ces exigences récentes, telles la qualité, la simplicité ou l'accessibilité, viennent enrichir les principes classiques de fonctionnement sans disposer pour autant d'une réelle autonomie à leur égard ni apparaître, dès lors, d'une dimension supérieure à celle de simples règles « *de bonne gestion* »<sup>1814</sup>. Néanmoins, deux de ces nouveaux impératifs méritent de faire l'objet d'une analyse particulière car, présidant à la mise en place de mécanismes de transparence et de participation au sein des services publics, ils sont de plus en plus invoqués et participent de cette volonté de modernisation du fonctionnement du service public en faveur de l'utilisateur, de par les liens qu'ils nouent avec la problématique de la garantie des droits et libertés, et le renouvellement qu'ils paraissent dès lors susceptibles de sous-tendre en transportant cette dernière sur le terrain de la démocratie administrative (*Section seconde*).

## **SECTION PREMIERE**

### **UNE LECTURE CONTEMPORAINE DES REGLES DE CONTINUITE ET D'ADAPTATION FAVORABLE A LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES DE L'USAGER**

Extrêmement classiques, les exigences de continuité et d'adaptation gouvernant les services publics ne sont cependant pas condamnés à demeurer figées dans leur appréhension. Au contraire, elles ont aujourd'hui vocation à se faire l'écho des évolutions contemporaines touchant le service public, dont le rôle de garantie, de plus en plus souvent mis en avant, implique un fonctionnement au diapason de cette mission. Une plus grande attention accordée à l'utilisateur et à la satisfaction de ses droits et libertés se révèle ainsi à travers une remise en cause de l'acception traditionnelle des principes le dirigeant. S'éloignant d'une acception qui, bien que favorable dans son principe, a pu se voir accusée en pratique de ne pas suffisamment prendre en compte et défendre les intérêts des usagers (Paragraphe premier), les règles de continuité et d'adaptation adoptent progressivement, au regard de la garantie des droits et libertés, une position plus protectrice. Cette évolution se formalise à travers une meilleure réponse apportée aux attentes de l'utilisateur, sans que celui-ci doive pour autant être alors considéré comme un simple client du service public (Paragraphe second).

---

<sup>1814</sup> DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1220.

PARAGRAPHE PREMIER  
UN IMPACT TRADITIONNELLEMENT CONTRASTE AU REGARD DE LA  
SATISFACTION DES DROITS ET LIBERTES DE L'USAGER

Le choix d'une étude couplée des principes de continuité et d'adaptation ne résulte pas du hasard. Ces règles de fonctionnement partagent de nombreuses similitudes, formalisées en premier lieu par le lien de connexité existant entre elles. Les impératifs du principe d'adaptation et de la continuité sont en effet parfois susceptibles de se fondre au point qu'il apparaisse difficile de les distinguer. Pour autant, les deux règles conservent, dans d'autres hypothèses, leur identité propre, et ce n'est donc pas sur ce seul fondement qu'il est plaidé pour leur analyse commune, mais également sur le fait que ces règles partagent traditionnellement une même ambivalence vis-à-vis de la satisfaction des droits et libertés de l'individu. En effet, appelées à favoriser la concrétisation de ces prérogatives dans des conditions optimales et se révélant en cela indispensables à la garantie orchestrée par le service public (A), continuité et adaptation ont pu cependant se voir reprocher leur effectivité insuffisante, voire, parfois, leur portée liberticide (B).

*A/ Une influence théoriquement déterminante*

Il demeure difficile d'envisager l'éventualité d'un exercice des droits et libertés mis en œuvre par intermittence ou qui resterait indifférent aux évolutions de la société. C'est pourquoi les principes de continuité et d'adaptation sont, très classiquement, considérés comme des règles essentielles au fonctionnement des services publics (1), emportant avec elles des implications décisives en faveur d'une concrétisation harmonieuse des droits et libertés de l'individu (2).

*1) Les principes de continuité et d'adaptation, incontournables « lois » du service public*

Les principes de continuité et d'adaptation sont, depuis l'origine, attachés à ce procédé, exigences à la fois connexes et autonomes (a), dont le respect s'impose aux gestionnaires des services publics (b).

a) Un « socle commun à tous les services publics »<sup>1815</sup>

« *Le service public est essentiellement continu* »<sup>1816</sup>. L'expression même de « loi » du service public doit être entendue comme désignant « *les rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses* »<sup>1817</sup>, or le principe de continuité, en adéquation avec cette approche, « *découle de la notion même de service public et de l'intérêt général qui en constitue le but* »<sup>1818</sup>. La doctrine, ralliée dans son ensemble à cette position, a cherché à déterminer les contours précis de cette règle. Un consensus s'est ainsi formé autour de certains éléments de reconnaissance, la continuité n'impliquant, en aucun cas, la permanence d'accès au service mais devant s'analyser comme le droit pour l'utilisateur de disposer d'un accès normal à ce dernier, standard jurisprudentiel variant en fonction de l'objet du service public et expliquant, par conséquent, la nécessité de la permanence de certains services, tels la police ou les hôpitaux<sup>1819</sup> ou, à l'inverse, la seule exigence d'un accès limité dans le temps, dans le cadre d'une réglementation des horaires d'ouverture. Le principe implique donc le fonctionnement ponctuel et régulier des services publics mais se rapporte également aujourd'hui de plus en plus souvent à une logique de continuité spatiale<sup>1820</sup> préconisant le maintien d'une certaine cohérence dans la localisation de ces services<sup>1821</sup>, sans que l'une ou l'autre de ces acceptions fasse cependant obstacle à l'éventuelle suppression par l'autorité administrative compétente du service dont l'existence n'est plus justifiée par l'intérêt général, l'utilisateur n'ayant logiquement aucun droit acquis à son maintien<sup>1822</sup>, en vertu du principe d'adaptation<sup>1823</sup>.

---

<sup>1815</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 8.

<sup>1816</sup> ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *RDP* 1910, p. 750.

<sup>1817</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 325.

<sup>1818</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Ibid.*

<sup>1819</sup> Pour ce dernier exemple, v. CE 29 novembre 2002, *M. Watrin, M. Kembaya*, p. 604, *AJDA* 2003, p. 407.

<sup>1820</sup> En ce sens, TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des “grands principes” du service public », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 38.

<sup>1821</sup> V. DREYFUS (Jean-David), « Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une “loi” de proximité », *AJDA* 2005, p. 1274.

<sup>1822</sup> CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, *Rec. Leb.* p. 60, concl. Kahn, *AJDA* 1961, p. 75, chron. Galabert et Gentot. Cette liberté de suppression des services publics étant cependant limitée par l'existence de services publics exigés par la Constitution. Sur cette question, cf. *supra*, Première Partie, Titre Premier, Premier Chapitre.

<sup>1823</sup> L'intervention récente de l'idée de pérennité des services publics, apparue dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ne doit pas tromper. Saisi de la question de la conformité d'une validation législative au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge judiciaire a en effet estimé que cette intervention du législateur relevait d'impérieux motifs d'intérêt général car était « *destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale* ». (Cass., pl., 24 janvier 2003, *Anger et autres c/ Association Promotion des handicapés*, *AJDA* 2003, p. 209 ; *D.* 2003, *IR*, p. 167). Selon Stéphane Braconnier, la Cour de cassation aurait ainsi avalisé la possibilité, non pas de privilégier la permanence des services publics – ce qui reviendrait alors à nier toute possibilité d'adaptation – mais de « *prendre toute mesure propre à juguler les effets néfastes d'une situation*



Cette seconde règle pose, en effet, quant à elle, l'obligation pour le service public de suivre les modulations de l'intérêt général et de l'environnement juridique, économique, technique et social dans lequel il évolue. Connue sous diverses appellations<sup>1824</sup>, un tel principe vise donc à adapter le service public de manière à ce que, dans une période, un lieu et des circonstances donnés, il se révèle toujours d'une efficacité maximum afin de satisfaire l'intérêt général<sup>1825</sup>. C'est là « *une exigence de bon sens : quand l'intérêt général évolue, le service public doit s'adapter pour rester fidèle à sa mission* »<sup>1826</sup>. Aussi, nul doute que ce principe, à l'instar de la continuité, puisse s'assimiler à une véritable « loi » du service public découlant de l'objectif même assigné à ce dernier. Il existe d'ailleurs entre les deux exigences un lien évident : le service doit en effet être régulièrement adapté afin qu'il puisse fonctionner de manière continue<sup>1827</sup>. Cependant, la coïncidence ne saurait être totale. Il serait en effet difficile de l'affirmer lorsqu'il convient, au nom de l'adaptation constante, de faire disparaître un service public, ou lorsqu'il paraît nécessaire de modifier son fonctionnement afin de satisfaire, par exemple, à certaines exigences communautaires. Dans le premier cas, l'adaptation revient en réalité à rompre la continuité. Dans le second cas, le principe de continuité ne rentre pas toujours prioritairement en jeu et cette hypothèse révèle clairement l'autonomie du principe d'adaptation par rapport à ce dernier<sup>1828</sup>.

La force juridique des deux principes n'est, du reste, pas similaire. Jusque dans les années soixante-dix, continuité comme adaptation étaient considérées comme des principes généraux

---

*mettant en péril l'existence même d'un service public que les pouvoirs publics n'ont pas entendu supprimer* ». (BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 319).

<sup>1824</sup> Il est ainsi souvent indifféremment fait état des principes de mutabilité, d'adaptabilité, d'adaptation ou d'adaptation constante. Certains auteurs décèlent cependant parfois une nuance entre ces différentes appellations. Ainsi, la mutabilité suggérerait un mouvement de transformation et non de simple modification, l'adaptabilité toucherait plus aux potentialités d'évolutions, quand l'adaptation aurait un caractère plus « suiviste », l'adjectif « constante » marquant le caractère dynamique de la notion de service public. En ce sens, GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2007, p. 599.

<sup>1825</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 366.

<sup>1826</sup> TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 38.

<sup>1827</sup> Certains auteurs insistent sur cette connexité, au point d'estimer parfois que le principe d'adaptation se fonde dans celui de continuité. V. par exemple VEDEL (Georges) et DELVOLLE (Pierre), *Droit administratif*, Tome 2, Thémis, PUF, 12<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 742; MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 186. Dans son rapport public de 1994 « Service public, services publics, déclin ou renouveau » (*EDCE* n° 46, p. 75), le Conseil d'Etat rejoint par ailleurs en partie cette approche lorsqu'il précise que « *continuité et adaptation du service public ne sont que deux expressions d'une même discipline* ».

<sup>1828</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 367.

du droit, leur respect s'imposant à l'administration tout en épargnant le législateur<sup>1829</sup>. Mais le principe de continuité a, par la suite, subi une évolution différente de celle de la mutabilité. Sa formulation par le Conseil d'Etat, rendue nécessaire pour contrer puis équilibrer le droit de grève<sup>1830</sup>, restait quelque peu implicite et ne relevait que d'un principe général du droit<sup>1831</sup> jusqu'à ce que, par sa décision du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel consacre la continuité comme ayant « *la valeur d'un principe constitutionnel* »<sup>1832</sup>. Sans qu'elle puisse être rattachée à un fondement textuel précis mais justifiée néanmoins sur le fondement de plusieurs éléments<sup>1833</sup>, cette valeur constitutionnelle du principe de continuité renforce l'autorité de cette loi du service public. Elle s'impose au législateur et permet dans le même temps une extension des interventions législatives ayant pour but d'assurer son respect, afin d'apporter notamment certaines limitations à un autre droit fondamental comme le droit de grève. Or, le principe d'adaptation n'a pas connu la même destinée. En effet, faute d'une jurisprudence claire et probante sur sa valeur, la doctrine continue à le considérer comme un principe général du droit<sup>1834</sup>. En tant que prolongement du principe de continuité, il constitue

<sup>1829</sup> Selon l'analyse classique de René Chapus, les principes généraux du droit administratif ont en effet une valeur infralégislative et supradécrétale (*Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 140, p. 111).

<sup>1830</sup> V. en ce sens les arrêts CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec. Leb.* p. 826, concl. Tardieu ; S. 1909.3.145, note Hauriou et CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec. Leb.* p. 426 ; *JCP*, 1950, n° 5681, concl. F. Gazier, *GDJA*, p. 408.

<sup>1831</sup> Il est possible de se demander si ce n'est pas là la conception toujours défendue par le Conseil d'Etat, de par la formulation ambiguë retenue dans son arrêt du 13 juin 1980, *Dame Bonjean* (*Rec. Leb.* p. 274 ; *D.* 1981, *IR*, p. 241, note B. Toulemonde), où il est fait référence au « *principe fondamental de la continuité du service public* ».

<sup>1832</sup> CC n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Rec.* p. 33, confirmée notamment par les décisions n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Statut de France Télécom*, *Rec.* p. 107 ; n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs*, *JO* 22 août 2007, p. 13971 et CC n° 2008-569 DC, 7 août 2008, *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, *JO* 21 août 2008, p. 13089.

<sup>1833</sup> Le Conseil constitutionnel n'ayant fait aucune référence à un texte pour dégager la valeur constitutionnelle du principe de continuité, il encourait à ce titre la critique de s'ériger en puissance normatrice. Il est cependant possible de deviner un « ancrage constitutionnel » de ce principe dans les articles 5 et 16 de la Constitution de 1958 consacrant l'exigence d'un fonctionnement régulier des pouvoirs publics, ou de déduire sa valeur constitutionnelle de la conciliation exigée par le juge administratif entre principe de continuité et droit de grève, cette conciliation n'étant possible qu'entre normes de même valeur et ce dernier droit étant consacré par le Préambule de la Constitution. Sur cette question, ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 161 et suiv. et LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 334. Pour une position contraire, l'auteur estimant que la continuité ne relève d'aucun fondement constitutionnel mais s'analyse en « un principe immanent à l'Etat », MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'Etat en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1080 et s.

<sup>1834</sup> En ce sens, TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 38 ; VALETTE (Jean-Paul), *Le service public à la française*, Ellipses, 2000, p. 91 ; LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op.cit.*, p. 367 ; LE MESTRE (Renan), *Droit du service public*, Gualino Editeur, 2005, p. 383 ; DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1220. Certains, cependant, refusent d'y voir un principe général du droit. V. MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 187 (l'adaptation constituerait plutôt pour cet auteur un principe « infra-juridique ») et GUGLIELMI (Gilles),

« une condition nécessaire à la satisfaction de droits ou de principes constitutionnels »<sup>1835</sup> mais il reste difficile, une fois affirmée l'autonomie de l'adaptation envers la continuité, de trouver une jurisprudence constitutionnelle affirmant clairement la valeur supérieure de l'adaptation en tant que telle<sup>1836</sup>. Cependant, cette éventualité n'est pas inconcevable. Recherchant la satisfaction maximum de l'intérêt général, le principe d'adaptation revêt une importance déterminante. Rien n'interdit ainsi de penser que le juge constitutionnel, confronté par exemple à une loi empêchant toute évolution d'un service public exigé par la Constitution, puisse décider de contrer cette disposition législative par une consécration de la valeur constitutionnelle de l'adaptation<sup>1837</sup>. Par ailleurs, même si sa valeur juridique demeure floue, cette règle n'en reste pas moins, à l'instar de la continuité, source d'obligations sanctionnées par la jurisprudence administrative.

b) Des principes vecteurs d'obligations à la charge du gestionnaire du service

Prenant en compte le standard jurisprudentiel de l'accès normal au service public, le juge administratif va ainsi considérer comme illégales les atteintes à la continuité qui ne sembleraient pas justifiées. En cela, la réduction des horaires d'un bureau de poste<sup>1838</sup> pourra être sanctionnée, tout comme la fermeture anticipée d'un collège du fait de l'organisation des épreuves du baccalauréat<sup>1839</sup>. En outre, l'usager peut intenter un recours pour excès de pouvoir contre le refus du gestionnaire de prendre les mesures permettant au service public de fonctionner de manière continue<sup>1840</sup>, actions pouvant par ailleurs s'accompagner de

---

KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2007, p. 603, ces auteurs considérant également qu'il ne s'agirait pas d'un principe général du droit « malgré son rôle directeur dans la marche des services publics ».

<sup>1835</sup> ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 173.

<sup>1836</sup> Si le Conseil constitutionnel a pu faire une référence très générale aux « principes constitutionnels régissant le service public » dans sa décision *France Télécom* du 23 juillet 1996 (*préc.*), il ne semble pas possible d'y inclure le principe d'adaptation, dont il n'est par la suite fait aucune mention. En ce sens, notamment, TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des “grands principes” du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 40 ; VALETTE (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 92 et MARKUS (Jean-Paul), « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité aux devoirs d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 592.

<sup>1837</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 368. Une attitude favorable envers la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle du principe d'adaptation est retrouvée chez d'autres auteurs : V. ESPLUGAS (Pierre), *op.cit.*, p. 173 et MARKUS (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 601.

<sup>1838</sup> CE, 25 juin 1969, *Vincent, Rec. Leb.* p. 334, *AJDA* 1969, p. 555, chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc.

<sup>1839</sup> CE, 13 février 1987, *Toucheboeuf, Rec. Leb.* p. 45, *DA*, 1987, p. 160.

<sup>1840</sup> CE, 29 décembre 1911, *Chomel, Rec. Leb.* p. 1265, *RDP* 1912, p. 36 ; S. 1951.3.81, note C.H. et CE, 1<sup>er</sup> avril 1949, *Chaveneau, Rec. Leb.* p. 161. *D.* 1949, p. 531, concl. F. Gazier, note L. Rolland. Cette possibilité de recours n'est ouverte aux usagers des services publics industriels et commerciaux que dans l'hypothèse où le refus ou la mesure restreignant l'accès normal résulte d'un acte réglementaire et non d'une décision individuelle (CE, 21 avril 1961, *Dame Veuve Agnési, Rec. Leb.* p. 253, *D.* 1962, p. 535, note F.P.).

l'engagement de la responsabilité de l'administration, pour faute<sup>1841</sup> ou pour rupture d'égalité devant les charges publiques<sup>1842</sup>.

De par l'absence d'un droit acquis au maintien des services publics<sup>1843</sup>, lequel sous-tend également l'absence d'un droit acquis au maintien du régime juridique du service<sup>1844</sup>, les possibilités d'action de l'usager en matière d'adaptation des services publics se révèlent en revanche plus limitées. Toutefois, le juge conserve la possibilité d'accueillir les recours pour excès de pouvoir engagés contre les refus de prendre certaines mesures d'adaptation nécessaires<sup>1845</sup> ou contre les mesures d'adaptation nuisant au fonctionnement normal du service<sup>1846</sup>. Par ailleurs, lorsque le délégataire d'un service public refuse de prendre ces mesures, l'usager peut se retourner vers l'autorité délégante, cette solution se vérifiant également dans le cadre de la défense du principe de continuité<sup>1847</sup>. Néanmoins, face au principe d'adaptation, le contrôle du juge administratif reste en principe limité à l'erreur manifeste d'appréciation. L'éventualité d'un contrôle normal identique à celui pratiqué en matière de continuité n'est en effet retrouvée que dans de très rares hypothèses<sup>1848</sup>, la possibilité pour l'usager de demander réparation du préjudice alors causé<sup>1849</sup> restant cependant également ouverte. Enfin, devant mettre en œuvre l'adaptation constante des textes régissant l'organisation et le fonctionnement des services publics aux nouvelles circonstances de droit et de fait, l'administration peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'elle n'a pas édicté, dans

---

<sup>1841</sup> CE, 27 janvier 1988, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Giraud*, *Rec. Leb.* p. 40, *AJDA* 1988, p. 352, note Moreau (responsabilité du fait de l'absence de mesures permettant que des élèves reçoivent la totalité de l'enseignement prévu par les programmes).

<sup>1842</sup> CE, 6 novembre 1985, *Ministre des transports c/ Cie Touraine Air Transports*, *Rec. Leb.* p. 312, *D.* 1986, p. 584, note Rainaud (dommages causés à des compagnies de transport aérien par des mouvements de grève des agents du service de contrôle de navigation aérienne).

<sup>1843</sup> CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, *préc.*

<sup>1844</sup> Concernant, par exemple, les horaires du service ou le tarif de la prestation. Cette absence de droit acquis au régime juridique du service joue pour les usagers des services publics administratifs comme pour ceux des services publics industriels et commerciaux (pour exemple, CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle et autres*, *Rec. Leb.* p. 163, concl. Massot.)

<sup>1845</sup> Dans le cadre d'un service public administratif ou dans le cadre de services publics industriels et commerciaux, lorsque les mesures d'adaptation prennent, comme c'est souvent le cas, un caractère général et impersonnel (v. pour exemple CE, 1<sup>er</sup> décembre 1971, *Société des établissements Dubreuil*, *Rec. Leb.* p. 735).

<sup>1846</sup> Le juge administratif contrôlera ainsi que les mesures d'adaptation choisies ne trahissent pas une mauvaise appréciation de la situation par l'administration. En ce sens, v. notamment CE, 28 février 1990, *Decaudin*, *Rec. Leb. Tables* p. 889, *DA* 1990, n° 239 (appréciation manifestement erronée d'une décision de suppression d'un service d'ophtalmologie répondant à un besoin incontestable). Sur l'ensemble de cette question, MARKUS (Jean-Paul), « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité aux devoirs d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 592.

<sup>1847</sup> CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec. Leb.* p. 962, concl. Romieu, *S.*1907.3.33, note Hauriou.

<sup>1848</sup> Ainsi, lorsque le pouvoir d'adaptation de l'administration est très encadré et conditionné par des textes ou lorsque le contrôle ne réclame pas de la part du juge une appréciation technique complexe ou trop différente de celles auxquelles il se livre d'habitude. V. CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle et autres*, *préc.*

<sup>1849</sup> CE, 6 novembre 1985, *Société Condor-Flugdienst*, *Rec. Leb.* p. 313, *DA* 1985, n° 609.

un délai raisonnable, les règlements nécessaires à l'application de nouveaux textes<sup>1850</sup>. Le décret du 28 novembre 1983<sup>1851</sup>, relatif aux relations entre l'Administration et les usagers, précisait dans son article 3 que l'autorité compétente était tenue de déférer aux demandes d'abrogation des règlements illégaux, l'arrêt *Compagnie Alitalia* de 1989 ayant par la suite fait de cette disposition un principe général du droit s'imposant à toutes les autorités administratives<sup>1852</sup>, dont la loi se fait aujourd'hui également écho<sup>1853</sup>. Cette évolution, simplifiant l'état du droit antérieur<sup>1854</sup>, joue un rôle important en matière d'adaptation juridique, notamment afin de mettre le droit interne au diapason des normes communautaires. Les règles de continuité et d'adaptation des services publics constituent ainsi des impératifs de droit positif auxquels les gestionnaires du service doivent se soumettre et qui conditionnent une satisfaction continue et adaptée des nécessités d'intérêt général, dont dépend par ricochet la garantie des droits et libertés de l'individu usager du service public.

## 2) *Des principes échos d'une mise en œuvre continue et adaptée des droits et libertés*

Les principes de continuité et d'adaptation se rattachent spontanément à la garantie des droits et libertés sous-tendue par le procédé du service public. La règle de continuité est ainsi censée servir les usagers. C'est là sa justification naturelle, car « *ceux des besoins des usagers qui*

---

<sup>1850</sup> CE, Ass., 27 novembre 1964, *Dame Veuve Renard*, *Rec. Leb.* p. 590, *D.* 1965, p. 632, note Auby. Un refus opposé à l'édition de ces règlements peut être annulé par le juge administratif, lequel dispose à la fois de la faculté d'enjoindre à l'administration d'édicter l'acte en cause et de celle de prononcer éventuellement des astreintes, ces deux possibilités pouvant se cumuler. V. pour exemple CE, 11 mars 1994, *Soulat*, *Rec. Leb.* p. 115, *AJDA* 1994, p. 387, concl. M. Denis-Linton.

<sup>1851</sup> Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, relatif aux relations entre l'administration et ses usagers, *JO* 3 décembre 1983, p. 3492. Ce décret ne concernait que les relations des usagers avec l'administration d'Etat et ses établissements publics administratifs. Il a été abrogé par le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement des commissions administratives à caractère consultatif. V. sur ce point LE PORS (Anicet) et FORMERY (Simon), « Le décret du 28 novembre 1983 : suites et fin. Du nouveau dans les relations administration-citoyens ? », *AJDA* 2007, p. 626.

<sup>1852</sup> CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, *Rec. Leb.* p. 44, *AJDA* 1989, p. 387, note Fouquet. Le juge administratif considère en effet dans cet arrêt que « *l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* ».

<sup>1853</sup> Le législateur est intervenu sur cette question à travers la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit (*JO* 21 décembre 2007, p. 20639), en insérant un article 16-1 dans la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration ainsi rédigé : « *L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* ». Pour une analyse critique de ce texte, SEILLER (Bertrand), « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? », *AJDA* 2008, p. 402.

<sup>1854</sup> Le Conseil d'Etat supprime en effet le délai de deux mois, à compter de la publication d'un acte, pendant lequel un administré pouvait demander à l'autorité administrative de modifier un règlement (CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujols*, *Rec. Leb.* p. 30 et CE, Ass., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres de bibliothèques*, *Rec. Leb.* p. 17).

sont satisfaits par le service public se trouvent, de ce seul fait, couverts du label de l'intérêt général et cet intérêt doit être satisfait, quelles que soient les circonstances, de façon continue. L'usager perçoit la continuité comme consubstantielle aux services publics et il considère que le service public faillit à sa mission lorsque, pour une raison ou pour une autre, son fonctionnement s'arrête »<sup>1855</sup>. Le service public doit préserver un accès normal aux prestations qu'il dispense, au risque, sinon, de mettre en danger la mise en œuvre effective des droits et libertés dépendant de ces prestations. Moins directement, par ailleurs, mais de manière tout aussi certaine, la continuité suppose le maintien permanent des institutions ayant pour objectif la sauvegarde de l'ordre public, dont il suffit ici de rappeler les implications essentielles en matière de droits et libertés, lesquels ne peuvent s'épanouir sans un minimum de sûreté<sup>1856</sup>. Quant au principe d'adaptation, il paraît également spontanément favorable à ces derniers. Considérée à l'aune d'une « loi de progrès »<sup>1857</sup> du service public, cette règle est l'une des conditions nécessaires à l'effectivité des droits et libertés car « adapter le service public aux nécessités sociales revient à maintenir l'aspect pratique du respect des libertés publiques des citoyens et, par là, l'application et la concrétisation du principe d'égalité suivant son évaluation par rapport aux situations particulières »<sup>1858</sup>. Le principe d'adaptation permet en effet de répercuter les nouvelles modalités d'exercice des libertés sur les services publics s'y référant. Ce « toilettage constant des services publics »<sup>1859</sup> reste pour l'usager la garantie de voir ses prérogatives réalisées au plus près des aspirations portées par la société dans laquelle il évolue.

Il est ainsi possible de considérer les règles de continuité et d'adaptation du service public comme relevant de la logique même des droits et libertés, car faisant écho à leur rapport au temps et à l'inévitable « contextualisation » en un lieu, une époque et une société donnés qu'entraîne leur mise en œuvre. Une telle approche n'entend pas démentir la part d'universel que doivent conserver les droits de l'homme et dont les déclarations solennelles témoignent. Des textes tels la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou, de manière plus évidente encore, la Déclaration universelle des droits de l'homme, témoignent de cette universalité par le choix de formulations volontairement abstraites dans lesquelles la

<sup>1855</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2004, p. 278.

<sup>1856</sup> V. *supra*, Première Partie, Titre Second, Premier Chapitre.

<sup>1857</sup> WALINE (Marcel), *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., 1957, n° 1060 et CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 96.

<sup>1858</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 577.

<sup>1859</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 366.

jouissance de droits et libertés se voit consacrée de manière intemporelle et en direction de tous les hommes. Se devine, à travers ces déclarations, « *le souci de soustraire l'essentiel à l'usure du temps et le désir d'immortaliser au moins l'aspiration, qui, un moment, nous a portés au-delà de nous-mêmes* »<sup>1860</sup>. Les règles de continuité et d'adaptation rejoignent dans leur principe même ce caractère universel originairement attaché aux droits et libertés. Envisagé abstraitement, le principe de continuité place en effet le service public « *dans une durée indéterminée qui évoque l'infini sans l'absolu, la stabilité sans l'immobilisme, une durée qui, comme celle de toute institution, dépasse l'individu [et] habille le territoire d'un voile d'humanité [qui] rappelle la présence de la décision collective et la similitude des besoins vitaux, quels que soient les circonstances et les protagonistes de l'échange* », tandis que le principe d'adaptation « *incarne le service public universel dans son être parce que, toujours adaptable, les modifications qui l'améliorent, au-delà des évolutions concrètes et pratiques, renforcent la permanence et la stabilité de la notion qui structure et rend possible ses multiples manifestations* »<sup>1861</sup>.

Toutefois, il ne peut être déduit de ce caractère universel des droits et libertés l'impossibilité subséquente de les mettre en œuvre et de les ramener à une sphère plus concrète. L'intemporalité de la règle énoncée n'entend pas signifier qu'elle se situe hors du temps, et donc hors du monde, mais qu'elle doit à l'inverse trouver à s'appliquer à toute période, en tous temps. La nécessité demeure d'une traduction de ces aspirations dans le droit positif, sous forme de consécration solennelles dont il revient par la suite au législateur et au juge le soin de les mettre en application. Les textes, et les droits qu'ils consacrent, ne sont pas immobiles : « *c'est le propre d'un patrimoine d'évoluer et d'une tradition de se diversifier* »<sup>1862</sup>. Dans le cadre de leur exercice, une certaine relativité enrobe les droits et libertés, ces derniers dépendant du contexte dans lequel ils interviennent, des attentes liées à la période et au lieu où ils sont appelés à s'appliquer<sup>1863</sup>. « *Dès lors que la reconnaissance de*

<sup>1860</sup> OST (François), « Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme », in Marco Borghi et Patrice Meyer-Bisch (dir.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, 2000, p. 115.

<sup>1861</sup> GUGLIELEMI (Gilles), « Un service public universel ? », in G. Koubi et O. Jouanjan (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 101.

<sup>1862</sup> OST (François), *op. cit.*, p. 116.

<sup>1863</sup> V. en ce sens MARIE (Jean-Bernard), « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », *Mélanges Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003, p. 222 : « *L'universalité ne peut demeurer exclusivement au niveau d'un principe - nécessairement abstrait et général - mais doit être ancrée et développée dans la pratique, en partant des individus situés et des sociétés telles qu'elles sont aujourd'hui, là où s'affirment concrètement les particularités* ». Cette relativité est réaffirmée par Dominique Rousseau lorsque ce dernier remarque que « *des principes comme le droit à la vie, la liberté individuelle, le respect de la dignité humaine, le droit au juge et à un procès équitable, la liberté de conscience ... pourtant également inscrits dans les constitutions des Etats européens, ne fondent pas, en effet, des régimes législatifs ou des solutions judiciaires*

*l’Idée des droits de l’Homme place ces droits non définis dans une sphère d’intemporalité face à la réalité mouvante et évolutive du droit positif, la positivation, et donc la définition des droits confronte l’Idée aux exigences de la réalité sociale »*<sup>1864</sup>. Cette inévitable mise en perspective implique que les droits et libertés évoluent au fil du temps, lequel n’est pas « *une masse de plus en plus inerte, vouée à la répétition du même* »<sup>1865</sup>, mais un axe porteur de changements dont l’appréhension concrète des droits et libertés doit prendre acte. Cela s’avère particulièrement vrai en ce qui concerne les « droits-créances », attachés à l’homme « situé », mais trouve également à s’appliquer aux libertés classiques. Or, moyen de mise en œuvre de ces aspirations, le service public, sous l’égide de la règle d’adaptation le gouvernant, fait écho à une telle nécessité : le droit à l’instruction, par exemple, ne saurait se satisfaire d’une appréhension figée de l’état des connaissances et des savoirs et appelle la prise en compte des évolutions scientifiques, historiques et sociales. Dans le domaine de la protection de la santé, le « droit-créance » afférent impose une évaluation et une remise en cause perpétuelle des techniques médicales en fonction des avancées scientifiques observées<sup>1866</sup>. La liberté de communication ne saurait être exercée au mieux sans que le service public des télécommunications évolue en fonction des progrès technologiques. Par ailleurs, l’approche « contextualisée » des droits et libertés se joue à travers le principe de continuité lorsque, sous l’égide du standard de l’accès normal, doivent être conciliés exercice satisfaisant des droits et libertés et horaires de fonctionnement du service, par une mise en balance entre les sujétions et implications particulières imposées par ces prérogatives et les considérations concrètes liées à la vie en société. Les droits et libertés doivent être reconnus en tous temps mais n’exigent pas nécessairement du service public une mise en œuvre à toute heure pour voir leur exercice satisfait<sup>1867</sup>.

Les règles de continuité et d’adaptation répondent ainsi à l’intemporalité première des droits et libertés tout en imposant concrètement au service public le fonctionnement continu et évolutif exigé par leur mise en œuvre. En cela, ces « lois » de fonctionnement sont théoriquement appelées à garantir un droit d’accès aux prestations assurant un exercice

---

*semblables (...)* ». ROUSSEAU (Dominique), « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J, 1999, p. 31.

<sup>1864</sup> DE FROUVILLE (Olivier), *L’intangibilité des droits de l’homme en droit international*, Ed. A. Pedone, 2004, p. 23.

<sup>1865</sup> OST (François), *op. cit.*, p. 122.

<sup>1866</sup> L’article 11 du Code de déontologie médicale oblige ainsi les médecins à appliquer les méthodes et techniques les plus avancées si elles sont éprouvées.

<sup>1867</sup> A reprendre le cas du droit à l’éducation, ce dernier sera satisfait dans le cadre d’un emploi du temps prévoyant un volume horaire suffisant à la conduite des programmes scolaires, mais réservant également des temps de pauses et de vacances.



optimal des prérogatives dont peut se prévaloir l'individu. Toutefois, la pratique s'est chargée de nuancer cette approche qui, si elle demeure vérifiable en théorie, ne tient pas compte de l'épreuve de certains faits et de la lecture distincte ayant parfois pu être faite de ces principes.

### ***B/ Une application de ces principes parfois dénoncée***

A s'intéresser à la mise en œuvre des principes de continuité et d'adaptation, il apparaît que ces règles sont moins bénéfiques envers l'utilisateur qu'il ne pourrait le sembler. C'est là la position défendue par certains, constatant que l'incidence pratique de ces règles souffre parfois d'insuffisances dommageables (1), lorsqu'elles ne sont pas directement soupçonnées de tendre, d'une manière générale, au renforcement des pouvoirs de l'administration au détriment des usagers, et de se révéler en cela plus attentatoires que protectrices envers les droits et libertés de ces derniers (2).

#### *1) Une effectivité mise en cause : les limites du principe de continuité face à la grève dans les services publics*

Ainsi que le rappelait récemment un auteur, « *la France est un pays étrange, qui invente des notions juridiques très élaborées, dont les principes qui les régissent sont régulièrement démentis par le fonctionnement concret des institutions* »<sup>1868</sup>. Si un tel reproche peut parfois être adressé au principe d'adaptation<sup>1869</sup>, c'est cependant l'effectivité de la continuité des services publics qui se voit ici prioritairement visée, la pratique révélant en effet de nombreuses atténuations à cette règle, dont la plus importante reste liée à l'exercice du droit de grève par les agents publics<sup>1870</sup>. En toute logique, même s'il est évident que continuité et droit de grève sont par essence, et de manière classique, des principes antagonistes, ils doivent

---

<sup>1868</sup> PONTIER (Jean-Marie), « Les étrangetés du service public », *AJDA* 2008, p. 35, l'auteur réagissant ici aux très forts mouvements sociaux ayant affecté la continuité des services publics des transports terrestres en novembre 2007.

<sup>1869</sup> Ainsi, un certain nombre de services publics perdurent alors même que le besoin les justifiant à l'origine a disparu et mettent ainsi en échec le principe d'adaptation. La « *pétrification intolérable des services public* » et « *le gaspillage des deniers publics* », dénoncés par Jèze, n'ont donc pas totalement disparu. Sur ce point, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 496.

<sup>1870</sup> D'autres limitations au principe de continuité, moins spectaculaires que les grèves mais s'inscrivant dans une plus longue durée, peuvent cependant être constatées dans certains services publics. L'Education nationale éprouve ainsi de grandes difficultés à assurer convenablement le remplacement des professeurs absents. V. sur cette question FORTIER (Charles), « Le défi de la continuité du service public de l'Education nationale : assurer les remplacements », *AJDA* 2006, p. 1822.

néanmoins être conciliés, la consécration du droit de grève par le Préambule de 1946 faisant clairement état de cette exigence en précisant que ce droit « *s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* »<sup>1871</sup>. Les limites de cette prérogative doivent être logiquement tracées par le législateur, « *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* »<sup>1872</sup>. Tout aménagement du droit de grève relève d'un exercice de compromis périlleux mais d'autant plus nécessaire que se joue, derrière la préservation du principe de continuité des services publics, la satisfaction de droits et libertés de l'individu tels le droit à la protection de la santé, à la sécurité des personnes ou des biens, la liberté d'aller et venir ou bien encore le droit au travail ou à la liberté d'entreprendre<sup>1873</sup>.

Or il est clair que la continuité des services publics, indispensable à la garantie des droits et libertés, sort souvent perdante de cette confrontation avec le droit de grève, à tel point que certains auteurs n'hésitent plus à voir en cette règle un principe fantôme<sup>1874</sup>. Certes, l'antinomie irréductible constatée entre deux exigences de valeur constitutionnelle rend ces dernières « *difficilement conciliables, pour ne pas dire inconciliables* »<sup>1875</sup>. Mais la faute revient surtout à un encadrement de l'exercice du droit de grève ayant depuis longtemps montré ses limites. Cette insuffisance est perceptible dès le stade de la question des autorités compétentes en la matière, l'intervention législative réclamée par le Préambule de la Constitution n'ayant, en pratique, jamais vu le jour. Prenant acte de cette absence de réaction, le juge administratif en a déduit qu'il revenait au pouvoir réglementaire, voire aux chefs de service, de prendre les mesures nécessaires à la réglementation du droit de grève et a ainsi endossé un rôle actif dans cette conciliation<sup>1876</sup>. Rappelant comme un leitmotiv la nécessité d'éviter tout usage abusif du droit de grève<sup>1877</sup>, le Conseil d'Etat a ainsi livré, au fil des espèces, une jurisprudence « *au petit point* »<sup>1878</sup> par laquelle il s'est évertué à concilier la défense des intérêts professionnels avec la sauvegarde des droits et libertés de l'utilisateur. La

---

<sup>1871</sup> Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette formulation est également reprise par le statut des fonctionnaires, la loi du 13 juillet 1983 disposant que « *les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

<sup>1872</sup> CC n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, préc.

<sup>1873</sup> V. CHRESTIA (Philippe), « Le service public, l'utilisateur et le droit de grève », *JCPA* 2005, n° 29, p. 1152.

<sup>1874</sup> CHRESTIA (Philippe), *op. cit.*, p. 1151.

<sup>1875</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 351.

<sup>1876</sup> CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, préc. : « *il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer, lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des dites limitations* ».

<sup>1877</sup> CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, préc.

<sup>1878</sup> ROCHE (Jean), « Regards sur le droit de grève dans les services publics trente ans après », *Mélanges Charlier*, 1981, p. 874.

seule intervention législative d'envergure qu'ait connue la France avant 2007, prise sous la pression des circonstances<sup>1879</sup>, n'a pas modifié cet état de fait. La loi du 31 juillet 1963<sup>1880</sup>, qui « ne pouvait constituer à elle seule l'ensemble de la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution »<sup>1881</sup>, s'est en effet contentée de préciser certaines modalités de la grève dans les services publics, cherchant à en limiter les conséquences les plus néfastes au regard du principe de continuité par l'interdiction des grèves « surprises ». Pour ce faire, a été instaurée l'obligation d'adresser à l'autorité hiérarchique un préavis cinq jours avant le déclenchement de la grève<sup>1882</sup>. Ont par ailleurs été prohibées les possibilités de « grèves tournantes », lesquelles, en affectant tour à tour différents éléments d'un même service, entraînaient de graves désorganisations<sup>1883</sup>. Cependant, de telles mesures se sont révélées insuffisantes. Les dépôts de préavis de grèves se sont multipliés et banalisés, devenant le moyen d'exprimer des mécontentements ponctuels sans réelle volonté de cesser le travail, tandis que le délai imposé de cinq jours de préavis se révélait bien trop court pour permettre de mener correctement des négociations préventives efficaces en cas de conflit social avéré<sup>1884</sup>. Les motifs réels des grèves n'ont presque jamais été contrôlés, alors même que les revendications professionnelles avancées masquaient parfois mal des motivations plus politiques<sup>1885</sup>. Les autorités gestionnaires rencontrant de nombreuses difficultés pour prévoir à l'avance l'ampleur d'un mouvement de grève<sup>1886</sup> n'ont pu, en conséquence, que rarement informer les usagers et leur éviter ainsi des « effets de surprise » fort dommageables. De plus, le principe des retenues sur salaires et les règles y étant afférentes sur le fondement du service fait n'ont pas toujours été appliqués à l'encontre des agents grévistes<sup>1887</sup>. La lettre du texte, insuffisante, a été dévoyée dans le cadre de son application concrète. La Cour de cassation semble du reste avoir contribué à ce constat en privilégiant une interprétation extrêmement

---

<sup>1879</sup> Cette loi est notamment intervenue après la grève, très dure, des mineurs des Charbonnages de France durant l'hiver 1962-1963.

<sup>1880</sup> Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *JO* 2 août 1963, p. 7156. V. article L. 2512-3 du Code du travail.

<sup>1881</sup> CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *Rec. Leb.* p. 82.

<sup>1882</sup> Ce préavis devant émaner d'une organisation syndicale représentative à l'échelle nationale.

<sup>1883</sup> La grève tournante dite « horizontale » consistait à affecter successivement les différentes catégories professionnelles d'un même service alors que celle dite « verticale » affectait successivement les différents secteurs d'un service. V. CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 274.

<sup>1884</sup> RAY (Jean-Emmanuel), « La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », *Droit social* 2004, p. 752. Cet auteur dénonce ces solutions en estimant que le juge judiciaire s'en tient ici à l'habituel « tête-à-tête employeur/salarié », sans prendre en considération les spécificités liées au service public et aux intérêts alors en présence (V. spéc. p. 752).

<sup>1885</sup> V. sur ce point, VATINET (Raymonde), « Les enjeux du service minimum dans les transports publics », *JCP G* 2007, n° 25, p. 4.

<sup>1886</sup> Une telle inconnue étant rendue possible par le fait que les agents n'avaient pas à se déclarer individuellement grévistes.

<sup>1887</sup> Cette non application ayant parfois fait office de « carotte » afin de favoriser une sortie de grève rapide, ce qui n'était certes pas là l'objectif initial de ces mesures.

restrictive de ces dispositions législatives, ouvrant la voie à des pratiques que le juge administratif, sous l'égide de l'arrêt *Dehaene*, aurait certainement considéré comme abusives<sup>1888</sup>. Ces différentes jurisprudences ont ainsi contribué à vider un peu plus de sens des dispositions déjà bien mises à mal, certains auteurs n'hésitant pas à y voir « *une somme de provocations jurisprudentielles destinées à faire enfin bouger le législateur* »<sup>1889</sup>. La garantie d'un exercice effectif des droits et libertés promise par une intervention continue du service public est ainsi très souvent apparue devoir rester lettre morte face à la grève.

Certes, les autorités administratives ont parfois pris le relais en la matière, prohibant par exemple le recours répété par les agents du service à des interruptions de travail de courte durée, dont les effets s'avèrent similaires à ceux de la grève tournante, et la pratique de la « grève sur le tas » dans laquelle les agents grévistes occupent leur lieu de travail<sup>1890</sup>. Par ailleurs, les pouvoirs publics ont organisé dans certains cas un service minimum imposant la continuité de la fourniture de certaines prestations même en cas de grève. Toutefois, cette éventualité reste très limitée<sup>1891</sup>, le juge administratif la conditionnant très strictement<sup>1892</sup>, tout comme le sont également les possibilités de réquisitions d'agents grévistes, lesquelles demeurent exceptionnelles<sup>1893</sup>. Ainsi, les difficultés en matière de continuité des services publics se sont profondément enracinées, exacerbées par une longue tradition française de contestation<sup>1894</sup> et par une représentation syndicale éclatée, source de revendications

---

<sup>1888</sup> Le juge judiciaire a ainsi pu considérer qu'« aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève et que chacune peut prévoir une date de cessation de travail différente » (Cass. soc., 4 février 2004, *Sté Connex-Bordeaux*, *Droit social* 2004, p. 381, note C. Radé), ou « n'interdit l'envoi de préavis successifs » tandis qu'il est admis « qu'un préavis unique peut porter sur des arrêts de travail de courte durée étalée sur plusieurs jours » (Cass. soc., 7 juin 2006, *Société lyonnaise des transports en commun*, *JCP S* 2006, p. 1734).

<sup>1889</sup> RAY (Jean-Emmanuel), « La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », *Droit social* 2004, p. 756. Pour une critique de ces jurisprudences, v. également VATINET (Raymonde), « Les enjeux du service minimum dans les transports publics », *JCP G*, 2007 n° 25, p. 4.

<sup>1890</sup> Quant aux « grèves sur le tas », v. CE, Sect., 11 février 1966, *Legrand*, *Rec. Leb.* p. 110, *AJDA* 1966, p. 248. L'interdiction apparaissait d'autant plus nécessaire que cette pratique de la grève entraînait avec elle une atteinte à la liberté du travail des agents non grévistes.

<sup>1891</sup> Un service minimum n'est pour l'heure assuré que dans quatre secteurs : les établissements et organismes de radiodiffusion et de télévision (loi du 26 juillet 1979), les établissements détenant des matières nucléaires (loi du 25 juillet 1980), les services de contrôle de la navigation aérienne (loi du 31 décembre 1984) et les établissements hospitaliers (article L. 6112-2 du Code de la Santé publique). Sur ce dernier secteur, v. CE, 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt*, *Rec. Leb.* p. 402, *D.* 1999, *IR*, p. 21.

<sup>1892</sup> CE, 8 mars 2006, *Onesto et autres*, *Rec. Leb.* p. 113, *RFDA* 2006, p. 1236, concl. R. Keller, *DA* juin 2006, p. 29, note M. Lombard (l'instauration d'un service minimum n'apparaît nécessaire que si les perturbations ne permettent pas de satisfaire les besoins essentiels de la population et qu'il est démontré que seul le service minimum permettrait de répondre aux nécessités de la continuité du service).

<sup>1893</sup> La réquisition doit constituer une réponse à une atteinte « suffisamment grave » à la continuité des services publics (CE, Sect. 26 octobre 1967, *Le Moullet*, *Rec. Leb.* p. 580) et demeurer strictement proportionnée au but à atteindre.

<sup>1894</sup> Sur l'absence de culture de négociation en France, DORE (Lydie), « Le service minimum dans les services publics en cas de grève », *RDP* 2005, p. 903.

catégorielles. Renversant toute logique, et faisant dès lors primer une solution clairement attentatoire aux droits et libertés, la grève est régulièrement devenue en France le préalable à toute négociation<sup>1895</sup>. Il n'a souvent plus été, dans ces hypothèses, question de conciliation, le grand oublié dans cette situation demeurant assurément l'utilisateur<sup>1896</sup>, lequel, ne pouvant prendre appui sur le principe de continuité du service public, devait songer avec une certaine amertume « à l'article L. 120-2 du Code du travail énonçant la règle basique de vie en société et donc du Droit en posant le principe d'une interdiction de porter atteinte "aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives" de la part de qui que ce soit »<sup>1897</sup>, que la menace soit le fait d'agents grévistes ou, comme il faut maintenant également l'envisager, des pouvoirs publics.

## 2) Une utilisation critiquée : des règles parfois prioritairement favorables aux pouvoirs publics

Les règles de fonctionnement du service public, censées servir une garantie effective des droits et libertés de l'utilisateur, ne profiteraient en réalité qu'au seul gestionnaire du service public. Une telle critique est régulièrement retrouvée en ce qui concerne le principe d'adaptation, plus souvent perçu comme « arme »<sup>1898</sup> aux mains de l'administration que comme adjuvant de l'individu et de ses droits, le facteur principal de cette accusation tenant au fait que la règle d'adaptation peut être utilisée afin de justifier la disparition d'un service public<sup>1899</sup>. Ce principe serait ainsi peu à peu devenu, dans le pratique, « un critère de suppression du service public »<sup>1900</sup>. Il a en effet déjà été rappelé que l'utilisateur n'a aucun droit acquis au maintien de l'existence d'un service public ou au maintien du régime juridique de

---

<sup>1895</sup> CHRESTIA (Philippe), « Le service public, l'utilisateur et le droit de grève », *JCPA* 2005, n° 29, p. 1153.

<sup>1896</sup> V. RAPP (Lucien), « Les conséquences de la grève dans les services publics : réflexions sur l'utilisateur », *RFDA* 1988, p. 832.

<sup>1897</sup> RAY (Jean-Emmanuel), « La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », *Droit social* 2004, p. 747, la nouvelle version du Code du travail faisant état de cette prohibition à l'article L. 1121-1.

<sup>1898</sup> Selon l'expression du Conseil d'Etat dans son rapport public de 1994 « Service public, services publics, déclin ou renouveau » (*EDCE* n° 46, p. 28)

<sup>1899</sup> V. par exemple CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de la Rochelle et autres, préc.* (interruption du fonctionnement de lignes aériennes), CE, 12 février 1982, *Université de Paris VII, Rec. Leb.* p. 70, *D.* 1983, *IR*, p. 233, obs. Gaudemet (suppression d'un cursus de DEA) et CE, 19 juillet 1991, *Fédération nationale des associations d'utilisateurs des transports, Rec. Leb.* p. 14, *CJEG* 1991, p. 279, note J.F. Lachaume (suppression d'une ligne ferroviaire).

<sup>1900</sup> DAUCHY (José-Manuel), « Mutabilité du service public et droits des utilisateurs », *LPA* 2003, n° 251, p. 8. V. par ailleurs DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'utilisateur du service public administratif*, L.G.D.J., 1974, p. 107 : « les autorités qui ont créé discrétionnairement le service public sont habilitées à décider tout aussi souverainement que le procédé de service public ne s'appliquera plus pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général »

ce service, ce qui le laisse relativement démuné devant la décision de fermeture d'un service public ou d'une restriction de son accès<sup>1901</sup> prise sur le fondement de l'adaptation constante. Cette règle recèle incontestablement deux facettes différentes, semblant spontanément s'opposer : d'un côté, un principe s'imposant à l'administration et l'obligeant à adapter les services publics aux besoins constatés et de l'autre, une règle jouant comme une véritable prérogative de puissance publique en faveur des pouvoirs publics et au détriment des usagers<sup>1902</sup>. Aux yeux de ces derniers, ce principe « *peut donc entraîner le meilleur comme le pire* »<sup>1903</sup>, d'autant qu'au-delà de l'approche purement juridique touchant aux moyens dont les citoyens disposent pour contrer une décision de la sorte<sup>1904</sup>, les motifs avancés à la modification demeurent souvent peu lisibles. La disparition d'un service sera en cela d'autant plus mal comprise et mal vécue, qu'interviendra, derrière l'invocation du principe d'adaptation, un partage complexe entre différentes considérations dans lesquelles l'appréciation du coût financier et de la rentabilité du service joueront souvent un rôle non négligeable<sup>1905</sup>. Certes, il faut rappeler que ce principe fonde rarement la suppression pure et simple d'un service public. A l'inverse, certains services perdurent alors même qu'ils ne revêtent plus un intérêt général suffisant, les pouvoirs publics hésitant en effet à les supprimer car n'ignorant pas qu'une telle intervention est souvent très mal perçue par l'opinion publique. Toutefois, cela ne signifie pas que cette règle ne recèle aucune potentialité négative à l'égard de l'utilisateur. Elle connaît seulement d'une mise en pratique prudente, le risque étant que l'administration choisisse des voies d'adaptation détournées par lesquelles l'effacement d'un service public s'orchestre de manière plus discrète. Le principe de mutabilité n'est ainsi pas loin de devenir pour certains un principe d'imprévisibilité contrariant les impératifs de sécurité juridique dont les usagers peuvent se prévaloir, bien éloigné de la « loi de progrès » précédemment décrite. Allant à l'encontre du principe d'égalité devant le service public<sup>1906</sup> en rendant plus difficile pour certains l'accès à certaines prestations, la portée liberticide du

---

<sup>1901</sup> Par la modification des horaires d'ouverture, par exemple, mais également par la décision d'augmenter les tarifs d'accès.

<sup>1902</sup> Au point que certains auteurs n'hésitent pas à distinguer clairement ces deux aspects d'un même principe en leur donnant une dénomination différente, la mutabilité désignant ainsi pour Jean-Paul Markus la prérogative de l'administration et l'adaptation le devoir s'imposant à cette dernière. « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité aux devoirs d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 590. Sur le constat d'un principe d'adaptation à « double effet », JEANNOT (Gilles), *Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 43 et spéc. p. 46.

<sup>1903</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 366.

<sup>1904</sup> V. *supra*.

<sup>1905</sup> Le Conseil d'Etat reconnaît ainsi aux pouvoirs publics le droit de supprimer « *les services coûteux pour l'économie nationale en vue de leur substituer des services plus économiques* » (CE, 16 février 1948, *Sieur Bourdier*, *Rec. Leb.* p. 49). Sur cette question, TEITGEN-COLLY (Catherine), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Economica*, 1981, p. 208 et s.

<sup>1906</sup> V. LOMBARD (Martine) et DUMONT (Gilles), *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007, p. 318.

principe d'adaptation est souvent mise en avant, tendant à faire oublier ses incidences théoriquement bénéfiques envers les droits et libertés.

La critique du principe de continuité, peut-être plus feutrée, se fonde également sur le terrain de son utilisation par les pouvoirs publics. Il est vrai que cette règle ne trouve pas sa justification dans la seule satisfaction des usagers, mais également dans la préservation de la continuité de l'Etat, le principe de continuité des services publics constituant une émanation de cette exigence qu'elle concrétise et garantit. Dans son commentaire de l'arrêt *Winkell*, Hauriou place ainsi la continuité « *des services publics indispensables à la vie de la Nation* » parmi les « *conditions nécessaires à l'existence de l'Etat (...) plus fondamentale encore que les règles positives de la Constitution écrite* »<sup>1907</sup>, affirmation confirmée par Léon Duguit, qui précise que « *l'interruption même pendant un temps très court d'un service public est contradictoire avec l'existence même de l'Etat, le service public constituant un élément essentiel de l'Etat* »<sup>1908</sup>. L'étymologie même du mot « Etat », du mot latin *stare* à l'origine de l'adjectif « *stable* », invite d'ailleurs à un rapprochement avec l'idée de continuité<sup>1909</sup>. Dans cette perspective, cette règle sert en premier lieu l'intérêt des pouvoirs publics, fournissant un fondement explicatif à un grand nombre de principes du droit administratif telles le privilège du préalable<sup>1910</sup>, le pouvoir d'exécution forcée<sup>1911</sup>, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au chef de service<sup>1912</sup>, la théorie de l'imprévision<sup>1913</sup>, le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale des contrats administratifs,<sup>1914</sup> ou l'insaisissabilité des deniers publics. Elle serait en cela avant tout « *un ordre opposable aux gouvernés, ordre public destiné à figer l'ordre social au bénéfice de la puissance dominatrice* »<sup>1915</sup>. S'agissant de la grève dans les services publics, les intérêts de l'Etat l'emportent ainsi parfois sur les

---

<sup>1907</sup> HAURIOU (Maurice), *S.* 1909, III, p. 147.

<sup>1908</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, Ed. de Boccard, 1927, p. 413. Dans le même sens, le commissaire du gouvernement François Gazier, dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene*, considère que l'admission de la grève des fonctionnaires « *serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la notion d'un Etat à éclipses* ». V. conclusions sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *JCP* 1950, n° 5681.

<sup>1909</sup> MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'Etat en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1080.

<sup>1910</sup> Ce principe permet à l'administration d'assurer unilatéralement l'exécution de ses décisions, lesquelles s'imposent aux administrés sans intervention du juge (V. par exemple CE, 2 juillet 1982, *Huglo*, *Rec. Leb.* p. 257, *AJDA* 1982, p. 657, concl. Biancarelli, note Lukaszewicz).

<sup>1911</sup> TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, *Rec. Leb.* p. 713, concl. Romieu.

<sup>1912</sup> CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, *Rec. Leb.* p. 172, *S.*, 1937, 3, 113, note Rivero.

<sup>1913</sup> CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec. Leb.* p. 125, *RDP* 1916, p. 388, note Jèze.

<sup>1914</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec. Leb.* p. 651, *S.* 1922.3.49, note Hauriou.

<sup>1915</sup> MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'Etat en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1088.

besoins des usagers<sup>1916</sup>, ne serait-ce qu'au regard des rares réglementations interdisant l'exercice de ce droit à certaines catégories d'agents et qui concernent, pour la plupart des emplois à haute teneur de souveraineté, indispensables à la continuité de l'Etat<sup>1917</sup>. Plus marquant encore demeure l'exemple des circonstances exceptionnelles, période durant laquelle pourra être invoquée la continuité de l'Etat afin de légitimer l'inflexion de certaines libertés. Pourtant, le principe de continuité trouve assurément un second fondement dans cette satisfaction des usagers. Mais, même dans cette hypothèse, certains décèlent derrière le respect de cet objectif un but politique propice à la continuité de l'Etat. Jean-Paul Markus rappelle ainsi que l'octroi de prestations modifiant le rapport entre institutions et individus, implique non plus seulement la soumission de ces derniers mais également leur adhésion. Dès lors, « *rendant l'administré dépendant des services publics qu'il lui procure, l'Etat s'assure une emprise sur lui* »<sup>1918</sup>. Son action, légitimée, satisfait aux besoins des usagers tout en favorisant sa pérennité sous forme « *d'une sorte de marché donnant-donnant* »<sup>1919</sup>. Cependant, « *la domination demeure bien l'objectif médiateur du pouvoir, qu'il atteint à travers la réalisation de buts immédiats tendant à la satisfaction des gouvernés* »<sup>1920</sup>. La préservation d'une garantie des droits et libertés à travers cette règle ne semble alors constituer qu'un moyen au service d'une fin. Duguit lui-même, très attaché à la question de l'encadrement de la puissance étatique, reconnaît dans le service public à la fois un facteur de légitimation et de limitation de ce pouvoir. Or, paradoxalement, sacraliser le service public et la règle de continuité qui s'y attache revient à cautionner le renforcement de cette puissance<sup>1921</sup>, favorisé par le caractère ambivalent d'un principe dont il faut bien admettre que les applications pratiques ont permis un fort accroissement des prérogatives étatiques.

Ces accusations doivent toutefois, être ramenées à leurs justes proportions. Si la pratique des règles de continuité et d'adaptation par l'administration semble, dans certaines hypothèses, détournée au profit de cette dernière, et non au bénéfice de l'utilisateur, leur invocation n'est pas, pour autant, uniquement dédiée au renforcement des pouvoirs de l'Etat. Ainsi, s'il est évident

---

<sup>1916</sup> En ce sens, DORE (Lydie), « Le service minimum dans les services publics en cas de grève », *RDP* 2005, p. 892.

<sup>1917</sup> Sont ainsi privés du droit de grève les militaires, magistrats, personnels de compagnies républicaines de sécurité, agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, agents des transmissions du ministère de l'intérieur. Sur ce point, v. *infra*.

<sup>1918</sup> MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'Etat en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1097.

<sup>1919</sup> MARKUS (Jean-Paul), *Ibid.*

<sup>1920</sup> MARKUS (Jean-Paul), *op. cit.*, p. 1096.

<sup>1921</sup> V. NIZARD (Lucien), « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *Mélanges Eisenmann*, CUJAS, 1975, p. 97 et LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 363. V. également *supra*, Introduction.



que le principe de continuité du service public sert la continuité de ce dernier, il est tout aussi évident qu'une telle continuité est indispensable aux droits et libertés. En effet, « *toute la légalité tomberait d'un seul coup si l'Etat disparaissait* »<sup>1922</sup> et le renforcement de la puissance étatique sous le couvert du principe de continuité ne doit pas occulter la nécessité première d'Etat en matière de garantie des droits de l'homme. Par ailleurs, si le service public renforce la position de l'Etat, le rapport « donnant-donnant » décrit plus haut place l'utilisateur dans une situation se rapprochant de celle du créancier. En cherchant à légitimer sa position par le procédé de service public, l'Etat pérennise sa domination mais se rend, dans le même temps, plus vulnérable car dépendant de la satisfaction des gouvernés, lesquels sont aujourd'hui de plus en plus attentifs au respect de leurs prérogatives. De la même manière, l'adaptation se justifie toujours afin « *de ne pas paralyser l'action administrative par la prolifération de droit acquis de nature à rendre juridiquement impossible ou financièrement insurmontable toute volonté d'évolution* »<sup>1923</sup>, volonté qui peut se révéler, *in fine*, favorable à la garantie des droits et libertés de l'ensemble de la population. L'administration est, dans cette hypothèse, inévitablement obligée de faire des choix et « *qui dit choix dit exclusion, ce qui postule que soient laissées pour compte certaines revendications des usagers* »<sup>1924</sup>.

Néanmoins, l'ambivalence des principes de continuité et d'adaptation oblige à une appréciation contrastée. Faisant écho aux nécessités d'évolution et de continuité temporelle et spatiale des droits et libertés, la continuité et la mutabilité n'ont pas toujours en pratique rempli leurs promesses. Méritent-elles pour autant une condamnation sans appel ? Deux arguments militent en faveur d'une certaine clémence. En effet, au-delà des limites et dérives pratiques observées, et comme il a été précisé au début de cette analyse, les principes de continuité et d'adaptation demeurent nécessaires à une concrétisation satisfaisante des droits et libertés organisée sous l'égide du service public. Par ailleurs, il apparaît que les défaillances reprochées sont aujourd'hui appelées à s'estomper sous l'influence d'évolutions d'ores et déjà mises en œuvre, ou encore à venir.

---

<sup>1922</sup> WALINE (Marcel), « La grève des agents des services publics », *RD* 1950, p. 699.

<sup>1923</sup> MARKUS (Jean-Paul), « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité aux devoirs d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 591.

<sup>1924</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 366.

PARAGRAPHE SECOND  
UNE EVOLUTION DE CES PRINCIPES EN FAVEUR  
DE LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES DE L'USAGER

La pratique des règles de continuité et d'adaptation révèle que ces impératifs ne s'orientent pas toujours en faveur de l'utilisateur. Toutefois, le service public demeure une notion dynamique dont les implications contemporaines en matière de garantie des droits et libertés, sous l'égide d'un mouvement de modernisation, semblent progressivement exiger un rééquilibrage de la relation que ce procédé entretient avec l'individu. La figure classique de l'administré assujéti ou victime silencieuse des grèves s'efface progressivement au profit de celle d'un usager dont il convient de cerner et satisfaire au mieux les attentes. De cette rénovation progressive - déjà constatée dans le cadre de l'égalité - de l'image du service public et des rapports noués avec le destinataire de ses prestations, découle une lecture différente des principes gouvernant traditionnellement ce procédé. Les insuffisances ou effets négatifs déplorés dans le cadre de la mise en oeuvre des règles de continuité et d'adaptation sont appelés à s'effacer devant un souci plus systématique de protection des droits et libertés concrétisés par la position d'utilisateur (A). La satisfaction de ce dernier devient l'un des objectifs prioritaires, au point de conduire parfois au rapprochement de sa situation avec celle d'un simple client ou consommateur, confusion dont il paraît cependant nécessaire de se garder afin de conserver au service public sa dimension de garantie spécifique (B).

*A/ La réévaluation de la compréhension des principes de continuité et d'adaptation*

S'il est peut-être exagéré d'évoquer un renversement total de la lecture faite jusqu'ici des principes de continuité et d'adaptation, lesquels n'ont jamais été considérés comme hostiles par essence aux usagers, certaines évolutions actuelles laissent cependant penser que ces règles participent désormais plus activement à une meilleure prise en compte des intérêts de ces derniers. Plusieurs initiatives récentes concourent ainsi au maintien des services publics sur le territoire et à l'amélioration de leur régime juridique d'intervention, affermissant ces principes dans leur rôle d'adjuvants de la garantie des droits et libertés (1), une nouvelle réglementation de l'exercice du droit de grève initiant par ailleurs pour la première fois une

appréhension de la continuité directement tournée vers la préservation des prérogatives de l'utilisateur (2).

1) *L'aménagement des conséquences négatives du principe d'adaptation*

S'il ne fallait citer que l'un des effets défavorables attachés au principe d'adaptation, il s'agirait à l'évidence des possibilités de suppression ou de réaménagement des services publics dont les implications sont souvent très durement ressenties, tout particulièrement dans les zones rurales<sup>1925</sup>. Face à de telles mesures, les usagers estiment souvent que leurs droits ont été sacrifiés sur l'autel de considérations économiques dont la prévalence leur semble discutable. L'action des pouvoirs publics se voit alors reprochée d'être déconnectée des attentes des citoyens et de privilégier une vision globalisante de l'intérêt général.

Cette approche négative du principe d'adaptation est cependant progressivement nuancée par l'influence grandissante d'un impératif avec lequel les pouvoirs publics doivent également désormais composer, à savoir l'appréhension spatiale du principe de continuité. S'inquiétant de la nécessité d'une couverture égale des services publics sur l'ensemble du territoire<sup>1926</sup>, cette exigence entre en contradiction avec les applications les plus radicales de la règle d'adaptation et appelle ainsi une conciliation afin de préserver le droit d'accès aux services publics<sup>1927</sup>. Une préoccupation de cette sorte est déjà exprimée dans l'arrêt *Winkell*, le commissaire de gouvernement Tardieu estimant en effet à cette occasion que lorsque « *l'Etat se substitue 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 des besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète, intermittente* »<sup>1928</sup>. Or cet impératif est aujourd'hui de plus en plus régulièrement affirmé sous l'égide de nécessités d'aménagement du territoire plaçant pour une présence continue des services publics, notamment dans les zones rurales ou en proie à la ségrégation urbaine. La préservation de ce maillage territorial conditionne en effet,

---

<sup>1925</sup> Ces dernières étant régulièrement confrontées à la suppression d'implantations locales de services publics nationaux, tels les écoles, gares ou bureaux de poste, mesures qui ont, par la suite, des répercussions plus profondes. Ces territoires perdent, avec leurs services publics, une part de leur attractivité, ce qui renforce alors en effet les risques de désertification.

<sup>1926</sup> V. *supra*, Paragraphe Premier, A/, 1), a).

<sup>1927</sup> En ce sens, DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1232 et « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *RFDA* 2008, p. 17.

<sup>1928</sup> S. 1909, III, p. 145.

géographiquement, une égalité d'accès à des services publics dont dépend, par la suite, la concrétisation directe ou indirecte de nombreux droits et libertés. Les textes en la matière se multiplient et rappellent, à chaque fois avec un peu plus d'insistance, la nécessité d'encadrer la suppression des implantations locales de services publics, qu'il s'agisse des lois du 4 février 1995<sup>1929</sup> et du 25 juin 1999<sup>1930</sup> énonçant les impératifs de survie des services publics en milieu rural et la nécessité de leur présence sur l'ensemble du territoire<sup>1931</sup>, ou, plus récemment, de la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux<sup>1932</sup>, de la Charte sur l'organisation de l'offre des services publics et au public en milieu rural adoptée le 23 juin 2006<sup>1933</sup> et de la loi de modernisation de l'économie de 4 août 2008<sup>1934</sup>, laquelle a pour objet, notamment, le renforcement de l'attractivité de certaines zones du territoire à travers le développement de l'accès aux services Internet très haut débit. L'évocation de ces impératifs laisse supposer une véritable prise de conscience face aux implications négatives des disparitions de services publics, laquelle coïncide avec le mouvement de valorisation de l'impact du procédé en terme de cohésion et, *in fine*, de garantie des droits et libertés, initié par l'Union européenne<sup>1935</sup>. La règle de continuité fait en effet partie des obligations de service public posées par le droit communautaire<sup>1936</sup> et le respect de sa dimension spatiale est exigée tant par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes<sup>1937</sup> qu'à travers les implications du service universel, lequel doit

---

<sup>1929</sup> Loi d'orientation n° 95-115 du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire, *JO* 5 février 1995, p. 1973. V. LACHAUME (Jean-François), « La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 et le service public », *RFDA* 1995, p. 893.

<sup>1930</sup> Loi d'orientation n° 99-533 du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JO* 29 juin 1999, p. 9515.

<sup>1931</sup> Ces textes mettent en place un encadrement des procédures de suppression invitant les pouvoirs publics à adopter une démarche prospective respectueuse du rôle des services publics dans le cadre de l'aménagement du territoire et de la satisfaction des besoins des citoyens.

<sup>1932</sup> Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, *JO* 24 février 2005, p. 3073.

<sup>1933</sup> Cette charte, signée par le Premier ministre, quatorze grands opérateurs de services (tels EDF, GDF, La Poste ou bien encore la SNCF) et l'Association des maires de France prévoit une approche concertée de cette offre, le respect d'impératif de qualité et d'accessibilité et le développement de la mutualisation des moyens et de la polyvalence des personnels (texte disponible sur le site [www.diact.gouv.fr](http://www.diact.gouv.fr)).

<sup>1934</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JO* 5 août 2008, p. 12471.

<sup>1935</sup> V. notamment l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 16 du Traité CE et le second point de la communication de la Commission européenne du 20 novembre 2007, COM (2007) 725 final.

<sup>1936</sup> V. en ce sens, notamment, CASSIA (Paul), « Service public français et droit communautaire », *LPA* 4 juillet 2002, n° 133, p. 11 ; BOITEAU (Claudie), « L'exorbitance du droit des services publics », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, L.G.D.J., 2004, p. 191 ; RODRIGUES (Stéphane), « Les services publics dans le droit communautaire », *Cahiers Français*, n° 339, 2007, p. 19 ; KARPENSCHIF (Michaël), « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA* 2008, p. 64 et s.

<sup>1937</sup> V. les arrêts CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau* (Aff. C-320/91, *Rec.* I-2533) et CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo* (Aff. C-393/92, *Rec.* I-1508) dans lesquels le juge communautaire rappelle qu'un service d'intérêt économique général doit être assuré sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre.

être mis à la disposition de l'ensemble des utilisateurs en tout point du territoire<sup>1938</sup>. Dans ce dernier cas, l'obligation de continuité spatiale pourrait même se révéler plus stricte car, alors que l'utilisateur n'a, en France, aucun droit acquis à la création et au maintien d'un service public, il apparaît que, dans les domaines touchés par la mise en place d'un service universel, la marge d'action des pouvoirs publics est plus limitée, le service universel commandant la fourniture de prestations et interdisant en cela la suppression des services publics y étant afférents<sup>1939</sup>. Une telle exigence trouve par la suite à se répercuter au niveau national, comme en témoigne notamment la législation entourant la mise en place du service universel postal<sup>1940</sup>.

Face à cet impératif de continuité spatiale, un nouvel enjeu se dessine pour les pouvoirs publics, appelés à arbitrer entre les besoins exprimés par la population en matière de services publics, l'égalité d'accès à ces derniers, et les réalités économiques, sociales et financières plaidant dans le même temps pour l'impossibilité du maintien d'un maillage systématique sur le territoire. La manœuvre peut sembler parfois tenir du grand écart : ainsi, conserver l'ensemble des implantations locales des bureaux de poste, des hôpitaux ou des gares répond sans aucun doute aux attentes des usagers et permet de préserver un exercice facilité des droits et libertés dépendants de ces prestations, mais paraît dans le même temps relever d'une politique peu économe des deniers publics. La récente réforme de la carte judiciaire<sup>1941</sup> témoigne en ce sens de la tension toujours présente entre ces deux impératifs : si une rationalisation de la localisation des juridictions pouvait apparaître nécessaire, celle-ci a inévitablement entraîné avec elle une remise en cause de l'égalité d'accès à la justice. Par ailleurs, dans ce cadre, la solution de compromis que pourrait constituer le recours à l'administration électronique n'emporte pas totalement la conviction, de par le constat de la fracture numérique existant en France - une partie de la population ne disposant pas d'un

---

<sup>1938</sup> V. par exemple la directive n° 2002/22/CE du 7 mars 2002 relative au service universel des télécommunications définissant le service universel comme la mise à disposition de services « à tous les utilisateurs sur le territoire, indépendamment de leur situation géographique (...) ».

<sup>1939</sup> En ce sens, LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 511. V. également DONIER (Virginie), « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *RFDA* 2008, p. 17.

<sup>1940</sup> L'article 2 de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales prévoit en effet qu'il ne peut être autorisé « que plus de 10 % d'un département se trouve éloigné de plus de cinq kilomètres et de plus de vingt minutes de trajet automobile dans les conditions de circulation du territoire concerné, des plus proches points de contact de La Poste ».

<sup>1941</sup> V. notamment le décret n° 2008-1110 du 30 octobre 2008 modifiant le siège et le ressort des tribunaux d'instance, des greffes détachés, des juridictions de proximité et des tribunaux de grande instance, *JO* 31 octobre 2008, p. 16537.

accès direct à Internet<sup>1942</sup> - et des insuffisances inhérentes à ce type de procédé, notamment lorsqu'est rappelé le puissant rôle de cohésion revêtu par le service public, auquel des services virtuels ne peuvent à l'évidence prétendre<sup>1943</sup>. En revanche, une alternative plus satisfaisante peut, peut-être, être constituée par la mise en place de guichets uniques ayant pour vocation de réunir dans une même localisation différents services<sup>1944</sup> afin de préserver l'accès à certaines prestations. Cette initiative des « maisons de services publics », formalisée en France dans les lois du 25 juin 1999 et du 12 avril 2000<sup>1945</sup> et poursuivie par la Charte du 23 juin 2006 à travers la mise en place de « Relais services publics »<sup>1946</sup>, tente de rationaliser l'offre de services publics en permettant leur mutualisation et entend ainsi assurer la proximité des services publics sur le territoire en milieu urbain et rural<sup>1947</sup> tout en ménageant les finances publiques. Dans une optique voisine, écho des impératifs du service universel, se développent par ailleurs des partenariats entre les gestionnaires de services et d'autres personnes, publiques ou privées, cette politique ayant donné naissance aux « points Poste » chez des commerçants habilités à assurer le service universel postal, ou à des agences postales

---

<sup>1942</sup> De par des motifs tenant à la situation géographique des individus, mais également à leur âge, ou encore à leur situation économique : déjà souvent privés de la présence physique des services publics car habitant en milieu rural ou dans des zones urbaines dégradées, certains de ces usagers se retrouveraient alors totalement privés d'accès au service public.

<sup>1943</sup> Bien que les services publics virtuels présentent d'indéniables intérêts (en ce sens, notamment, CHATILLON (Georges), « Administration électronique et services publics », *AJDA* 2001, p. 617 et s.), ils n'ont pas le même impact que la présence physique d'un service public et comportent par ailleurs certaines limites tout particulièrement liées à la configuration standardisée des sites Internet, très utiles afin de recueillir des informations simples ou remplir des formulaires en ligne, mais peu efficaces dès que la demande de l'utilisateur devient plus complexe.

<sup>1944</sup> Pour une analyse comparée de l'expérience des guichets uniques, v. étude DIACT- EUROPA, *Les guichets uniques en Europe*, 2006.

<sup>1945</sup> Avaient auparavant été notamment expérimentés des « plates-formes de services publics » et des « points publics », mis en place par voie de circulaires, mais ce sont les lois n° 99-533 du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire (*préc.*) et n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (*JO* 13 avril 2000, p. 5651) qui ont donné à cette initiative des bases juridiques stables. Selon l'article 27 de la loi du 12 avril 2000, « afin de faciliter les démarches des usagers et d'améliorer la proximité des services publics sur le territoire en milieu urbain et rural, une maison de service public réunit des services publics relevant de l'Etat ou de ses établissements publics, des collectivités territoriales, ou de leurs établissements publics, des organismes de sécurité sociale ou d'autres organismes chargés d'une mission de service public parmi lesquels figure au moins une personne morale de droit public ». L'article 107 de la loi du 23 février 2005 ouvre désormais également à des personnes dont l'activité ne relève pas d'une mission de service public la possibilité de participer à ces initiatives. Cette novation marque le fait que les maisons de services publics concentrent les services indispensables à la vie courante, mais dilue cependant les implications spécifiques de ces initiatives envers les droits et libertés des usagers en y associant des activités purement commerciales.

<sup>1946</sup> Ces « Relais Services Publics » étant chargés d'accueillir et d'orienter le public vers les services compétents et d'aider les usagers à effectuer certaines démarches administratives relevant de plusieurs administrations ou organismes publics.

<sup>1947</sup> Le succès de cette initiative restant cependant dépendant de la volonté des acteurs concernés de collaborer et financer de telles structures. La loi n° 99-533 du 25 juin 1999 prévoit en ce sens un dispositif d'incitation financière au profit des collectivités territoriales, l'Etat s'engageant à rembourser à ces dernières les sommes liées à la mise à disposition de personnels et de locaux dès lors que ces services sont situés dans des zones de revitalisation rurale ou des zones urbaines sensibles.

communales<sup>1948</sup>. Encouragées par la loi du 23 février 2005<sup>1949</sup>, ces dernières solutions offrent assurément des perspectives de conciliation intéressantes<sup>1950</sup> mais dont il importe toujours de contrôler qu'elles ne soient pas officieusement dictées en priorité par des considérations économiques, organisant un repli silencieux de l'accès au service en ne laissant subsister au sein de ces localisations que la délivrance de prestations minimales.

Cette réserve mise à part, l'adaptation semble néanmoins appelée à atténuer ses effets les plus radicaux, s'inclinant devant la nécessité de préserver l'égalité d'accès à certaines prestations commandant l'exercice de droits fondamentaux. Mais ce principe tend également à évoluer dans son acception propre en se recentrant directement sur la satisfaction de l'utilisateur. Cette évolution est encouragée par la montée en puissance d'un impératif de qualité de plus en plus souvent attaché aux prestations de services publics<sup>1951</sup> et susceptible d'impulser une dynamique mettant en lumière les aspects positifs du principe d'adaptation<sup>1952</sup>. En effet, si la notion de qualité demeure fondamentalement subjective et recèle en cela des implications dépassant largement cette seule question<sup>1953</sup>, elle n'en reste pas moins liée à cette règle dès lors que, par qualité, est entendue l'obligation d'évolution du service public en fonction des progrès technologiques et des besoins des usagers<sup>1954</sup>. Une telle exigence est valorisée par la notion de service universel, qui fait de la qualité un de ses éléments de définition en en

---

<sup>1948</sup> Sur ces initiatives, DREYFUS (Jean-David), « Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une "loi" de proximité », *AJDA* 2005, p. 1276. V. par ailleurs le contrat de présence postale conclu entre La Poste et l'Association des maires de France le 19 novembre 2007 afin de garantir le service postal sur l'ensemble du territoire et en particulier dans les zones rurales : *AJDA* 2007, p. 2172.

<sup>1949</sup> Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, *préc.*

<sup>1950</sup> V. article L. 2251-3 du Code général des collectivités territoriales. Certains auteurs notent cependant dans ce cadre une altération de la définition organique du service public, cette loi semblant en effet permettre aux personnes privées constituées sous la forme d'associations à but non lucratif de créer et non plus seulement gérer des services publics. Sur ce point, KOUBI (Geneviève), « Service(s) public(s) en milieu rural », *Mélanges André-Hubert Mesnard*, LGDJ, 2006, p. 159 (l'auteur rattachant cette modification de perspective à la nouvelle rédaction de l'article 29-I de la loi du 4 février 1995, issue de la loi du 23 février 2005 et qui fait maintenant une place à la notion de service universel) et dans le même sens, BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 289 et s. Jean-David Dreyfus s'en tient cependant à une lecture plus distanciée de cet article et demeure attaché à la condition du critère organique posée par l'arrêt *Narcy*. V. article *préc.* p. 1277.

<sup>1951</sup> V. *La qualité des services publics*, Rapport au premier ministre de la commission présidée par Yves Cannac, La documentation Française, 2004 et CLUZEL-METAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 421 et s.

<sup>1952</sup> En ce sens, DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1232.

<sup>1953</sup> VOISSET (Michèle), « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 745. Cette exigence de qualité sera ainsi retrouvée à d'autres étapes de cette étude, attachée notamment également aux impératifs de transparence. V. *infra*, Section seconde de ce chapitre.

<sup>1954</sup> La qualité d'une prestation « est son aptitude à répondre aux besoins qu'elle est appelée à satisfaire » (Rapport Cannac, *op. cit.*, p. 11), les contours de cette exigence étant plus faciles à tracer en matière de services publics à vocation industrielle et commerciale, lesquels réclameront une adaptation fondée sur des normes de progrès techniques et technologiques objectives.

retenant cette signification précise<sup>1955</sup> et rejoint alors le principe d'adaptation dans ce qu'il a logiquement de plus bénéfique pour l'usager, et qu'illustre déjà l'arrêt *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*<sup>1956</sup> par lequel un concessionnaire de service public était mis dans l'obligation de remplacer l'éclairage urbain au gaz par un éclairage à l'électricité. En rappelant cette nécessité, le droit communautaire permet de redécouvrir l'adaptation sous un jour positif et de « reconfigurer »<sup>1957</sup> une obligation de service public, mal aimée des usagers alors même qu'elle constitue un adjuvant indispensable à la réalisation efficace de leurs droits et libertés. Sous l'impulsion de cette considération, l'adaptation « s'humanise », se subjectivise<sup>1958</sup>, et amorce ainsi un rééquilibrage plaidant également pour un renforcement du principe de continuité en faveur des usagers.

## 2) *La prise en compte accrue des usagers dans le cadre de la réglementation du droit de grève*

Face aux insuffisances de la loi du 13 juillet 1963 et la répétition, à plus ou moins courte échéance, de mouvements sociaux paralysant la vie quotidienne de la population et l'exercice de ses droits et libertés, les nécessités d'évolution de la réglementation du droit de grève et des termes de sa conciliation avec le principe de continuité étaient devenues extrêmement pressantes, tout particulièrement à l'égard des services publics des transports. Certaines expériences intéressant la prévention des conflits avaient été menées à la RATP<sup>1959</sup> et à la SNCF<sup>1960</sup>, avec des effets positifs non négligeables, certes, mais qui demeuraient toutefois

---

<sup>1955</sup> Dans son Livre vert du 21 mai 2003 consacré aux services d'intérêt général, la Commission rappelle ainsi que « le service universel veille à ce que les exigences d'intérêt général puissent tenir compte de l'évolution politique et technologique et il permet, si nécessaire, d'adapter régulièrement ces exigences à l'évolution des besoins des citoyens ». V. également CLUZEL-METAYER (Lucie), *op. cit.*, p. 536. Ainsi, le contenu du service universel portant sur la fourniture du service téléphonique est en principe révisable tous les quatre ans afin de permettre son adaptation aux évolutions technologiques et d'y inclure de nouvelles prestations

<sup>1956</sup> CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, *préc.*

<sup>1957</sup> BASILIEN-GUINCHE (Marie-Laure), « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public », *AJDA* 2007, p. 77.

<sup>1958</sup> RAIMBAULT (Philippe), « Petite histoire d'une appropriation du droit par les citoyens : la subjectivation des "lois du service public" », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Tome 2, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 523 et notamment p. 534 et s.

<sup>1959</sup> Un protocole d'accord a été signé le 11 juin 1996 et remodelé le 23 octobre 2001 entre la direction de la RATP et la plupart des organisations syndicales afin de mettre en place une procédure dite « d'alarme sociale », déclenchée lorsqu'un syndicat identifie un problème générateur de conflit et qui entraîne la tenue d'une réunion de négociation.

<sup>1960</sup> Une procédure de « demande de concertation immédiate » similaire à la procédure intervenue dans le cadre de la RATP a été mise en place par un accord du 28 octobre 2004. Sur cette procédure, OLSZAK (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 ? », *JCPA* 2005, n° 29, p. 1156.



insuffisants du fait du caractère facultatif des procédures en cause<sup>1961</sup>. Une intervention du législateur était devenue une nécessité. Interrogée, l'opinion publique se montrait, de manière constante, très largement favorable à un meilleur encadrement du droit de grève et de nombreuses propositions parlementaires, restées sans suite mais révélatrices d'une volonté de changement, plaidaient pour la mise en place d'un service minimum dans ces services publics de transport par la voie de réglementations interdisant, par exemple, la grève durant les heures de pointe<sup>1962</sup> ou durant les vacances scolaires et les jours fériés<sup>1963</sup>. Faisant écho à ces aspirations, des rapports publics sont dans le même temps intervenus afin d'éclairer la situation française à la lueur des modalités d'exercice du droit de grève retenues dans d'autres pays<sup>1964</sup> et proposer certaines pistes de réformes<sup>1965</sup>. En est ressortie avec clarté une certaine spécificité française, la réglementation du droit de grève apparaissant particulièrement peu contraignante au regard de certains exemples étrangers<sup>1966</sup>. Certes, « comparaison n'est pas raison »<sup>1967</sup> et les différences observées trouvent leurs origines dans des contextes de relations de travail, de place des services publics, de modalités de gestion et de culture de la négociation parfois très distincts de ceux connus en France<sup>1968</sup>. Néanmoins, cette observation a permis de prendre conscience des retards enregistrés en la matière et encouragé une réaction

---

<sup>1961</sup> Raymonde Vatinet remarque ainsi que, s'ils ont en effet eu certaines répercussions positives, ces accords ne lient que les syndicats signataires et ne font parfois l'objet que d'un respect formel, n'imposant par ailleurs en aucun cas la mise en place d'un service minimum. En outre, il est toujours possible de s'interroger sur la validité de tels accords au regard de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, laquelle estime « qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu », et rappelle ainsi la compétence naturelle du législateur en la matière. (V. Ccass, soc., 7 juin 1995, *Transports Seroul*, *Bull. civ.* V, n° 180, D. 1996, Jur., p. 75, note B. Mathieu). VATINET (Raymonde), « Les enjeux du service minimum dans les transports publics, *JCP G* 2007, n° 25, p. 4.

<sup>1962</sup> V. notamment AN, 17 février 1999, prop. n° 1404, *visant à protéger les droits des usagers, à améliorer le dialogue social et à assurer la continuité dans les services publics* et AN, 4 novembre 2003, prop. n° 1181, *visant à instaurer un service minimum dans les transports publics en cas de grève*.

<sup>1963</sup> V. AN, 12 juin 2001, prop. n° 3135, *visant à interdire la grève des transports durant les périodes de congés scolaires*.

<sup>1964</sup> V. rapport d'information R. Lecou « Le service minimum dans les services publics en Europe : comparer pour mieux réformer », Rapp. AN n° 1274 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne (4 décembre 2003).

<sup>1965</sup> V. rapport de la Commission présidée par D. Mandelkern « La continuité dans les transports terrestres de voyageurs », La Documentation française, Bibliothèque des rapports publics, AN, 2004.

<sup>1966</sup> De nombreux pays, tels l'Italie, la Suède ou la Finlande, ont établi une liste de services publics considérés comme essentiels et pour lesquels est imposé un service minimum, d'autres pays ne connaissant pas de tels aménagements pour la simple raison que les fonctionnaires ne disposent pas du droit de grève, comme en Allemagne ou au Danemark, ou que l'exercice de ce droit est très strictement limité, comme c'est le cas au Royaume-Uni.

<sup>1967</sup> Cette approche comparée a pu être considérée comme instrumentalisée afin de présenter la France comme le « mauvais élève » en la matière, ceci afin de légitimer une réforme du service public des transports. En ce sens, RABILLER (Stéphane), « L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport », in F. Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 194.

<sup>1968</sup> V. DORE (Lydie), « Le service minimum dans les services publics en cas de grève », *RDJ* 2005, p. 885.

de la part des pouvoirs publics, formalisée par la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs<sup>1969</sup>.

Ce texte fait le choix d'un renforcement sensible des mécanismes de prévention des grèves et s'inscrit en cela très nettement dans une perspective de concertation, et non de confrontation. Le dialogue social est privilégié : en amont de tout risque de conflit collectif devra être menée une négociation dont les règles et les modalités de déroulement sont prédéfinies par un accord-cadre signé par l'employeur et les syndicats<sup>1970</sup>. Cette négociation constituant un préalable obligatoire à tout dépôt de préavis et, pouvant durer au maximum huit jours francs, permet ainsi l'allongement d'un temps de dialogue autrefois enfermé dans les limites d'un délai de cinq jours. En outre, la loi interdit désormais la pratique des « préavis en cascade », un nouveau préavis ne pouvant être déposé par la ou les mêmes organisations syndicales et pour les mêmes motifs qu'à l'issue du préavis en cours<sup>1971</sup>. Si, malgré ces procédures, la grève ne peut être évitée, il appartiendra alors à l'autorité organisatrice des transports<sup>1972</sup> de définir les dessertes prioritaires, les niveaux de service, leurs fréquences et leurs plages horaires puis, sur cette base, à l'entreprise d'élaborer un plan de transport et un plan d'information en direction des usagers<sup>1973</sup>, la loi prévoyant à l'égard de ces derniers un véritable droit à l'information, laquelle doit être précise, fiable et fournie au moins vingt-quatre heures avant le début des perturbations. Afin de permettre une certaine prévisibilité de l'ampleur du mouvement, est désormais également demandé aux agents désireux de faire grève d'en

---

<sup>1969</sup> Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs, *JO* 22 août 2007, p. 13956. V. VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs », *JCP G* 2007, n° 40, p. 15.

<sup>1970</sup> La loi prévoyait que cet accord cadre soit signé au niveau des entreprises de transports ou, à défaut, des branches, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008, toute carence devant entraîner une définition de l'accord par décret en Conseil d'Etat. C'est cette dernière hypothèse qui s'est produite, légitimant l'intervention du décret n° 2008-82 du 24 janvier 2008 relatif à l'application de l'article de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social (*JO* 26 janvier 2008, texte 28). Cet accord cadre fixe notamment les conditions de notification des motifs du conflit, le délai d'organisation d'une réunion entre partenaires sociaux (trois jours au maximum à compter de la notification), la durée de négociation (huit jours francs au maximum), et les modalités d'élaboration et le contenu du relevé de conclusion de la négociation.

<sup>1971</sup> Dans sa décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007 (*LPA* 2007, n° 193, p. 11, note Sauret), le Conseil constitutionnel accueille cette disposition en rappelant « 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 mettant en cause la continuité du service public, d'assurer une conciliation entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général ». (V. cons. 14).

<sup>1972</sup> Définie comme « 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 ».

<sup>1973</sup> La loi ayant prévu la signature d'un accord de prévisibilité entre l'entreprise et les syndicats avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008, afin de recenser en amont les catégories et les affectifs d'agents et les conditions de réorganisation du travail et de réaffectation des agents non grévistes. Des plans de prévisibilité ont ainsi été adoptés tant à la SNCF qu'à la RATP.

informer leur employeur quarante-huit heures avant<sup>1974</sup>, sous peine de sanction disciplinaire, la loi faisant seulement ici office de rappel lorsqu'elle précise par ailleurs le principe des retenues sur salaire applicable en cas de grève. Enfin, est prévue en cas de défaillance dans la mise en œuvre du plan de transports ou du plan d'information, l'obligation pour l'entreprise de rembourser les titres de transport de l'usager. Ce texte est important à plus d'un titre, et en premier lieu, bien sûr, parce qu'il illustre le réinvestissement du législateur dans la problématique du droit de grève, et ce dans une perspective dynamique, les auteurs de la loi n'excluant pas que le dispositif instauré, limité pour l'heure aux transports terrestres, soit par la suite étendu aux autres modes de transports publics des voyageurs<sup>1975</sup>, voire à l'ensemble des services publics<sup>1976</sup>.

Comme en réponse à cette dernière remarque, l'effort des pouvoirs publics afin de limiter les effets négatifs des mouvements de grève s'est par ailleurs poursuivi dans le domaine, bien différent, du service public de l'éducation, à travers l'instauration, par la loi du 20 août 2008<sup>1977</sup>, d'un droit d'accueil pour les élèves des écoles primaires publiques et privées en cas d'absence des enseignants<sup>1978</sup>. Si la grève n'est pas le seul événement visé<sup>1979</sup>, il est clair que c'est prioritairement afin de rendre cette dernière « *indolore aux usagers* »<sup>1980</sup> que le texte met

---

<sup>1974</sup> Cette disposition, défendue par le rapport Mandelkern, était particulièrement contestée par les syndicats, lesquels y voyaient une atteinte à la dimension collective normalement attachée aux mouvements de grève (sur le débat sur la déclaration individuelle de mise en grève, DE BECHILLON (Denys), « A propos du droit de grève et de l'amélioration du service public des transports », *Mélanges Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 21 et s.). Là encore, cependant, le Conseil constitutionnel a estimé que cette disposition « *ne s'oppose donc pas à ce qu'un salarié rejoigne un mouvement de grève déjà engagé et auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer ou auquel il aurait cessé de participer, dès lors qu'il en informe son employeur au plus tard 48 heures à l'avance* » et ne décèle ainsi ici aucune disproportion entre cet aménagement de l'exercice du droit de grève et l'objectif poursuivi par le législateur. (V. cons. 29). Le plan de prévisibilité de la RATP obligeant l'agent à se déclarer gréviste au début du mouvement de grève et seulement à ce moment a ainsi été annulé par le juge administratif (CE, 19 mai 2008, *Syndicat SUD-RATP*, JCP A 2008, n° 15, p. 34, note D. Jean-Pierre)

<sup>1975</sup> L'article 13 de la loi du 21 août 2007 prévoyait en effet qu'un rapport devait être adressé par le gouvernement au Parlement avant le 1<sup>er</sup> mars 2008, afin de proposer « *les mesures législatives nécessaires à la mise en œuvre d'un dispositif de continuité dans les autres modes de transport public des voyageurs* ». Ce rapport est toujours en attente de publication.

<sup>1976</sup> V. Rapport Procaccia déposé le 12 juillet 2007, *Doc. Sénat* n° 385, p. 8. Un récent sondage (*La tribune BFM*, mars 2008) révèle qu'une forte majorité de Français est favorable à cette extension. V. VATINET (Raymonde), « « Un nouveau droit des conflits de travail ? », *Droit social* 2008, p. 673.

<sup>1977</sup> Loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, *JO* 21 août 2008, p. 13076. V. article L. 133-1 du Code de l'éducation.

<sup>1978</sup> La mise en place de ce droit d'accueil trouvant à intervenir, en cas de grève, lorsque les procédures de négociations préalables tendant à la prévention du conflit n'ont pas abouti. La loi du 20 août 2008 instaure en effet en amont un dispositif relevant d'une logique de prévention identique à celle défendue au sein de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service dans les transports de voyageurs. (V. *supra*). Des principes identiques sont par ailleurs retrouvés en ce qui concerne l'interdiction des préavis dits « glissants » et l'obligation faite aux enseignants de se déclarer grévistes au moins quarante-huit heures avant de prendre part au mouvement.

<sup>1979</sup> Le texte faisant état, au-delà de la survenance d'un mouvement de grève, de « *l'absence imprévisible* » d'un professeur.

<sup>1980</sup> RAIMBAULT (Philippe), « Un droit d'accueil pour la rentrée », *AJDA* 2008, p. 1949.

en place ce qui n'apparaît, en aucun cas, comme un service minimum dans le service public de l'éducation, mais seulement comme un service public d'accueil et d'encadrement des enfants durant les heures d'école. Ce dernier service est ainsi distinct du service d'enseignement, même s'il trouve, pour le Conseil constitutionnel, à s'y rattacher au sens où « *il lui est directement associé et contribue à sa continuité en permettant, le cas échéant, au personnel enseignant présent (...) de continuer à assurer leur enseignement sans avoir à s'en détourner pour assurer l'accueil des enfants dont les enseignants sont absents* »<sup>1981</sup>. Le droit d'accueil permet en cela de préserver de bonnes conditions de délivrance de l'enseignement pour les enseignants non grévistes, ce qui ne peut que profiter aux élèves de leurs classes<sup>1982</sup>. Cependant, il apparaît aisément que les principaux destinataires et bénéficiaires de ce nouveau service public demeurent les parents de l'enfant, délivrés de l'obligation de chercher des solutions alternatives d'accueil en cas de grève d'un enseignant.

Quel est l'impact de ces mesures sur le principe de continuité et la garantie des droits et libertés découlant de son respect ? A l'évidence, le bilan reste contrasté dans le cadre des transports, au sens où ce texte n'organise pas réellement de service minimum car n'impose à aucun moment « *une activité irréductible au gestionnaire d'un service public* »<sup>1983</sup>. Ont clairement ici été privilégiées des solutions préventives de concertation et la recherche d'une amélioration de la prévisibilité des mouvements sociaux permettant d'anticiper et d'amortir les perturbations du service. En outre, le mécanisme comporte certaines failles : le risque lié à la pratique des « préavis glissants » n'est pas totalement écarté car l'interdiction ne s'imposant qu'aux syndicats ayant déposé le premier préavis et pour le même motif, elle ne s'oppose pas à des dépôts de préavis successifs par des organisations distinctes ou fondés sur des motifs différents<sup>1984</sup>. Reste par ailleurs à déterminer quelles seront les retombées concrètes de la mise en œuvre de ces dispositions, l'écart étant parfois très grand entre la lettre et la pratique, tout particulièrement en matière de mise en œuvre du droit de grève, *a fortiori* dans l'hypothèse de mouvement sociaux de très grande ampleur. Au-delà, cependant, ce texte consacre assurément une approche renouvelée en ce qu'il place l'utilisateur et ses droits et

---

<sup>1981</sup> CC n° 2008-569 DC, 7 août 2008, *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, considérant n° 7.

<sup>1982</sup> Sur les modalités de mise en œuvre de ce droit d'accueil, notamment en ce qui concerne la mobilisation des personnels nécessaires et le financement de cette initiative, RAIMBAULT (Philippe), *op. cit.*, p. 1952 ; VERPEAUX (Michel), « Accueil minimum des élèves : le partage des rôles entre l'Etat et les communes », *AJDA* 2008, p. 2410.

<sup>1983</sup> MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA* 2007, p. 1755.

<sup>1984</sup> V. VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs », *JCP G* 2007, n° 40, p. 22.

libertés au cœur de la problématique soulevée par la conciliation du principe de continuité avec le droit de grève. Il pose en effet des obligations à la charge de l'entreprise et des autorités organisatrices des transports, tant vis-à-vis de l'organisation du service que par rapport à l'information devant être délivrée, et ce afin d'éviter que soit portée une atteinte disproportionnée aux droits et libertés de l'utilisateur attachés aux services publics en cause. Dans le cadre de la conciliation avec le droit de grève, le législateur prend ainsi soin d'annoncer en exergue du texte, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi, que les services publics terrestres de transports de personnes « *sont essentiels à la population car ils permettent la mise en œuvre des principes constitutionnels suivants : la liberté d'aller et venir ; la liberté d'accès aux services publics, notamment sanitaires, sociaux et d'enseignement ; la liberté du travail ; la liberté du commerce et de l'industrie* ». Ce faisant, il formalise expressément le rôle de garantie, directe ou indirecte, des services publics intéressés à l'égard de certains droits et libertés de l'utilisateur<sup>1985</sup> et réaffirme avec force la nécessité de conciliation du droit de grève avec ces prérogatives constitutionnelles<sup>1986</sup>, l'encadrement du droit de grève n'apparaissant pas aussi liberticide envers les agents que ne le serait son absence totale pour l'utilisateur. Le principe de continuité est cette fois clairement tourné vers la satisfaction de ce dernier, ce « *tiers exclu* »<sup>1987</sup> dont les droits et libertés sont classiquement oubliés lorsqu'il s'agit de régler la grève dans les services publics, et envers lequel tous les acteurs du service public des transports – pouvoirs publics, entreprises et agents – retrouvent désormais une responsabilité.

Les termes du débat se posent en revanche de manière quelque peu différente en ce qui concerne le service public d'accueil dans les écoles primaires. En effet, ce dernier sert en réalité bien plus les pères et mères de famille que les usagers directs de ce service, à savoir les enfants scolarisés. Ces derniers ne connaissent pas d'un service minimum d'enseignement et

---

<sup>1985</sup> Le législateur français semble ici calquer sa démarche sur celle défendue en Italie, pays dans lequel la liste de services essentiels soumis à des obligations de service minimum regroupe « *les services visant à assurer dans leur contenu essentiel la jouissance des droits constitutionnels de la personne : droit à la vie, à la santé, à la liberté, à la sûreté, à la libre circulation, à l'assistance et à la prévoyance sociale, à l'éducation et à la liberté de communication* ». V. BALLESTRERO (Maria-Vittoria), « Le droit de grève en Italie », *Droit Social*, avril 2004, p. 390.

<sup>1986</sup> Ce contrôle de proportionnalité entre droits fondamentaux est par ailleurs repris quelque mois plus tard en matière de droit de grève par la Cour de justice des communautés européennes. Dans un arrêt *Viking* du 11 décembre 2007 (Aff. C-438/05), l'instance communautaire insiste en effet sur la nécessité que l'entrave portée par le droit de grève à la liberté d'établissement soit « *apte à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi* » et qu'elle n'aille pas « *au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ». Dans le même sens, mais dans le cadre d'une conciliation avec la libre prestation de service, v. CJCE, 11 décembre 2007, *Laval*, Aff. C-341/05.

<sup>1987</sup> DE BECHILLON (Denys), « A propos du droit de grève et de l'amélioration du service public des transports », *Mélanges Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 22.

ne bénéficient que d'une prestation relevant, somme toute, d'une activité de garderie et non de délivrance des savoirs. Au-delà de l'influence indirecte sur le droit à l'éducation relevé par le Conseil constitutionnel pour les élèves des enseignants non grévistes<sup>1988</sup>, ce n'est donc pas au regard de ce « droit-créance » que se découvre prioritairement l'impact du service d'accueil, mais bien plutôt envers la liberté du travail des parents de l'enfant. La grève des enseignants peut en effet avoir pour conséquence, très clairement relevée par les auteurs de la loi du 20 août 2008<sup>1989</sup>, d'obliger l'un des parents à demeurer au domicile afin d'assurer la garde des enfants. Or, dans un contexte économique difficile, chaque journée de travail vient à compter, pour les parents concernés comme pour la bonne santé financière de la Nation. Il ne semble d'ailleurs pas résulter du hasard que le législateur, après un si long silence, ait, dans un court laps de temps, traité de la grève dans les transports puis dans l'enseignement<sup>1990</sup>. Dans les deux cas, la cessation de travail dans ces services publics tend à entraîner d'importantes atteintes à la liberté du travail et à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>1991</sup>, dont l'impact, éprouvé individuellement par les usagers rencontrant des difficultés pour aller travailler, se ressent *in fine* sur l'ensemble de l'économie nationale<sup>1992</sup>. Toute grève a un coût que les pouvoirs publics entendent aujourd'hui minimiser. Il n'est ainsi pas interdit de penser que la préservation des libertés économiques occupe une place non négligeable dans le renouveau du principe de continuité, sans qu'il faille pour autant forcément conclure à la primauté de ce seul objectif. D'autres droits et libertés restent en effet en jeu dans le cadre de la conciliation opérée, qu'une réglementation plus efficace du droit de grève au sein du service public entend mieux garantir.

---

<sup>1988</sup> V. *supra*.

<sup>1989</sup> Lors de la discussion générale du projet de loi devant le Sénat, le ministre de l'Education nationale mettait très clairement en exergue cet aspect dans les termes suivants : « *il est fort illogique que cet enseignement fondamental transmis par l'école fut démenti à chaque mouvement de grève d'ampleur des personnels enseignants, leur légitime liberté à cesser leur travail dans le cadre d'un préavis de grève entrant alors en conflit avec la liberté des familles de poursuivre leur propre activité professionnelle, si elles le désirent. Car c'est bien aux familles que revient le soin de trouver, souvent dans l'urgence, une solution de garde pour leurs enfants lorsque l'école n'est plus en mesure de le faire, solution qui, bien souvent, n'est autre que l'interruption forcée de l'activité professionnelle, parfois sans solde, avec des conséquences souvent durables sur les relations avec l'employeur* ». Débats Sénat, Séance du 26 juin 2008, disponible sur le site [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

<sup>1990</sup> D'autant plus que si la situation relevait d'une certaine urgence dans le cadre des services publics de transports, très souvent confrontés à des mouvement de grève, l'intervention législative pouvait paraître moins essentielle dans le cadre du service public de l'enseignement, lequel, durant l'année scolaire précédant le vote de la loi, n'avait connu que trois jours de grève (RAIMBAULT (Philippe), *op. cit.*, p. 1949).

<sup>1991</sup> Ces deux libertés étant citées parmi les principes constitutionnels rappelés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service dans les transports de voyageurs. (V. *supra*).

<sup>1992</sup> Le coût global de la grève dans les transports durant le mois de novembre 2007 a ainsi été évalué entre 300 et 400 millions d'euros par le ministre de l'Economie et des finances.

Les évolutions constatées en matière de continuité et d'adaptation témoignent ainsi d'une meilleure prise en compte des droits de l'individu, le mouvement actuel tendant à replacer le service public au cœur de la satisfaction des droits et libertés de l'utilisateur et à formaliser ainsi expressément son rôle de garantie et les nécessités de conciliation qui en découlent<sup>1993</sup>. Un tel repositionnement n'est pas sans effets sur l'appréhension de l'intérêt général guidant le service public, car replacer l'individu au cœur de ce procédé, valorisé en tant que « *point idéal de conjonction entre l'intervention publique et la satisfaction des besoins individuels* », est susceptible de favoriser, ainsi qu'il a déjà pu être constaté sous d'autres formes en matière d'égalité devant le service public, la montée en puissance « *d'un intérêt général "individualisé" par opposition à l'intérêt général actuel, qui privilégie la collectivisation* »<sup>1994</sup>. Tourné vers l'utilisateur, le service public renouvelle, à travers ses principes de fonctionnement, les termes de sa légitimité et renoue avec sa finalité première de garantie. Les évolutions retracées doivent, en ce sens, être saluées. Toutefois, cette « individualisation » annoncée doit préserver la dimension spécifique de la relation nouée avec l'utilisateur et ne pas obéir à une compréhension dénaturée assimilant ce dernier à un simple client ou consommateur.

### ***B/ Le danger d'une confusion entre garantie des droits de l'utilisateur et satisfaction du consommateur***

Le repositionnement constaté des principes de continuité et d'adaptation a-t-il pour seule visée la garantie des droits et libertés de l'utilisateur ? Ne s'insère-t-il pas également dans une perspective, sensiblement différente, de satisfaction du consommateur de services publics ? Certains n'ont vu, dans le réaménagement du droit de grève opéré par la loi sur le dialogue social, qu'un effort entrepris à l'attention du « client » des services publics des transports<sup>1995</sup>, mais si un tel rapprochement semble aujourd'hui parfois retrouvé (1), il n'en demeure pas moins contestable, dans son esprit comme dans la réalité de sa mise en œuvre, au regard du rôle de garantie des droits et libertés dont le service public est investi et qui milite contre une telle confusion (2).

---

<sup>1993</sup> Quant aux effets d'une telle évolution sur le droit de grève des agents, v. *infra*, Titre Second, Chapitre Second.

<sup>1994</sup> BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 182.

<sup>1995</sup> SAURET (Alain), « 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 », *LPA* 2007, n° 193, p. 5 : « *Il est indéniable que l'utilisateur du service public acquiert une mentalité de client qui le conduit à exiger des prestations de qualité (...)* ».

### 1) Une évolution vers un « consommateur-usager »

« *L'utilisateur est-il devenu le client du service public ?* ». Cette interrogation, soulevée dès 1995 par Christian Barbier<sup>1996</sup>, n'a, depuis lors, jamais cessé d'être posée<sup>1997</sup>, attisée par un contexte favorable à une telle assimilation. De nombreuses raisons, non dénuées d'une certaine subjectivité, militent en ce sens, au premier rang desquelles, aujourd'hui peut-être plus encore qu'en 1995, la montée en puissance du libéralisme économique. « *La révérence due par tous au jeu de la concurrence dans notre société marchande* »<sup>1998</sup>, encouragée par le droit communautaire, a en effet initié un profond changement des mentalités et auguré « *la consécration du modèle de l'entreprise privée* »<sup>1999</sup> au détriment de la figure traditionnelle du service public, réputée dépassée et peu performante. En a découlé un essor des doctrines individualistes et, partant, une perte de confiance en un procédé fondé depuis l'origine sur des idées de communauté et de solidarité<sup>2000</sup> réputé peu protecteur des aspirations profondes de ses usagers. Le sort du consommateur a pu paraître plus enviable. Trouvant satisfaction de ses besoins par l'activité d'entreprises privées obéissant, pour leur survie, à des impératifs de proximité, d'efficacité et de souplesse<sup>2001</sup> renouvelant avantageusement les exigences traditionnelles de continuité et d'adaptation, il bénéficie par ailleurs d'une protection particulière instituée par le droit de la consommation, destiné à rééquilibrer ses rapports avec le professionnel<sup>2002</sup>, là où les principes de fonctionnement du service public sont réputés avoir failli à préserver les intérêts des usagers<sup>2003</sup>.

Il est du reste spontanément tentant d'assimiler à de simples clients les usagers des services publics industriels et commerciaux. Ces derniers se trouvent en effet majoritairement placés

---

<sup>1996</sup> BARBIER (Christian), « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? », *JCP G* 1995, I, n° 3816, p. 31.

<sup>1997</sup> V. ainsi la thèse de Jacques AMAR, *De l'utilisateur au consommateur*, PUAM, 2001 et le dossier « Administrés, usagers ou clients ? », *CFP* février 2008, p. 5 et s.

<sup>1998</sup> BURDEAU (François), « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 391.

<sup>1999</sup> VAN LANG (Agathe), « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », *RDP* 2004, p. 1025.

<sup>2000</sup> V. MELLERAY (Fabrice), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003, p. 1963.

<sup>2001</sup> Valeurs aujourd'hui directement attachées aux sociétés commerciales, comme le rappelle Bernard Quiriny dans son article « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA* 2008, p. 20.

<sup>2002</sup> Le droit de la consommation pouvant se définir comme « un droit de *protection du présumé faible - le consommateur - contre le présumé fort - le professionnel* ». PAISANT (G.), « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du rapport direct », *JCPG* 2003, n° 13, p. 549.

<sup>2003</sup> Est ici retrouvée la critique attachée aux principes de continuité et d'adaptation. Ce constat procède d'un véritable renversement au sens où Jacques Chevallier pouvait considérer, en 1975, que l'utilisateur du service public se trouvait dans une situation privilégiée face au consommateur et que le droit de la consommation naissant devait prendre pour modèle le statut de l'utilisateur. CHEVALLIER (Jacques), « Les droits du consommateur usager des services publics », *Droit Social* 1975, p. 75.



dans un rapport de droit privé. L'enjeu demeure l'offre des prestations similaires à celles fournies par des entreprises privées en contrepartie d'un prix, à l'instar de ce qui est attendu d'une relation de clientèle classique. Entre usager et consommateur, les différences paraissent si minces que les deux statuts semblent pouvoir se fondre en un seul. Quant aux services publics administratifs, longtemps épargnés par toute assimilation avec la sphère privée<sup>2004</sup>, leurs frontières se sont brouillées sous l'influence du droit communautaire lequel fait fi des distinctions privilégiées en France et favorise une lecture économique de leurs activités<sup>2005</sup>. Même s'ils existent, rares sont donc les services publics considérés par l'Union européenne comme véritablement « hors-marché », ce qui invite certains auteurs à estimer qu'aucune différenciation majeure ne devrait intervenir entre les deux catégories de services, les usagers de services publics administratifs étant appelés à être considérés comme des consommateurs au même titre que les usagers des services publics industriels et commerciaux<sup>2006</sup>. L'érosion de la distinction SPA/SPIC n'est d'ailleurs pas la seule incidence due au droit communautaire, lequel survole en outre très largement la logique de répartition réservant l'application du droit de la consommation aux seules entreprises privées. Considérant comme professionnelle « *la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestations de services* », la directive communautaire n° 93/13 du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, transposée par la loi du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>2007</sup>, a ainsi prévu explicitement son application à l'ensemble des professionnels, de nature publique ou privée. En filigrane, ce texte reconnaît donc la possibilité pour les usagers de requérir contre les clauses abusives qu'ils seraient amenés à connaître dans le cadre des contrats les liant aux services publics. L'argument assimilant cet usager à un consommateur se pare ainsi d'une argumentation plus objective : appliquer le droit de la consommation aux usagers des services publics revient à leur conférer des prérogatives identiques à celles des consommateurs classiques. Sous l'empire d'un régime juridique unifié, les usagers de services publics seraient ainsi des consommateurs comme les autres<sup>2008</sup>, confusion encouragée tant par le juge judiciaire que le juge administratif. Le premier n'hésite pas en effet, dès 1987, à contrôler la présence de clauses abusives dans des contrats conclus entre des services publics

---

<sup>2004</sup> V. notamment en cela la démonstration de Pierre Delvolvé, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *DA* 1993, n° 10, p. 5. Cet auteur propose cependant une grille d'analyse dans laquelle il distingue déjà les services publics administratifs fournissant des prestations individualisées à titre onéreux des services collectifs, gratuits et régaliens.

<sup>2005</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Second Chapitre.

<sup>2006</sup> V. AMAR (Jaques), « De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics », *D.* 2001, n° 34, p. 2814 et « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *Contrats, Conc., Consomm.*, janvier 2002, p. 13.

<sup>2007</sup> Loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 concernant les clauses abusives, *JO* 2 février 1995, p. 1755.

<sup>2008</sup> QUIRINY (Bernard), « Les droits de l'usager face au droit du marché », *RFDA* 2008, p. 21.

industriels et commerciaux et leurs usagers<sup>2009</sup>. La réponse du juge administratif, si elle est plus tardive, va dans le même sens : qu'il s'agisse de réglementation des clauses abusives dans l'arrêt *Société des eaux du Nord* du 11 juillet 2001<sup>2010</sup> ou de problématiques touchant aux ventes liées dans l'arrêt *Union fédérale des consommateurs* du 13 mars 2002<sup>2011</sup>, les règles issues du droit de la consommation sont, pour le Conseil d'Etat, applicables aux services publics. De nombreux auteurs ne voient, du reste, dans cette intervention du droit de la consommation qu'une conséquence logique de l'application à leur égard du droit de la concurrence, les deux corps de règles composant les « *deux faces d'un même droit du marché* »<sup>2012</sup> et l'irruption du droit de la consommation ne faisant qu'achever le mouvement initié en 1997 par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « *Million et Marais* »<sup>2013</sup> en matière de droit de la concurrence<sup>2014</sup>. Selon la vision du commissaire du gouvernement Catherine Bergeal sur l'arrêt *Société des eaux du Nord*<sup>2015</sup>, le juge administratif ferait par ailleurs ici preuve de réalisme au sens où, comme il a été rappelé, certains services se comportent comme des entreprises privées et « *que la politique de ces services publics est d'ailleurs officiellement de transformer l'utilisateur en client* ». Il est vrai en effet que la modification de la figure de l'utilisateur en consommateur n'est parfois pas subie mais encouragée par l'administration dans le cadre de ses services marchands. Voyant aujourd'hui leurs monopoles et prérogatives remis en cause, les services publics industriels et commerciaux se trouvent plongés dans une

---

<sup>2009</sup> CA Angers, 16 décembre 1987, *EDF c/ Briant et autres*, *CJEG* 1988, p. 178, note P. Sablière ; TGI Mâcon 25 février 1991, *UFC c/ Syndicat intercommunal des eaux de Mâcon et ses environs*, *CJEG* 1991, p. 404, note L. Richer ; Cass civ., 13 novembre 1996, *UFC c/ France Télécom*, *Bull. civ.* n° 399, p. 279, *LPA* 22 décembre 1997, n° 153, note Huet.

<sup>2010</sup> CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *Rec. Leb.* p. 348 ; *D.* 2001, p. 2810, note J. Amar. Etait en cause une action en responsabilité engagée devant le juge judiciaire à l'encontre d'un distributeur par une personne privée victime d'un dégât des eaux. A cette occasion, a été renvoyée devant le juge administratif la question de la légalité d'une clause du règlement du service de distribution d'eau limitative de la responsabilité du fournisseur, laquelle a été reconnue comme abusive par le Conseil d'Etat au regard du Code de la consommation. Il faut noter que le juge administratif avait auparavant tenté une timide incursion dans le droit de la consommation, mais sans viser expressément ses sources : CE, 29 juin 1994, *Cainaud*, *BJCP* 1994, n° 19, p. 519, concl. C. Bergeal.

<sup>2011</sup> CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, *Rec. Leb.* p. 94 ; *BJCP* 2002, p. 230, concl. Schwartz. Suite à une modification du système de tarification des trains de banlieue parisiens, il n'était plus possible d'acheter de tickets distincts permettant de voyager d'une gare de banlieue à une gare parisienne ou de voyager dans Paris. Un seul et même ticket était offert à la vente quel que soit le voyage à effectuer, ce qui obligeait les voyageurs ne souhaitant pas se déplacer dans Paris à acheter un ticket prévoyant cette prestation. L'UFC considérait qu'il s'agissait d'une vente liée, argumentation examinée mais rejetée par le juge administratif.

<sup>2012</sup> DEFFIGIER (Clotilde), « Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics », *RFDA* 2003, p. 775. Cet auteur rappelle en effet que le droit de la consommation a pour objet de régler les rapports entre professionnels et non professionnels quand le droit de la concurrence régit l'activité des professionnels entre eux. V. également QUIRINY (Bernard), *op. cit.*, p. 22.

<sup>2013</sup> CE, Sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec. Leb.* p. 393, *RDP* 1998, p. 256, note Y. Gaudemet.

<sup>2014</sup> Dès 1993, Pierre Delvolvé précise que « finalement, les rapports entre droit français et communautaire de la consommation et services publics sont du même type, soulèvent les mêmes problèmes et appellent les mêmes solutions que pour le droit de la concurrence ». V. « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *DA* 1993, n° 10, p. 5.

<sup>2015</sup> V. ses conclusions sur CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *CJEG* 2001, p. 500.

atmosphère concurrentielle dans laquelle l'utilisateur n'est plus captif. Libre de choisir entre différents prestataires de services, il est alors nécessaire, aujourd'hui bien plus qu'hier, de le séduire en lui proposant des offres adaptées à ses attentes. Le discours sur la qualité du service public investit cette problématique et inscrit le service public dans une démarche concurrentielle incitant par certains aspects ce procédé à rapprocher son fonctionnement de celui de l'entreprise privée<sup>2016</sup>. Des impératifs de management public se font jour car il faut rationaliser et ajuster l'offre en fonction des attentes, tandis que la rhétorique de ces services évolue et fait place à une notion de clientèle qu'il convient de satisfaire grâce à une individualisation sans cesse plus poussée des prestations. En cela, « *de même qu'une société commerciale traitera chaque client comme un partenaire différent, négociant avec lui le contenu de la prestation et son prix, les services publics tendent à multiplier les tarifs particuliers, comme s'il s'agissait in fine de proposer autant de tarifs qu'il y a d'utilisateurs (...)* »<sup>2017</sup>. Les services publics en cause perdent alors une part de leur caractère abstrait, ce qui encourage pragmatiquement le rapprochement des règles les gouvernant avec celles dont connaissent déjà les entreprises privées.

Il est loisible de voir dans l'avènement de l'utilisateur consommateur un progrès, qui trouve, par certains aspects, à s'inscrire dans la problématique des droits et libertés. Vecteur d'une modernisation des principes régissant le service public, la focalisation sur le rôle de ce dernier en matière de garantie des droits et libertés privilégie « *une conception du droit marquée du sceau de l'idéologie individualiste* »<sup>2018</sup>. Cette mission spécifique impartie au procédé encourage ainsi le glissement vers le statut de client. Nouvellement armé des prérogatives conférées par le droit de la consommation, l'utilisateur rompt alors avec la figure traditionnelle de l'assujéti et rééquilibre à son avantage une relation que les principes de continuité et d'adaptation peinaient à instaurer sur des bases égalitaires. Toutefois, si la symbolique liée à l'approche consumériste des services publics est forte, elle n'est ni réellement concrétisée, ni véritablement souhaitable au sens où l'utilisateur, justement au regard d'une garantie réelle de ses droits, ne peut ni ne doit se résoudre à être totalement confondu avec un consommateur.

---

<sup>2016</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Le discours de la qualité administrative », *RFAP* 1988, p. 301.

<sup>2017</sup> QUIRINY (Bernard), « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA* 2008, p. 20, l'exemple de la SNCF apparaissant ici particulièrement topique.

<sup>2018</sup> TERNEYRE (Philippe) et SIMON (Damien), « Administrations(s), utilisateurs, clients », *CFP* février 2008, p. 7.

## 2) Une assimilation susceptible de restreindre la dimension de garantie du service public

Si l'enthousiasme doit être tempéré quant à l'assimilation de l'utilisateur en un consommateur, c'est en premier lieu parce que l'application du droit de la consommation aux services publics est loin d'être systématique. Dès son arrêt *Société des eaux du Nord*, le Conseil d'Etat a en effet minimisé les potentialités d'application du droit de la consommation en ce domaine particulier, considérant que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations des contrats et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution du service public, des caractéristiques particulières de ce service* ». Par cette précision, soufflée par le commissaire du gouvernement<sup>2019</sup>, le Conseil d'Etat entend rappeler que le service public n'est pas une entreprise comme les autres. Pragmatisme pour pragmatisme, les apparences ne peuvent primer sur la réalité et si les services publics industriels et commerciaux se rapprochent assurément d'activités privées par certains aspects, ils en demeurent, dans le même temps, irréductiblement distincts. A l'instar de l'inflexion déjà observée dans le cadre du droit de la concurrence<sup>2020</sup>, l'application sans nuances du droit de la consommation doit céder devant certains impératifs propres aux missions de service public et derrière lequel se redécouvre la garantie des droits et libertés. La jurisprudence *Union fédérale des consommateurs* le réaffirme : si la vente liée n'est pas dans cette espèce constituée, c'est, en partie<sup>2021</sup>, parce que le juge apprécie cette qualification au regard des exigences propres au service en cause et remarque que les dispositions tarifaires attaquées tendent à un objectif de simplification et de rationalisation des tarifs favorable aux usagers. De la même manière, la Cour administrative d'appel de Nantes invoque les objectifs de qualité et de continuité du service public pour rejeter le caractère de clause abusive d'une disposition litigieuse liée à un contrat de fourniture d'eau<sup>2022</sup>. Le juge administratif accepte que le droit de la consommation devienne l'une des sources de son contrôle<sup>2023</sup>, mais sous réserve de certains aménagements

---

<sup>2019</sup> V. les conclusions de Catherine Bergeal sur CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, CJEG 2001, p. 501.

<sup>2020</sup> V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre second.

<sup>2021</sup> Une part de son raisonnement s'appuie en effet sur l'approche pénale de la vente liée, laquelle n'est pas considérée comme constituée en l'espèce.

<sup>2022</sup> CAA Nantes, 29 décembre 2005, *Vitteau*, AJDA 2006, p. 1289, note J. Fialaire. Dans cette affaire, le règlement de service de distribution d'eau mis en cause était pourtant particulièrement déséquilibré.

<sup>2023</sup> Et ce alors même que cette application peut parfois soulever certaines interrogations en matière de logique juridique. Il est ainsi possible de souligner que l'interdiction des clauses abusives dans le cadre du Code de la consommation, à l'article L. 132-1, s'intéresse à la validité des seuls contrats et qu'elle est pourtant invoquée, dans l'arrêt *Société des eaux du Nord* (préc.) à l'encontre d'une clause réglementaire. Quant à l'utilisation de la notion de vente liée dans le cadre de l'arrêt *Union fédérale des consommateurs* (préc.), elle peut paraître « *incongrue* » aux yeux du commissaire de gouvernement, au sens où l'utilisateur ne paie pas le coût réel de son

commandés par l'intérêt général<sup>2024</sup>. Une marge de manœuvre subsiste, dans laquelle le juge adapte ce droit d'origine privé aux réalités du service public et opère par là même un certain « métissage juridique »<sup>2025</sup>, « droit mixte alliant protection du consommateur, libre concurrence et nécessités d'intérêt général »<sup>2026</sup>. Pour l'heure, les contours de telles nécessités demeurent encore assez flous, faute, notamment, de jurisprudences suffisamment nombreuses sur ce point. Face à cette question, Jaques Amar propose cependant de distinguer les clauses inspirées par le seul intérêt du gestionnaire, lesquelles n'appelleraient aucune limitation du droit de la consommation, de celles utiles au bon fonctionnement du service<sup>2027</sup>. Toute latitude sera dans cette hypothèse laissée au juge afin d'opérer un tel partage<sup>2028</sup>, lequel devra sans nul doute compter avec les impératifs liés aux règles de fonctionnement classiques des services publics<sup>2029</sup>.

Faut-il alors applaudir ou déplorer cette « hybridation » du droit de la consommation au regard de la garantie des droits et libertés de l'utilisateur ? Certains auteurs critiquent ces possibilités de modulation qui limitent la protection des usagers face aux déséquilibres significatifs parfois rencontrés dans les contrats les liant aux services publics<sup>2030</sup>. Cependant, il est loisible de déceler derrière cette application atténuée des règles consuméristes l'ébauche d'un aveu qu'il convient de saluer : il n'est ni possible ni souhaitable de confondre totalement usager et consommateur. Deux logiques, profondément différentes, continuent en effet de s'opposer. Dans son acception la plus immédiate, le droit de la consommation a pour but de rétablir l'équilibre entre des acteurs et des aspirations opposés, quand le droit des services

---

transport. (V. concl. Schwartz, *BJCP* 2002, p. 233). Sur ces réserves, v. par ailleurs VAN LANG (Agathe), « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », *RDJ* 2004, p. 1030 et BEROUJON (François), « L'impact des règles issues du droit de la consommation », *JCP A* 2007, n° 44-45, p. 33.

<sup>2024</sup> V. PERDU (Sylvande), « Le juge administratif et la protection des consommateurs », *AJDA* 2004, p. 481.

<sup>2025</sup> VAN LANG (Agathe), « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », *RDJ* 2004, p. 1043. Rejetant l'hypothèse de la banalisation liée au mouvement de privatisation du droit administratif, cet auteur rappelle en effet que loin de soumettre purement et simplement l'activité administrative au droit privé, l'utilisation de ce dernier est souvent l'objet d'une application dynamique par le juge administratif, par laquelle « on voit se développer (...) un droit en quelque sorte hermaphrodite » (LACHAUME (Jean-François), « La compétence suit la notion », *AJDA* 2002, p. 77).

<sup>2026</sup> DEFFIGIER (Clotilde), « Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics », *RFDA* 2003, p. 780.

<sup>2027</sup> AMAR (Jacques), *De l'usager au consommateur*, PUAM, 2001, p. 339, n° 467.

<sup>2028</sup> Sachant que si le droit de la consommation vient à intéresser le domaine des services publics administratifs, il peut être estimé que les contraintes et spécificités des missions en cause, plus importantes qu'en matière de services publics industriels et commerciaux, appelleront certainement des inflexions plus poussées. V. DEFFIGIER (Clotilde), *Ibid.*

<sup>2029</sup> Ainsi, par exemple, la règle d'adaptation pourra exiger une clause prévoyant la résiliation unilatérale d'un contrat sans que cette dernière soit considérée comme abusive. V. PERDU (Sylvande), « Le juge administratif et la protection des consommateurs », *AJDA* 2004, p. 485.

<sup>2030</sup> FIALAIRE (Jaques), « Le droit de la consommation protège-t-il efficacement les usagers des SPIC locaux ? », note sous CAA Nantes, 29 décembre 2005, *Vitteau*, *AJDA* 2006, p. 1290.

publics relève d'une dimension bien plus large dans laquelle se joue la garantie des droits et libertés de l'individu. Cette définition téléologique du service public, qui légitime ce dernier et se trouve aujourd'hui de plus en plus souvent mise en avant, influe à l'évidence sur sa relation avec l'utilisateur, lequel est à la fois bénéficiaire et finalité ultime du service dans le cadre d'une relation de réciprocité dont les implications dépassent de beaucoup le rapport de clientèle bilatéral<sup>2031</sup>. Ramener l'utilisateur à un simple consommateur fait disparaître cette dimension, pourtant essentielle. Seuls sont alors pris en compte les droits du consommateur, lesquels répondent à une problématique d'équilibre certes importante mais demeurant subsidiaire face à la relation fondamentale nouée entre service public et utilisateur en matière de droits et libertés.

L'assimilation de l'utilisateur et du consommateur risque par ailleurs de dénaturer cette relation. La valorisation du rôle de garantie des services publics à l'égard des droits et libertés invite assurément à un recentrage de leur fonctionnement, mouvement entrepris dans le cadre du principe d'adaptation comme dans celui du principe de continuité et qui favorise une plus grande « individualisation » des rapports du service public envers l'utilisateur. Ce dernier ne peut en effet plus être seulement perçu « *comme une personne désincarnée, soumise au bon vouloir de l'administration* »<sup>2032</sup>. Mais cette préservation des droits et libertés sous-tendue par le service public n'implique cependant pas d'analyser ce mouvement à l'aune d'une prise en compte systématique des aspirations concrètes de chaque individu. Cette dernière solution, rattachée à la figure du consommateur, et qui semble faire écho, sous une autre perspective, aux évolutions actuelles du principe d'égalité<sup>2033</sup>, place alors l'intérêt particulier au-dessus de la préservation d'une transcendance et d'une solidarité nécessaires à la satisfaction des droits et libertés et défendues par les règles de fonctionnement du service public<sup>2034</sup>. Au nom de l'adaptation, le service doit pouvoir parfois réaménager ses prestations afin de servir une majorité d'utilisateurs sans avoir à prendre en compte les intérêts de la minorité défavorisée par une telle mesure<sup>2035</sup>, ce qu'interdit une logique purement consumériste. Plus encore, une individualisation trop poussée heurte la logique même des droits et libertés, lesquels,

---

<sup>2031</sup> Comme le rappelle Sophie Nicinski, « *la satisfaction de l'utilisateur est un but, celle du client un moyen* ». V. *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001, p. 65.

<sup>2032</sup> BARBIER « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? » *JCP* 1995, I, n° 3816, p. 31.

<sup>2033</sup> V. chapitre précédent.

<sup>2034</sup> « *L'utilisateur individu, dans la satisfaction de ses désirs, subit des contraintes dues à la présence de cet intérêt collectif et de la nécessité d'assurer une cohésion sociale et géographique. En retour, il bénéficie de l'assurance d'une certaine solidarité qui se traduit pour lui-même par une créance qu'il détient sur la collectivité de ses congénères, et que l'autorité publique doit honorer, celle de ne pas être laissé lui-même pour compte en cas de difficultés* ». NICINSKI (Sophie), *op.cit.*, p. 64.

<sup>2035</sup> QUIRINY (Bernard), « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA* 2008, p. 24.

d'essence égalitaire<sup>2036</sup>, ne sauraient logiquement connaître dans leur mise en œuvre une telle atomisation des prestations en fonctions des usagers<sup>2037</sup>. Ce mouvement serait susceptible d'accentuer les divisions sociales en opposant d'un côté une population démunie, à laquelle seraient offertes des prestations spécifiques standardisées<sup>2038</sup> sous l'égide d'un service public ramené ici à la seule sphère assistancielle et, de l'autre, une population de « consommateurs-usagers », aptes à payer le prix et dont les relations avec le service dont dépend, *in fine*, la matérialité de la garantie de leurs droits et libertés, pourraient alors prendre autant de formes que seraient émises de demandes distinctes, en fonction de la somme déboursée<sup>2039</sup>. L'utilisateur n'est pas soluble dans le consommateur car l'intervention du service public à son endroit dépasse de très loin la satisfaction immédiate d'un besoin précis. Il n'y a pas lieu, cependant, de condamner en bloc l'irruption du droit de la consommation. Cette novation offre en effet au moins potentiellement à l'utilisateur de nouvelles stratégies et de nouveaux mécanismes de défense, au-delà de ceux offerts par les règles de continuité et d'adaptation. Mais il ne peut s'agir que d'une protection complémentaire, les droits de revendications du consommateur venant s'ajouter à ceux, plus larges, de l'individu usager du service public, sans les englober et sans que la logique consumériste introduite ne doive remettre en cause la nécessaire prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, et celle de la satisfaction des droits et libertés de l'individu face aux attentes du seul consommateur.

Mais l'utilisateur risque toujours de se redécouvrir consommateur lorsque ce terme intervient au sens figuré, dans une autre acception, afin de désigner l'individu passif, consommateur de services publics comme d'autres le sont de programmes télévisés. La vision proposée est alors presque choquante : face à un instrument primordial de concrétisation de ses droits et libertés, l'utilisateur semble de manière générale ne devoir ni comprendre, ni agir, mais seulement subir les décisions touchant au service, sans avoir d'autre prise sur elles que lorsque ces dernières sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux<sup>2040</sup>. La réalité n'a pourtant pas,

---

<sup>2036</sup> Dans le sens premier d'une égalité par la généralité. V. *supra*, Seconde partie, Titre Premier, Premier chapitre.

<sup>2037</sup> V. BIZEAU (Jean-Claude), « Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'administration », *RA* 1997, p. 212 et PAULIAT (Hélène), « Usager, client, consommateur du SPIC local », in J-B. Auby et S. Braconnier (dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, L.G.D.J, 2003, p. 105.

<sup>2038</sup> Dans le cadre de la relation clientéliste, le droit au service impliquant le paiement de la prestation, réapparaîtrait alors la figure de « l'utilisateur gênant » car ne pouvant s'inscrire dans cette dimension consumériste. V. PAULIAT (Hélène), *op. cit.*, p. 103.

<sup>2039</sup> Cette modulation n'est pas étrangère à la logique du service universel, qui suppose en effet, au-delà d'une base commune, une offre de services à valeur ajoutée.

<sup>2040</sup> Pierre Mazeaud, dans son allocution du 3 janvier 2007, évoque ainsi le « pur consommateur de services publics », dont les plaintes « interpellent un système dont il dépend, mais dont la bonne marche interne ne le concerne plus ». V. MAZEAUD (Pierre), « Qu'est le citoyen devenu ? », *JCP A* 2007, n° 3, p. 46.

pendant longtemps, été très éloignée de cette présentation. Mais des efforts constants, liés, là encore, à une volonté de modernisation du service public et de rénovation de la relation avec les usagers en faveur d'une garantie plus effective de leurs droits, permettent néanmoins d'adoucir ce constat grâce à la valorisation des règles de transparence et de participation, moteurs d'une citoyenneté administrative.

## **SECTION SECONDE**

### **DE NOUVEAUX PRINCIPES DYNAMISANT LA FONCTION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC : LES REGLES DE TRANSPARENCE ET DE PARTICIPATION**

Plus que toutes autres parmi les règles « de bonne gestion » apparues aux côtés des lois traditionnelles de fonctionnement du service public, les exigences de transparence et de participation confirment le recentrage de ce procédé en faveur de l'utilisateur et l'attention plus vive portée à la garantie de ses droits et libertés. En effet, ces principes renouvellent les enjeux de la relation nouée entre usager et service en faisant réapparaître la figure particulière de l'utilisateur-citoyen. Valorisée dans les analyses de Jacques Chevallier, cette dernière tend à intégrer, absorber et même dépasser celle « *de l'administré-acteur doté d'un pouvoir d'intervention dans la marche des services* », initiée par la règle de participation, comme celle « *de l'administré partenaire capable de se poser en interlocuteur des services* » induite par la transparence<sup>2041</sup>. Le choix d'une étude couplée de ces deux impératifs s'explique donc, de nouveau, par les implications convergentes qu'ils sont susceptibles d'emporter. Ils intéressent en effet tous deux ce qui se trouve souvent désigné sous l'appellation de « *démocratie administrative* »<sup>2042</sup>, laquelle entretient des rapports étroits avec la problématique de garantie des droits et libertés. Dépassant sa seule acception de mode de dévolution du pouvoir, la démocratie est en effet comprise comme « *une philosophie de l'homme et de la société* »<sup>2043</sup> au service de la liberté. Elle inclut cette dernière dans le rapport politique, « *appareil*

---

<sup>2041</sup> CHEVALLIER (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? A propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *D.* 2000, Chron., n° 37, p. 578. V. par ailleurs DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Paris II, 2002.

<sup>2042</sup> V. MESTRE (Achille), « La démocratie administrative », *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561.

<sup>2043</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 112.



*technique, ensemble de mécanismes protecteurs, formule de gouvernement permettant de concilier la liberté de l'homme avec les exigences d'un ordre politique* »<sup>2044</sup>. Sous cette perspective, libertés politiques, libertés « autonomie » et « droits-créances » sont ainsi placés dans une sphère d'interaction, « *la démocratie trouvant, dans la liberté, tout à la fois son principe, son but et sa limite* »<sup>2045</sup>. Elle s'applique par la reconnaissance aux individus du statut de citoyen et de l'octroi de droits politiques, droit de vote en tête, qui « *forment la substance même de la citoyenneté* »<sup>2046</sup>. Mais cette citoyenneté peut également s'articuler au-delà de la sphère politique proprement dite et investir d'autres champs d'intervention du pouvoir, parmi lesquels les services publics car « *Homme et citoyen se complètent et, face à l'administration, cette unité fondamentale doit être prise en compte. (...) Si l'homme, si l'administré est consubstantiellement citoyen, ses rapports avec l'administration intégreront cette qualité dans toutes ses dimensions et conséquences* »<sup>2047</sup>. Une telle approche plaide pour la mise en œuvre de mécanismes démocratiques au sein des services publics, offrant à l'utilisateur la possibilité d'intervenir et d'influer sur la marche de ces derniers. Ce faisant, il cesse d'être assujéti pour devenir acteur, recouvrant par ce rôle plus dynamique, la stature d'un citoyen désireux de bénéficier d'un droit de regard et d'intervention à l'endroit d'un procédé dont dépend la concrétisation de ses « droits-créances » comme de ses libertés traditionnelles.

Or il peut être estimé que ce rééquilibrage de la relation nouée entre usager et administration est porté par les règles de transparence et de participation dont connaît aujourd'hui le service public<sup>2048</sup>. La première vise en effet « *à dissiper le mystère qui entoure l'administration, en donnant à l'administré la faculté de comprendre la logique qui commande les gestes*

---

<sup>2044</sup> BURDEAU (Georges), *La démocratie*, Seuil, 1966, p. 17.

<sup>2045</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Ibid.* Le lien entre démocratie et droits et libertés est formalisé par de nombreux textes. V. notamment l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen disposant que « *le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* », le préambule de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, tenue le 29 juin 1990 à Copenhague, dans lequel les Etats réunis rappellent que « *la démocratie pluraliste et l'Etat de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales (...)* ou, enfin, le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme précisant que « *le maintien des libertés fondamentales repose sur un régime véritablement démocratique* ».

<sup>2046</sup> LOCHAK (Danièle), *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 77.

<sup>2047</sup> DURELLE-MARC (Yann-Arzel), « Le "citoyen administratif" : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA* 2008, p. 7. V. également MESTRE (Achille), « La démocratie administrative », *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 562 : « *le citoyen ne se réalisera pleinement que si sa qualité trouve un prolongement dans sa situation administrative. L'interdépendance des démocraties politiques et administratives est évidente. La seconde complète la première qui ne saurait s'épanouir sans elle* ».

<sup>2048</sup> Pour une analyse générale de cette volonté de rééquilibrage, DELAUNAY (Bénédicte), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J., 1993.

*administratifs* »<sup>2049</sup> tandis que la seconde « *suppose que les administrés aient prise sur les processus administratifs* »<sup>2050</sup> et puissent intervenir dans l'élaboration des décisions. Certes, le principe de participation semble s'insérer plus directement dans la perspective de l'usager-citoyen, car fait clairement appel à l'idée démocratique de participation au pouvoir. Mais la transparence n'est pas en reste, au sens où une participation effective et efficace ne peut se formaliser sans que soit levée une part de l'opacité gouvernant l'action administrative<sup>2051</sup>. Les deux règles partagent par ailleurs un destin commun quant à leur portée, ni l'une ni l'autre ne pouvant être considérées à l'aune de véritables lois du service public<sup>2052</sup>, même si la transparence constitue pour certains auteurs une « *loi en devenir* »<sup>2053</sup> de par son affirmation plus régulière en droit positif<sup>2054</sup>, et bien qu'elle soit aujourd'hui toutes deux accueillies dans le cadre communautaire<sup>2055</sup>. Ces nouveaux principes apparaissent donc, par essence, favorables au réinvestissement de l'usager dans la défense et la concrétisation de ses droits et libertés (Paragraphe premier). Or, en écho à la valorisation contemporaine de son rôle de garantie, le service public intègre aujourd'hui progressivement ces exigences et encourage en cela la mise en place d'une démocratie administrative aux effets encore variables, mais à la dynamique réelle (Paragraphe second).

---

<sup>2049</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 442. La logique de transparence ici décrite ne concernera pas les procédures de passation des contrats publics dans le cadre des délégations de service public ou de marché public, ni le respect des règles de concurrence dans le champ des services publics à vocation industrielle et commerciale. Pour ce dernier élément relevant de la problématique de la transparence financière des services publics, v. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre second.

<sup>2050</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 439.

<sup>2051</sup> En ce sens, v. notamment BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 334 ; THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 342 et DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1225.

<sup>2052</sup> *Contra*, MOREAU (Jacques), *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 345, pour lequel il existerait une loi de transparence du service public. Ces principes n'ont cependant pas vocation à s'appliquer aux seuls services publics (la transparence jouant également en matière de police administrative, par exemple), ni à être mis en œuvre dans l'ensemble de ces derniers. Leur manque donc la généralité propre aux lois traditionnelles du service public. En ce sens, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 460.

<sup>2053</sup> V. TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 38 et DONIER (Virginie), *op. cit.*, p. 1223.

<sup>2054</sup> Ni le principe de participation, ni la règle de transparence n'ont toutefois valeur de principes généraux du droit, le juge administratif s'étant très clairement prononcé en ce sens dans son arrêt CE, 23 février 2005, *Association coordination nationale Natura 2000* (Req. n° 241796) dans lequel il précise que les requérants ne peuvent se prévaloir « *d'un prétendu principe général de concertation et de transparence des décisions administratives* ».

<sup>2055</sup> Les instances communautaires rappellent en premier lieu l'importance des valeurs de transparence et de participation dans le fonctionnement même de l'Union européenne, faisant écho à la notion de bonne administration. (V. notamment le Livre vert sur l'initiative européenne en matière de transparence du 3 mai 2006, COM (2006) 194 final et le Traité de Lisbonne, lequel consacre de nombreux développements à la démocratie participative) mais précisent également que ces exigences s'imposent aux Etats membres dans le cadre du fonctionnement de leurs services publics (V. ainsi le point 3.8 du Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004) 374 final).

PARAGRAPHE PREMIER  
UNE EXTENSION DES PRINCIPES OFFERTS AUX USAGERS  
POUR LA DEFENSE DE LEURS DROITS ET LIBERTES

Jean Rivero, s'interrogeant sur les rapports entre démocratie et administration, peut écrire en 1965 qu'à l'égard de l'administration, « *l'administré est en situation, non de citoyen, mais de sujet* »<sup>2056</sup>. Quarante ans plus tard, les principes de transparence et de participation, portés par une volonté de plus en plus affirmée de rénovation des termes de la relation entretenue entre administrés et administration, conduisent à nuancer cette position. La garantie des droits et libertés le commande, tout particulièrement dans le cadre du procédé à travers lequel cette dernière est appelée à se concrétiser, à savoir le service public. La demande en ce sens est devenue d'autant plus pressante qu'elle s'est formée en réaction à la distance ressentie par l'usager dans ses rapports avec l'administration, laquelle s'est faite de plus en plus évidente à mesure que le service public étendait son influence dans tous les aspects de sa vie quotidienne<sup>2057</sup>. La revalorisation des thèses libérales n'a en outre fait qu'accentuer la méfiance suscitée par ce rapport inégalitaire dans lequel l'aspiration démocratique, entendue comme recherche de « *l'adéquation maximum entre gouvernants et gouvernés* »<sup>2058</sup>, n'avait pas droit de cité. Ce n'est donc qu'au prix d'un profond repositionnement qu'a pu être atténuée une telle condamnation, repositionnement formalisé sous l'égide des règles de transparence et de participation, lesquelles minimisent les risques que fait peser sur les droits et libertés la culture du secret (A) et de l'unilatéralité (B) attachée à l'administration en général, et au fonctionnement des services publics en particulier.

***A/ Le secret face à la garantie des droits et libertés : des exigences traditionnellement contradictoires***

L'usager, « *tout au long de ses relations avec les services publics, chemine à travers un monde d'ordres et d'interdits, puissants, mystérieux, anonymes. (...) Au fil des jours, les qui*

---

<sup>2056</sup> RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 822.

<sup>2057</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 245 : « *l'administré est désormais en permanence la cible de décisions administratives qui atteignent tous les aspects de son existence* ».

<sup>2058</sup> RIVERO (Jean), *Ibid.*

*et les pourquoi se succèdent, et le sujet, pris dans leur réseau, ne peut guère choisir qu'entre la révolte vaine, la soumission craintive ou la voie moyenne de l'obéissance hargneuse, qui ne sont point attitudes de citoyens* »<sup>2059</sup>. Le silence, l'opacité, la complexité sont autant de barrières dressées contre la volonté de compréhension et d'information d'un usager qui en ressent directement les inconvénients sans pour autant peut-être clairement discerner les conséquences profondes qu'elles dissimulent. Le droit de savoir et de comprendre conditionne pourtant un exercice satisfaisant de ses droits et libertés et rend ainsi absolument nécessaire un certain degré de transparence au sein des services publics constituant l'instrument de garantie de ces prérogatives (1). Mais la préservation de cette exigence ne saurait pour autant obliger ce procédé à devenir une « maison de verre ». Là réside la contradiction annoncée, au sens où, paradoxalement, secret et garantie des libertés ne relèvent pas toujours d'impératifs contraires (2).

#### *1) Une culture du secret attentatoire aux droits et libertés*

L'exigence de transparence au sein des services publics est ancienne : l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame ainsi que « *la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Cependant, certaines pratiques ont la vie dure et celle liée à l'opacité de l'administration ne fait pas exception. Installé si durablement qu'il semble constituer une caractéristique propre à l'administration<sup>2060</sup>, le secret attaché à de nombreux aspects de la relation entre usager et service public s'est révélé susceptible de provoquer, dans différentes occasions, d'importantes inflexions aux droits et libertés dont peut se prévaloir l'individu. Une meilleure transparence de l'administration est ainsi apparue comme une véritable nécessité, tant du fait du constat de l'opacité régnant en matière de données et documents administratifs (a) que du manque global d'information et d'explication à l'égard des usagers (b).

---

<sup>2059</sup> RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 823.

<sup>2060</sup> Pour une étude de ses fondements historiques, LEGENDRE (Pierre), *Histoire de l'administration*, PUF, 1968, p. 521.

- a) L'accès aux données et documents administratifs : la nécessaire émergence d'un « droit de savoir » au bénéfice de l'usager du service public

Pendant très longtemps, l'accès aux documents administratifs considérés comme non décisionnels, tels les dossiers, rapports et circulaires, notes, procès-verbaux ou autres, est resté fermé aux citoyens, le Conseil d'Etat ayant ainsi pu considérer, dans un arrêt *Paraire* de 1951<sup>2061</sup>, qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise les services publics à se dessaisir de documents administratifs au profit d'un particulier et ne confère à l'intéressé le droit de réclamer, pour les conserver à titre personnel, des pièces de cette nature »<sup>2062</sup>. En cela, le juge administratif ratifiait une tradition de confidentialité durablement enracinée : celle du « *secret des papiers* »<sup>2063</sup> de l'administration, laquelle trouvait, aux yeux de cette dernière, des justifications fort diverses. Efficacité de l'action administrative, danger d'une divulgation prématurée de documents, l'administration étant ainsi préservée de toute pression, volonté de ménager un certain « effet de surprise », procédures de communication trop lourdes à mettre en œuvre<sup>2064</sup>, en constituaient autant d'exemples, de telles préventions étant par ailleurs relayées par l'obligation de discrétion professionnelle pesant sur les agents<sup>2065</sup>, laquelle était entendue de manière extensive et contribuait ainsi à renforcer le secret en cette matière<sup>2066</sup>. Une telle situation ne pouvait cependant plus durer, en premier lieu parce qu'elle ne reposait sur aucune disposition juridique incontestable, le secret n'ayant pu s'épanouir, en somme, « qu'à la faveur d'un vide législatif »<sup>2067</sup>, mais également parce qu'elle constituait, à l'évidence, un obstacle à un exercice satisfaisant des droits et libertés de

---

<sup>2061</sup> CE, 14 mars 1951, *Paraire*, *Rec. Leb.* p. 56.

<sup>2062</sup> La loi communale du 5 avril 1884 faisait notamment figure d'exception, ce texte reconnaissant à tout habitant ou contribuable « le droit de demander communication, sans déplacement, de prendre copie totale ou partielle des procès-verbaux du Conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune, des arrêtés municipaux » (Aujourd'hui article L. 2121-26 CGCT).

<sup>2063</sup> Pour reprendre l'expression de Franck Moderne (dans son article « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 » in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 26), elle-même inspirée d'un article de Louis Fougère, « Les secrets de l'administration », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique* 1967, p. 21.

<sup>2064</sup> V. MODERNE (Franck), *op. cit.*, p. 27.

<sup>2065</sup> L'article 10 de l'ordonnance du 4 février 1959 portant statut des fonctionnaires disposait en effet que « tout fonctionnaire est lié par l'obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des ses fonctions » et que « tout détournement, toute communication contraire aux règlements, de pièces ou documents de service à des tiers sont formellement interdits ».

<sup>2066</sup> V. CE, Sect., 6 mars 1953, *Delle Fauchaux* (*Rec. Leb.* p. 123, concl. Chardeau), le juge administratif rappelait dans cet arrêt que l'article 10 de l'ordonnance de 1959 lié à l'obligation de discrétion professionnelle « vise tous les documents connus par le fonctionnaire dans le service, que cette connaissance soit liée ou non à l'exercice de ses fonctions ».

<sup>2067</sup> LAVEISSIERE (Jean), « L'accès aux documents administratifs », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 12.

l'usager. En effet, ce droit d'accès aux documents administratifs peut être considéré comme « *consubstantiel au progrès de la démocratie dans une époque où le partage du pouvoir suppose le partage du savoir, où le droit au savoir est le préambule à l'exercice des autres droits* »<sup>2068</sup>. Sous l'égide du secret administratif, les administrés se voyaient refuser la possibilité de jouir « *d'une définition générale de la liberté : la possibilité d'agir en connaissance de cause* »<sup>2069</sup> et ce alors même que certains des documents administratifs dont l'accès était interdit revêtaient une portée concrète déterminante dans le cadre de l'action administrative. De nombreux documents internes dictent en effet la marche des services publics et rejaillissent indirectement sur l'usager. Ainsi, les circulaires administratives, encore aujourd'hui, commandent largement l'activité des services, les agents leur prêtant souvent dans les faits une dimension hypertrophiée<sup>2070</sup>. Laisser de tels documents dans l'ombre, alors même qu'ils sont susceptibles de conditionner largement le cadre d'exercice des droits et libertés de l'usager<sup>2071</sup>, pouvait paraître éminemment contestable.

Une autre problématique touchant cette fois aux fichiers d'informations nominatives, manuels ou automatisés, détenus par l'administration soulevait également question. En prise avec la vie quotidienne des usagers, les services publics ont toujours possédé un grand nombre de renseignements sur les individus, dont certains, tels les fichiers médico-sociaux ou les fichiers de police<sup>2072</sup> sont d'une nature extrêmement confidentielle. La question était donc depuis longtemps sensible au regard du droit au respect de la vie privée<sup>2073</sup> et l'essor de l'informatique n'a fait qu'accentuer l'inquiétude en ce domaine en offrant des possibilités bien plus importantes de collecte et d'exploitation des données, la constitution et le traitement

---

<sup>2068</sup> PUYBASSET (Michèle), « Le droit à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1307.

<sup>2069</sup> BRAIBANT (Guy), « Droit d'accès et droit à l'information », *Mélanges Charlier*, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.

<sup>2070</sup> Philippe Jestaz ayant ainsi pu constater que « *la circulaire d'un fonctionnaire généralement quelconque devient article de foi qui l'emporte sur la Déclaration des Droits, sur les grands principes et sur toute espèce de raisonnement* ». (« Définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts », *RTD civ.* 1979, p. 495). Cette caractéristique plaide d'ailleurs en faveur d'un contrôle plus resserré de leur légalité, ainsi que le rappelait le commissaire du gouvernement Pascale Fombeur dans ses conclusions sur l'arrêt *Duvignères* : « *dans la pratique administrative, les circulaires revêtent une grande importance, à tel point que les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux lois et aux décrets qu'elles entendent interpréter* ». FOMBEUR (Pascale), conclusions sous CE, Sect., 18 décembre 2002, *Madame Duvignères*, *RFDA* 2003, p. 274.

<sup>2071</sup> Pour un exemple récent, il suffit de rappeler l'impact sur la liberté d'expression religieuse des élèves de la circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les établissements publics d'enseignement. V. CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *Rec. Leb.* p. 367, p., *AJDA* 2005, p. 43, note F. Rolin.

<sup>2072</sup> Sur ces fichiers, v. notamment CHARVIN (Robert) et SUEUR (Jean-Jacques), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 136.

<sup>2073</sup> Comme en témoigne le scandale des fiches au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Le ministre de la guerre avait institué en 1900 un système de surveillance des convictions religieuses et politiques des officiers, affaire qui, une fois révélée, entraîna la démission du gouvernement.

de dossiers volumineux étant facilités comme, dans le même temps, les risques d'atteintes à la liberté individuelle<sup>2074</sup>.

De telles considérations plaident donc en faveur d'une meilleure transparence des documents administratifs, que ces derniers soient impersonnels ou qu'ils concernent directement un individu. Cet appel, très clairement relié aux impératifs de protection des droits et libertés<sup>2075</sup>, a été entendu et formalisé par le législateur à travers les lois du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et à la liberté<sup>2076</sup> et du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>2077</sup>. Le premier de ces textes dispose que « *l'informatique doit être au service de chaque citoyen* » et qu'« *elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* », et précise pour cela les modalités de création des fichiers publics, les moyens de collecte légaux et les domaines de recherche autorisés, interdisant tout particulièrement de fichier les données relatives aux opinions politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales ou aux orientations sexuelles<sup>2078</sup>. Par ailleurs, cette loi consacre le droit pour toute personne physique, pour des motifs légitimes, de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement<sup>2079</sup>, mais également « *un droit à la curiosité* »<sup>2080</sup>, permettant aux personnes de

---

<sup>2074</sup> Le danger du développement informatique en la matière ayant été clairement ressenti par l'opinion lorsque fut dévoilé par la presse un projet du ministère de l'Intérieur dénommé SAFARI (Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus) qui consistait à octroyer à chaque Français un numéro d'identification et permettre ainsi une meilleure communication entre les administrations. La question reste par ailleurs extrêmement sensible, comme en témoignait encore récemment l'émoi suscité par la mise en place, en juin 2008, du fichier EDVIGE, traitement automatisé appelé à collecter, notamment, certaines informations sur des personnes publiques ou sur des individus ou groupes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public. Devant l'hostilité de l'opinion, le décret mettant en place ce fichier a été abrogé dès novembre 2008.

<sup>2075</sup> Mais soulevant des problématiques différentes, l'accès aux documents administratifs touchant à la nécessité d'information quand l'encadrement du traitement des données personnelles s'inscrit dans une logique défensive de protection contre les intrusions des pouvoirs publics dans les secrets privés.

<sup>2076</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 janvier 1978, p. 227, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (*JO* 7 août 2004, p. 14063). Ce dernier texte est intervenu afin de mettre en conformité la loi de 1978 avec la directive communautaire 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données et à la libre circulation de ces données et a notamment précisé certaines définitions, indiquant notamment ce qu'il fallait entendre par « *donnée à caractère personnel* » ou « *fichier* » (V. article 2 de ce texte).

<sup>2077</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* 18 juillet 1978, p. 2851.

<sup>2078</sup> V. article 8 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Cette interdiction pose néanmoins problème aujourd'hui car limite les possibilités d'évaluation des discriminations, lesquelles nécessitent une observation statistique de ces critères. Un groupe de travail formé sous l'égide de la CNIL avait émis une recommandation datée du 15 mai 2007 proposant un assouplissement de l'interdiction dans ce cas particulier, souhait qui n'a pas pour l'heure pas été suivi d'effets.

<sup>2079</sup> V. article 38 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

<sup>2080</sup> MAILLARD DESGREES DU LOU (Dominique), *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, p. 390.

déterminer si elles figurent sur des fichiers<sup>2081</sup> et, le cas échéant, de demander communication des informations nominatives les concernant et d'en vérifier ainsi l'emploi, en usant au besoin de leur droit de rectification<sup>2082</sup>. Quant à la loi du 17 juillet 1978, elle pose la règle selon laquelle « *les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande* »<sup>2083</sup> et renverse ainsi la solution traditionnelle en faisant de la communication de ces documents un principe et du secret une exception<sup>2084</sup>. Sont alors créées deux autorités administratives indépendantes trouvant à jouer un rôle de médiation et de conseil favorable à la réalisation du compromis réclamé entre transparence et secret : la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL)<sup>2085</sup>, en premier lieu, puis la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>2086</sup>. La loi du 12 avril 2000 consacrant par la suite de nouveau dans son article 1<sup>er</sup> « *le droit de toute personne à l'information* »<sup>2087</sup>, la notion de transparence se juridicise alors encore un peu plus, au point d'interroger, à la suite de l'intervention de ce texte, sur la portée d'une telle liberté d'accès aux documents administratifs. Pour certains, il s'agit sans aucun doute d'une nouvelle liberté publique<sup>2088</sup>, que Jacques Chevallier place « *dans le prolongement des droits-libertés conquis contre le pouvoir* »<sup>2089</sup>. Mais il faut attendre 2002 pour que soit enfin affirmé expressément le lien noué entre accès aux documents administratifs et libertés, lorsque le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Ullmann*, pose le principe selon lequel les dispositions en cause dans l'affaire,

---

<sup>2081</sup> V. article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

<sup>2082</sup> V. article 40 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

<sup>2083</sup> Article 2 de la loi du 17 juillet 1978.

<sup>2084</sup> Le statut des fonctionnaires issu de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 concilie désormais cette obligation de transparence avec l'obligation de secret qui continue de peser sur l'agent. V. article 26 al. 2 : « *Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent* ».

<sup>2085</sup> La CNIL est chargée de protéger les usagers face à l'utilisation des traitements de données automatisées détenues par les personnes publiques comme par les personnes privées. Pour cela, elle adresse des conseils ou avis aux personnes qui créent ou gèrent des fichiers et propose des réformes législatives et réglementaires. Elle détient par ailleurs le pouvoir d'autoriser la création des fichiers les plus sensibles et veille au droit d'accès des personnes concernées par ces fichiers. Enfin, elle dispose d'un pouvoir de sanction lui permettant dans les cas les plus graves d'ordonner la suspension des fichiers illégaux et peut saisir le Parquet des infractions constatées.

<sup>2086</sup> La CADA peut être saisie par toute personne se voyant refuser l'accès à un document administratif afin qu'elle se prononce sur la communicabilité de ce dernier. Elle dispose pour cela de larges pouvoirs d'investigation et de prescription à l'égard des administrations, lesquelles peuvent également la consulter. Elle joue par ailleurs un rôle de proposition en matière de renforcement de la transparence administrative.

<sup>2087</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* 13 avril 2000, p. 5646.

<sup>2088</sup> MAISL (Hubert), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », *Mélanges Charlier*, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704 ; BRAIBANT (Guy), « Droit d'accès et droit à l'information », *op. cit.*, p. 830 ; LASSERRE (Bruno), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La transparence administrative*, PUF, 1987, p. 76 et MAILLARD DESGREES DU LOU (Dominique), *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, p. 408.

<sup>2089</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 250.



« relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (...) »<sup>2090</sup>. Deux niveaux de lecture de cette solution peuvent être retenus. Dans le premier cas, sans être en lui-même une liberté publique, le droit d'accès aux documents administratifs constitue l'une des garanties d'exercice des autres libertés. En ce sens, le commissaire de gouvernement fait d'ailleurs remarquer à l'occasion de cet arrêt qu'il ne pourrait être question « de véritable liberté d'opinion ou d'authentique liberté de communication dans un pays dont l'administration serait opaque et secrète »<sup>2091</sup>. Dans le second cas, le droit d'accès constitue directement une liberté publique et la question de l'étendue de ce droit concerne alors les garanties d'exercice de cette dernière. Cette solution, privilégiée par certains auteurs<sup>2092</sup>, reste néanmoins entourée de l'incertitude liée à l'ambiguïté de la formulation du Conseil d'Etat<sup>2093</sup>. La liberté d'accès aux documents administratifs revêt une dimension bien moindre que celle de libertés traditionnelles comme la liberté d'aller et venir ou la liberté d'association. Elle possède, et c'est là une caractéristique inévitablement attachée aux libertés récentes, reflets de la société contemporaine, un aspect plus technique, inclinant à la considérer comme moyen au service d'une fin, condition mise à la satisfaction d'autres libertés publiques. La doctrine semble par ailleurs rester réticente à l'idée d'accueillir cette nouvelle liberté, la majorité des ouvrages dédiés aux libertés publiques n'en faisant toujours pas mention<sup>2094</sup>. Toutefois, tout n'est peut-être ici question que « d'acclimatation des esprits » et il n'y a, en effet, pas « à faire un bien grand effort pour qualifier tout de même de liberté publique ce que le président Braibant appelait le "droit à l'information" »<sup>2095</sup>, d'autant que, dans cette hypothèse, la

<sup>2090</sup> CE, Sect., 29 avril 2002, *Ullmann, Rec. Leb.* p. 156, *AJDA* 2003, p. 139, note P. Raimbault.

<sup>2091</sup> PIVETEAU (Denis), « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour "l'exercice des libertés publiques" au sens de l'article 34 de la Constitution ? », conclusions sur CE, Sect., 29 avril 2002, *Ullmann, RFDA* 2003, p. 139. En ce sens, v. également DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1224.

<sup>2092</sup> V. DELAUNAY (Bénédicte), « Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *TDP* 2003, n° 2, p. 163, RAIMBAULT (Philippe), « L'accès aux documents administratifs consacré comme nouvelle garantie fondamentale », note sous CE, Sect., 29 avril 2002, *Ullmann, AJDA* 2003, p. 139. Il est à préciser qu'une circulaire du Premier ministre du 28 septembre 1987 relative à la motivation des actes administratifs (*JO* 20 octobre 1987, p. 1273) proposait une liste indicative de décisions devant être motivées et reconnaissait dans ce cadre comme décision restreignant les libertés publiques le refus de communication d'informations administratives.

<sup>2093</sup> Lequel avait exprimé sa réticence lors de l'examen d'une première version de la loi du 12 avril 2000, à ce que le droit à l'information soit érigé en « liberté publique garantie par la loi ». V. CHEVALLIER (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? A propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *D.* 2000, Chron., n° 37, p. 577.

<sup>2094</sup> V. cependant l'ouvrage de Claude-Albert COLLIARD et Roseline LETTERON, *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 73, ces auteurs mentionnant cette liberté sans cependant la détailler plus avant.

<sup>2095</sup> PIVETEAU (Denis), « Le droit d'accès aux documents administratifs est-il une garantie fondamentale pour "l'exercice des libertés publiques" au sens de l'article 34 de la Constitution ? », conclusions sur CE, Sect., 29 avril 2002, *Ullmann, RFDA* 2003, p. 138-139.

satisfaction de cette liberté offre toujours une garantie indirecte en faveur de la démocratie administrative en général, et de la liberté d'opinion ou de communication en particulier. Dans tous les cas, doit être constatée la volonté d'offrir aux usagers une plus grande maîtrise des usagers sur les éléments d'information gouvernant l'action administrative, nouvelle donne évoluant aux côtés d'impératifs convergents.

- b) L'accès à l'information et à l'explication : la nécessaire émergence d'un « droit de comprendre » la marche du service public

Dans le cadre du fonctionnement des services publics, le secret peut également se manifester en s'opposant à ce que l'utilisateur puisse tout simplement comprendre l'action administrative guidant les services publics et les décisions qui le touchent de manière plus ou moins directe. Il trouve alors sa source dans une absence d'explication et d'information, dont les conséquences envers un accès et un exercice satisfaisant - car libre et éclairé - des droits et libertés sont loin d'être négligeables.

Ainsi, le principe traditionnel posé par la jurisprudence du Conseil d'Etat reste que les décisions des autorités administratives n'ont pas à être motivées, sauf texte contraire<sup>2096</sup>. Une telle solution était déplorée avant même que certaines atténuations lui soient apportées par la loi du 11 juillet 1979<sup>2097</sup> car laissé sans explications, le destinataire d'une décision se la voit imposée sans que son adhésion intellectuelle ait été recherchée<sup>2098</sup>. Dans cette hypothèse, l'utilisateur ne peut ni comprendre ni, le cas échéant, efficacement contester<sup>2099</sup>, les nombreuses décisions individuelles ou réglementaires auxquelles il est confronté dans ses rapports avec le service public et qui influent sur l'exercice de ses droits et libertés, tels, par exemple, un refus d'octroi de prestations sociales ou d'inscription dans une classe. Face à cette interrogation, l'intervention du législateur, même si elle reste limitée<sup>2100</sup>, a constitué une véritable avancée

---

<sup>2096</sup> CE, 30 avril 1880, *Harouel et Morin c/ Ministre de la Guerre*, *Rec. Leb.* p. 419 ; CE, 24 avril 1964, *Delahaye*, *Rec. Leb.* p. 243.

<sup>2097</sup> Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, *JO* 12 juillet 1979, p. 1711. Avant cette loi, le juge administratif était ponctuellement intervenu afin d'imposer cette motivation en ce qui concernait notamment les mesures disciplinaires, les décisions prises en vertu du pouvoir de tutelle ou les décisions prises par certaines autorités collégiales (sur ce dernier point, CE, 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille Fret*, *Rec. Leb.* p. 704, *RD* 1971, concl. Gentot).

<sup>2098</sup> RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 822.

<sup>2099</sup> La compréhension entraînant d'ailleurs souvent l'adhésion et apaisant ainsi les velléités de contestation.

<sup>2100</sup> V. *infra*. Paragraphe Second, B/, 1), a).

de la transparence législative. La loi, sans aucun doute ici nécessaire tant la matière intéressait les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour défendre les libertés publiques<sup>2101</sup>, a fait émerger « *un droit de comprendre l'administration et le droit* »<sup>2102</sup>. Elle consacre ainsi l'obligation de motiver les décisions qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement et les décisions individuelles défavorables, les premières décisions visées dans cette catégorie étant celles « *qui restreignent les libertés publiques* »<sup>2103</sup>. Une telle évolution peut sembler constituer un minimum mais elle formalise néanmoins implicitement le lien primordial noué entre transparence et garantie des droits et libertés et la montée en puissance de l'idée selon laquelle « *accéder au droit est aussi nécessaire qu'accéder au savoir ou aux soins : une condition du respect de la dignité de la personne humaine* »<sup>2104</sup>.

Cependant, ce défaut d'explication peut également prendre des voies plus détournées, car le secret se nourrit tout autant de la complexité générale gouvernant le système administratif. Cette difficulté est en premier lieu sensible au niveau normatif. Si elle ne touche pas spécifiquement le seul usager du service public, elle l'atteint néanmoins très régulièrement dans le cadre de ce procédé, que l'inflation et la complexification croissantes du droit n'ont pas épargné<sup>2105</sup>. Le constat est classique et se heurte au principe de sécurité juridique désormais consacré par le Conseil d'Etat<sup>2106</sup>. En effet, l'adage selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* » cède devant la réalité d'une production normative et jurisprudentielle difficile d'accès, aux sources éclatées<sup>2107</sup>, prolifique et à l'hermétisme de plus en plus prononcé<sup>2108</sup>, la

---

<sup>2101</sup> V. LINOTTE (Didier), « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives, *RDP* 1980, p. 1704 et PAULIAT (Hélène), « La motivation des actes administratifs », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome III/Limoges, LGDJ, 1998, p. 52.

<sup>2102</sup> OBERDORFF (Henri), « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *EDCE* 1991, n° 43, p. 217. Cette obligation de motivation est aujourd'hui consacrée à l'article 41-2 de la Charte des droits fondamentaux quelles que soient les décisions en cause.

<sup>2103</sup> Seront en ce sens considérées comme des décisions individuelles défavorables car restreignant l'exercice des libertés publiques, le décret accordant l'extradition d'un ressortissant étranger (CE, Sect., 17 juin 1983, *Affatigato*, *Rec. Leb.* p. 263, *DA* 1983, comm. n° 318), le refus de délivrance ou de renouvellement d'un passeport (CE, 8 décembre 2000, *Rahal*, *Rec. Leb.* p. 587, *RFDA* 2001, p. 262) ou le refus d'inscrire un bachelier dans une classe préparatoire (CE, Sect., 23 octobre 1987, *Consorts Métrat*, *Rec. Leb.* p. 320, *RA* 1988, p. 40, obs. Pertek).

<sup>2104</sup> MOLFESSIS (Nicolas), « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD civ.* 2000, p. 663. Cette position rejoint l'idée selon laquelle l'administré est un être de raison et que c'est rendre hommage à cette particularité que d'accepter de lui expliquer les décisions qui le concernent et auxquelles il doit se soumettre. Ainsi, une telle attitude « *implique qu'aux yeux de l'administrateur, l'administré cesse d'être une chose à laquelle on impose sa volonté pour devenir une personne* » (RIVERO (Jean), *op. cit.*, p. 822).

<sup>2105</sup> Et qui relativise les efforts opérés en matière d'accessibilité aux documents administratifs, au sens où une meilleure transparence exige en premier lieu un accès aux textes, mais également, en second lieu, qu'il soit possible de les comprendre.

<sup>2106</sup> CE, 26 mars 2006, *Société KPMG*, *Rec. Leb.* p. 154, *RFDA* 2006, p. 463, concl. Aguila, note Moderne ; *GDJDA*, p. 215.

<sup>2107</sup> Entre sources internationales, communautaires ou européennes, mais également entre différentes autorités de réglementations au niveau national comme au niveau local, auxquelles viennent aujourd'hui s'ajouter les

complexité de la réglementation répondant en cela à la complexité de la société dans laquelle elle s'applique, mais devant également parfois beaucoup à des textes mal rédigés, extrêmement techniques ou au contraire très abstraits, au style incertain ou au vocabulaire si spécifique qu'il en devient « *une langue ésotérique réservée aux seuls spécialistes* »<sup>2109</sup>. L'exercice des droits et libertés souffre assurément d'une telle situation car « *que devient la liberté si la règle qui la délimite et qui l'organise n'est pas prévisible et sûre parce que incompréhensible ?* »<sup>2110</sup>. Comment, alors, préserver l'accès aux droits ? C'est en considération d'une telle problématique que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1999<sup>2111</sup>, consacre « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* » en rappelant à l'appui de cette solution que « *l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la garantie des droits requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables* » et qu'« *une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés (...)* », accessibilité et intelligibilité du droit étant des exigences rattachables à l'ensemble des droits constitutionnels et participant d'une approche démocratique du pouvoir<sup>2112</sup>. Il faut par ailleurs déplorer l'instabilité du droit. Dans son rapport de 2006 consacré à la sécurité juridique, le Conseil n'hésite pas, en ce sens, à évoquer les « *stroboscopes législatifs permanents* »<sup>2113</sup> intervenant en matière fiscale et sociale, dans le cadre de la politique sécuritaire ou de la lutte contre la précarité, un dispositif chassant l'autre dans des domaines sous-tendant à chaque fois pour l'usager des services publics concernés de nombreuses implications quant à l'exercice de ses « droits-créances » ou de ses libertés. Enfin, la jurisprudence complique parfois plus qu'elle n'éclaire. Ainsi, l'appréhension du principe d'égalité dans le cadre du service public

---

autorités administratives indépendantes. V. sur ce point LASSERRE-KIESOW (Valérie), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, chron., p. 2279.

<sup>2108</sup> Hermétisme qui doit parfois aussi bien au verbiage de l'administration qu'à son silence, la règle de la décision implicite de rejet posant ainsi certaines questions en matière de transparence. En ce sens, SINNASSAMY (Christophe), « L'effectivité de la transparence administrative : quelle réussite juridique ? », *RRJ* 2007/4, p. 1376.

<sup>2109</sup> OBERDORFF (Henri), « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *EDCE* 1991, n° 43, p. 222.

<sup>2110</sup> LARRALDE (Jean-Manuel), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n° 231, p. 11.

<sup>2111</sup> CC n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Rec.* p. 136, *LPA* 1999, n° 239, p. 6, note J.E. Schoettl.

<sup>2112</sup> V. DE MONTALIVET (Pierre), « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 104-105.

<sup>2113</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE* n° 57, 2006, p. 257.

relève désormais pour le juge administratif d'une appréciation des différences de situation dont le caractère de plus en plus subjectif ne manquera pas, parfois, d'égarer l'usager<sup>2114</sup>.

Ce dernier éprouve également de nombreuses difficultés à comprendre le fonctionnement même des services publics. Intervenant dans des domaines de plus en plus variés, l'inflation de l'utilisation du procédé de service public a inévitablement entraîné avec elle la mise en place de « *strates administratives* »<sup>2115</sup> rendant toute lecture d'ensemble ardue<sup>2116</sup>. Le mouvement de décentralisation, le phénomène d'intercommunalité et le développement d'autorités administratives indépendantes ont accentué la problématique, entraînant la perte de repère d'un usager parfois fort embarrassé pour identifier l'interlocuteur pertinent. Par ailleurs, les formalités administratives exigées se révèlent souvent lourdes et complexes, particulièrement lorsque la demande formulée n'est pas stéréotypée. Certes, de telles difficultés ne doivent pas être exagérées : critiquer le fonctionnement de services publics paraît parfois être devenu un sport national alors même que le monde administratif n'est pas toujours l'univers kafkaïen auquel on voudrait l'assimiler. Mais il est pour autant impossible de nier les réelles difficultés de compréhension ressenties par l'usager dans ses contacts avec les services publics et les dangers qui peuvent en résulter en termes d'exercice de ses droits et libertés. De manière générale, en premier lieu, parce que les demandes des usagers sous-tendent la satisfaction de « droits-créances » et, plus avant, de libertés, et que lorsque la procédure d'accès à des prestations est complexe, elle freine inexorablement dans le même temps l'accès aux prestations attendues. En réaction, sera exigée une meilleure transparence dont les implications se confondront avec les impératifs d'accessibilité, de simplicité et de rapidité, lesquels sont réunis sous l'égide de l'impératif global de qualité du service public, aujourd'hui de plus en plus nettement formalisé, notamment par la mise en place de la « Charte Marianne »<sup>2117</sup>. Mais, également parce que, et c'est alors plus grave, la complexité

---

<sup>2114</sup> V. *supra*, Chapitre précédent.

<sup>2115</sup> OBERDORFF (Henri), « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *EDCE* 1991, n° 43, p. 226.

<sup>2116</sup> Un tel constat était déjà dressé au début des années quatre-vingt. V. SADRAN (Pierre), « Le miroir sans tain : réflexions sur le communication entre l'administration et les administrés », *Mélanges Ellul*, PUF, 1983, p. 802.

<sup>2117</sup> Présentée le 3 janvier 2005 par le gouvernement, la Charte Marianne (aujourd'hui perfectionnée avec la mise en place d'un « Référentiel Marianne » et un système d'attribution de label associé) repose sur un socle commun d'engagements comprenant un accès plus facile de l'usager aux services, un accueil attentif et courtois, une réponse compréhensible aux demandes dans un délai prédéterminé, une réponse systématique aux réclamations et une meilleure écoute des attentes du public en vue d'améliorer la qualité des prestations délivrées. La qualité était cependant dès avant 2005 un thème de réforme récurrent, présent notamment dans la circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public et dans la circulaire relative à la réforme de l'Etat de juillet 1995, comprenant un Titre II intitulé « mieux prendre en compte les besoins et les attentes des citoyens ». V. *La qualité*

des formalités administratives est parfois susceptible d'exclure les candidats usagers ne disposant pas des pré-requis économiques, sociaux, culturels ou intellectuels officieusement nécessaires à l'accomplissement de telles démarches<sup>2118</sup>. C'est dans cette hypothèse l'égalité d'accès aux services publics que la complexité de fonctionnement des services publics met en péril. Certes, le devoir d'information et d'accompagnement des agents<sup>2119</sup> est censé pallier les difficultés rencontrées par ces personnes. Mais à condition, toutefois, que ce devoir soit assumé de manière efficace, et que les individus en cause aient, en tout premier lieu, osé franchir le seuil du service public et fait part de leurs difficultés.

Les dangers que fait courir l'opacité de l'action administrative envers les droits et libertés sont avérés et formalisés aujourd'hui tant par la jurisprudence que par la loi. La transparence offre la possibilité d'améliorer l'accessibilité intellectuelle et matérielle au regard de la prestation délivrée et, partant, la concrétisation des prérogatives fondamentales découlant de cette prestation. Elle apparaît en outre susceptible d'initier un cercle vertueux, car offrir un droit de regard à l'usager sur le fonctionnement du service public oblige le procédé à s'améliorer en tenant compte de ce droit de regard. La transparence induit ainsi un recentrage sur les attentes de l'usager, une meilleure prise en compte de ce dernier et des droits et libertés dont il peut se prévaloir. A la fois produit et outil de la persistance d'un rapport inégalitaire entre administration et administrés, le secret doit être combattu dans ses différents aspects afin de renforcer la figure d'un usager-citoyen dont l'adhésion aux décisions administratives suppose la compréhension et non la seule obéissance. Mais sans, toutefois, faire du service public une structure totalement transparente, ce qui pourrait paradoxalement se révéler dangereux pour les droits et libertés.

## 2) *Un secret parfois nécessaire au respect des droits et libertés*

Le secret est-il totalement ennemi des libertés, à la figure de l'opacité « dévalorisée, discréditée et affectée d'un signe négatif » étant opposée « la figure antithétique de la transparence conçue comme pure positivité »<sup>2120</sup> ? En réalité, les implications du secret ne se

---

*des services publics*, Rapport au premier ministre de la commission présidée par Yves Cannac, La documentation française, 2004, p. 20.

<sup>2118</sup> V. ZEGGAR (Hayet), « L'accès aux droits des populations en difficulté », *Droit social* 2001, p. 535 ; BORGETTO (Michel), « Les enjeux actuels de l'accès aux droits », *Informations sociales* 2004, n° 120, p. 13.

<sup>2119</sup> Cette obligation d'information est rappelée à l'article 27 de la loi du 13 juillet 1983 (*préc.*)

<sup>2120</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 240.

laissent pas appréhender de manière aussi nette et peuvent parfois également être appelées à jouer un rôle bénéfique envers l'utilisateur<sup>2121</sup>.

Dans la pratique, en effet, il n'est pas toujours souhaitable de lever systématiquement l'opacité gouvernant l'action des services publics. Il peut en premier lieu être opposé qu'une certaine efficacité commande cet hermétisme, la transparence pouvant nuire à la rapidité et la cohérence de cette action administrative en l'obligeant sans cesse à rendre des comptes. Cet argument classique, avancé lors de l'adoption des lois de 1978 afin de défendre la confidentialité de l'action administrative, a peut-être été exagéré dans sa portée - l'accès aux documents administratifs n'ayant pas entraîné la paralysie annoncée par certains - mais invite néanmoins à rappeler que le pouvoir implique une part de secret, et ce pour des raisons ne jouant pas forcément au détriment des droits de l'utilisateur. Ainsi, notamment, si la complexité de structure et d'organisation que connaissent nombre de services publics est susceptible de retarder l'utilisateur dans ses démarches, elle suppose dans le même temps l'observation d'un parcours administratif balisé. Ces méandres auront différé la solution, mais offriront à l'utilisateur l'assurance qu'il n'est pas destinataire d'une décision relevant d'un examen superficiel. La simplicité et la rapidité ne sont pas toujours gages de qualité. Par ailleurs, les implications de la transparence sont parfois susceptibles de déboucher sur une application pervertie. Ainsi, « *le secret ne doit pas être assimilé purement et simplement à l'archaïsme administratif* »<sup>2122</sup> car il permet au service public de prendre ses décisions en toute sérénité et indépendance, là où l'accès aux documents administratifs rend possible la contestation de certaines orientations en amont, alors même que « *tous les membres d'une société ne sont pas (...) guidés par le souci du bien public, et tous les responsables publics également capables de sérénité face aux pressions dont ils pourraient être l'objet de la part des défenseurs d'intérêts privés* »<sup>2123</sup>. Il pourra cependant être opposé que le secret n'a, de toute manière, jamais été total et que la transparence a ici remis à égalité l'ensemble des personnes intéressées et assaini une situation dans laquelle les informations étaient antérieurement divulguées « sous le manteau » à quelques privilégiés et où des pressions s'exerçaient déjà sur l'administration de manière seulement plus clandestine. Toutefois, la transparence « *multiplie évidemment les risques d'intervention pour infléchir le sens des choix des autorités publiques* »<sup>2124</sup>. Enfin, les processus décisionnels ou travaux préliminaires doivent parfois

---

<sup>2121</sup> En ce sens, BONNOTTE (Christophe), « La transparence administrative en droit français », in *Economic Papers*, n° 42, Varsovie, 2006, p. 70.

<sup>2122</sup> JEGOUZO (Yves), « Le droit à la transparence administrative », in *EDCE* n° 43, 1991, p. 201.

<sup>2123</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, *La transparence et le secret*, *EDCE* n° 47, 1995, p. 138.

<sup>2124</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, *Ibid.*

impérativement conserver certaines zones d'ombre. En effet, « *la communication peut tuer la communication* »<sup>2125</sup>. Dès lors qu'un document administratif est appelé à être communiqué, les termes de sa rédaction ne seront pas forcément les mêmes que s'il avait été destiné à demeurer secret. L'administration se fera plus timorée dans ses conclusions ; un rapport sera ainsi « *expurgé de la partie la plus sensible des communications faites ou des jugements portés, cette information sensible étant réservée à des commentaires oraux de l'auteur du rapport à l'autorité destinataire du rapport* » tandis que « *les procès-verbaux de réunions peuvent être établis selon des termes qui masquent ou altèrent la réalité ou sous une forme à ce point synthétique que leur valeur informative s'en trouve affectée* »<sup>2126</sup>. « *Trop de transparence peut assurément, en rendant plus difficile la dissimulation, encourager (...) la simulation* »<sup>2127</sup>. En cela, le secret réapparaît sous une forme rampante, d'autant plus insidieuse qu'elle revêt pourtant toutes les apparences de la transparence.

Cette dernière avoue ainsi certaines limites. Toutefois, ces dernières ne paraissent pas préjudicier gravement aux droits et libertés de l'usager car la garantie liée au secret semble relativement diffuse et peu à même de contrebalancer les effets négatifs liés au manque de transparence. En revanche, l'impact bénéfique du secret est nettement perceptible lorsque sont envisagés les dangers qu'encourrait la liberté individuelle dans le cadre d'un service public conçu comme une « maison de verre ». En effet, « *c'est souvent l'intimité même de la vie privée de ses usagers qui constitue la matière première de l'action administrative, à telle enseigne que la transparence de celle-ci emporterait dans de nombreux cas, si l'on n'y prenait garde, dévoilement des données intéressant la vie privée* »<sup>2128</sup>. L'exigence de transparence s'arrête là où débutent les impératifs du respect de la vie privée, lesquels s'attachent autant à la personne et à ses activités qu'à son patrimoine ou son image<sup>2129</sup>. Sous cet aspect, secret et transparence poursuivent assurément des objectifs communs car « *l'un et*

---

<sup>2125</sup> DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), « La transparence : vertus et limites », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 17.

<sup>2126</sup> DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), *Ibid.*

<sup>2127</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « La transparence et le secret », *EDCE* n° 47, 1995, p. 141.

<sup>2128</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, *op. cit.*, p. 139.

<sup>2129</sup> La loi n° 670-643 du 17 juillet 1970 a ainsi introduit dans le Code civil un nouvel article 9 selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* », exigence qui intéresse autant le « *droit au secret de l'être* » que le « *droit au secret de l'avoir* » (LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 313) et qui est par ailleurs reprise à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».



*l'autre cherchent à protéger les libertés individuelles du citoyen »<sup>2130</sup> mais se révèlent dans le même temps contradictoires quant à leurs implications et supposent un exercice de conciliation de la part du législateur, « le secret de la vie privée [devant] s'imposer avec d'autant plus de force que la vie publique se déroule au grand jour »<sup>2131</sup>.*

Enfin, faut-il souhaiter l'effacement de toute distance que semble encourager l'exigence de transparence ? Dans son sens le plus absolu, en effet, « l'idée de transparence implique un mouvement plus profond d'osmose entre l'administration et la société. Devenue transparente à la société, l'administration se résorberait progressivement en elle »<sup>2132</sup>, la problématique de communication se complétant alors avec celle de proximité sous l'effet d'un mouvement qui n'apparaît cependant pas sans danger. En effet, « toute augmentation de la lisibilité administrative risque d'accroître la surface de lisibilité sociale »<sup>2133</sup> et peut se retourner contre la société en la faisant devenir dans le même temps « transparente à l'administration »<sup>2134</sup>. C'est en réaction contre une telle menace que se sont élevées des exigences de renforcement de la confidentialité de la vie privée, à l'aune de celles posées par la loi du 6 janvier 1978. Droits et libertés ont, pour s'épanouir, à la fois besoin de transparence et de secret. La mise en œuvre de l'exigence de transparence dans les services publics doit obéir à une lecture équilibrée afin de respecter ces impératifs contradictoires et favoriser ainsi dans le même temps, une participation éclairée des usagers aux processus décisionnels gouvernant le procédé.

### ***B/ Le renforcement de la garantie par la participation des usagers au fonctionnement des services publics***

La nécessité de redéfinition des rapports entre le service public et les usagers se traduit également par la voie de la participation. Un pas supplémentaire est alors accompli car il n'est plus seulement offert à l'utilisateur une possibilité de compréhension de l'action administrative

---

<sup>2130</sup> MORAND-DEVILLER (Jacqueline), *in* *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 329.

<sup>2131</sup> LETTERON (Roseline), « Accès aux documents et vie privée », *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 196.

<sup>2132</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », *in* *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 256.

<sup>2133</sup> CHEVALLIER (Jaques), *op. cit.*, p. 272.

<sup>2134</sup> CHEVALLIER (Jaques), *op. cit.*, p. 271.

mais l'opportunité de participer à l'élaboration des décisions intéressant l'organisation et le fonctionnement des services publics. Dans cette perspective, « *l'administré cesse d'être alors étranger à la préparation de l'acte qui le concerne ; entre l'autorité et lui, un dialogue se noue ; il peut faire valoir son point de vue, verser au dossier les éléments qu'il possède ; simultanément, il prend connaissance des données qui lui échappent ; ainsi collabore-t-il à l'élaboration de son propre destin* »<sup>2135</sup>. Sous l'impulsion d'une vision renouvelée de la citoyenneté (1), lui est offert un rôle actif quant au fonctionnement des services publics et la concrétisation des droits et libertés qui en découlent (2).

### 1) Une approche renouvelée de la démocratie et de la citoyenneté

La démocratie représentative ne bénéficie plus du consensus généralisé dont elle a longtemps bénéficié, au point qu'il paraît possible d'évoquer aujourd'hui une véritable crise de cette forme d'organisation du pouvoir<sup>2136</sup>. Le principe de représentation semble en effet s'être essoufflé sous l'influence de divers facteurs, parmi lesquels une érosion de la confiance dans les représentants et dans le système qu'ils personnifient, cause d'un abstentionnisme lié également pour une large part au manque de lisibilité des enjeux électoraux<sup>2137</sup>. A de nombreux égards, une telle perte d'intérêt pour les mécanismes de démocratie représentative résulte d'une dérive depuis toujours en germe dans ce système, et contre laquelle mettait déjà en garde Benjamin Constant. Ce dernier, opposant liberté des Anciens et liberté des Modernes, traçait en effet dans le même temps une frontière entre liberté politique et liberté privée et constatait que si les Modernes mettaient au premier plan la liberté individuelle et inclinaient ainsi à déléguer leur droit de participation au pouvoir politique pour se consacrer à leurs affaires privées<sup>2138</sup>, existait alors le risque qu'« *absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée, nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique* »<sup>2139</sup>.

---

<sup>2135</sup> RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 823.

<sup>2136</sup> CHEVALLIER (Jacques), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 361.

<sup>2137</sup> CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 368.

<sup>2138</sup> Là où les Anciens n'étaient libres que par leur participation au gouvernement de la cité.

<sup>2139</sup> CONSTANT (Benjamin), *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, p. 616. V. sur ce point LOCHAK (Danièle), *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 74.

Cependant, le relatif désintérêt observé à l'égard des mécanismes de démocratie représentative ne doit pas être compris comme figeant une fois pour toutes le citoyen dans une position de pure passivité, mais comme témoignant surtout de son indifférence grandissante face à un système qui lui paraît éprouver le même sentiment à son égard. Un sentiment diffus d'inutilité du vote est aujourd'hui observable car « *le suffrage universel, instrument politique de la citoyenneté, ne remplit plus son rôle d'établissement d'un lien politique du citoyen avec les institutions* »<sup>2140</sup>. Il semble en effet que les individus ne se contentent plus « *d'un système qui les cantonne au choix périodique de ceux qui, pendant la durée de leur mandat, régleront seuls, par leurs décisions, les affaires nationales ou locales. (...) En un mot, est de moins en moins acceptée aujourd'hui, par des administrés qui se sentent frustrés, une conception de la démocratie qui se résume ainsi : élisez nous, nous ferons le reste* »<sup>2141</sup>. En découle la volonté d'influer sur la marche des affaires publiques par l'entremise d'autres mécanismes, la démocratie participative offrant ainsi des perspectives d'intervention intéressantes car permettant aux individus de bénéficier d'une emprise plus affirmée sur les choix collectifs opérés. Une telle évolution ne suppose pas, dans le même temps, la remise en cause des mécanismes traditionnels de démocratie représentative<sup>2142</sup>. L'action entreprise doit avoir pour but « *d'améliorer l'existant* »<sup>2143</sup>, et non d'en faire table rase, et plaide seulement pour une appréhension complémentaire et non antagoniste de ces deux modes d'exercice du pouvoir<sup>2144</sup> à travers laquelle l'utilisateur du service public peut trouver un rôle à jouer.

En effet, si elle dépasse ce seul cadre, l'évolution en faveur d'une démocratie participative peut trouver dans le service public un terrain d'expression privilégié. La participation des usagers à son fonctionnement constitue une plus-value démocratique dès lors que la logique représentative qui le gouverne n'apparaît plus seule suffisante. La marche des services publics dépend *in fine*, plus ou moins directement selon le mode de gestion choisi, d'une personne publique dont la légitimité découle du système de représentation électoral national ou

<sup>2140</sup> THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 338.

<sup>2141</sup> LACHAUME (Jean-François), « Participation et services publics locaux », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2002, p. 233.

<sup>2142</sup> Qui devraient ainsi laisser pour Dominique Rousseau la place à un système de « démocratie continue », impliquant « *le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action des gouvernants* ». V. *À la recherche de la démocratie continue*, Colloque CERCOP Montpellier, 2-3 avril 1992, L.G.D.J.-Bruylant, 1995 et sur ce point LEVINET (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, Némesis-Bruylant, 2<sup>nde</sup> éd., 2008, p. 417.

<sup>2143</sup> RUANO DE LA FUENTE (José-Manuel), « La participation citoyenne comme source de légitimité de la gouvernance », *RA* 2006, p. 489.

<sup>2144</sup> Dans le sens de cette appréhension complémentaire, DUMONT (Gilles), « La participation des citoyens au service des élus », in H. Pauliat (dir.), *L'autonomie des collectivités locales en Europe : une source potentielle de conflits ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2004, p. 332.

local<sup>2145</sup>. « *Au travers des chaînes institutionnelles* »<sup>2146</sup>, c'est donc la volonté collective des citoyens que le service public est censé mettre en oeuvre. Cependant, il faut être naïf « *pour penser que compte tenu de la complexité de ces chaînes institutionnelles, il n'y a pas quelques déperditions dans ces circuits là* »<sup>2147</sup>. L'exigence démocratique dans les services publics se heurte aux faiblesses d'un schéma qui continue d'ignorer que « *c'est du pluralisme que dépend l'espérance démocratique [...], de la pesée des forces, voire de leur concurrence, que naît ce que peut être notre façon de vivre en commun* »<sup>2148</sup>. Défendant une telle vision, Jacques Chevallier s'appuie sur les travaux de Jürgen Habermas<sup>2149</sup> pour rappeler que la démocratie suppose ce « *respect du pluralisme, la garantie des droits et libertés, le débat sur les choix collectifs* » et qu'elle doit être mise en oeuvre par des procédures de discussion et de délibération grâce auxquelles « *les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auxquels ils sont soumis en tant que destinataires* », la démocratie devenant dès lors « *une démocratie juridique qui est aussi une « démocratie de substance » fondée sur des droits* »<sup>2150</sup>. Renouveler les formes d'interventions des individus trouve écho dans l'idée que les usagers puissent directement prendre part aux processus décisionnels intéressant les services publics.

Plus avant, la participation renouvelle également la notion de citoyenneté, qui s'éloigne de l'acception purement politique à laquelle elle se rapporte traditionnellement<sup>2151</sup>. Au regard des développements précédents, il apparaît en effet que « *la citoyenneté réduite au droit de vote ne permet pas d'assurer à chacun une emprise réelle sur les choix collectifs qui affectent son existence quotidienne* »<sup>2152</sup>. Attachée au procédé de démocratie représentative, elle se trouve par ailleurs limitée dans sa définition même car elle ne désigne comme citoyen que la personne « *qui entretient avec l'Etat un lien de nationalité doublé d'une reconnaissance des droits civiques* »<sup>2153</sup>. Or, cette conception traditionnelle tend à faire oublier que la citoyenneté

---

<sup>2145</sup> V. AUBY (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA* février 2006, p. 6 et THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 336.

<sup>2146</sup> AUBY (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA* février 2006, p. 7

<sup>2147</sup> AUBY (Jean-Bernard), *Ibid.*

<sup>2148</sup> AUBY (Jean-Bernard), *Ibid.*

<sup>2149</sup> HABERMAS (Jürgen), *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997.

<sup>2150</sup> CHEVALLIER (Jacques), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 376.

<sup>2151</sup> Sur la dissociation entre usager et citoyen sur le fondement politique, DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Paris II, 2002, p. 103 et s.

<sup>2152</sup> V. sur ce point LOCHAK (Danièle), *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 77.

<sup>2153</sup> MAILLARD DESGREES DU LOU (Dominique), *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000, p. 28.

« s'inscrit dans un processus global de construction de l'identité collective »<sup>2154</sup> dont le service public constitue l'un des instruments. Sous l'influence de l'exigence démocratique de participation devant se jouer au sein de ce procédé, la notion de citoyenneté doit se voir délivrée de sa seule approche politique et revêtir une dimension renvoyant « aux processus plus généraux d'intégration sociale »<sup>2155</sup>, qui trouve son pendant dans un procédé de service public dont l'impact en matière de cohésion sociale est aujourd'hui clairement formalisé et reconnu, par effet de miroir, comme « vecteur de citoyenneté »<sup>2156</sup>. Ce procédé est ainsi à la fois réceptacle et révélateur privilégié de ces évolutions et, dès lors, « pour autant qu'on admet que le développement des services publics a constitué, et persiste à constituer un élément du pacte civique, et que le fonctionnement des services publics est l'un des derniers terrains sur lesquels une démocratie [...] est susceptible de stimuler l'expression civique, il faut affirmer que l'utilisateur est un des visages du citoyen et tirer de cette affirmation toutes les conséquences qui s'imposent »<sup>2157</sup>, en insistant tout particulièrement sur celles attachées à la satisfaction de ses droits et libertés.

## 2) Un impact positif à l'égard de la garantie des droits et libertés de l'utilisateur du service public

Développer les possibilités d'association de l'utilisateur à la marche des services publics induit de nombreuses conséquences quant à la garantie offerte aux droits et libertés. La première de ces conséquences relève d'une appréciation générale qui vise directement le renforcement démocratique permis par l'introduction de mécanismes participatifs. Il faut le répéter : favoriser la démocratie au sein des services publics favorise concomitamment la liberté des utilisateurs, car ces derniers obéissent alors à des décisions qui ont recueilli leur adhésion. Détenteurs d'un rôle plus actif, ils se présentent comme des interlocuteurs à qui est ouverte la possibilité d'une plus grande implication dans le fonctionnement et l'organisation du service public. Il leur appartient de se saisir de cette opportunité qui sous-tend un rééquilibrage encore plus poussé de la relation nouée avec l'administration que ne le fait la transparence, mais qui ne pourrait cependant se formaliser sans elle. La relation de complémentarité et de connexité

---

<sup>2154</sup> CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2003, p. 198.

<sup>2155</sup> CHEVALLIER (Jacques), « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », *RFAP* 1996, n° 77, p. 196. V. également DONIER (Virginie), « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *RFDA* 2008, p. 13.

<sup>2156</sup> CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 14.

<sup>2157</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau », *EDCE* 1994, n° 46, p. 84.

existant entre transparence et participation se retrouve ici très clairement. En effet, la compréhension offerte par la règle de transparence peut être considérée comme la première étape permettant par la suite une intervention directe des usagers dans la marche des services publics. Il ne peut exister de participation efficace sans compréhension préalable du fonctionnement du service tandis qu'une meilleure transparence peut découler de la participation des usagers, lesquels, en influant sur les règles et conditions d'organisation de ce service, pourront en simplifier les contours et les rendre ainsi plus accessibles intellectuellement et matériellement<sup>2158</sup>. L'une et l'autre de ces règles entendent ainsi, de manière générale, lutter contre le désengagement du citoyen auquel invitent l'opacité et l'unilatéralité gouvernant l'action administrative et redonner à l'individu un rôle actif, contrepoids à l'emprise de la personne publique sur sa vie quotidienne<sup>2159</sup>.

Il apparaît, du reste, d'autant plus nécessaire de réserver un espace d'intervention aux usagers que ces derniers dépendent des services publics pour satisfaire l'exercice de nombre de leurs droits et libertés. Il peut dès lors sembler normal qu'ils disposent d'une possibilité de participation ou, au moins, d'évaluation, des décisions qui auront par la suite, de manière plus ou moins directe, une influence sur la concrétisation de ces exigences. L'utilisateur étant censé constituer le référent ultime du service public, il ne saurait, en toute logique, demeurer totalement extérieur à un processus décisionnel qui le concerne au premier chef et recèle pour lui des implications primordiales. La valorisation d'un usager-citoyen s'insère donc dans une problématique directement liée à celle de la garantie des droits. C'est rendre hommage à sa liberté que lui permettre d'intervenir. Mais c'est aussi tendre à une amélioration de la prestation car la participation suppose une prise en compte des attentes des usagers et partant, une satisfaction accrue de ces derniers. En toute logique et dans l'hypothèse d'une application effective du principe, la participation est ainsi susceptible d'influer sur l'adaptation du service dans un sens favorable à l'utilisateur, car supposant une évolution respectueuse de ses demandes dans le cadre d'une démarche concertée. Traditionnellement mal aimée, la règle de mutabilité peut ainsi également trouver une part de rédemption dans son interaction avec la participation.

Cette règle paraît en outre d'autant plus intéressante qu'elle trouve à toucher l'ensemble des usagers des services publics sans considération, notamment, de leur nationalité<sup>2160</sup>. Cette

---

<sup>2158</sup> En ce sens, LARRALDE (Jean-Manuel), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n° 231, p. 20.

<sup>2159</sup> Faisant ainsi reculer le spectre du « *pouvoir immense et tutélaire qui se charge seul de veiller sur leur sort* » décrit par Tocqueville. V. *De la démocratie en Amérique*, Tome II, Quatrième partie, Chap. VI.

<sup>2160</sup> V. CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2003, p. 202.

position fait alors écho sur cette question à l'indifférence exigée par le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés, laquelle n'est pas censée s'arrêter à une telle condition<sup>2161</sup>. Étrangers comme nationaux peuvent se prévaloir des droits et libertés leur étant constitutionnellement reconnus<sup>2162</sup> et sont autorisés, sous l'égide de la règle de participation, à les défendre au sein du service public, là où une telle intervention n'est en revanche ouverte, dans le cadre d'un système représentatif, qu'aux seuls électeurs nationaux et, s'il s'agit d'élections municipales ou européennes<sup>2163</sup>, aux ressortissants de l'Union européenne. Exclue des grands moments de la vie électorale, une personne étrangère résidant en France paie cependant des impôts, scolarise ses enfants, utilise les transports en commun, se fait hospitaliser, *etc.* Le service public étant appelé à intervenir dans tous les aspects de sa vie et conditionnant la satisfaction de nombre de ses droits, elle peut espérer exercer sur ce point une influence d'autant plus précieuse qu'elle lui est refusée sur le fondement de la seule citoyenneté politique. En parallèle, cette influence jouera également pour celui disposant de la nationalité française, conscient des limites de son vote dans le cadre de la démocratie représentative. Délaissant la sphère purement politique, la revendication qui intervient ici peut être comprise comme celle « *d'être traité en citoyen* », souhait à travers lequel affleure une demande « *de respect par l'Administration (...) des libertés, de la dignité et de l'égalité des individus* »<sup>2164</sup> que la règle de participation s'efforce de rendre effective.

---

<sup>2161</sup> Si tel était le cas, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution proclamant que « *la France doit assurer l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* » ou l'article 34 évoquant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » auraient pu laisser penser que ces droits et libertés n'étaient garantis qu'aux seuls citoyens français, à l'exclusion des étrangers. Une telle position a été clairement rejetée par le juge constitutionnel, qui rappelle, dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 « *Maîtrise de l'immigration* », qu'il appartient au législateur « *de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ».

<sup>2162</sup> Est reconnue aux étrangers tant la jouissance de libertés traditionnelles que celle de droits économiques et sociaux. Le juge administratif avait ainsi déjà eu l'occasion de rappeler que ne pouvaient être opposés à des personnes étrangères des refus d'accès aux services publics ou d'octroi de prestations sociales (V. pour exemple les arrêts TA, Bordeaux, 14 juin 1988, *El Rhazouani*, Rec. p. 519 et CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c/ Lévy*, Rec. Leb. p. 157). Ces solutions ont par la suite été consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, dans laquelle il précise que le choix d'exclure des bénéficiaires d'une allocation les étrangers résidant régulièrement en France « *méconnaît le principe constitutionnel d'égalité* ». Il importe cependant de rappeler que les étrangers ne peuvent jouir de la totalité des libertés publiques, comme par exemple celle d'entrer et de séjourner librement sur le territoire national ou d'accéder à la fonction publique (la solution étant différente pour les ressortissants de l'Union européenne, V. *supra*, Seconde Partie, Titre Premier, Chapitre premier). Par ailleurs, la jouissance des droits et libertés demeure subordonnée à la régularité de leur séjour sur le territoire, ce qui nuance à l'évidence la position universaliste défendue par le juge constitutionnel, l'étranger en situation irrégulière ne bénéficiant que de prestations minimales (aide sociale à l'enfance, aide médicale, prestations relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles). V. MOUTOUH (Hugues), « Le bon grain et l'ivraie – Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.*, chron., 1999, p. 426-429.

<sup>2163</sup> V. article 88-3 de la Constitution.

<sup>2164</sup> DUBOIS (Jean-Pierre), « Citoyenneté, citoyennetés », in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, 2003, p. 64.

Dans une perspective couplée à laquelle viennent parfois s'adjoindre, sous une forme encore nébuleuse, d'autres règles de bonne gestion, transparence et participation militent ainsi en faveur d'une figure de l'utilisateur citoyen qui, dans sa conception, rejoint l'image d'un service public centré sur l'utilisateur et la satisfaction de ses droits et libertés. Un rééquilibrage s'opère en sa faveur, lequel marque, encore une fois, le mouvement d'individualisation plus général que semble commander une garantie efficace des droits et libertés par le service public et qui suppose une attention renouvelée envers ses attentes et ses difficultés. L'utilisateur n'était, face au service public, tout au plus qu'un bénéficiaire passif. Il apparaît désormais devoir devenir partenaire et acteur à travers la mise en œuvre d'une véritable démocratie administrative soutenue par des règles de participation et de transparence progressivement concrétisées.

PARAGRAPHE SECOND  
DES EXIGENCES DE TRANSPARENCE ET DE PARTICIPATION  
PROGRESSIVEMENT MISES EN ŒUVRE AU SEIN DU SERVICE PUBLIC

La dimension primordiale du service public dans le cadre de la réalisation des droits et libertés de l'individu plaide pour que ce dernier puisse être davantage intéressé à son fonctionnement et dispose pour cela de réelles possibilités de comprendre et d'agir. Or de nombreux progrès ont été enregistrés en ce sens, lesquels témoignent d'une dynamique de plus en plus favorable aux règles de transparence et de participation dans les services publics, même si, le plus souvent, les principes posés dépassent ce seul cadre pour englober l'ensemble de l'appareil administratif. Des mécanismes concrets sont peu à peu perfectionnés afin de faire écho à la valorisation contemporaine des droits et libertés de ce dernier (A). L'évolution semble ainsi aujourd'hui lancée. Toutefois, le chemin à parcourir reste encore long et les limites à une réelle emprise de l'utilisateur nombreuses, constat qui tempère les effets positifs attendus de la rénovation de son rôle, mais n'obère cependant pas sa progression (B).



## ***A/ Une mouvement de concrétisation des règles de transparence et de participation***

La volonté de rénovation de la relation entre administration et administrés encourage la mise en oeuvre des règles de transparence et de participation dans les services publics et offre ainsi aux usagers certaines opportunités de compréhension et d'intervention face au système administratif qui les gouverne. Ce mouvement s'enrichit, au fil des années et des réformes, d'exigences approfondies témoignant d'un souci accru de l'utilisateur-citoyen. Ce dernier bénéficie désormais de mécanismes concrets lui permettant de s'informer sur la marche des services publics (1) comme de se prononcer sur cette dernière (2), et d'organiser ainsi une meilleure défense de ses droits et libertés.

### *1) Des mécanismes de transparence régulièrement perfectionnés*

*« La transparence n'est pas un simple leurre, un mirage ou une baudruche, dépourvus d'impact concret et dont la seule consistance serait imaginaire : passant dans le réel, elle s'est traduite par un ensemble de réformes, qui ont contribué à modifier la nature de la relation administrative et plus profondément encore à remodeler la configuration de l'action administrative (...). Ce mouvement n'est nullement en voie d'être stoppé : la politique de transparence connaît sans cesse de nouveaux développements sous la forme de correctifs destinés à améliorer le dispositif, de compléments visant à combler les lacunes résultant de la pratique ou encore de prolongements ouvrant dans des directions nouvelles ; tout se passe comme si avait été créée une dynamique poussant à la résorption des dernières séquelles du modèle ancien et à une ouverture toujours plus large de l'administration »<sup>2165</sup>.*

La règle de transparence a ainsi particulièrement progressé au sein du service public de santé. Intitulé symboliquement « De la démocratie sanitaire », le titre II de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades<sup>2166</sup> consacre, sous l'égide du droit à la protection de la santé, un droit à l'information du patient sur son état de santé<sup>2167</sup>, préalable à son consentement

---

<sup>2165</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 257.

<sup>2166</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002, p. 4118.

<sup>2167</sup> V. article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

éclairé<sup>2168</sup>, et le droit à la communication du dossier médical sans passer par l'intermédiaire d'un médecin<sup>2169</sup>. Plus largement, les mécanismes instaurés en matière d'accès aux documents ont connu des aménagements réguliers afin de préserver l'équilibre le plus satisfaisant entre transparence des documents administratifs et protection de la liberté individuelle. Dès la consécration du droit d'accès, le législateur a entouré cette exigence de garanties concrètes, notamment par la création de la CNIL et de la CADA<sup>2170</sup>. La prérogative neuve que constituait en 1978 le droit à l'information a par ailleurs rapidement du être précisée. En effet, sa formulation législative originelle n'était pas dépourvue d'ambiguïté, notamment quant à l'étendue de la liberté d'accès ainsi reconnue et à la garantie du « droit au savoir » mais également du droit au respect de la vie privée qui en dépendait. Dans sa rédaction initiale, le texte refusait ainsi toute communication des documents dont la divulgation était susceptible de constituer une atteinte à ce dernier droit<sup>2171</sup> mais n'indiquait pas si ce secret s'imposait seulement aux tiers ou également directement à l'intéressé. Cette imperfection est à l'époque rattrapée par la loi du 11 juillet 1979, laquelle introduit un article 6 *bis* précisant que « *les personnes qui le demandent ont droit à la communication (...) des documents de caractère nominatif les concernant, sans que des motifs tirés du secret de la vie privée, du secret médical, (...) puissent leur être opposés* ». Mais c'est avant tout la loi du 12 avril 2000<sup>2172</sup> relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui vient, sur de nombreux aspects, clarifier la donne et lever certaines interrogations persistantes. En écartant la notion de documents nominatifs, tout d'abord, laquelle faisait l'objet d'interprétations divergentes entre la CNIL et la CADA<sup>2173</sup>, et en retenant la notion, soumise à la définition

---

<sup>2168</sup> Lequel est considéré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. V. CE, ord., 16 août 2002, *Mme Feuillatey*, Req. n° 249552.

<sup>2169</sup> V. article L. 1111-7 du Code de la santé publique.

<sup>2170</sup> V. *supra*, A/, 1), a).

<sup>2171</sup> V. article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

<sup>2172</sup> Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JO* 13 avril 2000, p. 5646. L'intitulé même de la loi manifeste la volonté de refonder la relation administrative sur la base de la citoyenneté : V. CHEVALLIER (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? A propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *D.* 2000, Chron., n° 37, p. 577.

<sup>2173</sup> La CNIL avait en effet adopté une définition selon laquelle devait être considérée comme document nominatif toute information permettant l'identification d'une personne. La CADA, quant à elle, considérait comme nominatifs les seuls documents qui portaient une appréciation sur la personne, solution par la suite reprise par le Conseil d'Etat, lequel estimait ainsi que devaient échapper aux tiers, outre les documents comportant des informations sur la vie privée, le secret médical ou le secret des affaires, les documents portant sur une personne aisément identifiable ou donnant sur son comportement des indications qui pouvaient lui être préjudiciables (CE, Sect., 30 mars 1990, *Madame Degorge Boëtte*, *Rec. Leb.* p. 85, *AJDA* 1990, obs. X. Prétot, p. 553). En fonction de son support, la compétence revenait alors à la CNIL ou à la CADA de se prononcer sur l'accès à ce document, selon des conditions plus strictes si le document relevait d'un fichier informatisé. Pour exemple, une liste de noms et d'adresses pouvait être communiquée à tout demandeur sur le fondement de la loi de 1978 mais n'était plus accessible dès lors qu'elle était stockée dans un fichier. Face au développement de l'informatisation, il devenait ainsi de plus en plus difficile de se voir communiquer certains documents. Sur ce point, v. LETTERON (Roseline), « Accès aux documents et vie privée », in *Transparence et secret*, Colloque

plus libérale défendue par cette dernière, des documents devant être couverts par un secret relatif à l'égard des tiers<sup>2174</sup>, opposés à ceux soumis à un secret absolu<sup>2175</sup>. Mais également par le choix d'étendre l'application de la loi du 17 juillet 1978 aux documents obtenus à partir de fichiers informatisés et d'élargir ainsi l'accès de documents qui, jusque-là, de par la conception plus restrictive retenue par la loi du 6 janvier 1978, étaient incommunicables parce qu'inclus dans un fichier alors qu'ils auraient été accessibles sous forme papier<sup>2176</sup>. En cette matière, l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>2177</sup> a en outre consacré la possibilité d'organiser une communication partielle des documents lorsque ces derniers comportent des mentions régies par le secret mais qui apparaissent détachables sans que cela altère le sens du texte en cause<sup>2178</sup>. Le législateur poursuit par ailleurs son oeuvre de simplification en faveur de l'utilisateur en précisant que les administrations sont désormais tenues de communiquer les documents qu'elles détiennent sans considération de leur provenance, alors qu'elles refusaient souvent auparavant de les fournir lorsqu'ils avaient été transmis par d'autres services<sup>2179</sup>. Elles doivent en outre transmettre cette demande à l'autorité pertinente lorsqu'elles ne

---

pour le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 195.

<sup>2174</sup> Selon le nouvel article 6 de la loi du 17 juillet 1978, « *ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs ; - dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière industrielle et commerciale ; - portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable ; - faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice* ».

<sup>2175</sup> Ne sont pas considérés comme communicables les documents administratifs dont la communication ou la consultation porterait atteinte « *au secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif, au secret de la Défense nationale, à la conduite de la politique extérieure de la France, à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes, à la monnaie ou au crédit public, au déroulement des procédures engagées devant les juridictions (...), à la recherche, par les services compétents, des infractions pénales douanières, ou, de façon générale, aux secrets protégés par la loi* ».

<sup>2176</sup> La loi du 12 avril 2000 précise ainsi, à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet 1978, que la notion de document administratif devait s'entendre également des « *documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant* », article par la suite simplifié par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques (*JO* 7 juin 2005, p. 10022), par laquelle la loi vise désormais tout document administratif, « *quel que soit le support utilisé* ». Le texte de 2000 avait parallèlement inséré dans la loi du 6 janvier 1978 un article 29-1, abrogé depuis par la loi du 6 août 2004 (*préc.*), selon lequel les dispositions de la loi ne faisaient pas obstacle à ce que des tiers puissent accéder à des informations nominatives dans les conditions fixées par la loi du 17 juillet 1978. Cette simplification de l'articulation entre les deux lois de 1978 a mis fin à la jurisprudence du Conseil d'Etat du 19 mai 1983, *Bertin* (*Rec. Leb.* p. 207, *AJDA* 1983, p. 402, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue), par laquelle le juge administratif excluait les documents issus de fichiers informatisés du champ de la loi du 17 juillet 1978.

<sup>2177</sup> Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, *préc.*

<sup>2178</sup> Cette possibilité ayant été initiée par la CADA puis par le juge administratif (CE, 16 juin 1989, *OPHLM de la Ville de Paris*, *Rec. Leb.* p. 688, *AJDA* 1989, p. 603, chron. E. Honorat et E. Baptiste). Sur ce point, DELAUNAY (Bénédictine), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques », *AJDA* 2006, p. 1379.

<sup>2179</sup> Obligeant alors l'utilisateur à identifier très précisément le service à l'origine du document.

s'estiment pas compétentes au regard de la réclamation formulée<sup>2180</sup>. Enfin, la loi s'est également inquiétée des modalités pratiques de communication des documents en organisant l'harmonisation des frais de communication exigés par les administrations, lesquels se révélaient parfois extrêmement variables et pouvaient constituer un obstacle financier pour les demandeurs<sup>2181</sup>. La transparence, et la garantie des libertés qui en dépend, se sont donc perfectionnées au fil du temps. La communication papier n'est, du reste, plus la seule alternative disponible : s'adaptant aux progrès technologiques, il est désormais admis que la communication puisse se faire par l'intermédiaire de supports informatiques ou par voie électronique<sup>2182</sup>.

A cet égard, il est d'ailleurs probable que la logique d'accès à l'information administrative évolue progressivement vers une logique de diffusion formalisée à travers la mise à disposition sur Internet d'un certain nombre de documents<sup>2183</sup>. Une telle évolution, faisant écho au développement de l'administration électronique, modifierait sensiblement la distribution des rôles en matière d'accès aux documents administratifs, l'initiative devant dans cette hypothèse revenir non plus au demandeur mais à l'autorité publique<sup>2184</sup>. Pour l'heure, cependant, cette idée n'en est encore qu'à ses balbutiements, faute, notamment de consensus sur le périmètre des documents administratifs « essentiels » qu'il conviendrait de diffuser<sup>2185</sup>. La CADA professe par ailleurs une certaine méfiance envers ce qui pourrait parfois pour l'administration constituer un moyen pratique d'alléger ses obligations en matière de communication, et n'admet ainsi la prévalence de cette logique de diffusion que lorsqu'elle

---

<sup>2180</sup> Sur ces diverses mesures, BOISSARD (Sophie), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1313.

<sup>2181</sup> V. le décret n° 2001-493 du 6 juin 2001 rappelant le principe de ce paiement (*JO* 10 juin 2001, p. 9246) et l'arrêté du 1<sup>er</sup> octobre 2001 relatif aux conditions de fixation et de détermination du montant des frais de copie d'un document administratif *JO* 2 octobre 2001, p. 15496. Au-delà des frais d'envois postaux, les frais mis à la charge du demandeur ne peuvent excéder 0,18 € par photocopies noir et blanc et 2, 75 € pour un CD-Rom.

<sup>2182</sup> V. le décret n° 2001-493 du 6 juin 2001, *préc.*

<sup>2183</sup> En ce sens, ROBINEAU-ISRAEL (Aurélie) et LASSERRE (Bruno), « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1326.

<sup>2184</sup> Rompant alors avec le processus de relation traditionnel entre usager et service public de « demande/réponse »

<sup>2185</sup> Un précédent projet de loi sur la société de l'information, déposé à l'Assemblée nationale le 14 juin 2001, prévoyait ainsi, dans une première version, que les données essentielles devant être diffusées étaient « *l'ensemble des actes et décisions pris au nom d'une personne publique ou d'une personne privée chargée d'une mission de service public qui sont soumis à une obligation de publicité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les documents annexes à ces actes ; les décisions de justice ; les informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics de nature à faciliter les démarches des usagers ; les rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics qui sont communicables à tous en application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978* ». Le périmètre retenu paraissant trop large à la CADA comme à la CNIL, la version finale ne prévoyait plus la diffusion que des rapports et études sur les missions, l'organisation et le fonctionnement des services publics et les actes et décisions faisant l'objet d'une obligation de publication, avant d'être elle-même abandonnée. V. ROBINEAU-ISRAEL (Aurélie) et LASSERRE (Bruno), *op. cit.*, p. 1327.

semble susceptible d'offrir les mêmes garanties de respect du droit à l'information que les procédés de communications classiques<sup>2186</sup>. Si la publication de certains actes, notamment dans des recueils officiels<sup>2187</sup>, lui paraît ainsi satisfaisante, elle estime en revanche que la « fracture numérique » fait obstacle à ce qu'il en soit de même d'une diffusion par le biais d'Internet<sup>2188</sup>, réserve qui ne condamne pas la valorisation de cette méthode, mais qui rappelle qu'elle ne doit constituer qu'un adjuvant favorisant la liberté d'accès aux documents administratifs. Si la communication demeure ainsi « *quérable* » avant d'être « *portable* »<sup>2189</sup>, il demeure toutefois nécessaire de saluer, au-delà de ce sujet précis, les progrès accomplis en matière d'information générale du citoyen grâce à l'administration électronique. Les pouvoirs publics mettent désormais gratuitement en ligne de nombreux textes et informations juridiques renforçant le « droit de savoir » de l'utilisateur quant aux modalités de gestion des services publics et la délivrance des prestations<sup>2190</sup>. Le site officiel « Légifrance » permet de consulter les codes, textes de lois, décrets, jurisprudences et fait en cela écho à la décision de Conseil d'Etat selon laquelle la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques relève « *d'une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller* »<sup>2191</sup>. En lien avec cette meilleure information mais dans une visée touchant également à la simplification des démarches administratives et dès lors, à l'accès à certaines prestations, des portails du type de « Service-public.fr » offrent de nombreux éclairages sur les politiques publiques et les droits de l'utilisateur. Cette action est enfin relayée par les très nombreux sites en ligne des ministères, collectivités locales et établissements publics, un décret du 2 février 1999 prévoyant en outre que tous les formulaires nécessaires pour accomplir une démarche auprès des services administratifs de l'Etat doivent être tenus à disposition du public sous forme numérique<sup>2192</sup>. Le développement

---

<sup>2186</sup> V. BOISSARD (Sophie), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1311.

<sup>2187</sup> Comme par exemple la publication au Journal officiel, dans le recueil administratif d'une préfecture ou d'un rapport à la Documentation française.

<sup>2188</sup> Rapport CADA 1999-2000, p. 20.

<sup>2189</sup> ROBINEAU-ISRAEL (Aurélien) et LASSERRE (Bruno), *op. cit.*, p. 1326.

<sup>2190</sup> Le Journal officiel est ainsi mis à la disposition du public sous forme électronique de manière permanente et gratuite depuis le 1<sup>er</sup> juin 2005 (V. ord. n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, *JO* 21 février 2004, p. 3514). Sur ce point, MAZEAUD (Denis), « L'accès libre au droit grâce à Internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d'influences », *LPA* 2005, n° 194, p. 23.

<sup>2191</sup> Cette activité est considérée relever d'un service public « par nature ». CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *Rec. Leb.* p. 363, *AJDA* 1998, p. 362, concl. Combrexelles ; *D.* 1998, p. 591, note Jorion. Cette vision a par ailleurs été reprise à l'article 2 de la loi du 12 avril 2000 (préc.), le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'Internet (*JO* 9 août 2002, p. 13655) rappelant par ailleurs le caractère de service public de la diffusion du droit par Internet.

<sup>2192</sup> Décret n° 99-68 du 2 février 1999 relatif à la mise en ligne de formulaires administratifs, modifié par le décret 2001-452 du 25 mai 2001, *JO* 29 mai 2001, p. 8534.

de ces « téléservices » est ainsi susceptible de simplifier sensiblement les démarches des usagers ayant la possibilité de s'y connecter<sup>2193</sup>.

D'autres initiatives viennent enfin renforcer l'exigence d'information et de simplification. L'impératif de qualité des services publics, de plus en plus prégnant<sup>2194</sup>, a contribué à faire évoluer les situations et les mentalités<sup>2195</sup>, alors même que l'introduction d'une « démarche qualité » pouvait à l'origine sembler mieux s'insérer dans la sphère des services publics économiques que dans celle des services de puissance publique<sup>2196</sup>. L'amélioration de l'accessibilité du service comme de la prestation sont aujourd'hui les objectifs affichés<sup>2197</sup>, lesquels tissent des liens étroits avec les impératifs de la transparence et révèlent plus avant la volonté de rénovation de la relation avec l'utilisateur, replacé au cœur de l'intervention du service public<sup>2198</sup>. Cette amélioration se poursuit ainsi notamment par le développement de la polyvalence dans les services publics à travers la mise en place des « maisons de services publics » dont les effets touchent, au-delà du maintien d'une continuité spatiale, à la simplification des démarches des usagers<sup>2199</sup>. Le législateur est par ailleurs intervenu à de multiples reprises afin de combattre les complexités propres au fonctionnement des services publics. La loi du 12 avril 2000 organise ainsi la levée de l'anonymat des fonctionnaires, mesure qui, si elle peut spontanément sembler anecdotique, revêt pourtant une importance symbolique particulière aux yeux de l'utilisateur aux prises avec l'administration, lequel peut désormais « mieux s'orienter dans l'univers administratif en localisant plus clairement les

---

<sup>2193</sup> Sur ce point, v. article 3 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JO 10 décembre 2004, p. 20857 et ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, JO 9 décembre 2005, p. 18986.

<sup>2194</sup> V. *supra* Paragraphe Premier, 1), b).

<sup>2195</sup> Étant même parfois fait mention d'une véritable « révolution qualité ». V. *La qualité des services publics*, Rapport au premier ministre de la commission présidée par Yves Cannac, La documentation Française, 2004, p. 31.

<sup>2196</sup> Les contours de la qualité, dictés par les attentes des usagers, demeurent du reste dans ces services beaucoup plus difficiles à tracer que dans les services publics économiques, depuis longtemps soumis à des impératifs de performance et d'efficacité économiques. BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 330.

<sup>2197</sup> Dans leur sens le plus poussé, les impératifs d'accessibilité et d'amélioration de la prestation sont ainsi susceptibles, de se rapprocher de la théorie des « cinq zéros » développée par Shewhart dans le cadre du secteur privé : « zéro papier (simplicité), zéro défaut (sécurité, précision), zéro panne (continuité disponibilité), zéro délai (rapidité) et zéro incompréhension (transparence) ». V. CHEVALLIER (Jacques), « Le discours de la qualité administrative », *RFAP* 1988, p. 303. et CLUZEL (Lucie), « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », in E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, PUF-Droit et justice, 2002, p. 61 et *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 247 et s.

<sup>2198</sup> V. CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 305 et POULET (Nadine), « Le concept de qualité », in H. Pauliat (dir.), *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA 2002, PULIM, 2003, p. 24.

<sup>2199</sup> Elles offrent en effet directement accès à un interlocuteur unique, compétent afin d'accomplir un ensemble de démarches. Sur l'initiative des maisons de services publics, v. *supra*.

responsabilités et le pouvoir de décision »<sup>2200</sup>, ce qui entraîne une responsabilisation accrue de cette dernière<sup>2201</sup>. Le Parlement a, par ailleurs, régulièrement habilité le gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnances<sup>2202</sup>, ce qui a conduit ce dernier à mettre en œuvre de nombreuses actions en direction des services publics, favorisant un accès simplifié aux prestations et partant à l'exercice des droits et libertés afférents : création des services interministériels dédiés à la simplification des formalités administratives<sup>2203</sup>, suppression de l'exigence de certaines pièces justificatives<sup>2204</sup>, allègement de formalités conditionnant la satisfaction de « droits-créances » et touchant notamment à l'accès aux prestations sociales<sup>2205</sup> ou de santé<sup>2206</sup>, ou bien encore clarification de certains documents fiscaux<sup>2207</sup> en constituent autant d'exemples<sup>2208</sup>. La simplification relève ainsi d'un mouvement cohérent et de grande ampleur mais qui se formalise par petites touches, témoignant d'une nécessité de résolution au cas par cas des dysfonctionnements et complexités administratives freinant l'exercice

---

<sup>2200</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 248.

<sup>2201</sup> V. article 4 de la loi du 12 avril 2000 (*préc.*). Cette obligation s'impose à l'ensemble des services publics administratifs. Toute personne a le droit de connaître « *le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administrative de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui le concerne* » ce qui contraint les administrations à prêter plus d'attention aux circuits de décisions et aux règles de délégations de signature. Sur ce point, ARRIGHI DE CASANOVA (Jaques) et FORMERY (Simon), « Une nouvelle étape de l'amélioration entre l'Administration et les citoyens : la loi DCRA du 12 avril 2000 », *RFDA* 2000, p. 727.

<sup>2202</sup> Tout particulièrement par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, *JO* 3 juillet 2003, p. 11192. V. GONOD (Pascale), « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.

<sup>2203</sup> Ont ainsi successivement été créés le Conseil d'Orientation de la Simplification Administrative (COA), devenu aujourd'hui le Conseil pour la Simplification du Langage Administratif (COSLA) (V. décret n° 2003-1099 du 20 novembre 2003, *JO* 21 novembre 2003, p. 19766) et la Délégation aux Usagers et aux Simplifications Administratives (DUSA) (V. décret n° 2003-141 du 21 février 2003, *JO* 22 février 2003, p. 3231). Le COSLA formule des propositions pour simplifier la législation et la réglementation ainsi que les procédures, les structures et le langage administratifs et donne avis sur le programme annuel de simplification des formalités et des procédures administratives préparé par chaque ministre. La DUSA coordonne la politique d'allègement des formalités administratives. Elle est chargée de proposer ou promouvoir les mesures et actions destinées à améliorer les relations des administrations avec les administrés et à accroître la qualité de l'accueil et du service rendu. Ces institutions sont aujourd'hui regroupées sous l'égide de la Direction Générale de la modernisation de l'Etat (DGME), créée par le décret n° 2005-1792 du 30 décembre 2005 (*JO* 1<sup>er</sup> janvier 2006, p. 1). Pour un récapitulatif des missions de cette direction, v. l'arrêté du 22 avril 2008 (*JO* 30 avril 2008, texte n° 56) et pour une critique de l'instabilité institutionnelle gouvernant de manière paradoxale l'objectif de simplification administrative : SEILLER (Bertrand), « Les limites de la simplification », *LPA* 2007, n° 104, p. 32.

<sup>2204</sup> V. ainsi le décret n° 2000-1277 du 26 décembre 2000 portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil, *JO* 28 décembre 2000, p. 20747.

<sup>2205</sup> V. par exemple ord. n° 2004-605 du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse, *JO* 26 juin 2004, p. 11629, l'allocation unique de solidarité aux personnes âgées remplaçant les dizaines de prestations différentes intervenant antérieurement.

<sup>2206</sup> V. ord. n° 2004-329 du 15 avril 2004 allégeant les formalités applicables à certaines prestations sociales, *JO* 17 avril 2004, p. 7085. Ce texte allège et assouplit notamment les dispositions relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles et facilite l'accès des assurés sociaux aux soins de santé délivrés dans les autres Etats membres de l'Union européenne.

<sup>2207</sup> V. ord. n° 2004-281 du 24 juin 2004 relative à des mesures de simplifications en matière fiscale, *JO* 27 mars 2004, p. 5894, ce texte tendant notamment à la « *clarification de la formulation d'actes administratifs relatifs à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt* ».

<sup>2208</sup> Pour une étude d'ensemble, GAST-MEYER (Myriam), « La simplification du droit », *RRJ* 2005-3, p. 1183.

effectif des droits et libertés dépendants de l'accès à certaines prestations. De ce pointillisme ressort cependant une vision d'ensemble, confirmée par l'intervention du rapport Warsmann sur la qualité et la simplification du droit en décembre 2008, et l'adoption d'une nouvelle loi introduisant diverses mesures de simplification et d'allègement des procédures<sup>2209</sup>. Si la tâche paraît encore loin d'être accomplie, cette évolution fait progressivement état d'une véritable prise de conscience quant aux nécessités de rénovation de la relation entre le service public et ses usagers, laquelle passe également par un approfondissement des mécanismes de participation.

## 2) *Un développement des opportunités de participation*

S'il est possible de déceler aujourd'hui une « *tendance lourde* » en faveur de la démocratie administrative<sup>2210</sup>, l'intervention de mécanismes de participation à destination des usagers des services publics y concourt assurément, même si ces derniers semblent pour l'heure moins affirmés que ceux dédiés à la transparence. Certains aménagements interviennent néanmoins afin de permettre à ceux qui constituent les principaux intéressés du service public d'être associés de manière plus ou moins poussée aux processus de décision guidant ce procédé<sup>2211</sup> et d'investir ainsi directement la question de la garantie de leurs droits et libertés en influant sur la marche des services et en permettant une adaptation à leur avantage.

Certains ne verront cependant dans cette exigence de participation rien de novateur et rappelleront que la représentation des intérêts des usagers était autrefois mise en place dans certaines entreprises publiques gérant un service public. Les conseils d'administration d'EDF et de GDF obéissent ainsi depuis la loi de nationalisation de 1946<sup>2212</sup> à une représentation tripartite<sup>2213</sup>, règle qui a par la suite été appliquée à un grand nombre d'établissements publics

---

<sup>2209</sup> Loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* 13 mai 2009, p. 7920.

<sup>2210</sup> Sur cette vision, STIRN (Bernard), « Citoyenneté, puissance publique, administré », in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, 2003, p. 78.

<sup>2211</sup> V. THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 339 et s.

<sup>2212</sup> Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, *JO* 9 avril 1946, p. 2651. A l'époque, cette règle de représentation des intérêts en présence entendait marquer l'idée selon laquelle la nationalisation ne devait pas être confondue avec l'étatisation. Sur ce point, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 222.

<sup>2213</sup> A l'époque contemporaine, le conseil d'administration d'EDF est composé de représentants de l'Etat, du personnel, et de membres élus par l'assemblée générale des actionnaires.



industriels et commerciaux<sup>2214</sup>, comme par exemple au sein de la SNCF<sup>2215</sup>, de la RATP<sup>2216</sup> ou de la Poste<sup>2217</sup>. Cependant, ce modèle de cogestion dans lequel les usagers devaient détenir une voix délibérative s'est rapidement délité sous l'effet du décret du 11 mai 1953<sup>2218</sup> qui a ouvert la représentation des usagers à des personnalités désignées par le gouvernement en raison de leur compétence en matière industrielle et financière, solution par la suite confirmée par la loi relative à la démocratisation du secteur public du 26 juillet 1983<sup>2219</sup>. La participation s'est ainsi trouvée extrêmement réduite au sein de ces instances.

En parallèle, la logique de représentation des usagers a néanmoins essaimé au-delà du secteur industriel et commercial. L'exemple le plus classique demeure celui de la participation d'usagers dans les conseils d'administration des établissements secondaires<sup>2220</sup> et des universités<sup>2221</sup> par la voie de représentants élus, mais il faut noter également leur intervention dans le secteur social<sup>2222</sup> et dans celui de la santé, la loi du 4 mars 2002<sup>2223</sup> ayant sur ce dernier point joué un rôle majeur<sup>2224</sup>. Aux côtés de ces hypothèses sectorielles de cogestion au sein des organes délibérants des services publics ont par ailleurs été ouvertes certaines procédures de consultation ou de concertation. Les deux termes peuvent spontanément sembler synonymes mais ils recouvrent en réalité deux hypothèses différentes quant au degré de participation des usagers<sup>2225</sup>, la consultation permettant l'expression d'une opinion à destination d'une autorité qui prendra seule la décision finale, quand la concertation suppose

---

<sup>2214</sup> V. DELVOLVE (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 681.

<sup>2215</sup> V. l'article 21 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982 : parmi les membres du Conseil d'administration, se comptent cinq membres choisis en fonction de leur compétence dont au moins un représentant des usagers.

<sup>2216</sup> V. l'article 1b) du décret n° 2004-500 du 7 juin 2004 relatif à l'application de la loi de démocratisation du secteur public à la Régie autonome des transports parisiens, *JO* 8 juin 2004, p. 10133.

<sup>2217</sup> V. article 10 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications.

<sup>2218</sup> Décret n° 53-416 du 11 mai 1953 relatif à la composition des conseils d'administration des entreprises nationales, *JO* 12 mai 1953, p. 4332.

<sup>2219</sup> Article 5 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (*JO* 27 juillet 1983, p. 2326), ce texte réaffirmant le principe du tripartisme tout en précisant que peuvent intervenir aux côtés des représentants des usagers des personnalités choisies en raison de leur compétences ou connaissances. Sur les limites que comporte dès lors ce modèle, v. *infra*, B/, 1), b).

<sup>2220</sup> V. décret n° 68-968 du 8 novembre 1968, *JO* 9 novembre 1968, p. 10497.

<sup>2221</sup> V. loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur, *JO* 13 novembre 1968, p. 10579 et loi n° 2007-1099 relative aux libertés et responsabilités des universités, *JO* 11 août 2007, p. 13468. V. également article 712-3 du Code de l'éducation.

<sup>2222</sup> En ce qui concerne la participation des assurés sociaux, v. les articles L. 212-2, L. 221-3 et L. 225-5 du Code de la Sécurité sociale. En matière de participation dans le cadre des conseils des offices publics HLM, v. article L. 422-3-1 du Code de la construction de l'habitation.

<sup>2223</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *préc.*

<sup>2224</sup> Les usagers du système de santé sont ainsi aujourd'hui représentés à l'intérieur des établissements de santé (notamment dans les conseils d'administration des hôpitaux publics) et dans les organismes chargés d'émettre des avis sur les politiques régionales de santé. Sur cette question, MOQUET-ANGER (Marie-Laure), « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A* 2006, n° 15, p. 518.

<sup>2225</sup> En ce sens, GARBAR (Claude-Albert), « Participation et secteur public », *TDP* 2003, n° 2, p. 299.

un pas supplémentaire, les représentants des divers groupes sociaux n'étant « *plus saisis de projets tout élaborés sur lesquels ils ne peuvent que donner un avis mais appelés à discuter avec l'administration de la conception même de sa stratégie puis de son application concrète* »<sup>2226</sup>. Au niveau national, la consultation peut ainsi être ponctuellement prévue par le législateur dans certains domaines particuliers<sup>2227</sup> ou, selon une lecture large, être considérée comme directement consacrée par la Constitution à travers le référendum institué à l'article 11 de la Constitution. Ce dernier est susceptible de porter sur tout projet de loi intéressant « *des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent* »<sup>2228</sup> et ouvre en outre aujourd'hui une étroite fenêtre à l'initiative populaire<sup>2229</sup>, par laquelle pourrait peut-être un jour être initiée certaines adaptations du service public, voire la création ou la constitutionnalisation de certains d'entre eux.

Mais les opportunités de participation consultative des usagers se sont également diversifiées au niveau local. Une évolution en ce sens était, du reste, d'autant plus attendue que ce niveau, par définition plus proche, semble mieux à même de recueillir les attentes et suggestions des usagers à l'endroit des services publics locaux. Certes, nombre des mécanismes mis en place ne concernent qu'indirectement le procédé et touchent, plus largement, au renforcement de la démocratie participative. Ainsi, la procédure souvent désignée sous l'appellation de référendum consultatif local mise en place par la loi du 6 février 1992<sup>2230</sup>, l'introduction d'un

---

<sup>2226</sup> CHEVALLIER (Jacques) et LOCHAK (Danièle), *Traité de science administrative*, Tome 2, LGDJ, 1978, p. 209.

<sup>2227</sup> La loi n° 2000-18 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoit ainsi une procédure de consultation en cas d'atteinte grave et immédiate au réseau et à la distribution d'électricité entraînant la mise en œuvre de mesures conservatoires. La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JO* 28 février 2002, p. 3821) prévoit par ailleurs dans son article 143 une consultation des organisations nationales représentatives des usagers des transports avant tout déclassement affectant la consistance du réseau ferroviaire.

<sup>2228</sup> Cette rédaction résultant de la réforme constitutionnelle du 4 août 1995. Une telle hypothèse mérite d'être signalée mais sort néanmoins quelque peu de la problématique jusqu'ici traitée, au sens où c'est alors en tant que citoyen, dans le sens classique du terme, et non directement en tant qu'usager que l'individu est appelé à intervenir. A ce jour, aucun référendum de ce type n'est par ailleurs intervenu.

<sup>2229</sup> V. article 11 alinéa 3 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. La marge d'intervention des citoyens reste en effet très limitée, car ces derniers partagent cette initiative avec les parlementaires et n'interviennent en réalité qu'à titre de soutien, de nombreuses conditions entourant par ailleurs cette intervention (Pour un exposé du mécanisme, HAMON (Francis), « La nouvelle procédure de l'article 11 : un "vrai faux référendum d'initiative populaire" », *LPA* 19 décembre 2008, n° 254, p. 16).

<sup>2230</sup> V. la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JO* 8 février 1992, p. 2864. Ce texte a ouvert la possibilité pour les autorités municipales de consulter les électeurs d'une commune sur les décisions qu'elles étaient appelées à prendre pour régler les affaires relevant de leur compétence. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 sur les responsabilités et libertés locales (*JO* 17 août 2004, p. 14545) a par la suite étendu cette possibilité à toutes les collectivités territoriales. L'initiative peut, sous conditions précisées par l'article 1112-16 du CGCT, être reconnue aux habitants aux fins de demander à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une telle consultation. Il importe cependant de rappeler que ni cette demande, ni les résultats de la consultation, ne s'imposent aux autorités locales élues.

référendum local décisionnel et d'un droit de pétition par la loi du 28 mars 2003<sup>2231</sup> ou la mise en place de conseils de quartier<sup>2232</sup> ou de comités consultatifs communaux<sup>2233</sup> constituent pour les usagers autant d'opportunités d'intervention dans la marche des services publics, sans que ces aménagement soient spécifiquement dévolus à cet effet ni, d'ailleurs, très utilisés. Ils n'en offrent cependant pas moins certaines potentialités, lesquelles s'insèrent dans une dynamique d'ensemble favorable au renforcement de la participation et que formalise très clairement la loi sur la démocratie de proximité du 27 février 2002<sup>2234</sup>. Par ce texte, le législateur a en effet directement visé le service public en consacrant de manière large l'intervention obligatoire de commissions consultatives des services publics locaux. Ces dernières doivent compter dans leurs rangs des représentants d'associations locales<sup>2235</sup> qui seront appelés à intervenir sur de nombreuses questions touchant aux services publics délégués par la collectivité ou exploités en régie dotée de l'autonomie financière et pouvant ainsi notamment peser sur l'inscription à l'ordre du jour de toute proposition relative à l'amélioration des services publics locaux<sup>2236</sup>.

---

<sup>2231</sup> V. article 72-1 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : « *La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent par l'exercice du droit de pétition demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence. Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité* ». Il est dans ce cadre possible d'imaginer que le droit de pétition puisse un jour viser « *le perfectionnement du service public* » (en ce sens, ORAISON (André), « *Réflexions sur le droit de pétition reconnu aux électeurs des diverses collectivités territoriales par la loi du 28 mars 2003* », *LPA* 2004, n° 160, p. 5) ou que le référendum décisionnel puisse s'intéresser aux services publics relevant de la responsabilité de la collectivité locale intéressée.

<sup>2232</sup> V. article L. 2143-1 du CGCT : « *Dans les communes de 80 000 habitants et plus, le conseil municipal fixe le périmètre de chacun des quartiers constituant la commune. Chacun d'eux est doté d'un conseil de quartier dont le conseil municipal fixe la dénomination, la composition et les modalités de fonctionnement. Les conseils de quartier peuvent être consultés par le maire et peuvent lui faire des propositions sur toute question concernant le quartier ou la ville. Le maire peut les associer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des actions intéressant le quartier, en particulier celles menées au titre de la politique de la ville. Le conseil municipal peut affecter aux conseils de quartier un local et leur allouer chaque année des crédits pour leur fonctionnement* ».

<sup>2233</sup> V. article L. 2143-2 du CGCT : « *Le conseil municipal peut créer des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie du territoire de la commune. Ces comités comprennent des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des représentants des associations locales. Sur proposition du maire, il en fixe la composition pour une durée qui ne peut excéder celle du mandat municipal en cours. Chaque comité est présidé par un membre du conseil municipal, désigné par le maire. Les comités peuvent être consultés par le maire sur toute question ou projet intéressant les services publics et équipements de proximité et entrant dans le domaine d'activité des associations membres du comité. Ils peuvent par ailleurs transmettre au maire toute proposition concernant tout problème d'intérêt communal pour lequel ils ont été institués* ».

<sup>2234</sup> Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *préc.*

<sup>2235</sup> Ces associations locales comprenant, par essence, nombre d'usagers des services locaux de la collectivité en cause. V. LACHAUME (Jean-François), « *Participation et services publics locaux* », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2002, p. 236.

<sup>2236</sup> V. article L. 1413-1 du CGCT : « *Les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants créent une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics qu'ils confient à un tiers par convention de délégation de service public ou qu'ils exploitent en régie dotée de l'autonomie financière. Les établissements publics de*

En outre, au-delà de ces solutions traditionnelles, les opportunités de participation dans les services publics connaissent aujourd'hui de nouvelles méthodes de mise en œuvre qu'Isabelle Thomas s'est employée à recenser<sup>2237</sup>. Certaines initiatives poursuivent ainsi divers objectifs parmi lesquels se compte celui d'une amélioration de la participation des usagers. Une fois encore, l'expérience des maisons de service public en fournit l'exemple : favorisant la proximité entre l'utilisateur et le service public, il a paru logique que les espaces ainsi créés soient des lieux d'interaction et d'échange, un décret du 6 juin 2001 ayant formalisé cette vision en précisant, dès son article 1<sup>er</sup>, que la convention portant création d'une maison de service public peut « prévoir, en outre, des modalités permettant d'associer ou de consulter des usagers »<sup>2238</sup>. Le développement de l'administration électronique s'avère également susceptible, à travers la mise en place de forums, de recueillir leur parole dans une perspective certes informelle, mais qui marque la mise en place d'une écoute plus attentive. Les procédures d'évaluation mises en place dans le cadre de « démarches qualité » dans les services publics y participent<sup>2239</sup>. Des enquêtes, études et sondages sont mis en place afin de recueillir les attentes concrètes des destinataires des prestations<sup>2240</sup>. Enfin, en bout de chaîne, en quelque sorte, il appartient toujours à l'individu de contrôler l'action des services publics et

---

*coopération intercommunale dont la population est comprise entre 20 000 et 50 000 habitants peuvent créer une commission consultative des services publics locaux dans les mêmes conditions. Cette commission, présidée par le maire, le président du conseil général, le président du conseil régional, le président de l'organe délibérant, ou leur représentant, comprend des membres de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant, désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle, et des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant. En fonction de l'ordre du jour, la commission peut, sur proposition de son président, inviter à participer à ses travaux, avec voix consultative, toute personne dont l'audition lui paraît utile. La majorité des membres de la commission peut demander l'inscription à l'ordre du jour de toute proposition relative à l'amélioration des services publics locaux.*

*La commission examine chaque année sur le rapport de son président :*

*1° Le rapport, mentionné à l'article L. 1411-3, établi par le délégataire de service public ;*

*2° Les rapports sur le prix et la qualité du service public d'eau potable, sur les services d'assainissement et sur les services de collecte, d'évacuation ou de traitement des ordures ménagères visés à l'article L. 2224-5 ;*

*3° Un bilan d'activité des services exploités en régie dotée de l'autonomie financière ;*

*4° Le rapport mentionné à l'article L. 1414-14 établi par le cocontractant d'un contrat de partenariat.*

*Elle est consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur :*

*1° Tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4 ;*

*2° Tout projet de création d'une régie dotée de l'autonomie financière, avant la décision portant création de la régie.*

*3° Tout projet de partenariat avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant ne se prononce dans les conditions prévues à l'article L. 1414-2 (...) ».*

<sup>2237</sup> THOMAS (Isabelle), *op. cit.*, p. 342.

<sup>2238</sup> Décret n° 2001-494 du 6 juin 2001 relatif aux maisons de service public, JO 10 juin 2001, p. 9247.

<sup>2239</sup> V. ainsi par exemple l'article L. 2224-5 du Code général des collectivités territoriales posant le principe d'une évaluation du prix et de la qualité du service public de l'eau potable.

<sup>2240</sup> La Direction Générale de la modernisation de l'Etat (DGME) organise ainsi sur son site des sondages en ligne permettant l'élaboration d'études d'impact sur la faisabilité de mesures de simplification en direction des usagers des services publics.

d'en demander compte. L'intervention prochaine d'un défenseur des droits<sup>2241</sup>, autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect des droits et libertés et pouvant en cela être saisie par toute personne « *s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public* », semble constituer une nouvelle voie d'intervention pour l'utilisateur. Enfin, l'impact d'un recours contentieux pouvant constituer « *une pression active sur les décisions* » reste par ailleurs toujours envisageable.

A la lumière de ces différents exemples, la certitude qu'il ne peut pour l'heure être trouvé de principe de participation à la portée juridique incontestable demeure. Cependant, sous une forme plus diffuse, cette exigence entre timidement, mais progressivement, dans les faits. Une certaine marge d'intervention, encore étroite, certes, mais en progression, est offerte à l'utilisateur et concourt à la démocratisation du fonctionnement des services publics. Transparence et participation ne sont pas de simples formules incantatoires ; elles investissent peu à peu le droit positif en offrant à l'utilisateur la possibilité d'abandonner en partie l'attitude passive qui lui est traditionnellement assignée. Le fonctionnement du service et, plus directement, la teneur des prestations délivrées, doivent aujourd'hui mieux tenir compte de ses attentes, se recentrer sur l'individu qui en demeure le destinataire. Un tel mouvement est logique dans un cadre de revalorisation du rôle de garantie du service public qui implique ce recentrage sur l'individu détenteur de droits et libertés. En cela, ces règles nouent assurément des liens bénéfiques avec le principe d'adaptation. La transparence sous-tend pour l'utilisateur l'opportunité de mieux comprendre et évaluer les motifs présidant à l'évolution ou la disparition d'un service public, quand la participation lui permet de faire entendre sa voix quant à ces modifications, et d'orienter ainsi l'adaptation programmée dans un sens plus favorable à la garantie de ses prérogatives. Cependant, ce mouvement de rééquilibrage de la relation nouée avec le gestionnaire du service public implique une redistribution des rôles qui demeure, pour l'heure, loin d'être achevée.

### ***B/ Une persévérance nécessaire en faveur de cette évolution***

La transparence comme la participation oblige l'administration à repenser et mettre en cause des comportements profondément ancrés. L'évolution en faveur d'une démocratisation du

---

<sup>2241</sup> Cette nouvelle autorité est née de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (*JO* 24 juillet 2008, p. 11890), laquelle a créé un titre XI bis. V. TEITGEN-COLLY (Catherine), « Le défenseur des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », *LPA* 19 décembre 2008, n° 254, p. 125.

fonctionnement des services publics doit ainsi encore surmonter de nombreuses limites (1), un tel renversement des termes de la relation nouée entre service public et usager exigeant de la part de ces deux protagonistes l'apprentissage de nouveaux rapports (2).

### 1) Une évolution aux résultats encore contrastés

Si le mouvement vers une meilleure transparence et une plus grande participation s'intensifie et se perfectionne, il n'en demeure pas moins encore limité dans ses applications pratiques, en ce qui concerne les efforts entrepris afin d'offrir aux usagers la possibilité de comprendre le fonctionnement des services publics (a) comme d'y intervenir directement (b).

#### a) Une opacité persistante

Certains des obstacles dressés à l'encontre de la transparence trouvent leur source dans les failles et incomplétudes du dispositif juridique mis en place. Malgré les efforts de simplification entrepris, la complexité des circuits administratifs demeure un problème récurrent. De nombreuses procédures d'accès aux prestations n'ont pas été touchées, ou de manière insuffisante, par de telles mesures, ce qui continue d'avoir pour effet de freiner ou décourager les usagers<sup>2242</sup>. Il reste également souvent difficile de comprendre la marche des services publics et des processus décisionnels la guidant, du fait de la persistance de la profusion normative et jurisprudentielle<sup>2243</sup> et du manque d'accessibilité<sup>2244</sup> en la matière, mais également parce que les principes fondamentaux de l'administration bureaucratique n'ont pas véritablement été remis en cause sous l'influence de la transparence. Le principe hiérarchique gouvernant l'action administrative continue ainsi de filtrer et opacifier l'information<sup>2245</sup>. De plus, la motivation des actes administratifs ne concerne toujours, pour

---

<sup>2242</sup> Les dispositifs d'aide et d'action sociales conditionnant le droit à la sécurité matérielle et, plus largement, la concrétisation d'un grand nombre de droits et libertés, souffrent ainsi toujours d'une faible lisibilité, notamment de par la complexité et l'éclatement des institutions qui les mettent en œuvre. V. BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 2.

<sup>2243</sup> Pour un constat des limites du mouvement de simplification normative, v. notamment MOLFESSIS (Nicolas) « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE* n° 57, 2006, p. 391.

<sup>2244</sup> La législation gouvernant la délivrance des passeports place ainsi parmi ses visas un décret de la Convention du 7 septembre 1792 et une loi du 14 ventôse an IV, textes difficilement accessibles alors même qu'ils demeurent les fondements de la réglementation actuelle et conditionnent en cela l'exercice de la liberté d'aller et venir. Sur ce point, MATUTANO (Edwin), « La légistique à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *RRJ* 2006/4 (1), p. 1796.

<sup>2245</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 447.

l'heure, que certaines décisions, la loi du 11 juillet 1979 n'ayant en aucun cas renversé la règle selon laquelle un texte doit en amont exiger la motivation pour que celle-ci intervienne<sup>2246</sup>. L'utilisateur ne disposera ainsi, encore souvent, d'aucune explication face aux décisions réglementaires touchant au service public avec lequel il est en relation, modifiant par exemple ses modalités d'accès et le régime de ce service ou décidant purement et simplement de sa fermeture. Quant à la liberté d'accès aux documents administratifs, au-delà des limites propres à la préservation des secrets légitimes liés au respect de la vie privée, elle trouve diverses atténuations par le biais de certaines dérogations entérinées par le législateur. Des intérêts publics justifient parfois ces dernières. L'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 dresse ainsi la liste des actes ne pouvant faire l'objet d'une communication car liés, par exemple, à la Défense nationale, au secret des délibérations du Gouvernement, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes, réserves compréhensibles mais qui, de par l'imprécision des termes retenus, sont susceptibles de laisser dans l'ombre une marge importante de documents<sup>2247</sup>. Les documents inachevés<sup>2248</sup> ou préparatoires à une décision administrative en cours d'élaboration<sup>2249</sup> sont également non communicables, le but recherché étant de préserver « l'autonomie et la sérénité du processus décisionnel », ce qui confine néanmoins l'utilisateur « dans une très classique action revendicative a posteriori »<sup>2250</sup>. De même, les actes des assemblées parlementaires, les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents d'instruction des réclamations adressées au Médiateur de la République, ou bien encore les rapports d'accréditation des établissements de santé ne peuvent être communiqués<sup>2251</sup>, toutes exceptions critiquées par la doctrine qui y a vu la « preuve, s'il en était besoin, que la transparence reste encore vécue comme une menace par les services administratifs et même par les services des assemblées ... »<sup>2252</sup>. Certains obstacles à cette liberté d'accès trouvent leur cause directe dans la complexité des régimes de communication spéciaux demeurant en marge du mécanisme instauré par la loi du 17 juillet 1978 sous l'égide de la CADA, complexité qui demeure encore aujourd'hui, malgré les

---

<sup>2246</sup> V. PAULIAT (Hélène), « La motivation des actes administratifs », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome III/Limoges, LGDJ, 1998, p. 54 et s.

<sup>2247</sup> En ce sens, SADRAN (Pierre), « Le miroir sans tain : réflexions sur le communication entre l'administration et les administrés », *Mélanges Ellul*, PUF, 1983, p. 801. V. également LOCHAK (Danièle), « Secret, sécurité et liberté », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 51.

<sup>2248</sup> Désignant par exemple les ébauches, plans et notes manuscrites précédant l'élaboration d'un document.

<sup>2249</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 259.

<sup>2250</sup> DELAUNAY (Bénédicte), « Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *TDP* 2003, n° 2, p. 172.

<sup>2251</sup> V. article 1 de la loi du 17 juillet 1978, ces actes n'étant pas considérés comme des actes administratifs.

<sup>2252</sup> BOISSARD (Sophie), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1313.

interventions de la loi du 12 avril 2000 et de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>2253</sup> en vue d'atténuer ces spécificités susceptibles d'égarer l'usager<sup>2254</sup>. Enfin, les avis de la CADA n'ont pas de portée obligatoire, ce qui, en cas de décision de non recevoir de la part de l'administration, peut profondément désarçonner un usager pourtant détenteur d'un avis favorable émanant de cette commission.

En outre, l'autre versant du couple transparence/secret, attaché à la préservation de la liberté individuelle, se heurte à de nouvelles problématiques, parmi lesquelles se singularise celle de la mise en ligne de certains documents. Le développement de l'administration électronique doit entraîner une vigilance accrue tant il paraît évident qu'existe une « *différence fondamentale entre la communication à une personne sur sa demande d'un document papier et la mise à disposition du public, de manière universelle et permanente, du même document sous forme numérique* »<sup>2255</sup>. Depuis la loi du 12 avril 2000 et l'abandon de la conception restrictive jusqu'alors retenue par la CNIL du document nominatif<sup>2256</sup>, de nombreux documents informatisés émanant de services publics sont accessibles aux tiers et donc diffusables sur Internet. Or, certains documents peuvent être considérés comme sensibles alors même qu'ils n'introduisent aucun jugement de valeur sur la personne intéressée<sup>2257</sup>. Le problème était d'ailleurs très nettement posé dans le cadre des banques de données de jurisprudences, ce qui a poussé la CNIL à réclamer une anonymisation *a priori* en ce domaine<sup>2258</sup>. Des correctifs interviennent d'ores et déjà afin de contrer certaines dérives. Mais, au fur et à mesure du développement de la mise en ligne de données, se découvriront de nouvelles menaces, ce qui appelle ainsi un devoir de vigilance sans cesse renouvelé, le compromis à opérer entre « droit de savoir » et droit au respect de la vie privée restant toujours en suspens

---

<sup>2253</sup> Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, *préc.*

<sup>2254</sup> Des régimes spéciaux gouvernent toujours l'accès aux documents cadastraux ou au casier judiciaire, par exemple. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'il faut insister sur le caractère particulièrement simple de la saisine de la CADA, dispensée du ministère d'avocat et n'exigeant aucune formalité particulière.

<sup>2255</sup> ROBINEAU-ISRAËL (Aurélien) et LASSERRE (Bruno), « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1328.

<sup>2256</sup> *V. supra.*

<sup>2257</sup> Comme, par exemples, les décrets de naturalisation.

<sup>2258</sup> *V. délibération CNIL n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence et PALLEZ (Christophe), « Les recommandations de la CNIL sur l'anonymisation des bases publiques de jurisprudences », LPA 2005, n° 194, p. 31.*



Toutefois, c'est au cœur de la pratique administrative que semblent toujours se nicher les plus importantes résistances au plein développement de la transparence dans les services publics. En matière de liberté d'accès aux documents administratifs, notamment, « *au-delà des imperfections de ce régime juridique, le plus préoccupant tient sans doute aux réticences et au manque d'enthousiasme dont persistent à faire preuve certaines administrations* »<sup>2259</sup>. Ce constat, opéré par de nombreux auteurs<sup>2260</sup>, se nourrit de différentes raisons, parmi lesquelles en premier lieu, une mauvaise connaissance de la loi du 17 juillet 1978, notamment au niveau territorial et au sein des organismes privés chargés d'une mission de service public. Sollicités, de nombreux gestionnaires de services publics opposeront ainsi une réponse négative au demandeur car ne s'estimeront pas concernés par ces dispositions ou considéreront que ce document relève d'un « *ordre intérieur* »<sup>2261</sup> fantasmé. La présidente de la CADA déplorait ainsi récemment le constat selon lequel, vingt-cinq après l'avènement de la liberté d'accès aux documents administratifs, près de 90 % des refus opposés aux demandeurs concernaient des documents ne présentant pourtant aucune difficulté de communication<sup>2262</sup>. S'ajoute à cela un manque persistant de moyens afin de matérialiser ce droit d'accès, les services n'étant pas, le plus souvent, dotés des structures *ad hoc* chargées de rechercher et communiquer les documents demandés, cette tâche devant donc s'effectuer en plus du travail quotidien des agents. Toutefois ce sont surtout des raisons subjectives, « *psychologiques* » qui viennent mettre en échec le droit à l'information. La levée du secret gouvernant l'action administrative implique en effet une réforme en profondeur que les administrations rechignent encore à opérer. Les observations formulées par Jacques Chevallier à propos du mythe de la transparence administrative paraissent sur ce point encore largement valables aujourd'hui. Si cet auteur reconnaît l'impact de la transparence sous forme d'une dynamique positive<sup>2263</sup>, il en détaille néanmoins les limites en insistant notamment sur ce qu'il nomme « *la viscosité des*

---

<sup>2259</sup> BOISSARD (Sophie), « Accès aux documents administratifs : du droit à la pratique, quelques réflexions sur les acquis et les limites de la loi du 17 juillet 1978 », *CFP*, mars 2001, p. 12.

<sup>2260</sup> DELAUNAY (Bénédicte), « Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *TDP* 2003, n° 2, p. 173 ; DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1225 ; SINNASSAMY (Christophe), « L'effectivité de la transparence administrative : quelle réussite juridique ? », *RRJ* 2007/4, p. 1385.

<sup>2261</sup> Selon l'expression de Sophie BOISSARD, *op. cit.*, p. 13.

<sup>2262</sup> PUYBASSET (Michèle), « Le droit à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1308. Jacques Chevallier met à ce propos en exergue l'attitude attentiste de certains services, lesquels s'abstiennent de répondre aux demandes en attendant que la CADA se prononce sur le refus implicite ainsi formé (70 % des refus de l'administration en la matière relèvent de décisions implicites). CHEVALLIER (Jacques), « Les pratiques administratives », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 87.

<sup>2263</sup> V. *supra*.

*comportements* »<sup>2264</sup>. L'attachement des services à la tradition administrative du secret se manifeste à travers leur passivité et leur mauvaise grâce à mettre en œuvre une transparence qu'ils semblent subir plus qu'accompagner, l'information constituant un « pouvoir » qu'il importe de conserver et non de distribuer, et ce malgré les implications importantes que le « droit de savoir » emporte quant à la garantie des droits et libertés de l'utilisateur.

De plus, la connexité constatée entre transparence et participation suppose que les atténuations observées se répercutent de l'une à l'autre de ces exigences. La participation trouve alors assurément à souffrir des résistances constatées en la matière, tout en devant également se battre contre les obstacles lui étant directement opposés.

b) Une association au processus décisionnel trop limitée

Certaines de ces limites se manifestent à l'intérieur même des modalités de mise en œuvre de la participation. L'une d'entre elle a déjà été évoquée : si la formule de la cogestion demeure celle offrant le plus de pouvoir aux usagers, l'affirmation a cédé en pratique devant le constat de l'effacement de leur présence au profit de personnalités désignées par le gouvernement en raison de leur capacité. Outre le fait que leur composition dépend d'une volonté politique, les organes délibérants sont ainsi susceptibles de privilégier un esprit bureaucratique « *qui réduit la question de la consommation et de l'usage à une quantification des besoins et à une gestion des flux des demandes* »<sup>2265</sup>, au risque d'ignorer les attentes d'utilisateurs et les implications du service public envers les droits et libertés de ces derniers.

Dans cette perspective, se pose de plus avec une particulière acuité la question de la représentativité des usagers. Dans les hypothèses où leur intervention est aménagée sous forme tripartite, la méthode la plus satisfaisante consiste bien sûr à faire élire ces représentants par la communauté des usagers. C'est là la solution retenue, notamment, dans le cadre des conseils d'administration des universités. Toutefois, le plus souvent, les représentants seront désignés par décret, ce qui soulève de nouveau la question de leur indépendance et du réel impact de la participation sur le rééquilibrage de la relation<sup>2266</sup>. Cette participation est en

---

<sup>2264</sup> CHEVALLIER (Jaques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 261.

<sup>2265</sup> JEANNOT (Gilles), *Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 82.

<sup>2266</sup> V. sur ce point THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 341.

outre le plus souvent monopolisée par le mouvement associatif, l'ouverture apparaissant « *foncièrement sélective* », car profitant « *pour l'essentiel aux relais représentatifs du milieu social (...)* »<sup>2267</sup>, ce que confirme expressément la loi du 27 février 2002<sup>2268</sup> organisant l'intervention d'associations locales au sein des commissions consultatives sur les services publics locaux. Cette solution ne comporte pas que des inconvénients : l'utilisateur trouve souvent dans l'association une structure organisée, informée, capable d'engager un débat plus égalitaire du fait de son poids plus important. Mais la médiation comporte un risque de déperdition démocratique. L'utilisateur peut ainsi se trouver « récupéré » par des associations défendant avant tout une vision politique et non ses intérêts. Il risque également, s'il ne souhaite pas passer par le biais d'une association, de se voir confisquer toute opportunité d'intervention. Enfin, des luttes de pouvoir peuvent toujours entraîner la captation de la représentation aux mains d'une association au détriment des autres et favoriser ainsi une participation ne constituant jamais qu'une frange des positions existantes sur le sujet. Les modalités de représentation des usagers continuent ainsi encore souvent à poser question<sup>2269</sup>. Néanmoins, le développement de telles associations marque, dans le même temps, la volonté des usagers de se mobiliser et d'offrir ainsi un front, sinon uni, du moins collectif et renforcé, aux pouvoirs publics.

En réalité, le principal obstacle à la participation réside dans l'encadrement excessif de ses modalités d'exercice, lequel freine les potentialités d'intervention réelle des usagers dans les processus décisionnels afin d'influer sur la mise en œuvre de leurs droits et libertés. Plusieurs exemples sont là pour en témoigner. La consultation locale demeure ainsi à l'initiative des collectivités. Le référendum décisionnel, s'il est organisé, ne peut par ailleurs porter que sur une question de type oui/non<sup>2270</sup> et ne conduira à l'adoption du projet que si ce dernier recueille la moitié des suffrages exprimés et seulement dans le cas où la moitié au moins des électeurs inscrits aura pris part au vote. En outre, le droit de pétition<sup>2271</sup> ne permet que de demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour et n'oblige en rien les autorités locales. La composition des divers comités pouvant être mis en place au niveau local, dont la

---

<sup>2267</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 441.

<sup>2268</sup> Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *préc.*

<sup>2269</sup> Le Conseil d'Etat rappelle ainsi qu'il faut « *trouver à engager le dialogue avec le tout-venant des usagers non enrôlés dans des structures permanentes sans minimiser le défi que constitue pour les pouvoirs publics la pulvérisation propre à cette catégorie d'usagers, mais en ayant à cœur de l'assumer* ». Rapport public du Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau, EDCE 1994, n° 46, p. 84.

<sup>2270</sup> Les électeurs ne pourront ainsi se prononcer que sur un acte déjà totalement préparé par la collectivité, et non choisir entre plusieurs projets. Sur ce point, DUMONT (Gilles), « La participation des citoyens au service des élus », in H. Pauliat (dir.), *L'autonomie des collectivités locales en Europe : une source potentielle de conflits ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2004, p. 328.

<sup>2271</sup> Dont les conditions de mise en œuvre devant être précisées par la loi ne sont toujours pas fixées.

commission consultative des services publics locaux, demeure aux mains des élus. Ces derniers conservent ainsi le plus souvent la mainmise sur les procédés participatifs, constat qui témoigne de la prégnance du système représentatif. Rançon de la mise en place de procédés n'étant pas spécifiquement dévolus à la participation dans les services publics mais également marque d'une réticence envers l'évolution de la citoyenneté, les procédures de consultation facultative ou décisionnelle et le droit de pétition n'intéressent alors que l'électeur, à l'exclusion de l'usager ne bénéficiant pas de cette qualité, et se révèlent en réalité souvent largement improductives. De nouvelles formes de participation doivent ainsi être mises à jour pour pallier ces insuffisances. La mise en place d'une régulation participative pourrait en cela constituer une alternative intéressante en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux<sup>2272</sup>. Les organes de régulation, notamment locaux, pourraient en effet associer les usagers à leur mission de contrôle, lesquels auraient alors voie au chapitre notamment quant à l'évaluation de la qualité du service rendu. Une telle évolution inaugurerait de nouveaux mécanismes de participation qui supposeraient d'offrir une place jusque là déniée aux usagers dans le cadre particulier de la régulation.

La promotion des exigences de transparence et de participation n'est pas illusoire ; au regard de leur impact positif sur le rôle de garantie du service public, ces dernières ont été affirmées, formalisées de manière impérative, des moyens concrets de réalisation ont été prévus et instaurés. Mais leur mise en œuvre se heurte à des obstacles rendant compte des réticences de l'appareil administratif à abandonner l'opacité et l'unilatéralité ayant si longtemps gouverné la marche des services publics. Ces résistances, compréhensibles dans certains de leurs aspects, doivent cependant progressivement céder devant les impératifs sous-tendus par ces règles.

## 2) *Un nécessaire apprentissage de la citoyenneté administrative*

Faut-il rendre les armes face aux multiples limites, tant juridiques que pratiques, que rencontrent la transparence et la participation ? De nombreux auteurs remettent très fortement

---

<sup>2272</sup> En ce sens, BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 572. V. également LOMBARD (Martine), « Institutions de régulation économique et démocratie », *AJDA* 2005, p. 538.

en cause l'impact bénéfique de telles règles au regard de leur manque d'efficacité<sup>2273</sup>. D'autres insistent sur le caractère de « poudre aux yeux » revêtus par des principes qui n'auraient d'autre but que de servir l'administration, légitimant son action en faisant croire aux usagers qu'ils ont quelque prise sur elle<sup>2274</sup>. Face à un sursaut citoyen de l'usager, participation et transparence joueraient ainsi le simple rôle de « sédatifs »<sup>2275</sup>, vision bien éloignée de l'espérance d'une démocratisation réelle du service public et d'une meilleure compréhension et intervention des usagers sur la réalisation matérielle de leurs droits et libertés.

La condamnation est sans appel ; elle mérite d'être nuancée. S'il est clair que transparence et participation ne jouent pas encore tous leurs effets attendus, ils bénéficient néanmoins au fil du temps d'un écho de plus en plus important en droit positif et ne relèvent plus d'un simple vœu formel. Les développements précédents ont eu pour ambition de faire état des évolutions progressives enregistrées et de révéler ainsi la dynamique réelle qui s'y joue et qui ne peut être niée. Elle est, pour l'heure, loin d'être achevée et doit connaître encore de nombreuses améliorations<sup>2276</sup> mais s'insère peu à peu dans le catalogue des prérogatives de l'usager<sup>2277</sup>. A pas lents, certes, et très prudents, mais cette lenteur et cette prudence peuvent sembler compréhensibles face au déséquilibre originel dans lequel se trouvait placé l'usager face à l'administration. Un renversement serait-il imaginable et une transparence et une participation totales consacrées et imposées à l'aune des autres lois du service public ? Là se trouverait alors, peut-être, la vraie mystification car une telle consécration ne suffirait pas, à elle seule, à changer la donne et fixerait dans le droit une situation non encore acquise dans les faits. En premier lieu parce que tout changement prend du temps, et que cette règle vaut dix fois lorsque le changement touche à une structure aussi difficile à faire évoluer que l'est l'appareil

---

<sup>2273</sup> V. AUBY (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA* février 2006, p. 8-9. Cet auteur estime que les réformes successives introduisent « une petite musique de démocratie au quotidien » mais demeurent dans les faits incapables de changer véritablement la donne.

<sup>2274</sup> V. notamment GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 714-715.

<sup>2275</sup> Selon l'expression de Gilles Dumont, dans son article « La participation des citoyens au service des élus », *op. cit.*, p. 332, empruntée à Guy Hermet, « Un régime à pluralisme limité ? A propos de la gouvernance démocratique », *Revue française de sciences politiques* 2004, p. 161.

<sup>2276</sup> Jean-Bernard Auby (*op. cit.*, p. 9) préconise ainsi une participation plus importante dans « les mécanismes internes de sécrétion des normes et politiques administratives », s'inspirant de l'exemple américain dit de la représentation des intérêts mis en place dans le cadre des procédures de *rulemaking*.

<sup>2277</sup> Le processus pourrait d'ailleurs s'accélérer sous l'influence du droit communautaire. La Charte des droits fondamentaux, si elle acquiert valeur juridique, pourrait ainsi, sous l'influence de son article 41 lié au droit à une bonne administration, renforcer les impératifs liés aux règles de transparence et de participation. En ce sens, DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Paris II, 2002, p. 543 et MICHELET (Karine), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2002, p. 949.

administratif. Si l'évolution à pas comptés peut exaspérer par sa lenteur à atteindre les objectifs démocratiques fixés, elle semble cependant être la mieux à même afin d'inscrire en profondeur ces évolutions. En second lieu, et il est alors question du second protagoniste de la relation, parce que l'utilisateur lui-même doit faire l'apprentissage des nouvelles possibilités offertes afin de défendre ses droits et libertés, et sortir ainsi du rôle d'administré passif qui lui a si longtemps été octroyé.

En effet, l'administration n'est pas seule en cause en ce qui concerne les limites apportées à la transparence et la participation, et les objectifs « nobles » poursuivis par ces règles cèdent souvent devant les utilisations bien moins élevées qu'entendent leur faire jouer les individus. Ainsi, au regard de l'utilisation faite par ces derniers de la liberté d'accès aux documents administratifs, il apparaît que « *plus qu'au devenir de la Cité, il se sont intéressés au permis de construire de leur voisin ou à leur situation personnelle* »<sup>2278</sup>, demandant souvent communication afin de disposer d'armes supplémentaires au contentieux. De même, force est de convenir que la participation des usagers peut encourager la « *tendance à bavarder et développer une vue égoïste de l'intérêt général* »<sup>2279</sup>. Ces dernières considérations peuvent encourager l'idée selon laquelle un fonctionnement opaque et unilatéral des services publics se justifie : les usagers ne seraient pas prêts, voire même intéressés, à se redécouvrir citoyens dans le cadre des services publics<sup>2280</sup>. Cette position trouve à l'évidence un écho favorable chez les autorités gestionnaires des services publics, lesquelles demeurent le plus souvent persuadées d'être les mieux placées pour déterminer l'intérêt général et l'organisation subséquente du service public chargé de le mettre en œuvre. Elles seules disposeraient du recul et, en conséquence de la largeur de vue nécessaire afin de fixer les orientations gouvernant ce procédé. Un tel argument ne peut être totalement balayé, notamment dans un contexte où l'individualisme constitue désormais un trait marquant des sociétés contemporaines, organisant « *un mouvement de repli vers le privé, de désinvestissement du collectif* »<sup>2281</sup> dans laquelle la notion de client tend à l'emporter. Le mouvement d'individualisation, porté par le recentrage sur l'utilisateur et ses attentes, sous-tendu par la transparence et la participation, devrait ainsi être envisagé dans un sens négatif. Pour certains

---

<sup>2278</sup> DENOIX DE SAINT MARC (Renaud), « La transparence : vertus et limites », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXV<sup>ème</sup> anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La documentation Française, 2004, p. 14.

<sup>2279</sup> LACHAUME (Jean-François), « Participation et services publics locaux », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2002, p. 240.

<sup>2280</sup> En ce sens, TRUCHET (Didier), « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in *Administration : droits et attentes des citoyens*, La documentation Française, 1998, p. 25-26.

<sup>2281</sup> CHEVALLIER (Jacques), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 372.

auteurs, il demeure en cela nécessaire de distinguer usager et citoyen et de conserver à cette dernière notion son acception liée à la démocratie représentative car « *théoriquement, le citoyen fonde son vote sur des préoccupations générales liées à l'avenir de la collectivité nationale ou locale. A contrario, l'usager ne prend en compte que ses intérêts individuels* »<sup>2282</sup>. Une séparation entre le citoyen abstrait et l'homme situé est clairement posée, qui s'opposerait à ce que l'usager puisse influencer sur la marche des services publics. Toutefois, « *l'universel ne peut que se nourrir du particulier* »<sup>2283</sup>. Le citoyen « politique » lui-même n'est jamais totalement dépouillé de son identité sociale, constatation qui permet d'accueillir plus favorablement l'idée d'une citoyenneté au-delà du politique, trouvant à s'exprimer dans le champ du service public et à travers laquelle l'usager-citoyen pourrait apporter sa contribution à la définition de l'intérêt général et à la mise en œuvre de ses droits et libertés.

Pour cela, il importe néanmoins qu'il dépasse la frontière des ses intérêts particuliers, ce qui, dans les faits, n'est assurément pas toujours le cas. C'est sur ce point que se joue l'importance de l'idée d'apprentissage. Ainsi que le rappelait Jean Rivero, « *il y a quelque injustice à reprocher à celui qu'on n'a jamais appelé au dialogue de se crispier sur la défense à courte vue de son intérêt immédiat, tant qu'on n'a pas tenté d'élargir son horizon en lui montrant les connexions de cet intérêt avec d'autres* »<sup>2284</sup>. Elargir cet horizon, c'est ce que se proposent précisément de faire les règles de transparence et de participation. Ce n'est que par une mise en œuvre de plus en plus poussée de ces règles que l'usager peut se trouver en mesure de comprendre et d'intervenir. Il est permis d'espérer en effet que plus une démarche active de l'usager sera facilitée et encouragée, plus ce dernier prendra conscience des enjeux généraux des services publics en termes de garantie des droits et libertés, dépassant son seul cas individuel. Cet effet d'entraînement reste néanmoins subordonné à la mise en œuvre d'un autre apprentissage qui pèse cette fois sur des gestionnaires du service public, lesquels enferment encore trop souvent les usagers dans une passivité qu'ils leur reprochent mais qu'ils ne souhaitent pas pour autant voir disparaître. Comme tout apprentissage, celui-ci est long, complexe, et comporte son lot de résistances et déceptions. Il ouvre cependant

---

<sup>2282</sup> THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 336. V. également MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 254.

<sup>2283</sup> DUBOIS (Jean-Pierre), « Citoyenneté, citoyennetés », in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, 2003, p. 60.

<sup>2284</sup> RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 828.

progressivement à l'usager la compréhension de l'organisation et du fonctionnement des services publics et peut lui permettre de dépasser la simple revendication d'un intérêt particulier, lié à la satisfaction immédiate d'un besoin, pour s'emparer d'une question bien plus vaste, dans laquelle se joue *in fine* la satisfaction des droits et libertés de l'ensemble de la population.

## CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

La valorisation du rôle de garantie du service public en matière de droits et libertés initie un mouvement d'ampleur touchant l'ensemble des principes de fonctionnement devant régir le procédé. Au-delà du principe d'égalité, continuité et adaptation enregistrent aujourd'hui progressivement cette évolution, réinvestis d'un impact positif envers l'usager. La modernisation intéresse ainsi des principes classiques, « lois » traditionnelles du service public, mais trouve par ailleurs de nouveaux champs d'expression à travers le développement et le perfectionnement de règles de fonctionnement plus récentes, parmi lesquelles se démarquent tout particulièrement les principes de transparence et de participation. L'évolution constatée n'a pas encore, loin s'en faut, atteint son point d'achèvement mais certains éléments illustrent très nettement la mutation de la perception du service public. Le principe de continuité, surtout, tend aujourd'hui à retrouver une certaine portée face au droit de grève. D'autres évolutions, en revanche, relèvent encore d'une dimension limitée. Les principes de transparence et de participation semblent ainsi devoir affronter bien des obstacles afin de pouvoir s'imposer selon une logique servant prioritairement une lecture solidaire de défense des droits et libertés. Le rééquilibrage autour de la figure de l'usager se formalise néanmoins progressivement. C'est à travers ce portrait par petites touches lié à ces différentes règles de fonctionnement que tend à se révéler le dessin - ou dessein - d'ensemble lié à la valorisation du rôle de garantie du service public.



## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

La définition contemporaine du service public privilégie son impact en termes de garantie et les règles guidant la marche concrète de ce procédé sont ainsi invités à se recentrer sur le détenteur de ces prérogatives. C'est aujourd'hui la direction empruntée par ces différents principes, sans qu'il faille pour autant minimiser les risques de dérives que recèlerait dès lors une trop importante individualisation du fonctionnement du service public. Les droits et libertés sous-tendent inévitablement une logique individualiste qui risque parfois de faire perdre de vue les spécificités du statut d'utilisateur et le maintien d'un impératif d'interdépendance sociale. Le bilan est donc en demi-teinte, d'autant que les évolutions orchestrées sous la bannière des droits et libertés semblent parfois également dictées, en sous-jacence, par des impératifs économiques. Si ces deux objectifs ne sont pas obligatoirement antinomiques, ils ne sauraient pour autant être confondus et il importe de rester vigilant car l'invocation des droits et libertés ne doit pas devenir un simple prétexte. Par ailleurs, il importe que cette volonté de revalorisation en faveur, prioritairement, de l'utilisateur du service public, demeure équilibrée et ne conduise pas à privilégier certaines orientations atteignant trop avant d'autres droits et libertés. Certaines tensions ont toujours pu être relevées entre les différentes prérogatives reconnues aux individus. Or le service public est appelé à arbitrer ces conflits tout en prenant acte des évolutions qui l'intéressent aujourd'hui, exercice périlleux qui trahit parfois certains déséquilibres.



## **TITRE SECOND**

### **UNE FONCTION DE GARANTIE CONFRONTEE A LA DIFFICILE CONCILIATION DES DROITS ET LIBERTES**

L'évolution des règles de fonctionnement du service public rend compte du rôle spécifique dévolu à ce dernier au regard de la garantie des droits et libertés. Au détour de l'observation de ces mutations, a été esquissé une problématique classique, à savoir celle de la conciliation à opérer entre droits et libertés. Aucune prérogative ne peut s'exercer de manière absolue, chaque droit et liberté devant trouver sa limite dans le respect des droits et libertés d'autrui. Or, cette règle trouve depuis toujours à s'appliquer au sein du service public, l'obligeant à certains partages complexes. Se révèlent à travers ces derniers les paradoxes inhérents à son rôle de garantie, rôle qui tend aujourd'hui à réévaluer les compromis précédemment opérés. La satisfaction des droits et libertés des différents acteurs du service public oblige en effet à arbitrer entre des impératifs souvent contradictoires. Entrer en contact avec le service public emporte en cela parfois pour l'agent comme pour l'utilisateur certaines inflexions au regard de la garantie des droits et libertés dont ils peuvent se prévaloir. Il en va ainsi, tout particulièrement, en ce qui concerne l'exercice de la liberté de conscience, confronté à l'exigence autonome de neutralité du service public et appelé à connaître, dans les rapports entre agents et usagers mais également entre usagers seuls, de multiples aménagements à travers lesquels se révèle une limite au mouvement d'individualisation constaté (*Chapitre Premier*). Mais les paradoxes quant à la garantie des droits sont également nombreux dès lors qu'est abordée la question de l'exercice des libertés professionnelles des agents, lequel se heurte parfois très fortement aux prérogatives des usagers (*Chapitre second*). Tout est ici affaire d'équilibre, lequel se dérobe dans certains cas ou, au contraire, tend à s'améliorer, au gré d'une garantie cherchant à s'adapter aux soubresauts et évolutions de la société actuelle.



# CHAPITRE PREMIER

## LE SERVICE PUBLIC ET LA GARANTIE DE LA LIBERTE DE CONSCIENCE

La garantie offerte par le service public à la liberté de conscience est depuis longtemps objet d'analyses et de débats, l'actualité se chargeant périodiquement de rappeler à quel point la satisfaction de cette liberté demeure source d'interrogations et de polémiques. De multiples exemples témoignent ainsi de la complexité d'appréhension d'une prérogative aux exigences contradictoires, sources de confrontations que le service public accueille en son sein et qu'il doit tenter, non sans mal, d'arbitrer.

Ces confrontations paraissent souvent se fondre dans la problématique de la laïcité du service public, facette religieuse du principe de neutralité gouvernant ce procédé. Une telle assimilation ne résulte pas du hasard ; les questions liées à la croyance religieuse et son expression constituent en effet le noyau dur des problèmes posés au service public dans le cadre de la garantie de la liberté de conscience. Toutefois cette liberté ne se réduit pas à ce seul aspect, même si son appréhension à travers le prisme religieux est historiquement exacte<sup>2285</sup>. Le consensus doctrinal sur cette lecture originelle de la liberté de conscience doit du reste être souligné car, au-delà, la dimension prêtée à cette dernière varie souvent d'un auteur à l'autre. Dans sa définition la plus classique, cette liberté correspond à « *la possibilité donnée à chaque homme de déterminer par lui-même ce qu'il croit vrai dans quelque domaine que ce soit* »<sup>2286</sup>, « *au droit d'adhérer aux convictions de son choix et d'y conformer son attitude* »<sup>2287</sup>. Mais le départ est difficile à opérer entre liberté de conscience et liberté d'opinion, de pensée ou de religion. Dans cette optique, les sources formelles de la liberté de conscience se révèlent d'un piètre secours. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme affirme ainsi que « *nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même*

---

<sup>2285</sup> En effet, tous s'accordent à reconnaître que « *la liberté de conscience est née sur le terrain de la foi* », (LOCHAK (Danièle), « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF-CURAPP, 1995, p. 181), cette liberté supposant à l'origine une distinction entre le temporel et le spirituel et le refus d'une emprise de l'Etat sur la croyance religieuse. Sur l'histoire de la liberté de conscience religieuse, LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J, 1993, p. 16 et s.

<sup>2286</sup> LOCHAK (Danièle), *op. cit.*, p. 180.

<sup>2287</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 2, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 129.

*religieuses* »<sup>2288</sup>, tandis que l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme énoncent que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* », sans apporter plus de détails quant aux nuances existantes entre ces différentes appellations. Selon Danièle Lochak, néanmoins, la liberté de conscience englobe l'approche religieuse, mais obéit également à une lecture laïcisée dont les impératifs découlent de convictions philosophiques ou politiques<sup>2289</sup>. Par ailleurs, elle ne s'épuise pas totalement dans la liberté d'opinion. Les croyances, les convictions, ayant « *un fondement plus intime, (...) engagent plus profondément l'individu dans son rapport au monde* »<sup>2290</sup>, et dépassent ainsi les simples prises de positions intellectuelles et conjoncturelles, même s'il demeure difficile de tracer clairement la frontière entre opinions et convictions<sup>2291</sup>. En définitive, la liberté de conscience peut être comprise comme rejoignant les différentes dénominations des libertés de l'esprit au sens où elle « *constitue à la fois une dimension spécifique de la liberté d'opinion, et inclut à son tour comme une de ses composantes spécifiques la liberté religieuse* »<sup>2292</sup>. Elle donne droit d'adhérer aux convictions religieuses, philosophiques et politiques de son choix puis, et c'est là une précision d'importance, d'agir en conséquence. En effet, « *par définition, la conscience détermine les comportements, si bien que l'autonomie du for interne, si elle ne se prolonge pas dans une autonomie du for externe, n'a pas grand sens et ne saurait la satisfaire* »<sup>2293</sup>. La liberté de conscience est en premier lieu une liberté éprouvée par l'individu en son for intérieur, la liberté de croire ce qu'il veut, de former ses convictions comme il l'entend. Cependant, « *l'homme n'est pas un pur esprit : sa pensée (...) modèle nécessairement ses comportements et s'extériorise dans des actes* »<sup>2294</sup>. En cela, la liberté d'expression découle

---

<sup>2288</sup> Cet article ayant servi de fondement au Conseil constitutionnel pour qualifier la liberté de conscience de principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. p. 42, confirmée par sa décision n° 2001-446 du 27 juin 2001, *Loi relative à l'IVG et à la contraception*, Rec. p. 74.

<sup>2289</sup> En ce sens, v. également SOLER-COUTEAUX (Pierre), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, Tome 1, 1980, p. 40.

<sup>2290</sup> LOCHAK (Danièle), « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF-CURAPP, 1995, p. 182.

<sup>2291</sup> Certains auteurs n'opèrent d'ailleurs pas une distinction aussi nette (v. notamment SOLER-COUTEAUX (Pierre), *op. cit.*, p. 45). Danièle Lochak elle-même rappelle que son propos n'est pas d'affirmer que la liberté de conscience serait radicalement distincte de la liberté d'opinion mais de préciser que la conscience ne relève pas de prises de positions superficielles (*op. cit.*, p. 184). En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs précisé que la protection prévue par l'article 9 s'applique « *à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* ». CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans*, Série A, n° 48, § 36.

<sup>2292</sup> LOCHAK (Danièle), *op. cit.*, p. 182.

<sup>2293</sup> LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J, 1993, p. 9.

<sup>2294</sup> LOCHAK (Danièle), *op. cit.*, p. 186.

de la reconnaissance de la liberté de conscience<sup>2295</sup> et en constitue le prolongement nécessaire et indissociable.

C'est face à cette extériorisation des convictions que s'orchestre la garantie offerte par le service public. Très classiquement, la première obligation que lui impose alors le principe de neutralité est de demeurer indifférent aux convictions des individus et de n'organiser aucune discrimination en fonction de telles considérations. La liberté de conscience des agents ou usagers s'impose au service qui ne saurait prendre acte des croyances ou convictions personnelles afin de favoriser ou défavoriser ceux qui les expriment, dans le droit fil d'une neutralité corollaire du principe d'égalité<sup>2296</sup>. Mais le service public doit également parfois délaissier cette neutralité « passive » afin de rendre concrètement possible le respect des convictions et de leur expression à travers certains aménagements. Respectueux, selon les hypothèses, des exigences d'une « neutralité-indifférence » ou d'une « neutralité-pluralisme », le service public se trouve ainsi obligé d'osciller entre détachement et prise en compte des convictions. Or la difficulté est d'autant plus grande que pèse également sur le service public l'obligation de garantir cette liberté en en fixant les frontières entre individus<sup>2297</sup>. En effet, dès lors qu'elle s'extériorise, la liberté de conscience perd son caractère absolu<sup>2298</sup>. L'expression des convictions et opinions doit trouver ses limites dans le respect de différents impératifs, parmi lesquels la préservation des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. Ainsi, le service public produit des règles « à usage externe » imposant à l'agent ou à l'utilisateur un comportement que ne lui dicte pas toujours la norme « à usage interne » soufflée par sa conscience<sup>2299</sup>. La liberté de conscience est en cela une « *notion de combat* »<sup>2300</sup>, principalement revendiquée lorsque « *il y a, au moins potentiellement, contradiction entre la norme morale émanant de la conscience et une norme juridique imposée de l'extérieur* »<sup>2301</sup>. Or les revendications fondées sur la conscience se font aujourd'hui de plus en plus nombreuses et pressantes sous l'effet de l'individualisme des sociétés contemporaines, lequel valorise l'affirmation de la singularité et en réclame la prise en compte. Miroir de la société,

---

<sup>2295</sup> MORANGE (Jean), *La liberté d'expression*, PUF, Que sais-je ?, 1993, p. 31. Dans le même sens, FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 843.

<sup>2296</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier.

<sup>2297</sup> « *Essentiellement conçue, à l'origine, comme une liberté publique gouvernant le statut des rapports des pouvoirs publics à l'égard des particuliers (...), l'autonomie de conscience est devenue une liberté civile, opposable à tous et justifiant l'intervention bienveillante du pouvoir civil pour faire respecter cette autonomie jusque dans l'ordre privé* ». LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J., 1993, p. 45.

<sup>2298</sup> SOLER-COUTEAUX (Pierre), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, Tome 1, 1980, p. 27.

<sup>2299</sup> LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *op. cit.*, p. 9.

<sup>2300</sup> SOLER-COUTEAUX (Pierre), *op. cit.*, p. 13.

<sup>2301</sup> LOCHAK (Danièle), « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF-CURAPP, 1995, p. 193.

le service public sert de caisse de résonance à ces attentes, d'autant plus que la rénovation des relations entretenues par ce procédé avec les usagers encourage une appréhension moins abstraite de ces derniers<sup>2302</sup>.

Le service public doit ainsi rechercher le point de conciliation entre des exigences contradictoires, en ménageant à la fois impératifs de fonctionnement du procédé, respect du pluralisme et préservation des droits et libertés tout en tenant compte du paradoxe irréductiblement attaché à la liberté de conscience. Cette dernière, marque de la singularité de l'individu, porte en effet en elle sa propre menace car elle ne peut s'exercer de manière absolue sans atteindre alors la liberté de conscience d'autrui. Exercée sans limites au sein du service public, elle risque par ailleurs de remettre en cause, de manière générale, le fonctionnement de ce procédé et, partant, son rôle de garantie. Un tel paradoxe ne peut alors que se répercuter sur les rapports unissant les différents protagonistes du service public, imposant en cela certaines inflexions à la liberté de l'agent afin de protéger l'utilisateur (*Section Première*), mais tendant également à encadrer de plus en plus strictement l'expression des convictions de l'utilisateur au regard de ses homologues (*Section seconde*). Dans les deux cas, les règles de fonctionnement du service public encadrent la liberté de conscience pour tenter de mieux garantir cette dernière comme les autres droits et libertés des individus, au terme d'une conciliation dont il convient cependant de pointer le défaut général d'équilibre. Il semble en effet que le mouvement d'individualisation constaté par ailleurs trouve sur ce point sa limite.

## SECTION PREMIERE

### UNE GARANTIE OFFERTE PAR UNE LIMITATION PRESQUE TOTALE DE L'EXPRESSION DES CONVICTIONS DE L'AGENT

Les individus relevant du statut d'agent du service public demeurent « *des membres à part entière de la société démocratique* »<sup>2303</sup>, titulaires de droits et libertés parmi lesquels se comptent assurément la liberté de conscience et la liberté d'expression qui en constitue le corollaire. Toutefois, c'est envers cette catégorie particulière de protagonistes du service

---

<sup>2302</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier et chapitre second.

<sup>2303</sup> WACHSMANN (Patrick), « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », *Mélanges Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1039.



public que vont intervenir la plupart des limitations liées aux manifestations de la liberté de conscience. Les agents sont en effet placés « *au cœur d'un paradoxe dont il est difficile d'envisager qu'ils puissent sortir un jour* »<sup>2304</sup>. Comme les autres citoyens, ils bénéficient de cette liberté sur le fondement de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme du citoyen, de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances* » ou bien encore de l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983<sup>2305</sup> disposant que « *la liberté d'opinion est garantie au fonctionnaire* ». Sous l'égide de ces textes, le respect de la liberté de conscience de l'agent rencontre le principe d'égal accès aux emplois publics et celui de non-discrimination dans le déroulement de la carrière, qui s'imposent tous deux aux gestionnaires des services publics<sup>2306</sup>. Mais le service public recèle également des impératifs opposables aux agents en ce qui concerne l'extériorisation de leurs convictions. La problématique est ancienne, tout comme la solution y étant apportée, laquelle prône un encadrement strict des possibilités d'expression du for intérieur du fonctionnaire. Elle reste néanmoins plus que jamais d'actualité, ravivée par « *l'immense bouleversement qui s'est produit au niveau des représentations de la fonction publique dans ses rapports au corps social* »<sup>2307</sup>. La volonté de rénovation des relations avec l'utilisateur a progressivement induit une modification des comportements de l'agent, lequel est aujourd'hui invité à délaisser les positions d'autorité qui illustraient la particularité de sa fonction et à abolir ainsi les distances antérieurement imposées. Or, « *cette porosité accrue entre la fonction publique et le corps social favorise l'affirmation des identités jusque et y compris dans l'exercice de la fonction publique* »<sup>2308</sup>. L'agent entend plus souvent que par le passé faire primer son statut d'individu et adopter une conduite qu'il estime en adéquation avec ce que lui dicte sa conscience. Or une telle revendication se heurte de plein fouet aux impératifs de fonctionnement du service public. Les manifestations de ses convictions sont en effet susceptibles de contrevenir tant à la règle de neutralité du service public (Paragraphe Premier) qu'à celle de continuité (Paragraphe Second). Derrière ces principes se joue la garantie des droits et libertés d'autrui, et notamment de l'utilisateur, laquelle tend à impliquer ainsi, dans la majeure partie des

---

<sup>2304</sup> JEAN-PIERRE (Didier), Introduction du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 548.

<sup>2305</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO* 14 juillet 1983, p. 2174.

<sup>2306</sup> Le principe de neutralité se rattachant alors à celui d'égalité. Sur ce point, V. *supra*, Seconde Partie, Titre Premier, Chapitre Premier.

<sup>2307</sup> PRELOT (Pierre-Henri), Conclusion générale du colloque « Religions et fonction publique » Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 576.

<sup>2308</sup> PRELOT (Pierre-Henri), *Ibid.*

cas, une « *neutralisation* »<sup>2309</sup> pure et simple des convictions de l'agent, solution sans nuance, parfois indispensable, mais soulevant certaines interrogations.

## PARAGRAPHE PREMIER

### UNE GARANTIE MISE EN ŒUVRE SOUS L'INFLUENCE D'UN PRINCIPE DE NEUTRALITE AUTONOME

Le principe de neutralité du service public se désolidarise ici de son rôle de corollaire du principe d'égalité pour s'imposer de manière indépendante<sup>2310</sup>. Il prescrit ainsi au service public une attitude idéologiquement neutre le confirmant dans son rôle « *d'arbitre impartial au service de la collectivité (...) capable de définir un intérêt général qui dépasse et transcende les particularismes sociaux* »<sup>2311</sup>. Face à cet enjeu, les gestionnaires des services publics doivent s'essayer à un exercice de compromis tourné prioritairement vers la garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur, à travers un encadrement presque total de l'extériorisation des convictions de l'agent (A), laquelle ne trouve, dès lors, que de très rares occasions de se manifester (B).

#### *A/ Une extériorisation de la conscience de l'agent appelée à s'incliner devant la liberté de conscience de l'utilisateur*

S'il est ici fait état d'une limitation de la liberté de conscience de l'agent, il faut bien sûr comprendre cette limitation comme touchant à l'expression de cette liberté et non à la formation même des convictions. Face au choix de l'agent d'adhérer ou non à telle ou telle croyance ou idée, son employeur est d'ailleurs impuissant « *car on ne peut empêcher un homme de penser – sauf à utiliser certaines méthodes totalitaires visant à annihiler l'homme*

---

<sup>2309</sup> Selon l'expression de Charles Eisenmann dans la préface de la thèse de C. Fourrier, *La liberté d'opinion du fonctionnaire*, L.G.D.J., 1957, p. 8, citée par JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* juillet-août 2001, p. 41.

<sup>2310</sup> Sur cette appréhension autonome du principe de neutralité, LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 434 et *supra*, Seconde partie, Titre Premier, Chapitre Premier.

<sup>2311</sup> CHEVALLIER (Jacques) et LOCHAK (Danièle), *Science administrative*, L.G.D.J., 1978, n° 1113.

*dans son essence même, ou encore certaines pratiques psychiatriques d'un autre temps* »<sup>2312</sup>.

La liberté de conscience entend en elle-même, par ailleurs, empêcher toute immixtion des pouvoirs publics dans sa sphère<sup>2313</sup>. Le service public ne peut imposer à l'agent une croyance religieuse ou une adhésion philosophique ou politique particulière. Aucun conformisme idéologique n'est défendu. L'agent peut croire, ou ne pas croire, en ce qu'il veut, et ne redouter en cela aucune sanction ou discrimination de la part de son employeur<sup>2314</sup>. Mais lui sont imposées certaines sujétions dues à sa fonction au sein du service public, lesquelles se résument en une obligation particulièrement stricte de discrétion quant à ses convictions (1), trouvant sa justification principale dans la préservation de la liberté de conscience de l'utilisateur (2).

### *1) Une stricte limitation de la libre expression des convictions de l'agent*

L'agent du service public est soumis à des obligations professionnelles limitant les possibilités d'expression de ses convictions tant dans le cadre du service qu'au dehors, cette contrainte étant plus ou moins forte selon qu'il se trouve dans l'une ou l'autre de ces hypothèses<sup>2315</sup>. Les plus puissantes inflexions à la libre expression de l'agent prennent place dans l'exercice de ses fonctions. Dans cette hypothèse, la solution privilégiée revient en effet à prohiber toute manifestation des convictions, ce que rappelle très clairement le Conseil d'Etat à l'occasion de son avis du 3 mai 2000, *Dlle Marteaux*<sup>2316</sup>. Dans cette affaire où était en cause le port du foulard islamique par une surveillante d'externat, le juge administratif précise que l'interdiction de manifester ses croyances religieuses dans le cadre du service vaut pour l'ensemble des agents publics. La liberté de conscience dont ils bénéficient les préserve de toute discrimination de la part de leur employeur public, mais ne peut en retour être

---

<sup>2312</sup> FOMBEUR (Pascale), conclusions sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *RFDA* 2001, p. 399.

<sup>2313</sup> MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 114-115.

<sup>2314</sup> L'article 18 de la loi du 13 juillet 1983 (*préc.*) interdit ainsi la mention dans le dossier du fonctionnaire de ses opinions ou activités politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses. Certains pays adoptent cependant une position plus sévère face aux convictions politiques des agents. C'est ainsi le cas en Allemagne, où le devoir de fidélité aux institutions conduit parfois à sanctionner les agents membres de partis extrémistes. Sur ce point, V. notamment l'arrêt Cour EDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne* (*GACEDH* n° 58) : révocation d'une enseignante cadre du parti communiste allemand et candidate aux élections du Parlement du Land.

<sup>2315</sup> En revanche, le collaborateur occasionnel du service public connaît une solution plus souple, l'ensemble des droits et devoirs attachés à l'agent public ne lui étant pas imposé. Sous condition du respect de l'interdiction de tout prosélytisme, il demeure ainsi bénéficiaire d'une plus grande marge d'extériorisation. En ce sens, V. CE, 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière*, *Rec. Leb.* p. 393 ; CAA Nancy, 14 février 2008 *Associations couleurs gaies*, *JCP A* 2008, n° 22, p. 37, note N. Ach et HALDE, délibération n° 2007-117 du 14 mai 2007, *JCP A* 2007, n° 2171, note E. Tawil.

<sup>2316</sup> CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, *Rec. Leb.* p. 169 ; *RFDA* 2001, p. 146, concl. R. Schwartz.

opposée à ce dernier afin de légitimer l'extériorisation de leurs convictions. Ce faisant, le Conseil d'Etat ne fait que réaffirmer, en le précisant, le « *devoir de stricte neutralité* » antérieurement posé par les arrêts *Dlle Pasteau*<sup>2317</sup> et *Delle Jamet*<sup>2318</sup> et que rappelleront, à la suite de cet avis, d'autres jurisprudences tout aussi strictes quant aux possibilités d'expression des croyances<sup>2319</sup>. Que ces affaires aient trait à la religion n'a rien d'étonnant. C'est en effet face au phénomène religieux que liberté d'expression et principe de neutralité trouvent le plus souvent à se confronter. Plusieurs raisons y concourent et, en particulier, des causes historiques et sociales liées aux rapports étroits entretenus pendant des siècles entre l'Etat et l'Eglise catholique avant que n'interviennent le renversement orchestré par la loi de 1905 et la redéfinition brutale de la place de la religion dans la sphère publique<sup>2320</sup>. Mais la proportion importante de problèmes liés à l'expression religieuse des agents s'explique également sans aucun doute par la spécificité des contraintes pesant sur les croyants, l'adoption et l'observation de certains comportements n'étant pas pour ces derniers « *réductibles à la notion de manifestation d'une opinion (...) l'extériorisation sociale d'une pensée personnelle* », mais relevant « *de l'obéissance à une règle dont l'origine et la sanction se situent au-delà de tout pouvoir humain* »<sup>2321</sup>. L'agent se retrouve ainsi parfois écartelé entre ce que lui dicte sa religion et les impératifs d'une neutralité imposée par sa fonction, entre deux systèmes s'ignorant réciproquement et aux ordres éventuellement contradictoires.

Cependant, la question religieuse n'épuise pas à elle seule la problématique liée à l'encadrement de l'expression des convictions de l'agent, lequel intéresse également l'extériorisation de positions politiques ou philosophiques. Les exemples sont moins nombreux mais obéissent à la même logique de restriction, interdisant notamment que des

<sup>2317</sup> CE, 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, *Rec. Leb.* p. 464 ; *RDP* 1949, p. 3, note M. Waline.

<sup>2318</sup> CE, Sect., 3 mai 1950, *Delle Jamet*, *Rec. Leb.* p. 247, concl. Laurent.

<sup>2319</sup> V. ainsi TA Paris, 17 octobre 2002, *Mme Ebrahimian*, *AJDA* 2003, p. 99, note M.C. de Montecler (légalité du refus de renouvellement de contrat d'un assistant sociale portant le foulard islamique) ; CE, 15 octobre 2003, *Odent*, *Rec. Leb.* p. 402, *AFJP* janvier-février 2004, p. 31, note O. Guillaumont (manquement fautif « *au principe de laïcité et à l'obligation de neutralité qui s'imposent à tous agents publics* » du fait d'avoir utilisé l'adresse électronique du service à des fins personnelles en qualité de membre d'une association religieuse) ; CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah*, *AJDA* 2004, p. 154, note F. Melleray (port du foulard islamique par un agent contrôleur du travail constitutif d'une faute grave) et CAA Versailles, 23 février 2006, *Mme Rachida X.*, n° 04VE03227, *AJDA* 2006, p. 1237 (licenciement d'une assistante maternelle portant le voile), CE, 19 février 2009, *M. B.*, req. n° 311633, *AJDA* 2009, p. 340 (distribution aux usagers d'imprimés à caractère religieux par un agent de la Poste).

<sup>2320</sup> V. SAINT-JAMES (Virginie), « La liberté religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 561.

<sup>2321</sup> RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome II, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 145. Dans le même sens, LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J., 1993, p. 53 : « *L'autonomie morale, au fond, est moins exigeante que l'autonomie religieuse* ».

agents publics pavoisent l'intérieur d'un bureau de vote aux couleurs d'un parti politique<sup>2322</sup>, qu'un enseignant colore le programme de ses propres convictions en dispensant des cours marqués par le révisionnisme<sup>2323</sup> ou tienne des propos racistes<sup>2324</sup>. Il importe peu, par ailleurs, quant à l'étendue de cette obligation de neutralité, que l'agent soit ou non titulaire<sup>2325</sup>. Amené à intervenir dans le cadre d'un service public, il se retrouve soumis, de ce fait, à la règle guidant le procédé, de la même manière que reste indifférente la nature des fonctions qu'il exerce<sup>2326</sup>, la limitation s'imposant quel que soit, par exemple, son niveau hiérarchique. Le principe de neutralité est ainsi, sans nul doute, très strictement appliqué dans le cadre du service, ne cédant que dans les hypothèses extrêmement spécifiques où interviennent des « agents publics des cultes »<sup>2327</sup>, aumôniers ou personnels recrutés par les établissements publics des cultes et autorités religieuses en Asace-Moselle<sup>2328</sup>.

Les sujétions imposées en dehors de l'exercice des fonctions, quant à elles, apparaissent d'une moindre portée. Il est du reste possible de s'interroger sur leur légitimité. A l'extérieur du service, en effet, l'agent redevient un citoyen ordinaire. Désolidarisé de sa fonction, il doit se voir également déchargé des obligations afférentes. Cependant, un devoir de réserve continue à s'imposer aux agents en dehors même du service<sup>2329</sup>. Lorsqu'il quitte ses fonctions, l'agent « emporte à la semelle des ses souliers un peu, voire beaucoup pour les emplois de direction, de la puissance publique »<sup>2330</sup> et s'oblige ainsi à « observer une certaine retenue dans l'extériorisation de ses opinions »<sup>2331</sup>. Un tel devoir dérive du principe de neutralité du service public<sup>2332</sup> sans en partager la dimension car, s'il s'applique également à l'ensemble des

---

<sup>2322</sup> CE, 15 novembre 2004, *Elections à l'assemblée de Polynésie Française*, *Rec. Leb.* p. 426.

<sup>2323</sup> CE, 22 novembre 2004, *Ministre de l'Education nationale c/ M. A.*, *JCP A* 2005, p. 288, note D. Jean-Pierre.

<sup>2324</sup> TA Dijon, 5 janvier 1999, *M. S. c/ Ministre de l'Education nationale*, *AJFP* juillet-août 1999, p. 41.

<sup>2325</sup> En ce sens, notamment, V. BERTHOUD (Joël), « La neutralité religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 559 et SAINT-JAMES (Virginie), *op. cit.*, p. 561. Dans l'affaire *Marteaux*, l'intéressée était ainsi surveillante intérimaire.

<sup>2326</sup> Cet aspect ne recommençant à jouer un rôle que dans le cadre de l'appréciation de la sanction. V. *infra*, 2).

<sup>2327</sup> V. *infra*, B/.

<sup>2328</sup> Pour des raisons historiques, il existe en effet en Alsace-Moselle un droit local des cultes réservant aux personnels des cultes reconnus le statut d'agents de droit public. V. MIET (Jacques), « Le droit local des cultes en Alsace-Moselle », *CFP* avril 2004, p. 14.

<sup>2329</sup> Suivant la distinction traditionnellement posée, l'obligation de réserve intervient en dehors du service, le principe de neutralité jouant quant à lui dans l'exercice des fonctions. Sur cette caractéristique du devoir de réserve, V. notamment RIVERO (Jean), « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 580 ; JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* juillet-août 2001, p. 43. *Contra*, V. SOLER-COUTEAUX (Pierre), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, Tome 1, 1980, p. 127.

<sup>2330</sup> LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 90.

<sup>2331</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 236.

<sup>2332</sup> L'obligation de réserve « s'affiche comme la conséquence directe, voire une forme atténuée de la neutralité ». KONDYLIS (Vassilios), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., 1994, p. 271.

agents<sup>2333</sup>, il demeure variable dans ses effets, notamment selon la nature des fonctions exercées<sup>2334</sup>, le rang hiérarchique<sup>2335</sup>, les circonstances dans lesquelles l'agent s'exprime<sup>2336</sup> et les modalités de cette expression. L'application de l'obligation de réserve est ainsi beaucoup moins stricte et systématique que ne l'est celle de neutralité. A l'extérieur du service, l'agent doit recouvrer une marge d'extériorisation appréciable, à condition qu'il ne dépasse pas certaines bornes<sup>2337</sup>, la difficulté résidant toutefois dans le fait que ces dernières ne sont pas toujours clairement tracées. Le caractère incertain du contenu de l'obligation de réserve – à partir de quel point les limites doivent-elles être considérées comme atteintes ? - rend la revendication de la liberté d'expression incertaine. « *L'insécurité juridique qui en résulte (...) paralyse chez les timides, qui sont les plus nombreux, l'exercice de la liberté où, à l'inverse, pousse les plus hardis dans la voie d'une contestation radicale, dédaigneuse d'une limite inconnaissable* »<sup>2338</sup>. En outre, si certains propos, notamment politiques, peuvent clairement paraître outranciers et entraîner en cela condamnation<sup>2339</sup>, d'autres se verront parfois mis en

---

<sup>2333</sup> Ce devoir de réserve, absent du statut général de la fonction publique, semble trouver son origine dans une jurisprudence ancienne, l'arrêt CE, 11 janvier 1935, *Bouzanquet* (*Rec. Leb.* p. 44), dans lequel le juge use de l'expression « *manquements à la réserve* ». Cette obligation est toutefois expressément rappelée dans certains statuts particuliers, notamment celui des magistrats (l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature précisant ainsi que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve imposée par leurs fonctions est interdite), des militaires, lesquels ne peuvent exprimer leur opinion « *qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire* » (article L. 4121-2 du Code de la Défense) et des policiers (v. article 11 du décret n° 86-592 du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la police nationale), toutes ces dispositions renseignant sur la marge de manœuvre extrêmement réduite de ces agents au regard de la libre expression de leurs convictions.

<sup>2334</sup> Outre les magistrats et militaires, l'obligation de réserve est appréciée de manière particulièrement stricte vis-à-vis des fonctionnaires de police. V. ainsi CE, 10 novembre 1999, *M. Sako*, *CFP* avril 2000, p. 37 (brigadier-chef ayant tenu le congrès constitutif d'un mouvement politique à son domicile puis une conférence de presse publique).

<sup>2335</sup> Les hauts fonctionnaires participant à l'élaboration ou l'exécution de la politique gouvernementale occupent ainsi des emplois à la discrétion du gouvernement et voient en cela leur liberté d'expression quasiment réduite à néant. Plus largement, un agent de catégorie A sera soumis plus strictement au devoir de réserve qu'un agent d'exécution.

<sup>2336</sup> L'exercice de responsabilités syndicales a pour conséquence d'atténuer cette obligation de réserve (v. *infra*, Chapitre suivant). Par ailleurs, un fonctionnaire en détachement exerçant un mandat électoral doit pouvoir bénéficier d'une très large liberté d'expression, ce qui limite fortement son obligation de réserve, l'article 7 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires précisant en outre que la carrière d'un fonctionnaire ne doit en aucune manière être affectée par les opinions qu'il a émises durant sa campagne électorale, ou par les positions qu'il a prises dans l'exercice du mandat. Sur ce point, JEAN-PIERRE (Didier), *L'éthique du fonctionnaire civil*, L.G.D.J., 1999, p. 274 et LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 106.

<sup>2337</sup> En dehors du service, un agent pourra ainsi sans difficulté manifester sa croyance religieuse ou ses convictions politiques, sachant toutefois que c'est principalement en ce dernier domaine que se concentrent la plupart des atteintes au devoir de réserve. En matière religieuse, sera considérée comme un manquement au devoir de réserve l'attitude de l'agent de l'Education nationale prônant hors du service la déscolarisation, conformément à certaines thèses sectaires (v. TA Grenoble, 28 décembre 1998, *Tribu*, req. n° 962921 et JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* juillet-août 2001, p. 43.

<sup>2338</sup> RIVERO (Jean), « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 582.

<sup>2339</sup> Comme ceux tenus par un comptable de l'arsenal de Cherbourg, sanctionné pour avoir affirmé lors d'une réunion politique que « *c'est le drapeau rouge qui abattra l'ignoble drapeau tricolore* ». CE, 25 janvier 1935, *Sieur Defrance*, *Rec. Leb.* p. 105.

cause sur un fondement se rapprochant peut-être plus « *de la révérence due aux princes* »<sup>2340</sup>. En privilégiant une approche au cas par cas, l'obligation de réserve peut ainsi sembler favoriser l'arbitraire et la prévalence d'un discours conformiste des agents face au pouvoir politique en place<sup>2341</sup>, alors même qu'elle ne devrait avoir pour seul objectif que le bon fonctionnement du service, lequel exige la préservation d'une image impartiale et d'une certaine correction de l'agent dans ses rapports, même extérieurs, avec l'administration<sup>2342</sup>. L'absence de limites clairement identifiées tend en cela, insidieusement, à enserrer la liberté d'expression de l'agent, lequel n'est jamais totalement autorisé à extérioriser ses convictions. Dans le service, le principe de neutralité oppose à sa liberté d'expression des limites très strictement définies, lui dictant sans équivoque l'attitude qu'il doit adopter. Hors du service, il retrouve logiquement une large part de liberté, mais demeure freiné par une obligation de réserve dont les contours incertains risquent d'entraîner chez lui une autolimitation plus grande que nécessaire. A première vue, l'agent paraît ainsi, dans les deux hypothèses, très encadré, le service public pouvant paraître particulièrement menaçant à l'égard de sa liberté. Toutefois, de telles limitations trouvent pour une large part leur justification dans la garantie de la liberté de conscience de l'autre grand protagoniste du service public, à savoir l'utilisateur. L'exercice de la liberté de conscience suppose en effet une conciliation à travers laquelle l'agent semble cependant parfois devoir s'incliner de manière excessive.

2) *Un encadrement estimé nécessaire à la garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur*

« *Le service public est conçu pour les utilisateurs et les agents publics sont placés en conséquence dans une position de contrainte* »<sup>2343</sup>. Toute la spécificité de la position d'agent public est contenue dans cette simple affirmation. L'agent, par égard pour l'utilisateur, doit accepter que sa libre expression soit limitée. Un tel encadrement est d'ailleurs directement envisagé par les textes, notamment par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel précise dans son second alinéa que « *la liberté de manifester sa religion ou*

---

<sup>2340</sup> RIVERO (Jean), *op. cit.*, p. 583.

<sup>2341</sup> Sur le risque de conformisme lié au devoir de réserve, KONDYLIS (Vassilios), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., 1994, p. 280. Pierre SOLER-COUTEAUX (*thèse préc.*, p. 130) remarquait à ce titre que le juge administratif n'avait étrangement jamais eu à connaître de sanctions prises pour manquement à l'obligation de réserve à l'égard de fonctionnaires ayant manifesté leur approbation au gouvernement en place ou leur hostilité à l'opposition.

<sup>2342</sup> RIVERO (Jean), *op. cit.*, p. 583.

<sup>2343</sup> SCHWARTZ (Rémy), « L'expression des opinions religieuses des agents publics en service », conclusions sur CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux, RFDA* 2001, p. 151.

ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique (...) à la protection des droits et libertés d'autrui ». Or, c'est précisément au regard de la liberté de conscience de l'utilisateur que se fondent prioritairement les limitations imposées à la liberté d'expression des convictions de l'agent. Certes, cette justification n'est pas la seule avancée. Sous le prisme de la garantie des droits et libertés, la neutralité prescrite aux agents tend ainsi à imposer l'image d'un service public désolidarisé des passions sociales et offrant toutes les garanties d'impartialité requise<sup>2344</sup>. L'agent mêlant sa qualité officielle à l'expression de ses convictions fait craindre à l'utilisateur une prise de position discriminante à son égard<sup>2345</sup> et que cette crainte se réalise ou non, « l'image de marque » du service est alors atteinte dans le cadre d'une problématique plus souvent rattachée au respect de l'égalité qu'à celle de la liberté de conscience<sup>2346</sup>.

Mais l'agent passant outre les impératifs de neutralité atteint tout autant cette dernière. En premier lieu, face à un agent à l'impartialité douteuse, l'utilisateur aura tendance à faire taire ses propres convictions et à brider sa liberté d'expression dans le but de ne pas entrer en conflit. La situation est alors à l'inverse de ce qu'elle devrait être : l'agent extériorise ses convictions alors qu'il n'est pas censé le faire et, ce faisant, oblige plus ou moins insidieusement l'utilisateur à épouser ou à faire semblant d'épouser son point de vue. En effet, il ne se permettra pas forcément de contester ce dernier, tout particulièrement s'il estime, à tort ou à raison, que l'agent bénéficie sur lui d'une position d'autorité. Toutefois, l'impact de la règle de neutralité peut également être analysé en dehors de toute référence à la discrimination. Imposer à l'agent une stricte limitation de l'expression de ses convictions évite en effet que ce dernier se serve du service public, procédé omniprésent dans la vie des individus, comme d'un instrument de propagande et tente ainsi directement d'influer sur la conscience des usagers<sup>2347</sup>. Le statut de

---

<sup>2344</sup> Cet objectif explique ainsi pour une large part les régimes d'inéligibilité et d'incompatibilité dont connaissent certains fonctionnaires désireux de se porter candidats aux élections. Ces dispositions marquent la différence de nature entre sphère politique et administration et ont pour but de protéger le fonctionnaire élu contre toute influence émanant de ses supérieurs hiérarchiques mais également, et avant tout, de préserver le service public des pressions politiques. V. sur l'ensemble de ces mesures, JEAN-PIERRE (Didier), *L'éthique du fonctionnaire civil*, L.G.D.J., 1999, p. 301.

<sup>2345</sup> En effet, « l'utilisateur ne peut être mis en situation de craindre de tomber entre les mains d'un magistrat hostile aux riches ou aux pauvres, d'un fonctionnaire UMP ou PS, d'un agent chrétien ou musulman, d'un assistant social pro-famille nombreuse ou militant de l'enfant unique ». VIGOUROUX (Christian), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 297.

<sup>2346</sup> Sur cette facette du principe de neutralité, *supra*, Seconde partie, Titre Premier, Chapitre premier.

<sup>2347</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 435. A cette observation répond également la nécessité de neutralité des locaux des services publics, ce qui suppose qu'il n'y ait pas de crucifix accroché au mur de la salle d'un Conseil municipal (CAA Nantes, 4 février 1999, *Association civique Joué Langueurs*, *Rec. Leb.* p. 498 ; *DA* 1999, p.



l'agent est susceptible de favoriser une telle dérive : personnifiant le service public, ce dernier bénéficie d'une position de prestige face à l'utilisateur, colorant d'un caractère officiel les opinions qu'il exprime. En encadrant la liberté d'expression de l'agent, c'est ainsi la liberté de conscience de l'utilisateur que le service public cherche prioritairement à préserver<sup>2348</sup>.

Cet objectif est très nettement redécouvert dans les différentes jurisprudences fixant le sort de l'agent. La meilleure preuve du souci de protéger la conscience de l'utilisateur doit d'ailleurs être trouvée dans le fait que ces dernières intéressent en majorité la question scolaire. Prestation intellectuelle permettant de former les opinions et convictions, l'activité d'enseignement paraît depuis toujours comme la plus à même de peser sur les consciences, d'autant qu'elle a pour destinataires des enfants ou adolescents dont, par définition, les capacités de jugement et de recul critique n'ont pas encore atteint leur pleine maturité<sup>2349</sup>. Jules Ferry rappelle ainsi dès 1883 aux enseignants qu'ils ne toucheront « *jamais avec trop de scrupules à cette chose délicate et sacrée, qui est la conscience d'un enfant* »<sup>2350</sup>. Les premières interventions jurisprudentielles en matière de neutralité ont par ailleurs pour objectif d'imposer la seule « *neutralité scolaire* »<sup>2351</sup>. Quand est par la suite substituée à cette formule celle « *du devoir de stricte neutralité* », dépassant par sa généralité le seul cadre de l'enseignement<sup>2352</sup>, c'est néanmoins toujours en matière éducative que la vigilance demeure la plus vive, comme en témoigne le soin pris par le juge administratif à rappeler le respect dû par les enseignants à la

---

189), qu'une mairie ne puisse pavoiser sa façade avec le drapeau d'un parti politique (CE, 27 juillet 2005, *Commune de Saint-Anne, Rec. Leb.* p. 347 ; *GDJDA*, p. 442) ou qu'une commune ne puisse décider de baptiser une école « Ecole maternelle Jack Lang » (TA Lille, 18 décembre 2007, *Desurmont, AJDA* 2008, p. 709, note S. Deliancourt). Sous un autre aspect, il faut par ailleurs rappeler l'obligation de neutralité commerciale pesant sur les services publics, notamment dans le cadre scolaire et qui interdit logiquement l'irruption de la publicité, quelle que soit sa forme (insertion dans des documents, sponsoring) dans ces services. La liberté de concurrence trouve à jouer un rôle dans le cadre de cette interdiction, les administrations publiques ne pouvant en principe privilégier des intérêts privés.

<sup>2348</sup> Cet objectif paraît moins directement présent dans le cadre du devoir de réserve, lequel cherche avant tout à préserver l'image impartiale du service et, plus avant, le bon fonctionnement de ce dernier. Néanmoins, si cette réserve s'impose à l'agent, c'est parce que ce dernier demeure, même hors du service, perçu comme tel par les personnes destinataires de son discours, lesquelles peuvent être parfois amenées à confondre prises de positions de l'agent et du service.

<sup>2349</sup> *A contrario*, les enseignants de l'enseignement supérieur public jouissent d'une entière liberté d'expression sous les seules réserves imposées par les principes de tolérance et d'objectivité (V. article L. 952-2 du Code de l'éducation et pour un exemple de sanction au regard de propos négationnistes, CE, 19 mars 2008, *M. A.*, req. n° 296984). Cette exception relève d'un principe d'indépendance des professeurs d'université et des maîtres de conférences, principe fondamental reconnu par les lois de la République depuis la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 (décision n° 83-165 DC, *Libertés universitaires, Rec.* p. 30). Il est en effet considéré que « *la nature de l'enseignement donné, le caractère des personnes auxquelles il s'adresse dispense en principe l'Etat de prendre la responsabilité des doctrines qui sont enseignées. Les auditeurs, les étudiants, sont ici en âge de juger* » : HELBRONNER, concl. sur CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre, Rec. Leb.* p. 553, *D.*, 1914, 3, 74.

<sup>2350</sup> Lettre de Jules Ferry aux instituteurs, 27 novembre 1883, reproduite dans *Pouvoirs*, n° 75, 1995, p. 111.

<sup>2351</sup> Trib. confl., 2 juin 1908, *Girodet c/ Morizot, S.* 1908.III.81 ; CE, 4 mai 1948, *Comnet, S.* 1949.III.41.

<sup>2352</sup> Dans le cadre de l'affaire CE, 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau (préc.)*, dans laquelle est rappelée cette obligation, était ainsi en cause une assistante sociale.

liberté de conscience des élèves<sup>2353</sup>. Pour autant, il est clairement établi aujourd'hui que l'obligation de neutralité touche l'ensemble des agents et non pas seulement les enseignants. Cette solution est en premier lieu posée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'avis *Delle Marteaux*<sup>2354</sup>, dans lequel est précisé qu'il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents du service public de l'Education nationale selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement. Le commissaire du gouvernement, dans sa proposition de rédaction de l'avis, allait même plus loin, posant clairement l'interdiction de manifester ses convictions à l'adresse des agents de « *tous les services publics* ». S'il reconnaissait en filigrane la fragilité particulière de la liberté de conscience des élèves usagers, Rémy Schwartz invitait ainsi le juge à offrir le même niveau de protection aux usagers des autres services<sup>2355</sup>. Une telle invitation n'est pas restée lettre morte, les juridictions inférieures ayant par la suite rapidement imposé à une assistante sociale ou à un contrôleur du travail certaines limitations explicitement rattachées au respect de la liberté de conscience de l'utilisateur<sup>2356</sup>. Ce faisant, le juge administratif a pu sembler confirmer « *le goût des solutions uniformes* » du droit français<sup>2357</sup>, opposant à la liberté d'expression de l'agent la liberté de conscience de l'utilisateur, quel que soit le niveau de maturité, de recul et d'esprit critique de ce dernier. Ce caractère systématique pourrait cependant interroger. La conciliation des libertés<sup>2358</sup> doit logiquement se résoudre par le meilleur équilibre envisageable. Or la solution prônée par le juge administratif peut sembler bien éloignée de cet objectif dès lors qu'elle conduit, dans le cadre du service, à étouffer totalement la liberté de l'agent au profit de celle de l'utilisateur. Il n'est d'ailleurs pas sûr que la Cour européenne des droits de l'homme partage une telle solution car si cette juridiction admet, dans son arrêt *Dalhab c/ Suisse* du 15 février 2001<sup>2359</sup>, qu'une institutrice puisse être sommée d'abandonner le port du voile islamique, c'est en considération

<sup>2353</sup> V. notamment CE, 20 mai 1996, *Min. de l'Education nationale c/ M. Ali*, AJDA 1996, p. 709, obs. Koubi.

<sup>2354</sup> CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, préc.

<sup>2355</sup> SCHWARTZ (Rémy), « L'expression des opinions religieuses des agents publics en service », conclusions sur CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, RFDA 2001, p. 151.

<sup>2356</sup> V. TA Paris, 17 octobre 2002, *Mme Ebrahimian*, préc., cons. n° 1 : « *ce principe [de neutralité] qui vise à protéger les usagers du service de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience, concerne tous les services publics et pas seulement celui de l'enseignement* ». V. également TA Lyon, 3 juillet 2003, *Mme Nadjat Ben Abdallah* : la décision du port du voile par un contrôleur du travail « *par le trouble qu'elle génère, est de nature à instiller (...) un doute non seulement quant à la neutralité de l'intéressée, mais également sur son loyalisme envers les institutions et sa fidélité à une tradition de la République française destinée à préserver la liberté de conscience* ».

<sup>2357</sup> SAINT-JAMES (Virginie), « La liberté religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, JCPA 2005, n° 12, p. 564. Il faut d'ailleurs remarquer dans ce domaine les solutions beaucoup plus nuancées retenues dans certains pays européens comme le Royaume-Uni, où le fonctionnaire peut arborer des signes religieux, ou l'Allemagne, pays dans lequel l'obligation de neutralité religieuse varie en fonction de l'emploi exercé et dont l'application dépend de la législation des différents Länder. Sur ce point, VIGOUROUX (Christian), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 301.

<sup>2358</sup> Cet objectif de conciliation entre liberté de l'agent et liberté de l'utilisateur étant très clairement posé par Pierre Soler-Couteaux. V. thèse préc., p. 131.

<sup>2359</sup> CEDH, 15 février 2001, *Dalhab c/ Suisse*, AJDA 2001, p. 480, note J.F. Flauss.

de la situation particulière du public visé, à savoir des enfants de quatre à huit ans, et de la nature des fonctions exercées, lesquelles impliquent, dans une démocratie, la transmission d'un message de tolérance, de respect d'autrui, d'égalité et de non discrimination. Par ces différentes précisions, il semble que la Cour européenne adopte au regard de la neutralité une position modulable, selon les circonstances dans lesquelles l'extériorisation des convictions a lieu, la nature des fonctions exercées par l'agent et le message véhiculé<sup>2360</sup>. Suivant ce raisonnement, la solution française devrait privilégier une approche casuistique plus respectueuse de la liberté d'expression de l'agent. Certes, un tel pragmatisme n'est pas totalement étranger au juge administratif. Certains éléments de faits sont ainsi pris en compte dans l'arrêt *Ebrahimian*, où le juge fait clairement état du caractère vulnérable des usagers en contact avec l'agent<sup>2361</sup>, comme dans l'arrêt *Ben Abdallah*, dans lequel il précise que les suites à donner au manquement sont variables compte tenu « *de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique soit de fonctions de représentation* »<sup>2362</sup>. Toutefois, dans ces hypothèses, c'est au stade de la sanction que la situation concrète est prise en considération, le manquement demeurant constitué dès lors que l'agent a manifesté ses convictions, sous quelque forme que ce soit<sup>2363</sup>.

Il est vrai que, si elle devenait le principe, cette modulation de l'encadrement de la liberté d'expression de l'agent se heurterait aux « *réalités concrètes de la vie administrative* »<sup>2364</sup>. Ainsi, l'obligation de neutralité pourrait, dans cette optique, être moins strictement imposée aux agents n'ayant aucun contact avec le public<sup>2365</sup>. Cependant, outre que cette liberté

---

<sup>2360</sup> Même si, dans une décision d'irrecevabilité du 24 janvier 2006, *Kurtulmus c/ Turquie* (req. n° 65500/01), la Cour semble laisser une marge d'appréciation aux Etats dans le cadre des obligations qu'ils imposent aux agents au sujet de la neutralité de leur apparence afin de « *préserver le principe de la laïcité et de la neutralité de la fonction publique* ». V. sur ce point GONZALEZ (Gérard), « L'exigence de neutralité des services publics », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 174.

<sup>2361</sup> TA Paris, 17 octobre 2002, *Mme Ebrahimian*, préc. : « *L'obligation [de neutralité] trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance* ». V. également CAA Lyon, 6 mai 1997, *Mme Montagu*, n° 94LY01381 (atteinte grave au principe de neutralité d'un agent des services sociaux à l'égard d'un usager se trouvant dans un état d'extrême détresse matérielle et morale).

<sup>2362</sup> CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah*, préc. Dans le même sens, V. également CAA Versailles, 23 février 2006, *Mme Rachida X.*, req. n° 04VE03227.

<sup>2363</sup> Pierre-Henri Prélôt déplore ainsi que le port de signes religieux discrets, « *jusqu'ici toléré dans la vie administrative* », paraisse désormais condamné alors même qu'il s'agit d'une expression paisible, dont l'impact sur l'usager semble minime, voire inexistant. PRELOT (Pierre-Henri), conclusion générale du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 578.

<sup>2364</sup> BERTHOUD (Joël), « La neutralité religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 560.

<sup>2365</sup> En ce sens, et *a contrario*, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 19 février 2009, *M. B. (préc.)*, dans lequel était en cause un agent de la Poste ayant distribué aux usagers des imprimés à caractère religieux, met très nettement

d'expression retrouvée serait susceptible d'entraîner des tensions entre agents<sup>2366</sup> et porter atteinte au bon fonctionnement du service, le problème majeur réside dans le fait que les fonctions des agents peuvent toujours évoluer et, qu'il conviendrait dès lors de faire évoluer les impératifs de neutralité imposés avec elles<sup>2367</sup>. Plus avant, par ailleurs, il est toujours possible d'imaginer certaines adaptations en fonction du public en contact avec l'agent ou du message véhiculé. Mais ce sont là des éléments d'appréciation d'une grande subjectivité, obligeant à examiner au cas par cas la vulnérabilité des usagers témoins de l'extériorisation des convictions de l'agent ou l'intention de l'agent. Comment, ainsi, déterminer à partir de quel moment l'expression de ses convictions atteint la liberté de conscience d'un usager en particulier par rapport à un autre ? A partir de quel niveau son comportement peut-il être considéré comme prosélyte ? Réintroduire une relativité dans l'encadrement de la liberté d'expression des agents oblige à se tourner vers l'autre protagoniste de la relation, l'usager, et à évaluer l'impact d'une telle expression sur sa conscience, impact qui variera d'un individu à l'autre et ne pourra jamais être quantifié ni prouvé. Assurément, une telle solution offre un champ plus large à la liberté d'expression de l'agent et initie une conciliation plus protectrice pour ce dernier. Mais elle lui imposerait en même temps une « *obligation à géométrie variable* »<sup>2368</sup> dont le flou le place en réalité dans une situation inconfortable. A l'aune de ce qui a déjà été observé en matière de devoir de réserve<sup>2369</sup>, la liberté s'accommode mal de frontières mouvantes. Une neutralité « modifiable » inciterait certains agents à observer une parfaite réserve quand d'autres y verraient peut-être une brèche dans laquelle s'engouffrer de manière plus ou moins discrète, menaçant alors la liberté de conscience des usagers.

En cela se révèle toute la difficulté d'une conciliation au terme de laquelle les obstacles concrets entraînés par une modulation de la liberté d'expression de l'agent semblent inviter à privilégier une position sans nuance. Il reste possible de regretter que cette liberté se retrouve à ce point réduite à l'intérieur du service afin de préserver la liberté de conscience de l'usager, tout en reconnaissant la complexité de mise en œuvre et les dangers éventuels que sous-tendrait une position plus nuancée. La solution est d'ailleurs moins stricte dès lors que la

---

en exerce sa qualité de guichetier en rapport avec le public pour conclure à l'existence d'une faute contraire à l'honneur professionnel.

<sup>2366</sup> Voir une atteinte à leur liberté de conscience, notamment dans le cas où l'agent ne respectant pas le principe de neutralité occupe un poste hiérarchique important et dispose en cela d'un certain ascendant sur ses subordonnés.

<sup>2367</sup> En ce sens, BERTHOUD (Joël), « La neutralité religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 560 ; JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* juillet-août 2001, p. 42.

<sup>2368</sup> BERTHOUD (Joël), *Ibid.*

<sup>2369</sup> V. *supra*.

question de l'extériorisation des convictions de l'agent ne s'insère plus dans le cadre de la relation à l'utilisateur, mais dans celui du fonctionnement interne du service. Dans certains cas limités, l'agent peut en effet faire valoir ses convictions à l'endroit du gestionnaire du service et bénéficier d'aménagements concrets lui permettant de vivre en accord avec les exigences dictées par sa conscience. Toute garantie de sa liberté de conscience et de l'expression de son for intérieur n'est donc pas annihilée au sein du service public, même s'il s'agit là d'une exception à portée restreinte.

### ***B/ Un champ résiduel d'extériorisation des convictions de l'agent au sein du service public***

L'expression des convictions de l'agent ne peut être que très restreinte, même si elle marque une garantie *a minima* de sa liberté de conscience. La limitation de la libre extériorisation des convictions est en principe telle que, même en interne, lorsque l'agent n'a aucun contact avec le public et se retrouve, en ce qui concerne sa conscience, face au service, cette dernière ne saurait se manifester. Cependant, il est quelque rares cas dans lesquels le gestionnaire du service doit non pas ignorer les convictions et imposer une stricte réserve envers ces dernières, mais les prendre en considération. La singularité de l'individu est ici prise en compte car ignorer ou interdire l'expression de ses convictions atteindrait sa liberté de conscience sans que cette limitation ne puisse se justifier au regard de la liberté de conscience de l'utilisateur<sup>2370</sup>. La neutralité, prise ici dans son sens actif, s'impose au gestionnaire du service, lui ordonnant de respecter les exigences du for intérieur des agents placés sous son autorité. La première et la plus marquante des exceptions en ce sens reste celle de l'objection de conscience (1). Mais interviennent également d'autres aménagements spécifiques offrant à l'agent l'opportunité de vivre en adéquation avec ses convictions (2).

#### *1) Une hypothèse exceptionnelle : l'invocation d'une objection de conscience*

En faisant jouer une clause de cette nature, l'agent est autorisé à refuser certaines actions normalement liées au service public mais qui apparaissent contraires à sa conscience et son éthique. Une telle possibilité doit cependant demeurer étroitement encadrée. Toute activité

---

<sup>2370</sup> Montrant *a contrario* que l'interdiction d'extériorisation des convictions de l'agent est liée au respect de la liberté de conscience de l'utilisateur.

liée au service ne peut en effet être écartée par l'agent pour un motif de conscience, au risque de mettre en péril la neutralité et la continuité du service et, par là-même, le fonctionnement de ce dernier. La clause de conscience, cet « *écho de la parole d'Antigone* »<sup>2371</sup>, se voit ainsi très strictement limitée dans sa portée car elle implique une dérogation à la règle générale, un effacement du droit devant la conscience. Or, si une telle inflexion à la généralité de la norme est rare dans le cadre global de la société<sup>2372</sup>, elle ne peut l'être qu'encore plus au sein du service public. Soutien d'une certaine transcendance, visant la satisfaction de l'intérêt général, ce procédé influence en cela la position de l'agent, normalement « *porteur d'une fonction qui ne lui appartient pas mais qui se situe dans le service de la collectivité* »<sup>2373</sup>. Aussi, « *pas d'objection de conscience sans texte* »<sup>2374</sup>, le conflit entre convictions et obligations de l'agent ne se soldant véritablement par une dérogation que dans le domaine médical, à travers la possibilité des agents de refuser de procéder ou de participer à des interruptions volontaires de grossesse. En effet, au terme de l'article L. 2212-8 du Code de la Santé publique, un médecin, une sage-femme, un infirmier, infirmière ou auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est jamais tenu de concourir à un avortement<sup>2375</sup>. Le législateur, dès 1975<sup>2376</sup>, a ainsi entendu préserver les convictions de chacun et ne pas imposer en la matière un comportement en contradiction avec la conscience, que le refus soit dicté par des convictions religieuses, philosophiques ou morales. Il n'est d'ailleurs jamais besoin pour l'agent de justifier sa position. Il est par ailleurs impossible de prévoir des réquisitions de personnels en ce domaine. Toutefois, la latitude laissée en la matière est exceptionnelle, la tolérance accordée à l'agent face à ses convictions faisant écho à l'absence de consensus sur la question de l'avortement, débat à forte connotation éthique et morale « *en regard duquel le plus intime de l'individu est appelé à se prononcer* »<sup>2377</sup>. Si le législateur entend ne pas contraindre l'agent au regard de cette activité, c'est en considération de son caractère extrêmement spécifique. Mais il veille dans le même temps à ce que cette marge de manœuvre ne menace pas le droit pour les femmes d'opter pour une interruption volontaire de grossesse. L'objection de conscience opposée au service

---

<sup>2371</sup> Selon l'expression de G. Mémeteau, « Recherche Antigone en bon état ou la conscience et la bioéthique », *Ethique* 1993, n° I, p. 9, cité par BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience », *AJFP* mars-avril 2003, p. 34.

<sup>2372</sup> C'est face à l'armée et à l'obligation de service national que s'est principalement posée la question de l'objection de conscience, problématique devenue caduque suite à la suspension du service national obligatoire.

<sup>2373</sup> BONDUELLE (Alexandre), « La clause de conscience et le fonctionnaire », *LPA* 1996, n° 117, p. 17.

<sup>2374</sup> LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J., 1993, p. 160.

<sup>2375</sup> La loi du 4 juillet 2001 précise, par ailleurs, qu'un médecin n'est jamais tenu de procéder aux stérilisations à finalité contraceptive par la ligature des trompes ou des canaux déférents.

<sup>2376</sup> Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'IVG, *JO* 18 janvier 1975, p. 739 ; loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979, *JO* 1<sup>er</sup> janvier 1980, p. 3 et loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, *JO* 7 juillet 2001, p. 10823.

<sup>2377</sup> BONDUELLE (Alexandre), *op. cit.*, p. 17.

emporte en effet inévitablement certaines conséquences pour l'usager<sup>2378</sup>, conséquences qu'il convient d'encadrer. Le praticien faisant usage de sa clause de conscience doit ainsi en informer sans délai<sup>2379</sup> la patiente et la rediriger vers d'autres médecins. Une telle objection de conscience ne demeure par ailleurs invocable que par les personnels médicaux, et non les personnels administratifs, extension qui aurait accentué les difficultés rencontrées pour procéder à un avortement. Par ailleurs, la loi du 4 juillet 2001 a mis fin à la faculté ouverte aux chefs de service des établissements publics de santé de refuser que des IVG soient pratiquées dans leur service, le Conseil constitutionnel ayant clairement rappelé à cette occasion le caractère strictement individuel de l'objection de conscience<sup>2380</sup>. La dérogation ouverte par la clause de conscience demeure ainsi encadrée dans son champ d'action, limitée au seul domaine médical<sup>2381</sup>, comme dans ses potentialités d'extension.

Le cas particulier de l'objection de conscience illustre parfaitement la liberté de conscience sous l'apparence d'une « *notion de combat* »<sup>2382</sup> que l'agent n'est autorisé à faire prévaloir que de manière exceptionnelle. Cependant, une garantie des exigences du for intérieur est également parfois source d'aménagements dans lesquels la confrontation entre agent et service n'implique pas de dérogations abruptes à la norme générale, mais la seule prise en compte des exigences religieuses imposant l'observance de certains rites culturels ou d'interdits alimentaires.

---

<sup>2378</sup> « *Les tempéraments de la règle de droit, les concessions faites par le droit aux « bonnes » consciences emporteront généralement une atteinte ou du moins une modification des « droits » d'autrui. Une objection de conscience poursuit ainsi le “ traitement de faveur ” d'une conscience mais entraîne en conséquence un contrecoup pour autrui, une charge* ». LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J, 1993, p. 177 et, dans le même sens, BONDUELLE (Alexandre), *op. cit.*, p. 18.

<sup>2379</sup> Cette obligation n'étant cependant assortie d'aucune sanction.

<sup>2380</sup> CC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *IVG II*, *Rec.* p. 74 (*JCPG* 2001, II, 10635, note Franck): « *si le chef de service d'un établissement public de santé ne peut, en application de la disposition contestée, s'opposer à ce que des interruptions volontaires de grossesse soient effectuées dans son service, il conserve (...) le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service* ».

<sup>2381</sup> Une hypothèse extrêmement spécifique intéresse néanmoins les instituteurs d'Alsace-Moselle, lesquels peuvent faire jouer une objection de conscience « *à rebours* » lorsqu'ils souhaitent être dispensés d'assurer l'enseignement religieux obligatoire. V. MESSNER (Francis), PRELOT (Pierre-Henri) et WOEHLING (Jean-Marie) (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 477.

<sup>2382</sup> SOLER-COUTEAUX (Pierre), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, Tome 1, 1980, p. 13.

2) *Des solutions spécifiques : l'aménagement d'aumôneries et le respect des prescriptions alimentaires au sein du service public*

Des aumôneries sont parfois mises en place au sein de certains services publics. La reconnaissance juridique de tels aménagements découle de la loi de 1905, laquelle, posant le principe de séparation entre Eglises et Etat et, en conséquence, la suppression des budgets du culte, ajoute que « *pourront toutefois être inscrites (aux budgets de l'Etat, des départements et des communes) les dépenses relatives à des services d'aumôneries et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics, tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons* ». Par cette précision, la loi ne fait alors qu'entériner la présence ancienne d'aumôneries dans les lieux clos, prenant acte de la difficulté éprouvée par les agents et usagers pour satisfaire aux exigences de leur culte lorsque les possibilités de déplacement en dehors du service public sont limitées. Une telle situation intéresse prioritairement les militaires. Régulièrement cantonnés, ils bénéficient ainsi de services d'aumôneries dont l'organisation, très institutionnalisée<sup>2383</sup>, offre le seul exemple de prise en compte directe des convictions religieuses de l'agent au sein d'un service public. En effet, la présence d'aumôneries dans les prisons<sup>2384</sup> et les hôpitaux<sup>2385</sup> ne leur est, quant à elle, offerte que par ricochet<sup>2386</sup>. Ces aménagements ont en effet pour destinataire principal l'utilisateur<sup>2387</sup> empêché dans ses déplacements et non l'agent, lequel subit beaucoup moins de contraintes pour vaquer aux pratiques de son culte à l'extérieur de l'établissement, même si l'usage de ces aumôneries ne lui est pas interdit. Dans tous les cas, interviennent au sein de tels aménagements des aumôniers bénéficiant d'une « *double investiture* »<sup>2388</sup>, leur désignation

---

<sup>2383</sup> Prévue dès la loi du 8 juillet 1880, l'existence d'aumôneries militaires reste aujourd'hui régie par le décret 64-498 du 1<sup>er</sup> juin 1964 portant règlement d'administration publique relatif aux ministres du culte attachés aux forces armées (V. *JO* 5 juin 1964, p. 4802). Quatre aumôniers représentant les cultes catholique, protestant, juif et musulman siègent auprès de l'Etat major des armées et proposent les aumôniers militaires, lesquels sont par la suite nommés par le ministre de la Défense.

<sup>2384</sup> V. article D-433 et s. du Code de procédure pénale. Ces aumôniers sont rémunérés par l'administration pénitentiaire et sont soumis au statut réglementaire des agents non titulaires de l'Etat. Les cultes catholique, protestant, israélite et musulman disposent d'un aumônier général compétent pour l'ensemble des établissements.

<sup>2385</sup> La présence d'aumôneries dans les hôpitaux et leur organisation résultent de circulaires et non de dispositions réglementaires (V. notamment circulaire n° 235/ DH/4 du 19 janvier 1976, laquelle prévoit que les aumôniers sont nommés par le chef d'établissement sur proposition des autorités religieuses).

<sup>2386</sup> SAINT-JAMES (Virginie), « La liberté religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique » tenu à Lyon le 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 565.

<sup>2387</sup> Les aumôneries de l'enseignement public apparaissent quant à elles vouées à l'instruction religieuse des élèves usagers et ne sont donc pas censées bénéficier aux agents. Sur ce point, V. *infra*, Section seconde, Premier paragraphe, A, 2).

<sup>2388</sup> Selon l'expression employée par le commissaire de gouvernement Daniel Labetoulle dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 17 octobre 1980, *Sieur Pont*, *AJDA* 1981, p. 256. Sur ce point, FOREY (Elsa), *Etat et Institutions*



dépendant à la fois d'un choix opéré par l'autorité religieuse et d'une nomination par l'autorité en charge du service public.

La mise en place d'aumôneries de services publics illustre parfaitement les impératifs d'une neutralité active tendant à garantir matériellement les exigences de la liberté de conscience. Cette « *neutralité-pluralisme* » oblige le service public à permettre aux agents de se conformer aux exigences de leur foi et à protéger ainsi leur liberté religieuse. Dans le même temps, cependant, ce réinvestissement du service public dans le fait religieux soulève certaines interrogations, notamment quant aux croyances devant faire l'objet d'une telle appréhension. Dans le cadre des aumôneries, le nombre de religions représentées est longtemps resté limité aux cultes catholique, protestant et juif, et si la représentation de la religion musulmane est aujourd'hui organisée<sup>2389</sup>, ainsi que celle de la religion orthodoxe<sup>2390</sup>, celle des religions dites « minoritaires » reste quasi inexistante<sup>2391</sup>. Or, à partir du moment où le service public accepte de garantir la pratique de certains cultes, une revendication en faveur de l'extension de ces aménagements à d'autres religions, sur le fondement de l'égalité, peut sembler légitime.

Une telle remarque trouve également à jouer en matière alimentaire. Les cantines des services publics obéissent le plus souvent aux prescriptions liées au culte catholique, le plat de poisson du vendredi étant devenu « *une sorte de tradition sociale alimentaire* »<sup>2392</sup>. Quant aux interdits alimentaires de la religion juive ou musulmane, ils demeurent le plus souvent contournés par la proposition de menus de substitution<sup>2393</sup>, solution satisfaisante mais qui n'est pas encore toujours systématiquement mise en place<sup>2394</sup>. En définitive, il semble que le

---

*religieuses – Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, p. 332.

<sup>2389</sup> Pendant longtemps, le culte musulman n'a pu bénéficier de l'aménagement systématique d'aumôneries dont connaissaient les cultes catholique, juif et protestant. La mise en place d'une aumônerie musulmane au sein des armées n'est ainsi intervenue que par un arrêté du 16 mars 2005. Depuis cette date, des aumôniers généraux musulmans sont proposés par le Conseil Français du Culte musulman dans le cadre des prisons et hôpitaux.

<sup>2390</sup> Une aumônerie orthodoxe est mise en place au sein de la Légion étrangère. Un aumônier orthodoxe est par ailleurs nommé par le directeur régional des services pénitentiaires.

<sup>2391</sup> Une aumônerie des témoins de Jéhovah intervient cependant parfois dans le milieu pénitentiaire. Le juge administratif a en ce sens récemment annulé une décision implicite de refus opposée par le Garde des Sceaux à la demande d'agrément de ministres du culte des Témoins de Jéhovah en tant qu'aumôniers de prisons. TA Paris, 6 juillet 2007, *Association culturelle Les témoins de Jéhovah de France*, AJDA 2007, p. 2097, concl. T. Célérier.

<sup>2392</sup> V. MESSNER (Francis), PRELOT (Pierre-Henri) et WOEHLING (Jean-Marie) (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p. 478.

<sup>2393</sup> Tels poissons ou œufs. Il faut cependant noter le cas particulier de l'armée, qui a toujours respecté les prescriptions alimentaires des différentes religions, en fournissant notamment de la viande Hallal.

<sup>2394</sup> Aucune législation d'ensemble n'est prévue sur point, la prise en compte des prescriptions religieuses en matière alimentaire dépendant de circulaires propres à chaque service public. Là encore, c'est souvent par ricochet, dans les services dans lesquels les usagers ne peuvent se déplacer et donc se soustraire aux repas servis,

service public hésite encore souvent à faire jouer son plein effet à la neutralité entendue dans son sens actif. Si certains aménagements sont tolérés en faveur des agents, leur extension demeure sous contrôle et attachée aux cultes majoritaires. La liste établie par la loi de 1905 ne présente aucun caractère limitatif mais la mise en place d'aumôneries reste cantonnée aux services publics dans lesquels les possibilités de déplacements sont limitées et – armée mise à part – s'adressent prioritairement aux usagers, n'offrant donc à l'agent qu'une garantie indirecte. S'y devine la réticence persistante qu'éprouve le gestionnaire du service à redécouvrir l'individu derrière l'agent et à s'incliner devant ses convictions, quand bien même il n'en résulterait aucun danger pour la conscience de l'utilisateur. La mise en avant d'une clause de conscience, une visite à l'aumônerie ou la revendication de l'observation de prescriptions alimentaires suppose une extériorisation des convictions de l'agent que le service s'emploie à conserver dans son degré le plus faible, désireux de préserver en son sein une atmosphère détachée du fait religieux dans laquelle la singularité de l'individu s'efface devant le statut d'agent. De telles possibilités sont ainsi appelées à demeurer exceptionnelles et ne nuancent que très légèrement l'affirmation selon laquelle les convictions de l'agent doivent s'effacer au sein du service.

La garantie offerte par le service public à la liberté de conscience de l'agent reste ainsi, dans tous les cas, extrêmement limitée, la rareté même des exceptions constatées renseignant sur la portée générale de l'interdiction pesant sur lui. Sous l'égide du principe de neutralité, il doit « *accepter d'agir – et d'être perçu comme agissant – seulement en tant qu'agent investi d'une mission de service public (...)* »<sup>2395</sup>. La garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur conduit à une extinction presque totale de sa liberté d'exprimer ses convictions dans le service, marque du paradoxe attaché à une prérogative dont la satisfaction demeure extrêmement complexe à mettre en œuvre de manière équilibrée. La conciliation orchestrée joue ainsi très nettement au détriment de l'agent, lequel est toutefois censé renoncer à sa liberté d'expression en toute connaissance de cause et, partant, en toute liberté<sup>2396</sup>. En effet « *nul n'est fonctionnaire qui ne veut. Celui qui consent à le devenir, de quelque fonction qu'on le charge, se soumet volontairement aux règles qui assurent l'exécution du service et aux sanctions*

---

que seront mis en place des menus de substitution profitant également aux agents. V. MESSNER (Francis), PRELOT (Pierre-Henri) et WOEHLING (Jean-Marie) (dir.), *Ibid.* et DELSOL (Xavier), GARAY (Alain) et TAWIL (Emmanuel), *Droit des cultes*, Dalloz-Juris Associations, 2005, p. 379.

<sup>2395</sup> BERTHOUD (Joël), « La neutralité religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 561.

<sup>2396</sup> La laïcité est du reste placée par les fonctionnaires dans le trio de tête des « valeurs » du service public. V. *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La Documentation française, Avril 2008, p. 50.

*garantissant le respect des obligations qu'il impose* »<sup>2397</sup>, que ces règles touchent à la neutralité du service ou, comme il faut l'envisager maintenant, aux impératifs de la continuité.

PARAGRAPHE SECOND  
UNE GARANTIE MISE EN ŒUVRE SOUS L'INFLUENCE  
DU PRINCIPE DE CONTINUITE

Le principe de neutralité du service public n'est en effet pas seul à régir les comportements de l'agent. Celui-ci doit également parfois brider l'extériorisation de ses convictions et les revendications qui en découlent en s'inclinant devant les exigences attachées au principe de continuité du service public. De nouveau, la liberté de conscience de l'agent doit s'incliner, cette fois afin de garantir aux usagers le bon fonctionnement des services dont dépend la concrétisation de leurs droits et libertés. La continuité sous-tend en cela un devoir d'obéissance excessivement strict, à travers lequel l'agent apparaît comme un simple rouage de l'appareil administratif (A). S'impose par ailleurs à lui une obligation de présence sur le lieu du service, envisagée cette fois de manière plus souple (B). Dans les deux cas, se révèle clairement la situation particulière de l'agent du service public, obligé de faire taire ses convictions par égard pour l'utilisateur, mais également, parfois peut-être, afin de ne pas heurter un principe de soumission établi, et bénéficiant en cela d'une protection de la liberté de conscience aux limites bien étroites.

***A/ Le devoir d'obéissance de l'agent : une garantie aux implications extrêmement strictes***

S'« *il arrive toujours une heure où il faut savoir dire non* »<sup>2398</sup>, ce droit d'opposition paraît cependant d'une compréhension extrêmement limitée en ce qui concerne l'agent. Soumis à un strict devoir d'obéissance lié au principe hiérarchique gouvernant la fonction publique, ce

---

<sup>2397</sup> BERTHELEMY (Henry), *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 1933, 13<sup>ème</sup> éd., p. 77, cité par MELLERAY (Fabrice), « Port du foulard islamique par une fonctionnaire et principe de laïcité », note sous CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah, AJDA* 2004, p. 156.

<sup>2398</sup> VIGOUROUX (Christian), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 372.

dernier est, sauf hypothèse exceptionnelle, obligé de conformer ses actes et comportements aux ordres de ses supérieurs et à faire taire les protestations éventuelles de sa conscience. Un tel devoir d'obéissance est assurément nécessaire pour garantir la continuité du service public et, partant, la satisfaction des droits et libertés de l'utilisateur (1), mais enserme si étroitement l'agent qu'il tend à étouffer des velléités de contestations parfois légitimes et pose alors question quant à l'atteinte excessive qui risque d'en résulter au regard de sa liberté de conscience (2).

### 1) Une nécessaire prévalence du principe hiérarchique

Le devoir d'obéissance prime sur la conscience au point de pouvoir faire constater à certains auteurs que « *si l'obéissance du fonctionnaire n'est pas la soumission exclusive de celui ou de celle qui "entre en religion", il y a entre elles des traits communs* »<sup>2399</sup>. Face à un ordre, l'agent ne peut opposer un refus dicté par des considérations personnelles, quand bien même cet ordre apparaîtrait totalement absurde ou heurterait ses convictions profondes. Dans ce dernier cas, seule la clause de conscience reconnue dans l'hypothèse extrêmement limitée des interruptions volontaires de grossesse peut être invoquée<sup>2400</sup>. Au-delà, les « états d'âme » des agents ne peuvent trouver à s'exprimer pour refuser d'exécuter un ordre<sup>2401</sup>.

Une telle obéissance est inhérente à la logique hiérarchique guidant la fonction publique<sup>2402</sup>. Cette dernière constitue le relais d'exécution des décisions gouvernementales et obéit en cela à un modèle pyramidal. Un commandement unique intervient au sommet, dont les ordres sont par la suite répercutés et exécutés par les différents maillons composant la hiérarchie administrative<sup>2403</sup>. Cette organisation suppose alors inévitablement l'obéissance de ses membres, sous peine d'enrayer l'ensemble du système. De même « *qu'une montre s'arrêterait si chaque rouage pouvait considérer s'il veut s'engrener dans l'autre, de même toute administration étatique serait paralysée s'il était permis à chaque fonctionnaire*

---

<sup>2399</sup> CATHERINE (Robert) et THUILLIER (Guy), « De l'obéissance », *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p. 586.

<sup>2400</sup> V. *supra*, Paragraphe Premier, B/, 1).

<sup>2401</sup> V. CE, 29 septembre 1961, *Delle Gander et Association nationale des assistantes sociales*, *Rec. Leb.* p. 529 : « *les fonctionnaires n'ont pas qualité pour attaquer les ordres ou instructions de leurs supérieurs hiérarchiques intéressant l'exécution du service qu'ils sont chargés d'assurer sauf dans la mesure où lesdits ordres ou instructions porteraient atteinte à leurs prérogatives ou mettraient en cause l'application de leurs statuts* ».

<sup>2402</sup> BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP* janvier-février 2003, p. 45.

<sup>2403</sup> LOCHAK (Danièle), « Le sens hiérarchique », in *Psychologie et science administrative*, CURRAP, PUF, 1985, p. 147.

*subalterne de refuser l'obéissance* »<sup>2404</sup>. In fine, il en va de la continuité du service public, lequel suppose pour sa satisfaction l'observation d'une stricte discipline chez les agents. Le fonctionnement continu du service se retrouverait en effet gravement menacé s'il s'avérait dépendant de l'appréciation subjective et de l'assentiment plein et entier des agents à l'égard des activités qui leur sont échues. L'obéissance imposée à l'agent garantit ainsi le bon fonctionnement du service<sup>2405</sup> et protège dans le même temps la continuité de la satisfaction des droits et libertés des usagers sous-tendus par l'intervention des services publics. Cette continuité demeure en effet un présupposé indispensable à la garantie de droits fondamentaux ne pouvant se contenter d'une concrétisation intermittente au sein des services publics, au gré du bon vouloir de l'agent<sup>2406</sup>. En cela, le cantonnement des opinions, convictions, observations et réserves de ce dernier en son for intérieur relève presque d'une règle de bon sens dont il difficile de contester le bien-fondé. Face à l'ordre donné, l'individu doit s'incliner devant « *la dépersonnalisation sous-jacente à la structuration hiérarchisée des rapports de travail dans l'administration* »<sup>2407</sup>. Le refus de faire une place à l'expression de la conscience du fonctionnaire ne connaît ainsi aucune restriction dès lors que l'ordre qui lui est donné satisfait aux exigences de la légalité.

Ce n'est que lorsque l'ordre donné paraît illégal que l'agent retrouve pour partie une capacité de refus. Dans cette hypothèse, principe de légalité et principe hiérarchique s'affrontent dans le cadre d'une opposition à laquelle Duguit et Hauriou ont attaché leurs réflexions<sup>2408</sup>. Le premier de ces auteurs a ainsi pu défendre une prévalence totale du principe de légalité au sens où il ne peut exister « *de devoir d'obéissance au supérieur hiérarchique distinct du devoir d'obéissance à la loi* »<sup>2409</sup>. En cela, l'agent ne doit obéir que si l'ordre émanant de son supérieur est conforme à la loi ; « *s'il est illégal, l'inférieur doit obéir à la loi et désobéir à l'ordre* »<sup>2410</sup>. La position soutenue par Hauriou est à l'exact opposé : l'ordre donné bénéficie

---

<sup>2404</sup> GOENNER (Nicolas), *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts*, Landhust, 1808, p. 203, cité par CHERIGNY (Bernard), « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP* 1975, p. 873. V. également BOUISSON (Stéphane), *Ibid.*

<sup>2405</sup> L'impossibilité d'opposer ses convictions aux ordres donnés garantissant en outre une atmosphère – du moins en apparence – paisible au sein du service.

<sup>2406</sup> Sur l'interaction entre continuité et garantie des droits et libertés, v. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.

<sup>2407</sup> KOUBI (Geneviève), « Le for intérieur du fonctionnaire - Entre conscience du devoir et connaissance du droit », in *Le for intérieur*, CURAPP, PUF, 1995, p. 238.

<sup>2408</sup> Pour une analyse détaillée de cette controverse et de ses différents acteurs, DESMONS (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, L.G.D.J., 1999, p. 99 et s.

<sup>2409</sup> CHERIGNY (Bernard), *op. cit.*, p. 872.

<sup>2410</sup> BARTHELEMY (Joseph), « L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », *RDP* 1914, p. 491.

d'une présomption de légalité<sup>2411</sup> et doit donc être exécuté parce qu'il s'impose sous l'égide du principe hiérarchique<sup>2412</sup>. Le souci d'assurer le fonctionnement continu de l'administration prévaut pour cet auteur au point de lui faire préférer « *l'obéissance provisoire aux ordres illégaux à la discussion préalable de leur légalité par les agents (...)* »<sup>2413</sup>. Toutes deux défendables en théorie, ces positions emportent néanmoins certains risques de par leur caractère tranché. D'un côté, la solution prônée par Duguit revient à conférer aux agents un pouvoir d'appréciation sur la légalité ou l'illégalité des ordres qu'ils reçoivent et subordonne ainsi leur obéissance à une appréciation qui risque de paralyser le fonctionnement des services publics. Plus pragmatique, la solution d'Hauriou prend mieux en compte les nécessités de continuité de fonctionnement des services mais demeure menaçante pour le principe de légalité. Désireuse de concilier ces impératifs contradictoires, la jurisprudence s'est donc, après la seconde guerre mondiale, emparée de cette question dans un esprit de compromis. Posée pour la première fois dans l'arrêt du Conseil d'Etat *Langneur* du 10 novembre 1944<sup>2414</sup> puis reprise dans le statut général des fonctionnaires<sup>2415</sup>, la solution retenue offre à l'agent une « fenêtre » de désobéissance extrêmement étroite car dépendant de deux conditions strictement entendues. L'agent ne peut en effet refuser de se plier à l'ordre donné que si ce dernier est « *manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Le principe hiérarchique reste ainsi la règle, mais doit exceptionnellement s'incliner lorsque, en premier lieu, l'ordre contesté est manifestement illégal. Cela écarte d'emblée toute éventualité de désobéissance à un ordre entaché d'une simple irrégularité, seule une illégalité flagrante, perceptible même par le non initié et donc rare, pouvant justifier la désobéissance de l'agent<sup>2416</sup>. La seconde condition, qui doit obligatoirement se cumuler avec la première<sup>2417</sup>, rend encore plus difficile l'exercice d'une telle possibilité. En effet, désobéir n'est possible que lorsque l'ordre illégal porte une atteinte grave à un intérêt public, régulièrement ramenée

---

<sup>2411</sup> L'exigence de légalité étant alors maintenue à travers la possibilité d'un recours contentieux ultérieur, qui se substitue au droit de résistance. V. sur ce point, DESMONS (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, L.G.D.J., 1999, p. 107.

<sup>2412</sup> HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>ème</sup> éd., 1933, p. 77, réédition Dalloz 2002 : « *Hiérarchie signifie en soi superposition de degrés dans une organisation autoritaire des agents, de telle sorte que les agents inférieurs accomplissent leurs fonctions, non pas sous l'obligation directe et unique d'observer la loi, mais sous l'obligation d'obéir au chef qui s'interpose entre eux et la loi* ».

<sup>2413</sup> DESMONS (Eric), *op. cit.*, p. 105.

<sup>2414</sup> CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur*, *Rec. Leb.* p. 288, D. 1945, p. 87, concl. Chenot ; *GDJDA*, p. 620.

<sup>2415</sup> Article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Les agents non titulaires ne relevant pas du statut général continuent à être soumis à la jurisprudence *Langneur*.

<sup>2416</sup> V. pour exemple CE, 1<sup>er</sup> décembre 1967, *Cuny*, *RDP* 1967, p. 607 (absence d'illégalité manifeste de l'ordre donné aux préfets de pavoiser les édifices publics le 18 juin) ; CE, 28 février 1979, *Deschomets*, *Rec. Leb.* p. 86 (absence d'illégalité manifeste d'un ordre pourtant entaché d'incompétence) ; CAA Nancy, 11 juillet 1993, *Melle Rymdzionek*, req. n° 92NC00126 (absence d'illégalité manifeste d'une affectation pourtant irrégulière).

<sup>2417</sup> Comme le rappelle clairement l'arrêt CE, 31 mai 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Maccario* (*Rec. Leb. Tables* p. 1074) dans lequel le juge précise que « *tout fonctionnaire est tenu de se conformer aux ordres qu'il reçoit sauf s'ils sont à la fois manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ».

à une atteinte grave au bon fonctionnement du service public<sup>2418</sup>. La marge de manœuvre laissée à l'agent afin de déterminer s'il doit s'incliner ou non devant les instructions reçues est donc, dès l'origine, entendue de manière extrêmement limitée<sup>2419</sup> et tournée, dans tous les cas, en faveur du service et de l'usager dont la satisfaction des droits et libertés dépend du bon fonctionnement du service public. Soumis à l'obligation d'obéir, l'agent n'aura, lorsque les conditions apparaissent réunies, non pas la faculté mais directement le devoir de désobéir<sup>2420</sup>. Dans l'un ou l'autre cas, l'agent n'est donc jamais maître de ses comportements. Il en va de la continuité du service et l'obéissance requise, qui oblige l'agent à conformer ses comportements aux ordres reçus, et non à ce que lui dictent ses convictions, est assurément indispensable au fonctionnement harmonieux et à la perpétuation du rôle de garantie de ce procédé. Cependant l'application des conditions fixées à la possibilité de désobéissance paraît si stricte qu'elle conduit parfois l'agent à s'incliner devant des ordres pourtant illégaux et à agir alors éventuellement contre sa conscience. La continuité du service triomphe ainsi en toute occasion et relègue au second plan d'éventuelles objections légitimes, marquant une nouvelle fois, au regard de sa liberté de conscience, une conciliation avec les droits et libertés des usagers très nettement en sa défaveur.

## 2) Une règle d'obéissance entendue trop strictement

Les convictions personnelles de l'agent n'entrent normalement pas en ligne de compte face aux ordres donnés. Pour autant, une instruction manifestement illégale peut obliger l'agent à adopter un comportement que sa conscience lui interdit, ou, au minimum, le placer dans une position qu'il estime incompatible avec son devoir de loyauté professionnelle. Le refus d'agir en raison de convictions personnelles est alors susceptible de rejoindre le seul cas dans lequel est prévue la possibilité, et même l'obligation, de désobéir. Ce droit de refuser de se conformer à l'ordre donné offre à l'agent une sphère de liberté minimale, celle de ne pas être

---

<sup>2418</sup> Le Conseil d'Etat évoque en effet parfois expressément le bon fonctionnement du service public. V. CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur, préc.* ; CE, 3 mai 1961, *Pouzelgues, Rec. Leb.* p. 280, concl. Braibant ; CE, 10 février 1965, *Morati, Rec. Leb.* p. 91.

<sup>2419</sup> Elle l'est encore plus dans le cadre de la fonction publique militaire. Si le devoir d'obéissance n'est plus régi par le décret du 1<sup>er</sup> avril 1933 selon lequel « *les ordres sont exécutés littéralement, sans hésitation, ni murmure. L'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi* », l'obligation demeure stricte. Selon l'article L. 4122-1 du Code de la défense, les militaires ne peuvent néanmoins accomplir des actes contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales.

<sup>2420</sup> V. ainsi pour exemple CE Sect., 10 novembre 1944, *Langneur, préc.* (faute de l'agent communal ayant obéi au maire en permettant aux agents électoraux de cet élu de bénéficier indûment d'allocations chômage); CE, 3 mai 1961, *Pouzelgues, préc.* (commissaire de police ayant reçu l'ordre de remplacer une pierre précieuse disparue d'un scellé dont il avait la garde par une imitation).

obligé d'adopter un comportement illégal ou sous-tendu par une illégalité. Toutefois, c'est sans compter sur la seconde condition, qui veut que l'ordre manifestement illégal atteigne gravement un intérêt public. Or ce critère est devenu déterminant pour le juge administratif, lequel considère désormais que même si l'ordre est entaché d'illégalité manifeste, cette caractéristique n'entraîne pas forcément une atteinte grave à un intérêt public<sup>2421</sup>. Le lien entre les deux conditions étant rompu, l'ordre pourra ainsi être manifestement illégal sans qu'il soit pour autant permis d'y désobéir. Le devoir de désobéissance est avant tout instauré afin d'éviter qu'une illégalité ne trouble le fonctionnement du service public et non en considération du respect des convictions profondes de l'agent. Ce dernier n'est pas le bénéficiaire direct de cette dérogation à la règle d'obéissance. C'est pour assurer le bon fonctionnement du service et seulement pour cette raison que lui sera imposé d'obéir ou également, parfois, de désobéir<sup>2422</sup>. Dans ce cadre, la continuité reste reine<sup>2423</sup>, continuité de la garantie des droits et libertés des usagers, bien sûr, mais également continuité en tant que telle des pouvoirs publics, lesquels, très attachés au principe hiérarchique, s'avèrent d'ailleurs peut-être parfois beaucoup plus attentifs à ce dernier aspect qu'à la satisfaction des usagers<sup>2424</sup>. Se décèle en effet derrière le strict devoir d'obéissance exigé, la prégnance de l'image d'un agent simple rouage d'une mécanique dont il ne peut être accepté le moindre dérèglement, même justifié. La survivance d'une volonté de continuité en priorité tournée vers le service même, et non vers l'utilisateur, peut être soupçonnée, générant alors un doute quant au réel motif justifiant une solution aussi peu favorable à l'agent.

Du reste, alors même qu'il y est parfois logiquement obligé, il n'est pas sûr que ce dernier prenne pour autant le risque de désobéir. Les sanctions pour désobéissance fautive demeurant infiniment plus nombreuses que celles pour obéissance fautive<sup>2425</sup>, l'agent a tout intérêt à se montrer prudent. Il lui est en effet difficile de disposer du recul nécessaire permettant d'adopter avec certitude une attitude de refus face à son supérieur hiérarchique. En premier

---

<sup>2421</sup> V. pour exemple CE, 2 décembre 1959, *Melle Sinay*, *Rec. Leb.* p. 643 ; CE, 1<sup>er</sup> janvier 1964, *Charlet*, *Rec. Leb.* p. 1 ; CE, 10 février 1965, *Morati*, *préc.* ; CAA Paris, 6 octobre 1998, *M. Marc Charny*, req. n° 96PA04452.

<sup>2422</sup> V. DESMONS (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, L.G.D.J., 1999, p. 166 ; BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP* janvier-février 2003, p. 49.

<sup>2423</sup> KOUBI (Geneviève), « Le for intérieur du fonctionnaire – Entre conscience du devoir et connaissance du droit », in *Le for intérieur*, CURAPP, PUF, 1995, p. 245 : « l'horizon n'est pas la légalité mais la continuité du service ».

<sup>2424</sup> Sur cette facette du principe de continuité, tourné vers les pouvoirs publics, v. *supra*, Seconde Partie, Titre premier, Chapitre second.

<sup>2425</sup> Pour de nombreux exemples de désobéissance fautive, v. MEKANTHAR (Joël), « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA* 2004, p. 1685.



lieu parce qu'il est souvent malaisé d'évaluer l'illégalité de l'ordre donné. L'agent aura ainsi tendance à se référer, parfois aveuglément, aux consignes données par ses supérieurs sans chercher à en apprécier la légalité<sup>2426</sup>. Il serait d'ailleurs bon de prendre acte de cette difficulté en permettant à l'agent de savoir à qui s'adresser lorsqu'il éprouve certains doutes quant à la légalité de l'ordre qu'il vient de recevoir. Si certaines initiatives en ce sens sont déjà mises en place dans le cadre des polices nationales et municipales<sup>2427</sup> et dans l'armée<sup>2428</sup>, elles demeurent encore pour l'heure peu satisfaisantes<sup>2429</sup>. Par méconnaissance, la loi peut ainsi sembler bien éloignée et abstraite face à l'immédiateté et la prégnance de l'ordre donné par l'autorité hiérarchique<sup>2430</sup>. Il importe en outre de ne pas sous-estimer les difficultés psychologiques que peut éprouver l'agent à désobéir. Nul doute que refuser d'exécuter un ordre nécessite du courage et oblige à affronter une certaine solitude<sup>2431</sup>. L'obéissance peut en effet être perçue comme un cocon sécurisant, dans lequel l'individu - et les impératifs de sa conscience - s'effacent, choisissant « *le parapluie satisfaisant de l'irresponsabilité* »<sup>2432</sup> en se réfugiant derrière les instructions reçues. L'obéissance au sein du service public engendre un réflexe de soumission, un « *pli hiérarchique* »<sup>2433</sup> dont les agents ont peine à se défaire, au point de parfois faire taire leur conscience quand cette dernière est heurtée par les ordres donnés et qu'il serait pourtant légalement possible de la faire prévaloir<sup>2434</sup>.

<sup>2426</sup> Il n'est qu'à rappeler ainsi l'importance acquise dans les services par les circulaires, témoignant d'une méconnaissance de la hiérarchie des normes. V. KOUBI (Geneviève), « Le for intérieur du fonctionnaire – Entre conscience du devoir et connaissance du droit », in *Le for intérieur*, CURAPP, PUF, 1995, p. 244.

<sup>2427</sup> L'article 17 du Code de déontologie de la police nationale prévoit ainsi que l'agent a le devoir de faire part de ses objections à l'autorité ayant donné l'ordre. Si l'ordre est maintenu, et que l'agent persiste dans son refus, il doit par la suite en référer à la première autorité supérieure qu'il a la possibilité de joindre.

<sup>2428</sup> Suite à « l'affaire Mahé » de 2005 dans laquelle des militaires français stationnées en Côte d'Ivoire ont été accusés d'assassinat sur ordre, une instruction a précisé que « *le subordonné doit refuser d'exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal* », le militaire devant « *faire savoir son refus par tout moyen et dans les plus brefs délais soit au ministre de la Défense, soit à son chef d'Etat-major d'armée, soit à l'inspecteur général de l'Arme* ». (article 7 de l'instruction n° 211710/DEF/SGA/DFP/FM/1 d'application du décret relatif à la discipline générale militaire, *BOC/PP*, 5 décembre 2005, n° 49, p. 8299).

<sup>2429</sup> Pour les policiers, en effet, si l'ordre est maintenu par l'autorité supérieure, rien n'indique par la suite la marche à suivre, ce qui fait dire à René Chapus que « *tout cela paraît bien ne pas manifester beaucoup de sens des réalités* ». (*Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 288). Un même constat semble par ailleurs pouvoir être opéré s'agissant des militaires, notamment quant aux modalités pratiques permettant, en pleine opération extérieure, de saisir les plus hautes autorités hiérarchiques.

<sup>2430</sup> LOCHAK (Danièle), « Le sens hiérarchique », in *Psychologie et science administrative*, CURRAP, PUF, 1985, p. 149 : « *La loi (...) n'aura jamais autant de poids auprès du fonctionnaire que les instructions de son supérieur. Les fonctionnaires d'exécution, en particulier, estiment n'avoir d'ordres à recevoir que de leurs supérieurs hiérarchiques, et les textes n'ont à leurs yeux aucune valeur en soi, aussi longtemps qu'ils ne portent pas la griffe - non pas même du ministre ou du directeur général - mais du chef de service dont ils dépendent* ».

<sup>2431</sup> ABRAM (Yves), « Le conflit de devoirs : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance », *AJFP* septembre-octobre 1996, p. 42.

<sup>2432</sup> KOUBI (Geneviève), *op. cit.*, p. 238.

<sup>2433</sup> LOCHAK (Danièle), *op. cit.*, p. 150.

<sup>2434</sup> Les travaux menés par Stanley Milgram dans les années soixante révélaient ainsi que plus de 70 % des sujets testés étaient conditionnés par l'obéissance au point d'accepter d'infliger à autrui des traitements réprouvés tant par la morale que par la loi. V. MILGRAM (Stanley), *Soumission à l'autorité*, Calmann-Lévy, 1990, cité par

Face aux divers carcans imposés ou que l'agent s'impose lui-même, la liberté concrète de refuser d'exécuter un ordre, même quand celui-ci est illégal, demeure extrêmement restreinte. Certes, dans le cas où l'ordre donné oblige l'agent à commettre une infraction pénale d'une particulière gravité car portant atteinte aux droits de l'individu – injonction très nettement susceptible de heurter ses convictions – cet ordre sera assurément considéré comme manifestement illégal et comme portant une atteinte grave à un intérêt public. L'agent doit donc dans cette hypothèse désobéir<sup>2435</sup>. Toutefois, il n'y a pas coïncidence totale entre droit pénal et devoir de désobéissance. L'article L.122-4 du Code pénal dispose en effet que la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime n'est pas responsable, sauf si cet acte est manifestement illégal. Ainsi, l'agent qui n'exécute pas un tel ordre ne se verra pas poursuivi pénalement. En revanche, il pourra faire l'objet d'une sanction disciplinaire si l'ordre en cause, bien que manifestement illégal, ne porte pas une atteinte grave à l'intérêt public. Au-delà des infractions pénales les plus graves, estimées préjudiciables à l'intérêt public, s'étend donc une « zone grise » d'ordres illégaux devant lesquels l'agent devra s'incliner, au risque de voir cependant sa responsabilité pénale engagée<sup>2436</sup>.

En définitive, il est normal que la continuité du service public et, partant, des prestations indispensables à la satisfaction de droits et libertés, ne puisse être menacée par des considérations subjectives lorsque l'ordre apparaît légal<sup>2437</sup>. La condition de l'atteinte à l'intérêt public pose en revanche plus de questions car elle concourt à faire de l'obligation de désobéissance « *un principe centripète construit pour l'administration et en défaveur de l'agent* »<sup>2438</sup>. L'utilisateur bénéficie, au regard de la garantie de ses droits et libertés, du fonctionnement continu du service public. Pour autant, la solution prônée enserme de manière excessive la liberté de conscience de l'agent. Remédier à cet état de fait nécessiterait

---

ABRAM (Yves), « Le conflit de devoirs : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance », *AJFP* septembre-octobre 1996, p. 40.

<sup>2435</sup> Certes, il n'est pas, là encore, libre de choisir son comportement, mais ce devoir de désobéissance peut alors coïncider avec ses convictions profondes.

<sup>2436</sup> V. MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 330.

<sup>2437</sup> Certains auteurs ont toutefois pu se demander s'il n'était pas souhaitable d'étendre le droit de désobéir aux ordres paraissant manifestement inopportuns ou absurdes ce qui aurait pu être justifié par le fait « *que certaines erreurs techniques peuvent entraîner pour le service et les administrés des conséquences dommageables sans aucune commune mesure avec une illégalité même très grave* ». (DI MALTA (Pierre), *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, L.G.D.J, 1961, p. 139, note 5). Cette solution aurait cependant réintroduit une appréciation de l'ordre donné par l'agent, dont le juge n'aurait pu se saisir, refusant de contrôler l'opportunité des décisions administratives. V. CHERIGNY (Bernard), « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique civile », *RDP* 1975, p. 881.

<sup>2438</sup> GRIMALDI (Olivier), « Désobéissance et légalité des ordres dans la fonction publique française », *RGCT* 2003, p. 713.

d'adoucir l'exigence de l'atteinte à un intérêt public, en estimant que dès lors qu'un ordre est manifestement illégal, il emporte en lui-même une telle atteinte<sup>2439</sup>. La désobéissance resterait ainsi strictement encadrée par un critère objectif tiré de la légalité de l'ordre, ce qui limiterait l'atténuation du principe hiérarchique et rendrait dans le même temps justice à la liberté de l'agent. Ce n'est cependant pour l'heure qu'un souhait. L'attachement au principe hiérarchique demeure suffisamment fort pour qu'un allègement des conditions liées au droit de désobéir paraisse hypothétique. Décidément, au regard de sa liberté de conscience, l'agent n'est pas un citoyen comme les autres. La continuité du service dont dépend la garantie des droits et libertés des usagers se révèle propre à lui imposer d'importantes sujétions, néanmoins envisagées de manière plus souple en ce qui concerne la problématique particulière des autorisations d'absence.

### ***B/ La liberté de conscience de l'agent face à l'obligation de présence : une conciliation souple***

La présence physique de l'agent est indispensable à la continuité du service et à la garantie des droits et libertés qui en dépendent. Ainsi, la continuité peut parfois, dans certains cas isolés, conduire à imposer une obligation de résidence, limitant le libre choix de son domicile<sup>2440</sup>, mais elle oblige surtout, durant les horaires de travail, à assurer le service en étant présent à son poste. Ainsi, « *même en l'absence de toute disposition réglementaire, les nécessités de la continuité du service public s'opposent à ce qu'un fonctionnaire quitte son service sans y avoir été préalablement autorisé* »<sup>2441</sup>. *A contrario*, des autorisations d'absence peuvent être accordées par le chef de service pour des motifs divers : raisons de santé, évènement familiaux particuliers, convenance personnelle<sup>2442</sup>, exercice d'activités

---

<sup>2439</sup> Dans le sens d'une telle évolution, BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP* janvier-février 2003, p. 49. V. également CHERIGNY (Bernard), *op. cit.*, p. 905 : « *Ne conviendrait-il pas notamment d'admettre que lorsque l'ordre du supérieur est entaché d'une illégalité manifeste, cette irrégularité grossière compromet par là-même nécessairement un intérêt public, celui du respect de la légalité ?* ».

<sup>2440</sup> Une telle obligation doit résulter du statut applicable aux agents concernés : CE, 10 janvier 1992, *Office national des forêts c/ Hautin*, *Rec. Leb. Tables* p. 1065. En ce sens, les fonctionnaires de la police nationale sont tenus de résider à leur lieu d'affectation ou à très proche distance, de manière à ce que leur rappel inopiné soit possible en toutes circonstances et dans les délais les plus brefs (v. article 24 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995, JO 10 mai 1995, p. 7695). En pratique, cependant, l'obligation se révèle peu contraignante, car il apparaît suffisant que le choix de la résidence par l'agent ne compromette pas le bon exercice de ses fonctions. En ce sens, BAUDET (Pierre), *Les obligations des fonctionnaires*, Berger-Levrault, 1996, p. 30.

<sup>2441</sup> VIGOUROUX (Christian), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 289.

<sup>2442</sup> Ce congé est un congé sans rémunération, accordé dans la mesure où il est compatible avec l'intérêt du service et pouvant jouer pour une durée maximale de trois ans.

syndicales<sup>2443</sup> ou de mandats politique en fournissent autant d'exemples<sup>2444</sup>. Dans les deux derniers cas, les textes permettent à l'agent de concilier les obligations du service et son engagement personnel. En revanche, aucune disposition statutaire générale ne règle la question des demandes d'absence motivées par des motifs religieux. Or de telles demandes sont parfois formulées par l'agent afin de satisfaire aux obligations du culte résultant de sa foi. Ces requêtes déplacent ainsi la problématique de la conciliation entre liberté de conscience et impératif de continuité de la satisfaction des droits et libertés des usagers sur le terrain des autorisations d'absence pour raison religieuse. Ces dernières peuvent être acceptées sous conditions (1) et introduisent ainsi une hypothèse de compromis dont les applications concrètes jouent régulièrement en faveur de l'agent, marque d'une garantie de leur liberté de conscience suffisamment rare pour être saluée (2).

*1) Des autorisations d'absence pour motif religieux, « mesures de bienveillance » au profit des agents*

La solution préconisée par le droit face à cette problématique fait montre d'une certaine réserve. Une circulaire du ministre de la Fonction publique et de la réforme administrative du 23 septembre 1967 prévoit en effet qu'il appartient aux chefs de service « *d'accorder aux agents qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession les autorisations d'absences nécessaires dans la mesure, toutefois, où leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service* »<sup>2445</sup>. Les demandes d'absence pour motif religieux peuvent ainsi être acceptées sous condition de la préservation de la continuité du service. Une meilleure prise en compte des exigences liées aux convictions religieuses des agents est ainsi organisée, mais dans une mesure toute relative, car dépendante de l'appréciation discrétionnaire du supérieur hiérarchique quant aux nécessités du service<sup>2446</sup>. N'est en aucun cas conféré aux agents un véritable droit d'absence

---

<sup>2443</sup> Sur ce point, v. *infra*, chapitre suivant.

<sup>2444</sup> V. article 45 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière et article 59 de la loi n° 84-53 relative à la fonction publique territoriale.

<sup>2445</sup> Circulaire ministérielle FP n° 901 du 23 septembre 1967 relative aux congés pouvant être accordés aux fonctionnaires pour participation à des cérémonies religieuses. Afin de guider les chefs de service, une circulaire actualisée tous les ans rappelle, à titre indicatif, les dates des principales cérémonies propres à certaines confessions (V. *infra*).

<sup>2446</sup> Ce pouvoir d'appréciation laissé au chef de service peut poser question au regard de l'article 34, au sens où revient normalement au législateur le soin de fixer les garanties fondamentales accordées au citoyen pour l'exercice des libertés publiques, dont la liberté de culte fait partie. La solution retenue peut cependant être rapprochée de celle privilégiée en matière d'encadrement du droit de grève, pour lequel le Conseil d'Etat admet la compétence du chef de service afin de préserver la continuité en l'absence d'intervention du législateur. En ce

dont ils pourraient se prévaloir<sup>2447</sup>, l'autorisation ne devant s'analyser que comme une « *mesure de bienveillance* »<sup>2448</sup>, simple dérogation dont le bénéfice ne saurait être systématiquement accordé. Une telle approche est au diapason de la position défendue en droit européen. La Commission européenne des droits de l'homme a ainsi pu préciser qu'« *une personne (...) peut, dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation professionnelle ou contractuelle particulière* » et donner tort à un instituteur musulman qui prétendait avoir été obligé de démissionner de son poste à plein temps en raison du refus de sa hiérarchie de l'autoriser à se rendre toutes les semaines à la mosquée pour la prière collective du vendredi<sup>2449</sup>.

Pour autant, si limitée qu'elle soit, cette potentialité d'extériorisation des convictions à travers une demande d'autorisation d'absence demeure remarquable au sens où elle paraît réserver à l'agent une conciliation un peu plus équilibrée en sa faveur. Elle illustre en cela les impératifs sous-tendus par une neutralité positive. La possibilité d'autorisation d'absence pour prière est ainsi susceptible de figurer sous la bannière des aménagements prévus par le service public afin de respecter les croyances et convictions des agents, au même titre que la mise en place d'aumôneries ou de repas de substitution dans les cantines de services de publics<sup>2450</sup>. De nouveau, le service public prend acte des convictions de l'agent, mais selon une logique qui semble plus volontariste. En effet, les différents aménagements rencontrés jusqu'alors concernaient soit une activité particulière, l'interruption volontaire de grossesse, dont les aspects éthiques et moraux nécessitent un libre choix de l'agent, soit des lieux particuliers, services publics « clos » ou cantines dans lesquels il était pris acte de l'impossibilité des agents – ou plus directement, souvent, des usagers – de se déplacer. La situation envisagée ici paraît en comparaison relever d'une tolérance moins imposée par les faits que spontanément consentie, alors même qu'elle se confronte pourtant aux nécessités du service. La circulaire de 1967 met en place un compromis par lequel il est admis que la continuité cède, dans des limites raisonnables, aux exigences religieuses des agents. C'est alors au juge administratif

---

sens, DELSOL (Xavier), GARAY (Alain) et TAWIL (Emmanuel), *Droit des cultes*, Dalloz-Juris Associations, 2005, p. 373.

<sup>2447</sup> En ce sens, Rapport public du Conseil d'Etat 2003, « Un siècle de laïcité », *EDCE* n° 53, p. 328.

<sup>2448</sup> Selon les termes de l'instruction n° 7 du 23 mars 1950 à laquelle fait référence la circulaire du 23 septembre 1967. V. JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP* mai-juin 2001, p. 35.

<sup>2449</sup> Comm. EDH, décision du 12 mars 1981, *X. c/ Royaume-Uni*, D.R. 22, p. 27. A cette occasion, la Commission a précisé que, dès lors que le requérant avait constaté que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses, il était libre de quitter son emploi, la garantie fondamentale de sa liberté de religion résidant dans cette possibilité et non dans celle d'un aménagement entre obligations du service et exigences religieuses.

<sup>2450</sup> V. *supra*, Paragraphe premier, B/.

que revient le soin de veiller sur cette conciliation, dans un sens se révélant souvent favorable à l'agent.

## 2) Une jurisprudence généralement favorable à l'agent

En pratique, le chef de service est parfois fondé à opposer un refus aux demandes formulées. Exerçant un contrôle restreint sur de telles décisions, le Conseil d'Etat a pu admettre qu'était par exemple justifiée la révocation d'un agent hospitalier appartenant à l'Eglise adventiste du 7<sup>ème</sup> jour qui refusait d'exercer son service le samedi alors même qu'il ne pouvait être remplacé<sup>2451</sup>. De la même manière, le refus d'accorder à un gardien d'immeuble une autorisation d'absence chaque vendredi afin d'assister à l'office communautaire musulman n'a pas été considéré comme portant une atteinte manifestement illégale à la liberté de culte<sup>2452</sup>. Il apparaît par ces jurisprudences que le juge administratif entend conserver à l'autorisation d'absence un caractère exceptionnel, caractère que ne peuvent revêtir des demandes dans lesquelles l'absence est requise de manière systématique. Dans ces hypothèses, en effet, cette systématisme tend à remettre en question la continuité du service et la satisfaction des droits et libertés de l'usager. Il suffit pour cela de songer au risque encouru par le droit à la protection de la santé dans l'hypothèse de l'absence répétée d'un agent hospitalier. La désorganisation du service découlant de l'accès à ce type de requête justifie la solution du juge sur ce point.

Au-delà de ces espèces, néanmoins, l'œuvre de conciliation est poursuivie dans un sens généralement favorable à l'agent. Si aucun texte légal ou réglementaire ne fixe le régime des autorisations d'absence pour motif religieux, le Conseil d'Etat prend ainsi soin de rappeler que ces autorisations constituent, « *au même titre que les congés proprement dits, un élément du statut des fonctionnaires* »<sup>2453</sup> et qu' il revient donc « *à tout chef de service (...) de fixer les règles applicables en la matière aux agents concernés* », en appréciant toutefois toujours si l'octroi d'une autorisation « *est ou non compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service dont il a la charge* »<sup>2454</sup>. Le chef de service est donc tenu d'examiner les demandes qui lui sont transmises et de motiver son refus éventuel, sachant que l'agent auteur

---

<sup>2451</sup> CE, 16 décembre 1992, *Mme Gilot*, req. n° 95469. Pour une solution portant sur une problématique similaire et aboutissant à la même solution, V. comm. EDH, 3 décembre 1996, *Kontinen c/ Finlande*, D.R. 87-B, p. 68.

<sup>2452</sup> CE, ord., 16 février 2004, *M. Ahmed B.*, AJDA 2004, p. 822, note G. Koubi.

<sup>2453</sup> CE, 12 mars 1982, *Syndicat CFDT Santé-Social de la Seine-Saint-Denis*, *Rec. Leb.* p. 108.

<sup>2454</sup> CE, 12 février 1997, *Melle Henry*, LPA 12 janvier 1998, n° 5, p. 8, note F. Bouscau.

de la demande n'a jamais à prouver son appartenance au mouvement religieux en cause<sup>2455</sup>. Quant au champ des fêtes religieuses concernées, le juge précise que « *l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service, des autorisations d'absence soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession* »<sup>2456</sup>. Par cette jurisprudence, il admet donc que les demandes des agents puissent porter sur toutes fêtes religieuses<sup>2457</sup>. Le refus du chef de service ne peut se fonder que sur les nécessités du service et non sur le fait, par exemple, que l'agent demandeur appartienne au mouvement raëlien, les requêtes devant être examinées quelle que soit la croyance religieuse invoquée<sup>2458</sup>.

Le juge administratif veille ainsi à ce que les agents puissent voir leurs demandes étudiées sur le fondement de motifs strictement limités à l'intérêt du service public. Le contentieux demeure d'ailleurs limité en ce domaine, constat qui peut trouver sa source dans une appréciation compréhensive des nécessités du service par le supérieur hiérarchique, le caractère ponctuel des demandes formulées ne semblant pas préjudicier outre mesure à la satisfaction concrète des droits et libertés prise en charge par les services concernés, mais également par le fait d'une relative rareté de ce type de demandes de la part des agents. Toutefois, lorsque de telles requêtes sont formulées et aboutissent à un résultat négatif, certaines critiques sont systématiquement retrouvées. Elles tiennent pour la plupart à un état de fait difficilement contestable : les jours chômés coïncident presque toujours avec des fêtes religieuses issues de la religion catholique. Certains agents s'estiment ainsi victimes de discriminations dans l'exercice de leur liberté de conscience car obligés de demander une autorisation d'absence alors que d'autres agents peuvent, pour l'exercice de leur culte, bénéficier des jours de fêtes légalement inscrits dans le calendrier. L'argument peut toutefois être nuancé au motif que les jours chômés liés à la tradition catholique ont aujourd'hui acquis « *un caractère neutre* »<sup>2459</sup>, le dimanche étant ainsi considéré, dans une optique sociale, avant

---

<sup>2455</sup> V. JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP* mai-juin 2001, p. 35.

<sup>2456</sup> CE, 12 février 1997, *Melle Henry*, *préc.* Dans cette affaire, le directeur du Centre Georges Pompidou avait refusé une autorisation d'absence au motif que « *seules (...) les fêtes religieuses légales en France peuvent donner lieu à autorisation d'absence* ».

<sup>2457</sup> Pour aider à la prise de décisions, l'administration fournit régulièrement les dates des fêtes propres aux principales confessions (pour exemple, cf. circulaire n° 2176 du 17 décembre 2008 relatives aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes religions pour l'année 2009). De telles circulaires ont un caractère purement informatif et non impératif : V. CE, 19 novembre 2004, *Marty*, *JCP A* 2004, n° 53, p. 1714, note E. Tawil.

<sup>2458</sup> CAA Paris, 22 mars 2001, *Crouzat*, *AJFP* 2002/1, p. 28, note O. Guillaumont. Dans cette affaire, le chef de service avait considéré que les autorisations d'absence n'étaient possibles que pour satisfaire aux exigences des cultes arménien, musulman ou juif.

<sup>2459</sup> GUILLET (Nicolas), *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, L.G.D.J., 2003, p. 287.

tout comme le jour de repos hebdomadaire, non pas offert aux seuls croyants mais à l'ensemble de la population. Par ailleurs, de tels aménagements ramènent l'Etat sur le terrain glissant de « l'égalité entre religions », question que n'a pas directement à prendre en compte le juge administratif, seulement préoccupé « *de la légalité des actes administratifs contestés, de l'activité juridique des autorités administratives mises en cause à l'occasion d'un recours contentieux, de la confrontation entre l'exercice de cette liberté [de religion] et les exigences de la hiérarchie des normes, les impératifs de l'ordre public et les principes de fonctionnement des services publics* »<sup>2460</sup>. Certains agents ont également pu contester le fait que les convictions laïques ne puissent bénéficier d'un traitement similaire<sup>2461</sup> ou tout simplement estimer injuste que les croyants puissent ainsi bénéficier de jours d'absence supplémentaires. Ces imperfections paraissent néanmoins inévitables dès lors qu'est gardée à l'esprit la nécessité de préserver la continuité du service public, laquelle oblige à limiter les possibilités de demandes d'absence des agents. Réserver cette possibilité au seul motif religieux revient par ailleurs à rendre compte une nouvelle fois du caractère spécifique des exigences liées à la religion, émanant pour le croyant d'une autorité divine supérieure et non d'une décision résultant de son seul libre-arbitre<sup>2462</sup>.

Au-delà de ces critiques, le juge administratif trace ainsi la voie d'un compromis entre liberté de conscience, continuité du service public et garantie des droits et libertés des usagers. Une telle tolérance face au principe de continuité est très rarement organisée en direction des convictions de l'agent et mérite à ce titre d'être saluée, tout comme la vigilance du juge afin que cette tolérance n'atteigne pas de manière excessive le fonctionnement continu du service et, partant, la satisfaction des usagers. Face au renouveau de l'affirmation religieuse, de plus en plus comprise aujourd'hui dans un sens identitaire, le juge doit continuer à encadrer l'étroite brèche ainsi constituée sans pour autant renoncer à sa jurisprudence libérale. Les possibilités de réconciliation entre l'agent et l'individu qu'il ne cesse jamais d'être sont suffisamment rares pour que le souhait de leur pérennité puisse être formulé. Les restrictions imposées à la liberté d'extériorisation des convictions de l'agent au regard des droits de l'utilisateur demeurent en effet d'une particulière sévérité, aboutissant dans l'immense majorité des cas à une obligation de neutralisation des convictions. Il est vrai que la conciliation que suppose la garantie de la liberté de conscience de ces différents acteurs relève d'une grande

---

<sup>2460</sup> KOUBI (Geneviève), « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA* 2003, p. 1059.

<sup>2461</sup> CE, 3 juin 1998, *Mme Barsacq-Adde*, *Rec. Leb.* p. 227 : légalité du refus d'octroi d'une autorisation d'absence pour la célébration de la mort à Rome le 17 février 1600 de Giordano Bruno, la requérante ne pouvant invoquer une discrimination illégale en considération des autorisations d'absence accordées pour motif religieux.

<sup>2462</sup> En ce sens, v. *supra*, Paragraphe premier, A/, 1).



complexité, difficulté que les pouvoirs publics préfèrent éluder en écartant toute nuance d'importance aux solutions instituées. De manière générale, l'invocation d'impératifs liés au respect des droits et libertés des usagers a abouti en France à privilégier des solutions tranchées, s'imposant à l'agent du fait de sa position particulière au sein du service public, et qui ne semblent guère appelées à évoluer.

En revanche, une telle sévérité n'est pas censée être retrouvée à l'égard de l'utilisateur, lequel tisse avec ce procédé des liens d'une toute autre nature. Primant le plus souvent sur celle de l'agent, la garantie de sa liberté de conscience ne connaît pas des mêmes contraintes, trouvant logiquement à s'exprimer librement. Cependant, sa marge de manœuvre est loin d'être totale et semble même de plus en plus encadrée, appelée ainsi à évoluer, mais dans un sens aujourd'hui de plus en plus restrictif.

## **SECTION SECONDE**

### **UNE GARANTIE OFFERTE PAR UN ENCADREMENT PLUS STRICT DE L'EXPRESSION DES CONVICTIIONS DES USAGERS**

Au premier abord, la confrontation entre liberté de conscience de l'utilisateur et service public semble revêtir une amplitude bien moindre. Les principes de neutralité et de continuité s'imposant avec rigueur à l'agent du service public sont en effet censés garantir les droits et libertés de l'utilisateur, jouer à son bénéfice en organisant tout particulièrement la défense de sa liberté de conscience. Les inflexions à la liberté de conscience constatées à l'égard des agents n'ont donc en principe pas lieu d'être à l'égard des usagers. Cependant, cette présentation traditionnelle tend aujourd'hui progressivement à s'effacer, laissant place à une nouvelle perspective dans laquelle se révèle un durcissement de la discipline. Le paradoxe inhérent à la garantie de la liberté de conscience au regard de la liberté d'autrui ne s'arrête pas à la relation entre agents et usagers et trouve également à jouer au sein même des relations entre ces derniers. Il leur est ainsi aujourd'hui de plus en plus souvent demandé de renoncer à l'expression de leurs convictions. L'évolution constatée du service public en faveur d'une prise en compte des caractéristiques des destinataires des prestations, le phénomène

d'individualisation retracé en amont<sup>2463</sup> trouve ici sa limite, au sens où le service public se refuse à prendre acte, au-delà d'une certaine mesure, des convictions des usagers<sup>2464</sup>, voire interdit leur expression. L'évolution en ce sens est particulièrement marquante dans le cadre scolaire, domaine dont l'analyse focalise la plupart des réflexions. D'autres services publics sont cependant également concernés par cette sévérité affichée envers l'extériorisation des convictions, constat qui illustre l'encadrement croissant de la parole et des comportements de l'utilisateur au sein du service sous l'égide du principe de neutralité (Paragraphe Premier). Cette radicalité nouvelle trouve de nombreuses justifications dont certaines ne sauraient être contestées, mais interroge quant à son impact, positif et négatif, sur la garantie des libertés de l'utilisateur. Un encadrement de l'expression de liberté de conscience des usagers peut paraître en effet indispensable à la préservation de cette dernière mais semble relever, par certains aspects, d'une systématisme quelque peu excessive (Paragraphe second).

PARAGRAPHE PREMIER  
UN GLISSEMENT D'UNE NEUTRALITE GARANTIE  
VERS UNE NEUTRALITE IMPOSEE

A l'origine, la neutralité du service public est une obligation s'imposant aux agents : à ces derniers « *incombent la tâche d'assurer la neutralité du service* », aux usagers « *en revient le bénéfice* »<sup>2465</sup>. Cette position classique, très claire dans son principe, n'entend donc imposer que des restrictions minimales à l'expression des convictions. L'exercice normal de cette liberté ne doit faire redouter à l'utilisateur aucune limitation de la part du service public, ce dernier devant même s'attendre à bénéficier d'aménagements lui permettant de vivre en accord avec les exigences de son for intérieur (A). Toutefois, si cette solution originelle n'apparaît pas totalement renversée, elle connaît progressivement de sensibles atténuations et tend de plus en plus souvent à s'effacer devant la mise en place de limites beaucoup plus strictes (B).

---

<sup>2463</sup> V. *supra*, Titre précédent.

<sup>2464</sup> V. également *infra*, Seconde section, Paragraphe second, A/, 2).

<sup>2465</sup> GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), note sous CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, AJDA 2000, p. 608.

## *A/ Un respect de la libre expression des convictions de l'utilisateur au sein du service public*

D'une manière générale et sous réserve du respect d'une certaine discipline, le service public a toujours laissé l'utilisateur libre d'extérioriser ses convictions, garantissant ainsi sa liberté de conscience. Face à cette marge d'expression offerte, le service public doit adopter une attitude indifférente, gage de sa neutralité (1), tout en prenant parfois en compte ces exigences du for intérieur afin d'assurer l'exercice concret de leur extériorisation (2).

### *1) Une « neutralité indifférence » garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur*

Face à la règle de neutralité gouvernant le fonctionnement des services publics, la situation de l'utilisateur paraît presque constituer le miroir inversé de celle de l'agent. La neutralité encadre en effet la liberté de conscience de ce dernier pour mieux préserver celle de l'utilisateur<sup>2466</sup> et si l'expression des convictions de l'agent est très rarement admise, c'est, *a contrario*, la limitation de cette expression qui est censée demeurer exceptionnelle pour l'utilisateur. En effet, le service public doit être neutre envers l'utilisateur et non l'utilisateur envers le service. Contrairement à l'agent, il ne personnifie pas le service public et n'est donc pas obligé d'adopter une attitude empreinte d'impartialité derrière laquelle s'effacerait son individualité. Dans le cadre de sa vie quotidienne, ponctuée par l'utilisation de services publics, rien ne l'oblige à taire l'expression de ses convictions philosophiques, politiques ou religieuses. Concrètement, il lui est par exemple permis de se rendre dans une gare, un commissariat de police ou un hôpital coiffé d'un voile ou d'une kippa, d'y arborer un T-shirt à message politique, ou d'y faire verbalement état de ses convictions, toutes manifestations auxquelles le service public ne doit en retour répondre que par l'indifférence. « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses* ». Fidèle à ce principe exprimé par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la neutralité imposée aux agents préserve ainsi en outre les usagers des discriminations qui pourraient être commises à leur encontre lorsqu'ils font connaître leurs convictions et tend, en cela, à garantir juridiquement leur égalité de traitement<sup>2467</sup>.

---

<sup>2466</sup> V. *supra*, Section Première.

<sup>2467</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier.

Néanmoins, « *affirmer une liberté, c'est nécessairement en définir les limites* » car « *toutes les libertés s'exercent dans le cadre d'une société [et] ne peuvent pas ne pas tenir compte des exigences de la vie sociale, de la liberté des autres, et des conflits qui peuvent naître de leur coexistence* »<sup>2468</sup>. L'usager n'est en cela jamais totalement libre de ses comportements au sein du service public, lieu dans lequel s'exerce immanquablement une certaine discipline car relevant de « *sphères de vie quotidienne dans lesquelles les relations sociales se fondent sur une convivialité sans cesse mise à l'épreuve* »<sup>2469</sup>. Il lui incombe toujours de se conformer aux règlements intérieurs des services, prescrivant ou proscrivant certaines attitudes ou paroles, et ne peut se voir dispensé de respecter certaines règles de courtoisie, tant envers les agents qu'envers les autres usagers<sup>2470</sup>. Au-delà de ces seuls problèmes de civilité, cependant, des limites sont parfois plus directement posées à l'extériorisation de la liberté de conscience sous l'égide de la conciliation avec d'autres impératifs. Les différents textes consacrant cette liberté d'expression font état d'une telle nécessité. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme précise ainsi que si l'individu ne doit pas être inquiété pour ses opinions, c'est « *pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi* ». Dans le même sens, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de restrictions lorsque de telles mesures apparaissent nécessaires, « *dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Dans les deux cas est envisagée l'éventualité de limitations aux manifestations du for intérieur de l'individu. Toutefois, le principe demeure celui d'une libre extériorisation, les restrictions n'étant envisagées que dans un second temps. Par ailleurs, il n'est à aucun moment question d'une limite imposée par la neutralité du service public en tant que telle. En effet, il ne peut être trouvé « *aucune norme supérieure, ni dans la Constitution ni dans les textes internationaux – notamment la Convention européenne des droits de l'homme – qui institue une obligation pour l'usager du service public de respecter la laïcité de l'Etat* »<sup>2471</sup> ou, plus largement, sa neutralité philosophique ou politique. Cette règle est originellement conçue comme une garantie de la liberté de conscience de l'usager et non

---

<sup>2468</sup> RIVERO (Jean), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », note sous avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, *RFDA* 1990, p. 4.

<sup>2469</sup> GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 729.

<sup>2470</sup> V. COLIN (Frédéric), « De la courtoisie dans le service public », *AJFP* 2006/2, p. 61 : « *Le service public peut en effet être l'occasion de rappeler à l'usager que la courtoisie dont il doit bénéficier dans le cadre du service public est aussi une obligation qui pèse sur lui, tant dans ses relations à l'agent public que dans ses relations aux autres usagers* ».

<sup>2471</sup> Mission d'information de l'Assemblée Nationale, *La laïcité à l'école : un principe républicain à réaffirmer*, rapport n° 1275, Tome II, 2003, p. 59-60.

comme une contrainte à lui imposée, ce qui implique par ailleurs que le service public tienne parfois compte des convictions exprimées afin de permettre leur manifestation.

## 2) *Des interventions positives en faveur de l'expression des convictions de l'usager*

Ces interventions se recourent avec celles dont les agents ne profitent le plus souvent qu'indirectement<sup>2472</sup>. Hors le cas particulier de l'armée, en effet, le bénéficiaire principal de ces aménagements demeure l'usager et, plus précisément, celui des services publics « clos », dans lesquels, plus ou moins contre son gré – y-a-t-il usager plus « captif » que celui du service public pénitentiaire ? - il se trouve obligé de demeurer un laps de temps variable : écoles, hôpitaux et prisons. Sur le fond, la problématique est la même que celle touchant aux agents : elle s'inquiète de la possibilité pour l'usager de satisfaire aux exigences nées de ses convictions religieuses et des prescriptions de son culte et retrouve ainsi les impératifs liés à la neutralité-pluralisme. « *Ne serait pas laïque, au sens juridique, l'Etat qui mettrait obstacle pour ceux qui se trouvent placés sous sa dépendance, à la pratique de leur foi* »<sup>2473</sup>. Des services d'aumôneries et des menus de substitution doivent ainsi être mis en place et proposés au sein des établissements scolaires, hospitaliers ou pénitentiaires, sans que ne soit opposée la même réserve que celle entourant l'intervention de ces aménagements pour les agents. En premier lieu, parce que la possibilité pour les usagers d'extérioriser leur foi ne doit être soumise qu'à des limitations minimales et qu'ils ne connaissent pas de l'obligation de neutralisation des convictions imposée à ces derniers. En second lieu parce que s'ajoute à cette considération juridique un argument de fait : dans la plupart des services concernés, l'usager ne peut se déplacer et doit donc trouver sur place les aménagements nécessaires à l'observation des prescriptions de son culte. En dehors de leurs heures de travail, les agents sont libres d'aller et venir et peuvent donc le plus souvent satisfaire à de telles exigences à l'extérieur du service public, possibilité dont ne disposent ni la personne emprisonnée, ni le malade hospitalisé, ni l'élève obligé de rester déjeuner à la cantine ou placé en internat. C'est donc directement en considération des convictions religieuses des usagers et des exigences culturelles y étant rattachées qu'a été prévue l'intervention d'aumôneries par la loi du 9 décembre 1905<sup>2474</sup>. D'autres textes sont venus par la suite renforcer cette obligation. Le Code de la Santé publique prévoit ainsi que « *les hospitalisés doivent être mis en mesure de*

---

<sup>2472</sup> V. *supra*, Section Première, Paragraphe premier, B/, 2).

<sup>2473</sup> RIVERO (Jean), « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, p. 138.

<sup>2474</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe premier, B/, 2).

*participer à l'exercice de leur culte* », ce qui inclut la possibilité pour les personnes malades de demander auprès de l'administration de l'établissement « *la visite du ministre du culte de leur choix* »<sup>2475</sup>, les restrictions à ces visites étant strictement entendues, opposables dans les seuls cas où un tel accès porterait atteinte à la qualité des soins, aux règles d'hygiène, à la tranquillité des autres patients ou au fonctionnement régulier du service<sup>2476</sup>. Des aumôniers interviennent par ailleurs dans les établissements pénitentiaires, la réglementation de cet aménagement prenant symboliquement place dans le Code de procédure pénale sous le chapitre intitulé « *Des actions de préparation à la réinsertion des détenus* ». Selon ces dispositions, « *chaque détenu doit pouvoir satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, morale et spirituelle* »<sup>2477</sup>. Informé dès son arrivée de sa possibilité de communiquer avec un ministre du culte et de participer aux offices religieux<sup>2478</sup>, le détenu peut par ailleurs correspondre librement et sous pli fermé avec l'aumônier de son établissement<sup>2479</sup>, aucune sanction disciplinaire ne pouvant entraîner une suspension des relations avec ce dernier<sup>2480</sup>. Enfin, et en dehors du cas particulier de l'Alsace-Moselle dans lequel l'enseignement religieux est organisé de manière systématique<sup>2481</sup>, dès lors que les parents en ont fait la demande et que cet aménagement apparaît au recteur d'académie nécessaire au libre exercice des cultes, doit être mis en place un service d'aumônerie dans le cadre des établissements scolaires<sup>2482</sup>. Cet aménagement ne concerne pas l'enseignement primaire, dans lequel est exclue toute instruction religieuse<sup>2483</sup>. Dans le secondaire, en revanche, pour tenir compte de

---

<sup>2475</sup> Article R. 1112-46 du Code de la Santé publique (v. également l'article L. 3211-3 du Code de la Santé publique en ce qui concerne les personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement). Il n'est en revanche pas obligatoirement prévu un local dans lequel le ministre du culte puisse officier, même si la Charte du patient hospitalisé (annexé à la circulaire DGS/DH n° 22 du 6 mai 1995) évoque le droit de ce dernier de bénéficier d'un lieu de recueillement. Sur cette question, V. DELSOL (Xavier), GARAY (Alain) et TAWIL (Emmanuel), *Droit des cultes*, Dalloz-Juris Associations, 2005, p. 344.

<sup>2476</sup> V. circulaire DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à laïcité dans les établissements de santé, *BO* n° 2005-2, n° 35.

<sup>2477</sup> Article D. 432 du Code de procédure pénale.

<sup>2478</sup> Article D. 436 du Code de procédure pénale.

<sup>2479</sup> Article D. 438 du Code de procédure pénale.

<sup>2480</sup> Article D. 437 du Code de procédure pénale.

<sup>2481</sup> La législation locale de l'Alsace-Moselle portant sur un enseignement des religions dans le primaire et le secondaire et intéressant les cultes reconnus (catholique, protestant et israélite) est maintenue en vigueur (CE, 6 juin 2001, *Archevêque de Strasbourg*, *Rec. Leb.* p. 255). Cet enseignement relève d'une matière obligatoire mais les parents peuvent demander à ce que leurs enfants en soient dispensés. En cela, il n'est porté atteinte ni aux principes constitutionnels, ni à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *AJDA* 2002, p. 63).

<sup>2482</sup> Les cours d'enseignement religieux sont normalement donnés en dehors des locaux scolaires. Cependant, des raisons pratiques, tenant notamment à la sécurité des élèves, concourent parfois à leur tenue au sein des établissements.

<sup>2483</sup> V. article R. 141-1 du Code de l'Education. La loi du 28 mars 1882 dispose néanmoins que « *les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse en dehors de l'édifice scolaire* ». Cette solution a été confortée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi Debré du 31 décembre 1959 selon lequel « *l'Etat prend toutes*

l'absence de mobilité des élèves et afin de respecter leur liberté de conscience, la liberté des cultes et le droit à l'instruction religieuse<sup>2484</sup>, la mise en place d'une aumônerie est de droit dans les établissements comprenant un internat. Dans le cadre des externats, elle ne relève, en revanche, que d'une faculté laissée à libre appréciation, une circulaire rappelant toutefois que, dans cette hypothèse, la règle générale veut que soit accordée satisfaction à ce type de demande, même si les demandeurs « *ne représentent qu'un très faible pourcentage de l'effectif total de l'établissement* ». Un refus porte en effet préjudice à ces derniers « *alors que la création du service de l'aumônerie ne nuit en rien aux convictions ni à la liberté de conscience des autres membres de la communauté scolaire* »<sup>2485</sup>. Enfin, le juge des référés a récemment précisé que, dans le cadre des missions qui leur sont confiées, il appartient aux Centres régionaux des œuvres universitaires de respecter « *le droit de chaque étudiant à pratiquer, de manière individuelle ou collective, et dans le respect de la liberté d'autrui, la religion de son choix* », exigence pouvant ainsi conduire à la nécessité de prévoir des locaux réservés à la prière au sein des résidences universitaires<sup>2486</sup>.

Des aménagements sont également prévus afin de respecter les prescriptions alimentaires dictées par les convictions religieuses. Il faut rappeler qu'aucune obligation n'est imposée sur ce point aux gestionnaires du service. Néanmoins, la plupart des cantines que les usagers se trouvent obligés de fréquenter prévoient des menus de substitution. Dans son rapport, la commission Stasi se positionnait d'ailleurs en faveur d'une application plus systématique de cette solution, « *accommodement raisonnable* » compatible avec le bon fonctionnement du service<sup>2487</sup>. Instaurer une véritable obligation en ce sens éviterait du reste que se développe un sentiment de discrimination, voire de vexation, alimenté par le choix de certaines collectivités de servir systématiquement des aliments interdits, comme la viande de porc<sup>2488</sup>. Même si de

---

*dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse* ».

<sup>2484</sup> Selon le Conseil d'Etat, l'instruction religieuse est considérée comme une composante de la liberté des cultes : V. CE, Ass., 1<sup>er</sup> avril 1949, *Chaveneau et autres*, D. 1949, p. 531, concl. Gazier et note Rolland.

<sup>2485</sup> Circulaire n° 88-112 du 22 avril 1988, BO n° 16-28 avril 1998, point I.B. 2).

<sup>2486</sup> CE, ord., 6 mai 2008, *M. Mohamed Bounemcha*, D. 2009, n° 3, p. 207, note O. Le Bot.

<sup>2487</sup> La solution consistant à aller au-delà de la proposition de menus de substitution et à mettre à disposition, par exemple, de la viande casher ou hallal, n'étant pas, *a contrario*, considérée comme pouvant se concilier avec les nécessités de fonctionnement du service. (Rapport *Laïcité et République*, Commission présidée par Bernard Stasi, La documentation Française, 2004, p. 140). Dans les faits, il est toujours possible aux élèves d'amener des paniers-repas. Cette solution est envisagée par la circulaire du 25 juin 2001 (BO 28 juin 2001, n° spécial) mais cette dernière ne s'intéresse à cette éventualité que pour les enfants souffrant d'allergies ou d'intolérances alimentaires et reste muette sur la question des repas rituels. Dans les prisons, des denrées conformes aux convictions religieuses des détenus sont par ailleurs souvent mises en vente en cantine, mais doivent alors être prises en charge financièrement par ces derniers.

<sup>2488</sup> La proposition de menus de substitution n'étant pas obligatoire, la décision prise par la commune de Marignane de supprimer de tels menus dans les cantines scolaires n'a pas été sanctionnée par le juge

telles hypothèses demeurent isolées, leur survenance plaide cependant pour une intervention normative généralisant la pratique des menus de substitution et le respect des convictions des usagers sur le plan alimentaire. La garantie offerte sur ce point à la liberté de conscience mérite d'être perfectionnée.

Enfin, de même que l'agent demande parfois au chef de service une autorisation d'absence pour motif religieux, il peut advenir que de telles requêtes émanent des usagers des établissements d'enseignement public. Toutefois, les élèves sont soumis à une obligation d'assiduité très clairement rappelée par l'article L. 511-1 du Code de l'Éducation, laquelle implique que soit suivie l'intégralité des enseignements. Or, même si, dans la pratique, il est souvent pris soin de ne pas fixer les dates d'examen et de concours le jour correspondant à des fêtes religieuses importantes<sup>2489</sup>, cette obligation d'assiduité est parfois susceptible de heurter les convictions religieuses des élèves. Des contentieux ont ainsi pu éclater, obligeant le Conseil d'État à fixer sur ce point sa position, laquelle s'est inscrite, à l'instar de ce qui a été constaté pour les agents, dans le cadre d'une conciliation. Le juge administratif a ainsi veillé à préserver la liberté de conscience de l'utilisateur en rappelant que la laïcité n'interdit pas aux élèves de bénéficier des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse, mais a cependant conditionné cette possibilité au cas « où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement »<sup>2490</sup>. En ne prohibant pas directement les demandes d'absence systématiques, le juge a pu encourir certaines critiques, accusé notamment d'introduire des « *problématiques minoritaires* » dans le droit des services publics et de faire peu de cas de l'assiduité exigée des élèves<sup>2491</sup>, indispensable à la concrétisation de leur droit à l'éducation. Dans les faits cependant, il semble difficile d'estimer qu'une demande d'absence systématique, motivée par le respect du Shabbat, par exemple, ou des prescriptions liées au culte adventiste, ne soit pas considérée comme troublant l'accomplissement des tâches imposées à l'élève<sup>2492</sup>. Les exigences de la conscience doivent ainsi parfois s'incliner

---

administratif. V. CE, 26 novembre 1996, *Mme Zitouni, Ghribi, et autres c/ commune de Marignane*, *Quot. Jur.* 1997, n° 14, p. 3, note G. Péliissier.

<sup>2489</sup> WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 659.

<sup>2490</sup> CE, Ass. 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France et M. Koen*, (deux espèces) *Rec. Leb.* p. 168 et 171 ; *AJDA* 1995, p. 501, note J.H. Stahl et D. Chauvaux : les contraintes inhérentes au travail des élèves en classes préparatoires font obstacle à ce qu'une scolarité normale s'accompagne d'une dérogation systématique à l'obligation de présence le samedi, dès lors que l'emploi du temps comporte un nombre important de cours et de contrôles de connaissances le samedi matin.

<sup>2491</sup> KOUBI (Geneviève), note sous CE, Ass. 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France et M. Koen*, *D.* 1995, p. 481.

<sup>2492</sup> En ce sens, CHAUVIN (Nicolas), « Laïcité scolaire et protection des élèves », *RA* 1995, n° 295, p. 16.



devant les obligations qui lui incombent car l'école ne peut être « *une école sur mesure, où les présences et les absences se modularaient selon le calendrier des différentes religions* »<sup>2493</sup>.

Dans tous ses aspects, néanmoins, la position du service public face à la liberté d'extériorisation des convictions apparaît plus souple envers l'utilisateur qu'envers l'agent. La règle de neutralité du service public est avant tout conçue pour bénéficier à celui qui constitue la finalité de ce procédé et permet, dans certaines limites, la prise en compte de certaines de ses particularités liées à ses convictions. Toutefois cette approche traditionnelle n'est pas immuable et, même si elle demeure encore largement prédominante, il n'est plus possible d'ignorer aujourd'hui le durcissement progressif de l'encadrement de l'expression des convictions des usagers au sein de certains services publics.

### ***B/ Une évolution vers une plus stricte limitation de la libre expression des convictions de l'utilisateur***

Si une telle liberté n'a jamais été absolue, elle connaît cependant aujourd'hui de restrictions de plus en plus nettement affirmées au sein du service public, rappelant à l'utilisateur ses droits mais le replaçant également de plus en plus souvent face à ses devoirs. Au-delà des aménagements évoqués plus haut, le service public se refuse à en effet à prendre en compte d'autres exigences également motivées par les convictions profondes des usagers. Face à la multiplication des revendications de ce type, les pouvoirs publics ont en effet été amenés à préciser les limites au-delà desquelles la liberté de conscience de l'utilisateur doit céder devant les nécessités du service et ne peut prévaloir (1). Mais ils sont également allés plus loin, et dans le domaine particulier de l'enseignement public, ont inauguré un véritable renversement de perspective par lequel l'interdiction de manifester ses convictions religieuses a pris le pas sur la libre expression, soumettant ainsi l'utilisateur à une stricte exigence de neutralité (2).

---

<sup>2493</sup> RIVERO (Jean), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », note sous avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, *RFDA* 1990, p. 1.

### 1) *Un rappel des limites opposées aux revendications religieuses*

S'il est traditionnellement admis que l'utilisateur est libre d'extérioriser ses convictions profondes au sein du service public, un mouvement de réaction est néanmoins décelable à l'encontre d'attitudes jugées trop revendicatrices, car supposant une adaptation du service en fonction des convictions, et allant ainsi au-delà de ce que la « neutralité-pluralisme » garantie à l'utilisateur entend autoriser<sup>2494</sup>. Les aménagements jusqu'ici évoqués, aumôneries, mets de substitution, autorisations d'absences ponctuelles ne sont pas remis en cause et se trouvent même, en ce qui concerne notamment les aumôneries de service public, progressivement améliorés, une plus grande pluralité de religions étant ainsi aujourd'hui représentée<sup>2495</sup>. Fruits d'une appréhension pragmatique des conditions d'exercice de la liberté de conscience de l'utilisateur, ces aménagements manifestent le souci de concilier au mieux impératifs religieux et exigences de fonctionnement du service public. Toutefois, cette prise en compte du fait religieux trouve certaines limites, parmi lesquelles celles s'opposant à la mise en place de traitements différenciés en fonction des croyances des usagers. Or des requêtes en ce sens sont aujourd'hui parfois recensées au sein des services publics, évolution dont font état de nombreux observateurs<sup>2496</sup> et qui a pour effet d'entraîner en retour un rappel à l'ordre des usagers. Certes, ce n'est pas la première fois que des impératifs religieux sont opposés au service. Face aux refus de soins manifestés par les Témoins de Jéhovah<sup>2497</sup>, notamment, les agents hospitaliers se trouvent depuis longtemps dans une position délicate. Partagé entre respect du consentement du patient et obligation de protection de la santé, le médecin se voit, sous certaines conditions, autorisé par le juge administratif à faire primer ce dernier devoir et à passer outre le refus exprimé par le patient sur la base de sa croyance<sup>2498</sup>. Cependant le

---

<sup>2494</sup> En ce sens, ONDOUA (Alain), « Le service public à l'épreuve de la laïcité : à propos de la neutralité religieuse dans les services publics », *DA* décembre 2008, p. 11.

<sup>2495</sup> V. *supra*. Section première, Paragraphe premier, B/, 2).

<sup>2496</sup> V. ainsi le rapport émanant de la Commission présidée par Bernard Stasi, *Laïcité et République*, La Documentation française, 2004, p. 90 et s. et le rapport du groupe de travail présidé par André Rossinot du 13 septembre 2006, « La laïcité dans les services publics », p. 15 et s. (disponible sur Internet). V. également Rapport du Conseil d'Etat, « Un siècle de laïcité », *EDCE* n° 55, 2004, p. 326 et s.

<sup>2497</sup> Ces derniers refusant notamment les transfusions sanguines.

<sup>2498</sup> L'article L. 1111-4 du Code de la Santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades prévoit que « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de son choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment (...) ». Face à cette obligation, toutefois, le Conseil d'Etat, statuant en tant que juge des référés, a pu estimer qu'il n'était pas porté au libre consentement du patient une atteinte grave et manifestement illégale « lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, [les médecins] accomplissent, dans le but de sauver [le patient], un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état », et écarte notamment toute incompatibilité manifeste de tels actes avec

phénomène de revendications religieuses resurgit désormais bien au-delà de cette problématique particulière. Susceptibles de transformer trop fréquemment les services publics en lieux de confrontation, de telles exigences entraînent en retour une prise de conscience des autorités gestionnaires, hostiles à l'idée « *de tirer les conséquences ultimes de la neutralité positive* »<sup>2499</sup> et désireuses de préserver une généralité de traitement. Certains usagers entendent en effet aujourd'hui récuser les personnels avec lesquels ils sont amenés à entrer en contact au sein des services publics. Les agents du service public hospitalier sont ainsi parfois confrontés au refus de la patiente, ou de la famille de la patiente, d'être soignée par des médecins de sexe masculin, cette exigence étant parfois assortie d'un comportement agressif, voire violent lorsqu'elle n'est pas satisfaite<sup>2500</sup>. Une demande de récusation d'un médecin ou d'un magistrat a pu être formulée en raison de sa confession religieuse supposée<sup>2501</sup>. Différentes adaptations ont en outre pu être exigées au sein de certains équipements de services publics, telles les piscines, afin que soient mis en place des jours d'accès réservés aux femmes. Des pressions sont parfois exercées sur les enseignants par les élèves ou parents d'élèves quant au contenu des enseignements prodigués, tout particulièrement quand ceux-ci touchent à l'histoire des religions ou à la théorie de l'évolution<sup>2502</sup>. Certes, le mouvement est encore pour l'heure relativement marginal et la médiatisation dont il a fait l'objet ne doit pas conduire à en exagérer la portée. Il touche cependant de plus en plus de services, provoquant débats et malaises en leur sein, tout particulièrement à l'égard d'agents souvent désemparés par ces exigences d'un nouveau genre.

---

l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, ord., 16 août 2002, *Mme F. et Mme F. épouse G.*, n° 249552). Ce faisant, le juge administratif entérine la solution qu'il avait dégagée avant la loi du 4 mars 2002 dans son arrêt d'assemblée du 26 octobre 2001, *Mme Senanayake* (AJDA 2002, p. 259, note M. Deguegue) dans lequel il considérait que les médecins n'avaient pas commis de faute en choisissant « *dans le seul but de sauver [le patient] d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionnel à son état (...) quelle que fut par ailleurs leur obligation de respecter sa volonté fondée sur ses convictions religieuses* ». Le problème s'est également posé des refus de soins opposés par des parents concernant leur enfant. Dans cette hypothèse, le juge administratif a choisi de faire prévaloir l'intérêt de la santé du mineur sur les convictions religieuses des parents (CE, 3 juillet 1996, *M. Paturel*, *Rec. Leb.* p. 256 ; DA 1996, comm. n° 492, note C. M.), solution que n'a pas infirmée la loi du 4 mars 2002, laquelle introduit, au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 1111-4 du Code de Santé publique, le principe selon lequel « *dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

<sup>2499</sup> SAINT-JAMES (Virginie), « La liberté religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique » tenu à Lyon le 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 563.

<sup>2500</sup> V. « L'hôpital confronté à la radicalisation des pratiques religieuses », *Le Monde*, 7 décembre 2003.

<sup>2501</sup> Dans une affaire datant de novembre 2003, un requérant se présentant comme « d'origine arabe et de confession musulmane » et se référant au conflit israélo-palestinien a récusé une magistrate au motif qu'elle était de confession juive. En réaction, un avis du Conseil supérieur de la magistrature du 11 mars 2004 souhaite l'intervention d'une loi qui affirmerait qu'un juge ne peut être récusé en raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race, une religion ou un courant de pensée déterminé (V. le texte de cet avis sur le site [www.conseil-superieur-magistrature.fr](http://www.conseil-superieur-magistrature.fr)).

<sup>2502</sup> Sur ce point, DORD (Olivier), « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire « Fillon » du 18 mai 2004 », *AJDA* 2004, p. 1527.

Face à cette problématique, les réponses juridiques sont encore peu nombreuses mais commencent néanmoins à éclore, témoignant d'une prise de conscience progressive. Une circulaire du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé confirme ainsi le principe selon lequel le patient dispose du libre choix de son praticien et de son établissement de santé mais que cette liberté « ne permet pas que la personne prise en charge puisse s'opposer à ce qu'un membre de l'équipe de soins procède à un acte de diagnostic ou de soins pour des motifs tirés de la religion connue ou supposée de ce dernier ». De tels agissements étant expressément considérés comme relevant de discriminations à l'encontre du personnel soignant, le discours s'inverse donc au sens où la neutralité n'est pas seulement attendue des agents mais également des usagers du service public hospitalier. En outre, ce libre choix doit être exercé par le malade et non par un parent ou un proche et doit se concilier avec les règles d'organisation du service et de délivrance des soins. Dans le domaine de l'éducation, la circulaire du 18 mai 2004<sup>2503</sup> rappelle par ailleurs très nettement que les élèves ne peuvent contester le « droit d'un professeur, parce que c'est un homme ou une femme, d'enseigner certaines matières ou le droit d'une personne n'appartenant pas à leur confession de faire une présentation de tel ou tel fait historique ou religieux » et réaffirme le principe selon lequel aucune question n'est exclue *a priori* du questionnement scientifique et pédagogique<sup>2504</sup>.

De tels textes n'ont pas de portée contraignante. Néanmoins, la question est loin de laisser les autorités gestionnaires indifférentes et les différents rapports diligentés afin d'éclairer les enjeux de la laïcité au sein des services publics condamnent fermement ces revendications susceptibles de troubler le bon fonctionnement du service<sup>2505</sup>. L'issue proposée par ces derniers n'a cependant pas consisté dans l'intervention d'une loi prohibant purement et simplement ces manifestations mais dans la rédaction d'une charte<sup>2506</sup>. Cette proposition a été reprise par le Haut Conseil à l'intégration, dans son avis intitulé *Projet de charte de la laïcité dans les services publics*<sup>2507</sup>, lequel a servi de fondement à l'adoption du texte définitif

---

<sup>2503</sup> Circulaire Min Educ., 18 mai 2004, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *JO* 22 mai 2004, p. 9033.

<sup>2504</sup> V. point 2.3 de la circulaire du 18 mai 2004, *préc.*

<sup>2505</sup> V. rapports précités et rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale *La laïcité à l'école : un principe républicain à réaffirmer*, Assemblée nationale, Rapport n° 1275, décembre 2003.

<sup>2506</sup> V. rapport de la commission présidée par Bernard Stasi, *Laïcité et République*, La documentation Française, 2004, p. 112 et rapport du groupe de travail présidé par André Rossinot du 13 septembre 2006, « La laïcité dans les services publics », p. 28.

<sup>2507</sup> V. DURAND-PRINBORGNE (Claude), « Autour du projet de charte de la laïcité dans les services publics », *AJDA* 2007, p. 721.

adoptée par le Premier ministre et diffusé par la voie d'une circulaire datée du 13 avril 2007<sup>2508</sup>. Ce texte final, dont la circulaire conseille un affichage visible et accessible dans les lieux accueillant du public, entend avant tout guider l'utilisateur en lui rappelant ses droits mais également les obligations que lui impose la laïcité dans les services publics, obligations qui consistent notamment à ne pouvoir, au nom de convictions religieuses, « *récuser un agent public ou d'autres usagers, ni exiger une adaptation du fonctionnement du service public ou d'un équipement public* ». Le choix d'un texte dépourvu de valeur normative témoigne de la volonté de se placer, dans un premier temps, sur le terrain de l'information et de la formation des usagers, par la voie de l'apprentissage et non de la prohibition. Reste ici assurément présente à l'esprit la nécessité de garantir au sein du service public la liberté de conscience de l'utilisateur et son droit de manifester ses convictions religieuses. La Charte précise d'ailleurs que « *le service s'efforce de prendre en considération les convictions des usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement* ». La réponse retenue est donc pour l'heure une réponse *a minima* à travers laquelle prédomine toujours le respect du principe selon lequel la liberté demeure la règle et la restriction l'exception. Toutefois, cette charte montre que l'attention est désormais alertée sur un phénomène que les autorités n'entendent en aucun cas laisser se développer outre mesure. De plus en plus, se développe l'idée selon laquelle, au-delà d'une certaine marge d'expression des convictions, la neutralité du service public n'est pas négociable. Si l'accroissement de telles revendications est constaté, il n'est donc pas impossible que soit privilégiée dans l'avenir une position bien plus stricte par laquelle l'utilisateur ne sera plus invité, mais obligé de faire taire les exigences de son for intérieur. Le Conseil constitutionnel, lui-même, à l'occasion de sa décision du 19 novembre 2004 rendue à l'occasion du contrôle de conformité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la Constitution, a tenu à rappeler que les dispositions constitutionnelles proclamant la laïcité de l'Etat français « *interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* »<sup>2509</sup>. Une telle approche semble sous-tendre de manière générale une condamnation des aménagements résultant de la pratique administrative à l'égard des convictions religieuses<sup>2510</sup> et délivrer *a posteriori* un blanc-seing à la loi du 18 mars 2004, par laquelle une telle prohibition est devenue réalité au sein du

---

<sup>2508</sup> Circulaire du 13 avril 2007 n° 5209/SG.

<sup>2509</sup> CC n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, cons. n° 18.

<sup>2510</sup> V. l'analyse de PRELOT (Pierre-Henri), « Définir juridiquement la laïcité », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 133.

service public de l'enseignement en ce qui concerne les ports de signes religieux par les élèves.

## 2) Des règles spécifiques instaurées en direction de l'élève-usager

Que le domaine scolaire se distingue en retenant une solution spécifique ne doit pas étonner. En effet, l'attention s'est depuis longtemps focalisée sur la problématique de l'expression des convictions par les élèves usagers. Se décèle derrière ce choix la volonté récurrente de préserver les lieux d'enseignement des affrontements divisant ordinairement la société et de privilégier leur destination première d'espaces voués à l'acquisition des connaissances<sup>2511</sup>. Face aux convictions politiques et philosophiques, le principe reste ainsi celui de la libre expression des élèves<sup>2512</sup>, mais sous réserve du respect des principes de pluralisme et de neutralité<sup>2513</sup>, ce dernier impliquant notamment l'interdiction de réunions politiques à l'intérieur des établissements<sup>2514</sup>. Il faut préserver, au sein de ces derniers, une atmosphère sereine, favorable à l'étude mais également, plus avant, une communauté scolaire dans laquelle les clivages sociaux, philosophiques, politiques ou religieux se fondent.

Cependant, les débats et interrogations se concentrent autour du phénomène religieux. Dès la fin des années quatre-vingt surgit en effet une polémique autour de la possibilité pour les élèves de manifester par des signes distinctifs leur appartenance religieuse. L'apparition dans les établissements d'enseignement publics de jeunes filles exprimant leur foi musulmane par le port du voile suscite à l'époque une prise de position du Conseil d'Etat, formalisée par son avis du 27 novembre 1989<sup>2515</sup>. La Haute instance opte alors pour une solution libérale, selon laquelle elle estime que le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas en lui-même incompatible avec le principe de laïcité « dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses ». Mais cette liberté de principe est assortie de

---

<sup>2511</sup> V. LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 438.

<sup>2512</sup> V. en ce sens CAA Paris, 7 octobre 2004, *Ministre de l'Education nationale c/ M. Jonathan Desoindre*, *Rec. Leb. Tables* p. 691 ; *AJDA* 2004, p. 2397, concl. Bachini (sur la liberté d'expression d'élèves dans le cadre d'une revue lycéenne).

<sup>2513</sup> Article L. 511-2 du Code de l'Education.

<sup>2514</sup> CE, 8 novembre 1985, *Ministre de l'Education nationale c/ M. Rudent*, *Rec. Leb.* p. 316 ; *AJDA* 1985, p. 712, chron. Hubac et Azibert. Les débats d'ordre civique et social sont en revanche autorisés : CE, 1<sup>er</sup> mars 1993, *Ministre de l'Education nationale c/ Association des parents d'élèves de l'enseignement public de Montpellier*, *AJDA* 1993, p. 881, note B. Toulemonde.

<sup>2515</sup> CE, Avis, 27 novembre 1989, *RFDA* 1990, p. 1, note J. Rivero.

limites. Elle ne saurait en effet permettre aux élèves de se livrer, à travers le port de signes religieux, à des actes de provocation, de prosélytisme ou de propagande, favoriser des comportements qui attenteraient à la liberté ou à la dignité de l'élève ou des autres membres de la communauté éducative, qui compromettraient leur santé ou leur sécurité, qui perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants ou bien encore troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service. Reprise par une circulaire du 12 décembre 1989<sup>2516</sup>, cette solution a par la suite conduit le juge administratif à délivrer une jurisprudence au cas par cas dans laquelle il opère un contrôle de proportionnalité très proche de celui orchestré en matière de police administrative<sup>2517</sup>. Fidèle à sa méfiance envers les interdictions générales et absolues, il annule ainsi les règlements intérieurs d'établissement interdisant purement et simplement le port de signes religieux<sup>2518</sup> ou les décisions d'exclusions infligées à des élèves pour le seul fait d'avoir arboré un foulard manifestant leur appartenance religieuse<sup>2519</sup>. En revanche, sont souvent mises en balance expression des convictions religieuses et atteinte portée aux impératifs divers que cette dernière se devait de respecter, compromis qui régulièrement soldé, lorsque le trouble est estimé avéré, par une confirmation des sanctions prononcées<sup>2520</sup>. Le juge se penche, dans ces hypothèses, sur les circonstances dans lesquelles sont prononcées les mesures de sanction et le comportement des élèves ou de leur entourage. Par son avis, le Conseil d'Etat défend ainsi une conception souple de la laïcité n'interdisant en aucun cas la manifestation religieuse mais la cantonnant afin qu'elle ne nuise pas à autrui. Au fil de ses jurisprudences, le juge administratif fixe les bornes de l'expression des convictions religieuses des élèves sans pourtant considérer que le port d'un signe religieux est en lui-même ostentatoire et dès lors constitutif d'un acte de pression ou de prosélytisme<sup>2521</sup>.

Certaines voix ne manquent pas à l'époque de s'élever contre cette approche nuancée et, en premier lieu, celles des chefs d'établissements pour lesquels une interdiction générale et

---

<sup>2516</sup> Circulaire du 12 décembre 1989, *JO* 15 décembre 1989, p. 15577.

<sup>2517</sup> En ce sens, SCWHARTZ (Rémy), « Laïcité et enseignement public », *CFP* février 1999, p. 16.

<sup>2518</sup> CE, 2 novembre 1992, *M. Kherouaa et autres*, *Rec. Leb.* p. 389, *RFDA* 1993, p. 112, concl. Kessler ; CE, 14 mars 1994, *Mlles Yilmaz*, *Rec. Leb.* p. 129, *AJDA* 1994, p. 415.

<sup>2519</sup> CE, 20 mai 1996, *Ministre de l'Education nationale c/ Ali*, *Rec. Leb.* p. 187, concl. R. Schwartz ; CE, 27 novembre 1996, *Ministre de l'Education nationale c/ Khalid et Mme Stefiani*, *Rec. Leb.* p. 460, *JCP G* 1997, II, 22808, note B. Seiller.

<sup>2520</sup> Dès lors que ces décisions n'étaient pas entachées d'une erreur de droit du fait de s'être fondées sur une interdiction générale et absolue, le juge administratif a quasiment toujours validé la sanction prononcée. En ce sens, SCWHARTZ (Rémy), « Laïcité et enseignement public », *CFP* février 1999, p. 17.

<sup>2521</sup> CE, 27 novembre 1996, *Ministre de l'Education nationale c/ Khalid et Mme Stefiani*, *préc.* : « le foulard par lequel Melle Khalid entendait exprimer ses convictions religieuses ne saurait être regardé comme un signe présentant par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, et dont le port constituerait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme ».

absolue *a priori*, paraît plus simple à mettre en œuvre et donc préférable<sup>2522</sup>. Par ailleurs, des auteurs se prononcent directement en faveur d'une laïcité « combattante » et de l'exclusion pure et simple du fait religieux de l'espace scolaire, quelle que soit sa forme. Est ainsi parfois évoquée l'incohérence présidant au fait qu'une stricte obligation de neutralité s'impose aux agents publics de l'enseignement et non aux élèves, les deux protagonistes devant pour certains être placés sur le même plan face à la laïcité et se voir interdire de la même manière toute manifestation des convictions religieuses<sup>2523</sup>. Or ces appels ne sont pas restés sans réponse. Quelque temps après l'intervention de l'avis du Conseil d'Etat, une première tentative de durcissement de la position adoptée prend la forme d'une circulaire du ministre de l'Education nationale invitant les chefs d'établissements à introduire dans les règlements intérieurs une clause interdisant le port des signes « *si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école* »<sup>2524</sup>. Il y a là, clairement, volonté de freiner un phénomène d'hétérogénéité contredisant la vocation traditionnelle de l'école, à savoir l'intégration dans une culture commune reflet de l'unité républicaine. L'invitation à l'interdiction systématique du port du voile devinée derrière ses termes reste néanmoins à l'époque sans effet, le Conseil d'Etat déniait à cette circulaire tout caractère impératif<sup>2525</sup>. Mais l'offensive à l'encontre d'une laïcité fondée sur une attitude conciliatrice est par la suite poursuivie. Alimenté par une attitude de réaction face à la montée du communautarisme religieux<sup>2526</sup> et une demande constante des chefs d'établissements, favorablement évoquée par le rapport de la Commission Stasi<sup>2527</sup>, le mouvement de fronde conduit ainsi, dans un consensus politique remarquable<sup>2528</sup>, à l'adoption par le Parlement de la loi du 15 mars 2004<sup>2529</sup>. Est désormais ajouté au Code de l'Education un article L.141-5-1 qui

<sup>2522</sup> « Chez certains chefs d'établissements se développe l'idée qu'ils sont abandonnés par leur hiérarchie, qu'ils ne sont pas armés pour apprécier les conditions du port des signes, ce qui les conduit à souhaiter une "règle claire" ». DURAND-PRINBORGNE (Claude), « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre des débats de société », *AJDA* 2004, p. 705.

<sup>2523</sup> V. MINOT (Jacques), « Droits de l'homme et neutralité de l'Etat – A propos de l'affaire du foulard », *RA* 1990, p. 38 : « En bonne logique, cette obligation de neutralité devrait s'appliquer à tous ceux qui fréquentent l'école soit comme maîtres, soit comme élèves puisque (...) il est difficile d'imaginer que les uns, les enseignants, soient astreints à une obligation de neutralité à laquelle seraient soustraits les autres, les élèves ». Dans le même sens LEMAIRE (Fabrice), Commentaire de l'arrêt CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah*, *AJFP* mars-avril 2004, p. 91.

<sup>2524</sup> Circulaire du 20 septembre 1994 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires, *BO* n° 35, 29 septembre 1994, p. 2528.

<sup>2525</sup> CE, 10 juillet 1995, *Association Un Sysiphe*, *AJDA* 1995, p. 644, concl. Schwartz.

<sup>2526</sup> V. ainsi notamment DE BEZE (Marie-Odile), « Pour une loi sur le voile », *RA* n° 337, 2004, p. 37.

<sup>2527</sup> Rapport *Laïcité et République*, Commission présidée par Bernard Stasi, La Documentation française, 2004, p. 149.

<sup>2528</sup> Lequel a eu pour conséquence l'absence de saisine du Conseil constitutionnel. Sur ce point, CARTON (Olivier), « La laïcité à l'école : réaffirmation ou refonte d'un principe républicain ? », *RRJ* 2005/3, p. 1738.

<sup>2529</sup> Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JO* 17 mars 2004, p. 5190.



dispose que : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ». Lapidaire dans sa formulation, le texte n'en emporte pas moins des conséquences extrêmement importantes en ce qui concerne les possibilités d'extériorisation des convictions religieuses des élèves usagers. Ces derniers sont, en ce qui concerne leur apparence physique, désormais tenus à une neutralité presque totale. Le champ d'application de cette interdiction est vaste car elle intéresse sans distinction l'ensemble de l'enseignement public, primaire et secondaire. Elle est également très générale quant au champ des signes religieux visés. La loi, éclairée par la circulaire du 18 mai 2004<sup>2530</sup>, laquelle insiste tout particulièrement sur son impact en faveur du « vouloir vivre ensemble »<sup>2531</sup>, conduit en effet à interdire les signes « dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse », ce qui revient à prohiber *ab initio* le port des signes propres aux différentes religions que sont le foulard islamique, « quel que soit le nom qu'on lui donne », la kippa juive ou une croix « de dimension manifestation excessive ». Seul apparaît désormais toléré le port de signes religieux considérés comme discrets, parmi lesquels figurent certainement les petites croix, étoiles de David ou mains de fatma<sup>2532</sup>. Cette dérogation est la seule concession accordée à la liberté de conscience des élèves. En évitant ainsi d'imposer une interdiction générale et absolue<sup>2533</sup>, le législateur opère un rappel succinct de la solution antérieure : la laïcité ne s'oppose pas au port de signes religieux, mais ils ne sont plus aujourd'hui acceptés que sous leur forme la plus discrète. Intervient néanmoins en cela un véritable renversement car, au-delà de cette tolérance minimale, l'interdiction du port de signes religieux devient le principe et non plus l'exception. Peu important désormais le comportement ou les intentions de l'élève. Le choix du terme « ostensible » par la loi de 2004 en lieu et place de l'adjectif « ostentatoire » auparavant retenu par le Conseil d'Etat n'est du reste pas totalement innocent car « ostensiblement renvoie à visiblement alors qu'ostentatoire impliquait la prise en compte d'un comportement individuel positif se surajoutant au port

---

<sup>2530</sup> Point II-2.1 de la circulaire du 18 mai 2004, relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *préc.*

<sup>2531</sup> « En protégeant l'école des revendications communautaires, la loi conforte son rôle en faveur d'un vouloir vivre ensemble ». Point I de la circulaire du 18 mai 2004, *préc.*

<sup>2532</sup> V. en ce sens, DORD (Olivier), « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *AJDA* 2004, p. 1524 et DIEU (Frédéric), « Le Conseil d'Etat et la laïcité négative », *JCPA* 24 mars 2008, p. 26, ces auteurs s'appuyant ici sur les rapports parlementaires (v. notamment rapport AN n° 1381 du 24 janvier 2004, p. 19 et 21).

<sup>2533</sup> Laquelle aurait été constituée si le législateur avait retenu la proposition de la mission d'information de l'Assemblée nationale, dans son rapport du 4 décembre 2003, de prohiber le port de « signes visibles ».

*dudit signe* »<sup>2534</sup>. Le principe change donc du tout au tout en la matière. « *En résumé, un régime d'interdiction législative du port des signes religieux ostensibles succède à un régime jurisprudentiel de libre port des signes religieux, sous réserve que ce port ne soit pas ostentatoire* »<sup>2535</sup>. L'interdiction est par ailleurs d'interprétation large : ce qu'il convient d'entendre par « ostensible », à partir de quel degré une croix, par exemple, ne constitue plus un signe discret, demeure à la libre appréciation des autorités de l'établissement. En outre, la circulaire du 18 mai 2004 entend prévenir toute tentative de contournement en précisant que la loi « *interdit à un élève de se prévaloir du caractère religieux qu'il attacherait [à des accessoires ou tenues], par exemple, pour refuser de se conformer aux règles applicables à la tenue des élèves dans l'établissement* ». Par cette précision, le texte prohibe les signes n'étant pas par nature confessionnels mais qui le deviennent de par la signification religieuse que leur prête subjectivement l'élève qui les arbore. Un bandana ou un bonnet recouvrant la chevelure, par exemple, peut parfois constituer une solution de remplacement pour l'élève désireuse de porter le voile, calcul qu'anticipe la circulaire en interdisant également ces « *signes ostensibles par destination* »<sup>2536</sup>.

Le modèle proposé par le Conseil d'Etat en 1989 a vécu, aujourd'hui remplacé par un système d'interdiction *a priori* que le juge administratif est chargé de contrôler. Les différents arrêts intervenus depuis 2004 illustrent la sévérité de cette nouvelle donne, aboutissant systématiquement au rejet des requêtes tendant à l'annulation de sanctions d'exclusions prononcées à l'encontre d'élèves ayant arboré un signe religieux ostensible, qu'il s'agisse selon les affaires du voile islamique<sup>2537</sup>, d'un bandana<sup>2538</sup> ou, problématique qui n'était pas la plus directement envisagée à l'origine, mais qui a depuis engendré un certain nombre de contentieux, du sous-turban keshi<sup>2539</sup>. Il n'est plus ici question de conciliation entre différents droits et principes, mais d'une mise au ban presque totale de la liberté d'expression des convictions religieuses des élèves par le port de signes manifestant leur foi. C'est donc au regard de cette question particulière que se dévoile le plus nettement le durcissement de la position du service public face à une liberté de conscience des usagers qui connaît aujourd'hui

---

<sup>2534</sup> CARTON (Olivier), « La laïcité à l'école : réaffirmation ou refonte d'un principe républicain ? », *RRJ* 2005/3, p. 1745, cet auteur rappelant cependant que ces termes sont souvent synonymes dans le langage courant.

<sup>2535</sup> DORD (Olivier), « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », *AJDA* 2004, p. 1523.

<sup>2536</sup> DORD (Olivier), *op. cit.*, p. 1524.

<sup>2537</sup> TA Grenoble, 25 mai 2005, *Melle Saida Essakkaki*, *AJDA* 2005, p. 1745, concl. S. Morel.

<sup>2538</sup> CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal*, *RFDA* mai-juin 2008, p. 529, concl. Rémi Keller.

<sup>2539</sup> V. CE, 5 décembre 2007, *M. Singh et autres*, *RFDA* mai-juin 2008, p. 529, concl. Rémi Keller (ce sous-turban est porté par les élèves de religion sikhe afin de dissimuler et protéger leurs cheveux).

d'une « *garantie à géométrie variable* »<sup>2540</sup>. Peu à peu, le discours sur la neutralité évolue. En principe bénéficiaire de cette règle, l'utilisateur se voit désormais imposer de plus en plus de restrictions sous son égide, restrictions qui conduisent à rapprocher insensiblement son statut de celui des agents du service public<sup>2541</sup>. Une même volonté de « dépersonnalisation » semble jouer en effet. Le mouvement d'individualisation des prestations fréquemment constaté en faveur de l'utilisateur<sup>2542</sup> trouve ici une limite de plus en plus clairement fixée. Le recentrage autour des droits et libertés des individus est accepté en ce qui concerne des droits et libertés relevant d'une certaine « extériorité », c'est-à-dire n'intéressant pas le for interne de la personne. L'évolution constatée trouve assurément certaines justifications, liées à la nécessité de garantir les droits et libertés d'autrui. Dans sa forme la plus poussée, cependant, elle paraît conduire le service public à organiser une limitation par certains aspects excessive.

## PARAGRAPHE SECOND

### UN ENCADREMENT DE L'EXPRESSION DES CONVICTIONS JUSTIFIÉ PAR LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS

Les limitations opposées à l'expression des convictions ne revêtent pas toujours le même degré. Selon les hypothèses, la rigueur affichée par le service public envers l'extériorisation des convictions des usagers sera plus ou moins forte et se trouvera plus ou moins justifiée. L'évolution vers un encadrement plus strict de la liberté d'expression se fonde parfois sur des considérations « objectives », telles la sécurité ou les nécessités d'organisation du service. S'opère alors une conciliation derrière laquelle se joue toujours, plus ou moins directement, la garantie des droits et libertés des autres usagers ou de l'utilisateur lui-même (A). Mais une justification plus « subjective » sert de fondement aux restrictions les plus importantes observées à l'encontre de la libre expression du for intérieur. L'argumentation repose dans ce cas sur la préservation de la liberté de conscience d'autrui, motif justifié dans son principe mais contestable dans son application car susceptible, sous l'impulsion d'une neutralité trop strictement imposée à l'utilisateur, de se révéler liberticide envers ce dernier (B).

---

<sup>2540</sup> Selon l'expression de Gérard Gonzalez, « L'exigence de neutralité des services publics », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 187.

<sup>2541</sup> En ce sens, GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 731.

<sup>2542</sup> V. *supra*.

## *A/ Des limites objectives indispensables à la préservation de la mission de garantie du service public*

Les limites imposées à l'encontre des volontés d'extériorisation des convictions de l'utilisateur trouvent parfois leur justification dans le respect d'exigences de sécurité ou de bon fonctionnement du service public. Les revendications des usagers sont alors vouées à s'incliner devant des impératifs dont la prévalence semble devoir d'autant moins prêter à discussion qu'elle conditionne la garantie des droits et libertés d'autrui (1). Elle marque les frontières au-delà desquelles il demeure impossible d'adapter les prestations à certaines demandes spécifiques et met ainsi clairement un frein au mouvement d'individualisation constaté dans le cadre des services publics (2).

### *1) Des impératifs intéressant la sécurité et le bon fonctionnement du service*

Le développement des revendications liées aux croyances religieuses suscite parfois en réaction un rappel très ferme des obligations de sécurité imposées à l'utilisateur pour son propre bien ou celui d'autrui. La problématique du port de coiffes à vocation religieuse fournit ainsi l'illustration classique d'une extériorisation risquant d'atteindre, à travers la sécurité, la garantie générale des droits et libertés de l'individu<sup>2543</sup>. Dans certaines hypothèses, arborer de tels insignes peut en effet se révéler dangereux. Le Conseil d'Etat s'est ainsi directement appuyé sur cet argument pour considérer comme légale la décision d'exclusion d'une élève qui refusait d'enlever son voile lors de cours de gymnastique et de technologie, estimant que le port du foulard était incompatible avec les nécessités de cet enseignement<sup>2544</sup>. La question n'a plus à se poser depuis l'intervention de la loi du 15 mars 2004, mais un impératif de sécurité a pu jusqu'à cette date contraindre l'utilisateur à retirer ces signes religieux. L'enjeu était ici prioritairement de protéger l'utilisateur contre lui-même<sup>2545</sup>, raisonnement partagé par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle avait auparavant admis que l'obligation de porter un casque s'imposait pour des raisons de sécurité aux sikhs circulant en deux-roues

---

<sup>2543</sup> Pour un rappel du caractère indispensable de la sécurité au regard de la garantie des droits et libertés, *supra*, Première partie, Titre second, Premier chapitre.

<sup>2544</sup> V. CE, 20 octobre 1999, *Ministre de l'Education nationale c/ Epoux Ait Ahmad*, JCP G 2000, n° 19, p. 862, note G. Guglielmi et G. Koubi. Une telle solution semblait déjà en germe dans l'arrêt CE, 10 mars 1995, *Epoux Aoukili*, *Rec. Leb.* p. 122 ; *D.* 1995, p. 365, note G. Koubi.

<sup>2545</sup> Cette solution est classique en matière de port de la ceinture de sécurité en voiture : CE, 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, *Rec. Leb.* p. 330.

motorisés<sup>2546</sup>. Certaines restrictions à l'extériorisation des convictions religieuses sont par ailleurs prises en considération de la sécurité d'autrui. Le débat s'est ainsi notamment focalisé en France sur les photographies des pièces d'identité, lesquelles doivent permettre une identification immédiate du modèle. En cela, si le port de coiffes à connotation religieuse a longtemps été admis<sup>2547</sup>, les décrets du 25 novembre 1999<sup>2548</sup> et du 26 février 2001<sup>2549</sup> sont revenus sur cette solution et conditionnent désormais respectivement les délivrances de cartes d'identité et de passeport à la remise de photographies où les personnes apparaissent tête nue, obligation dont le juge administratif entend imposer le respect en rappelant très clairement que de telles mesures sont édictées afin « *de limiter les risques de falsification et d'usurpation d'identité* »<sup>2550</sup>. Dans le même sens, le juge européen a pu considérer que les services de sécurité d'un aéroport pouvaient obliger un sikh à ôter son turban sans porter une atteinte excessive à sa liberté de religion<sup>2551</sup> ou ceux d'un consulat demander qu'une musulmane ôte momentanément son voile afin de procéder à un contrôle d'identité avant de la laisser entrer dans le bâtiment<sup>2552</sup>. Plus ambiguë, en revanche, est la décision de refuser l'acquisition par le mariage de la nationalité française à une requérante d'origine marocaine au motif que cette dernière « *a adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes* »<sup>2553</sup>. Le refus était ici fondé sur un défaut d'assimilation notamment constaté au regard du choix de la requérante de porter la burqa, marqueur, pour nombre de commentateurs comme pour la HALDE<sup>2554</sup>, d'une situation de soumission et d'infériorité dépassant la seule

---

<sup>2546</sup> Cour EDH, 12 juillet 1978, *X. c/ Royaume-Uni*, n° 7992/77.

<sup>2547</sup> Une circulaire du 13 mars 1991 prévoyait en effet la possibilité pour les femmes appartenant à un ordre religieux de déposer des photographies les représentant avec une coiffe de leur ordre et pour les femmes de confession islamique avec un foulard ou un voile, à la seule condition que leur visage apparaisse découvert et parfaitement identifiable. Dans un arrêt du 9 juin 1999, *Melle Bouayad* (req. n° 191036), le Conseil d'Etat avait ainsi censuré l'administration qui exigeait une photographie d'identité représentant le demandeur tête nue.

<sup>2548</sup> Article 5 du décret n° 99-973 du 25 novembre 1999, *JO* 30 novembre 1999, p. 17795.

<sup>2549</sup> Article 5 du décret n° 2001-185 du 26 février 2001, *JO* 27 février 2001, p. 3117. Cette exigence est par ailleurs reprise dans le décret n° 2008-426 du 30 avril 2008, *JO* 4 mai 2008, p. 7446.

<sup>2550</sup> V. en ce qui concerne les photographies de carte d'identité, CE, 27 juillet 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, *Rec. Leb.* p. 400, *D.* 2001, IR, p. 2639 et, s'agissant des passeports, CE, 2 juin 2003, *Aboutaher*, req. n° 245321 et CE, 24 octobre 2003, *Mme Benchemackh*. V. également, en ce qui concerne cette fois les photographies de permis de conduire, CE, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs et Mann Sing*, *Rec. Leb.* p. 565 ; *AJDA* 2007, p. 313, concl. Terry Olson. Ces solutions sont à rapprocher de celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle rappelle dans sa décision du 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c/ Grèce* (n° 1998/02), que « *la carte d'identité ne peut être considérée comme un moyen destiné à assurer aux fidèles (...) le droit d'exercer ou de manifester leur religion* ».

<sup>2551</sup> Cour EDH, 11 janvier 2005, *Suku Phull c/ France*, n° 35753/03.

<sup>2552</sup> Cour EDH, 4 mars 2008, *El Morsli c/ France*, n° 15 585/06.

<sup>2553</sup> CE, 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, req. n° 286 798,

<sup>2554</sup> V. sa délibération du 15 septembre 2008 dans laquelle elle considère le port de la burqa incompatible avec le suivi d'une formation linguistique obligatoire dans le cadre du contrat d'accueil et d'obligation.

portée religieuse et incompatible avec les valeurs républicaines<sup>2555</sup>. Etait-il possible de voir dans ce refus le rappel de la nécessité de protéger l'ordre public dans sa dimension de préservation de la dignité humaine, impératif qui s'imposerait à la requérante elle-même<sup>2556</sup> ? La décision du Conseil d'Etat se détache néanmoins d'une telle argumentation, laquelle, en imposant, en quelque sorte, un code vestimentaire, pourrait se révéler très nettement liberticide.

Certaines limitations trouvent par ailleurs leur source dans le souci de préserver le bon fonctionnement du service public et, plus avant, la satisfaction des droits et libertés en dépendant. Standard juridique transversal aux règles de fonctionnement que constituent l'égalité, la continuité et l'adaptation<sup>2557</sup> et pouvant se rattacher à la « vie » quotidienne du service, ce bon fonctionnement peut être exigé par l'utilisateur mais implique symétriquement que ce dernier ne s'emploie pas à le mettre en cause<sup>2558</sup>. Avant la loi de 2004, une telle argumentation a parfois pu être utilisée par le juge administratif, afin de sanctionner le port du foulard islamique, lorsque ce dernier a semblé servir de prétexte à la distribution de tracts, à des manifestations à l'intérieur des établissements ou à l'interventions d'associations islamiques à l'entrée des collèges et lycées<sup>2559</sup>. De tels comportements ont en effet été considérés comme contribuant « à l'atteinte au bon ordre de l'établissement et à la déstabilisation de la vie de l'établissement, créant les conditions d'une désorganisation des enseignements »<sup>2560</sup>. Le juge ne se plaçait pas ici uniquement sur le terrain de la liberté de conscience de l'utilisateur et de la neutralité du service public, mais également sur le fondement d'une limite objective tirée de la préservation de la continuité et de la sérénité du service public de l'enseignement public<sup>2561</sup>, dont dépend *in fine* la garantie du droit à l'éducation reconnu aux usagers de ce service.

---

<sup>2555</sup> CHRESTIA (Philippe), « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA* 2008, p. 2013 et VALLAR (Christian), « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *D.* 2009, n° 5, p. 348.

<sup>2556</sup> Philippe Chrestia évoquant ainsi la déshumanisation induite par le port de la burqa (*op. cit.*, p. 2017).

<sup>2557</sup> COLIN (Frédéric), « Le bon fonctionnement du service public », *RRJ* 2006-4, p. 2056.

<sup>2558</sup> COLIN (Frédéric), *op. cit.*, p. 2082.

<sup>2559</sup> V. CE, CE, 10 mars 1995, *Epoux Aoukili*, préc. et CE, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres*, préc.

<sup>2560</sup> KOUBI (Geneviève), note sous CE, 10 mars 1995, *Epoux Aoukili*, *D.* 1995, p. 367. L'auteur évoque directement à cette occasion « le standard administratif du bon fonctionnement du service public » (*op. cit.*, p. 366).

<sup>2561</sup> V. également en ce sens, CORDONNIER (Mikaëla), « Le port de signes distinctifs dans les établissements scolaires : liberté ou conformité », in G. Hénaff et P. Merle (dir.), *Le droit et l'école, de la règles aux pratiques*, PU Rennes, 2003, p. 70.

De la même manière, l'argument tenant à la garantie des droits et libertés par le bon fonctionnement du service public est souvent implicitement présenté comme un frein aux demandes d'adaptation. En effet, obliger le service à s'incliner devant des exigences spécifiques liées aux convictions se révèle susceptible d'entraîner des désorganisations matérielles menaçant la garantie des droits des autres usagers. Le service public hospitalier fournit le parfait exemple de ces difficultés : exiger, par exemple, d'être soigné uniquement par un personnel médical féminin suppose un réajustement des tours de garde qui risque par la suite de désorganiser l'offre de soins, la continuité du service, et de porter atteinte au droit à la protection de la santé des autres patients<sup>2562</sup>. De la même manière, une réponse systématiquement favorable aux demandes d'absence des élèves pour des motifs religieux risquerait de vider les classes certains jours de la semaine<sup>2563</sup> ou dans certaines matières<sup>2564</sup> et de mettre ainsi en cause le calendrier des programmes et l'organisation du temps scolaire, au détriment du droit à l'instruction dont les élèves peuvent se prévaloir<sup>2565</sup>. Interrompre les cours afin de récuser un professeur du fait de son sexe ou de la matière qu'il enseigne porte de la même manière atteinte à ce droit. Quant aux quelques hypothèses dans lesquelles des collectivités ont décidé d'aménager les horaires d'ouverture d'équipements sportifs afin de réserver certaines heures aux femmes<sup>2566</sup>, elles posaient évidemment question tant face à la continuité du service, dont l'accès normal se trouve réduit pour les utilisateurs masculins, que face à la problématique de l'égalité, le gestionnaire adoptant alors une attitude discriminante envers ces derniers. Au-delà d'une certaine mesure, l'utilisateur ne peut exiger du service qu'il s'adapte aux exigences de sa foi, ce que rappelle aujourd'hui la Charte de la laïcité dans les services publics.

Le refus de moduler les prestations et le fonctionnement des services publics en fonction des convictions religieuses s'appuie donc parfois sur des considérations objectives où le principe

---

<sup>2562</sup> Point II-B de la circulaire DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à laïcité dans les établissements de santé, *préc.* : « le libre choix du praticien par le malade ne peut aller à l'encontre du tour de garde des médecins ou de l'organisation des consultations, conformément aux exigences de continuité prévues à l'article L. 6112-2 du Code de la Santé publique ». « En outre, le libre choix exercé par le malade ne doit pas perturber la dispensation des soins, compromettre les exigences sanitaires, voire créer des désordres persistants ».

<sup>2563</sup> Par exemple, dans certains établissements, le vendredi après-midi, moment de prière chez les musulmans.

<sup>2564</sup> Pour un exemple de sanction du fait d'un défaut d'assiduité : CE, 27 novembre 1996, *Epoux Wissadane*, *Rec. Leb.* p. 462 ; *JCP G* 1997, II, 22808, note B. Seiller (absence répétée à des cours d'éducation physique et sportive sans raison médicale).

<sup>2565</sup> La Cour européenne des droits de l'homme estime ainsi que le refus de dispense générale d'assiduité scolaire est justifié par la sauvegarde du droit à l'instruction de l'enfant. Cour EDH, 27 avril 1999, *Martins Casimiro c/ Luxembourg*, req. n° 44888/98.

<sup>2565</sup> V. *supra*, A/, 1).

<sup>2566</sup> De tels aménagements ont temporairement été prévus au sein des piscines municipales de certaines villes, notamment à Lille.

de neutralité n'entre pas directement en ligne de compte. La sécurité et la continuité du service priment ici afin de garantir la satisfaction des droits et libertés du plus grand nombre, sous l'égide d'une conciliation dont les tenants ne semblent pouvoir être remis en cause. Un tel compromis illustre alors très clairement les limites de l'approche par laquelle l'utilisateur entend exiger une individualisation de ses relations avec le service public.

## 2) *Un frein nécessaire aux demandes d'individualisation des prestations*

En refusant de faire prévaloir les exigences spécifiques attachées aux convictions des individus sur les règles générales gouvernant le service public, le droit de faire valoir trop avant son altérité est dénié à l'utilisateur. Derrière l'invocation d'impératifs de sécurité et de bon fonctionnement du service se joue la volonté de préserver l'intérêt collectif de l'ensemble des usagers face à la satisfaction d'une requête individuelle par laquelle l'utilisateur solliciterait la satisfaction d'un droit, droit aux soins ou à l'instruction, par exemple, tout en demandant également le respect d'exigences liées à ses convictions. Au-delà d'un certain point, en effet, satisfaire cette demande met à mal l'édifice de garantie solidaire des droits et libertés soutenu par le service public.

Est par là-même rappelé que le service public ne peut s'extraire d'un certain niveau d'abstraction. L'individualisation des prestations constatée dans d'autres domaines tend à prendre en compte, dans une logique de la lutte contre l'exclusion, les difficultés matérielles liées à la situation économique et sociale des individus. Or, rien de tel ne se retrouve ici, confirmant, *a contrario*, la visée spécifique du recentrage autour de l'individu aujourd'hui constaté. Certes, l'utilisateur n'est plus réduit à une figure désincarnée et il convient jusqu'à un certain point de prendre en compte ses convictions afin de permettre leur expression ou, tout du moins, de ne pas les heurter. Mais le service public ne peut offrir de prestations sur mesure, en ce domaine comme en tout autre. Par cette remarque, est confirmé l'idée que l'utilisateur n'entretient pas avec le service public la relation qu'entretient le client avec une entreprise privée<sup>2567</sup>. La matérialité de la prestation ne peut connaître à l'infini de modulations en fonction de ses attentes car les exigences de la conscience d'un seul ne peuvent être satisfaites au détriment des autres usagers. Certains n'hésitent pas, du reste, à considérer expressément le phénomène de revendications observé dans certains services publics comme

---

<sup>2567</sup> Sur ce point *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.



symptomatique d'une attitude consumériste et à le condamner comme tel<sup>2568</sup>. Ce phénomène marque effectivement la volonté de certains usagers de plier le service à leurs convictions et à placer leur liberté de conscience au-dessus de toute autre considération, ce qui ne peut être accepté. Il est par ailleurs d'autant plus nécessaire de refuser cette dérive qu'il est parfois fort difficile d'opérer le départ entre ce qui relève véritablement de convictions religieuses et ce qui n'est qu'une volonté d'affirmer l'appartenance à une communauté ou l'attachement à certaines traditions. Il n'est pas rare en effet qu'aux considérations culturelles se mêlent des réflexes culturels et que l'invocation du respect de la liberté de conscience se teinte de revendications identitaires. A faire prévaloir certaines exigences sur le fondement du respect de la liberté de conscience, il existe donc toujours un risque de favoriser le repli en lieu et place de l'intégration. Facteur de cohésion, le service public se doit de préserver une certaine uniformité dans la matérialité de ses prestations au risque, sinon, de différencier et stigmatiser là où il doit réunir. La mise en place de traitements distincts sur le fondement de convictions, réelles ou attachées à un réflexe identitaire et culturel, une prise en compte systématique de revendications de ce type, reviendrait, en exacerbant les possibilités de différenciations, à faire du service public la matrice de nouvelles discriminations. A l'hétérogénéité, le service public doit continuer d'opposer une certaine transcendance, offrant à l'ensemble des usagers l'assurance qu'ils seront, au regard de leurs croyances, traités de la même manière. Introduire juridiquement la possibilité de différencier les prestations en fonction des convictions personnelles des usagers pourrait, du reste, avoir pour conséquence parallèle d'atténuer la portée générale du principe de non discrimination selon les convictions. Au regard de la cohésion sociale, de tels aménagements aboutiraient par ailleurs à coup sûr à un « *affaiblissement du vivre ensemble* », et une montée des tensions entre communautés génératrice « *d'une dislocation accrue de la Nation* », arguments ayant incité le Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution à rejeter toute lecture trop poussée du principe de neutralité positive<sup>2569</sup>.

Dans la plupart des cas, l'utilisateur reste ainsi libre d'extérioriser ses convictions mais ne peut exiger leur prise en compte au sein des services. La liberté de conscience doit plier devant certains impératifs « objectifs », du compromis opéré dépendant *in fine* la garantie efficace des droits et libertés défendus par les services publics en cause. En ces termes, l'évolution

---

<sup>2568</sup> Rapport *Laïcité et République*, Commission présidée par Bernard Stasi, La documentation Française, 2004, p. 133. V. également KADA (Nicolas), « Service public et religion : du renouveau du principe de neutralité », *AJFP* septembre-octobre 2004, p. 253.

<sup>2569</sup> V. rapport du Comité Veil, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, décembre 2008, p. 70.

constatée en faveur d'une neutralité non plus garantie mais imposée à l'utilisateur ne saurait soulever d'importantes contestations. Mais pèse également parfois sur l'utilisateur l'obligation de faire taire ses convictions afin de préserver au sein du service public la garantie de la liberté de conscience des autres usagers, obligation notamment initiée dans le domaine de l'éducation par la loi du 15 mars 2004 et conduisant à une situation d'où l'esprit de conciliation devant normalement prévaloir entre libertés semble absent.

### ***B/ Une limite subjective justifiée mais aux conséquences parfois contestables***

L'encadrement de la libre extériorisation des convictions peut trouver une seconde justification dans la volonté de préserver, au sein des services publics, une atmosphère neutre, respectueuse des convictions des autres usagers<sup>2570</sup> et garantissant ainsi la liberté de conscience de ces derniers. Nombre de mesures visent donc à prohiber les tentatives de prosélytisme, de pression ou de propagande afin que la manifestation de la liberté de conscience des uns n'empiète pas sur celle des autres (1). Toutefois, si certaines limitations doivent assurément intervenir sur le fondement d'une telle maxime, cette dernière ne saurait pour autant conduire à une exclusion pure et simple de l'expression des convictions de l'utilisateur au sein du service public. Une telle solution a pourtant été privilégiée dans le cas particulier du port des signes religieux par les élèves usagers du service public de l'enseignement, leur imposant un devoir de neutralité dont la sévérité est susceptible de remettre en cause leur liberté de conscience comme d'autres droits et libertés leur étant reconnus (2).

#### *1) Une limite à la libre extériorisation des convictions imposée afin de garantir la liberté de conscience des autres usagers*

Les restrictions imposées à l'expression des convictions des usagers résultent du fait que « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et d'assurer le respect des convictions de

---

<sup>2570</sup> Et des agents, même si, dans l'ensemble, les mesures de protection mises en place ne visent pas prioritairement ces derniers.

chacun »<sup>2571</sup>. Si la question de la conciliation de la liberté de conscience avec celle d'autrui se concentre à l'évidence le plus souvent sur les croyances religieuses, l'obligation s'impose avec la même acuité lorsque sont en cause des convictions politiques ou philosophiques. Les problématiques se rejoignent dès lors que l'usager en contact avec d'autres usagers ou des agents ne tend pas seulement à faire connaître ses convictions mais adopte une attitude par laquelle il entend convaincre ses interlocuteurs du bien-fondé de ces dernières et les inviter à suivre son exemple. Un tel comportement est alors spontanément assimilé à du prosélytisme ou de la propagande, même s'il n'est pas toujours facile de déterminer avec précision ce que recouvrent ces notions. La Cour européenne des droits de l'homme distingue ainsi en matière religieuse le « témoignage chrétien » correspondant à « la vraie évangélisation » et le prosélytisme qui en constitue « la corruption et la déformation » par l'utilisation de moyens abusifs, tels l'offre d'avantages matériels ou sociaux, ou l'exercice de pressions sur des personnes en situation de détresse<sup>2572</sup>. Toutefois, au regard de la définition originelle de ce que constitue le prosélytisme, à savoir « le zèle déployé pour répandre la foi »<sup>2573</sup>, il peut être estimé qu'il n'y a pas lieu de réserver un sort particulier à l'évangélisation<sup>2574</sup>. A s'en tenir à la circulaire du ministre de l'Education nationale du 6 mars 1991<sup>2575</sup>, propagande et prosélytisme s'y trouvent définis comme « des actes inspirés par la volonté d'imposer des idées (propagande) ou de recruter des adhérents (prosélytisme) notamment en usant de moyens qui seraient de nature à empêcher les élèves de se déterminer en toute autonomie, selon leur propre jugement ». Que les idées défendues relèvent de convictions philosophiques, politiques ou religieuses<sup>2576</sup>, de tels agissements supposent l'exercice d'une influence, voire d'une pression sur les consciences des individus, pression que l'Etat entend ne pas laisser s'épanouir au sein des services publics. Ainsi se justifient certaines limitations à la libre expression des convictions imposées aux usagers, au souci de préservation du bon fonctionnement du service et de « la sécurité des corps » s'ajoutant le soin de veiller à « la sécurité des âmes »<sup>2577</sup>. Dans sa forme la plus souple, cette vigilance fait appel à la civilité de l'usager et résulte d'une discipline que la Charte de la laïcité dans les services publics s'emploie à rappeler en précisant de manière générale que « les usagers des services publics doivent s'abstenir de toute forme de prosélytisme ». Mais le souci de préservation de la liberté

---

<sup>2571</sup> Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307/98, § 33.

<sup>2572</sup> Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce, préc.*, § 48.

<sup>2573</sup> Définition tirée du dictionnaire *Le Petit Robert*.

<sup>2574</sup> En ce sens, V. notamment CHAUVIN (Nicolas), « Laïcité scolaire et protection des élèves », *RA* 1997, n° 295, p. 16.

<sup>2575</sup> Circulaire n° 91-052 du 6 mars 1991, *BO* n° 11 du 14 mars 1991, point II. A.

<sup>2576</sup> Le prosélytisme étant plus souvent assimilé à une influence religieuse et la propagande à la diffusion d'idées politiques, même si le sens premier de ce terme est celui de « propager la foi ».

<sup>2577</sup> Selon les expressions employées par ROBERT (Jacques), « Cacophonie », *RDP* 2004, p. 312.

de conscience sert parfois de fondement à un encadrement plus poussé et un rappel plus strict de cette obligation. Les services publics les plus directement visés par de telles prohibitions sont encore une fois les lieux clos ou semi clos, écoles, hôpitaux et prisons, dans lesquels les relations entre usagers sont susceptibles de prendre une forme plus pérenne et où il apparaît plus difficile de s'extraire d'un discours prosélyte, alors même que l'utilisateur est dans un état de faiblesse<sup>2578</sup>. La charte du patient hospitalisé, reprise sur ce point par la circulaire relative à la laïcité dans les établissements de santé de 2005, rappelle ainsi très clairement que « *tout prosélytisme est interdit, qu'il soit le fait d'une personne accueillie dans l'établissement, d'une personne bénévole, d'un visiteur ou d'un membre du personnel* », la prohibition touchant ainsi toute personne entrant en contact avec le service, quelle qu'elle soit. La question du prosélytisme est également très pressante dans le cadre pénitentiaire, notamment face aux actions de certaines sectes et, surtout, à la montée de l'islamisme radical. Face à cette situation, le Garde des Sceaux a, en 2005, invité en urgence le Conseil Français du Culte Musulman à désigner un aumônier général musulman des prisons, lequel veille désormais au recrutement des aumôniers. En permettant une meilleure structuration des services d'aumôneries musulmans, les pouvoirs publics cherchent ainsi à limiter l'influence religieuse de prêcheurs extrémistes au sein des prisons, des questions évidentes de sécurité le commandant.

Mais c'est dans le cadre, scolaire que se manifeste avec le plus de clarté la volonté des autorités de soustraire les usagers à l'influence de leurs homologues. La préservation de la liberté de conscience est au cœur de l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989 : si le port de signes religieux n'est pas par lui-même passible de sanction car constituant l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation des croyances religieuses des élèves, il n'en va pas de même lorsque ces signes « *par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portées, individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de prosélytisme ou de propagande (...)* ». Dans certaines hypothèses, en rapport avec le port du voile mais où se jouait surtout un comportement particulier de l'élève, le juge a pu sanctionner le fait que des usagers aient pris part à des manifestations au sein de leur établissement, distribué des tracts ou organisé la signature de pétitions dans le but de « *convaincre les autres élèves et les autres membres de la communauté éducative et leur servir d'exemple* ». De telles attitudes ont été considérées

---

<sup>2578</sup> A l'école de par le jeune âge des usagers et dans les prisons et hôpitaux de par la situation particulière que ces derniers rencontrent en ces lieux.

comme prosélytes<sup>2579</sup>, même si le juge s'est, dans le même temps, appuyé sur les troubles occasionnés par ces événements pour confirmer les sanctions prononcées, étayant son raisonnement en s'appuyant sur des éléments objectifs tels le fonctionnement continu du service<sup>2580</sup>. Lorsqu'il est avéré, néanmoins, un comportement prosélyte porte atteinte à la préservation de la liberté de conscience d'autrui et sa sanction se trouve donc justifiée. La restriction de la libre extériorisation des convictions religieuses de l'usager joue d'ailleurs également pour l'enseignement supérieur<sup>2581</sup>, service public au sein duquel il est demandé aux étudiants de ne pas adopter d'attitudes relevant d'actes de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande<sup>2582</sup>. Si l'élève ou étudiant usager est libre d'exprimer ses convictions, c'est toujours dans la limite du respect de celles d'autrui, quel que soit le service public en cause. La garantie de la liberté de conscience tient ainsi compte du paradoxe voulant que cette liberté ne puisse s'exercer de manière absolue sans atteindre alors celle des tiers.

Toutefois, la volonté de préservation de la liberté de conscience conduit parfois à des solutions où il ne semble plus être question de conciliation. Confronté à la problématique particulière du port de signes religieux par les élèves du secondaire, le juge voit depuis 2004 son travail facilité : il n'a plus, en effet, à apprécier le comportement prosélyte formalisé à l'occasion du port de signes religieux puisqu'un tel port est désormais prohibé *ab initio*. Or la circulaire du 18 mai 2004 éclairant cette nouvelle législation fonde très clairement un tel choix sur la nécessité de défendre la liberté de conscience des élèves. Le texte précise en effet qu'en « *en préservant les écoles, les collèges et les lycées publics qui ont vocation à accueillir tous les enfants (...) des pressions qui peuvent résulter des manifestations ostensibles des appartenances religieuses, la loi garantit la liberté de conscience de chacun* ». Interrogé sur la raison pour laquelle une telle prohibition ne devait pas trouver à s'appliquer au sein de l'enseignement supérieur, le rapporteur général de la commission Stasi avait auparavant répondu que cette distinction résultait du fait que, dans les écoles et lycées, étaient en jeu des mineurs susceptibles de faire l'objet de pressions<sup>2583</sup>, argument qui tendait à rappeler la vulnérabilité particulière d'enfants n'ayant pas encore atteint un degré suffisant d'autonomie et d'esprit critique face aux tentatives d'influence menaçant leur liberté de conscience.

---

<sup>2579</sup> V. CE, CE, 10 mars 1995, *Epoux Aoukili*, préc. ; E, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres*, préc et CE, 2 avril 1997, *Epoux Mehila*, DA juillet 1997, comm. 240, p. 18, note R. S.

<sup>2580</sup> V. *supra*, A/, 1).

<sup>2581</sup> Le législateur ayant, à l'article 50 de la loi « Savary » relative à l'enseignement supérieur du 26 janvier 1984, reconnu aux étudiants une pleine liberté d'expression politique, économique et sociale, sous réserve que cette expression ne trouble pas les activités d'enseignement et de recherche ou l'ordre public.

<sup>2582</sup> CE, 26 juillet 1996, *Université Lille II*, DA novembre 1996, p. 22, note R. S.

<sup>2583</sup> Questions à Rémy Schwartz, *AJDA* 2003, p. 2340.

Cependant, face à cette interdiction récente et quasi absolue de port de signes religieux, la justification tirée de la protection de cette liberté semble manquer de portée. Si certaines actions ou discours ont en effet directement pour but d'influencer les convictions, il est difficile d'admettre que ce soit systématiquement le cas lorsqu'un élève décide d'arborer un signe religieux. Arguer de la liberté des autres usagers afin de contester ce mode d'expression des convictions ne parvient pas à emporter l'adhésion. Le raisonnement tend en effet à induire une restriction excessive des droits et libertés de l'utilisateur au sein du service public de l'enseignement.

## 2) Une limitation soulevant question dans le cadre du service public de l'enseignement

La prohibition extrêmement générale ayant résulté de la loi du 15 mars 2004 trouve sa justification dans l'idée selon laquelle « à partir du moment où la liberté des uns est menacée, c'est l'interdit qui libère »<sup>2584</sup>. Or c'est pourtant face à cette solution particulièrement sévère que l'argument tiré de la préservation de la liberté de conscience convainc le moins (a), son invocation s'avérant en outre susceptible de porter une atteinte trop importante à l'exercice des droits et libertés de l'élève-usager (b).

### a) Une atteinte à la liberté de conscience d'autrui exagérée dans sa portée

Cette contestation prend appui sur la réalité de l'atteinte portée à la liberté de conscience d'autrui par le port de signes religieux. L'interdiction mise en place entend signifier que ce choix implique forcément, en dehors de tout autre acte ou action, une attitude de prosélytisme « passif » de la part de l'élève, proposition qui rompt très nettement avec la solution antérieurement retenue par le Conseil d'Etat, laquelle rappelait au contraire que le port du voile, notamment, ne pouvait être considéré en soi comme prosélyte ou ostentatoire<sup>2585</sup>. La donne a ainsi changé sans que soit pour autant précisée la matérialité du danger qu'encourt la liberté de conscience des autres élèves. En quoi, en effet, manifester son appartenance religieuse par son apparence et renseigner ainsi autrui sur sa foi doit être considéré, en soi,

---

<sup>2584</sup> SCHWARTZ (Rémy), « L'expérience française : privatisation et liberté générale des cultes », in H. Pauliat (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2006, p. 21.

<sup>2585</sup> V. *supra*.

comme une attitude par laquelle l'usager entend convaincre et persuader de suivre son exemple ? Il est toujours difficile de définir où commencent le prosélytisme et la propagande, même lorsqu'il s'agit d'actions matérielles ou de discours. *A fortiori*, la tâche paraît d'autant plus ardue quand aucun comportement n'est reproché à l'élève en dehors du port, par essence silencieux, d'un signe d'appartenance religieuse. L'hypothèse est différente lorsque celui arborant un tel signe occupe une position d'autorité par rapport aux autres usagers. L'interdiction totale frappant en ce domaine les agents des services publics est compréhensible du fait du rôle qu'ils occupent au sein du service public, lequel les met à même d'exercer un ascendant sur ces derniers. En revanche, rien de tel ne peut être constaté dans les rapports unissant les usagers. Placés sur un pied d'égalité les uns envers les autres, aucune situation objective ne les met en position d'exercer une influence décisive sur leurs camarades. La critique vient donc ici du fait que le trouble infligé à la liberté de conscience semble être supposé *a priori*, sans qu'en soit apportée la preuve.

Certes, ne peuvent être totalement évacuées les tentatives de pression que sont notamment susceptibles de connaître les jeunes filles musulmanes de la part de leurs familles ou d'autres élèves voilées de leur classe, afin de porter le voile<sup>2586</sup>. Dans cette hypothèse, le port du signe religieux n'est pas choisi, mais imposé de manière plus ou moins directe sous l'influence d'une autorité extérieure à l'établissement ou se manifestant en son sein même. Dans le premier cas, cependant, la question n'est plus cantonnée aux relations et influences jouant entre usagers dans le cadre du service public : l'atteinte à la liberté de conscience est le fait de la famille ou de l'entourage, et non des autres usagers, et relève donc d'une problématique différente ne trouvant que partiellement résolution dans le cadre de l'interdiction posée par la loi de 2004<sup>2587</sup>. L'argument est plus préoccupant dans le second cas. Au sein des espaces clos que constituent les collèges et lycées, la dynamique de groupe et la pression qui en découle, à un âge où l'identification aux autres est justement très importante<sup>2588</sup>, ne peuvent être sous-estimées. Toutefois, la portée d'une telle argumentation ne doit pas non plus être exagérée. Si une pression diffuse a parfois pu être redoutée, elle s'est exercée dans un nombre

---

<sup>2586</sup> Des aspects culturels se mêlant souvent à la signification religieuse. Le port du voile est avant tout une manifestation de foi mais peut également révéler la volonté de revendiquer une identité ou constituer un moyen d'inspirer le respect. Sur ces différentes significations, YILDIRIM (Gulsen), « Réflexions sur l'islam, la laïcité et le service public de l'enseignement », in H. Pauliat (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2006, p. 178.

<sup>2587</sup> La problématique ne sera pas en effet réglée par la seule interdiction du port de signe religieux au sein des établissements, la jeune fille se trouvant certainement alors obligée de porter le voile dans son cercle privé.

<sup>2588</sup> « L'appartenance au groupe de pairs passe par l'adoption d'attributs vestimentaires identiques (...). La distinction relève alors paradoxalement d'un processus de construction de soi au travers de l'imitation des autres ». CORDONNIER (Mikaëla), « Le port de signes distinctifs dans les établissements scolaires : liberté ou conformité », in G. Hénaff et P. Merle (dir.), *Le droit et l'école, de la règles aux pratiques*, PUR, 2003, p. 69.

extrêmement réduit de collèges ou de lycées<sup>2589</sup>. De manière générale, le phénomène de sécularisation de la société n'épargne pas les établissements d'enseignement et dans l'immense majorité des cas, l'intégration au groupe incite plus souvent à gommer ses particularités, notamment religieuses, qu'à les afficher. Avant la loi de 2004, le contentieux portant sur le port de signes religieux était du reste peu fourni et relevait le plus souvent de démarches individuelles minoritaires allant justement à l'encontre de la norme ambiante. Avancer ce risque de pression comme l'une des raisons déterminantes de l'interdiction quasi-totale du port de signes religieux peut donc apparaître quelque peu contestable.

En outre, s'il faut considérer qu'une atteinte à la liberté de conscience se cache dans le port d'un signe religieux par nature, qu'en est-il des signes religieux « *par destination* »? Parmi ces derniers se comptent les bandanas ou bonnets destinés à cacher la chevelure des jeunes filles n'étant plus autorisées à porter le foulard islamique. De tels signes étant interdits du fait qu'ils paraissent constituer une tentative de contournement de la loi du 15 mars 2004, leur prohibition est donc censée, là encore, résulter d'une volonté de préservation de la liberté de conscience des autres usagers, laquelle ne semble pourtant pas, dans cette hypothèse, particulièrement mise en péril. Il faut en effet rappeler que, selon la circulaire du 18 mai, ces signes ne relèvent d'un caractère religieux que du fait de la volonté de l'élève de les arborer en ce sens. Les autres usagers ne peuvent donc en principe être avertis de la manifestation d'une croyance par le seul port du signe en question, puisque ce dernier ne relève pas en lui-même d'un caractère religieux. Si l'élève se contente de l'arborer sans y adjoindre un comportement particulier, le risque d'influence ou de pression sur les autres usagers peut donc sembler fort minime. A pousser le raisonnement jusqu'à son terme, le port de signes discrets, pourtant autorisé, semble même plus menaçant. Après tout, de tels signes renseignent bien plus clairement et directement sur la religion de l'élève qui les porte que ne le fait un bandana. Quant à leur discrétion, elle n'implique pas qu'ils ne puissent être vus par les autres usagers, même s'il faut pour cela se rapprocher de l'élève arborant le signe en question<sup>2590</sup>. Si le but est de préserver la liberté de conscience et s'il est à craindre que le port de signes religieux risque par lui-même de choquer les convictions des autres élèves ou d'influer sur ces

---

<sup>2589</sup> Il est ainsi rappelé que « *les établissements tranquilles semblent constituer l'écrasante majorité des établissements nationaux* ». CARTON (Olivier), « La laïcité à l'école : réaffirmation ou refonte d'un principe républicain ? », *RRJ* 2005/3, p. 1746.

<sup>2590</sup> En ce sens, DIEU (Frédéric), « Le Conseil d'Etat et la laïcité négative », *JCPA* 24 mars 2008, p. 28.



dernières, l'autorisation des signes discrets semble donc relever d'une certaine incohérence<sup>2591</sup>.

En définitive, la justification tirée de la protection de la liberté de conscience ne semble donc pas pouvoir pleinement légitimer l'interdiction du port de signes religieux imposée aux élèves. Pourtant, arguant de la garantie de cette liberté envers l'ensemble des usagers, le service public impose en cela des restrictions excessives aux droits et libertés de certains d'entre eux.

b) Une prohibition menaçant la garantie de certains droits et libertés

La première liberté visée ici est bien sûr la libre expression des convictions des élèves désireux d'arborer un signe d'appartenance religieuse. Il n'est plus, depuis la loi de 2004, question d'une conciliation entre liberté de conscience des uns et des autres mais prévalence d'un régime d'interdiction *a priori* ne laissant subsister que les signes discrets. Il faut d'ailleurs s'interroger sur la compatibilité d'une telle solution avec les prescriptions de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, car si ce texte prévoit certaines restrictions à la liberté de manifester sa religion, cette possibilité ne peut jouer que lorsque l'ordre public ou la protection des droits et libertés d'autrui le commandent. Or il ne semble pas pouvoir être considéré que le port de signes religieux par des élèves atteigne systématiquement l'un ou l'autre de ces impératifs et suppose donc en retour une interdiction quasi générale. Saisi de cette question de conventionnalité à l'occasion de l'examen de la circulaire du 18 mai 2004, le Conseil d'Etat a pourtant rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 9, estimant que « *l'interdiction (...) ne porte pas à cette liberté une atteinte excessive au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics* »<sup>2592</sup>. Il semble s'être pour cela fondé sur la position défendue par la Cour européenne à l'occasion de l'affaire *Leyla Sahin c/ Turquie* du 29 juin 2004<sup>2593</sup>, dans laquelle cette instance a estimé conforme à l'article 9 une

---

<sup>2591</sup> Le problème reste par ailleurs entier des tenues arborées par certains élèves, type T-shirt ou bijoux qui détournent les symboles religieux et peuvent être perçus comme blasphématoires.

<sup>2592</sup> CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *Rec. Leb.* p. 367, p., *AJDA* 2005, p. 43, note F. Rolin. Dans le même sens, CE, Sect., 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal et M. Singh et autres* (deux espèces), *RFDA* 2008, p. 529, concl. Rémi Keller.

<sup>2593</sup> Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98. Le commissaire de gouvernement Rémi Keller s'est appuyé sur cette décision pour conclure à la conformité de l'interdiction édictée par la loi du 15 mars 2004 au regard de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il estime en effet que, même si la solution relative à Turquie n'est pas directement transposable, « *l'ensemble projette un éclairage qui (...)*

réglementation de l'université d'Istanbul interdisant aux étudiants le port du foulard islamique et le port de la barbe<sup>2594</sup>. La Cour a, dans cette espèce, reconnu que la liberté d'expression religieuse pouvait se voir limitée pour des motifs légitimes, dès lors que cette restriction était proportionnée, sachant qu'« *une marge de manœuvre doit être laissée en la matière au décideur national* ». Toutefois, si la problématique de l'affaire *Sahin* est identique à celle ayant entraîné l'intervention du législateur français – le port de signes d'appartenance religieuse – il n'en est pas de même du contexte dans lequel trouvaient à jouer ces prohibitions en Turquie. Pour reconnaître la conformité du règlement intérieur de l'université d'Istanbul, les juges de Strasbourg ont en effet tenu compte du caractère laïc de l'Etat turc, laïcité que certains mouvements politiques extrémistes cherchent à remettre en cause en s'efforçant d'imposer une conception de la société fondée sur des règles religieuses dans un pays à majorité musulmane. En cela, le port du foulard islamique a acquis au cours des dernières années en Turquie une portée politique. L'interdiction totale imposée aux étudiants se justifiait donc par des considérations liées à la conservation d'idéaux démocratiques et pluralistes mis à mal dans un contexte particulier que ne connaît assurément par la France. Le rapprochement de la solution retenue par la Cour européenne de celle défendue par le législateur français peut en cela sembler quelque peu hasardeuse, ce que n'ont pas manqué de relever certains commentateurs<sup>2595</sup>. En effet, le Conseil d'Etat, écartant « *tous ces éléments de contexte au profit d'une motivation purement abstraite qui ne fait aucune place aux éléments de faits* », aboutit à une extrapolation qui apparaît extrêmement contestable « *tant apparaît dénaturée la portée de la solution de l'instance européenne qui, on doit le souligner nettement ne peut valoir que pour la Turquie* »<sup>2596</sup>. La conventionalité de la solution française, notamment quant à sa proportionnalité<sup>2597</sup>, n'est donc pas certaine<sup>2598</sup>. Les dernières

---

*paraît plutôt favorable à la réglementation française* ». KELLER (Rémi), « La validité de la circulaire sur les ports des signes religieux dans les établissements scolaires publics », conclusions sur CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, RFDA 2004, p. 979.

<sup>2594</sup> Cette décision ayant par la suite fait l'objet d'un renvoi en grande Chambre donnant lieu à la décision Cour EDH, *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005, par laquelle la solution a été confirmée (*AJDA* 2006, p. 315, note G. Gonzalez).

<sup>2595</sup> V. notamment DIEU (Frédéric), « Le Conseil d'Etat et la laïcité négative », *JCPA* 24 mars 2008, p. 32 ; ROLIN (Frédéric), « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », note sous CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *AJDA* 2005, p. 44 ; WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 666.

<sup>2596</sup> ROLIN (Frédéric), *Ibid.* Les instances européennes semblaient retenir, avant l'affaire *Sahin*, une solution moins « contextualisée ». V. la position retenue dans la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 3 novembre 1993, *Karaduman c/ Turquie*, req. n° 16278/90, dans laquelle l'interdiction du port du voile à l'Université n'est pas considérée comme une ingérence dans la liberté de religion des étudiants, position justifiée par le respect des convictions d'autrui et de lutte contre le fondamentalisme religieux.

<sup>2597</sup> Conduisant, en cas de refus de l'élève, à son exclusion définitive de l'établissement. Sur ce point, FLAUSS (Jean-François), « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 221.

jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant directement la France, tendent par ailleurs à jeter un doute encore plus grand sur ce point<sup>2599</sup>. En effet, invitée à contrôler des décisions d'exclusion définitives intervenues, sous l'empire du droit applicable avant la loi du 15 mars 2004, à l'encontre de jeunes filles refusant d'ôter leur voile en cours d'éducation physique, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 9 de la Convention. Bien qu'elle reconnaisse ici une restriction à la liberté religieuse, elle estime celle-ci fondée dès lors que, notamment, cette dernière intervient dans un but légitime - des raisons de sécurité, d'hygiène et de santé publique - et en accord avec le contexte français accordant une valeur constitutionnelle au principe de laïcité. Cependant, au diapason de la solution retenue par l'avis du Conseil d'Etat de 1989 dont elle avait à juger dans les affaires présentes, la Cour prend soin de rappeler l'importance et la nécessité d'une appréciation au cas par cas, « *le port de signes religieux [n'étant] pas en soi incompatible avec le principe de laïcité* » mais le devenant « *suivant les conditions dans lesquelles celui-ci était porté et aux conséquences que le port d'un signe pouvait avoir* »<sup>2600</sup>. *A contrario*, la solution d'interdiction quasi totale instaurée à partir de 2004 pourrait donc, dans des jurisprudences futures de la Cour, conduire à une condamnation de la France et révéler ainsi son inconventionnalité au regard de l'article 9<sup>2601</sup>.

Sauf exception extrêmement restreinte, la libre extériorisation des convictions religieuses est déniée aux élèves sans que la sévérité d'une telle interdiction semble être justifiée par une menace réelle, que ce soit au regard des nécessités de l'ordre public ou de la liberté de conscience des autres usagers<sup>2602</sup>. Et la mise en place d'un dialogue préalable à toute procédure disciplinaire n'apparaît pas changer la donne sur ce point. Si l'article L. 141-5 du Code de l'Education impose en effet ce dialogue entre les différents protagonistes, ce dernier n'est organisé que dans le but de « *convaincre les élèves de l'importance du respect du*

---

<sup>2598</sup> Dans ses conclusions sur l'arrêt CE, Sect., 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal (RFDA 2008, p. 531)* le commissaire du gouvernement Rémi Keller règle la question de la conformité des décisions d'exclusions prises au regard de l'article 9 de la Convention européenne en considérant notamment que, dans l'arrêt de grande chambre *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour de Strasbourg se fonde moins que dans sa précédente décision sur le contexte particulier de la Turquie. Cet argument peut cependant sembler contestable, l'arrêt en cause prenant soin de récapituler les caractéristiques de la situation turque (v. notamment § 113 à 120).

<sup>2599</sup> CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c/ France*, Aff. n° 27058/05 et *Kervanci c/ France*, Aff. n° 31645/04.

<sup>2600</sup> CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c/ France*, point n° 69.

<sup>2601</sup> En ce sens, RAIMBAULT (Philippe), « La question du voile devant la CEDH », note sous arrêt CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c/ France*, DA janvier 2009, comm. n° 8.

<sup>2602</sup> Alors que ce dernier élément est pris en compte dans le cadre de l'affaire *Leyla Sahin*, les juges de Strasbourg rappelant que « *lorsque l'on aborde la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation contraignante pour ceux qui ne l'arborent pas* ». Cour EDH, *Leyla Sahin c/ Turquie*, 10 novembre 2005, § 115.

*principe de laïcité* », la circulaire soulignant plus précisément que « *ce dialogue n'est pas une négociation et ne saurait bien sûr justifier de dérogation à la loi* »<sup>2603</sup>. Nulle atténuation ne saurait donc découler de cette concertation, laquelle doit simplement permettre de pacifier le conflit entretenu avec l'élève ou ses parents en leur expliquant « *que le respect de la loi n'est pas un renoncement à leurs convictions* »<sup>2604</sup> et éviter ainsi que leur refus aboutisse à une décision d'exclusion définitive de l'établissement. Si l'élève persiste cependant, une telle sanction sera prononcée.

Le respect par cette législation de l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 ou de l'article 2 du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, proclamant tous deux le droit à l'instruction, peut alors également poser question. L'interdiction presque totale de possibilité d'expression des convictions religieuses opposée aux élèves oblige en effet ces derniers soit à taire les exigences de leur croyance, soit à encourir l'exclusion et poursuivre leur scolarité en dehors de l'enseignement public<sup>2605</sup>. Dans ce dernier cas, les élèves récalcitrants peuvent alors se tourner vers l'enseignement privé. Toutefois, les établissements confessionnels musulmans sont extrêmement rares. Quant aux écoles sikhes, elles semblent être totalement inexistantes, alors que ce sont au sujet de ces deux religions que se concentre pour l'heure la problématique du port des signes. Les élèves sont donc le plus souvent contraints de s'inscrire dans des écoles catholiques, solution étrange en soi et qui ne peut du reste apparaître totalement efficace, la Cour de cassation ayant en effet pu valider la décision d'exclusion d'une élève inscrite dans un établissement privé dont le règlement intérieur prohibait le port du voile<sup>2606</sup>. Par ailleurs, les frais de scolarité sont, dans certains cas, susceptibles de limiter la possibilité de suivre sa scolarité dans de tels établissements. Restent alors les solutions de l'enseignement à distance ou d'une instruction assurée par la famille<sup>2607</sup>, lesquelles apparaissent bien peu satisfaisantes. Il n'est pas sûr, en effet, que ces aménagements garantissent pleinement et réellement le droit à l'instruction de personnes

---

<sup>2603</sup> Point 3.1 de la circulaire du 18 mai 2004.

<sup>2604</sup> Point 3.2 de la circulaire du 18 mai 2004.

<sup>2605</sup> L'argument tiré de la violation de l'article 2 du premier protocole additionnel, développé à l'occasion de la jurisprudence CE, Sect., 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal (préc.)* a été rejeté par le juge administratif au motif de l'existence de cette possibilité.

<sup>2606</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 21 juin 2005, *Melle Fatima Benmehania*, *AJDA* 2005, p. 1863. La Cour estime ici que l'établissement ne viole pas l'article L. 442-1 lui imposant le respect de la liberté de conscience des élèves et leur accès sans discrimination aux écoles privées et que cette prohibition du foulard islamique n'est pas incompatible avec les prescriptions de l'article 9 de la Convention européenne.

<sup>2607</sup> Cette possibilité étant prévue par l'article L. 131-2 du Code de l'Éducation et rappelée par le Conseil d'État dans son arrêt CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal, préc.*

mineures en pleine phase d'apprentissage<sup>2608</sup>. Placés en dehors du système scolaire traditionnel, les élèves risquent par ailleurs de perdre le bénéfice du phénomène d'émancipation et d'intégration promis par l'école républicaine. Dans son analyse prospective des effets de la législation de 2004, Olivier Carton prédit ainsi qu'« *au lieu de fédérer, de rassembler, de convaincre ces élèves de la pertinence du projet républicain, l'école et la loi provoqueront ces choix déchirants et en définitive favoriseront plus qu'elles ne réduiront la fragmentation de la société, sur la base d'un critère de religiosité* »<sup>2609</sup>. C'est alors, paradoxalement, la volonté de défense du « vouloir vivre ensemble » au sein de l'école qui risque de conduire à la montée des communautarismes.

Enfin, le principe même de l'interdiction de port de signes distinctifs au sein de ce service public est susceptible d'entraîner certaines discriminations. L'une d'entre elle est fonction d'une constatation objective : certaines religions exigent l'adoption de ports de signes distinctifs spécifiques quand d'autres n'imposent aucune obligation en la matière<sup>2610</sup>. A l'époque de l'intervention de la loi de 2004, certains commentateurs ont clairement estimé que la loi visait principalement à interdire le port du foulard islamique<sup>2611</sup>. Si la question s'est ensuite dans les faits étendue au port du keshi sikh, ce qui a opportunément permis de prouver l'absence d'intention discriminante particulière envers le port du voile, il n'en reste pas moins vrai que la loi trouve, dans ces deux hypothèses, son champ d'intervention privilégié, du moins tant que la religion catholique, par exemple, n'érige pas de son côté en obligation le port de signes religieux extrêmement. En outre, l'interdiction du port de signe à connotation religieuse « *par destination* » n'est pas exempte de danger, au sens où elle réintroduit forcément une appréciation subjective de la part des autorités de l'établissement chargées d'apprécier le comportement de l'élève arborant un tel signe. Or, dans les faits, le soupçon portant sur la signification religieuse d'un bandana, par exemple, risque d'être souvent originellement motivé par la consonance étrangère du patronyme ou par l'apparence physique

---

<sup>2608</sup> En ce sens, GONZALEZ (Gérard), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cour EDH, *Leyla Sahin c/ Turquie*, 10 novembre 2005, *AJDA* 2006, p. 319.

<sup>2609</sup> CARTON (Olivier), « La laïcité à l'école : réaffirmation ou refonte d'un principe républicain ? », *RRJ* 2005/3, p. 1751.

<sup>2610</sup> RIVERO (Jean), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », note sous avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, *RFDA* 1990, p. 2.

<sup>2611</sup> V. ainsi les propos particulièrement virulents de Jaques Robert : « *C'est vraiment prendre le peuple soi-disant le plus intelligent de la terre pour un rassemblement de « gogos » que d'essayer de lui démontrer - avec conviction ?- qu'un texte qui interdit dès la rentrée scolaire prochaine le port de la kippa juive et du voile islamique en eux-mêmes (parce qu'ils seraient par nature « ostensibles ») et non les petites croix chrétiennes discrètes, n'est en aucune manière discriminatoire !* ». ROBERT (Jacques), « Cacophonie », *RDP* 2004, p. 311.

de l'élève en cause<sup>2612</sup>. Même si le risque de discrimination n'est pas systématique, il semble se trouver favorisé de manière insidieuse. Une telle vigilance envers les signes arborés par les élèves oblige l'administration à réinvestir le fait religieux pour mieux le combattre, solution paradoxale qui marque assurément « *la volonté de reconquérir et de relaïciser l'espace public scolaire* »<sup>2613</sup>.

En conclusion, au regard de l'extériorisation de sa foi par le port de signes religieux, le sort de l'élève usager peut paraître peu enviable. La solution défendue par la loi du 15 mars 2004 paraît en effet particulièrement sévère, écho d'une laïcité de combat entendant exclure totalement le fait religieux du cadre scolaire. Derrière le prétexte contestable d'une défense de la liberté de conscience se devinent d'autres causes, diffuses mais révélant assurément la volonté de couper court à la montée des revendications au sein d'un service public que l'Etat entend mettre à l'abri des soubresauts de la société qui l'entoure et, tout particulièrement, de la montée des communautarismes. L'école doit demeurer un lieu d'apprentissage de la citoyenneté supposant la prévalence de l'idée d'unité, de communauté soudée par le « vouloir vivre ensemble ». La solution retenue suppose alors que les frontières de la libre expression des convictions de l'usager s'alignent sur celles de l'agent, évolution parfois peut-être plus dangereuse que protectrice pour ses droits et libertés et, qui, paradoxalement, par les exclusions qu'elle suppose dans le cadre particulier de l'enseignement, risque de renforcer le communautarisme là où elle entendait le combattre.

## CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

L'un comme l'autre des protagonistes du service public, agent ou usager, font ainsi l'objet de solutions aboutissant parfois à une inflexion importante de la faculté d'extérioriser leurs convictions. Il serait faux cependant d'en conclure pour autant à une atteinte systématique de la liberté de conscience par le service public. Dans une grande majorité des cas, les limitations imposées trouvent une justification dans la nécessaire conciliation devant être opérée avec la liberté d'autrui. Le bilan apparaît ainsi mitigé : positif lorsque les solutions privilégiées font montre d'un esprit de compromis, négatif lorsque l'équilibre bascule et, avec lui, la garantie de la liberté de conscience des individus évoluant au sein du service public. Au-delà de la

---

<sup>2612</sup> Sur ce risque, DIEU (Frédéric), « Le Conseil d'Etat et la laïcité négative », *JCPA* 24 mars 2008, p. 29.

<sup>2613</sup> DIEU (Frédéric), *op. cit.*, p. 34.

sphère particulière du service de l'enseignement, néanmoins, le sort de l'usager au regard de sa liberté de conscience demeure globalement favorable. Par son indifférence, le service public respecte l'expression de son for intérieur tout en garantissant activement dans le même temps ses droits et libertés contre toute conséquence négative qui découlerait d'une extériorisation trop poussée des convictions de la part d'autres usagers ou d'agents. De par leur statut et la position particulière qu'ils occupent par rapport au service public comme par rapport aux usagers, ces derniers connaissent assurément d'une situation moins enviable, se ramenant souvent à la neutralisation pure et simple de l'expression de leurs convictions dans le cadre du service. La complexité de la conciliation à opérer entre leurs droits et ceux des usagers invite à privilégier une solution sans nuance. Ce n'est par ailleurs pas là le seul point de confrontation entre ces protagonistes, révélateur de l'inévitable conflit d'exercices des libertés au sein du service public. L'agent est en effet titulaire de droits attachés à son statut de travailleur devant se concilier avec le rôle de garantie endossé par le service public au bénéfice de l'ensemble des citoyens.





## CHAPITRE SECOND

### LE SERVICE PUBLIC ET LA GARANTIE DES LIBERTES PROFESSIONNELLES DES AGENTS

Le service public doit veiller à garantir les libertés professionnelles aujourd'hui reconnues aux agents travaillant en son sein<sup>2614</sup>. « *L'union faisant la force* », la liberté syndicale leur offre ainsi la possibilité d'« *atténuer leur position d'infériorité* » par rapport à un employeur aussi puissant et organisé que l'Etat, les mettant « *mieux en mesure de défendre leurs intérêts professionnels, qu'il s'agisse d'en obtenir le respect ou d'assurer l'amélioration de leur condition* »<sup>2615</sup>. Action collective et concertée consistant en « *une cessation du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* »<sup>2616</sup>, la grève constitue l'expression la plus forte de cette logique de défense, tandis que le droit de participation a pour ambition de rééquilibrer les rapports entre personnels et gestionnaires des services publics sur le fondement d'une politique de dialogue.

Cependant, l'agent n'est pas un travailleur comme les autres<sup>2617</sup>, remarque tendant à rappeler la spécificité de sa position au regard de l'exercice de ces prérogatives comprises comme autant de « libertés-autonomie » conquises sur le pouvoir. Leur garantie n'est ainsi pas toujours allée de soi au sein du cadre particulier du service public. Pendant longtemps, en

---

<sup>2614</sup> La dénomination d'agent du service public recoupe plusieurs réalités différentes car ne recouvre pas seulement celle d'agent public. La qualité d'agent public suppose en effet, sauf exceptions, que la personne soit employée par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. Cette définition se confond avec celle du fonctionnaire, agent public titularisé dans un grade de la fonction publique et celle du non titulaire, agent contractuel, aujourd'hui considéré comme agent public dès lors qu'il travaille pour le compte d'un service public administratif géré par une personne publique, et ce quel que soit son emploi (V. TC, 26 mars 1996, *Berkani, Rec. Leb.* p. 535 ; *GDJDA* p. 581). Ces précisions sont nécessaires car la qualité d'agent public entraîne l'application des règles du droit administratif de la fonction publique, quand les autres agents (employés par une personne privée gérant un service public et/ou travaillant dans le cadre d'un service public industriel et commercial) se voient soumis aux dispositions du Code du travail et sont donc placés dans une situation similaire à celle des salariés de droit privé (les agents des entreprises à statut, telles la SNCF ou EDF-GDF, relevant d'un régime hybride, liés à leur employeur par un contrat de droit privé mais soumis à un statut réglementaire). Au sein des services publics, les agents publics demeurent de loin les plus nombreux et ce sera au regard des règles spécifiques leur étant appliquées que s'orientera prioritairement l'analyse de la garantie de leurs droits professionnels.

<sup>2615</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 253.

<sup>2616</sup> TERNEYRE (Philippe), « Alinéa 7 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 169.

<sup>2617</sup> MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 12.

effet, a prévalu un modèle autoritaire, privilégiant l'image d'un fonctionnaire placé dans une position de sujétion au regard de la puissance publique, « *soumettant son intérêt individuel à la loi de l'intérêt général* »<sup>2618</sup>. Le modèle classique de fonction publique impose un assujettissement des agents dont Jacques Chevallier a systématisé les différentes facettes : assujettissement à la fonction, tout d'abord, qui exige le dépassement des intérêts particuliers afin de pouvoir se consacrer uniquement à la satisfaction de l'intérêt général, assujettissement à l'Etat, ensuite, aucune discussion ne pouvant être envisagée en ce qui concerne un statut unilatéralement imposé par ce dernier et assujettissement à son supérieur, enfin, l'agent étant soumis à une stricte subordination hiérarchique<sup>2619</sup>. Une telle approche n'a toutefois pas résisté à la pression des faits et apparaît aujourd'hui caduque sous l'impulsion de la reconnaissance de ces libertés collectives, laquelle a à la fois formalisé et encouragé une modification profonde de la position de l'agent face aux pouvoirs publics. Le service public lui offre aujourd'hui la garantie de pouvoir exercer ces libertés, aux termes d'une évolution par laquelle sa situation s'est progressivement alignée sur celle des salariés du secteur privé, voire l'a dépassée. Alors même que le statut particulier d'agent semblait s'y opposer à l'origine, par un renversement de situation presque paradoxal, d'autres facettes de ce même statut semblent en effet aujourd'hui favoriser dans les faits un exercice accru de ces libertés au sein du service public (*Section première*).

Toutefois, l'agent demeure lié au service, et de ce lien découlent inéluctablement certaines limitations, indispensables à la conciliation de l'exercice de ses libertés professionnelles avec le rôle de garantie des droits et libertés endossé par le service public à l'égard de l'ensemble de la population. Le paradoxe se retrouve ici entre prérogatives des agents et des usagers : la reconnaissance des libertés professionnelles au sein du service public est acquise, mais dans les limites imposées par les impératifs de fonctionnement du procédé et, partant, par la mise en oeuvre des droits et libertés des usagers. Or, l'importance aujourd'hui accordée à ce dernier aspect, la « redécouverte » de la garantie offerte par le service public, tend à réévaluer les équilibres jusqu'alors mis en place. Certaines évolutions se font jour, aux termes d'un compromis devant offrir une meilleure protection des usagers tout en respectant, voire améliorant, dans certains cas, la garantie des libertés professionnelles des agents (*Section seconde*).

---

<sup>2618</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 74.

<sup>2619</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 405.

**SECTION PREMIERE**  
**DES LIBERTES PROFESSIONNELLES GARANTIES**  
**AU SEIN DU SERVICE PUBLIC**

La garantie de ces libertés est relativement récente. En effet, les droits attachés à la défense des intérêts professionnels des agents ont été acquis au prix d'une confrontation avec les pouvoirs publics entamée dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et ne s'étant victorieusement achevée qu'au début de la IV<sup>ème</sup> République. Sont à cette date reconnus à leur égard droit de grève, droit de participation et liberté syndicale, prérogatives dont la garantie va par la suite se développer et se perfectionner au sein des services publics. Le mouvement est alors tourné vers l'agent, jusque-là oublié du bénéfice des libertés professionnelles, et désormais autorisé à faire valoir les intérêts particuliers liés à ses conditions de travail ou d'emploi. Cette action peut être menée sous l'égide d'une confrontation avec le gestionnaire du service, confrontation matérialisée par l'exercice du droit de grève et la liberté syndicale<sup>2620</sup>. Ces prérogatives ont connu une trajectoire parallèle dans leur consécration comme dans leur mise en œuvre, laquelle se caractérise aujourd'hui par un exercice plus important des ces libertés au sein du service public que dans le secteur privé (Paragraphe premier). La défense des intérêts professionnels peut également se résoudre par la voie du dialogue. Un droit de participation est ainsi reconnu aux agents, formalisé à travers diverses structures et méthodes, tendant à les associer à la marche du service et connaissant encore à l'heure actuelle certains perfectionnements (Paragraphe second). Bien que récente, la garantie offerte par le service public aux libertés professionnelles est ainsi devenue aujourd'hui une réalité incontestable.

---

<sup>2620</sup> Bien qu'ils ne soient pas consubstantiels, droit de grève et liberté syndicale sont intimement liés. « *Leur passé est le même : la force croissante des mouvement ouvriers s'est manifestée non par la multiplicité des grèves anarchiques mais par l'opportunité et la discipline des arrêts de travail concertés (...). Leur avenir demeure lié, sinon commun : appelés à participer et à coopérer, les syndicats conservent leur fonction fondamentale de contestation pour laquelle la grève demeure le moyen essentiel parce qu'ultime, qui donnent force aux autres armes qu'ils peuvent brandir* ». VERDIER (Jean-Maurice), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.* 1963, chron. , p. 270.

PARAGRAPHE PREMIER  
LE DROIT DE GREVE ET LA LIBERTE SYNDICALE, PREROGATIVES  
RECONNUES ET MISES EN OEUVRE AU SEIN DU SERVICE PUBLIC

L'évolution de la garantie offerte aux agents au regard de ces libertés est intéressante à retracer car elle rappelle la spécificité du statut d'agent du service public et ses conséquences au regard de l'exercice du droit de grève et de la liberté syndicale. Au sein du service public, l'agent est en effet passé d'une absence totale de garantie de ces droits à une très large possibilité d'en connaître et d'en user. La résistance opposée à la reconnaissance de ces prérogatives marquait très clairement sa situation particulière. De par une conception extrêmement rigide de son rôle, toute possibilité de défense de ses intérêts professionnels lui était refusée sur le fondement d'une incompatibilité irréductible entre logique d'appartenance à la fonction publique et velléités revendicatrices. Ces libertés n'avaient donc pas droit de cité au sein des services publics et ce n'est qu'au prix d'âpres affrontements que les libertés de se syndiquer et de faire grève ont été conquises, le Préambule de la Constitution de 1946 étant venu mettre un terme au débat en consacrant de manière très générale ces prérogatives à l'ensemble des travailleurs (A). Les agents ont dès lors pu éprouver et faire jouer les potentialités offertes par ces libertés, dont l'exercice au sein des services publics est désormais largement protégé, la situation particulière d'agent du service public semblant même faciliter leur mise en œuvre (B).

*A/ Une consécration au bénéfice des agents*

Le très net refus opposé dans les premiers temps à l'agent du service public répond à certaines considérations pragmatiques, liées tant à la situation privilégiée dont il est censé bénéficier qu'à la fonction particulière qu'il occupe à l'égard du service. Interviennent ainsi différents arguments qui ne vont cependant pas résister à l'épreuve des faits, puis du droit. Le souhait de l'agent de pouvoir se prévaloir des mêmes droits que les travailleurs du secteur privé est en effet entendu par le constituant de 1946. A partir de cette date, lui est reconnue la possibilité de jouir de la liberté syndicale et du droit de grève et de se les voir garantis dans le cadre du service public. Un véritable tournant s'opère alors au bénéfice de l'agent (2).

### 1) *Un pouvoir de revendication professionnelle conquis de haute lutte*

L'essor du mouvement syndicaliste en France, lié au développement industriel et à l'importance croissante de la classe ouvrière, conduit les pouvoirs publics à prendre acte des évolutions sociales et à consacrer la liberté syndicale dans la loi Waldeck- Rousseau du 21 mars 1884. Cependant, cette avancée libérale est à l'époque entendue par les pouvoirs publics comme devoir exclure les fonctionnaires de son champ d'application et ce alors même que le souhait de pouvoir se syndiquer trouve pourtant à s'exprimer au sein de la fonction publique dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Une telle exigence se heurte en effet à l'époque à de multiples arguments, dont la jurisprudence du Conseil d'Etat *Boisson*, du 13 janvier 1922, offre la parfaite synthèse<sup>2621</sup>. Y sont réunis par le juge administratif les différents motifs s'opposant à l'extension du bénéfice de la loi de 1884 aux agents publics. Certains sont d'ordre textuels : le Conseil d'Etat note ainsi que la lettre même de la loi ne semble pas intéresser directement la fonction publique<sup>2622</sup>. Est rappelé en outre qu'une loi du 12 mars 1920 prévoit un texte spécial afin de fixer le sort de la liberté syndicale dans la fonction publique, ce qui sous-entend que les fonctionnaires ne sont pas visés par la législation antérieure. Mais le Conseil d'Etat insiste surtout sur les conséquences particulières découlant de l'appartenance à la fonction publique. Les fonctionnaires sont en effet placés dans une situation unilatéralement définie par les pouvoirs publics. En ce qui concerne donc la détermination de leurs conditions de travail, domaine d'intervention des syndicats, « *rien ne se négocie, rien n'est - théoriquement tout au moins - négociable* »<sup>2623</sup>, l'agent devant demeurer dans une situation d'assujettissement face aux pouvoirs publics. Est par ailleurs mis en avant le respect de la continuité des services publics, lequel apparaît pour le juge exclure par principe toute action syndicale. Cette dernière est en effet soupçonnée de vouloir attenter à la règle hiérarchique gouvernant l'action administrative et de sous-tendre la grève, « *arme ultime* »<sup>2624</sup> dans la doctrine syndicaliste. Or il est strictement interdit aux fonctionnaires de s'exonérer des « *obligations dérivant des nécessités mêmes du service* »<sup>2625</sup>. Se devine, derrière ces arguments, une très grande

---

<sup>2621</sup> CE, 13 janvier 1922, *Boisson*, *Rec. Leb.* p. 52 ; *S.* 1922, III, p. 1, note M. Hauriou.

<sup>2622</sup> L'article 3 de cette loi indique que « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles* », formulation qui ne semble pas forcément exclure les fonctionnaires mais qui va être comprise comme telle par les pouvoirs publics et le juge. Il est vrai que les travaux préparatoires de ce texte ne faisaient à aucun moment mention des agents des services publics. Sur ce point, DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 78, note 38.

<sup>2623</sup> LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 10.

<sup>2624</sup> V. LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 352.

<sup>2625</sup> CE, 13 janvier 1922, *Boisson*, *préc.*

réticence à admettre l'implantation du mouvement syndical au sein des services publics. Le contexte politique et social dans lequel a éclo le syndicalisme est susceptible d'expliquer pour une large part cette résistance : « *né de l'exploitation ouvrière, sous-produit de la lutte des classes* », ce mouvement semble n'avoir « *apparemment rien de commun avec une fonction publique située hors des rapports de production et préposée au service de l'intérêt général* »<sup>2626</sup>. Il est vrai que le syndicalisme défend à l'époque une idéologie à tendance très nettement révolutionnaire<sup>2627</sup> dont les tenants semblent difficilement s'accorder avec les principes d'organisation de la fonction publique. L'action syndicale paraît ainsi porteuse d'une remise en cause profonde du modèle autoritaire gouvernant cette dernière et ne saurait être tolérée. Hauriou le rappelle dans sa note sous l'arrêt *Boisson* : l'Etat n'est en aucun cas un « patron » comme les autres, « *il n'y a pas d'employeurs, d'employés, car tous sont également au service de la fonction* »<sup>2628</sup>. Reste défendue une vision aseptisée des relations sociales, dans laquelle les agents représentent des intérêts généraux et ne sauraient en cela « *avoir de revendications spécifiques à formuler à l'encontre de l'Etat* »<sup>2629</sup>. Et si des conflits interviennent, « *ce serait un non-sens d'admettre qu'ils puissent être réglés par la lutte des classes* »<sup>2630</sup>.

Liberté syndicale et fonction publique paraissent en cela vouées à s'exclure mutuellement, aucune garantie de cette prérogative n'étant offerte aux agents. Toutefois, cette prohibition va à l'encontre des évolutions à l'œuvre au sein de la fonction publique. En effet, le contexte économique, politique et social ayant favorisé l'essor du syndicalisme ne s'est pas arrêté aux portes des services publics. Leurs agents ont longtemps été considérés comme appartenant « *au milieu privilégié des serviteurs de l'Etat* »<sup>2631</sup>. Bénéficiant d'avantages dont ne disposaient pas les salariés privés<sup>2632</sup>, occupant des fonctions leur conférant un certain prestige, les fonctionnaires acceptaient en contrepartie les sujétions qui leur étaient imposées. Mais la donne a évolué au fil du temps. La diversification des interventions de l'Etat a impliqué une forte croissance des effectifs et, partant, « *l'élargissement des bases sociales du*

<sup>2626</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 406.

<sup>2627</sup> La Charte d'Amiens, adoptée lors du IX<sup>ème</sup> congrès de la CGT en octobre 1906, déclare ainsi que « *le syndicalisme prépare l'émancipation intégrale qui ne peut se réaliser que par l'appropriation capitaliste* ». Le moyen d'action préconisé est la grève générale et le syndicat, « *mouvement de résistance* », doit devenir « *le groupement de production et de répartition, base de réorganisation sociale* ».

<sup>2628</sup> HAURIOU (Maurice), note sous CE, 13 janvier 1922, *Boisson*, S. 1922, III, p. 2.

<sup>2629</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 44.

<sup>2630</sup> HAURIOU (Maurice), *Ibid.*

<sup>2631</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*

<sup>2632</sup> Tels que sécurité de l'emploi, retraite, congés.

*recrutement* »<sup>2633</sup> vers les classes ouvrières et paysannes. Les tâches affectées à ces agents n'ont plus toujours relevé de missions de puissance publique pure mais également d'activités industrielles et commerciales favorisant la constitution d'« *un prolétariat de l'Etat difficilement différenciable du prolétariat des entreprises capitalistes* »<sup>2634</sup>. Ce phénomène a rapproché la condition de travail des agents de celle des salariés et les a incités à proclamer leur solidarité avec ces derniers. Enfin, les privilèges dont jouissaient les fonctionnaires se sont atténués au fur et à mesure que les avantages qui leur étaient autrefois réservés s'étendaient au secteur privé grâce à la conclusion de négociations collectives. Progressivement, le prestige ne dépend plus seulement de la fonction mais également de la rémunération, laquelle évolue peu dans la fonction publique<sup>2635</sup>. La contrepartie liée aux avantages de leur statut n'apparaît plus suffisante. Le fonctionnaire n'ayant plus le sentiment d'appartenir à une élite tend alors plus facilement à remettre en cause les contraintes qu'il subit et devient de plus en plus désireux « *de conquérir certains droits contre l'Etat et de lutter contre l'arbitraire hiérarchique* »<sup>2636</sup> à travers l'action syndicale. Les agents des services publics vont donc tenter de contourner l'interdiction et d'obtenir en fait ce qu'ils n'ont pu se voir reconnaître en droit. Bien que dépourvus d'existence légale et encourant toujours la censure des juges<sup>2637</sup>, des syndicats sont ainsi créés dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>2638</sup>. A la suite de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, la possibilité de créer des associations professionnelles de fonctionnaires - dont les caractéristiques se différencient peu de celles des syndicats - encourage d'autant plus ces initiatives<sup>2639</sup>. Cédant devant cet état de fait, les pouvoirs publics optent peu à peu pour une attitude bienveillante. La transformation du rôle des syndicats, plus tournés vers la défense des intérêts professionnels que vecteurs d'une idéologie, encourage cet apaisement, qui aboutit à la déclaration ministérielle du 17 juin 1924

---

<sup>2633</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*

<sup>2634</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 75.

<sup>2635</sup> Sur ce point, BODIGUEL (Jean-Luc), « Fonction publique et intérêt général », in Jean-Luc Bodiguel, Christian-Albert Garbar et Alain Supiot (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000, p. 42.

<sup>2636</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.*

<sup>2637</sup> V. ainsi CE, 13 janvier 1922, *Syndicat général des adhérents des contributions*, *Rec. Leb.* p. 37 et Ccass. crim., 6 février 1932, *Syndicat national des polices de France et des colonies c/ Alibert*, *Bull. crim.* n° 28, p. 55.

<sup>2638</sup> V. sur ce point SIWEK-PUYDESSEAU (Jeanne), « Les syndicats de fonctionnaires comme contre-pouvoir ? », *CFP* décembre 2006, p. 5.

<sup>2639</sup> Les tribunaux administratifs et judiciaires reconnaissent sans difficulté la légalité de ces associations et leur droit d'ester en justice pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres (CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils du ministère des colonies*, S. 1909, III, p. 17, note Hauriou et Cass., civ., 4 mars 1913, *Cardinal Luçon c/ Association professionnelle des instituteurs*, *RDP* 1913, p. 537, note Jèze).

par laquelle Edouard Herriot décide formellement d'engager le dialogue avec ces organisations<sup>2640</sup>.

Cette reconnaissance *de facto* de la liberté syndicale avant même sa consécration juridique n'est, en revanche, pas offerte au droit de grève, lequel demeure, jusqu'à l'intervention du Préambule de la Constitution de 1946, très nettement prohibé au sein de la fonction publique. La raison principale opposée à l'époque à la reconnaissance de cette prérogative reste encore aujourd'hui pertinente : grève et continuité des services publics sont antinomiques. La solution posée avant 1946 est ainsi très simple car se résume à un principe d'interdiction rigoureusement appliqué par les juges et les conduisant à considérer l'agent gréviste comme « *hors-la-loi* »<sup>2641</sup>. L'arrêt du Conseil d'Etat *Winkell*<sup>2642</sup>, rendu à la suite d'une grève dans le service public des postes, est sur ce point éloquent. L'agent, par son acceptation de l'emploi qui lui a été confié, « *s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale* ». En se mettant en grève, les fonctionnaires « *se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements* » et doivent donc se voir révoqués pour avoir rompu le lien les unissant à l'administration<sup>2643</sup>. La doctrine est à l'époque au diapason de cette jurisprudence sans nuances et condamne même plus fermement encore une telle action. Là où le Conseil d'Etat se contente de présenter la grève comme un « *acte illicite* », le commissaire du gouvernement Tardieu évoque « *un moyen révolutionnaire* »<sup>2644</sup> et Hauriou « *un droit de guerre privée qui réapparaît* »<sup>2645</sup>. Quant à Duguit, il affirme que « *le service public étant par définition même un service qui est d'une importance telle pour la vie collective qu'incombe aux gouvernements l'obligation juridique d'en assurer l'accomplissement sans interruption, les fonctionnaires, en se mettant en grève, s'insurgent contre le but essentiel de la loi du service. Ils commettent le plus grave des attentats à la vie collective elle-même* »<sup>2646</sup>. Une telle interdiction s'adresse à l'époque à

---

<sup>2640</sup> Sur l'ensemble de cette évolution, MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 12 et s.

<sup>2641</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 351.

<sup>2642</sup> CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier*, *Rec. Leb.* p. 826, concl. Tardieu ; S. 1909.3.145, note Hauriou.

<sup>2643</sup> L'administration était alors dispensée de respecter les garanties de la procédure disciplinaire et de communiquer son dossier à l'agent avant qu'il ne soit révoqué. MELLERAY (Fabrice), *op. cit.*, p. 14. Près de six mille agents des postes ont ainsi été licenciés après cette grève (AUBIN (Emmanuel), *Droit de la fonction publique*, Gualino éditeur, 3<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 224).

<sup>2644</sup> TARDIEU, concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier*, D. 1911, 3, p. 20.

<sup>2645</sup> HAURIOU (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier*, S. 1909.3, p. 147.

<sup>2646</sup> DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 3<sup>ème</sup> éd., 1930, p. 221 et suiv. Sur ces réactions doctrinales, V. notamment CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 263.



l'ensemble des agents de service public, sans égard pour leur gestion privée ou publique. Seule compte la continuité, laquelle n'est pas à l'époque prioritairement envisagée au bénéfice des citoyens, mais, très clairement, des pouvoirs publics<sup>2647</sup>, qui ne sauraient voir leur prééminence remise en cause.

Confirmée ensuite à de nombreuses reprises<sup>2648</sup>, l'intransigeance de cette prohibition ne réussit cependant pas à empêcher la grève de se développer dans les services publics. Encore une fois, les agents entendent conquérir dans les faits ce qui leur est juridiquement refusé, initiatives qui ne bénéficient en aucun cas de la latitude observée en matière syndicale. Les mouvements de revendication, parfois très durs, se poursuivent cependant, encouragés, à partir des années vingt, par la relative tolérance entourant la constitution de syndicats de fonctionnaires. En effet, même si grève et syndicat ne sont pas consubstantiels, « *le syndicalisme sécrète la grève* »<sup>2649</sup>. Il paraît ainsi de plus en plus illogique de tolérer des syndicats dans les services publics tout en interdisant le droit de grève. Transformant chaque revendication en épreuve de force, l'interdiction totale opposée aux agents ne semble plus adaptée et cède finalement devant une reconnaissance devenue inévitable. A partir de 1946, la garantie juridique du droit de grève et de la liberté syndicale est ainsi reconnue au sein des services publics.

## 2) *Des libertés consacrées juridiquement*

La consécration de la liberté syndicale et la reconnaissance du droit de grève auraient été concomitantes si le statut du 19 octobre 1946 n'était venu, quelques jours avant le Préambule, préciser que le droit syndical était reconnu aux fonctionnaires<sup>2650</sup>. Mais c'est l'inscription de ces deux libertés au sein du Préambule de la Constitution qui symbolise à l'époque l'aboutissement des revendications des agents des services publics. Les alinéas 6 et 7 de ce texte énoncent alors en effet respectivement que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » et que « *le droit de grève*

---

<sup>2647</sup> V. en ce sens, *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section première.

<sup>2648</sup> V. les arrêts CE, 6 août 1910, *Amalric et autres*, *Rec. Leb.* p. 720 ; 1<sup>er</sup> mars 1912, *Tichit et autres*, *Rec. Leb.* p. 302 ; 24 juin 1921, *Nos*, *Rec. Leb.* p. 620 et 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, *Rec. Leb.* p. 843. Les principes de la jurisprudence *Winkell* furent par la suite consacrés sous le régime de Vichy par la loi du 14 septembre 1941, abrogée par l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine.

<sup>2649</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 352.

<sup>2650</sup> V article 6 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

*s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Le contexte politique n'est évidemment pas étranger à une telle évolution des droits sociaux. Le statut de 1946 est élaboré en étroite collaboration avec la CGT sous l'égide de Maurice Thorez, ministre de la fonction publique et secrétaire général du Parti communiste, alors que la composition de l'assemblée constituante de 1946 apparaît très nettement orientée à gauche<sup>2651</sup>. La période est propice à l'extension des libertés collectives du travailleur au fonctionnaire et permet ainsi l'introduction de ces libertés dans le cadre du service public. Un véritable tournant s'opère alors en faveur de l'agent.

Par la généralité de ses termes, l'alinéa 6 du Préambule s'adresse ainsi à tous ceux désirant se grouper pour défendre leurs intérêts, ce qui dépasse la seule catégorie des salariés pour englober également les agents issus des services publics. Le doute n'est plus permis ; article 6 du statut de 1946 et alinéa 6 du Préambule se répondent pour accorder une existence juridique aux syndicats de fonctionnaires et leur offrir en cela la garantie de la liberté syndicale au sein des services publics. En revanche, la reconnaissance du droit de grève apparaît moins parlante. En effet, si la généralité de la formulation de l'alinéa 7 incite à penser que les agents des services publics peuvent se prévaloir d'un tel droit, aucune disposition propre, tirée par exemple du statut, ne vient confirmer cette position, alors même que la valeur positive du Préambule est dans le même temps mise en doute<sup>2652</sup>. Le législateur tardant à prendre la réglementation annoncée, les hésitations s'intensifient quant à la possibilité pour les agents d'invoquer cet alinéa. Le Conseil d'Etat va cependant, de manière très constructive, lever ces interrogations. Saisi en 1950 du problème de la licéité d'une grève des fonctionnaires de préfecture, le juge administratif affirme dans son arrêt *Dehaene*<sup>2653</sup> l'applicabilité du Préambule au profit des agents désirant défendre leurs intérêts professionnels. Ce faisant, il reconnaît indirectement une valeur juridique au texte du Préambule et refuse qu'il reste lettre morte jusqu'à une éventuelle intervention du législateur. Les agents pourront donc désormais s'en prévaloir. Toutefois, soucieux dans le même temps de ne pas laisser cette prérogative sans encadrement, il reconnaît pragmatiquement la possibilité pour le pouvoir exécutif de fixer, sous son contrôle, la nature et l'étendue des limitations à apporter au droit de grève, « *en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* ».

---

<sup>2651</sup> Sur le contexte politique ayant entouré la rédaction de ce texte, V. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section première, § 1, A/, 1).

<sup>2652</sup> Sur les interrogations quant à la valeur juridique du Préambule, v. *supra*, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, Section première, § 2, A/, 2).

<sup>2653</sup> CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec. Leb.* p. 426, *JCP* 1950, n° 5681, concl. F. Gazier ; *GADJDA*, p. 408.

Le doute est ainsi levé en ce qui concerne la reconnaissance de la liberté syndicale et du droit de grève aux agents, première étape de la garantie accordée à ces libertés collectives au sein du service public. Cette solution est par la suite confirmée à de nombreuses reprises et en premier lieu par le législateur. La liberté syndicale est ainsi aujourd'hui rappelée par l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983<sup>2654</sup>, lequel envisage les différents aspects de cette prérogative en disposant que « *le droit syndical est garanti aux fonctionnaires* » et que « *les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et exercer des mandats* ». Quant au droit de grève, l'article 10 du statut reprend fidèlement l'énoncé de l'alinéa 7 du Préambule. A la suite de la décision du 16 juillet 1971 par laquelle ce texte a été intégré au bloc de constitutionnalité<sup>2655</sup>, plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ont en outre confirmé la valeur constitutionnelle de ces libertés<sup>2656</sup>. Enfin, une protection conventionnelle entoure ces droits collectifs. La Convention européenne des droits de l'homme affirme ainsi dans son article 11 alinéa 1<sup>er</sup> que « *toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* »<sup>2657</sup>, la Cour européenne faisant par ailleurs indirectement entrer le droit de grève dans le champ d'application de cette disposition<sup>2658</sup>. Cette dernière prérogative a en outre été récemment hissée en droit communautaire au rang de principe général du droit<sup>2659</sup> et trouve place au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au même titre que la liberté syndicale<sup>2660</sup>.

La garantie de ces libertés se révèle ainsi le fruit d'une longue évolution à travers laquelle s'est progressivement nuancé l'assujettissement jusqu'alors imposé à ses agents et qui a abouti à la reconnaissance juridique de ces libertés. Triomphant de certaines réticences persistantes, la mise en œuvre de la liberté syndicale et du droit de grève a été organisée dans

---

<sup>2654</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JO* 14 juillet 1983, p. 2174.

<sup>2655</sup> CC n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec.* p. 29.

<sup>2656</sup> V. ainsi en ce qui concerne la liberté syndicale, CC n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, *Rec.* p. 61 et décision CC n° 89-257 DC, 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail*, *Rec.* p. 59 et en ce qui concerne le droit de grève : CC n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *Rec.* p. 33 ; CC, n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, *Rec.* p. 42 ; CC n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité dans les transports terrestres des voyageurs*, *Droit social* 2007, p. 1221, note V. Bernaud.

<sup>2657</sup> Cet article défend ainsi le droit à l'appartenance syndicale : V. Cour EDH, 11 février 2006, *Tün Haber Sen et Cinar c/ Turquie* (l'interdiction faite aux fonctionnaires de fonder un syndicat constitue une violation de l'article 11).

<sup>2658</sup> Cour EDH, 10 janvier 2002, *Unison c/ Royaume-Uni*, req. 53574/99 et Cour EDH, 27 mars 2007, *Karaçay c/ Turquie*, req. 6615/03. Sur cette extension de l'article 11 au droit de grève, MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean), « Convention européenne des droits de l'homme et droit du travail », *LPA* 2008, n° 123, p. 12 et s.

<sup>2659</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; *JCP G* 2008, II, 10060, note C. Vigneau.

<sup>2660</sup> V. article 12 et 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

le sens d'une garantie croissante, qui, au-delà de la consécration formelle de ces libertés, a révélé la très importante dynamique revendicative au sein des services publics.

### ***B/ Des libertés très largement mises en œuvre au sein des services publics***

La reconnaissance juridique de la liberté syndicale et du droit de grève ne préjuge pas forcément de leur plein exercice, lequel implique que l'administration accepte que les agents puissent se départir de leur attitude traditionnelle de soumission et d'obéissance. Certes, aucune liberté ne peut s'exercer de manière absolue et en cela, le droit de grève et la liberté syndicale ne font pas exception. Néanmoins, il s'agit de droits constitutionnels à l'égard desquels la logique demeure celle du plus large exercice possible et que le service public se doit donc de concrètement garantir. Le juge et le législateur veillent ainsi à entourer la mise en œuvre de ces libertés de certaines protections (1), la réalité de la garantie offerte aux agents au sein des services publics trouvant son meilleur argument dans le constat selon lequel la fonction publique est aujourd'hui devenue un véritable « *bastion* » du syndicalisme<sup>2661</sup> et le terrain de mouvements de grève fréquents (2).

#### *1) Une garantie concrète efficacement organisée*

Droit de grève et libertés syndicales ne doivent, dans leur mise en œuvre, connaître d'autres limites que celles nécessaires à leur conciliation. Toute restriction à leur exercice en dehors de cette hypothèse particulière demeure sous le regard vigilant du juge ou du législateur, les agents pouvant ainsi se prévaloir d'une mise en œuvre protégée de leurs droits de revendication professionnelle dans les services publics où ils travaillent, qu'il s'agisse du droit de grève (a) ou de la liberté syndicale (b).

---

<sup>2661</sup> SCHWARTZ (Rémy) ; « Les spécificités du syndicalisme dans la fonction publique », *CFP* avril 2008, p. 1.

- a) Une stricte appréciation des tentatives de limitations du droit de grève par le gestionnaire du service public

Selon le Préambule de 1946, ce droit ne peut s'exercer que « *dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Constatant sur ce point la carence du législateur, le juge administratif pose dans sa jurisprudence *Dehaene*<sup>2662</sup> le principe selon lequel le soin d'encadrer la grève revient au titulaire de l'autorité réglementaire<sup>2663</sup>. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, reste fidèle à la lettre même de l'alinéa 7 du Préambule et réaffirme en 1979 le rôle du législateur<sup>2664</sup>, sans que cette décision ait une incidence sur l'attribution concrète de cette compétence à l'autorité administrative<sup>2665</sup>. Distinctes dans leurs solutions, ces prises de position des juges administratif et constitutionnel poursuivent néanmoins le même objectif : reconnaître le droit de grève aux agents des services publics tout en rappelant la nécessité d'encadrer son exercice. Faute d'une intervention législative d'envergure, laquelle se fait toujours attendre<sup>2666</sup>, le soin de cette conciliation a donc prioritairement échoué aux autorités administratives sous le contrôle du juge. Livrant, au fil des espèces, une jurisprudence « *au petit point* »<sup>2667</sup>, le Conseil d'Etat s'évertue ainsi à préserver l'équilibre entre défense du droit de grève et sauvegarde de l'intérêt général car « *autant il serait inadmissible de laisser ce droit déborder de son cadre jusqu'à menacer plus ou moins les intérêts publics, autant serait répréhensible et condamnable toute solution qui, sous couvert de définir les limites du droit de grève, viserait (...) à vider ce droit de sa substance* »<sup>2668</sup>. Toute limite est donc rigoureusement entendue, ce qui a entraîné certains rappels à l'ordre tendant à préciser que la grève ne relève pas, au sein du service public, d'une simple tolérance mais de la mise en œuvre d'un droit.

Afin de garantir cette liberté dans le cadre de ce procédé, le juge administratif a ainsi fermement rappelé qu'un agent ne peut être sanctionné du fait de sa participation à un

---

<sup>2662</sup> CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, préc.

<sup>2663</sup> Cette réglementation peut donc émaner du Premier ministre, mais également des chefs de service, sous l'égide de l'arrêt CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, *Rec. Leb.* p. 172 ; S. 1937, 3, 113, note Rivero.

<sup>2664</sup> CC n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, préc.

<sup>2665</sup> Même après la décision de 1979, le Conseil d'Etat reste fidèle à sa position. V. pour exemple CE, 1<sup>er</sup> juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des P et T*, *Rec. Leb.* p. 321.

<sup>2666</sup> V. *supra*, Seconde partie, Chapitre second, Section première.

<sup>2667</sup> ROCHE (Jean), « Regards sur le droit de grève dans les services publics trente ans après », in *Mélanges Charlier*, 1981, Editions de l'Université et de l'Enseignement moderne, p. 874

<sup>2668</sup> LATOURNERIE (Roger), *Le droit français de la grève*, Sirey, 1972, p. 154.

mouvement de grève licite<sup>2669</sup>. Par ailleurs, la suppression pure et simple du droit de grève est en principe considérée comme illégale, la solution ne pouvant être renversée que lorsque cette suppression est le fait du législateur, ce qui est rare<sup>2670</sup>, ou du pouvoir réglementaire lorsque cette solution s'avère être le seul moyen de préserver la continuité du fonctionnement du service en cause ou le maintien de la sécurité<sup>2671</sup>, ce qui l'est également<sup>2672</sup>. Par cette solution stricte, le juge administratif manifeste une nouvelle fois son hostilité envers les interdictions générales et absolues frappant les libertés. Il reste par ailleurs extrêmement vigilant quant aux possibilités d'instauration d'un service minimum. Exceptionnellement prévue par le législateur<sup>2673</sup>, cette limitation partielle du droit de grève peut également être le fruit d'une intervention réglementaire, qui ne sera considérée comme légale que si elle respecte certaines conditions. Le service minimum ne doit ainsi jamais constituer un service normal « camouflé »<sup>2674</sup> ayant pour but de prohiber insidieusement le droit de grève<sup>2675</sup>. Par ailleurs, cet aménagement doit être clairement défini et l'effectif du personnel l'assurant proportionné aux nécessités invoquées<sup>2676</sup>. Quant aux réquisitions d'agents, susceptibles de provoquer, là encore, une entorse importante au droit de grève, elles ne sont jugées possibles que lorsque le mouvement de grève est de nature à porter une atteinte « suffisamment grave » « à la satisfaction des besoins de la population »<sup>2677</sup>. Strictement proportionnée, la réquisition ne saurait ainsi aboutir à mettre en place un service normal<sup>2678</sup>. Enfin, une dernière possibilité de contournement réside dans le recrutement de personnels d'appoint appelés à faire fonctionner le service durant une grève. Le droit de grève des agents n'est alors pas remis en cause dans

---

<sup>2669</sup> V. CE, 12 novembre 1990, *Malher c/ SNCF*, *Rec. Leb.* p. 321, *AJDA* 1991, p. 332, obs. M. Hecquart-Théron (illégalité d'une disposition statutaire prévoyant la suspension des droits à l'avancement d'échelon des agents grévistes).

<sup>2670</sup> Pour le détail de ces limitations exceptionnelles, V. *infra*, Section seconde, Paragraphe premier, A/, 1).

<sup>2671</sup> V. notamment, pour cette interdiction de principe et ses exceptions, CE, 10 juin 1959, *Syndicat national des personnels de préfecture CGT-FO*, *Rec. Leb.* p. 353 ; CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts*, *Rec. Leb.* p. 596. Ce dernier arrêt précise que la suppression du droit de grève ne doit par ailleurs viser que les agents indispensables à la continuité du service.

<sup>2672</sup> V. pour un exemple positif, CE, 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne*, *Rec. Leb.* p. 567, *Droit social* 1961, p. 100, concl. Fournier et sur ce point, *infra*, Section seconde, Paragraphe premier, A/, 1).

<sup>2673</sup> V. *infra*, Section seconde, Paragraphe premier, A/, 2).

<sup>2674</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 356.

<sup>2675</sup> CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF et autres*, *Rec. Leb.* p. 82 ; *RDP* 1966, p. 324, concl. Bertrand.

<sup>2676</sup> CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'Aéroport de Paris*, *Rec. Leb.* p. 175, *AJDA* 1978, p. 49, note F.H. La désignation des personnels requis doit par ailleurs être motivée par le gestionnaire du service : TA, Paris, 8 juin 1989, *Bourgin*, req. n° 68523375.

<sup>2677</sup> CE, Sect., 24 février 1961, *Isnardon*, *Rec. Leb.* p. 150, *AJDA* 1961, p. 204, chron. J. M. Galabert et M. Gentot. V. également CE, Sect., 26 octobre 1962, *Le Moutl*, *Rec. Leb.* p. 580, *AJDA* 1962, p. 671, chron. M. Gentot et J. Fourré.

<sup>2678</sup> Ce que rappelle le Conseil constitutionnel dans la décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *préc.*

son exercice même, mais une telle solution restreint la portée concrète de la cessation de travail et tend ainsi « à modifier sensiblement le rapport de force au détriment des grévistes »<sup>2679</sup>. C'est pourquoi certaines limites sont là encore imposées par le juge. En effet, l'exécution d'un service public administratif géré par une personne publique ne peut normalement être confiée qu'à des agents publics, ce qui implique que le gestionnaire du service ne puisse faire appel à une entreprise de travail temporaire - solution qui semblerait pourtant la plus adaptée vu le caractère éphémère des mouvements de grève - dès lors que ce type de personnel relève d'un contrat de droit privé<sup>2680</sup>. Seules des « circonstances exceptionnelles, telles qu'une extrême urgence »<sup>2681</sup>, sont en mesure d'atténuer cette interdiction, laquelle trouve également à jouer dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, le Code du travail interdisant de la même manière de recourir aux entreprises de travail temporaire ou de remplacer les grévistes par des personnels recrutés en contrat à durée déterminée<sup>2682</sup>.

Les mesures visant à restreindre l'exercice ou la portée du droit de grève au sein des services publics ne peuvent ainsi intervenir que dans des hypothèses très limitées. De strictes conditions encadrent les initiatives des gestionnaires qui dépasseraient un aménagement justifié du droit de grève, formalisant une garantie large de cette prérogative. Quant à la mise en œuvre de la liberté syndicale, elle s'ordonne de manière efficace en faveur des agents, notamment grâce à la mise en place d'aménagements concrets nécessaires à sa garantie pleine et entière.

- b) Une garantie de la liberté syndicale entre libre détermination et attribution de moyens concrets d'exercice

La liberté syndicale, comme le droit de grève, ne relèvent pas de « droits-créances » mais de libertés n'impliquant pas directement d'interventions positives en leur faveur. Une fois la liberté syndicale reconnue, est en priorité imposée l'obligation de ne pas entraver cette dernière dans le cadre du service public. Selon l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983, le droit

---

<sup>2679</sup> LATOURNERIE (Marie-Aimée), concl. sur CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin*, citée par Y. Robineau et M. A Ferrer, *AJDA* 1980, p. 89.

<sup>2680</sup> CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin Rec. Leb.* p. 31, *RA* 1980, p. 606, note J. Bienvenu.

<sup>2681</sup> CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin, préc.*

<sup>2682</sup> V. article L. 1251-10 du Code du travail. Pour une application, V. Civ., 1<sup>ère</sup>, 19 mai 1998, *La Poste, Droit social* 1998, p. 848, note X. Prétot. V. également CAA Nancy, 18 décembre 2003, *Synd. Sud PTT, AJDA* 2004, p. 999.

syndical reconnu aux fonctionnaires offre la faculté de créer librement des syndicats, d'y adhérer et d'exercer des mandats sous l'égide d'un régime d'autonomie. Les règles de création des syndicats de la fonction publique ne prévoient ainsi qu'un encadrement minimum, émanant, dans les secteurs public et privé, des dispositions du Code du travail. A l'article L. 2131-3 précisant que les fondateurs d'un syndicat doivent déposer en mairie les statuts et les noms des personnes chargées d'en assumer l'administration ou la direction, s'ajoute pour les syndicats de la fonction publique l'obligation d'informer l'administration, ce qui apparaît relativement logique. Librement créés, ces syndicats doivent en outre être librement administrés, les gestionnaires des services n'ayant pas à intervenir dans leurs règles de fonctionnement interne<sup>2683</sup>. Est également protégée la liberté d'adhérer à un syndicat ou de ne pas y adhérer, la liberté syndicale supposant également le droit de ne pas se syndiquer<sup>2684</sup>. Par ailleurs, lorsque l'agent décide de se syndiquer ou d'exercer un mandat syndical, il doit pouvoir le faire sans que cela nuise à sa carrière. Son activité syndicale ne doit donc pas être mentionnée dans son dossier et affecter sa notation ou son avancement<sup>2685</sup> et sa participation à une organisation syndicale, lorsqu'elle est normalement exercée, ne peut de la même manière justifier de mesures de sanction<sup>2686</sup>. En cela, la liberté syndicale trouve à s'épanouir avant tout en dehors de la sphère d'intervention des pouvoirs publics, caractéristique qu'elle partage avec le droit de grève.

Toutefois, sa garantie ne serait pas complète si le service public n'envisageait pas également certains aménagements subsidiaires indispensables à sa mise en œuvre. En effet, comme beaucoup de libertés dites « classiques »<sup>2687</sup>, cette garantie nécessite l'attribution de moyens indispensables à sa concrétisation, ce qui ne devient vraiment réalité qu'à partir de 1970. A cette date, une instruction signée par Jacques Chaban-Delmas, alors Premier ministre, prévoit

---

<sup>2683</sup> V. CE, Sect., 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Rec. Leb.* p. 150, *AJDA* 1968, p. 225, chron. J. Massot et J.L. Dewost (illégalité d'une mesure réservant les fonctions de responsabilités dans un syndicat aux agents d'un certain niveau hiérarchique). V. également CE, 4 juillet 1986, *Syndicat national des enseignements techniques et professionnels SNEPT-CGT*, *Rec. Leb.* p. 187 (illégalité d'un arrêté limitant à quatre par an le nombre de réunions syndicales).

<sup>2684</sup> Ce refus d'une affiliation obligatoire a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 83-162 DC, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, *Rec.* p. 49. Il est par ailleurs très nettement affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99. Selon la dénomination retenue par Valérie Ogier-Bernaud, il s'agit alors d'une « liberté syndicale négative » (*Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003, p. 133-136).

<sup>2685</sup> V. ainsi CE, 28 septembre 1988, *Merlenghi*, req. n° 43958, *AJDA* 1989, p. 197, obs. Salon. Pour une exception résiduelle à cette obligation, V. *infra*, note n° 81.

<sup>2686</sup> V. notamment CE, 26 octobre 1960, *Rioux*, *Rec. Leb.* p. 558 ; CE, 18 avril 1980, *Gueguen*, *Rec. Leb.* p. 771 et CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *P.*, req. n° 00BX00711, *AJFP* novembre-décembre 2004, p. 316, concl. J.L. Rey.

<sup>2687</sup> V. en ce sens *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre Premier.



en effet certains de ces aménagements au sein de la fonction publique de l'Etat<sup>2688</sup>. Il faut attendre les années quatre-vingt pour que ces mesures soient renforcées<sup>2689</sup> et étendues à la fonction publique territoriale<sup>2690</sup> et hospitalière<sup>2691</sup>. De tels aménagements, parfois appelées « *franchises syndicales* »<sup>2692</sup>, prennent la forme d'avantages matériels ou de facilités statutaires. Dans son principe et pour pouvoir être pleinement garantie, la liberté syndicale doit trouver à s'exprimer au coeur du lieu de travail des agents, c'est-à-dire, matériellement, au sein même des services publics. Pour cela, l'administration doit mettre à dispositions des organisations syndicales les plus représentatives un local situé, dans la mesure du possible, dans l'enceinte des bâtiments administratifs. Des panneaux facilement accessibles aux personnels doivent être réservés à l'affichage syndical et la distribution aux agents de tracts et documents d'origine syndicale permise, tout comme la collecte des cotisations et la tenue de réunions au sein des administrations<sup>2693</sup>. L'exercice du droit syndical suppose en outre que les agents assumant un mandat syndical aient matériellement le temps de se consacrer à cette tâche. Sont prévues à cet effet des autorisations spéciales d'absence au bénéfice des représentants syndicaux mandatés pour assister aux congrès syndicaux ou aux réunions des organismes directeurs dont ils sont membres élus, et des décharges d'activité de service sous forme de crédits d'heure répartis entre les différentes organisations syndicales et bénéficiant par la suite aux agents désignés par ces dernières<sup>2694</sup>. Ces fonctionnaires sont alors dispensés d'une partie de leur service au profit de leur activité syndicale, des congés de formation syndicale pouvant également leur être accordés<sup>2695</sup>. De plus, il est clair que la garantie d'exercice d'un mandat syndical implique de pouvoir s'exprimer avec une liberté de ton plus grande que celle ordinairement réservée aux agents des services publics. Si elle ne fait pas

---

<sup>2688</sup> Cette instruction avait été considérée comme dépourvue de caractère réglementaire : CE, Sect., 18 mars 1977, *Syndicat national des lycées et collèges*, *Rec. Leb.* p. 156, *RDJ* 1977, p. 689, concl. J. Massot.

<sup>2689</sup> Décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique, *JO* 30 mai 1982, p. 1726.

<sup>2690</sup> V. article 100 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 85-397 du 3 avril 1985 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique territoriale, *JO* 4 avril 1985, p. 3934.

<sup>2691</sup> V. article 98 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 et décret n° 86-660 du 19 mars 1986 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique hospitalière, *JO* 20 mars 1986, p. 4791.

<sup>2692</sup> V. AUBY (Jean-Marie) et *alii*, *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 93.

<sup>2693</sup> Une réunion d'information mensuelle peut ainsi être organisée durant les heures de service par les organisations syndicales les plus représentatives, chacun des membres du personnel ayant le droit de participer, à son choix, à l'une de ces réunions. Des mesures en ce sens sont également prévues dans le Code du travail : V. les articles L. 2142-1 à L. 2142-11. Pour une jurisprudence défendant le libre accès à ces réunions, V. CE, 28 juillet 1989, *Halbwax*, *Rec. Leb.* p. 173, *RFDA* 1990, p. 43, concl. Tuot.

<sup>2694</sup> L'administration devant accorder ces avantages aux agents exerçant une activité syndicale, il est exceptionnellement permis que la mention de cette activité soit faite dans le dossier du fonctionnaire, mais il est alors interdit de porter une appréciation sur la manière dont l'intéressé remplit cette tâche. CE, 27 septembre 2000, *Rocca*, *RFDA* 2000, p. 1366.

<sup>2695</sup> Les articles L. 2143-13 à 16 du Code du travail prévoient de la même manière des possibilités d'aménagement du temps de travail afin d'exercer une activité syndicale. Des congés de formation peuvent également être accordés : v. article L. 2145-1.

disparaître l'obligation de réserve, l'action syndicale permet néanmoins d'en atténuer la portée sans encourir de sanction<sup>2696</sup>. Enfin, est prévue une aide financière des pouvoirs publics versée sous forme de subventions aux organisations syndicales représentatives des fonctionnaires de l'Etat au niveau national<sup>2697</sup>. Ce n'est qu'au prix de tous ces aménagements que le service public peut prétendre efficacement garantir l'exercice plein et entier de la liberté syndicale.

Le respect du droit de grève et de la liberté syndicale n'est pas un vain mot au sein du service public. La meilleure preuve de cette affirmation réside d'ailleurs dans le fait que c'est aujourd'hui, très clairement, au sein des services publics que sont exercés avec le plus d'intensité ces droits de revendication.

## 2) *Un service public devenu lieu d'exercice privilégié de ces prérogatives*

L'histoire de la mise en oeuvre du droit de grève et de la liberté syndicale par les agents est celle d'une lente mais irrésistible progression, aboutissant aujourd'hui au constat selon lequel c'est au sein des services publics que ces libertés trouvent le mieux à s'épanouir. L'affirmation a quelque chose de paradoxal : plus difficiles à conquérir que pour les salariés du secteur privé, grève et liberté syndicale ont, à la suite de leur reconnaissance aux agents, fait l'objet d'une utilisation extensive par ces derniers. Le mouvement de réaction face au refus juridique qui était jusqu'alors opposé sur ce point explique pour une part ce phénomène. La consécration de ces libertés professionnelles correspondait à une réelle attente des agents, qui entendent dès lors en tirer parti. Mais il faut par ailleurs revenir sur cette attente et la contradiction inhérente que celle-ci sous-tend au regard de la situation spécifique de l'agent de service public. La volonté de se voir reconnaître ces libertés trahit en effet le souhait de voir sa situation alignée sur celle du salarié privé et de pouvoir en cela se libérer du carcan hiérarchique, de la position d'assujettissement pesant traditionnellement. Or cet alignement, très largement défendu par les syndicats en amont du compromis de 1946<sup>2698</sup>, n'est cependant

---

<sup>2696</sup> Latitude qui n'est pas sans limites (cf. *infra*), mais qui permet de se défaire d'une part de la modération traditionnellement exigée. En ce sens, V. notamment CE, 18 mars 1956, *Boddaert*, *Rec. Leb.* p. 213, *DA* 1956, p. 105, concl. G. Heumann.

<sup>2697</sup> Décret n° 2000-1215 du 11 décembre 2000 relatif à la subvention versée aux organisations syndicales représentatives des fonctionnaires de l'Etat, *JO* 14 décembre 2000, p. 19894.

<sup>2698</sup> Les premiers syndicats de fonctionnaires appellent très clairement à une soumission au droit commun du travail. V. CHEVALLIER (Jaques), « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *RA* 1996, n° spécial, p. 8.

possible que jusqu'à un certain point. En effet, l'agent demeure irréductiblement distinct du salarié privé. Au service de l'intérêt général, il connaît en cela de sujétions spéciales, une position subordonnée qui se traduit, en 1946, par le fait que le statut réglant sa situation est, par principe, imposé unilatéralement par l'Etat, lequel ne saurait être un employeur comme les autres. La situation de l'agent peut sembler en cela spontanément moins favorable mais c'est là une analyse trompeuse. En premier lieu, bien sûr, parce que le statut de 1946 lui offre en contrepartie la reconnaissance de la liberté syndicale et du droit de participation<sup>2699</sup>, bientôt suivie par la reconnaissance du droit de grève dans le Préambule de la Constitution. Mais, surtout parce que, dès cette époque, et les modifications statutaires ultérieures ne reviendront pas sur ce constat, le statut offre aux agents certaines assurances qui vont leur permettre d'user plus facilement de ces prérogatives que ne le peut un salarié du secteur privé. « *Ecrits avec une plume trempée dans l'encre dominante des garanties strictement protectrices* »<sup>2700</sup>, ces statuts assurent ainsi logiquement à l'agent la garantie d'un emploi à vie<sup>2701</sup>, reflet de la permanence des missions de l'Etat, ainsi que différents remparts contre l'arbitraire, marqués notamment par la volonté d'instauration d'une égalité de traitement au regard de leur notation ou de leur avancement. Les efforts sont à l'époque concentrés vers un agent dont il est estimé que les droits et libertés ont trop longtemps été négligés.

Or l'impact de ce rééquilibrage va se révéler, dans la pratique, par un important taux de syndicalisation et le déclenchement de nombreux mouvements de grève dans les services publics<sup>2702</sup>. La garantie concrète de ces libertés au bénéfice des agents est ainsi pleinement confirmée mais va par ailleurs progressivement marquer un décalage avec les salariés du secteur privé. Relativement discret en période de plein emploi et de croissance économique, ce décalage trouve sa pleine expression à partir du moment où la crise économique frappe la France et où le chômage devient un mal endémique. Directement touché par ce phénomène, le secteur privé voit les mouvements de grève reculer en son sein, tandis que l'agent, protégé de tout risque de licenciement économique, continue d'exercer sans réelle entrave cette prérogative<sup>2703</sup>. De la même manière, le taux de syndicalisation fait toujours apparaître la

---

<sup>2699</sup> C'était là la condition posée par la CGT à son ralliement à la mise en place d'un statut.

<sup>2700</sup> POCHARD (Marcel), « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 17.

<sup>2701</sup> Certaines possibilités de licenciement ou de révocation sont prévues mais ne sont qu'exceptionnellement mises en œuvre.

<sup>2702</sup> La situation n'étant cependant pas identique selon la fonction publique considérée, des écarts étant ainsi régulièrement constatés en matière de grève entre les fonctions publiques nationales et territoriales. Les mouvements de grève sont souvent de moindre ampleur au niveau local, notamment en ce qui concerne les petites collectivités.

<sup>2703</sup> Le principe des retenues pécuniaires n'étant du reste pas toujours strictement appliqué au sein de la fonction publique. V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section première, § I, B/, 1).

fonction publique comme un véritable « *bastion* » du syndicalisme<sup>2704</sup>, alors que le secteur privé enregistre sur ce point un net recul. Le chômage de masse a, là encore, entraîné un repli social plus marqué<sup>2705</sup>. Ainsi, bien que les syndicats dans la fonction publique connaissent eux aussi un reflux du nombre de leurs adhérents, le taux de syndicalisation demeure cependant plus important<sup>2706</sup>, l'apparition de nouveaux syndicats de fonctionnaires témoignant par ailleurs de la meilleure vitalité de l'action syndicale au sein des services publics<sup>2707</sup>. Au regard de ses libertés professionnelles, l'agent n'est donc toujours pas un salarié comme les autres, non pas parce qu'il ne dispose pas de ces prérogatives mais, au contraire, parce qu'il lui est permis d'en user plus librement. Le lien qui l'attache au service public lui offre une garantie plus efficace de la liberté syndicale et du droit de grève<sup>2708</sup>. La situation est alors pour le moins paradoxale puisque, contrairement au salarié du secteur privé, lui sont imposés des impératifs de continuité<sup>2709</sup>, contradiction qui entraîne d'ailleurs aujourd'hui une remise en question de cet état de fait<sup>2710</sup>.

Ce constat est néanmoins révélateur de la profonde mutation des rapports sociaux au sein des services publics. La reconnaissance puis la mise en oeuvre de ces droits ont nuancé l'assujettissement auquel était traditionnellement soumis l'agent. Face à l'administration, ce dernier a désormais la possibilité d'opposer le respect de ses libertés professionnelles. Cette action emprunte parfois la manière forte, à travers l'exercice du droit de grève, « *droit de révolte* »<sup>2711</sup>. Mais elle se nourrit également de dialogue et de négociation, sous l'égide d'un droit de participation garanti aux agents des services publics et par lequel leur est reconnue la faculté de discuter de leurs conditions de travail et d'emploi avec les pouvoirs publics

---

<sup>2704</sup> SCHWARTZ (Rémy) ; « Les spécificités du syndicalisme dans la fonction publique », *CFP* avril 2008, p. 1.

<sup>2705</sup> MOURIAUX (René), *Le syndicalisme en France*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 2005, p. 76.

<sup>2706</sup> Les estimations oscillant de 10 à 15 % dans la fonction publique contre 6 à 8 % dans le secteur privé. Sources : CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 290 et SIWEK-PUYDESSEAU (Jeanne), « Les syndicats de fonctionnaires comme contre-pouvoir ? », *CFP* décembre 2006, p. 6.

<sup>2707</sup> En témoigne ainsi la montée en puissance des syndicats comme la FSU, l'UNSA ou SUD (CHEVALLIER (Jacques), *op. cit.*, p. 417).

<sup>2708</sup> Un certain lien de cause à effet entre le taux de syndicalisation et le déclenchement de la grève pouvant en partie expliquer ce fait.

<sup>2709</sup> Le cas des entreprises publiques à statut étant à rapprocher de celui de la fonction publique.

<sup>2710</sup> V. *infra*, Section seconde, Paragraphe premier, A/.

<sup>2711</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 276.

PARAGRAPHE SECOND  
LE DROIT DE PARTICIPATION, FACULTE D'INTERVENTION GARANTIE AUX  
AGENTS DU SERVICE PUBLIC

Grâce aux garanties offertes à l'exercice du droit de grève et de la liberté syndicale par le service public, l'agent est capable de réagir aux atteintes portées à ses intérêts professionnels et use très régulièrement de cette capacité. La grève s'inscrit dans cette perspective car c'est le plus souvent en riposte qu'elle est déclenchée, riposte par ailleurs toujours menée sous l'égide de l'action syndicale, ce qui incite à placer également la liberté afférente dans une sphère défensive. La logique gouvernant les rapports entre syndicats et gestionnaire du service semble ainsi à titre principal se résumer sous la forme d'une opposition entre deux camps défendant des intérêts divergents. En dehors de la gestion des mouvements de grève, l'une des compétences essentielles des organisations syndicales reste d'ailleurs leur pouvoir d'agir en justice afin d'attaquer les mesures réglementaires concernant le statut des agents et les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires<sup>2712</sup>.

Toutefois, les relations nouées entre agents et administration par l'intermédiaire des syndicats ne se situent pas toujours dans une perspective de conflit. Le statut général des fonctionnaires le rappelle lorsqu'il précise que les organisations syndicales disposent également d'un pouvoir de négociation et du droit de siéger dans certains organes de représentation paritaires. A travers cette faculté, se révèle la prise en compte du droit de participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'administration, droit dont la garantie est aujourd'hui également reconnue et mise en œuvre au sein des services publics. Introduite pour la première fois dans le statut de 1946 puis consacré dans le Préambule de la Constitution, c'est là une mesure extrêmement innovante dans sa portée comme dans ses implications (A), marquant une nouvelle fois le tournant opéré en faveur des agents, et appelée à être concrétisée par le biais de mécanismes de consultations institutionnelles et de concertation, dont l'impact pourrait dans l'avenir s'intensifier (B).

---

<sup>2712</sup> V. article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, *préc.*

## *A/ Un droit de participation riche d'implications*

Que le service public garantisse une telle possibilité d'intervention confirme le vent de changement soufflant sur la fonction publique française au sortir de la seconde guerre mondiale. Le principe hiérarchique ayant, jusqu'à cette date, juridiquement régné sans partage faisait prévaloir une logique autoritaire dans laquelle les mesures liées au fonctionnement du service étaient prises de manière unilatérale par l'autorité administrative sans que l'agent n'ait son mot à dire. Cette conception, cependant, a vécu, remise en cause par le législateur et le constituant. Ces derniers entendent en effet approfondir le renversement inauguré par la reconnaissance de la liberté syndicale et du droit de grève, à travers la consécration d'un droit de participation trouvant à s'appliquer au sein du service public (1) et dont les bénéfices rejaillissent sur la garantie des droits professionnels des agents (2).

### *1) Une liberté collective accueillie dans le droit de la fonction publique*

L'introduction de mécanismes participatifs au sein des services publics entend concrétiser la garantie d'un droit par lequel est recherchée non plus seulement la soumission des agents, mais également leur adhésion aux mesures concernant leur carrière, leurs conditions de travail et le fonctionnement du service public. Cet objectif implique une certaine déconcentration du pouvoir afin de leur permettre de porter « *un droit de regard sur les décisions qui les concernent ou qu'ils sont chargés d'appliquer* »<sup>2713</sup>. En cela, le principe de participation s'inscrit clairement, à l'instar de ce qui a été constaté à l'égard de l'utilisateur<sup>2714</sup>, dans une perspective de démocratisation du service public et son affirmation s'avère cohérente au regard de la consécration concomitante du droit de grève et de la liberté syndicale, ces prérogatives tendant dans leur ensemble à rappeler que l'agent n'est pas un simple rouage de l'administration, mais un citoyen titulaire, en tant que travailleur, de droits spécifiques qu'il doit se voir reconnus et qu'il peut opposer à cette dernière.

L'idée même de participation des agents n'est pas nouvelle : la CGT estime, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, que la meilleure manière d'administrer un service public est de le faire gérer par des représentants des différents intérêts concernés, administration, usagers et agents.

---

<sup>2713</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 409.

<sup>2714</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre Premier, Chapitre second, Section seconde.

Toutefois, le droit de participation n'a pas connu un cheminement identique à celui des autres droits de défense des intérêts professionnels. Il s'est imposé plus discrètement, sans connaître directement des affrontements ouverts ayant marqué la reconnaissance du droit de grève ou de la liberté syndicale. Ce droit se présente comme l'une des conséquences de ces affrontements. La conception participative a en effet progressivement investi le champ du service public en se nourrissant des conflits opposant administration et agents. Le durcissement des rapports au sein des services a permis de prendre conscience du caractère archaïque de la position de soumission totale dans laquelle les agents étaient maintenus. « *Ainsi, face aux tensions générées par la rigidité des relations sociales au sein de l'administration, la mise en place d'une politique de participation des agents publics à la détermination de leurs conditions d'emploi s'est avérée nécessaire afin de normaliser le conflit* »<sup>2715</sup>. La reconnaissance en fait, sinon en droit, de la liberté syndicale va favoriser cette évolution, les pouvoirs publics prenant l'habitude, dès 1924, de dialoguer et négocier avec les syndicats de fonctionnaires<sup>2716</sup>. Sous la pression des changements affectant la fonction publique, « *l'administration s'efface devant le commandement, l'adhésion se substitue à l'autorité* »<sup>2717</sup>.

La garantie d'un droit de participation des agents du service public n'intervient donc pas *ex nihilo* en 1946 lorsque ce dernier se trouve mis en œuvre dans le statut général à travers l'instauration d'instances paritaires<sup>2718</sup> et, surtout, consacré par le Préambule de la Constitution, dont l'alinéa 8 dispose en effet que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». L'introduction d'une logique participative au sein des services publics entraîne néanmoins de vives réactions de protestation de la part de la doctrine, qui y décèle l'amorce d'un déclin de l'autorité hiérarchique<sup>2719</sup>. Ces critiques accentuent à l'époque le doute quant à la possibilité de reconnaître aux agents publics le bénéfice de l'alinéa 8 du Préambule. Au-delà de l'utilisation des structures participatives mises en place dans le cadre des services, les fonctionnaires peuvent-ils se prévaloir d'un véritable droit à la participation ? La question peut en effet se poser car ces derniers sont placés dans une situation légale et réglementaire de droit public, alors que le terme

---

<sup>2715</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome II, PUF-PULIM, 1995, p. 471.

<sup>2716</sup> V. ainsi la circulaire Chautemps du 25 septembre 1925 invitant les chefs de service à dialoguer avec les syndicats existant à leur niveau.

<sup>2717</sup> SALON (Serge), « Fonction publique et participation », *RFAP* 1983, n° 26, p. 171.

<sup>2718</sup> La logique participative n'est pas consacrée dans le statut de 1946 par un article proclamant directement le droit de participation mais se révèle à travers la mise en place de différents organismes paritaires à vocation consultative. Sur ces organismes, V. *infra*, B/, 1).

<sup>2719</sup> GAUDEMET (Paul-Marie), « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.* 1947, chron., p. 137 et RIVERO (Jean), « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, chron., p. 149.

« *travailleur* » est susceptible d’être interprété comme renvoyant aux seuls salariés privés. Toutefois, la formulation même de l’alinéa 8 invite à englober les fonctionnaires dans son champ d’application car, en évoquant de manière très large « *les conditions de travail* », l’alinéa paraît appeler tous ceux concernés par ces conditions à les déterminer, cela quelle que soit leur situation juridique. Dès lors qu’il y a « *travail organisé* », ce qui est bien sûr le cas dans la fonction publique, l’alinéa 8 semble donc pouvoir s’appliquer. La question va néanmoins faire débat jusqu’à ce que le doute soit levé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 juillet 1977<sup>2720</sup>, par laquelle il se range à cette solution. Quelques jours après avoir confirmé la valeur juridique positive de cette disposition du Préambule<sup>2721</sup>, le droit de participation est ainsi reconnu par le juge constitutionnel comme un principe de portée générale dont le fonctionnaire est appelé à bénéficier dans le cadre du service public.

Cependant, une autre problématique doit être soulevée car le Préambule prévoit cette participation en ce qui concerne à la fois la détermination collective des conditions de travail et la gestion des entreprises. Or, si la première proposition paraît pouvoir trouver à s’appliquer sans difficulté dans la fonction publique, la question de la participation à la gestion semble en revanche plus épineuse. Dès 1947, Jean Rivero et Georges Vedel s’interrogent sur la définition de ces « *entreprises* » et sur la possibilité d’y englober les services publics<sup>2722</sup>, remarquant à cette occasion que l’un des projets de Préambule votés en première lecture était plus précis, énumérant les « *...entreprises, établissements privés et services publics* » mais que les constituants, en butte à de vives critiques<sup>2723</sup>, ont finalement décidé d’écarter cette formulation. Cependant, l’abandon de cette précision n’apparaît pour ces auteurs que de pure forme, le terme « *d’entreprises* » leur semblant assez vaste pour englober les services publics. A l’appui de cette position, l’article 20 de la loi du 19 octobre 1946 institue du reste dans la fonction publique des comités techniques paritaires et donne à ces derniers la connaissance

---

<sup>2720</sup> CC, n° 77-83 DC, 20 juillet 1977, *Obligations de service des fonctionnaires*, Rec. p. 39, D., 1979, J., p. 297, note L. Hamon.

<sup>2721</sup> CC, n° 77-79 DC, 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l’emploi des jeunes*, Rec. p. 35, JCP, 1979, II, 19186, note M. Debène. Devant l’imprécision de l’énoncé de ce droit, le Conseil d’Etat s’était en effet refusé à voir en ce principe une norme de droit positif (V. CE, 10 mai 1972, *Fédération des syndicats d’ingénieurs et assimilés des mines*, Rec. Leb. p. 350 et CE, 28 juin 1974, *Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la CFDT*, Rec. Leb. p. 380). Même après cette décision, le Conseil d’Etat a pu sembler réticent à modifier sa position, bien qu’il ait accepté dans un arrêt du 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police* (Rec. Leb. p. 258) de reconnaître l’applicabilité immédiate de cette norme. Sur l’ensemble de la question, DANIEL (Jérôme), « *Alinéa 8* » in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de 1946 : histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 182 et suiv.

<sup>2722</sup> RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « *Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule* » in *Pages de doctrine*, Tome 1, LGDJ, 1980, p. 130.

<sup>2723</sup> Avait à cette occasion notamment été évoqué le spectre de « *la participation du garçon de bureau à la gestion du Ministère des Affaires étrangères* ». V. RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), *Ibid.*



« des problèmes intéressant l'organisation et le fonctionnement des services », et la possibilité de proposer « les mesures qu'ils estiment propres à les résoudre », ce qui semble bien être une application du principe de participation à la gestion des services publics. Par ailleurs, l'article 9 du statut général de 1983 dispose aujourd'hui que « les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs, à l'organisation et au fonctionnement des services publics (...) ». Sur ce fondement, le fonctionnaire est appelé à porter son attention au-delà de la seule détermination des conditions de travail pour s'intéresser également au fonctionnement général des services.

Le droit de participation posé par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 est ainsi garanti aux fonctionnaires dans ses différentes implications. Cette reconnaissance élargit alors le champ des droits et libertés qui leur sont reconnus en tant que travailleurs.

## 2) Une garantie indirecte des droits et libertés des agents

Le premier bénéficiaire du droit de participation demeure bien évidemment l'agent, lequel se voit reconnaître une nouvelle prérogative lui permettant de faire entendre sa voix. Ajouté à la reconnaissance du droit de grève et de la liberté syndicale, le droit de participation parachève l'édifice de protection de ses intérêts professionnels. Sa fonction ne l'enserme plus totalement. L'agent est avant tout un travailleur, aux caractéristiques spécifiques certes, mais qui doit se voir garantir les droits attachés à cette qualité<sup>2724</sup>. Sur certains sujets, il doit ainsi être informé, consulté et en état de dialoguer avec le gestionnaire du service, reconnaissance marquant en cela l'autonomie de ses intérêts. Élément clé du fonctionnement des services publics, il importe de l'associer à la marche de ces derniers. Par le droit de regard offert, le service public s'insère dans une perspective de démocratisation<sup>2725</sup> qui ne saurait demeurer sans impact sur la garantie des droits et libertés de ses agents.

En effet, la possibilité ouverte aux agents d'être informés et de dialoguer sur les textes généraux les concernant ou les décisions individuelles leur étant appliquées ne constitue pas seulement une garantie du droit de participation en tant que tel. Par « ricochet », cette

---

<sup>2724</sup> La Commission européenne rappelle d'ailleurs expressément le rapprochement entre fonctionnaire et travailleur. Pour exemple, v. point 5-1 de la communication de la Commission du 11 décembre 2002 « Libre circulation des travailleurs : en tirer pleinement les avantages et les potentialités », COM (2002) 0694 final.

<sup>2725</sup> A l'instar de ce qui a été constaté au regard des usagers du service public (V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section seconde)

prérogative particulière, en inaugurant une meilleure possibilité de défense des intérêts, tend également à protéger les droits attachés à la condition de travailleur et liés à l'obtention et à la conduite d'une activité professionnelle. Grâce au principe de participation, l'agent se trouve en effet assuré que les grandes décisions influant sur sa situation, et tout particulièrement sur ses conditions de travail et de rémunération, auront fait l'objet d'une discussion dans laquelle son intérêt aura été défendu. Des décisions concernant sa titularisation, son avancement, sa notation, seront soumises à ce droit de regard et les représentants des agents seront ainsi notamment susceptibles de veiller à ce qu'aucune discrimination ne l'atteigne au sein du service, préservant l'égalité au regard de ses droits professionnels. L'impact positif du droit de participation au regard des droits et libertés apparaît par ailleurs à travers le rappel de l'influence de la question de l'emploi au regard de la satisfaction des droits et libertés de la personne humaine. « *Dans une société industrielle et individualiste, le travail est le moyen de satisfaire par soi-même les besoins élémentaires et vitaux* »<sup>2726</sup>, assurance théorique d'une préservation de la sécurité matérielle indispensable à l'épanouissement concret des droits et libertés. L'agent employé par le service public demeure, au regard de ce fait, dans la même situation que tout autre travailleur. Une défense de ses intérêts professionnels dans le cadre de la participation lui offre ainsi une garantie d'autant plus importante qu'elle intervient dans un domaine, celui de l'emploi, d'une importance clé en matière de lutte contre l'exclusion et de garantie des droits et libertés<sup>2727</sup>.

La participation s'inscrit ainsi dans une approche pragmatique des relations de travail, prenant acte du fait que l'invocation d'un principe hiérarchique tout puissant a vécu et que cette conception autoritaire doit désormais laisser place à une pratique de collaboration plus à même de préserver la satisfaction des droits et libertés des agents. Cette dernière va en cela se formaliser sous l'égide de différentes méthodes.

### ***B/ Une participation concrétisée par diverses méthodes***

La garantie offerte par le service public au droit de participation des agents n'aurait pas été complète si l'affirmation de cette prérogative ne s'était accompagnée de la mise en place de

---

<sup>2726</sup> REVET (Thierry), « La liberté de travailler », in Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd, 2008, p. 735.

<sup>2727</sup> Comme en témoigne d'ailleurs l'émergence d'un « rôle social » de l'emploi dans les services publics. Sur ce point, V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, Section seconde.

procédures destinées à l'organiser. Bien qu'il s'agisse, au même titre que le droit de grève et la liberté syndicale, d'une liberté « autonomie »<sup>2728</sup>, la participation ne peut en effet s'exercer sans certains mécanismes destinés à offrir matériellement un champ d'intervention aux agents. Le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs très clairement cette caractéristique dans sa décision du 5 juillet 1977 lorsque, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle de l'alinéa 8 du Préambule, il précise que « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au 8<sup>ème</sup> alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre* »<sup>2729</sup>. Diverses possibilités de concrétisation du droit de participation ont ainsi été aménagées dans le cadre des services publics, généralement sous une forme institutionnelle (1) mais, également à travers des procédures de concertation plus informelles, dans lesquelles l'influence des agents tend aujourd'hui à se renforcer (2).

### 1) Une garantie mise en œuvre par l'instauration de consultations institutionnelles

La participation des fonctionnaires est en premier lieu garantie par l'intervention d'organismes consultatifs institutionnalisés par le statut de 1946. Cette faculté est aujourd'hui consacrée à l'article 9 du statut général de 1983<sup>2730</sup>, lequel dispose que « *les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière* ». Certains de ces organismes permettent une participation des fonctionnaires à l'échelon national, par l'intermédiaire des Conseils supérieurs de la fonction publique<sup>2731</sup>. Intervenant dans chacune des fonctions publiques<sup>2732</sup>, ces conseils sont organisés selon une logique paritaire<sup>2733</sup>. Ainsi,

---

<sup>2728</sup> En ce sens, LYON-CAEN (Antoine), « Les droits économiques et sociaux », *Regards sur l'actualité*, août 2000, p. 49 et OGIER-BERNAUD (Valérie), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003, p. 19.

<sup>2729</sup> CC, n° 77-79 DC, 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes*, préc. V. également, CC n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31.

<sup>2730</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, préc.

<sup>2731</sup> Le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique (proposition n° 39) envisage par ailleurs la création d'une « Commission supérieure de la fonction publique » émanant de ces trois conseils supérieurs et chargée d'examiner les questions qui leur sont communes, idée relayée par les accords de Bercy du 2 juin 2008, relatifs à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique et par le projet de loi invité à traduire ces accords, lequel prévoit la mise en place d'un Conseil supérieur de la fonction publique (V. article 4).

<sup>2732</sup> V. articles 12 et 13 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 82-450 du 28 mai 1982 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, JO 30 mai 1982, p. 1729 ; articles 8 à 11 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 84-346 du 10 mai 1984 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, JO 11 mai 1984, p. 1367 ; articles 11 à 14 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 et décret n° 88-981 du 13 octobre 1988 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, JO 15 octobre 1988, p. 12028.

les représentants des fonctionnaires sont désignés pour une part sur proposition des organisations syndicales les plus représentatives, les autres sièges étant répartis à la proportionnelle sur la base des résultats des élections des commissions administratives paritaires. Leurs compétences sont larges car ces conseils supérieurs sont appelés à être consultés et à formuler des propositions sur toute question d'ordre général concernant la fonction publique dont ils ressortent et sont ainsi notamment saisis pour avis des projets de lois et de décrets. La loi du 19 février 2007<sup>2734</sup> a du reste explicitement réaffirmé la place et le rôle du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale en sa qualité « *d'instance représentative de la fonction publique territoriale* » et élargi ses compétence en ce domaine en précisant qu'il serait désormais saisi des projets d'ordonnances pris en vertu de l'article 38 de la Constitution. Par ailleurs, le Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat et le Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière jouent le rôle d'organes de recours en matière disciplinaire et sur les questions d'avancement et de licenciement pour insuffisance professionnelle. Aux côtés de ces conseils supérieurs, des commissions administratives paritaires<sup>2735</sup> prennent par ailleurs place au sein de chaque administration<sup>2736</sup>. Comme leur nom l'indique, une stricte parité est respectée en leur sein entre représentants de l'administration et des fonctionnaires, ces derniers étant élus selon un système de scrutin de liste à deux tours avec représentation proportionnelle<sup>2737</sup>. Ces commissions sont obligatoirement consultées sur de nombreuses questions ayant trait aux décisions individuelles touchant les agents comme, par exemple, les propositions de titularisation, notations, avancements de grade ou mutations et disposent ainsi d'un droit de regard sur des questions intéressant directement la garantie des droits liés à la conduite d'une activité professionnelle<sup>2738</sup>. Elles interviennent également en matière disciplinaire, les sanctions d'une certaine gravité ne pouvant être prononcées qu'à la suite de leur consultation. Parallèlement,

---

<sup>2733</sup> La parité n'est cependant pas parfaite au sein du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat car ce dernier est présidé par le Premier ministre (la présidence étant dans les faits assurée par délégation par le ministre chargé de la fonction publique).

<sup>2734</sup> Loi n° 2007-209 du 19 février 2007, relative à la fonction publique territoriale, *JO* 21 février 2007, p. 3041.

<sup>2735</sup> V. respectivement article 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires, *JO* 30 mai 1982, p. 1731; articles 29 à 31 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 89-229 du 17 avril 1989, *JO* 18 avril 1989, p. 4931 et articles 17 à 22 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 et décret n° 2003-655 du 18 juillet 2003 relatif aux commissions administratives paritaires de la fonction publique hospitalière, *JO* 19 juillet 2003, p. 12224.

<sup>2736</sup> Dans chaque corps de fonctionnaire pour la fonction publique de l'Etat, pour chaque catégorie de fonctionnaire auprès des centres de gestion auquel est affilié la collectivité ou l'établissement pour la fonction publique territoriale et dans chaque établissement hospitalier pour la fonction publique hospitalière.

<sup>2737</sup> Les listes étant présentées au premier tour par les organisations syndicales représentatives, un second tour étant organisé si aucune liste n'a été déposée par ces organisations ou si le quorum des votants n'a pas été atteint.

<sup>2738</sup> V. *supra*, A/, 2). La saisine des CAP permet ainsi parfois d'assurer l'égalité de traitement des agents d'un même corps (CE, 27 juillet 2001, *Min. de l'équipement c/ Charreau*, *Rec. Leb.* p. 399).

sont mis en place au niveau des différentes structures administratives<sup>2739</sup> des comités techniques paritaires<sup>2740</sup>, les représentants des agents y siégeant étant élus ou désignés par les organisations syndicales<sup>2741</sup>. Installés de manière obligatoire ou facultative, ces comités sont compétents en ce qui concerne les problèmes généraux d'organisation et de fonctionnement des services publics, les programmes de modernisation des méthodes ou des techniques de travail, ou bien encore la modification ou l'élaboration des règles statutaires. Enfin, des comités d'hygiène et de sécurité<sup>2742</sup> sont notamment appelés à connaître de l'observation des textes dans ces domaines, des méthodes et techniques de travail et du choix des équipements de travail qui peuvent avoir une influence sur la santé et la sécurité des agents et assurer ainsi leur droit à la protection de la santé.

La mise en place de ces organismes au sein des services publics garantit ainsi aux agents la possibilité d'être informés et consultés sur les différents aspects de la relation les unissant au service public, sous l'égide d'une certaine transparence. Néanmoins, ces organes participatifs ne disposent d'aucun pouvoir de décision. Juridiquement, les avis donnés ne lient en aucun cas les pouvoirs publics, qui conservent le droit de décider seuls même s'ils sont souvent obligés de recourir à cette consultation<sup>2743</sup>. Une telle caractéristique peut faire douter de l'effectivité de la participation, mais ce cantonnement à un rôle consultatif était une condition *sine qua non* de l'acceptation du statut de 1946. Devant les remous provoqués par l'introduction d'une logique participative au sein des services publics, il avait à l'époque été clairement précisé que cette participation devait être organisée « *selon une forme compatible avec le souci de sauvegarder le pouvoir de décision des autorités responsables* »<sup>2744</sup>, solution qui n'a depuis lors jamais été remise en cause dans les organismes paritaires. L'éventualité

---

<sup>2739</sup> Dans toutes les administrations de l'Etat et dans tous les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel et commercial et, pour la fonction publique territoriale, dans chaque collectivité ou établissement employant au moins cinquante agents et dans chaque centre de gestion pour les collectivités employant moins de cinquante agents.

<sup>2740</sup> V. article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 82-452 du 28 mai 1982, JO 30 mai 1982, p. 1735 ; article 32 et 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 85-565 du 30 mai 1985, JO 2 juin 1985, p. 6118. La fonction publique hospitalière connaît quant à elle de comités techniques d'établissement : V. articles L. 6144-3 du Code de la santé publique. Ces derniers n'obéissent pas à une logique paritaire car ils réunissent le directeur de l'établissement et des représentants des différentes catégories de personnels.

<sup>2741</sup> Dans le cadre de la fonction publique de l'Etat.

<sup>2742</sup> V. articles 16 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 82-453 du 28 mai 1982, JO 30 mai 1982, p. 1737 ; articles 29 à 46 du décret du 10 juin 1985, JO 18 juin 1985, p. 6710 et articles R. 4615-1 du Code du travail.

<sup>2743</sup> V. CE, 1<sup>er</sup> juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial*, Rec. Leb. p. 388. En outre, lorsque l'autorité administrative décide, après une première consultation, d'apporter à son projet des modifications posant des questions nouvelles, elle doit alors de nouveau organiser une consultation : V. CE, Ass., 23 octobre 1998, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilés*, Rec. Leb. p. 360 ; CFP 1998, n° 174, p. 14, concl Savoie.

<sup>2744</sup> V. la communication au conseil des ministres de Maurice Thorez du 23 mars 1946, cité par Serge Salon et Jean-Charles Savignac in *Code de la fonction publique*, Dalloz, 2008, p. 104.

d'une voix délibérative confiée aux agents publics demeure ainsi exceptionnelle, l'un des seuls exemples en ce sens pouvant être trouvé dans le cas de la participation du personnel au sein des conseils d'université, sous l'égide de la technique de représentation des intérêts<sup>2745</sup>. Une telle possibilité est en revanche plus souvent mise en oeuvre dans les entreprises publiques à statut spécifique, où cette technique de représentation tripartite est implantée depuis longtemps et permet au personnel de siéger dans les conseils d'administration avec voix délibérative<sup>2746</sup>. En dehors de ces hypothèses, toutefois, les agents relevant d'un statut de droit privé ne disposent, à l'instar de leurs homologues fonctionnaires, que d'un pouvoir de consultation s'exerçant dans le cadre des dispositions du Code du travail prévoyant l'intervention de délégués du personnel<sup>2747</sup> et des comités d'entreprises<sup>2748</sup>. La garantie effective du droit de participation des agents se heurte ainsi depuis toujours à une compréhension de sa portée strictement entendue. En pratique, les seules instances ayant réussi à acquérir, dans les faits, un pouvoir confinant au décisionnel sont les Commissions administratives paritaires. Amenées à se prononcer sur les questions touchant à la carrière des fonctionnaires, leurs avis sont en effet très fréquemment suivis par l'administration, ce qui leur confère un certain poids. Cependant, cette nuance reste malgré tout limitée car ces instances ne sont consultées que sur des questions d'ordre individuel, de très faible portée quant à l'organisation et au fonctionnement général des services publics<sup>2749</sup>. En dehors de ce cas particulier, l'impact de la participation consultative reste le plus souvent formel, notamment dans le cadre des comités techniques.

Ainsi, la garantie concrète du droit de participation offerte aux agents dans le cadre du service public demeure d'une portée restreinte, bilan en demi-teinte que vient cependant adoucir la mise en place d'autres modalités d'intervention. Les agents sont en effet susceptibles de

---

<sup>2745</sup> V. loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur, *JO* 13 novembre 1968, p. 10579 et loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, *JO* 11 août 2007, p. 13468.

<sup>2746</sup> C'est ainsi le cas pour la SNCF (V. l'article 21 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982), la RATP (V. l'article 1c) du décret n° 2004-500 du 7 juin 2004 relatif à l'application de la loi de démocratisation du secteur public à la Régie autonome des transports parisiens, *JO* 8 juin 2004, p. 10133) ou bien encore la Poste (V. article 10 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des télécommunications)

<sup>2747</sup> V. article L. 2313-1 à L. 2313-12 du Code du travail.

<sup>2748</sup> Article L. 2323-1 du Code du travail : « *Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise (...)* ». Article L.2323-6 du Code du travail : « *Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ».

<sup>2749</sup> En ce sens, DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome II, PUF-PULIM, 1995, p. 495, note 51.

bénéficier d'une marge de manœuvre plus importante et, dès lors, d'une garantie plus approfondie de leur droit de participation, dans le cadre des procédures de concertation.

## 2) *Une garantie revalorisée par l'intervention de concertations informelles*

L'importance des mouvements sociaux dans les années soixante pousse les pouvoirs publics à renouveler à cette époque les mécanismes de participation offerts aux agents, notamment afin que puissent être entreprises certaines négociations touchant à la question salariale. Initiée, avant les événements de mai 1968, à travers les recommandations du rapport « Toutée »<sup>2750</sup>, puis mise en œuvre sous l'égide des engagements pris par le gouvernement et consignés dans le protocole « Oudinot » du 2 juin 1968, cette évolution de la participation emprunte alors le chemin de la concertation formalisée par la suite à l'article 8 alinéa 2 du statut général de 1983, lequel précise que « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ».

Concertation et consultation ne relèvent pas d'implications identiques. Dans le cadre d'une procédure de consultation, les autorités cherchent à recueillir un avis sur un projet préparé unilatéralement en amont, quand la concertation suppose l'élaboration d'un projet commun, la recherche d'un point d'accord entre plusieurs acteurs<sup>2751</sup> et laisse ainsi une plus large place aux agents. En participant à une procédure de concertation, les représentants des agents ne donnent en effet plus simplement leur avis mais négocient afin d'aboutir à un consensus constaté par la suite à travers la signature d'un document retraçant cette position commune. La garantie alors offerte au droit de participation semble se concrétiser plus avant. Ce type d'intervention empruntant à la forme contractuelle paraît, par certains aspects, proche du système de conventions collectives dont connaissent les agents soumis au droit commun. Ces conventions sont en effet des accords conclus entre syndicats représentatifs des salariés et employeurs et ayant pour objet de déterminer les conditions d'emploi, de formation

---

<sup>2750</sup> Ce rapport, issu de la mission sur l'amélioration des procédures de discussion des salaires dans le secteur public, préconisait notamment la création, au sein de chaque entreprise, d'une cellule composée paritairement et chargée de l'étude des salaires. V. DEVAUX (Eric), *op. cit.*, p. 509, note 66.

<sup>2751</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second.

professionnelle et de travail, ainsi que les garanties sociales des salariés<sup>2752</sup>. Or, la procédure de concertation tend de la même manière à établir sur la base de négociations un accord portant sur les conditions de travail et d'emploi des agents publics. Pourtant, une différence de taille sépare les deux procédures car la convention collective engage juridiquement l'employeur signataire, alors que le protocole signé dans le cadre d'une concertation entre pouvoirs publics et syndicats de fonctionnaires ne peut logiquement revêtir qu'une portée morale. Les agents publics sont en effet placés dans une situation légale et réglementaire les empêchant de négocier sur un pied d'égalité juridique avec l'administration. Ainsi, les accords concertés n'ont logiquement aucune valeur normative, ce que s'est employé à rappeler à plusieurs reprises le Conseil d'Etat<sup>2753</sup>, un protocole d'accord devant s'analyser seulement comme « *un exposé des intentions et des orientations arrêtées par le gouvernement en accord avec les syndicats signataires* »<sup>2754</sup>. La garantie ouverte par la technique des accords concertés se heurte encore une fois au refus de confier aux agents un pouvoir décisionnel.

Toutefois, si ces accords sont dépourvus de force juridique au sens strict du terme, ils n'en revêtent pas moins une portée indirecte non négligeable. Ils se retrouvent en effet par la suite très fréquemment transposés dans des textes juridiquement contraignants, « *par la grâce d'une intervention gouvernementale ou législative* »<sup>2755</sup>. Une telle solution est logique : tout l'intérêt de la concertation étant de trouver un consensus satisfaisant les deux parties en présence sur des sujets souvent aussi sensibles que ceux portant sur la rémunération des fonctionnaires ou la réduction du temps de travail<sup>2756</sup>, « *on ne voit évidemment pas quel intérêt la puissance publique aurait à ne pas respecter ses engagements, sauf à vouloir rompre toute relation avec les syndicats* »<sup>2757</sup>. La concertation conduit ainsi presque systématiquement à une retranscription juridique de la solution à l'élaboration de laquelle les fonctionnaires ont collaboré, leur offrant ainsi une garantie de participation indirecte. Prenant acte de cet état de fait, le Conseil d'Etat dans son rapport de 2003<sup>2758</sup>, préconisait d'ailleurs, à

---

<sup>2752</sup> V. COEURET (Alain), GAURIAU (Michel) et MINE (Michel), *Droit du travail*, Sirey, 2006, p. 17.

<sup>2753</sup> V. ainsi CE, 15 mars 1971, *Syndicat national indépendant et professionnel des CRS*, *Rec. Leb.* p. 610 ; CE, 27 octobre 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation*, *Rec. Leb.* p. 766. V. sur ce point GARBAR (Claude-Albert), « Participation et secteur public », *TDP* 2003, n° 2, p. 301.

<sup>2754</sup> CE, 1<sup>er</sup> février 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'Industrie*, *RFDA* 1999, p. 226.

<sup>2755</sup> MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005, p. 197.

<sup>2756</sup> Aucun sujet ne paraissant *a priori* exclu de la concertation, laquelle peut ainsi également porter sur la formation professionnelle continue, la résorption de l'emploi précaire, ou bien encore des réformes statutaires liées à des revendications particulières.

<sup>2757</sup> MELLERAY (Fabrice), *Ibid.*

<sup>2758</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Perspectives pour la fonction publique », *EDCE* n° 54, 2003, p. 334 et s.



la suite du rapport sur le dialogue social dans la fonction publique de 2002<sup>2759</sup>, la mise en place d'un dispositif légal permettant d'homologuer ces accords, souhait réitéré à l'occasion de son rapport public de 2008<sup>2760</sup>. Cette proposition est par ailleurs aujourd'hui reprise par le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique d'avril 2008<sup>2761</sup>. Sur ces fondements, un protocole, une fois conclu, serait soumis à une procédure d'homologation actionnée par le pouvoir réglementaire, lequel resterait ainsi libre de décider s'il accepte de lui conférer valeur contraignante. Cette solution aurait l'avantage de rationaliser les délais de ratification de l'accord et d'« officialiser » en quelque sorte la participation des fonctionnaires aux procédures de concertation. Elle soulève cependant certains obstacles, car les accords ne peuvent alors porter que sur des questions relevant du domaine réglementaire. Par ailleurs, il faut bien convenir avec Fabrice Melleray qu'il n'y a pas grande différence, quant aux conséquences juridiques, entre une procédure d'homologation et l'intervention d'un décret en reprenant le contenu<sup>2762</sup>. Une solution plus décisive pourrait alors consister à rendre cette homologation obligatoire, ce qui élèverait la garantie jusqu'ici offerte au droit de participation à un degré bien supérieur. C'est la solution que semblent préconiser les accords de Bercy sur le dialogue social dans la fonction publique du 2 juin 2008, aujourd'hui traduits dans un projet de loi. Rappelant en premier lieu « *la difficulté de donner une valeur juridique directe à des accords conclus avec les organisations syndicales de fonctionnaires* », ces accords tendent néanmoins à fixer des critères de validité permettant de « *conforter la valeur politique de la signature dans une logique de responsabilisation de chacun des acteurs* » aboutissant, s'il sont réunis, à ce que l'administration « *s'oblige à prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre d'un tel accord* »<sup>2763</sup>. Une fois l'accord conclu selon les conditions requises, ce dernier s'imposerait alors aux pouvoirs publics et rendrait réellement effective la garantie du droit de participation mise en œuvre au sein du service public. Cependant, le projet de loi sur la rénovation du dialogue social dans la fonction publique n'apparaît pas reprendre cette obligation, mais seulement les conditions mises à la validité des accords conclus<sup>2764</sup>. Or, cette

---

<sup>2759</sup> Jacques Fournier, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La Documentation française, 2002, p. 86 et s.

<sup>2760</sup> Rapport public du Conseil d'Etat, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », *EDCE* n° 59, 2008, p. 227. A cette occasion, le Conseil d'Etat se prononce par ailleurs en faveur de l'institution d'une périodicité obligatoire pour ces négociations.

<sup>2761</sup> V. proposition n° 14 du Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique, La Documentation française, 2008.

<sup>2762</sup> MELLERAY (Fabrice), *Ibid.*

<sup>2763</sup> V. *Relevé de conclusions relatif à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique*, p. 9, disponible sur le site [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr)

<sup>2764</sup> Dans le cadre d'une phrase transitoire courant jusqu'à 2013, un accord ne pourra être considéré comme valide que s'il est signé par une organisation syndicale ayant réuni au moins 50 % des voix ou s'il est conclu avec au moins deux organisations syndicales représentant au moins 20% des voix et ne rencontrant pas l'opposition d'organisations syndicales parties prenantes à la négociation représentant au total une majorité des voix (article 22 du projet de loi).

absence, même formelle, d'idée d'obligation peut être saluée car conférer ce qui reviendrait, dans les faits, à un pouvoir de décision aux mains des agents heurte la logique gouvernant leur rapport avec le service public. En effet, l'Etat ne peut être un employeur comme les autres. Il doit en principe conserver le dernier mot en tant que gardien d'intérêts prééminents parmi lesquels intervient tout particulièrement la garantie des droits et libertés des citoyens. Cette considération implique d'adopter une certaine réserve envers la volonté contemporaine d'aligner la situation des agents du secteur public sur celle des salariés privés en matière de négociation<sup>2765</sup>.

La nécessité de conciliation entre droits des agents et des usagers trouve toujours à réapparaître, dans le cadre du droit de participation comme au-delà. Ainsi, la garantie de la liberté syndicale ou du droit de grève est consacrée au bénéfice des agents, lesquels, protégés par leur statut, ont, de manière générale, très largement actionné ces prérogatives. Longtemps privés de toute possibilité de revendications professionnelles, ils ont, à partir de 1946, bénéficié d'une politique de garantie au sein des services publics qui n'a cessé de s'intensifier. L'évolution était indispensable et ne peut qu'être saluée. Cependant, aucune liberté n'est illimitée et le mouvement constaté en faveur des agents semble, parfois, avoir fait perdre de vue la nécessaire préservation des droits de l'utilisateur. Au regard de certaines mesures, récentes ou à venir, il semble en cela que la garantie offerte par le service public aux libertés professionnelles soit parfois amenée à adopter le mouvement d'un balancier. Longtemps orienté vers l'agent elle revient maintenant progressivement vers l'utilisateur. Cette garantie poursuit ainsi aujourd'hui sa quête d'équilibre au sein du service public.

## **SECTION SECONDE**

### **DES LIBERTES PROFESSIONNELLES APPELEES A SE CONCILIER AVEC LES DROITS ET LIBERTES DES USAGERS**

Il n'a jamais été question que les libertés liées à la défense des intérêts professionnels des agents puissent s'exercer sans encadrement. La plus importante limite à l'exercice des libertés collectives des agents doit normalement découler du souci de préserver, en parallèle, la satisfaction des besoins essentiels de la population. Cependant, cette limite ne semble pas

---

<sup>2765</sup> V. *infra*, Section seconde, Paragraphe premier, B/.

toujours avoir joué correctement. La conciliation a en effet souvent pu paraître déséquilibrée au détriment de l'utilisateur, situation, qui, à l'heure de la revalorisation du rôle de garantie du service public envers ce dernier, doit évoluer. La garantie des droits de grève, de participation et de la liberté syndicale tend aujourd'hui, dans des proportions variables, à retrouver certaines bornes au regard de la mission particulière dont est investi le service public et des nécessités de continuité et d'adaptation qui en résultent (Paragraphe premier). Toutefois, ce « retour » vers l'utilisateur doit rester équilibré, et ne pas supposer d'inflexions trop profondes envers les prérogatives des agents. Face à cette volonté renouvelée de compromis, le monopole syndical continue ainsi de soulever certaines interrogations. Pour des raisons indirectement liées à un impératif de fonctionnement continu du service, les organisations syndicales représentatives sont appelées à jouer un rôle quasi exclusif vis-à-vis de l'exercice de ces prérogatives. Dans le système actuel dont connaît le service public, il semble en effet quasiment impossible d'actionner ces libertés sans passer par cet intermédiaire, le monopole instauré offrant ainsi une rationalisation indispensable, mais paraissant par certains aspects trop limitative (Paragraphe second).

#### PARAGRAPHE PREMIER UNE EVOLUTION NECESSAIRE

Le service public offre une très large possibilité d'exercice des libertés professionnelles, mais la spécificité de son rôle de garantie doit normalement entraîner avec elle certaines particularités dans la mise en œuvre de telles prérogatives. La conciliation entre le respect des libertés des agents et celui de la satisfaction des attentes des usagers est une problématique classique, trouvant à l'évidence son plus haut degré d'expression dans l'exercice du droit de grève. Mais des interrogations similaires entourent la mise en œuvre de la liberté syndicale et du droit de participation, dans des proportions moindres, certes, mais révélatrices des logiques paradoxales qui se jouent depuis toujours entre agents et usagers. C'est principalement sous le fronton du principe de continuité et, partant, de la continuité de la garantie offerte aux droits et libertés des usagers, que le service public impose à l'exercice du droit de grève et de la liberté syndicale certaines limitations indispensables. Cependant, la pratique a révélé le manque d'équilibre des encadrements proposés, ce qui a trop souvent joué en défaveur de

l'utilisateur et explique, aujourd'hui, l'intervention d'une réglementation plus offensive en matière de droit de grève (A). De la même manière, l'impact du droit de participation des agents ne peut s'exercer sans garde-fous car si cette prérogative n'est pas dénuée, en théorie, d'effets positifs en faveur de l'utilisateur, sa mise en œuvre se heurte cependant à la persistance d'obstacles pratiques, à travers lesquels se révèle le danger d'un pouvoir d'influence trop important laissé aux agents (B).

### *A/ Une recherche d'équilibre dans la mise en œuvre du droit de grève et de la liberté syndicale des agents*

A se pencher sur les limitations imposées à l'exercice du droit de grève et à la liberté syndicale se découvre un dénominateur commun, le souci d'assurer par ces dernières la continuité du service public. Dans son principe, la conciliation alors induite devrait aboutir à un compromis satisfaisant les agents comme les usagers. La garantie des droits des agents du service public est ainsi censée ne pas prédominer, ni subir de limitations excessives. Sous cet aspect, la liberté syndicale, semble connaître une solution équilibrée, à l'exception notable, toutefois, du sort réservé aux personnels militaires, toujours privés de la jouissance de cette liberté (1). La solution est en revanche différente en matière de droit de grève. Au regard de cette prérogative, en effet, le point d'équilibre n'est pas atteint. La garantie du droit de grève connaît des limites, mais leur portée reste ponctuelle. En pratique, le compromis orchestré est insuffisant car il se révèle incapable de protéger efficacement les droits et libertés des usagers, constat qui invite aujourd'hui les pouvoirs publics à introduire de nouvelles réglementations afin d'endiguer les effets les plus négatifs de grèves devenues trop fréquentes (2)

#### *1) Liberté syndicale et garantie des droits des usagers : une conciliation satisfaisante*

De manière générale, la conciliation orchestrée au sein du service public entre liberté syndicale des agents et droits et libertés des usagers soulève peu de difficultés. La raison en est simple : les points de confrontation entre une telle prérogative et les droits des usagers sont rares. Aucune antinomie de principe n'est en effet constatée entre action syndicale des agents et fonctionnement du service public, bien qu'un travail de conciliation doive parfois intervenir. En effet, titulaire de la liberté syndicale, l'agent ne peut en jouir d'une manière totalement similaire aux autres travailleurs. Pèse en premier lieu toujours sur lui le respect de

l'obligation de réserve. Dans l'hypothèse où l'agent est représentant syndical, cette obligation est atténuée mais ne disparaît pas totalement car il importe de préserver la neutralité et la sérénité du service et la liberté de conscience des agents comme des usagers<sup>2766</sup>. Cette plus grande liberté d'expression ne peut en outre trouver à jouer que lorsque la prise de position de l'agent s'inscrit dans le cadre de la défense des intérêts professionnels des personnels syndiqués et non lorsque des convictions purement politiques sont en jeu<sup>2767</sup>. De plus, la continuité du service public, condition *sine qua non* d'une garantie effective des droits et libertés de la population, impose que le représentant syndical demeure soumis au devoir d'obéissance auquel est tenu tout agent public<sup>2768</sup> et qui tend à encadrer l'exercice matériel de l'action syndicale au sein des services. Si divers aménagements ont été prévus afin que cette liberté puisse concrètement s'exercer, leur utilisation obéit en effet néanmoins à une certaine discipline. Ainsi, la tenue de réunions syndicales « *ne doit pas porter atteinte au fonctionnement du service ou entraîner une réduction de la durée d'ouverture du service aux usagers* »<sup>2769</sup>. La même précision entoure l'action de distribution des documents d'origine syndicale, laquelle ne peut en outre être assurée pendant les heures de service que par des agents qui ne sont pas en service ou bénéficiant d'une décharge de service<sup>2770</sup>. Quant aux autorisations d'absence, l'agent peut toujours être sanctionné s'il s'avère qu'il a abusé de cet aménagement « *au mépris des nécessités du service et de ses obligations vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques* »<sup>2771</sup>. La liberté syndicale ne saurait ainsi être exercée de manière telle qu'elle porterait indirectement atteinte à la garantie des droits et libertés des usagers en mettant en péril la continuité de fonctionnement du service public. Toutefois, ces limitations demeurent minimales, preuve que la conciliation de la liberté syndicale suscite peu de difficulté. Un encadrement intervient, mais strictement proportionné aux nécessités du

---

<sup>2766</sup> V. *supra*. Chapitre précédent, Section première.

<sup>2767</sup> Ce principe est rappelé par l'avis n° 359.702 du Conseil d'Etat du 26 novembre 1996 (v. *Grands avis*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2002, p. 393, comm. G. Couturier) en ce qui concerne les syndicats émanant d'organisations politiques. V. par ailleurs CE, 12 octobre 1956, *Delle Coquand*, *Rec. Leb.* p. 362 (distribution de tracts et incitation à participer à une grève politique justifiant une sanction disciplinaire) ; CE, Sect., 8 juin 1962, *Frischmann*, *Rec. Leb.* p. 382 ; *AJDA* 1962, p. 418, chron. Galabert et Gentot (sanction d'un secrétaire général d'une organisation syndicale des agents des PTT ayant signé un accord avec le syndicat allemand des postes tendant à empêcher que le service français des PTT soit utilisé pour la guerre ou la préparation morale de celle-ci). V. également CAA Nancy, 2 août 2007, *Commune de Lons-Le-Saunier c/ Mme Mazzier*, *AJFP* novembre-décembre 2007, p. 313, note J. Mekhantar (utilisation d'une messagerie intranet pour diffusion d'un message à caractère politique).

<sup>2768</sup> CE, 18 janvier 1963, *Perreur*, *Rec. Leb.* p. 34 ; *AJDA* 1963, p. 371, note V. S. (sanction d'un responsable syndical ayant organisé une réunion dans les locaux et pendant les heures de services malgré l'interdiction de l'autorité hiérarchique). V. également CE, 6 février 1981, *Benhamou*, *Rec. Leb. Tables* p. 789.

<sup>2769</sup> Article 7 du décret n° 82-447 du 30 mai 1982, *prés.*

<sup>2770</sup> Article 9 du décret n° 82-447 du 30 mai 1982, *prés.*

<sup>2771</sup> CE, 9 novembre 1983, *Saerens*, *Rec. Leb. Tables* p. 453.

service. Cette liberté y trouve un terrain d'expression privilégié, sans que cet état de fait apparaisse en tant que tel constituer une menace pour les usagers.

La principale critique retrouvée en ce qui concerne la mise en œuvre de cette prérogative n'intervient d'ailleurs pas au regard des inflexions qu'elle serait susceptible d'emporter à l'égard des usagers, mais sur le fait que les personnels militaires en demeurent privés. Certes, ils partagent en cela leur sort avec les préfets et sous préfets<sup>2772</sup>, écartés du bénéfice de cette liberté au motif qu'ils appartiennent à des corps de fonctionnaires « *dont il importe particulièrement qu'ils ne puissent prendre de distances par rapport au gouvernement* »<sup>2773</sup>. Les préfets sont en effet considérés comme « *des fonctionnaires d'une autre essence* »<sup>2774</sup> auxquels s'impose « *la totale allégerance à un gouvernement dont ils sont les représentants directs* »<sup>2775</sup>. Mais ce n'est pas le cas des militaires, et l'interdiction pesant sur eux fait de plus en plus débat, au sein de l'armée<sup>2776</sup> comme de la doctrine juridique<sup>2777</sup>. La controverse a sur ce point été ravivée par l'adoption du nouveau statut général du 24 mars 2005<sup>2778</sup>, lequel reconduit la prohibition qui prenait auparavant place à l'article 10 de la loi du 31 juillet 1972<sup>2779</sup>. Les militaires ne peuvent mener une action syndicale, être affiliés à un syndicat, ou

---

<sup>2772</sup> Article 18 du décret n° 64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets, *JO* 21 mars 1964, p. 2620 et article 15 du décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, *JO* 30 juillet 1964, p. 7156.

<sup>2773</sup> CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 254.

<sup>2774</sup> LARVARON (Bernard), *Le préfet face au XXIème siècle*, Economica, 2001, p. 234.

<sup>2775</sup> RIVERO (Jean), « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 580.

<sup>2776</sup> La question divise en effet au sein de l'armée. Une majorité de personnels militaires semble soutenir cette interdiction (bien que le devoir de réserve ne permette pas de fixer clairement les positions) mais les gendarmes, notamment, paraissent favorables à une évolution. Certaines initiatives des militaires démontrent ainsi la volonté de se voir reconnaître une plus large défense de leurs intérêts. En témoignent les manifestations de gendarmes sur la voie publique en 2002 ou la création de l'ADEFDROMIL, association professionnelle créée en 2001 et poursuivant les mêmes buts qu'un syndicat. Les militaires ayant adhéré à cette association ont été sommés, sous peine de sanctions disciplinaires, de quitter celle-ci par une note du chef de cabinet du ministère de la Défense datée du 28 novembre 2002. Pour un rappel de cette interdiction entraînant l'irrecevabilité d'une requête émanant de cette association, CE, 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires*, *AJDA* 2009, p. 148, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi.

<sup>2777</sup> V. notamment CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), « Vers le droit syndical des personnels militaires ? », *RDP* 2003, p. 1073 ; DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 412 et s. et CHRISTIAN (Léon), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *AJFP* juillet-août 2005, p. 198 et « La liberté syndicale des personnels militaires : une réalité politique difficile à cacher », *AJFP* septembre-octobre 2005, p. 249.

<sup>2778</sup> Article 6 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, *JO* 26 mars 2005, p. 5098. V. article L. 4121-4 du Code de la défense. Le nouveau statut a, sur ce point, suivi les conclusions du 29 octobre 2003 de la Commission de révision du statut général des militaires présidée par Renaud Denoix de Saint-Marc.

<sup>2779</sup> Loi n° 72-262 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, *préc.* Cette interdiction est ancienne. Le Conseil d'Etat s'était ainsi prononcé à l'encontre de toute possibilité de reconnaissance de la liberté syndicale aux militaires à l'occasion de son avis du 21 juin 1949, estimant qu'une telle prérogative, reconnue par le Préambule de la Constitution, était incompatible avec les règles propres à la discipline militaire.

même adhérer à une association professionnelle<sup>2780</sup>. Or cette interdiction absolue pose question quant à ses justifications, car ces dernières paraissent bien plus relever d'une conception politique, voire idéologique, du rôle de l'armée que d'une argumentation juridique<sup>2781</sup>. En effet, l'interdiction des syndicats semble à titre principal attachée au souci de préserver le principe hiérarchique au fondement même de l'organisation militaire. « *Parce que la discipline est la force principale des armées, la hiérarchie fait l'objet d'une certaine sacralisation qui se matérialise par une stricte subordination de grade à grade* »<sup>2782</sup>. Or, l'introduction du syndicalisme viendrait troubler ce rapport de commandement et d'obéissance en introduisant une force parallèle concurrente, susceptible de remettre en cause les instructions reçues. Par ailleurs, la syndicalisation entraînerait avec elle une politisation atteignant la neutralité de l'armée, neutralité qui doit justement permettre d'éviter « *les contradictions d'orientations politiques entre les gouvernements et les militaires* »<sup>2783</sup>. La subordination de l'armée au pouvoir civil se retrouverait alors en danger<sup>2784</sup>, tout comme, plus largement, la cohésion même de la force militaire. La liberté syndicale est considérée comme « *un ferment de division* », introduisant « *un pluralisme d'opinions là où devrait être cultivée une unité de conceptions* »<sup>2785</sup>. Plus avant, ces prises de positions feraient ressortir les choix individuels et risqueraient alors « *de briser une conscience collective exclusive de toute considération personnelle* »<sup>2786</sup>. En cela, la jouissance de la liberté syndicale est interdite à ces agents.

---

<sup>2780</sup> V. article L. 4121-4 du Code de la défense et pour une illustration, note n° 162. Les actions des associations professionnelles sont en effet assimilées à celles menées par les syndicats, ce qui explique le refus réitéré des pouvoirs publics, très clairement rappelé par le ministre de la Défense en 2005 : « *Selon nous, l'association professionnelle et le syndicat, c'est la même chose car le but est le même* » (*JO Débats*, Sénat, 2 février 2005, p. 656).

<sup>2781</sup> En ce sens, CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), « Vers le droit syndical des personnels militaires ? », *RDP* 2003, p. 1098 et s.

<sup>2782</sup> DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 413.

<sup>2783</sup> BELRHALI (Hafida), « Le statut des militaires et les libertés publiques », *Les champs de Mars*, premier semestre 1999, p. 112, cité par CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), *op. cit.*, p. 1100.

<sup>2784</sup> Le spectre du coup d'Etat militaire réapparaissant alors de manière sous-jacente. Cette dernière éventualité serait à l'évidence extrêmement dangereuse pour la démocratie et, partant, la garantie des droits et libertés de la population. Il faut cependant nuancer ce risque en rappelant qu'il reste totalement hypothétique. En effet, syndicalisation et coups d'Etat militaires n'apparaissent pas consubstantiellement liés. De nombreux pays européens ayant consacré la liberté syndicale des militaires connaissent encore d'un régime démocratique stable. Par ailleurs, certains auteurs estiment aujourd'hui que l'armée n'est plus suffisamment puissante pour intimider le pouvoir civil et exercer de réelles pressions sur celui-ci. DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004, p. 419.

<sup>2785</sup> CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), *op. cit.*, p. 1101.

<sup>2786</sup> CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), *Ibid.*

Au vu de ces raisonnements, il est clair que l'image de l'agent « rouage » de la machine administrative n'a pas totalement disparu. Or ces arguments apparaissent discutables<sup>2787</sup>. Par ailleurs, ils ne reposent sur aucune assise juridique et ne peuvent se voir renforcés par l'invocation du respect du principe de continuité et la garantie de la sécurité de la population. Pour certains, reconnaître la liberté syndicale aux militaires risquerait de déboucher sur des mouvements de grève des militaires<sup>2788</sup>, atteinte grave « *au principe de disponibilité permanente et surtout d'obéissance aux ordres reçus* »<sup>2789</sup>. Cependant, un tel argument ne tient pas car aucune corrélation systématique entre reconnaissance de la liberté syndicale et du droit de grève ne peut être trouvée. Certes, un lien étroit unit ces deux libertés collectives, mais diverses observations viennent tempérer cette affirmation, et tout particulièrement le fait que certains fonctionnaires ne disposent pas du droit de grève tout en bénéficiant pourtant de la liberté syndicale<sup>2790</sup>. La survivance de cette interdiction d'exercice de la liberté syndicale pose en cela question tant au regard de sa constitutionnalité – l'alinéa 6 du Préambule reconnaissant cette liberté sans prévoir d'exceptions ni d'atténuations à son application – que de sa conventionnalité. L'article 11 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme précise en effet, à la suite de la reconnaissance de la liberté syndicale, que cette dernière peut faire l'objet de restrictions légitimes par le législateur pour des raisons liées « *à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Certes, le Conseil d'Etat a, sur ce point, estimé que l'absence de droit syndical relevait de ces limitations et était donc conforme à cet article<sup>2791</sup>. Cependant, il demeure difficile de considérer que les droits et libertés des citoyens seraient directement menacés par une syndicalisation de l'armée. Si tel était le cas, il faudrait par ailleurs prendre des mesures de restriction proportionnées à la menace redoutée, ce qui ne semble de toute manière pas pouvoir conduire à justifier une interdiction générale et absolue<sup>2792</sup>. Pourtant, une telle interdiction perdue, la seule possibilité de dialogue offerte aux militaires résultant de la participation à des instances de concertation. Le Conseil supérieur de la fonction militaire et

---

<sup>2787</sup> Ainsi, si une certaine politisation est à craindre, il faut rappeler que d'autres services participant à une mission de sécurité, comme la police, disposent de la liberté syndicale sans que cela ne remette en cause l'accomplissement de leur mission. Le caractère subversif de l'action syndicale ne doit donc pas être surestimé.

<sup>2788</sup> V. ROBERT (Jacques), « Libertés publiques et défense », *RDP* 1977, p. 951 : « *le législateur peut, sans méconnaître la Constitution, interdire aux militaires le droit de grève, voire le droit de former des syndicats professionnels, notamment en raison d'une liaison de fait qui existe entre la liberté syndicale et le droit de grève* ».

<sup>2789</sup> CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), *op. cit.*, p. 1083.

<sup>2790</sup> Pour une énumération de ces derniers, cf. *supra*, 1).

<sup>2791</sup> CE, CE, 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires, préc.*

<sup>2792</sup> En ce sens, CHRISTIAN (Léon), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *AJFP* juillet-août 2005, p. 200.



les Conseils de la fonction militaire<sup>2793</sup> sont ainsi appelés à traiter des questions relatives aux conditions de vie, d'exercice du métier ou à l'organisation du travail militaire. Toutefois, leur influence reste très modeste<sup>2794</sup>, constat logique dès lors qu'est rappelé le refus persistant d'instauration de toute hiérarchie parallèle. L'intervention de ces instances trahit la nécessité de dialogue entre pouvoirs publics et militaires, en même temps que le caractère limité de leur influence plaide pour une reconnaissance pleine et entière de la liberté syndicale au sein de l'armée. A l'instar des solutions prévalant par exemple pour la police et les magistrats, et afin de préserver le fonctionnement continu de ce service, cette dernière pourrait être reconnue sans s'accompagner forcément de la jouissance du droit de grève. Serait ainsi mise en place une liberté syndicale *sui generis*<sup>2795</sup>. Cependant, les oppositions politiques restent fortes et font barrage à une évolution en ce sens<sup>2796</sup>, le militaire demeurant un agent bien différent des autres, sans qu'aucune justification tirée notamment de la garantie des droits et libertés de la population ne puisse justifier une telle limitation.

Au-delà de cette exception, cependant, les inflexions à la liberté syndicale commandées par la garantie des droits et libertés des citoyens paraissent proportionnées et légitimes. L'équilibre semble ainsi prévaloir au sujet de cette liberté professionnelle, ce qui n'est en revanche pas le cas pour le droit de grève, dont l'exercice apparaît, encore aujourd'hui, insuffisamment encadré au regard d'une garantie effective des droits et libertés de la population.

## 2) *Grève des agents et garantie des droits des usagers : une conciliation à perfectionner*

L'affirmation d'un exercice maximaliste du droit de grève au sein des services publics peut surprendre car il est spontanément souvent estimé que cette prérogative y subit des limitations importantes, plaçant l'agent dans une situation moins favorable que celle du salarié privé. Mais le lien reliant l'agent au service introduit inévitablement certaines spécificités dans l'exercice de ce droit et limite la pertinence d'une comparaison avec ce dernier, tandis que la

---

<sup>2793</sup> Le Conseil supérieur de la fonction militaire (CSFM), créé par la loi du 21 novembre 1969, fédère aujourd'hui les Conseils de la fonction militaire (CFM), créés dans chaque corps d'armée par un décret du 28 février 1990. Les CFM sont chargés de procéder à une première étude des questions inscrites à l'ordre du jour du CSFM. Des présidents de catégories, porte-parole des différentes catégories de personnels au sein de la hiérarchie, jouent en outre le rôle de délégués du personnel au sein de l'armée, tandis que des commissions participatives d'unité s'intéressent aux problèmes de la vie quotidienne des militaires.

<sup>2794</sup> Ces instances sont en effet de simples instances de consultation ne disposant d'aucun pouvoir décisionnel.

<sup>2795</sup> CHRISTIAN (Léon), *op. cit.*, p. 202.

<sup>2796</sup> Lors de l'élaboration du nouveau statut, l'ensemble des amendements favorables au syndicalisme ont été rejetés, parfois de manière radicale. Pour un exposé des débats parlementaires, DE BELLESCIZE (Ramu), « La réforme du statut général des militaires », *RDP* 2006, p. 340-341.

pratique rappelle que ce droit est en réalité plus facilement actionné au sein des services publics<sup>2797</sup>. Pourtant, droit de grève et continuité des services publics sont des notions « *difficilement conciliables, voire inconciliables* »<sup>2798</sup>. Les arguments opposés avant 1946 à sa reconnaissance aux agents demeurent largement d'actualité car garantir le droit de grève au sein des services publics conduit inéluctablement à atteindre la continuité de la satisfaction des besoins essentiels de la population. Nul étonnement, donc, que ce soit sur ce point que se cristallisent le plus souvent les interrogations quant au compromis que cette confrontation rend indispensable. Ainsi que l'a rappelé la jurisprudence, l'exercice du droit de grève est le principe et la restriction à cette prérogative l'exception<sup>2799</sup>, cette dernière résidant dans le respect des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. Or un certain déséquilibre atteint cette conciliation car des limitations interviennent, certes, mais par petites touches, et celles-ci s'avèrent donc pour l'heure encore incapables de protéger efficacement les droits et libertés des usagers dont la mise en œuvre dépend du service public.

Il n'est pas question de contester la reconnaissance du droit de grève aux agents mais seulement de s'interroger sur ses frontières, lesquelles n'apparaissent pas fixées avec une fermeté suffisante au regard des conséquences résultant de son exercice. La grande législation censée réglementer l'exercice de la grève n'étant jamais intervenue<sup>2800</sup>, ce n'est que ponctuellement que le législateur s'est penché sur cette question pour fixer certaines limites indispensables. Parmi ces interventions, figure en premier lieu la loi du 31 juillet 1963<sup>2801</sup>, laquelle interdit la pratique des grèves surprises et des grèves tournantes. Ces deux modalités d'exercice du droit de grève pouvaient être considérées comme abusives, les grèves surprises ne laissant en effet aux responsables du service aucune possibilité de prendre en amont des mesures limitant la portée de cette cessation du travail et les grèves tournantes permettant quant à elles des mouvements de longue durée désorganisant complètement le service et relevant dès lors d'un très important pouvoir de nuisance envers les usagers. Une intervention législative marquante demeure par ailleurs celle ayant conduit à priver purement et simplement certains agents du droit de grève. Le législateur a ainsi retiré l'exercice de ce droit

---

<sup>2797</sup> V. *supra*.

<sup>2798</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2004, p. 351.

<sup>2799</sup> V. *supra*, Première section, Paragraphe premier, B/, 1).

<sup>2800</sup> V. *supra*, Seconde partie, Titre Premier, Chapitre second, Section première.

<sup>2801</sup> Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *JO* 2 août 1963, p. 7156. V. également, pour les agents de droit privé, l'article L. 2512-3 du Code du travail.

aux personnels de police<sup>2802</sup>, aux personnels des compagnies républicaines de sécurité<sup>2803</sup>, aux agents des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire<sup>2804</sup>, des services de transmissions du ministère de l'Intérieur<sup>2805</sup>, ou bien encore aux militaires<sup>2806</sup> ou aux magistrats<sup>2807</sup>, cette prohibition ayant également été opérée s'agissant des services chargés du contrôle et de la protection des matériels nucléaires<sup>2808</sup>. Enfin, le législateur a pu décider d'instaurer un service minimum en matière de contrôle de la navigation aérienne et dans le service public de la radio-télévision<sup>2809</sup>. Sous l'impulsion de la jurisprudence *Dehaene*, des initiatives émanant du pouvoir réglementaire ont parallèlement complété ces mesures de restrictions. Ont ainsi été prohibées, au-delà des grèves surprise ou tournantes, la pratique des interruptions de travail de courte durée et celle de la « grève sur le tas » dans laquelle les agents grévistes occupent leur lieu de travail<sup>2810</sup>. L'autorité administrative compétente a également pu priver du droit de grève les agents « *participant à l'action gouvernementale* », tels les préfets et sous-préfets, agents occupant les emplois supérieurs des administrations centrales ou chefs des services déconcentrés<sup>2811</sup>, ceux assurant « *les liaisons indispensables à l'action gouvernementale* », comme certains agents de la Poste ou des télécommunications<sup>2812</sup>, des personnes chargées de missions de sécurité comme celles indispensables au fonctionnement du service de la sécurité aérienne<sup>2813</sup> et, enfin, les agents pour lesquels l'interdiction de faire grève résulte des nécessités de l'ordre public, tels les

---

<sup>2802</sup> Loi n° 48-1054 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, *JO* 29 septembre 1948, p. 9532.

<sup>2803</sup> Loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947 portant réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité, *JO* 28 décembre 1948, p. 12495.

<sup>2804</sup> Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 portant statut des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaires, *JO* 7 août 1958, p. 7423.

<sup>2805</sup> Loi n° 68-985 du 31 juillet 1968, Loi de finances rectificative pour 1968, *JO* 2 août 1968, p. 7515.

<sup>2806</sup> Loi n° 72-262 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, *JO* 14 juillet 1972, p. 7430.

<sup>2807</sup> Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JO* 23 décembre 1958, p. 11551.

<sup>2808</sup> Loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *JO* 26 juillet 1980, p. 1882 et CC n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires*, *Rec.* p. 42 ; *D.* 1981, p. 65, note Franck.

<sup>2809</sup> V. lois n° 82-652 du 29 juillet 1982 et n° 86-1067 du 30 septembre 1986 pour le secteur de la radio-télévision et lois n° 84-1286 du 31 décembre 1984 et loi n° 87-1014 du 18 décembre 1987 pour les agents de la navigation aérienne.

<sup>2810</sup> L'interdiction des arrêts de travail de courte durée est clairement posée par la décision CC n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *Rec.* p. 48. Quant à l'interdiction des grèves sur le tas, lesquelles portent par ailleurs atteinte à la liberté du travail en tant qu'elles empêchent les non grévistes de travailler, V. notamment CE, Sect., 11 février 1966, *Legrand*, *Rec.* p. 110 ; *AJDA*, 1966, 248.

<sup>2811</sup> V. par exemple, CE, 16 décembre 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer*, *Rec. Leb.* p. 662, *AJDA* 1967, p. 99, concl. L. Bertrand.

<sup>2812</sup> V. ainsi CE, Ass, 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *Rec. Leb.* p. 80 ; *RDP*, 1966, 324, concl. Bertrand.

<sup>2813</sup> Comme par exemple le service de météorologie nationale : CE, Sect., 19 janvier 1962, *Bernardet*, *Rec. Leb.* p. 49, *AJDA* 1962, p. 310, *D.* 1962, note C. Leclercq.

greffiers<sup>2814</sup>. De telles interdictions sont juridiquement sanctionnées : l'agent passant outre cette réglementation encourt une procédure disciplinaire pouvant conduire à sa révocation<sup>2815</sup>. Par ailleurs, sous strictes conditions, est parfois ouverte aux autorités administratives la possibilité d'instaurer un service minimum ou de faire usage de leur pouvoir de réquisition<sup>2816</sup>.

De telles mesures, législatives ou réglementaires, limitent l'exercice du droit de grève au sein des services publics. Toutefois, elles se justifient au regard du compromis devant être opéré avec le principe de continuité du service et influent, dès lors, sur la satisfaction des droits et libertés des individus. Ainsi, les rares cas dans lesquels le pouvoir réglementaire est autorisé à instituer un service minimum illustrent la volonté de garantie d'un droit ou d'une liberté essentielle, comme celle de la protection de la santé des usagers<sup>2817</sup>. Quant aux limites imposées aux modalités même de la grève, par la prohibition des grèves surprises ou autres, elles témoignent d'un exercice de conciliation indispensable et équilibré. De telles pratiques portant en effet une atteinte décisive à la continuité des services publics, leur prohibition se révélait nécessaire<sup>2818</sup>. La solution la plus stricte réside dans la privation pure et simple du droit de grève à certaines catégories d'agents. Cependant, un tel choix se justifie au regard des services publics concernés, dont la très forte teneur de souveraineté amène à considérer le fonctionnement continu, pour ne pas dire permanent, de ces derniers comme « *une condition sine qua non de la continuité de l'Etat* »<sup>2819</sup>, mais également, plus avant et indissociablement, comme la garantie d'une sécurité continue de la population<sup>2820</sup>, présumé à un exercice paisible de l'ensemble des droits et libertés de la population et participant donc indirectement à leur garantie concrète<sup>2821</sup>. Un tel argument est d'ailleurs très nettement formalisé en ce qui

---

<sup>2814</sup> Leur concours est en effet indispensable à l'exercice des fonctions des magistrats : CE, 21 décembre 1977, *Syndicat national CFDT des cours et tribunaux*, *Rec. Leb.* p. 873, *DA* 1978, n° 31. Sur l'ensemble de cette question, CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 271.

<sup>2815</sup> V. ainsi CE, 10 mars 1972, *Min. de l'Intérieur c/ Santamaria*, *Rec. Leb.* p. 207.

<sup>2816</sup> Sur la marge de manœuvre des autorités administratives sur ce point, V. *supra*, Section première, Paragraphe premier, B/, 1).

<sup>2817</sup> V. CE, 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt*, *Rec. Leb.* p. 402 ; *DA* 1999, n° 169, obs. C. Esper (légalité d'un service minimum instauré par le directeur d'un établissement hospitalier dans les salles de réveil des blocs opératoires).

<sup>2818</sup> Cette loi a par ailleurs ceci de remarquable qu'elle s'adresse quasiment à l'ensemble des services publics et trouve donc également sa place dans le Code du travail à l'article L. 2512-3 afin de s'appliquer aux agents privés.

<sup>2819</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, 3<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2004, p. 353.

<sup>2820</sup> Lorsque les services en cause ne relèvent pas directement du maintien de l'ordre public, comme par exemple les services participant à l'action gouvernementale, leur fonctionnement continu s'avère cependant indispensable au sens où, rouages essentiels de la continuité de l'Etat, leur désorganisation remettrait en cause l'existence même de ce dernier et la régulation des rapports sociaux qui en découle.

<sup>2821</sup> Sur ce lien indéfectible entre sécurité et libertés, V. *supra*, Première partie, Titre second, Chapitre premier.

concerne la continuité des services de contrôle et de protection des matières nucléaires<sup>2822</sup>, indispensable à la satisfaction du droit à la protection de la santé, ce dernier cas illustrant parfaitement la nécessité de prendre en compte les « droits-créances » de la population, quitte à nier, alors, les prérogatives des agents<sup>2823</sup>. Certes, un service minimum, beaucoup moins attentatoire, pourrait peut-être être instauré dans certaines hypothèses, évolution déjà opérée dans le cas des services de contrôle de la navigation aérienne, autrefois soumis à un régime d'interdiction du droit de grève. Cependant cette solution ne pourrait être trop largement retenue car certains services ne pourraient fonctionner de manière efficiente dans le cadre d'effectifs restreints<sup>2824</sup>. La prohibition du droit de grève semble ainsi pour nombre de ces services constituer la seule solution offrant un niveau de sécurité suffisant pour la population.

Surtout, il faut remarquer le caractère ponctuel des mesures envisagées. Les restrictions restent limitativement énumérées, tout comme celles tenant aux hypothèses de service minimum imposées par le législateur. Quant au champ d'action du pouvoir réglementaire, il demeure strictement contrôlé par le juge dès lors que sont en question ces hypothèses de service minimum ou de réquisition<sup>2825</sup>. Enfin, l'encadrement posé par la loi de 1963 ou par le pouvoir réglementaire se contente de prohiber certaines modalités de la grève. Il n'est à aucun moment envisagé de remettre en cause son exercice mais seulement d'en gommer les expressions les plus attentatoires. Les restrictions existent, mais elles demeurent ponctuelles. Or, s'il convient de se réjouir de ce large exercice d'un droit si difficilement acquis, c'est cependant seulement jusqu'à un certain point. L'approbation trouve en effet sa limite dans le constat selon lequel la pratique de la grève semble finalement, en dehors de ces cas particuliers, insuffisamment encadrée au regard des inflexions qu'elle emporte pour la garantie concrète des droits et libertés des individus. Il est ainsi normalement nécessaire que la grève ne puisse se voir déclenchée en raison de n'importe quel prétexte et, tout particulièrement, pour des motifs autres que professionnels. Une telle interdiction est très nettement formulée par le juge administratif : ainsi, la grève ne peut revêtir un caractère politique<sup>2826</sup>, la participation de l'agent à un mouvement de cette nature justifiant une sanction disciplinaire<sup>2827</sup>. Cette prohibition est logique : la grève est un mouvement de revendication

---

<sup>2822</sup> Loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *préc.*

<sup>2823</sup> Sur ce point, v. la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980, *Protection des matières nucléaires, préc.*

<sup>2824</sup> Un service minimum organisé en matière de services de police, par exemple, inciterait assurément à une hausse des infractions pénales dans la période dans laquelle il s'appliquerait.

<sup>2825</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe premier, B/, 1).

<sup>2826</sup> CE, 8 février 1961, *Roussel, Rec. Leb.* p. 85, concl. Braibant.

<sup>2827</sup> CE, 1<sup>er</sup> février 1963, *Ministre des armées c/ Audibert, Rec. Leb.* p. 8.

professionnelle et doit donc concerner des éléments sur lesquels l'employeur dispose d'une certaine marge d'action et non des questions sur lesquelles il n'a aucune emprise. Cela étant, il reste souvent difficile de distinguer ce qui relève du politique ou du professionnel dans un mouvement de grève<sup>2828</sup>, d'autant plus que la Cour de cassation tend à adopter à l'égard des agents de droit privé une solution excessivement souple en ce qui concerne la nature des revendications, comme le confirme son arrêt de la chambre sociale du 23 octobre 2007 portant sur la grève de la Régie des transports de Marseille dans lequel cette instance semble très largement apprécier la réalité de ce caractère professionnel<sup>2829</sup>. Une fois déclenchée, la grève frappe par ailleurs de plein fouet le fonctionnement continu des services et interrompt la fourniture de prestations essentielles. C'est là son principe même mais il faut rappeler que ce moyen d'action censé rester une mesure ultime est devenu un moyen de pression banal, trop largement et facilement actionné<sup>2830</sup>.

Les pouvoirs publics ont pris acte de ce phénomène et tentent désormais de le juguler. La loi sur le dialogue social du 21 août 2007 en est l'illustration<sup>2831</sup>. Rappelant que le service public des transports assure la concrétisation de nombreuses libertés essentielles<sup>2832</sup>, ce texte cherche à rationaliser l'exercice du droit de grève en mettant l'accent sur la prévention des conflits sociaux<sup>2833</sup>. Un pas en avant a ainsi été franchi en faveur de la continuité des services publics, mais c'est un pas qui reste prudent : à aucun moment n'est mis en place un service minimum des transports<sup>2834</sup>. Or c'est pourtant la solution qui semblerait, de manière générale, la mieux à

---

<sup>2828</sup> Il est vrai que les grands mouvements de grève apparaissent le plus souvent mixtes. Par ailleurs, « toute grève, aussi minime soit-elle, est intrinsèquement politique (au sens étymologique du terme) en raison de sa dimension subversive à l'égard de la subordination juridique ». BUGADA (Alexis), « Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie "objectivement" », *D.* 2008, n° 10, p. 664.

<sup>2829</sup> Cass., soc., 20 octobre 2007, *Régie des transports autonomes de Marseille*, *D.* 2008, n° 10, p. 662. Dans cette affaire, les agents grévistes entendaient contester une décision prise par la communauté urbaine de Marseille d'accorder une délégation de service public pour l'exploitation du futur tramway de la ville. Les préavis de grève avaient été annulés en première instance, les juges ayant estimé que le motif invoqué ne relevait pas d'une revendication professionnelle. La Cour de Cassation retient la solution inverse, alors même que le choix du mode d'exploitation relevait de la compétence normale de la municipalité et semblait, en l'espèce, n'influer en aucune manière sur les conditions de travail des agents.

<sup>2830</sup> Sur ce constat, v. *supra*, Section première et Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section première, § I, B/, 1).

<sup>2831</sup> 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, *JO* 22 août 2007, p. 13956.

<sup>2832</sup> Ce que rappelle par ailleurs le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de cette loi : v. CC n° 2007-556 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, préc.*, considérant n° 19.

<sup>2833</sup> Pour une description du dispositif mis en place, V. notamment VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs », *JCP* 2007, n° 40, p. 15 et *supra*, Section première, Paragraphe second, A/, 2).

<sup>2834</sup> En ce sens MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA* 2007, p. 1755. Certains auteurs n'hésitent pas à considérer qu'il s'agit d'une loi « poudre aux yeux », « dont l'intitulé édulcoré se garde d'ailleurs bien d'employer le mot grève comme pour s'excuser d'en

même de préserver l'équilibre entre droit de grève et continuité de satisfaction des usagers, dans le cadre de ce service public particulier comme dans d'autres. En effet, cette technique n'impliquerait pas une interdiction absolue du droit de grève, le nombre d'agents en étant privés devant être strictement proportionné aux fonctions à assurer<sup>2835</sup>, et permettrait ainsi de faire valoir les revendications exprimées tout en préservant une satisfaction minimale des besoins essentiels des usagers. Néanmoins, l'utilisation de cette solution demeure très limitée. Certains obstacles pratiques peuvent expliquer pour une part cet état de fait<sup>2836</sup> mais la frilosité constatée quant à sa généralisation semble surtout résulter du fait qu'une mise en place harmonieuse du service minimum ne peut se faire sans négociation préalable avec les organisations syndicales, lesquelles voient traditionnellement d'un très mauvais œil toute tentative de réglementation du droit de grève en général<sup>2837</sup> et d'instauration de service minimum en particulier. Il faudrait au gouvernement ayant décidé de développer cette technique « *du courage, de la détermination, un soutien parlementaire sans faille ainsi que d'une large partie de l'opinion publique* »<sup>2838</sup> afin d'affronter les mouvements de protestations – et de grèves – qui ne manqueraient pas de fleurir en réaction. Toutefois, une évolution est en marche. Le rôle de garantie du service public envers les droits et libertés des individus est aujourd'hui très clairement mis en avant afin de contrebalancer l'hégémonie du droit de grève. Différentes voix s'élèvent afin de rappeler le décalage tendant à faire de cette prérogative le seul apanage des agents du service public<sup>2839</sup> et insistent sur les dangers résultant d'un statut protecteur ayant conduit la fonction publique à se retrouver aujourd'hui partie à un procès en privilégiature<sup>2840</sup>. L'utilisateur, mieux informé de ses droits et libertés et de l'importance de la continuité du service public à cet égard, entend que la situation évolue en sa faveur.

---

*traiter* ». BERNAUD (Valérie), « La nature particulière du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie », *Droit social* 2007, p. 1221.

<sup>2835</sup> En prenant notamment en compte le nombre d'agents non grévistes : CE, 9 juillet 1965, *Pouzeuc, Rec. Leb.* p. 421. Matériellement, il entraînerait néanmoins inéluctablement une privation du droit de grève pour certains agents, mais dans des proportions limitées.

<sup>2836</sup> Notamment quant à la quantification des besoins essentiels des usagers qu'il convient de satisfaire. En ce sens, DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 357.

<sup>2837</sup> « *La meilleure réglementation de la grève est la moins contraignante, pour ne pas dire celle qui n'existe pas* ». CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 2, Domat, Monchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 266.

<sup>2838</sup> LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 110.

<sup>2839</sup> BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain) (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000, p. 21. V. également Conseil d'Etat, Rapport public 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, La documentation Française, p. 322.

<sup>2840</sup> L'attention ayant été attirée sur certains points litigieux. Le rapport de la Cour des comptes de 2003 a ainsi pointé à l'époque la situation spécifique de la retraite des fonctionnaires. Plus récemment, le rapport « Attali » (*300 décisions pour changer la France*, La Documentation française, 2008) a avancé certaines propositions d'évaluation et de prise en compte de la performance (cf. notamment proposition 229 et 254) afin de lutter contre la gestion égalitariste des carrières dont bénéficient les agents publics.

L'impact négatif de la grève en termes économiques est également de plus en plus décrié. La récente mise en place d'un service d'accueil dans les écoles primaires en cas de grève des enseignants en offre une illustration frappante. Il faut le rappeler, cette innovation n'a en effet que très indirectement pour but d'assurer une continuité des enseignements<sup>2841</sup> et tend surtout à permettre aux parents d'élèves de se rendre à leur travail et d'assurer ainsi leur sécurité matérielle et celle de leur famille. Le contexte de crise et la montée des exclusions semblent ainsi légitimer la mise en place de mesures par lesquelles est tenté de limiter la « capacité de nuisance » des mouvements de grève et, dès lors, une part importante de leur portée. Cet aspect ne doit pas être sous-estimé. Les impératifs qu'il sous-tend peuvent même parfois sembler prédominants aux yeux des pouvoirs publics, ce qui tendrait à expliquer pourquoi, pour l'heure, les aménagements du droit de grève intéressent prioritairement des secteurs ayant une incidence sur le monde du travail. .

Certes, l'exercice du droit de grève triomphe encore fréquemment du fonctionnement continu des services publics. La situation paraît du reste d'autant plus brouillée que les mouvements de grève déclenchés par les agents se réclament paradoxalement de plus en plus souvent, à travers la défense de certains acquis, de la préservation, *in fine*, du service public et de la garantie des droits de l'utilisateur. Pénalisé par la grève, ce dernier serait ainsi en réalité le bénéficiaire de son déclenchement. Cependant, cet argument ne permet pas d'atténuer l'atteinte portée à court terme à ses droits et libertés, et que seule l'évolution de l'encadrement du droit de grève peut atténuer. La tâche est malaisée car il n'est en aucun cas question de revenir sur le principe même de la reconnaissance du droit de grève, ni sur les conditions essentielles d'exercice de cette liberté. Pour autant, il importe d'offrir à l'utilisateur une conciliation plus équilibrée en sa faveur.

La garantie du droit de grève et de la liberté syndicale doit ainsi connaître de limites spécifiques au sein des services publics. Pour l'heure, l'étendue de ces limitations imposées par l'appartenance au service public sont d'une portée variable : très visibles, mais encore ponctuelles en ce qui concerne le droit de grève, malgré l'impact de cette prérogative sur la continuité du service public ; équilibrées pour la liberté syndicale, sauf dans le cas particulier des militaires. En voie d'évolution, la conciliation entre ces libertés collectives et la satisfaction des droits et libertés des usagers demeure ainsi perfectible, tout comme celle devant arbitrer la pratique de la participation des agents au sein des services publics.

---

<sup>2841</sup> Sur ce point, v. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section première.



## ***B/ Une garantie du droit de participation aux bénéfices limités***

L'usager peut théoriquement trouver un bénéfice à la participation des agents. Dans son principe, en effet, l'organisation de la participation au sein des services publics est susceptible d'améliorer l'action de ces derniers, et de se répercuter dès lors favorablement sur la satisfaction des droits et libertés du destinataire des prestations (1). Toutefois, il ne faut pas surestimer l'effet vertueux attendu. La pratique s'est en effet chargée de révéler les obstacles et dérives dont connaît la mise en œuvre de cette prérogative, et les dangers qu'est susceptible de receler une participation par laquelle les agents disposeraient d'un véritable pouvoir décisionnel (2). A l'instar du droit de grève et de la liberté syndicale, la participation ne peut ainsi s'envisager sans garde-fous.

### *1) Une garantie théoriquement favorable aux droits et libertés des usagers*

Il est de coutume de considérer les intérêts de l'agent et de l'usager comme opposés. Pourtant, la participation est susceptible de servir les intérêts des usagers pour deux raisons principales. En premier lieu, parce qu'« *il n'est pas déraisonnable de penser que la participation de ces agents à l'exécution des missions de service public sera d'autant plus efficace qu'ils auront été associés, sous les formes les plus diverses, à l'élaboration des règles d'organisation et de fonctionnement du service public qui conditionnent directement l'accomplissement de leur mission* »<sup>2842</sup>. Replacer le facteur humain au cœur des rapports de travail permet à l'agent de faire entendre sa voix et l'encourage à se réinvestir dans sa fonction. Dans une perspective managériale, favoriser la participation des agents comporte ainsi également des avantages pour le gestionnaire du service et, *in fine*, pour le destinataire de ce service, à savoir l'usager. Il est en effet admis qu'un carcan hiérarchique trop strict déresponsabilise celui qui y est soumis et engendre l'apathie, quand un système de dialogue et de coopération favorise au contraire la prise d'initiative et l'efficacité<sup>2843</sup>. De plus, une décision prenant en compte les différents intérêts en présence sera souvent une décision mieux reçue et donc mieux appliquée par ceux chargés de la mettre en œuvre, en même temps qu'une décision mieux adaptée aux

---

<sup>2842</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 459.

<sup>2843</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 408.

attentes des usagers, dont les agents de base sont les premiers relais<sup>2844</sup>. L'impact théorique des comités techniques paritaires peut ici être mis en avant, car ces derniers sont appelés à intervenir sur l'organisation des services, la modernisation des méthodes de travail, la formation du personnel, *etc.*, toutes questions susceptibles de rejaillir par la suite sur la satisfaction de l'utilisateur<sup>2845</sup>. Si une telle approche n'est pas encore formulée en 1946, elle est aujourd'hui pleinement perçue et plaide pour l'intervention de mécanismes participatifs au sein des services publics. Une meilleure efficacité du fonctionnement des services ne peut en effet que renforcer la garantie des droits et libertés mis en œuvre par ces derniers au bénéfice des usagers.

Par ailleurs, et cet objectif était, en revanche, déjà présent à l'esprit des constituants et du législateur au début de la IV<sup>ème</sup> République, l'instauration de processus de participation favorise une politique de prévention des conflits. C'est dans le cadre des divers affrontements ayant eu comme enjeu l'accès au droit de grève et à la liberté syndicale que s'est progressivement imposée la nécessité d'un dialogue avec les agents<sup>2846</sup>. Une fois ces prérogatives acquises, cet échange de vues s'est révélé d'autant plus nécessaire que la grève pouvait être légalement actionnée et que l'action syndicale jouait désormais le rôle d'un contre-pouvoir avec lequel il fallait composer. L'intérêt de reconnaître un droit de participation aux agents réside dans la capacité qu'il offre d'éviter ou de désamorcer les mouvements sociaux. La participation institutionnalise en théorie un dialogue qui permet aux protagonistes du service public de travailler de concert, de pacifier les relations, et d'éviter ainsi des mouvements de grève, lesquels freinent l'activité des services, quand ils ne la remettent pas complètement en cause, portant ainsi préjudice à la continuité de délivrance de prestations essentielles à l'exercice des droits et libertés des citoyens.

La consécration d'un droit de participation au bénéfice des agents du service public obéit donc, en théorie, à des considérations dépassant le seul souci d'assurer à ces derniers une marge d'expression concernant les conditions d'exercice de leurs activités professionnelles. A travers la garantie du droit de participation des agents est également espérée une meilleure garantie des droits et libertés des usagers. Cependant, la consécration d'une logique participative et l'instauration de procédures de dialogue n'ont pas tenu cette promesse

---

<sup>2844</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Ibid.* En ce sens, également, CLUZEL-METAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006, p. 320.

<sup>2845</sup> CLUZEL-METAYER (Lucie), *op. cit.*, p. 323.

<sup>2846</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe Second, A/, 1).

originelle. La pratique s'est révélée décevante quant aux bénéfiques qui pouvaient en être attendus et tend aujourd'hui à faire douter du bien-fondé d'une évolution tendant à la reconnaissance, limitée mais réelle, d'un pouvoir décisionnel dans le cadre des accords concertés.

## 2) Une participation en pratique peu efficiente

La révolution redoutée ou espérée en 1946 n'a pas eu lieu. La pratique de la participation a en effet montré que la collaboration sur une base consultative n'avait pas réellement porté ses fruits. A tout le moins, en effet, était attendu le développement d'un dialogue entre personnels et administration qui aurait offert un éclairage plus adapté sur les décisions devant être prises et l'apaisement des incompréhensions et oppositions susceptibles de menacer le fonctionnement des services publics. Mais la permanence des réflexes liés à une attitude de commandement de la part de l'administration, et d'une posture de revendication chez les syndicats, a eu en grande partie raison de ces espérances. Une certaine mauvaise grâce des autorités à offrir une marge d'intervention, aussi minime soit-elle, aux agents peut ainsi être constatée. Certains n'hésitent pas, d'ailleurs, à évoquer sur ce point une attitude d'obstruction<sup>2847</sup>, décelable notamment dans le cadre des procédures de consultations institutionnelles<sup>2848</sup>. Cette résistance se concrétise par des délais d'examen des textes trop courts, dans le cadre d'assemblées plénières généralement peu propices à la discussion et au dialogue<sup>2849</sup>, les décisions étant par ailleurs présentées par les pouvoirs publics *ex abrupto*, dans une forme semblant déjà définitive, qui semble conduire à considérer ces différents conseils et comités comme de simples « *chambres d'enregistrement* »<sup>2850</sup>, offrant aux orientations des autorités publiques un vernis de légitimité. Un tel comportement illustre la persistance de la logique autoritaire fondée sur la dialectique rassurante du commandement et de l'obéissance. L'administration éprouve toujours certaines réticences à composer avec d'autres interlocuteurs, notamment lorsque ces derniers émanent, comme c'est le cas, d'organisations syndicales considérées comme vecteurs de troubles et hostiles par principe aux choix de l'administration, ce qui n'est pas totalement faux. Ces dernières sont en effet

---

<sup>2847</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome II, PUF-PULIM, 1995, p. 504.

<sup>2848</sup> Le constat n'étant pas forcément identique selon les fonctions publiques considérées, la participation étant apparue souvent plus difficile à mettre en œuvre au niveau national.

<sup>2849</sup> Il est notamment souvent reproché aux représentants de l'administration de se prononcer systématiquement en faveur des pouvoirs publics, sans discussion. ASCHIERI (Gérard), « Du bon usage du paritarisme », *RFAP* n° 80, 1996, p. 641

<sup>2850</sup> ASCHIERI (Gérard), *Ibid.*

également responsables de l'échec de ces procédures. A l'instar de l'administration, les syndicats se réfugient volontiers dans un rôle familier, tourné vers la seule revendication. Traditionnellement placés dans une position défensive, ils peinent à modifier leurs discours et offrent ainsi aux autorités l'argument de leur mauvaise volonté à collaborer sur une base constructive. L'éclatement syndical participe à cet état de fait : en concurrence les unes avec les autres, les organisations syndicales ont tendance à entrer dans une certaine surenchère afin de prouver leur attachement à la défense des intérêts de leurs membres et à se cantonner dans des positions sans appel coupant court à toute possibilité de dialogue<sup>2851</sup>. L'échec de la collaboration relève ainsi d'un cercle vicieux au sein duquel chaque acteur rejette la faute sur l'autre, l'hostilité de l'administration favorisant une réaction défensive des syndicats, laquelle conforte alors en retour la décision des pouvoirs publics de limiter leur consultation.

De ce fait, les avantages retirés, pour l'agent comme pour l'utilisateur, de la pratique de la participation sont minces. Dans une perspective managériale, la collaboration censée favoriser un meilleur investissement de l'agent et partant, une meilleure efficacité de son action, recueille des résultats limités. L'administration a peut être ici eu trop tendance à considérer cette participation comme un simple moyen lorsque l'agent souhaitait la considérer comme une fin en soi dont il devait également retirer des bénéfices, d'où une certaine désillusion<sup>2852</sup>. Mais surtout, les obstacles persistants enrayant le fonctionnement des procédures de consultation et de concertation ont empêché que ces dernières puissent jouer le rôle de prévention des conflits sociaux attendu d'elles. Aussi, le déclenchement de mouvements de grève, et les atteintes portées à la garantie des droits et libertés des usagers, sont demeurés jusqu'à aujourd'hui très nombreux, révélateurs des insuffisances du dialogue instauré. Plus avant, la participation devait favoriser le dialogue entre personnels et administration dans le cadre d'une politique de collaboration autour d'un objectif commun, la satisfaction de l'intérêt général. Cependant, la tentation de favoriser sa situation et de perdre ainsi de vue les intérêts supérieurs censés prévaloir, lesquels sont plus difficiles à cerner<sup>2853</sup>, l'a parfois emporté. Ce constat n'épargne pas les agents des services publics et, plus particulièrement, les syndicats

---

<sup>2851</sup> Cette attitude se manifeste tout autant dans le cadre des procédures de consultation que dans celles de concertation informelle. Les accords collectifs souffrent ainsi souvent du fait de n'avoir été signés que par une partie des organisations syndicales, car ceux-ci se trouvent alors « *fortement dénigrés par les non signataires, qui se positionnent de façon beaucoup plus négative à l'égard de la politique menée que s'il y avait eu accord* ». POCHARD (Marcel), « La négociation interministérielle, une nouvelle voie pour le dialogue social ? », *RFAP* n° 80, 1996, p. 657.

<sup>2852</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome II, PUF-PULIM, 1995, p. 497.

<sup>2853</sup> Cette constatation peut d'ailleurs expliquer en partie pourquoi, dans les faits, la participation est plus efficace en matière de décisions individuelles au sein des commissions administratives paritaires que dans les comités techniques paritaires saisis des questions générales liées au fonctionnement des services publics.

qui les représentent. Ces derniers, intervenant au sein de l'administration, ont été insensiblement conduits « *par mimétisme, à reproduire ses comportements et à transcrire ses formes d'organisation* » et à adopter ainsi son conservatisme, les rendant « *par principe méfiants vis-à-vis de toute innovation qui risquerait de modifier les équilibres existants* »<sup>2854</sup>. L'adaptation des services publics, pourtant nécessaire à une garantie efficace des attentes des usagers<sup>2855</sup>, est freinée par cette résistance au changement, tout comme son fonctionnement continu. « *Les besoins de la collectivité ne correspondent pas nécessairement aux revendications des fonctionnaires et l'attente des citoyens dans la satisfaction légitime de leurs droits peut se heurter à la tendance des agents des services publics à satisfaire leurs propres désirs* »<sup>2856</sup>.

Face à ce constat, le refus de confier une compétence décisionnelle aux agents apparaît comme un rempart rassurant. Au regard de la mission de garantie des droits et libertés assurée par le service public, les autorités administratives doivent demeurer seules détentrices de ce pouvoir et le principe hiérarchique se maintenir avec une force suffisante afin que les agents ne puissent disposer d'une capacité décisionnelle susceptible de mettre au même niveau la défense de leurs intérêts professionnels et la satisfaction d'intérêts supérieurs. Il faut en cela envisager avec une certaine réserve la possibilité de conférer force obligatoire aux accords issus des procédures de concertation car cette solution bouleverse les assurances offertes sur ce point aux droits et libertés des citoyens. Certes, l'évolution envisagée serait peu sensible en pratique, quasiment tous les accords conclus jusqu'alors ayant été traduits normativement par les pouvoirs publics. Mais elle introduit un changement de perception important sur le plan des principes, remettant en cause le pouvoir décisionnel final dont disposait jusqu'à présent l'autorité administrative et permettant aux syndicats, si le partage des voix leur est favorable, de passer désormais en force sur certaines questions. La logique hiérarchique risque ainsi de s'effacer, tout comme la spécificité de la situation légale et réglementaire des agents, sous l'influence d'un alignement des procédures de concertation sur les méthodes du secteur privé en matière de conventions collectives. Or un tel rapprochement, appelé de ses vœux par le Président de la République<sup>2857</sup> et qui trouve par ailleurs déjà parfois à jouer dans le cadre

---

<sup>2854</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 416.

<sup>2855</sup> Sur les connexions entre principe d'adaptation et garantie des droits et libertés, V. *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, Section première.

<sup>2856</sup> DEVAUX (Eric), *op. cit.*, p. 528.

<sup>2857</sup> Ce dernier, lors de sa visite à l'Institut régional d'administration de Nantes le 19 septembre 2007, a ainsi émis le souhait que « *pour certains emplois, il serait souhaitable que l'on laisse le choix aux nouveaux entrants entre le statut de fonctionnaire ou un contrat de droit privé négocié de gré à gré* ».

communautaire<sup>2858</sup>, tend à nier les spécificités irréductibles de la mission de service public. Sous cet aspect, cette garantie accordée au droit de participation paraît ainsi menacer des équilibres indispensables et ne peut donc emporter l'adhésion. La conciliation du droit de participation des agents demeure source d'interrogations et de déceptions. Cependant, le bilan ne saurait être totalement négatif. La culture du dialogue reste très difficile à mettre en place mais elle est néanmoins consacrée dans son principe et peut espérer triompher progressivement des résistances, ses protagonistes semblant aujourd'hui prendre conscience des enjeux qu'elle sous-tend. Les accords de Bercy, aujourd'hui traduits dans un projet de loi, en témoignent. Au-delà de la question litigieuse du caractère obligatoire des accords concertés<sup>2859</sup>, de nombreuses mesures tendent ainsi à renforcer la négociation et conforter le rôle des instances participatives, offrant la perspective d'une meilleure mise en œuvre du droit de participation au bénéfice des agents. Sur ce point, sont notamment prévues une clarification des compétences des comités techniques, mais également, plus largement une rénovation du paritarisme de l'ensemble des instances afin d'échapper à la critique du formalisme. Le paritarisme est en effet accusé de favoriser la « *logique de blocs* »<sup>2860</sup> opposant administration et personnels. Le projet de loi découlant des accords de Bercy prévoit ainsi la suppression de la formule paritaire dans les comités techniques et au sein des conseils supérieurs. L'administration ne sera plus tenue de présenter le même nombre de représentants que les syndicats et ces représentants devant être choisis en fonction de leurs compétences au regard de l'ordre du jour, seuls les représentants syndicaux prenant alors part au vote au sein de ces instances. Quant aux procédures de concertation, sont envisagées la consécration dans le statut général de leur champ d'intervention élargi<sup>2861</sup> et la possibilité que de telles négociations soient développées à tous les niveaux de décisions pertinents. Il faut espérer que les facultés de consultation et de concertation puissent ainsi faire valoir leurs potentialités de manière plus affirmée, et que la pratique consultative s'épanouisse dans le cadre spécifique du service public, au bénéfice des agents comme des usagers.

---

<sup>2858</sup> Une directive de la Commission peut ainsi rendre applicables des accords conclus au niveau européen entre partenaires sociaux et qui concernent les agents du secteur public comme les salariés du secteur privé. V. POCHARD (Marcel), « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 991 et Rapport public du Conseil d'Etat, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », *EDCE* n° 59, 2008, p. 30.

<sup>2859</sup> V. *supra*, Section première, Paragraphe second, B/, 2).

<sup>2860</sup> TUCHSCHERER (Emmanuel), « La rénovation du dialogue social et les évolutions du paritarisme », *CFP* avril 2009, p. 22.

<sup>2861</sup> L'article 8 devant mentionner expressément que la négociation pourra intéresser l'évolution des rémunérations, les conditions et l'organisation du travail, le déroulement des carrières et la promotion professionnelle, l'action sociale et la protection sociale complémentaire, l'hygiène, la sécurité et la santé au travail, l'insertion professionnelle des personnes handicapées et l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (article 1<sup>er</sup> du projet de loi sur la rénovation du dialogue social).

En conclusion, droit de grève, liberté syndicale ou droit de participation doivent donc être conciliés sous l'égide de restrictions plus ou moins importantes selon les cas, mais toujours spécifiquement liées au caractère particulier de la mission de service public. C'est, principalement, un conflit indirect entre libertés professionnelles de l'agent et libertés d'autrui qui joue et influe sur leur garantie, dans un contexte aujourd'hui plus favorable à l'utilisateur. Ce conflit trouve par ailleurs un autre terrain d'expression, attaché à une problématique plus particulière, mais dans lequel intervient toujours le souci de préserver les droits et libertés des usagers à travers l'aménagement des libertés professionnelles des agents. Cet aménagement se caractérise par une emprise particulièrement importante des organisations syndicales sur les droits de grève et de participation dans le cadre du service public.

## PARAGRAPHE SECOND

### UNE CONCILIATION PLAIDANT EN FAVEUR DU MONOPOLE SYNDICAL

Groupements fondés dans le but de défendre les intérêts professionnels des travailleurs, les syndicats sont appelés à jouer un rôle primordial dans le cadre de la mise en oeuvre du droit de grève comme dans celui de l'exercice du droit de participation. Certes, la liberté syndicale est avant tout une liberté individuelle, donnant droit à l'agent de se syndiquer – liberté syndicale positive – ou de ne pas se syndiquer – liberté syndicale négative<sup>2862</sup>. Mais elle peut également se comprendre, dans un sens collectif, comme protégeant le droit d'agir des syndicats<sup>2863</sup>, facette de la liberté syndicale reconnue par le juge constitutionnel, ce dernier estimant dans sa décision du 6 novembre 1996 que les alinéas 6 et 8 du Préambule « *confèrent aux associations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la*

---

<sup>2862</sup> Selon la dénomination retenue par OGIER-BERNAUD (Valérie), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003, p. 133-136.

<sup>2863</sup> Certains auteurs opèrent cependant une distinction nette entre la liberté syndicale, laquelle devrait s'entendre dans son seul sens individuel, et le droit syndical, lié à l'action collective entreprise par les syndicats. Les deux notions ne seraient pas confondues et se trouveraient respectivement consacrées par l'alinéa 6 du Préambule pour la liberté syndicale et l'article 34 de la Constitution de 1958 pour le droit syndical (en ce sens, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 623). Le Conseil constitutionnel semble néanmoins employer le plus souvent indifféremment les deux notions. Valérie Ogier-Bernaud rappelle par ailleurs que l'alinéa 6 du Préambule évoque expressément l'action syndicale et estime en cela que cette disposition « *constitue bel et bien le fondement de la liberté syndicale appréhendée dans l'ensemble de ses significations* ». OGIER-BERNAUD (Valérie), *op. cit.*, p. 143.

*négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs* »<sup>2864</sup> tandis qu'il établit dans sa décision « *Irresponsabilité pour fait de grève* » un lien constant entre l'action des syndicats et la participation à des conflits collectifs<sup>2865</sup>. Ces décisions laissent ainsi penser qu'une loi privant les organisations syndicales de ces moyens d'action encourrait sa censure<sup>2866</sup>.

Cependant, il n'a jamais été question pour le Conseil constitutionnel de consacrer un véritable monopole aux mains des syndicats<sup>2867</sup>. Dans les faits et en droit, cependant, cette solution s'est imposée et joue aujourd'hui ses effets les plus importants au sein des services publics. Dans le cadre de ce procédé, la mise en œuvre des droits de grève et de participation est indissociablement liée à l'action syndicale, phénomène qui trouve sa source dans la volonté de rationaliser l'exercice de ces libertés professionnelles et de concilier ainsi cet exercice avec la garantie des droits et libertés des usagers. L'enjeu décelé à travers cet aménagement spécifique relève donc toujours d'une volonté de compromis, souvent perdue de vue tant le monopole syndical paraît parfois relever du simple état de fait, mais bien réelle. Cependant, cette mainmise des syndicats entraîne certaines inflexions aux libertés professionnelles des agents, perceptibles à deux niveaux d'analyse. Facteur de rationalisation indispensable, favorable au rôle de garantie du service public envers les usagers, cet aménagement tend en effet inévitablement dans le même temps à confisquer l'exercice direct de ces prérogatives à l'agent (A). Au surplus, les règles de représentativité imposées dans le cadre de ce monopole organisent une discrimination entre syndicats, ce qui rejaillit sur l'exercice de ces droits par les agents, certaines évolutions tendant néanmoins aujourd'hui à adoucir ce constat et à faire entrevoir un meilleur équilibre (B).

---

<sup>2864</sup> CC n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Négociations collectives*, Rec. p. 686, *Droit social* 1997, p. 25, note M. L. Morin.

<sup>2865</sup> CC n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, Rec. p. 61, *Droit social*, 1983, p. 155, note L. Hamon.

<sup>2866</sup> En ce sens, OGIER-BERNAUD (Valérie), *op. cit.*, p. 148.

<sup>2867</sup> Ainsi, dans la décision 96-383 DC précitée, le Conseil constitutionnel estime que les organisations syndicales ont vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs mais que les dispositions constitutionnelles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de représentation des salariés en matière de négociation collective.



## *A/ Un encadrement indispensable*

Il serait bien difficile de retrouver une trace de la méfiance traditionnelle des hommes de la Révolution envers les corps intermédiaires dans la mise en œuvre contemporaine des libertés collectives des travailleurs. L'exercice de la grève et du droit de participation au sein des services publics se conjugue en effet aujourd'hui inévitablement avec l'action syndicale. Une telle solution pose alors une condition à la possibilité pour l'agent de jouir de ces droits (1), limitation répondant néanmoins à une approche pragmatique de la mise en œuvre de ces libertés professionnelles indispensable à la garantie des droits et libertés de l'utilisateur (2).

### *1) Une restriction des possibilités d'exercice des libertés professionnelles*

L'aménagement de ces libertés a été opéré par le législateur, qui s'est employé à conférer aux syndicats un rôle prééminent. Selon la loi du 31 juillet 1963, l'initiative de la grève appartient ainsi à « *l'organisation ou à l'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme intéressé* »<sup>2868</sup>. Au sein des services publics, seule une organisation syndicale est autorisée à déposer un préavis de grève. A défaut de respecter cette condition, le mouvement ne sera pas considéré comme licite. Quant au droit de participation, il ne peut, de la même manière, trouver à s'exercer que par l'intermédiaire des syndicats, que ce soit dans le cadre des instances paritaires de consultation ou dans celui des procédures de concertation. La loi du 13 juillet 1983<sup>2869</sup> fixe très clairement la règle sur ce dernier point, son article 8 alinéa 2 posant en effet le principe selon lequel seules les organisations syndicales ont qualité « *pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ». Quant à la participation dans le cadre des organes paritaires, il faut s'intéresser aux règles électorales gouvernant leur composition pour retrouver cette prégnance syndicale. Les représentants des personnels siégeant dans les Conseils supérieurs de la

---

<sup>2868</sup> V. article 3 de la loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *préc.* V. article L. 2512-2 du Code du travail.

<sup>2869</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *préc.*

fonction publique émanent ainsi obligatoirement de ces organisations<sup>2870</sup>, tout comme ceux intervenant au sein des commissions administratives paritaires<sup>2871</sup> et des comités techniques paritaires<sup>2872</sup>. Ce faisant, le législateur a organisé une véritable hégémonie en ce qui touche à la mise en œuvre du droit de participation et du droit de grève.

Les monopoles instaurés reviennent ainsi à confisquer l'exercice direct de ces droits par l'agent. Dans son principe, certes, le droit de participation s'exerce de manière indirecte. L'agent, qu'il soit syndiqué ou non, participe aux élections des commissions et comités paritaires pour désigner ses délégués. Mais le monopole syndical l'oblige alors à voir sa participation formalisée à travers l'intervention d'organisations syndicales dans lesquelles il ne se reconnaît pas forcément quand il est non syndiqué. Par ailleurs, lui est dans ce cas refusée la possibilité de devenir l'un des porte-parole des agents. Et l'exclusivité intéressant le droit de grève paraît encore plus limitative. En effet, cette liberté a un caractère individuel impliquant que l'agent puisse normalement l'actionner sans passer par l'intermédiaire d'un syndicat. Juridiquement, celui-ci n'est donc pas titulaire du droit de grève<sup>2873</sup> mais une telle affirmation se trouve à l'évidence contredite par l'existence d'un monopole de déclenchement de la grève entre ses mains. Intervient ici un décalage important, soulevant question quant à la constitutionnalité de cette solution au regard de l'alinéa 7 du Préambule<sup>2874</sup>. En effet, les agents ne sont pas matériellement privés du droit de grève, mais « *du droit individuel de déclencher la grève avec d'autres* »<sup>2875</sup>. En pratique, des agents non syndiqués, même s'ils sont majoritaires au sein d'un service, ne peuvent donc avoir l'initiative d'un tel mouvement. La seule issue pour ces derniers consistera à demander à une organisation syndicale de relayer

---

<sup>2870</sup> V. article 13 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'Etat, article 8 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale et article 11 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>2871</sup> V. article 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'Etat, article 29 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale et article 20 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière.

<sup>2872</sup> V. article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'Etat, article 32 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale. La fonction publique hospitalière connaît quant à elle de comités techniques d'établissement : V. article L. 6144-4 du Code de la santé publique.

<sup>2873</sup> Une telle solution est très nettement rappelée par la Cour de cassation, laquelle considère que les syndicats ne sauraient abuser de ce droit puisqu'ils n'en sont pas investis. Ccass., Soc., 9 novembre 1982, *Syndicat CGT Usine Traylor, Droit social* 1983, p. 175, note J. Savatier.

<sup>2874</sup> Cet argument n'a pas été retenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision, préc.* Sur ce point, V. OGIER-BERNAUD (Valérie), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003, p. 156. La conformité du monopole syndical à la Charte sociale est par ailleurs également douteuse, Lucie Cluzel-Métayer rappelant que sont condamnées, sur le fondement de ce texte, les dispositions « *visant à subordonner l'exercice de ce droit à l'intervention de syndicats* ». CLUZEL-METAYER (Lucie), « Le droit de grève dans les fonctions publiques européennes », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 160.

<sup>2875</sup> TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », *Rép. Trav. Dalloz*, p. 17. V. du même auteur, « Le déclenchement de la grève dans les services publics », *RFDA* 1988, p. 815

leur revendication par le dépôt d'un préavis de grève. Or, au vu d'un tel détour, il peut sembler plus facile d'adhérer et d'agir au sein d'une organisation syndicale, constatation qui illustre les risques d'atteintes à la liberté syndicale négative sous-tendues par ce monopole spécifique au service public. En effet, la liberté syndicale offre à l'agent le droit de se syndiquer ou de ne pas se syndiquer<sup>2876</sup>. Or le législateur, en instaurant au bénéfice des syndicats une exclusivité de mise en œuvre du droit de grève et du droit de participation, semble insidieusement fausser leur liberté de décision car il invite les agents à se syndiquer pour pouvoir jouir pleinement du droit de grève ou de participation. Les privilèges reconnus à ces organisations syndicales constituent en effet autant de dispositifs « *d'incitation légale* »<sup>2877</sup> à rejoindre leurs rangs. C'est pour l'agent non syndiqué la solution la plus simple afin de ne pas souffrir de la discrimination découlant inévitablement de la mise en place d'un tel monopole dans le cadre de l'exercice de ses droits<sup>2878</sup>. Certes, il convient en pratique de ne pas exagérer la portée de l'influence subie par les agents non syndiqués car la pression liée à la très forte syndicalisation que connaissait la fonction publique s'est atténuée. Mais, sous un autre aspect, ce phénomène de désyndicalisation renforce alors la problématique des agents non syndiqués, privés d'un exercice direct du droit de grève.

Le système de monopole syndical retenu au sein du service public pose ainsi juridiquement question quant à la garantie de ces droits. Toutefois, il s'agit d'une limitation pouvant se justifier au regard d'un état de fait difficilement contestable. Ce monopole canalise et rationalise l'exercice des libertés professionnelles des agents, effet qui ne peut être sous-estimé dans le cadre de services publics soumis à des impératifs de continuité et d'adaptation constante au bénéfice des usagers.

## 2) *Un aménagement préservant la mission de garantie du service public*

Différentes raisons peuvent justifier l'aménagement d'un monopole syndical s'agissant des droits de grève et de participation. Dans les deux cas, en pratique, les syndicats étaient déjà parties prenantes au regard de ces prérogatives. Si liberté syndicale et droit de grève ne se confondent pas, les syndicats apparaissent cependant depuis l'origine « *l'âme des grèves* »<sup>2879</sup>.

---

<sup>2876</sup> V. *supra*. Section première, Paragraphe Premier, B/, 2).

<sup>2877</sup> DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 242.

<sup>2878</sup> TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », *Rép. Trav. Dalloz*, p. 17.

<sup>2879</sup> VERDIER (Jean-Maurice), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.* 1963, chron., p. 270.

Sur ce point, la loi du 31 juillet 1963 « *n'apporte donc que la consécration juridique d'une réalité qu'elle ne change pas* »<sup>2880</sup>. Quant à la participation, l'alinéa 8 du Préambule précise expressément que le droit de participation reconnu au travailleur doit s'exercer « *par l'intermédiaire de ses délégués* ». Or les syndicats, par principe chargés de défendre les intérêts professionnels, semblent les plus à même d'endosser ce rôle de représentation, l'introduction d'un pouvoir de participation résultant du reste du statut de 1946, texte à l'époque élaboré en étroite collaboration avec ces derniers<sup>2881</sup>. Des considérations de fait plaident ainsi pour l'intervention d'un tel monopole, lequel est par ailleurs susceptible de receler certains effets positifs pour les agents. En effet, l'intervention des syndicats leur offre l'assurance d'une représentation organisée, apte à dialoguer et, le cas échéant, à faire pression face au gestionnaire du service. L'union fait la force, maxime qui ne manque pas de s'appliquer aux syndicats et qui, prenant source dans les faits, présente ces derniers comme des relais efficaces.

Mais se devine également aisément une stratégie favorable aux usagers derrière le choix du monopole syndical, tout particulièrement en matière de droit de grève. En effet, réserver aux seuls syndicats le pouvoir de déclenchement de la grève revient à renforcer juridiquement leur position mais offre en contrepartie l'assurance d'une rationalisation de la naissance de ces mouvements collectifs. En 1963, les pouvoirs publics ont conscience du caractère spontané, épidermique, de la grève et cherchent à discipliner sa survenance en en confiant la responsabilité à des acteurs organisés, aptes à la négociation et à la coordination<sup>2882</sup>. Il est ainsi espéré faire obstacle « *à toute forme de grève sauvage, déclenchée par des éléments incontrôlés aux revendications radicales* »<sup>2883</sup> et sauvegarder ainsi la continuité du fonctionnement du service public et la garantie des droits et libertés des individus. Certes, l'exigence d'un préavis encadre plus directement la pratique du droit de grève<sup>2884</sup>. Certains auteurs n'hésitent par ailleurs pas à considérer qu'il serait « *préférable pour plus de réalisme et éviter toute incertitude constitutionnelle, de laisser à tous les agents publics la faculté de déclencher un conflit collectif de travail* »<sup>2885</sup>. Cependant, dans les faits, une telle remise en cause du monopole syndical entraînerait inévitablement certains effets pervers. Une

---

<sup>2880</sup> VERDIER (Jean-Maurice), *Ibid.*

<sup>2881</sup> V. *supra*, Section première, § II, A/.

<sup>2882</sup> V. DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 236.

<sup>2883</sup> TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », *Rép. Trav. Dalloz*, p. 16. Dans le même sens, MATHIEU (Bertrand) et DION-LOYE (Sophie), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC* 1991, p. 517.

<sup>2884</sup> En ce sens, MATHIEU (Bertrand) et DION-LOYE (Sophie), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC* 1991, p. 517.

<sup>2885</sup> TERNEYRE (Philippe), *Ibid.*

parcellisation des acteurs aptes à déclencher un mouvement de grève risque de favoriser la multiplication de conflits de faible ampleur, catégoriels, susceptibles de freiner la bonne marche des services et sollicitant la mise en œuvre de négociations détournant trop fréquemment agents et gestionnaires de leur mission première. Le rôle « centralisateur » du syndicat apparaît ainsi plus favorable à l'usager en cas de grève, mais également dans le cadre du droit de participation. En effet, au-delà de la constatation selon laquelle une mise en œuvre directe du droit à participation paraît concrètement irréalisable, le rôle imparti au syndicat offre l'assurance du respect d'une certaine transcendance des intérêts défendus. Si cette défense apparaît parfois loin de faire écho à celle des intérêts des usagers, elle demeure néanmoins à un certain niveau de généralité et induit en cela une participation raisonnée, dans laquelle un compromis pourra être plus efficacement et facilement recherché.

Ainsi, si le monopole syndical entraîne certaines limitations à l'exercice plein et entier des libertés professionnelles des agents, il répond cependant à une nécessité pragmatique d'encadrement de ces prérogatives en faveur des usagers. Cet aménagement se révèle en cela un outil de conciliation, tentant de préserver l'équilibre entre des impératifs contradictoires. « Médiatisant » l'exercice des libertés professionnelles au bénéfice des syndicats, il instaure un compromis qui pourrait, néanmoins, être amélioré au regard des conditions de représentativité exigées de ces derniers.

### ***B/ Une exigence de représentativité trop limitative***

Au sein même du monopole guidant l'exercice du droit de grève comme celui du droit de participation, intervient une seconde limite à la garantie de ces libertés, liée à la condition de représentativité imposée. L'exclusivité organisée en faveur des syndicats ne vaut en effet que lorsque ces derniers sont considérés comme représentatifs, cette représentativité s'appréciant, en l'état actuel du droit, par référence aux critères issus du Code du travail, lesquels ont récemment évolué<sup>2886</sup>, et à l'article 9 bis du Titre I du statut général de 1983. Sont ainsi considérés comme représentatifs, sous l'égide de cette disposition, les syndicats ou unions de syndicats qui disposent « *d'un siège au moins dans chacun des conseils supérieurs de la*

---

<sup>2886</sup> V. loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO 21 août 2008, p. 13064. Ce texte fait suite à la position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, datée du 9 avril 2008. V. sur ce point, SAURET (Alain), LPA 12 mai 2008, n° 95, p. 4.

*fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière* » ou « *recueillent au moins 10 % des suffrages exprimés lors des élections organisées pour la désignation des représentants des personnels soumis aux dispositions de la présente loi aux commissions administratives paritaires et au moins 2% des suffrages exprimés lors de ces mêmes élections dans chaque fonction publique* », l'article L. 2121-1 du Code du travail, considérant par ailleurs comme représentatives les organisations syndicales qui satisfont cumulativement aux conditions de respect des valeurs républicaines, d'indépendance, de transparence financière, d'influence, caractérisée par l'activité et l'expérience, d'une audience établie en fonction des élections, d'une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation et, enfin, tenant à l'importance des effectifs des adhérents et des cotisations. Or ce « tri » entre organisations syndicales n'est pas neutre car, à travers la limitation, nécessaire mais contestable dans ses méthodes, du droit d'action des syndicats (1), l'exercice des libertés professionnelles des agents est enserré de manière étroite et semble exiger certains assouplissements (2)

#### *1) Un strict encadrement du droit d'agir de certains syndicats*

Le monopole syndical appartient aux seuls syndicats représentatifs. Eux seul pourront donc déposer un préavis de grève et disposeront par ailleurs d'une compétence de représentation, privilégiée au sein des instances paritaires ou exclusive dans le cadre des procédures de concertation. Cette exigence est spontanément compréhensible. Ayant décidé que ces droits seraient actionnés par l'intermédiaire des syndicats, le législateur a veillé à ce que les organisations habilitées à agir soient celles disposant effectivement de l'audience et de l'adhésion des agents. Encore une fois, reste présente à l'esprit la nécessité de canaliser l'exercice de ces droits au bénéfice des usagers. L'éparpillement de la représentation syndicale n'est pas souhaitable<sup>2887</sup> et, dès 1946, les constituants repoussent l'adoption d'un amendement tendant à consacrer l'égalité entre syndicats. Une certaine légitimité doit entourer l'intervention de ces derniers et le principe de la représentativité semble en ce sens avoir été tacitement accueilli par le Conseil constitutionnel<sup>2888</sup>. Cependant, si la liberté syndicale relève en première analyse d'une liberté individuelle reconnue à l'agent, elle doit

---

<sup>2887</sup> La représentativité est d'ailleurs parfois considérée comme une condition indispensable à la mise en œuvre de la liberté syndicale.

<sup>2888</sup> En ce sens, OGIER-BERNAUD (Valérie), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003, p. 153.

également être entendue comme protégeant l'action syndicale, cette dernière se matérialisant pour une large part dans l'exercice du droit de grève et du droit de participation<sup>2889</sup>. Or les règles de représentativité mises en place fondent une discrimination entre organisations, contribuant à créer « *des syndicats de première zone et des syndicats de second plan* »<sup>2890</sup>. De plus, les critères de représentativité instaurés tendent à figer le dynamisme syndical au profit des organisations traditionnelles. Malgré l'adhésion des agents, il apparaît en effet très difficile à une organisation nouvellement créée d'être reconnue comme représentative car le système fonctionne en circuit fermé. Au sein de la fonction publique, en effet, la représentativité s'apprécie tout particulièrement sur le fondement des élections aux commissions administratives paritaires<sup>2891</sup>. Or ces élections se déroulent sur la base d'un scrutin de liste à deux tours, dans lequel le premier tour est réservé aux organisations déjà reconnues représentatives, un second tour n'étant ouvert à toutes organisations syndicales que dans le cas où le quorum des votants n'a pas été atteint ou si aucune liste n'a été déposée par les syndicats représentatifs au premier tour. Une nouvelle organisation peinera ainsi à accéder à la représentativité, « *puisque'elle est pratiquement dans l'impossibilité de faire apprécier celle-ci sur la base des élections professionnelles qui (...) en sont le critère essentiel* »<sup>2892</sup>. Si des syndicats émergents arrivent, malgré tout, à bénéficier d'une certaine reconnaissance<sup>2893</sup>, le paysage syndical demeure néanmoins statique car soumis à une logique de présomption de représentativité au bénéfice des organisations syndicales traditionnelles, présomption que le Conseil d'Etat a estimé conforme à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2894</sup>.

Cette condition liée à la représentativité tend ainsi à mettre en cause au sein des services publics le droit d'agir de syndicats et, partant, la dimension collective de la liberté syndicale. Or, dans la logique du monopole, « *il est certain que la liberté syndicale individuelle du*

---

<sup>2889</sup> V. *supra*.

<sup>2890</sup> RIVERO (Jean) et SAVATIER (Jean), *Droit du travail*, PUF, 13<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 143.

<sup>2891</sup> V. l'alinéa 9 bis de la loi du 13 juillet 1983, *préc.* En aval, ces élections servent pour une très large part à l'appréciation de la représentativité au sein des conseils supérieurs des fonctions publiques. Pour un rappel sur cette question, TREBUCQ (Pascale), « Les élections professionnelles dans la fonction publique », *CFP* avril 2008, p. 8.

<sup>2892</sup> SALON (Serge) et SAVIGNAC (Jean-Charles), *in Code de la fonction publique*, Dalloz, 2008, p. 108. Cette problématique est présente tant dans le cadre de l'alinéa 9 du statut général que dans le cadre des critères posés par le nouvel article L. 2121-1 du Code du travail, lesquels s'appuient désormais également sur l'audience établie au regard des élections professionnelles.

<sup>2893</sup> V. ainsi la modification de la composition du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat afin de réserver un siège à l'Union syndicale Solidaires Fonctions Publiques décidée suite à l'arrêt CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale Solidaires Fonctions Publiques* et traduite par l'intervention d'un décret du 28 février 2007.

<sup>2894</sup> CE, 30 décembre 1998, *Fédération syndicale unitaire*, *Rec. Leb. Tables* p. 686.

*travailleur ne peut être effective que si l'aspect collectif de cette même liberté est lui-même reconnu* »<sup>2895</sup>. Les limitations imposées par la condition de représentativité ne peuvent ainsi qu'intensifier les sujétions déjà imposées à l'agent du fait de l'impossibilité d'user directement des prérogatives dont il est le titulaire. L'équilibre semble, sur ce point précis, osciller en sa défaveur, et appeler dès lors une évolution des règles de représentativité.

## 2) *Un nécessaire assouplissement des règles gouvernant cette question*

A travers la condition de représentativité, une nouvelle limitation se superpose inévitablement à celle déjà orchestrée en amont par la mise en place du monopole. En effet, l'agent obligé de recourir à des corps intermédiaires pour exercer ses droits n'est pas assuré que l'organisation syndicale dans laquelle il se reconnaît le plus puisse en définitive exercer ce rôle médiateur. Incité en premier lieu à se syndiquer, il se trouve ainsi encouragé à adhérer de préférence à un syndicat représentatif, logique qui favorise la perpétuation de la mainmise des syndicats les plus anciens et la faiblesse des organisations émergentes<sup>2896</sup>. En outre, cette représentativité ne dépend que partiellement du choix des agents<sup>2897</sup>. En effet, cette condition est, dans le cadre du Code du travail, soumise à des critères autonomes, tels la transparence financière, l'indépendance, le respect des valeurs républicaines, l'ancienneté, l'expérience et l'implantation géographique du syndicat. En comparaison, les critères électifs semblent mieux à même de dresser le tableau de cette représentativité. Mais l'influence réelle d'un syndicat n'est pas toujours parfaitement retranscrite par l'élection. En effet, « *ses résultats sont souvent moins significatifs qu'on pourrait le penser* »<sup>2898</sup>, tout particulièrement du fait que ce critère dépend pour une très large part des résultats des élections dans les commissions administratives paritaires, dont il a été vu qu'elles étaient d'emblée quasiment fermées aux organisations entendant justement accéder à la représentativité par cette voie, mais également parce que ces élections ne sont pas ouvertes à l'ensemble des agents des services publics<sup>2899</sup>. Certains n'ont donc toujours pas le choix de ceux qui vont les représenter. Enfin, même les organisations syndicales réunissant toutes les conditions pour être considérées comme

---

<sup>2895</sup> RENOUX (Thierry) et DE VILLIERS (Michel), *Code constitutionnel*, Litec, 2005, p. 250.

<sup>2896</sup> L'un des critères de représentativité posé par l'article 2121-1 du Code du travail restant celui de l'effectif des adhérents et des cotisations.

<sup>2897</sup> En ce sens, MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 624.

<sup>2898</sup> VERDIER (Jean-Maurice), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Droit social* 1991, p. 8.

<sup>2899</sup> Les agents non titulaires en étant notamment exclus. V. article 8 du décret n° 89-229 du 17 avril 1989, *JO* 18 avril 1989, p. 4931.



représentatives souffrent aujourd'hui d'un déficit de légitimité lié au phénomène de désyndicalisation observé dans la fonction publique et marqué par un déclin du taux d'adhésion et, surtout, « *par une perte de confiance des salariés à leur égard* »<sup>2900</sup>.

L'instauration de la condition de représentativité a répondu à une volonté de discipliner encore un peu plus l'exercice de ces libertés dans le cadre particulier du service public. Sa rigidité risque cependant d'inciter certains à s'affranchir de ces règles afin de retrouver une marge d'expression par le déclenchement de « grèves sauvages » ou, à l'inverse, de permettre à certains syndicats satisfaisant aux conditions de représentativité, mais en réalité peu en adéquation avec les attentes des agents, d'initier des mouvements de grève minoritaires contribuant à affaiblir encore un peu plus « *la légitimité du syndicat auprès des agents et l'exercice du droit de grève auprès des usagers* »<sup>2901</sup>. Le monopole organisé autour des syndicats les plus représentatifs n'est donc pas exempt d'effets pervers qui plaident pour un assouplissement du système, et notamment des critères de représentativité<sup>2902</sup>. Certes, les organisations syndicales de fonctionnaires traditionnelles voient d'un mauvais œil l'émergence de nouveaux acteurs dans un contexte déjà marqué par de fortes rivalités. Quant aux autorités administratives, elles entendent rester prudentes. Faciliter l'intervention de nouveaux syndicats peut toujours revenir à favoriser la survenance de grève et compliquer les procédures de dialogue social, perspectives peu favorables au fonctionnement continu du service public et *in fine*, à la garantie des droits des usagers. Néanmoins, l'ensemble des protagonistes semble aujourd'hui conscient des risques et limites que fait courir un tel système à la garantie des libertés professionnelles des agents. Afin que ces dernières puissent, sur ce point, s'épanouir de manière équilibrée au sein du service public, pourrait ainsi être envisagée, dans un futur proche et encore une fois sous l'impulsion des accords de Bercy, aujourd'hui traduits dans un projet de loi, une réforme de la représentativité ouvrant le suffrage à tous les personnels, qu'ils soient titulaires ou contractuels et, plus avant, une refonte des règles de représentativité syndicale. Dans ce cadre, les élections aux commissions administratives paritaires et aux comités techniques seraient ouvertes à toutes les organisations syndicales de fonctionnaires constituées depuis au moins deux ans et

---

<sup>2900</sup> TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », *Rép. Trav. Dalloz*, p. 16.

<sup>2901</sup> TERNEYRE (Philippe), *Ibid.* V. dans le même sens, DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I, PUF-PULIM, 1995, p. 246.

<sup>2902</sup> Une telle évolution a été amorcée dans le secteur privé à travers l'enrichissement de ces critères. L'article 2121-1 du Code du travail a en effet ajouté un critère de représentativité tiré de l'audience résultant des élections professionnelles, ce qui ouvre la voie à une meilleure prise en compte des choix des salariés. Mais cette novation ne peut engendrer d'effets dans le cadre de la fonction publique tant que les élections professionnelles dans les commissions administratives paritaires restent majoritairement soumises à des règles privilégiant dès l'abord des organisations syndicales présumées représentatives.

remplissant les conditions d'indépendance et de respect des valeurs républicaines<sup>2903</sup>. Par ailleurs, les Conseils supérieurs de la fonction publique seraient désormais composés à partir des résultats des élections aux comités, et non plus des commissions administratives paritaires. Il est ainsi souhaité mettre fin à la présomption de représentativité bénéficiant à certains syndicats et assurer une représentation plus complète des personnels. Au regard de la problématique spécifique du monopole syndical, une conciliation plus efficace se nouerait alors entre libertés professionnelles des agents et satisfaction des usagers.

## CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

L'analyse des garanties offertes par le service public aux libertés professionnelles des agents révèle différents paradoxes. Pendant longtemps privé de toute possibilité d'exercice de ces libertés, l'agent bénéficie aujourd'hui, à travers le service public, d'un lieu privilégié de mise en œuvre du droit de grève et de la liberté syndicale. De ce constat découle inévitablement une contradiction, liée à la difficulté, pour le service public, de respecter l'exercice de ces libertés professionnelles tout en préservant la mise en œuvre des droits et libertés de l'utilisateur. Au regard de cette exigence, l'agent semble longtemps avoir triomphé. Ses prérogatives professionnelles se sont épanouies au sein du service public sans parfois trop d'égards pour le rôle de garantie dont ce dernier était investi. Cependant, la revalorisation du rôle bénéfique du service public en faveur de la concrétisation des droits et libertés, dans un contexte de difficultés économiques et de lutte contre les exclusions, invite aujourd'hui à réévaluer d'un œil critique la pratique des libertés professionnelles des agents et à pointer ses effets négatifs. A l'heure où les pouvoirs publics insistent de plus en plus sur les « valeurs » portées par le service public et la fonction publique<sup>2904</sup>, le centre de gravité se déplace progressivement. Longtemps pointé vers la garantie des droits de l'agent, le curseur est plus volontiers tourné aujourd'hui vers l'utilisateur. La garantie des libertés professionnelles des agents ne saurait être remise en question mais doit désormais trouver un point d'équilibre, dans le sens d'une plus grande effectivité, parfois, mais le plus souvent, et notamment dans le cas particulier du droit de grève, dans le sens d'un encadrement plus poussé, seul à même de rétablir un compromis

---

<sup>2903</sup> V. *Relevé de conclusions relatif à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique*, p. 5, disponible sur le site [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr)

<sup>2904</sup> V. *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La Documentation française, avril 2008, p. 50 et s.

jusqu'ici peu favorable et de renforcer la portée et la légitimité de ce droit de défense des intérêts professionnels.

## **CONCLUSION DU TITRE SECOND**

La valorisation actuelle du rôle de garantie du service public oblige à réévaluer certaines conciliations opérées en son sein. La recherche de compromis intéresse ainsi principalement les relations entre les droits et libertés des usagers et des agents. L'exercice par ces derniers des libertés professionnelles qui leur sont reconnues, mais également la question de l'expression de leurs convictions nécessitent certains arbitrages à travers lesquels il apparaît que l'utilisateur retrouve progressivement une place centrale. En sa faveur, l'exercice du droit de grève est réaménagé. Pour sa protection, l'expression de la liberté de conscience des agents demeure très étroitement encadrée. Mais l'analyse de la place offerte à l'extériorisation des convictions au sein du service public permet également de constater les limites de la prise en compte des spécificités des usagers. Le refus d'une individualisation des prestations en fonction des convictions, voire le refus de toute expression de ces convictions au sein du service public de l'enseignement, en témoignent. Dans une logique de garantie des droits et libertés attachée à la lutte contre l'exclusion, l'action du service public prend de plus en plus en considération la situation matérielle, économique et sociale, des individus. En revanche, l'exercice des libertés de l'esprit demeure en dehors de cette préoccupation et, partant, en dehors de ce phénomène d'individualisation. Au regard des conciliations opérées et des évolutions intéressant aujourd'hui la définition de ces dernières, transparaissent ainsi toute la difficulté d'une garantie équilibrée des droits et libertés au bénéfice de l'ensemble des protagonistes du service public, et les écueils concrets que cette garantie connaît encore, et dont elle doit triompher.

## **CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE**

L'affirmation et la « redécouverte » contemporaine du rôle de garantie du service public emportent certaines conséquences non négligeables quant aux modalités concrètes de son fonctionnement. Les principes directeurs guidant le service public voient leur acception traditionnelle se modifier, au regard d'une évolution qu'ils confirment et matérialisent tout à

la fois. « Arme » de lutte contre l'exclusion permettant que chacun puisse bénéficier de certaines prestations indispensables à l'exercice de ses droits et libertés, le service public est aujourd'hui invité à se repositionner selon une perspective d'intervention bien moins généraliste qu'auparavant. La philosophie des droits et libertés sous-tend une approche centrée sur l'individu, et c'est autour de ce dernier que se réorganisent les « lois » traditionnelles du service public ou s'affirment de nouveaux impératifs de fonctionnement. Cette novation emporte de nombreuses conséquences positives pour un usager envers lequel les pouvoirs publics retrouvent une responsabilité. La nécessité de satisfaire ses attentes est aujourd'hui un objectif mis en avant, marquant la volonté de rééquilibrer sa position au sein du service public. Mais ce constat ne doit pour autant pas masquer certains risques de dérives. Le contexte économique dans lequel s'insère l'évolution constatée ne doit pas favoriser outre mesure une logique de confusion entre usagers et consommateurs, selon laquelle le service public serait alors en priorité destiné aux personnes en proie à l'exclusion. La garantie des droits et libertés ne doit pas servir de prétexte à un repli officieux du service public dont les conséquences pourraient, à terme, se révéler dangereuses pour cette garantie même.

## CONCLUSION GENERALE

Le service public ne saurait être rangé dans une catégorie prédéfinie, à travers laquelle il serait considéré, sans autre nuance, comme toute menace ou toute garantie. Les droits et libertés constituent en effet un ensemble complexe et hétérogène, dont les implications au regard du service public se révèlent alors, de la même manière, impossible à appréhender de manière totalement univoque.

Il a été possible de fixer certaines distinctions et classifications à partir de traits dominants de ces prérogatives. Les « droits-créances », de par leur définition même, réclament, pour leur mise en œuvre, certaines interventions positives. Les libertés « classiques », quant à elles, s'épanouissent prioritairement dans l'abstention, ne réclamant en principe aucune intervention extérieure pour pouvoir être exercées. Cette classification traditionnelle n'a pas été remise en cause par cette étude car elle demeure une « *tendance de fond* »<sup>2905</sup>, qu'il se serait avéré erroné et vain de tenter de renverser. Pour autant, cette distinction ne pouvait être envisagée de manière absolue. Cela aurait en effet conduit à ignorer toutes les atténuations que connaît cette présentation, par lesquelles le service trouve à jouer le rôle d'instrument de concrétisation. Mettre en œuvre, c'est encore garantir, et c'est prioritairement sous cet aspect qu'a pu être démontrée l'importance de la notion de service public au regard des droits et libertés. La démonstration s'attache bien sûr spontanément en premier lieu aux « droits-créances » dont la logique semble apparentée à l'intervention du service public. Certes, elle ne l'est pas totalement. En France, en effet, tout service public n'a pas pour ambition de servir directement la cause de ces exigences spécifiques. En outre, tous les « droits-créances » consacrés au sein du Préambule de 1946<sup>2906</sup> n'appellent pas obligatoirement et/ou exclusivement une intervention positive sous cette forme particulière. Certains de ces droits paraissent ainsi pouvoir également être satisfaits par l'intervention de réglementations destinées à guider les activités des personnes privées intéressées. Mais ces nuances ne peuvent cependant conduire à remettre en cause le constat suivant lequel le service public trouve à garantir les « droits-créances » et à intervenir en leur faveur. Il concrétise ces exigences et fait écho à la dimension égalitaire portée par ces dernières, en permettant que tous puissent bénéficier de prestations considérées comme essentielles à la protection ou au développement

---

<sup>2905</sup> GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 17.

<sup>2906</sup> Dont le rapport du comité présidé par Simone Veil (*Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La Documentation française, 2008) rappelle la richesse et l'intérêt.

de l'individu. Au-delà de ces créances classiquement consacrées, il est même apparu que certaines exigences nouvelles tendaient aujourd'hui à être accueillies en droit positif à travers le sort qui leur était réservé au sein des services publics traditionnellement chargés de les satisfaire.

La logique portée par les « droits-créances » et mise en œuvre par le service public est en cela une logique dynamique, qui trouve à rejaillir sur les libertés. Une distinction trop nette cantonnant ces droits dans une sphère totalement étrangère à ces dernières devait être combattue. Pour ce faire, il est apparu nécessaire de dépasser une présentation manichéenne de la logique libérale faisant de toute intervention étatique un danger pour les libertés et de réexaminer ces prérogatives à la lueur de leurs conditions de mise en œuvre concrète. Conclure à la nécessité de l'intervention du service public à leur égard, sous l'égide, tout particulièrement, du principe d'indivisibilité, a alors été possible. Cependant, le cas particulier des libertés économiques restait à part, et l'analyse n'a pas entendu sur ce point nier les inflexions dont était porteuse la notion de service public. Cette menace a cependant été précisée en la ramenant à ses proportions réelles, lesquelles ont grandement évolué depuis l'analyse pionnière de Pierre Delvolvé en 1985<sup>2907</sup>. Sous l'influence de l'Union européenne, l'heure est en effet à la prévalence des lois du marché et c'est dans ce contexte particulier que le service public est aujourd'hui légitimé sous le prisme particulier de la garantie des droits et libertés. Le lien noué entre service public et prérogatives de l'individu est désormais redécouvert, en France comme en droit communautaire, à travers la volonté de préserver la cohésion sociale et, partant, de lutter contre certaines situations identifiées comme attentatoires aux droits et libertés de l'individu. De plus en plus, les prestations matérielles délivrées en tant que telles par le service sont envisagées sous un prisme social. Le principe d'un intérêt général « à double détente »<sup>2908</sup>, à travers lequel, par la satisfaction des besoins collectifs de la population, est recherché un correctif à certaines inégalités concrètes, était depuis longtemps connu. Mais il est devenu un leitmotiv par lequel le service public est présenté et valorisé en tant qu'instrument de défense des droits et libertés des individus, agissant tout particulièrement en faveur de ceux pour lesquels l'exercice effectif de ces prérogatives semble menacé.

---

<sup>2907</sup> DELVOLVÉ (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 2.

<sup>2908</sup> LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 34.

La fonction de garantie du service public, longtemps laissé dans l'ombre, ressurgit aujourd'hui sous cette dimension particulière. Un champ d'intervention lui est accordé, justifié non plus sur le fondement d'un intérêt général largement entendu et abstraitement défini, mais sur celui plus ciblé, d'une mission de défense des droits et libertés. Cette modification de perception suppose que l'attention des services publics se recentre sur l'adéquation de la prestation, et des modalités de sa délivrance, aux attentes de l'utilisateur. Ce dernier, redécouvert en tant qu'individu titulaire de droits et libertés dont le service public organise la mise en œuvre, n'est plus ce « tiers exclu », traditionnellement soumis au bon vouloir de l'administration. De plus en plus, l'individu et ses droits sont pris en compte, accentuant ainsi une dynamique de garantie longtemps restée en sommeil. Une telle évolution oblige alors à réexaminer des équilibres établis, et notamment, à opérer une meilleure conciliation entre les droits professionnels des agents et les prérogatives des usagers, exercice malaisé tant la pratique du droit de grève, notamment, est implantée au sein des services publics. Par ailleurs, l'accent aujourd'hui mis sur la défense des droits et liberté invite à concentrer l'attention des services publics sur des populations estimées en difficulté et/ou victimes de discriminations. L'égalité par la généralité traditionnellement défendue par le service public cède alors progressivement le pas à une égalité par la différenciation. Cette mutation s'inscrit dans une tendance économique libérale qui tend à confondre usager et consommateur tout en se souciant dans le même temps, de limiter les conséquences néfastes de la prévalence des lois du marché pour les plus démunis.

Sous l'impulsion de ces évolutions, le service public n'est plus ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre. La relation entretenue avec les droits et libertés a toujours pu s'analyser à l'aune d'une garantie, mais cet aspect était largement passé sous silence, occulté par le danger que le service public était accusé de faire courir aux libertés économiques. Aujourd'hui, la donne s'est inversée et, dans un contexte de prévalence de la libre concurrence, ce lien de garantie tend désormais à être valorisé. La perspective apparaît alors globalement favorable aux individus, car elle tend à modifier les modalités d'action du service public à leur bénéfice. En se recentrant sur cet aspect, la garantie offerte par le service public semble se perfectionner. Pour autant, à trop cibler certaines situations particulières, elle risque dans le même temps de perdre de vue la portée égalitaire qui constitue, *in fine*, son fondement. Cette évolution pose ainsi question quant à la perpétuation de la logique de solidarité et d'interdépendance sociale animant traditionnellement le service public et pourrait se révéler, à terme, capable de relativiser l'impact de ce procédé en matière de garantie. La conclusion reste donc

intermédiaire, d'autant que cette évolution paraît loin d'avoir atteint son point d'achèvement et que l'étude ici proposée constitue un instantané, pris sur le vif, d'une situation encore appelée à se modifier. Une chose est sûre, cependant : c'est en grande partie sous le prisme de la garantie des droits et libertés que s'inscrit aujourd'hui l'appréhension de la notion de service public. Et c'est sous cet aspect spécifique que s'envisageront, dans l'avenir, ses mutations futures.



# BIBLIOGRAPHIE

## I – OUVRAGES GENERAUX

- AUBIN (Emmanuel), *Droit de la fonction publique*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.
- AUBIN (Emmanuel), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Gualino, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.
- AUBY (Jean-François) et RAYMUNDIE (Olivier), *Le service public*, Le Moniteur, 2003.
- AUBY (Jean-Bernard) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant 2007.
- BIENVENU (Jean-Jacques) et LAMBERT (Thierry), *Droit fiscal*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2003.
- BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2006.
- BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2007.
- BRAUD (Philippe), *Sociologie politique*, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> éd., 2004.
- BREILLAT (Dominique), *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, Gualino, 2003.
- BURDEAU (Georges), *Les libertés publiques*, L.G.D.J., 3<sup>ème</sup> éd., 1966.
- CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et REVET (Thierry) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CHAGNOLLAUD (Dominique) et DRAGO (Guillaume) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1 et 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001.
- CHAPUS (René), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CHARVIN (Robert) et SUEUR (Jean-Jacques), *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2007.
- CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002.
- CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, Dossier Thémis, PUF, 1971.
- CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, PUF, Collec. « Que sais-je ? », 7<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CHEVALLIER (Jacques), *Science administrative*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2007.
- CHEVALLIER (Jacques) et LOCHAK (Danièle), *Traité de science administrative*, L.G.D.J., 1978.
- CLEMENT (Jean-Marie), *Mémento de droit hospitalier*, Berger-Levrault, 12<sup>ème</sup> éd., 2007.

- COEURET (Alain), GAURIAU (Michel) et MINE (Michel), *Droit du travail*, Sirey, 2006.
- COLLIARD (Claude-Albert) et LETTERON (Roseline), *Libertés publiques*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2005.
- COLSON (Jean-Philippe) et IDOUX (Pascale), *Droit public économique*, L.G.D.J, 4<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CONSTANTINESCO (Vlad) et PIERRE-CAPS (Stéphane), *Droit constitutionnel*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.
- DEBBASCH (Charles) et RICCI (Jean-Claude), *Contentieux administratif*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2001.
- DE BELLESCIZE (Diane) et FRANCESCHINI (Laurence), *Droit de la communication*, PUF, 2005.
- DE FORGES (Jean-Michel), *Le droit de la santé*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 5<sup>ème</sup> éd., 2004.
- DE LAUBADERE (André) et VENEZIA (Jean-Claude), *Traité de droit administratif*, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, 1997.
- DELVOLVE (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.
- DUBOUIS (Louis) et BLUMANN (Claude), *Droit matériel de l'Union européenne*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009.
- DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tomes I, II et III, 3<sup>ème</sup> éd., Ed. de Boccard, 1927-1930.
- DUPUIS (Georges), GUEDON (Marie-José) et CHRETIEN (Patrice), *Droit administratif*, Sirey, 2009.
- ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Connaissance du droit, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002.
- FAVOREU (Louis) et alii, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007.
- FAVOREU (Louis) et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2008.
- FIALAIRE (Jacques) et MONDIELLI (Eric), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Ellipses, 2005.
- GUETTIER (Christophe), *Institutions administratives*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2008
- GUGLIELMI (Gilles), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Domat, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2007.
- HEYMANN-DOAT (Arlette), *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J, 8<sup>ème</sup> éd., 2005.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>ème</sup> éd., 1933, p. 77, réédition Dalloz 2002.

- HUBRECHT (Hubert-Gérald), *Droit public économique*, Dalloz, 1997.
- ISRAEL (Jean-Jacques), *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998.
- JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif*, Giard et Brière, 2<sup>ème</sup> éd., 1914.
- LACHAUME (Jean-François), *La fonction publique*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2002.
- LACHAUME (Jean-François), BOITEAU (Claudie) et PAULIAT (Hélène), *Droit des services publics*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004.
- LEBRETON (Gilles), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 8<sup>ème</sup> éd., 2009.
- LE MESTRE (Renan), *Droit du service public*, Gualino Editeur, 2005.
- LEVINET (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant-Nemesis, 2<sup>nde</sup> éd., 2008.
- LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Droit du service public*, Litec, 2007.
- LOCHAK (Danièle), *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- LOMBARD (Martine) et DUMONT (Gilles), *Droit administratif*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007.
- MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Masson, 2<sup>ème</sup> éd., 1991.
- MAZEAUD (Antoine), *Droit du travail*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2004.
- MELLERAY (Fabrice), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2005.
- MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, PUF, 1997.
- MORANGE (Jean), *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007.
- MOREAU (Jacques), *Droit administratif*, Droit fondamental, PUF, 1989.
- MORVAN (Patrick), *Droit de la protection sociale*, Litec, 3<sup>ème</sup> éd., 2007.
- MOURGEON (Jacques), *Les droits de l'homme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 8<sup>ème</sup> éd., 2003.
- OBERDORFF (Henri), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., 2008.
- OBERDORFF (Henri), *Les institutions administratives*, Ed. Sirey, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.
- PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2008.
- PONTIER (Jean-Marie), *Les services publics*, Hachette, 1996.
- PONTIER (Jean-Marie), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- RADE (Christophe), *Droit du travail*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 191.
- RENOUX (Thierry) et DE VILLIERS (Michel), *Code constitutionnel*, Litec, 2005.
- RENUCCI (François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007.

- RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2003.
- RIVERO (Jean) et MOUTOUH (Hugues), *Libertés publiques*, Tome 2, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2003.
- ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 1999.
- ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2008.
- SERRAND (Pierre), *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, 2<sup>nde</sup> éd., 2007.
- SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2008.
- TENZER (Nicolas), *Philosophie politique*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1998.
- TURPIN (Dominique), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004.
- VALETTE (Jean-Paul), *Le service public à la française*, Ellipses, 2000.
- VEDEL (Georges) et DELVOLLE (Pierre), *Droit administratif*, Tome 2, Thémis, PUF, 12<sup>ème</sup> éd., 1992.
- WACHSMANN (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2009.
- WALINE (Marcel), *Droit administratif*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd., 1963.

## II – OUVRAGES SPECIALISES ET THESES

- AMAR (Jacques), *De l'usager au consommateur*, PUAM, 2001.
- ARON (Raymond), *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965.
- ARON (Raymond), *Etudes politiques*, Gallimard, 1972.
- ARON (Raymond), *Le spectateur engagé*, Presse Pocket, 1981.
- AUBY (Jean-François), *Les services publics en Europe*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998.
- AUBY (Jean-François), *Les services publics locaux*, Collection Administration locale, Berger-Levrault, 1997.
- AUBY (Jean-Bernard) et BRACONNIER (Stéphane) (dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, L.G.D.J, 2003.
- BAUDET (Pierre), *Les obligations des fonctionnaires*, Berger-Levrault, 1996.
- BECKER (Jean-Jacques) et CANDAR (Gilles) (dir.), *Histoire des gauches en France, XX<sup>ème</sup> siècle : à l'épreuve de l'histoire*, Vol. 2, Ed. La Découverte, 2004.
- BERNOT (Jacques), *La répartition des compétences*, L.G.D.J, 1996.

- BERSTEIN (Serge) et MILZA (Pierre), *Histoire de la France au XXème siècle, 1945-1958*, Tome III, Ed. Complexe, 1999.
- BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain) (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000.
- BORGETTO (Michel), *La notion de fraternité en droit public français*, L.G.D.J., 1993.
- BORGETTO (Michel) et LAFORE (Robert), *La République sociale*, PUF, 2000, p. 93.
- BOURDIEU (Pierre) et PASSERON (Jean-Claude), *Les héritiers. Les étudiants et la culture*, Ed. de Minuit, 1964.
- BRACONNIER (Stéphane), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruylant, 1997.
- BRAIBANT (Guy), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignage et commentaire de Guy Braibant*, Seuil, 2001.
- BRAUD (Philippe), *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., 1968.
- BRIBOSIA (Emmanuelle) et HENNEBEL (Ludovic) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004.
- BUI-XUAN (Olivia), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, 2004.
- BURDEAU (Georges), *La démocratie*, Seuil, 1966.
- BURDEAU (Georges), *L'Etat*, Seuil, 1970.
- BURDEAU (Georges), *Le libéralisme*, Seuil, 1979.
- CAILLOSSE (Jacques), *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008.
- CAPITANT (René), *Ecrits constitutionnels*, Ed. du CNRS, 1982.
- CAPORAL (Stéphane), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française*, PUAM-Economica, 1995.
- CASTEL (Robert), *Les métamorphoses de la question sociale*, Folio Essais, 1999.
- CHEVALIER (Jean-Marie), EKELAND Ivar et FRISON-ROCHE Marie-Anne (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF, 1999.
- CHEVALLIER (Jacques), *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2003.
- CLUZEL-METAYER (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, 2006.
- CONAC (Gérard), PRETOT (Xavier) et TEBOUL (Gérard) (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, 1993.
- CONAC (Gérard), PRETOT (Xavier) et TEBOUL (Gérard) (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001.
- DE BELLESCIZE (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, L.G.D.J., 2004.

- DECOCQ (André et Georges), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J., 2002.
- DECRETON (Sophie) (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999.
- DE FROUVILLE (Olivier), *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Ed. A. Pedone, 2004.
- DELAUNAY (Bénédicte), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, L.G.D.J, 1993.
- DELION (André), *Le droit des entreprises et participations publiques*, L.G.D.J, 2003.
- DELSOL (Xavier), GARAY (Alain) et TAWIL (Emmanuel), *Droit des cultes*, Dalloz-Juris Associations, 2005.
- DELVOLVE (Véronique), *La liberté d'entreprendre*, Thèse Paris II, 2002.
- DEMOGE-DECORTE (Jaqueline), *Les monopoles publics en France*, Ed. La pensée universelle, 1979.
- DESMONS (Eric), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, L.G.D.J., 1999.
- DEVAUX (Eric), *La grève dans les services publics*, Tome I et II, PUF-PULIM, 1995.
- DOSTALER (Gilles), *Le libéralisme de Hayek*, Ed. La Découverte, 2001.
- DRAGO (Guillaume) et LOMBARD (Martine), (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003.
- DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J, 1974.
- DU CHEYRON (Patrick) et GELOT (Didier) (dir.), *Droit et pauvreté*, Séminaire ONPES-DREES-MIRE, 2007.
- DUMONT (Gilles), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Paris II, 2002.
- DUROY Stéphane, *La distribution d'eau potable en France. Contribution à l'étude d'un service public local*, L.G.D.J, 1996.
- ESPLUGAS (Pierre), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, L.G.D.J, 1994.
- EVIN (Claude), *Les droits des usagers du système de santé*, Berger-Levrault, 2002.
- FIALAIRE (Jacques), *Le droit des services publics locaux*, Systèmes, L.G.D.J., 1998.
- FLAMANT (Maurice), *Histoire du libéralisme*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> édition, 1992.
- FOREY (Elsa), *Etat et Institutions religieuses – Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007.
- FOULETIER (Marjolaine), *Recherches sur l'équité en droit public français*, L.G.D.J, 2003.
- FOULQUIER (Norbert), *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle*, Dalloz, 2003.

- GAUDEMET (Yves) (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008.
- GAY (Laurence), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007.
- GIMENO-CABRERA (Véronique), *Le traitement jurisprudentiel du principe de la dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J., 2004.
- GIRARD (Charlotte) et HENNETTE-VAUCHEZ (Stéphanie) (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005.
- GRARD (Loïc) (dir.), *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, PUB, 2007.
- GREWE (Constance) et RUIZ FABRI (Hélène), *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.
- GROS (Dominique) et DION-LOYE (Sophie) (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Le Seuil, Collection « Le genre humain », 2002.
- GUEDJ (Alain), *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006.
- GUGLIELMI (Gilles) (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004.
- GUIGOU (Elizabeth) (dir.), *Le service public de la justice*, Editions Odile Jacob, 1998.
- GUILLET (Nicolas), *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, L.G.D.J., 2003.
- HAYEK (Friedrich), *La route de la servitude*, Editions politiques, économiques et sociales, 1946.
- HAYEK (Friedrich), *Droit, législation et liberté*, Tome 2, Quadrige-PUF, 1995.
- HAYEK (Friedrich), *La constitution de la liberté*, Litec, 1994.
- HENAFF (Gaël) (dir.), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, PUR, 2002.
- HENRY (Claude), *Concurrence et services publics dans l'Union européenne*, PUF, 1997
- HERTZOG (R.), *Recherche sur la gratuité et la non gratuité des services publics*, Th. Strasbourg, 1972.
- JEANNOT (Gilles), *Les usagers du service public*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998.
- JEAN-PIERRE (Didier), *L'éthique du fonctionnaire civil*, L.G.D.J., 1999.
- KANT (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs, Deuxième partie : Doctrine de la vertu*, Librairie philosophique J. Vrin, 1968.
- KONDYLLIS (Vassilios), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., 1994.
- KOUBI (Geneviève) (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996.

- KOUBI (Geneviève) et GUGLIELMI (Gilles) (dir.), *L'égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000.
- *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel, PUF, 1989.
- *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990.
- *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne – Etude de droit comparé*, Editions Ant. N. Sakkoulas, Bruylant et Nomos Verlagsgesellschaft, 1<sup>ère</sup> éd., 2000.
- *L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, L.G.D.J., 1998.
- LAROQUE (Pierre), *Les usagers des services publics industriels. Transports, eau, gaz, électricité*, Sirey, 1933.
- LARVARON (Bernard), *Le préfet face au XXIème siècle*, Economica, 2001.
- LASSERRE (Benoît), LENOIR (Noëlle) et STIRN (Bernard), *La transparence administrative*, PUF, 1987.
- LATOURNERIE (Roger), *Le droit français de la grève*, Sirey, 1972.
- LAZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, L.G.D.J., 1993.
- LE BOT (Olivier), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, L.G.D.J., 2007.
- LEVEQUE (François), *Economie de la réglementation*, Ed. La Découverte, 2004.
- LONG (Martine), *La tarification des services publics locaux*, L.G.D.J., 2001.
- LUCHAIRE (François), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987.
- LYON-CAEN (Antoine) et CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique) (dir.), *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001.
- LYON-CAEN (Antoine) et LOKIEK (Pascal) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.
- MAILLARD DESGREES DU LOU (Dominique), *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000.
- MALAURIE-VIGNAL (Marie), *L'abus de position dominante*, L.G.D.J., 2002.
- MALAURIE-VIGNAL (Marie), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 4<sup>ème</sup> éd., 2008.
- MANENT (Pierre), *Les libéraux*, Gallimard, 2001.
- MARGUENAUD (Jean-Pierre) (dir.), *Juger les droits sociaux*, Chroniques de l'OMIJ n° 2, PULIM, 2004.



- MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- MAURER (Béatrice), *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999.
- MEINDL (Thomas), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J, 2003.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997.
- MELLERAY (Fabrice) (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, L.G.D.J, 2004.
- MESSNER (François), PRELOT (Pierre-Henri) et WOEHLING (Jean-Marie) (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.
- MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985.
- MORANGE (Jean), *La liberté d'expression*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1993.
- MORANGE (Jean), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 4<sup>ème</sup> éd., 2002.
- NICINSKI (Sophie), *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2001.
- NICINSKI (Sophie), *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, 2005.
- OGIER-BERNAUD (Valérie), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM-Economica, 2003.
- PAULIAT (Hélène), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Tomes I et II, PULIM, 1991.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *La cohésion territoriale et les services publics en Europe – Interprétation et portée de l'article 7-D du Traité d'Amsterdam*, Colloque EUROPA, PULIM, 1999.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2003, p. 24.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *L'autonomie des collectivités locales en Europe : une source potentielle de conflits ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2004.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque des Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2006.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2006.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *Service public, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2008.
- PAUGAM (Serge), *La disqualification sociale*, Quadrige-PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2000.

- PAUGAM (Serge), *La société française et ses pauvres*, Quadrige, 2002.
- PAVIA (Marie-Luce) et REVET (Thierry) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999.
- PECHILLON (Eric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J, 1998.
- PELISSIER (Gilles), *Le principe d'égalité en droit public*, L.G.D.J, 1996.
- PISIER-KOUCHNER (Evelyne), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J, 1972.
- QUILICHINI (Paule), *Logement social et décentralisation*, L.G.D.J, 2001.
- QUILLOT (Roland), *La liberté*, PUF, Collec. Que sais-je ?, 1993.
- RAINAUD (Jean-Marie), *La crise du service public français*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999.
- RAWLS (John), *Théorie de la justice*, Points Essais, Seuil, 1997.
- REDOR (Marie-Joëlle) (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis–Bruylant, 2001.
- RIALS (Stéphane), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988.
- ROGER-MARBOUTY (Frédérique), *Le statut constitutionnel des services publics*, Thèse Limoges, 1998.
- ROMAN (Diane), *Le droit public face à la pauvreté*, L.G.D.J, 2002.
- ROUSSEAU (Dominique) et SUDRE (Frédéric) (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de Montpellier des 20 et 21 janvier 1989, Ed. STH, 1990.
- ROUSSILLON (Henry), *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Connaissances du droit, 6<sup>ème</sup> éd., 2008.
- SALOMON (Jean), *L'égalité des individus devant le service public*, Th. Grenoble, 1954.
- SAVATIER (René), *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, L.G.D.J, 2<sup>ème</sup> éd., 1950.
- SOLER-COUTEAUX (Pierre), *La liberté de conscience*, Thèse Strasbourg, Tomes 1 et 2, 1980.
- SOULIER (Gérard), *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, 1981.
- SOUTY (François), *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 2003.
- TEITGEN-COLLY (Catherine), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.
- TINIERE (Romain), *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007.

- TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J, 1977.
- TURPIN (Dominique), *Droit de la décentralisation*, Gualino Editeur, 1998.
- VANDAMME (Jacques) et RODRIGUES (Stéphane) (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003.
- VIGOUROUX (Christian), *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006.
- VINCENT-LEGOUX (Marie-Caroline), *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001.
- WARIN (Philippe), *Les usagers au cœur de la réforme*, La Découverte, 1997.
- WEBER (Max), *Le Savant et le Politique*, Plon, 1959
- WUHL (Simon), *Discrimination positive et justice sociale*, PUF, 2007.

### **III – RECUEILS**

- FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2007.
- GAUDEMET (Yves), STIRN (Bernard), DAL FARRA (Thierry) et ROLIN (Frédéric) (dir.), *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2008.
- LACHAUME (Jean-François) et PAULIAT (Hélène), *Les grandes décisions de la jurisprudence - Droit administratif*, PUF, 13<sup>ème</sup> éd, 2007.
- LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre) et GENEVOIS (Bruno), *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007.
- SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline) et LEVINET (Michel), *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5<sup>ème</sup> éd., 2009.

### **V – RAPPORTS ET ETUDES**

- ATTALI (Jacques), *300 décisions pour changer la France*, Commission pour la libération de la croissance en France, La Documentation française, 2008.
- CANNAC (Jean-Yves), *La qualité des services publics*, Rapport au Premier ministre, 18 juin 2004, La Documentation française, 2004.
- DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud), *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 1996.

- DURIEUX (Bruno), *L'ouverture du marché des jeux d'argent et de hasard*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2008.
- FOURNIER (Jacques), *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La Documentation française, 2002.
- MACHELON (Jean-Pierre), *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Rapport au Ministre de l'Intérieur, La Documentation française, 2006.
- MANDELKERN (Dieudonné), *La continuité dans les transports terrestres de voyageurs*, La Documentation française, 2004.
- MINC (Alain), « *La France de l'an 2000* », Commissariat général du Plan, Ed. Odile Jacob, La Documentation française, 1994.
- Rapport public du Conseil d'Etat 1994, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, EDCE n° 46, La Documentation française, 1995.
- Rapport public du Conseil d'Etat 1995, *La transparence et le secret*, EDCE n° 47, La Documentation française, 1996.
- Rapport public du Conseil d'Etat 1996, *Sur le principe d'égalité*, EDCE, n° 48, La Documentation française, 1997.
- Rapport public du Conseil d'Etat 1999, *L'intérêt général*, EDCE n° 50, La Documentation française, 1999.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE n° 52, La Documentation française, 2001.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53, La Documentation française, 2003.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE n° 54, La Documentation française, 2004.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2004, *Un siècle de laïcité*, EDCE n° 55, La Documentation française, 2004.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE n° 57, La Documentation française, 2007.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation française, 2008.
- 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*, La Documentation française, avril 2008.
- STASI (Bernard), *Laïcité et République*, Rapport au Président de la République, 11 décembre 2003, La Documentation française, 2004.
- STOFFAES (Christian), « *Services publics, question d'avenir* », Commissariat général du Plan, Ed. Odile Jacob, 1995, p. 284.

- VEIL (Simone), *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, Rapport au Président de la République, La Documentation française, 2008.
- WARSMANN (Jean-Luc), *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2009.

## V – ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

- ABRAM (Yves), « Le conflit de devoirs : le fonctionnaire territorial entre les obligations d'obéissance et de résistance », *AJFP* septembre-octobre 1996, p. 39.
- AMAR (Jaques), « De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics », *D.* 2001, n° 34, p. 2810.
- 
- AMAR (Jaques), « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *Contrats, Conc., Consomm.*, janvier 2002, p. 13.
- AMSELEK (Paul), « Peut-il y avoir un Etat sans finances ? », *RDP* 1983, p. 267.
- ARRIGHI DE CASANOVA (Jaques) et FORMERY (Simon), « Une nouvelle étape de l'amélioration entre l'Administration et les citoyens : la loi DCRA du 12 avril 2000 », *RFDA* 2000, p. 725.
- ARON (Raymond), « Liberté, libérale ou libertaire ? », *Ecrits politiques*, Gallimard, 1972, p. 235.
- ASCHIERI (Gérard), « Du bon usage du paritarisme », *RFAP* n° 80, 1996, p. 637.
- AUBIN (Marie-Eve), « La question de la liberté de l'enseignement », *RA* 1999, n° spéc. n° 2, p. 56.
- AUBIN (Claire), « L'Europe sociale entre mythe et réalité », *Droit Social*, mai 2007, p. 618.
- AUBY (Jean-François), « Services publics culturels et concurrence », *AJDA* 2000, n° spécial, p. 22.
- AUBY (Jean-Bernard), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992.
- AUBY (Jean-Bernard), « Droit administratif et démocratie », *DA* février 2006, p. 6.
- BACOT (Guillaume), « Rousseau et l'établissement de la légalité », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, p. 13.
- BAILLEUL (David), « Le service universel, futur service public ? », *RRJ* 2000, p. 561.
- BALLESTRERO (Maria-Vittoria), « Le droit de grève en Italie », *Droit Social*, avril 2004, p. 386.

- BARBIER « L'utilisateur est-il devenu le client du service public ? » *JCP* 1995.I n° 3816.
- BARTHELEMY (Christophe), « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP/CJEG* 2004, p. 423.
- BASILIEN-GUINCHE (Marie-Laure), « Le service public de l'électricité : entre ouverture du marché et ouverture du capital », *RDP* 2002, p. 1791.
- BASILIEN-GUINCHE (Marie-Laure), « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public », *AJDA* 2007, p. 77.
- BAZEX (Michel), « La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'Etat », note sous CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, DA* 2006, p. 21.
- BAUMSTARK (Luc), « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations », in G. Hénaff (dir.), *Concurrence et services publics : enjeux et perspectives*, PUR, 2002, p. 59.
- BELLOUBET-FRIER (Nicole), « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 152.
- BENAR (Georges), « Droits de l'homme de la quatrième dimension », *Karel Vasak amicorum liber - Les droits de l'homme du XXIème siècle*, Bruylant, 1999, p. 75.
- BENOIT (Loïck), « La contribution française à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *TDP* 2002, n° spécial, p. 1.
- BENOIT-ROHMER (Florence), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, p. 1483.
- BENOIT-ROHMER (Florence), « L'égalité dans la typologie des droits », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 135.
- BERGEAL (Catherine), concl. sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, RFDA* 2001, p. 109.
- BERNAUD (Valérie), « La nature particulière du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie », *Droit social* 2007, p. 1221.
- BERROD (Frédérique), « Monopoles publics et droit communautaire », *Jcl. Europe*, Fasc. 1510, 2004.
- BEROUJON (François), « L'impact des règles issues du droit de la consommation », *JCP A* 2007, n° 44-45, p. 31.
- BERTHOUD (Joël), « La neutralité religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 556.
- BICHOT (Jacques), « L'effet Matthieu revisité », *Droit Social* 2002, p. 575.
- BIZEAU (Jean-Claude), « Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'administration », *RA* 1997, p. 209.

- BLUMANN (Claude), « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 265.
- BLUMANN (Claude), « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 45
- BON (Pierre), V° Liberté d'entreprendre, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.
- BOISSARD (Béatrice), « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP* 2006, p. 1301.
- BOISSARD (Sophie), « Accès aux documents administratifs : du droit à la pratique, quelques réflexions sur les acquis et les limites de la loi du 17 juillet 1978 », *CFP*, mars 2001, p. 12.
- BOISSARD (Sophie), « Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000 », *AJDA* 2003, p. 1309.
- BOITEAU (Claudie) « Concept communautaire de service public et services publics locaux », *RFDA* 1995, p. 320.
- BOITEAU (Claudie), « L'exorbitance du droit des services publics », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, L.G.D.J, 2004, p. 180.
- BODIGUEL (Jean-Luc), « Fonction publique et intérêt général », in J-L. Bodiguel, C.-A. Garbar et A. Supiot (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000, p. 35.
- BONDUELLE (Alexandre), « La clause de conscience et le fonctionnaire », *LPA* 1996, n° 117, p. 16.
- BONNARD-PLANCKE (Laetitia) et VERKINDT (Pierre-Yves), « Egalité et diversité : quelles solutions ? », *Droit social* 2006, p. 977.
- BONNOTTE (Christophe), « La transparence administrative en droit français », *Economic Papers*, n° 42, Varsovie, 2006, p. 59.
- BORGETTO (Michel), « Egalité, solidarité ... équité ? », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 239.
- BORGETTO (Michel), « Equité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions », *Droit social*, 1999, p. 221.
- BORGETTO (Michel), « Secours publics et service public », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 37.
- BORGETTO (Michel), « Les enjeux actuels de l'accès aux droits », *Informations sociales* 2004, n° 120, p. 6.
- BORGETTO (Michel), « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », *Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, L.G.D.J, 2007, p. 239.
- BORGETTO (Michel), « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 83.

- BOUCHET (Paul), « Précarité et dignité », in H. Pauliat (dir.), *Justice, éthique et dignité*, Actes du colloque des Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2006, p. 327 et s.
- BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la soumission à l'Etat », *AJFP* janvier-février 2003, p. 44.
- BOUISSON (Stéphane), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience », *AJFP* mars-avril 2003, p. 34.
- BOUTAYEB (Chahira), « Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire », *RTDE* 2003, n° 4, p. 587
- BRACONNIER (Stéphane), « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », *AJDA* 2005, p. 644.
- BRAIBANT (Guy), « Droit d'accès et droit à l'information », *Mélanges Charlier*, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 704.
- BRAIBANT (Guy), « Les enjeux pour l'Union », in *Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° spécial 264, août 2000, p. 11.
- BRAIBANT (Guy), « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social* 2001, p. 69.
- BRENET (François), « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *RDP* 2003, p. 1535.
- BROUSSOLLE (Denis.), « Les services de transport rail et route dans le paquet normatif européen du 23 octobre 2007. Un libéralisme tempéré », *AJDA* 2008, p. 393
- BUGADA (Alexis), « Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie 'objectivement' », *D.* 2008, n° 10, p. 662.
- BURDEAU (François), « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 391.
- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne racontée au citoyen européen », *RAE* 2000, p. 398.
- BURGORGUE-LARSEN (Laurence), « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », note sous l'arrêt CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, *AJDA* 2006, p. 2285.
- BUI-XUAN (Olivia), « La décentralisation culturelle », *AJDA* 2007, p. 563.
- CAILLOSSE (Jacques), « Service public et concurrence - Le service public entre deux mythologies », *Droit ouvrier*, avril 2008, p. 199.
- CALLEY (Grégoire), « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA* 2006, p. 99.
- CALLEY (Grégoire), « La fin du monopole postal : quelles perspectives pour le financement du service universel postal ? », *LPA* 2008, n° 134, p. 3.



- CAPITANI (Amandine), « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? », *RFDC* 2005, p. 498.
- CARBAJO (Joël), « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers en général », *AJDA* 1981, p. 176.
- CARDET (Christophe), « L'externalisation de la mise en œuvre du placement sous surveillance électronique », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, n° 2, p. 313.
- CARTON (Jean-Paul), « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaire », *AJFP* mars-avril 2002, p. 4.
- CARTON (Olivier), « La laïcité à l'école : réaffirmation ou refonte d'un principe républicain ? », *RRJ* 2005/3, p. 1737.
- CASAS (Didier), « Les personnes publiques et la concurrence : vers l'égale concurrence ? », *CFP* 2001, p. 16.
- CASSIA (Paul), « Service public français et droit communautaire », *LPA* 4 juillet 2002, n° 133, p. 4.
- CATALA (Pierre), « Rapport de synthèse », in *L'ordre public*, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, L.G.D.J, 1998, p. 1.
- CATHERINE (Robert) et THUILLIER (Guy), « De l'obéissance », *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J, 1974, p. 585.
- CAUDAL (Sylvie) et JANIN (Patrick), « La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, entre volontarisme et renoncements », *DA* 2007, p. 11.
- CHALTIEL (Florence), « Les apports du traité de Lisbonne au service public », *AJDA* 2008, p. 1575.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA* 1999, p. 959.
- CHAMPEIL-DESPLATS (Véronique), « Le service public dans le débats constitutants de 1946 », in G. J. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 231.
- CHARLIER-DAGRAS (Marie-Dominique), « Vers le droit syndical des personnels militaires ? », *RDP* 2003, p. 1073.
- CHATILLON (Georges), « Administration électronique et services publics », *AJDA* 2001, p. 617.
- CHAUVIN (Nicolas), « Laïcité scolaire et protection des élèves », *RA* 1995, n° 295, p. 16.
- CHAVRIER (Géraldine), « Le service public de l'électricité est-il menacé ? », *DA* octobre 2002, p. 10.
- CHERIGNY (Bernard), « Ordre illégal et devoir de désobéissance dans le contentieux », *RDP* 1975, p. 867.
- CHEROT (Jean-Yves), « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 87.

- CHEVALIER (Yves), « La réforme des pensions de retraite des fonctionnaires : présentation générale », *CFP* 2003, n° 229, p. 4.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *RDP* 1974, p. 22.
- CHEVALLIER (Jacques), « L'association au service public », *JCP*, I, 2667.
- CHEVALLIER (Jacques), « Les droits du consommateur usager des services publics », *Droit Social* 1975, p. 75.
- CHEVALLIER (Jacques), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G* 1986, n° 3254.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le discours de la qualité administrative », *RFAP* 1988, p. 287.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le mythe de la transparence », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 239.
- CHEVALLIER (Jacques), « L'Etat de droit », *RDP* 1988, p. 313.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57.
- CHEVALLIER (Jacques), « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », *RFAP* 1996, n° 77, p. 196.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable », *RA* 1996, n° spécial, p. 7.
- CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 10.
- CHEVALLIER (Jacques), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? A propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *D. 2000, Chron.*, n° 37, p. 575.
- CHEVALLIER (Jacques), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 361.
- CHEVALLIER (Jacques), « Les pratiques administratives », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 83.
- CHEVALLIER (Jacques), « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Mélanges Cohen-Jonathan*, Vol. I, Bruylant, 2004, p. 415.
- CHRESTIA (Philippe), « Le service public, l'utilisateur et le droit de grève », *JCPA* 2005, n° 29, p. 1151.
- CHRISTIAN (Léon), « La liberté syndicale des personnels militaires : une vérité juridique à affirmer », *AJFP* juillet-août 2005, p. 198.
- CHRISTIAN (Léon), « La liberté syndicale des personnels militaires : une réalité politique difficile à cacher », *AJFP* septembre-octobre 2005, p. 249.

- CLAPIE (Michel), « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », *RA* 1997, p. 278.
- CLERC (Denis), « La dynamique de l'exclusion et de l'insertion », *RDSS* 1989, p. 623.
- CLUZEL (Lucie), « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », in Emmanuel Breen (dir.), *Evaluer la justice*, PUF-Droit et justice, 2002, p. 53.
- CLUZEL-METAYER (Lucie), « Le droit de grève dans les fonctions publiques européennes », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 151.
- COHEN (Dany), « Le droit à ... », *Mélanges François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 393.
- COLIN (Frédéric), « Le bon fonctionnement du service public », *RRJ* 2006-4, p. 2055.
- COLIN (Frédéric), « De la courtoisie dans le service public », *AJFP* 2006/2, p. 60.
- CORDONNIER (Mikaëla), « Le port de signes distinctifs dans les établissements scolaires : liberté ou conformité », in Gaël Hénaff et Pierre Merle (dir.), *Le droit et l'école, de la règles aux pratiques*, PUR, 2003, p. 63.
- COSSALTER (Philippe), « L'alinéa 9 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 171.
- COUTANT-LAPALUS (Christelle), « La lutte contre l'habitat indigne », *Revue Urbanisme et construction* 2006, p. 2.
- CURSOUX-BRUYERE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Première partie), *RRJ* 2005-3, p. 1377.
- CURSOUX-BRUYERE (Sandrine), « Le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Seconde partie), *RRJ* 2005-4, Volume 2, p. 2317.
- CUSSET (Pierre-Yves), « Crise de la cohésion sociale : éléments de diagnostic », *Droit social*, mai 2009, p. 518.
- DAMON (Julien), « Lutter contre la pauvreté, Perspectives face à la crise », *Problèmes politiques et sociaux*, n° 957, 2009, p. 5.
- DAUCHY (José-Manuel), « Mutabilité du service public et droits des usagers », *LPA* 2003, n° 251, p. 8.
- DAUGAREILH (Isabelle), « La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale », *RTDE* 2001, p. 123.
- DE BECHILLON (Denys), « A propos du droit de grève et de l'amélioration du service public des transports », *Mélanges Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 17.
- DE BELLESCIZE (Ramu), « La réforme du statut général des militaires », *RDP* 2006, p. 313.
- DE BEZE (Marie-Odile), « Pour une loi sur le voile », *RA* n° 337, 2004, p. 37.
- DEBENE (Marc), « Le Conseil constitutionnel et 'les principes particulièrement nécessaires à notre temps' », *AJDA* 1978, p. 531.

- DEBENE (Marc) et RAYMUNDIE (Olivier), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA* 1996, p. 183.
- DECAUX (Emmanuel), « La question de la typologie des droits de l'homme au sein du système du Conseil de l'Europe », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 297.
- DE CORAIL (Jean-Louis), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 20.
- DE LAUBADERE (André), note sous arrêt CE, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre*, *AJDA* 1964, p. 438.
- DEFFIGIER (Clotilde), « Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics », *RFDA* 2003, p. 775.
- DEGOFFE (Michel), « A propos du service public virtuel », *CJEG* 1993, p. 535.
- DEGOFFE (Michel), « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA* 1998, p. 711.
- DELAUNAY (Bénédicte), « Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique », *TDP* 2003, n° 2, p. 163.
- DELAUNAY (Bénédicte), « Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques », *AJDA* 2006, p. 1377.
- DELVOLVE (Pierre), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 2.
- DELVOLVE (Pierre), « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *DA* 1993, n° 10, p. 3.
- DELVOLVE (Pierre), « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA* 1996, p. 681.
- DELVOLVE (Pierre), « Constitution et contrats publics », *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 469.
- DEMETZ (Anne), « Présentation de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2006, n° 76, p. 676.
- DE MONTALIVET (Pierre), « La "juridicisation" de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99.
- DE MONTECLERC (Marie-Christine), « Le recrutement par concours est-il contraire à la reconnaissance européenne des diplômes ? », *AJDA* 2003, p. 261.
- DENIZEAU (Charlotte), « L'instrumentalisation de la puissance publique par le droit communautaire », in P. Raimbault (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p. 69.
- DENOIX DE SAINT MARC (Renaud), « La transparence : vertus et limites », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 11.
- DERIEUX (Emmanuel), « Liberté, économie et droit de la presse », *Légipresse* 1997, p. 75.

- DESCHAMPS (Emmanuelle), « Le droit au logement n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *AJDA* 2002, p. 818.
- DE SCHUTTER (Olivier), « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 69.
- DE SCHUTTER (Olivier), « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in J.P. Marguenaud (dir.), *Juger les droits sociaux*, Chroniques de l'OMIJ n° 2, PULIM, 2004, p. 13.
- DE SCHUTTER (Olivier), « L'affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. Lyon-Caen et P. Lokiek, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005, p. 145.
- DESTOURS (Stéphane) et CLAMOUR (Ghislain), « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *Jcl. Coll. Territ.*, Fasc. 724, 2004.
- DESWARTE (Marie-Pauline), « Droits sociaux et Etat de droit », *RDP* 1995, p. 951.
- DHOMMEAUX (Jean), « La typologie des droits de l'homme dans le système universel », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 265.
- DIEU (Frédéric), « Le Conseil d'Etat et la laïcité négative », *JCPA* 24 mars 2008, p. 24.
- DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA* 2006, p. 1219.
- DONIER (Virginie), « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA* 2008, p. 13.
- DORD (Olivier), « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire « Fillon » du 18 mai 2004 », *AJDA* 2004, p. 1523.
- DORE (Lydie), « Le service minimum dans les services publics en cas de grève », *RDP* 2005, p. 885.
- DRAGO (Roland), « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 130
- DRAGO (Guillaume), « Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre », in G. Drago et M. Lombard (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 29.
- DREYER (Emmanuel), « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006/2, p. 551.
- DREYFUS (Jean-David), « Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une « loi » de proximité », *AJDA* 2005, p. 1274.
- DRIGUEZ (Laetitia) et RODRIGUES (Stéphane), « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA* 2008, p. 191.
- DUBOIS (Jean-Pierre), « Citoyenneté, citoyennetés », in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, 2003, p. 49.

- DUBOUIS (Louis), Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat, *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 293.
- DUBREUIL (Charles-André), « L'alinéa 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », in Y. Gaudemet (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Ed. Panthéon-Assas, 2008, p. 197.
- DUGUIT (Léon), « La situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP* 1907, p. 419.
- DUMONT (Gilles), « La participation des citoyens au service des élus », in H. Pauliat (dir.), *L'autonomie des collectivités locales en Europe : une source potentielle de conflits ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2004, p. 321.
- DUPRE DE BOULOIS (Xavier), « Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ? », *AJDA* 2008, p. 1036.
- DURAND-PRINBORGNE (Claude), « La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre des débats de société », *AJDA* 2004, p. 704.
- DURAND-PRINBORGNE (Claude), « Autour du projet de charte de la laïcité dans les services publics », *AJDA* 2007, p. 721.
- DURELLE-MARC (Yann-Arzel), « Le "citoyen administratif" : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA* 2008, p. 7.
- DURUPTY (Michel), « Les privatisations en France », *Notes et études documentaires* n° 4857, 1988, p. 47.
- ECKERT (Gabriel), note sous CE, Section, 27 octobre 1999, *Rolin*, *RDP* 2000, p. 269.
- ECKERT (Gabriel), « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 219.
- EDELMAN (Bernard), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in M.-L. Pavia et T. Revet (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 27.
- ESPLUGAS (Pierre), « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? », *RA* 1996, n° 290, p. 162.
- ESPLUGAS (Pierre), « A propos de la décision du Conseil constitutionnel de 23 juillet 1996 - Les télécommunications : un nouveau service public constitutionnel », *RA* 1996, p. 510
- ESPLUGAS (Pierre), « Le service universel », *DA* 2002, p. 6.
- FAVRET (Jean-Marc), « Le renforcement du rôle des autorités nationales dans la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence », *AJDA* 2004, p. 177.
- FAURE (Bertrand), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* 1995, p. 47.
- FAURE (Bertrand), « Remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », *RFDA* 2004, p. 299.
- FAURE (Bertrand), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP* 2008, p. 233.

- FAVOREU (Louis), « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH 1990, p. 33.
- FAVOREU (Louis), « Le Conseil constitutionnel a sacrifié l'autonomie locale », *RFDC* 1994, p. 333.
- FAVOREU (Louis), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 16.
- FAVOREU (Louis), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1739.
- FEKL (Matthias), « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *LPA* 19 avril 2007, n° 79, p. 16.
- FERRARI-BREEUR (Christine), « La loi du 26 juillet 2005 ou le droit communautaire, cause réelle et prétexte à une modification du droit français de la fonction publique », *JCPA* 2004, n° 35, p. 1297.
- FERRY (Luc) et RENAUT (Alain), « Droits-libertés et droits-créances, Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits* 1985, n° 2, p. 76.
- FIALAIRE (Jaques), « Le droit de la consommation protège-t-il efficacement les usagers des SPIC locaux ? », note sous CAA Nantes, 29 décembre 2005, *Vitteau*, *AJDA* 2006, p. 1288.
- FITTE-DUVAL (Annie), « Droit des pensions : l'égalité entre les sexes à marche forcée ? », *AJFP* sept.-oct. 2002, p. 4.
- FITTE-DUVAL (Annie), « Mutations et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* janvier-février 2006, p. 4.
- FLAUSS (Jean-François), « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1996, p. 1015-1016.
- FLAUSS (Jean-François), « Le principe constitutionnel d'unité législative dans le droit des libertés publiques », *LPA* 1997, n° 41, p. 4.
- FLAUSS (Jean-François), « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 201.
- FORTIER (Charles), « Le défi de la continuité du service public de l'Education nationale : assurer les remplacements », *AJDA* 2006, p. 1822.
- FRIER (Pierre-Laurent), « Les transferts de compétence dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture », *AJDA* 2004, p. 1984.
- FRYDMAN (Patrick), « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos du lancer de nains », *RFDA* 1995, p. 1207.
- GADEA (Nathalie), « Les missions de service public dans le cadre de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *RRJ* 2001, p. 813.
- GALLARDO (Jean-Michel), « La garantie indirecte du droit à un traitement différent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA* 2003, p. 219.

- GARBAR (Claude-Albert), « Participation et secteur public », *TDP* 2003, n° 2, p. 295.
- GAST-MEYER (Myriam), « La simplification du droit », *RRJ* 2005-3, p. 1183.
- GAUDEMET (Paul-Marie), « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.* 1947, chron., p. 137.
- GAUDEMET (Yves), Les service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 473
- GAZIER (François), GENTOT (Michel) et GENEVOIS (Bruno), « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », *EDCE* n° 40, p. 151.
- GLAIS (Michel), « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », *EDCE* n° 53, 2002, p. 403.
- GLENARD (Guillaume), « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », *AJDA* 2003, p. 2008.
- GONOD (Pascale), « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.
- GONZALEZ (Gérard), « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002, p. 113.
- GONZALEZ (Gérard), « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cour EDH, *Leyla Sahin c/ Turquie*, 10 novembre 2005, *AJDA* 2006, p. 315.
- GONZALEZ (Gérard), « L'exigence de neutralité des services publics », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 153.
- GOUHIER (Sébastien), « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens », *RFDA* 2002, p. 384.
- GRARD (Loïc), « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 31.
- GRIMALDI (Olivier), « Désobéissance et légalité des ordres dans la fonction publique française », *RGCT* 2003, p. 713.
- GUGLIELMI (Gilles), « Un service public universel ? », in G. Koubi et O. Jouanjan (dir.), *Sujets et objets universels en droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 91.
- GUGLIELMI (Gilles), « Débattre d'un ... et écrire le ... Préambule », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 51.
- GUYOMAR (Mattias) et COLLIN (Pierre), *Chronique générale de jurisprudence administrative*, *AJDA* 2001, p. 1054.
- HAARSCHER (Guy), « De l'usage légitime - et de quelques effets pervers - de la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel, *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 25.



- HAMON (Francis), « La nouvelle procédure de l'article 11 : un "vrai faux référendum d'initiative populaire" », *LPA* 19 décembre 2008, n° 254, p. 16.
- HASTINGS (Michel), « Les constellations imaginaires du service public », in S. Decreton (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 33.
- HENNEBEL (Ludovic), « Les droits intangibles », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 195.
- HENNION-MOREAU (Sylvie), « Services sociaux et concurrence », *RDSS* 2006, n° 5, p. 801.
- HERTZOG (Robert), « Le prix du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 55.
- HERVOUET (François), « Clarifier le régime du service public : la nécessité d'une directive cadre ? », in H. Pauliat (dir.), *Service public, concurrence, régulation : le grand bouleversement en Europe ?*, Colloque EUROPA, PULIM, 2008, p. 131.
- IMBERT (Pierre-Henri), « Droits des pauvres, pauvres droits, Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP* 1989, p. 739.
- JACOBS (Nicolas), « La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels », *RBDI* 1999, p. 19.
- JACQUEMET (Anne), « Monopoles des jeux de hasard et ordre public », *AJDA* 2007, p. 1282.
- JEANNIN (Laure), « Le principe de dignité en droit allemand », in C. Girard et S. Hennette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 169.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire : le fonctionnaire et la foi », *AJFP* mai-juin 2001, p. 31.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Les religions du fonctionnaire et la République », *AJFP* juillet-août 2001, p. 41.
- JEAN-PIERRE (Didier), Introduction du colloque « Religions et fonction publique », Lyon, 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 547.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Les contrats de PACTE dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation », *JCP A* 2005, n° 39, p. 1454.
- JEGOUZO (Yves), « Le droit à la transparence administrative », *EDCE* 1991, n° 43, p. 199.
- JENNY (Frédéric), « Des services publics dans le marché et hors marché : service publics, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », *LPA* 30 novembre 2004, n° 239, p. 6.
- JESTAZ (Philippe), « Définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts », *RTD civ.* 1979, p. 480.
- JOIN-LAMBERT (Marie-Thérèse), « "Exclusion", pour une plus grande rigueur d'analyse », *Droit social* 1995, p. 215.

- JORION (Benoît), « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP* 1999, p. 197.
- JOUANJAN (Olivier), V° Egalité, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige-Lamy-PUF, 2003.
- JOURDAIN (Jean-Pierre), « Le PACTE : un nouveau mode d'accès à la fonction publique pour favoriser l'intégration sociale », *CFP* 2004, n° 237, p. 21.
- KADA (Nicolas), « Service public et religion : du renouveau du principe de neutralité », *AJFP* septembre-octobre 2004, p. 249.
- KARPENSCHIF (Michaël), « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA* 2008, p. 64 et s.
- KDHIR (Moncef), « Le principe de liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.* 1994, Chron., p. 30.
- KELLER (Rémi), « La validité de la circulaire sur les ports des signes religieux dans les établissements scolaires publics », conclusions sur CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, *RFDA* 2004, p. 977.
- KOUBI (Geneviève), « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat ? », *RA* 1992, p. 492 et *RA* 1993, p. 9.
- KOUBI (Geneviève), « Le for intérieur du fonctionnaire – Entre conscience du devoir et connaissance du droit », in *Le for intérieur*, CURAPP, PUF, 1995, p. 235.
- KOUBI (Geneviève), « Le juge administratif et la liberté de religion », *RFDA* 2003, p. 1059.
- KOUBI (Geneviève), « La décomposition de la notion de gratuité en droit administratif français », *JCP A* 2003, n° 24, p. 769.
- KOUBI (Geneviève), « Service(s) public(s) en milieu rural », *Mélanges André-Hubert Mesnard*, L.G.D.J., 2006.
- KOUBI (Geneviève) et GUGLIELMI (Gilles), « Le droit, comme la langue, vit dans la conscience populaire », *AJDA* 2008, p. 1169.
- KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (1<sup>ère</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 215.
- KOVAR (Robert), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée » (2<sup>ème</sup> partie), *RTDUE* 1996, p. 493.
- KOVAR (Robert), « Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence », *Contrats et marchés publics* 2007, p. 7.
- KOVAR (Jean-Philippe), « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *DA* décembre 2007, p. 7.
- LABAYLE (Henri), « Alinéa 4 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 97.
- LABORDE (Jean-Pierre), « Garanties des ressources et dignité de la personne humaine », *Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999.

- LACHAUME (Jean-François) et PAULIAT (Hélène), « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, p. 373.
- LACHAUME (Jean-François), « La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 et le service public », *RFDA* 1995, p. 893.
- LACHAUME (Jean-François), « La compétence suit la notion », *AJDA* 2002, p. 77.
- LACHAUME (Jean-François), « Participation et services publics locaux », *Mélanges Jacques Moreau, Economica*, 2002, p. 233.
- LACHAUME (Jean-François), « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA* 2003, p. 362.
- LAFORE (Robert), « Services publics sociaux et cohésion sociale », in S. Decretton (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 369.
- LAFORE (Robert), « Aide à la fourniture d'énergie », *RDSS* 2002, p. 161
- LAFORE (Robert), « Le droit à un logement décent », *RDSS* 2003, p. 195.
- LAHALLE (Thibault), « Clonages et dignité humaine », *RTDH* 2003, p. 441.
- LAIDIE (Yann), « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *DA* 2001, p. 4.
- LANGLOIS (Olivia), « Une lecture du service public au XIX<sup>ème</sup> siècle par les économistes libéraux », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 59.
- LARRALDE (Jean-Manuel), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA* 2002, n° 231, p. 11.
- LASSERRE-KIESOW (Valérie), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, chron., p. 2279.
- LATOUR (Xavier), « La puissance publique et les contrôles exercés sur les entreprises de sécurité privée », *AJDA* 2009, p. 800.
- LAVEISSIERE (Jean), « L'accès aux documents administratifs », in *Information et transparence administrative*, CURRAP, PUF, 1988, p. 11.
- LEMAIRE (Christophe), « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *RJEP/CJEG* 2004, p. 404.
- LEMAIRE (Fabrice), Commentaire de l'arrêt CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah, AJFP* mars-avril 2004, p. 90.
- LEMOYNE DE FORGES (Jean-Michel), « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 2285
- LENAERTS (Koen), VAN YPERSELE (Patrick) et VAN YPERSELE (Joël), « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Belgique », in *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne – Etude de droit comparé*, Editions Ant. N. Sakkoulas, Bruylant et Nomos Verlagsgesellschaft, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 171.

- LENAERTS (Koen), « Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 428.
- LENICA (Frédéric) et LANDAIS (Claire), « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », *AJDA* 2006, p. 1592.
- LENICA (Frédéric) et BOUCHER (Julien), « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, *AJDA* 2007, p. 1020.
- LE PORS (Anicet) et FORMERY (Simon), « Le décret du 28 novembre 1983 : suites et fin. Du nouveau dans les relations administration-citoyens ? », *AJDA* 2007, p. 626.
- LE POURHIET (Anne-Marie), « Discriminations positives ou injustices ? », *RFDA* 1998, p. 519.
- LETTERON (Roseline), « Accès aux documents et vie privée », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation Française, 2004, p. 195.
- LEVADE (Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs* 2004, n° 111, p. 55.
- LEVY (Catherine), MONY (Patrick) et VOLOVITCH (Pierre), « La CMU : ce qui doit changer », *Droit social* 2000, p. 57
- LIGNIERES (Paul) et LIMOUSIN (Perrine), « Mécanismes de financement des obligations de service public », *DA* février 2002, p. 40.
- LINOTTE (Didier), « Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ? », *AJDA* 2005, p. 1549.
- LOCHAK (Danièle), « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, p. 261.
- LOCHAK (Danièle), « Le sens hiérarchique », in *Psychologie et science administrative*, CURRAP, PUF, 1985, p. 147.
- LOCHAK (Danièle), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social* 1987, p. 778.
- LOCHAK (Danièle), « For intérieur et liberté de conscience », in *Le for intérieur*, PUF-CURAPP, 1995, p. 180.
- LOMBARD (Martine), « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *D.* 1994, Chron., p. 163.
- LOMBARD (Martine), « L'avenir du service public au service du public », in J.-M. Chevalier, I. Ekeland et M.-A. Frison-Roche *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, PUF, 1999, p. 247.
- LOMBARD (Martine), « Service public et service universel, ou la double inconstance », *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 507.

- LOMBARD (Martine), « La liberté du commerce et de l'industrie : archaïsme ou renouveau ? », in G. Drago et M. Lombard (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 59.
- LOMBARD (Martine), « Institutions de régulation économique et démocratie », *AJDA* 2005, p. 530.
- LOMBARD (Martine), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 79.
- LOMBARD (Martine), « L'impact du droit communautaire sur le service public », in J-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, p. 969.
- LONG (Marceau), « Principe d'égalité et tarification des services publics locaux », *LPA* 1995, n° 58, p. 8.
- LONG (Marceau), « Service public, services publics : déclin ou renouveau », *RFDA* 1995, p. 497.
- LONG (Marceau), « Service public et réalités économiques du XIXème siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001, p. 1168
- LONG (Martine), « La libéralisation du gaz : commentaire de la loi du 3 janvier 2003 », *DA* 2003, p. 6.
- LONG (Martine), « Discriminations positives et accès à Sciences-Po Paris », *AJDA* 2004, p. 688.
- LUCHAIRE (François), « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, p. 1229.
- LUCHAIRE (François), « La sûreté, droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989, p. 609.
- LYON-CAEN (Antoine), « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in A. Lyon-Caen et V. Champeil-Desplats (dir.), *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 87.
- MADIOT (Yves), « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », *Mélanges Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 353.
- MADIOT (Yves), « Service public et aménagement du territoire », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 83.
- MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de 'service public' », *AJDA* 2008, p. 833.
- MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean), « Convention européenne des droits de l'homme et droit du travail », *LPA* 2008, n° 123, p. 4.
- MARIE (Jean-Bernard), « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », *Mélanges Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003.
- MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'Etat en droit public interne », *RDP* 1999, p. 1067.
- MARKUS (Jean-Paul), « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité aux devoirs d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

- MATHIEU (Bertrand) et DION-LOYE (Sophie), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC* 1991, p. 509.
- MATHIEU (Bertrand), « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, Chron., p. 211.
- MATHIEU (Bertrand), « La dignité de la personne humaine, quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron., p. 282.
- MATHIEU (Bertrand), « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, Chron., n° 20, p. 151.
- MATHIEU (Bertrand), « Le droit au logement, révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », in D. Gros et S. Dion-Loye, *La pauvreté saisie par le droit*, Le Seuil, Collection Le genre humain, 2002, p. 215.
- MATUTANO (Edwin), « La légistique à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *RRJ* 2006/4 (1), p. 1791.
- MAZEAUD (Denis), « L'accès libre au droit grâce à Internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d'influences », *LPA* 2005, n° 194, p. 23.
- MAZEAUD (Pierre), « Qu'est le citoyen devenu ? », *JCP A*, n° 3, 15 janvier 2007, p. 46.
- MBONGO (Pascal), « Actualité et renouveau de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées », *RDP* 1998, p. 715.
- MEKANTHAR (Joël), « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », *AJDA* 2004, p. 1681.
- MELLERAY (Fabrice), « Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste – Proposition de distinction », *RDP* 2001, p. 1890.
- MELLERAY (Fabrice), « L'arrêt Burbaud implique-t-il une discrimination à rebours ? », *AJDA* 2003, p. 1911.
- MELLERAY (Fabrice), « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA* 2003, p. 1961.
- MELLERAY (Fabrice), « Port du foulard islamique par une fonctionnaire et principe de laïcité », note sous CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme Nadjet Ben Abdallah*, *AJDA* 2004, p. 153.
- MELLERAY (Fabrice), « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, p. 185.
- MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA* 2007, p. 1755.
- MESTRE (Achille), « La démocratie administrative », *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561.
- MESTRE (Jean-Louis), « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.* 1984, Chron., p. 1.

- MESTRE (Jean-Louis), « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE* n° 40, 1988, p. 187.
- MESTRE (Jean-Louis), « L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime », in G. J. Guglielmi, *Histoire et Service public*, PUF, 2004, p. 21.
- MICHELET (Karine), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2002, p. 949.
- MICLO (François), « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA* 1982, p. 115.
- MIET (Jacques), « Le droit local des cultes en Alsace-Moselle », *CFP* avril 2004, p. 14.
- MINOT (Jacques), « Droits de l'homme et neutralité de l'Etat – A propos de l'affaire du foulard », *RA* 1990, p. 32.
- MIRANDA (Jorge), *AJJC* 1992, p. 697.
- MITARD (Eric), « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478.
- MODERNE (Franck), « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 », in *Transparence et secret*, Colloque pour le XXVème anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, IFSA-CADA, La Documentation française, 2004, p. 19.
- MOLINA (Pierre-Antoine), « Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *RJEP* 2007, n° 639, p. 41.
- MOLFESSIS (Nicolas), « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTD civ.* 2000, p. 662. M
- MOLFESSIS (Nicolas) « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *EDCE* n° 57, 2006, p. 391.
- MOLINER-DUBOST (Marianne), « La liberté d'entreprendre – Brèves réflexions sur une "nébuleuse" juridique », *CJEG* 2004, n° 605, p. 7.
- MONIOLLE (Carole), « Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE) », *AJDA* 2006, p. 648.
- MOQUET-ANGER (Marie-Laure), « La représentation des usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique », *JCP A* 2006, n° 15, p. 518.
- MORAND-DEVILLER (Jacqueline), « La notion de seuil en droit administratif », *Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 308.
- MORANGE (Jean), « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *RFDA* 2005, p. 153.
- MORIN (Marie-Laure), « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit social* 1997, p. 25.
- MOUTOUH (Hugues), « La dignité de l'homme en droit », *RDP* 1999, p. 178.
- MOUTOUH (Hugues), « Le bon grain et l'ivraie – Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.*, chron., 1999, p. 426.

- MOUTOUH (Hugues), « La loi et l'ordre », *AJDA* 2000, p. 163.
- MULLER-QUOY (Isabelle), « Le "PACTE" : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique », *AJFP* mai-juin 2007, p. 129.
- NATALE (Virginie), Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC* juillet 2005, p. 562.
- NEIRINCK (Claire), « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *Mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 45.
- NICINSKI (Sophie), « Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel », note sous CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, *AJDA* 2005, p. 2133.
- NICINSKI (Sophie), « Les associations et le droit administratif : plaider pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* 2006, p. 7.
- NICINSKI (Sophie), « La légalité de l'octroi d'un droit exclusif à l'Institut géographique national », *AJDA* 2007, p. 745.
- NICINSKI (Sophie), « Les services sociaux devant le Conseil d'Etat : la construction d'une exception française », *AJDA* 2008, p. 185.
- NICOUD (Florence), « La participation des personnes privées à la sécurité publique : actualité et perspectives », *RDP* 2006, p. 1247.
- NIORT (Jean-François), « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ* 1994/3, p. 773.
- NIZARD (Lucien), « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *Mélanges Einsenmann*, CUJAS, 1975, p. 90.
- OBERDORFF (Henri), « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *EDCE* 1991, n° 43, p. 217.
- OLSZAK (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 ? », *JCPA* 2005, n° 29, p. 1156.
- ONDOUA (Alain), « Le service public à l'épreuve de la laïcité : à propos de la neutralité religieuse dans les services publics », *DA* décembre 2008, p. 12.
- OMARJEE (Ismaël), « Des droits sociaux mieux reconnus mais une protection incertaine », *Revue de droit du travail* 2008, n° 2, p. 77.
- ORAISON (André), « Réflexions sur le droit de pétition reconnu aux électeurs des diverses collectivités territoriales par la loi du 28 mars 2003 », *LPA* 2004, n° 160, p. 3.
- OST (François), « Le temps, quatrième dimension des droits de l'homme », in M. Borghi et P. Meyer-Bisch (dir.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, 2000, p. 109.
- PAISANT (G.), « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du rapport direct », *JCPG* 2003, n° 13, p. 549.



- PALLEZ (Christophe), « Les recommandations de la CNIL sur l’anonymisation des bases publiques de jurisprudences, *LPA* 2005, n° 194, p. 31.
- PAULIAT (Hélène), « L’objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *D.* 1995, p. 283.
- PAULIAT (Hélène), « La motivation des actes administratifs », in *Travaux de l’association Henri Capitant*, Tome III/Limoges, L.G.D.J., 1998, p. 49
- PAULIAT (Hélène), « Les effets territoriaux des politiques communautaires : vers un “droit territorial” ? », in H. Pauliat (dir.), *La cohésion territoriale et les services publics en Europe – Interprétation et portée de l’article 7-D du Traité d’Amsterdam*, PULIM, 1999, p. 123.
- PAULIAT (Hélène), Rapport français, in *Travaux de l’Association Henri Capitant, La discrimination*, Journées franco-belges, Tome LI/2001, Société de législation comparée, 2004, p. 842.
- PAULIAT (Hélène), « L’accès aux services d’intérêt général et la cohésion territoriale et sociale », in J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L’accès aux services d’intérêt économique général*, Editions ASPE Europe, Coll. I.S.U.P.E, 2003, p. 93.
- PAULIAT (Hélène), « Usager, client, consommateur du SPIC local », in J-B. Auby et S. Braconnier (dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, L.G.D.J, 2003, p. 81.
- PELJAK (Dominique), « Pourquoi faut-il requalifier les hôpitaux publics en établissements publics industriels et commerciaux ? », *AJDA* 2006, p. 1705.
- PELLOUX (Robert), « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP* 1947, p. 374.
- PELLOUX (Robert), « Les nouveaux discours sur l’inégalité et le droit français », *RDP* 1982, p. 909.
- PERDU (Sylvande), « Le juge administratif et la protection des consommateurs », *AJDA* 2004, p. 481.
- PERRAY (Romain), « La CNIL : seul rempart contre la vidéosurveillance ? », *Gaz. pal.* 2008, n° 149, p. 4.
- PERRIN (Bernard), « L’obligation d’emploi des personnes handicapées : encore un effort », *CFP* octobre 2007, p. 31
- PETTITI (Christophe), *Droit social* 1991, p. 87.
- PFERSMANN (Otto), « Esquisse d’une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (Louis) et alii, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 75.
- PICARD (Etienne), « Article 12 », in G. Conac, M. Debène et G. Teboul, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, Histoire, analyses et commentaires*, Economica, 1993, p. 249.
- PICARD (Etienne), « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, p. 6.

- PICARD (Etienne), « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis-Bruylant, 2001, p. 17.
- PISIER (Evelyne), « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs* 1986, p. 142.
- POCHARD (Marcel), « La négociation interministérielle, une nouvelle voie pour le dialogue social ? », *RFAP* 1996, n° 80, p. 653.
- POCHARD (Marcel), « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 3.
- POIRMEUR (Yves), « Le double jeu de la notion d'égalité des chances », in G. Koubi et G. J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances - Analyses, évolutions et perspectives*, La Découverte, 2000, p. 91.
- POISSON (Jean-Marc), « La fin des avantages exclusifs accordés aux femmes dans la fonction publique », *RDP* 2003, p. 239.
- PONTIER (Jean-Marie), « Les communes et la santé publique », *RA* 1996, n° 294, p. 675.
- PONTIER (Jean-Marie), « Libres interrogations sur l'organisation et la libre administration des collectivités territoriales locales », *RA* 1994, p. 61.
- PONTIER (Jean-Marie), « Le service public culturel existe-t-il ? », *AJDA* 2000, n° spécial, p. 8.
- PONTIER (Jean-Marie), « Les étrangetés du service public », *AJDA* 2008, p. 35.
- PONTTHOREAU (Marie-Claire), « Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux », *RFDA* 2003, p. 928.
- POULET (Nadine), « Le concept de qualité », in Hélène Pauliat (dir.), *La qualité : une exigence pour l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2003, p. 24.
- POULY (Christophe), « Le référé administratif à l'épreuve du droit des étrangers », *Gaz. Pal.* 30 juillet 2005, p. 2470.
- PRELOT (Pierre-Henri), conclusion générale du colloque « Religions et fonction publique » tenu à Lyon le 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 576.
- PRELOT (Pierre-Henri), « Définir juridiquement la laïcité », in G. Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Nemesis, 2006, p. 115.
- PRETOT (Xavier), « Les prestations sociales peuvent-elles être assorties d'une condition de résidence ? », *Droit social*, avril 1987, p. 345.
- PRETOT (Xavier), « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, mars 1991, p. 196.
- PRETOT (Xavier), « La conformité à la Constitution de la loi relative à la santé publique et aux assurances sociales : régime des centres de santé et de la tarification des établissements de soins privés », *RDSS* 1991, p. 246.

- PRETOT (Xavier), « Alinéa 1 », in G. Conac, X. Prétot et G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 41.
- PRETOT (Xavier), « La garantie des droits sociaux est-elle compatible avec la décentralisation ? », *Droit social* 2003, p. 186.
- PRIEUR (Michel), « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 130.
- PRIEUR (Michel), « Les nouveaux droits », *AJDA* 2005, p. 1160.
- PUYBASSET (Michèle), « Le droit à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1307.
- QUILICHINI (Paule), « La modernisation du service public de l'électricité », *LPA* 31 octobre 2000, n° 217, p. 10.
- QUINTY (Danièle), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : la problématique des droits sociaux », *TDP* 2002, n° spécial, p. 55.
- QUIOT (Gérard), « Service public national et liberté d'entreprendre », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 187.
- QUIOT (Gérard), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 813.
- QUIOT (Gérard), « La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel », *LPA* 2007, n° 48, p. 4.
- QUIRINY (Bernard), « Actualité du principe général d'impartialité administrative », *RDP* 2006, p. 375.
- QUIRINY (Bernard), « Les droits de l'utilisateur face au droit du marché », *RFDA* 2008, p. 20.
- RANGEON (François), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. Koubi (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 169.
- RAPP (Lucien), « Les conséquences de la grève dans les services publics : réflexions sur l'utilisateur », *RFDA* 1988, p. 832.
- RAPP (Lucien), « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA* 2004, p. 579.
- RABILLER (Stéphane), « L'introduction d'un service minimum dans les services publics de transport », in F. Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 191.
- RAY (Jean-Emmanuel), « La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », *Droit social* 2004, p. 747.
- REGOURD (Serge), « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987, p. 5.

- RICHER (Laurent), « La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », *AJDA* 2000, p. 239.
- RICHER (Laurent), « Droit d'accès et service public », *AJDA* 2006, p. 73.
- RIHAL (Hervé), « Les transferts de compétence, solidarité et santé », *AJDA* 2004, p. 1978.
- RIHAL (Hervé), « L'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique après la loi du 11 février 2005 », *RDSS* 2005, p. 394.
- RAIMBAULT (Philippe), « L'accès aux documents administratifs consacré comme nouvelle garantie fondamentale », note sous CE, Sect., 29 avril 2002, *Ullmann*, *AJDA* 2003, p. 139
- RAIMBAULT (Philippe), « Petite histoire d'une appropriation du droit par les citoyens : la subjectivation des "lois du service public" », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Tome 2, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 523.
- RAIMBAULT (Philippe), « Un droit d'accueil pour la rentrée », *AJDA* 2008, p. 1949.
- RAIMBAULT (Philippe), « La question du voile devant la CEDH », note sous CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c/ France*, *DA* janvier 2009, comm. n° 8.
- RITLENG (Dominique), « Financement du service public et aide d'Etat », *AJDA* 2004, p. 1011.
- RIVERO (Jean) et VEDEL (Georges), « Les principes économiques et sociaux dans la Constitution de 1946 : le Préambule », *Collection droit social*, Vol. XXXI, 1947, p. 13 et *Pages de doctrine*, L.G.D.J., 1980, p. 135.
- RIVERO (Jean), « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, chron., p. 147.
- RIVERO (Jean), « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, p. 137.
- RIVERO (Jean), « A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821.
- RIVERO (Jean), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées du Luxembourg, Dalloz, 1965, p. 343.
- RIVERO (Jean), « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges René Cassin*, Volume III, Editions A. Pedone, 1971, p. 311.
- RIVERO (Jean), « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 580.
- RIVERO (Jean), « Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse », note sous avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, *RFDA* 1990, p. 1.
- ROBINEAU-ISRAEL (Aurélie) et LASSERRE (Bruno), « Administration électronique et accès à l'information administrative », *AJDA* 2003, p. 1324.
- ROBERT (Jacques), « Libertés publiques et défense », *RDP* 1977, p. 935.
- ROBERT (Jacques), « La liberté », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 161.

- ROBERT (Jacques), « Cacophonie », *RDP* 2004, p. 311.
- ROCHE (Jean), « Regards sur le droit de grève dans les services publics trente ans après », *Mélanges Charlier*, Editions de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 874.
- RODIERE (Pierre), « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *JCP G* 2005, p. 887.
- RODRIGUES (Stéphane), « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006, p. 87.
- RODRIGUES (Stéphane), « Les services publics dans le droit communautaire », *Cahiers français* n° 339, 2007, p. 13.
- RODRIGUES (Stéphane), « La nouvelle approche communautaire : vers une loi cadre », in L. Gard (dir.), *L'Europe et les services publics. Le retour de la loi*, PUB, 2007, p. 51.
- ROJANSKI (Vladimir), « L'Union européenne et les services d'intérêt général », *RDUE* 2002, p. 735.
- ROLIN (Frédéric), « Assistance gratuite à l'établissement de contrats de partenariat encadrée par l'Etat et libre concurrence », note sous, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Revue Contrat-Concurrence-Consommation*, octobre 2006, p. 16.
- ROLIN (Frédéric), « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », note sous CE, 8 octobre 2004, *Union pour la cohésion nationale, AJDA* 2005, p. 43.
- ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *RDP* 1910, p. 750.
- ROMAN (Diane), « Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », in C. Girard et S. Henneke-Vauchez (dir.), *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 70.
- ROMAN (Diane), « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », in P. du Cheyron et D. Gélot (dir.), *Droit et pauvreté*, Séminaire ONPES-DREES-MIRE, 2007, p. 39.
- ROMAN (Diane), « "A corps défendant"- La protection de l'individu contre lui-même », *D.* 2007, n° 19, p. 1284. .
- ROMAN (Diane), « Constitution et solidarité », *LPA* 22 janvier 2009, n° 16, p. 70.
- ROSSINYOL (Garsenda), « Les accords de Nouméa du 5 mai 1998 : un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie », *RDP* 2000, p. 445.
- ROUAULT (Marie-Christine), « La notion de service public en question », note sous CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence, Revue Lamy des collectivités territoriales* 2007, p. 29.
- ROUSSEAU (Dominique), Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1995-1996, *RDP* 1997, p. 63.
- ROUSSEAU (Dominique), « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *RA* 1997, p. 160.

- ROUSSEAU (Dominique), « La notion de patrimoine constitutionnel européen », *Mélanges Philippe Ardant*, L.G.D.J, 1999, p. 27.
- RUANO DE LA FUENTE (José-Manuel), « La participation citoyenne comme source de légitimité de la gouvernance », *RA* 2006, p. 487.
- SADRAN (Pierre), « Le miroir sans tain : réflexions sur le communication entre l'administration et les administrés », *Mélanges Ellul*, PUF, 1983, p. 797.
- SAINT-JAMES (Virginie), « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1997, p. 457.
- SAINT-JAMES (Virginie), « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D. Chron.*, 1997, p. 61.
- SAINT-JAMES (Virginie), « La liberté religieuse du fonctionnaire », actes du colloque « Religions et fonction publique » tenu à Lyon le 15 octobre 2004, *JCPA* 2005, n° 12, p. 561.
- SAINT-JAMES (Virginie), « Faut-il désespérer du droit au logement ? », *JCP A* 2008, n° 1-2, p. 31.
- SAVATIER (Jean), « Portée de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle », *Droit social* 2003, p. 625.
- SAVY (Robert), « La Constitution des juges », *D.* 1983, *Chron.*, p. 105.
- SAURET (Alain), « 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 », *LPA* 2007, n° 193, p. 5.
- SAUVE (Jean-Marc), « Etat de droit et efficacité », *AJDA* 1999, p. 119.
- SCHLEMMER (Bernard), « Droit au travail et droit à l'éducation ; compatibilité et hiérarchie de ces droits appliqués aux enfants », in G. Henaff et P. Merle (dir.), *Le droit et l'école. De la règles aux pratiques*, PUR, 2003, p. 187.
- SCHOETTL (Jean-Eric), « Note sous décision CC n°99-416 DC, 23 juillet 1999 : Loi portant création d'une couverture maladie universelle », *AJDA* 1999, p. 700.
- SCWHARTZ (Rémy), « Laïcité et enseignement public », *CFP* février 1999, p. 16.
- SCHWARTZ (Rémy), « L'expression des opinions religieuses des agents publics en service », conclusions sur CE, avis, 3 mai 2000, *Delle Marteaux*, *RFDA* 2001, p. 146.
- SCHWARTZ (Rémy), « L'expérience française : privatisation et liberté générale des cultes », in Hélène Pauliat (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Colloque de l'association EUROPA, PULIM, 2006, p. 17.
- SCHWARTZ (Rémy), « Les spécificités du syndicalisme dans la fonction publique », *CFP* avril 2008, p. 1.
- SEILLER (Bertrand), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, p. 417.

- SEILLER (Bertrand), « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 979.
- SEILLER (Bertrand), « Les limites de la simplification », *LPA* 2007, n° 104, p. 28.
- SEILLER (Bertrand), « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? », *AJDA* 2008, p. 402.
- SESTIER (Jean-François), « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 401.
- SEVAISTRE (Vianney), « Les “ agents publics ” des cultes », *CFP* avril 2004, p. 10.
- SINNASSAMY (Christophe), « L'effectivité de la transparence administrative : quelle réussite juridique ? », *RRJ* 2007/4, p. 1375.
- SIWEK-PUYDESSEAU (Jeanne), « Les syndicats de fonctionnaires comme contre-pouvoir ? », *CFP* décembre 2006, p. 5.
- SIWEK-PUYDESSEAU (Jeanne), « Les élections professionnelles », *CFP* avril 2008, p. 5.
- SLAMA (Alain-Gérard), « Contre la discrimination positive », *Pouvoirs* 2004, n° 111, p. 133.
- SOUSSE (Marcel), « Le principe de non discrimination - Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA* 1999, p. 985.
- STAHL (Jacques-Henri), « Différences de revenus et différences de tarification des services publics locaux », conclusions sous CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre*, *RFDA* 1998, p. 542.
- STIRN (Bernard), « Citoyenneté, puissance publique, administré », in P. Gonod et J-P. Dubois (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Dalloz, 2003, p. 77.
- SUDRE (Frédéric), « La première décision “ quart-monde ” de la Commission européenne des droits de l'homme : Une bavure dans une jurisprudence dynamique », *RUDH* 1990, p. 349.
- SUDRE (Frédéric), « Les “ obligations positives ” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, p. 363.
- SUDRE (Frédéric), « La portée du droit à la non discrimination : de l'avis d'assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », *RFDA* 1997, p. 966.
- SUDRE (Frédéric), « La Déclaration universelle des droits de l'homme », *JCP G* 1998, n° 52, p. 2249.
- SUDRE (Frédéric), « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de “ jurisprudence fiction ” ? », *RTDH* 2003, p. 755.
- TARLET (Claude) et MOREAU (Pierre), « Contribution à l'étude de la loi relative à la prévention de la délinquance : la professionnalisation et la moralisation des entreprises de sécurité privée », *JCP A* 2007, n° 22, p. 42.

- TAWIL (Emmanuel), « Le financement public des cultes : quand des tribunaux administratifs prennent des initiatives hasardeuses », *JCP A* 2007, n° 21, p. 26.
- TEITGEN-COLLY (Catherine), « Le défenseur des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », *LPA* 19 décembre 2008, n° 254, p. 125.
- TERNEYRE (Philippe), « Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC* 1990, p. 317.
- TERNEYRE (Philippe), « Le déclenchement de la grève dans les services publics », *RFDA* 1988, p. 815.
- TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », *Rép. Trav. Dalloz*, p. 13.
- TERNEYRE (Philippe) et SIMON (Damien), « Administrations(s), usagers, clients », *CFP* février 2008, p. 5.
- THERON (Jean-Pierre), « A propos de la liberté d'entreprendre », *Etudes Péquignot*, Tome II, CERAM, 1984, p. 675.
- THEVENOT (Laurent), « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? », in A. Lyon-Caen et V. Champeil-Desplats (dir.), *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 127.
- THIEFFRY (Patrick), « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1331.
- TIMSIT (Gérard), « Les grands principes de la Déclaration des droits et l'Administration française », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 203.
- THOMAS (Isabelle), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004, p. 330.
- TOURETTE (Florence), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », *Gaz. Pal.* n° 315, 11 novembre 1999, p. 1754.
- TOUZEIL-DIVINA (Mathieu), « L'histoire d'un service public : le service extérieur des pompes funèbres, du liturgique à l'économique », in G. Guglielmi (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 397.
- TREBUCQ (Pascale), « Les élections professionnelles dans la fonction publique », *CFP* avril 2008, p. 8.
- TROPER (Michel), « Service public et justification en droit », in A. Lyon-Caen et V. Champeil-Desplats (dir.), *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 144.
- TRUCHET (Didier), « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.
- TRUCHET (Didier), « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 38.
- TRUCHET (Didier), « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », in *Administration : droits et attentes des citoyens*, La Documentation française, 1998, p. 23.



- TRUCHET (Didier), « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis–Bruylant, 2001, p. 309.
- TRUCHET (Didier), « Etablissement public de santé et système de santé », *AJDA* 2006, p. 401.
- TRUCHET (Didier), « La dualité égalité et équité dans le service public », in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité - Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 89.
- TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *AJDA* 2008, p. 553.
- TUCHSCHERER (Emmanuel), « La rénovation du dialogue social et les évolutions du paritarisme », *CFP* avril 2009, p. 21.
- VALLAR (Christian), « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *D.* 2009, n° 5, p. 345.
- VAN LANG (Agathe), « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », *RDP* 2004, p. 1015.
- VAN TUONG (Nguyen), « La privatisation de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes », *LPA* 1995, p. 15.
- VASAK (Karel), « Pour une troisième génération de droits de l'homme », *Mélanges Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 837.
- VASAK (Karel), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 11.
- VATINET (Raymonde), « Les enjeux du service minimum dans les transports publics », *JCP G* 2007, n° 25, p. 3.
- VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports de voyageurs », *JCP G* 2007, n° 40, p. 15.
- VATINET (Raymonde), « « Un nouveau droit des conflits de travail ? », *Droit social* 2008, p. 671.
- VEDEL (Georges), « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 35.
- VEDEL (Georges), « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française, 1990, p. 171.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.* 1963, chron. , p. 269.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Droit social* 1991, p. 5.
- VERICEL (Marc), « La loi du 13 février 2008 et la nouvelle réforme de l'organisation du service de l'emploi », *Droit social* 2008, p. 406.

- VERPEAUX (Michel), « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA* 2003, p. 540.
- VERPEAUX (Michel), « Accueil minimum des élèves : le partage des rôles entre l'Etat et les communes », *AJDA* 2008, p. 2410.
- VIALA (Alexandre), V° Droits fondamentaux, in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006
- VIALLET (Martine), « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *RFAP* 2001, n° 99, p. 449 et s.
- VIOLA (André), « “La loi doit être la même pour tous” : vers la fin d'un principe républicain ? », in J. Krynen et M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Tome 2, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, p. 614.
- VOISSET (Michèle), « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA* 1999, p. 743.
- VOLOVITCH (Pierre), « Faut-il cibler la protection sociale sur “ceux qui en ont réellement besoin” ? », *Droit social* 1995, p. 739.
- WACHSMANN (Patrick), « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », *Mélanges Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 1039.
- WACHSMANN (Patrick), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, p. 58.
- WALINE (Marcel), « La grève des agents des services publics », *RDP* 1950, p. 691.
- WARIN (Philippe), « Les services publics : modernisation, découverte de l'utilisateur et conversion libérale », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur de la réforme*, La Découverte, 1997, p. 81
- WARIN (Philippe), « Usagers et réformes du service public », in P. Warin (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur de la réforme*, La Découverte, 1997, p. 9.
- WARIN (Philippe), « Les droits-créances aux usagers : rhapsodie de la réforme administrative », *Droit et société*, 2002, p. 437.
- WOEHLING (Jean-Marie), « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *RDP* 2006, p. 1633.
- WOEHLING (Jean-Marie), « Le rapport Machelon : une utile contribution à la démythification du droit français des cultes », *JCP A*, n° 48, 2006, p. 1545.
- YILDIRIM (Gulsen), « Réflexions sur l'islam, la laïcité et le service public de l'enseignement », in Hélène Pauliat (dir.), *Services publics et religions : les nouvelles frontières de l'action publique en Europe*, Colloque EUROPA, PULIM, 2006, p. 171.
- ZARCA (Alexis), « L'application du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents, face cachée de la jurisprudence », *AJFP* mars-avril 2005, p. 60.

- ZARKA (Jean-Claude), « La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires : du traité de Rome au traité établissant une Constitution européenne », *D.* 2005, n° 17, p. 1122.
- ZEGGAR (Hayet), « L'accès aux droits des populations en difficulté », *Droit social* 2001, p. 535.
- ZITOUNI (Françoise), « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », *LPA* 12 janvier 1996, p. 14.



## INDEX

*Les chiffres renvoient aux numéros des pages*

### - A -

Abus de position dominante, 272, 276, 322.  
Accès au service public, 138, 358.  
Accords de Bercy, 633, 654, 665.  
Adaptation (principe d'), 431 et s., 445 et s., 451 et s.  
Administration électronique, 453, 500, 512.  
Agent public (définition), 601.  
Aide judiciaire, 374  
Aide sociale, 90 et s  
Alinéa 9 du Préambule de 1946, 98 et s, 268 et s.  
Association au service public, 306.  
Association d'usagers, 507.  
Armée, 58, 81  
- liberté de culte, 545  
- liberté syndicale, 638 et s.  
- obéissance, 553.  
Aménagement du territoire, 172, 409.  
Arbitrage, 259.  
ARON, 211 et s, 236.  
Assistanat, 236.  
Assurances sociales, 90 et s.  
Aumôneries de service public, 191, 544, 565.  
Autorisation d'absence  
- agent, 555.  
- usager, 568.  
Autorité administrative indépendante, 192 et s.  
Autorité de la concurrence, 272.

### - B -

Banalisation du service public, 206, 324, 468.  
Bioéthique, 112.  
Bon fonctionnement du service, 582.

### - C -

CADA, 194, 480, 500, 511 et s.  
Charte de l'environnement, 38, 163.  
Charte des droits fondamentaux de l'UE, 138 et s., 172, 218, 280, 340, 393  
Charte de la laïcité dans les services publics 429.  
Charte du patient hospitalisé 588.  
Charte Marianne 485.  
Charte du Conseil national de la Résistance 45.  
Charte sociale européenne 37, 133, 218, 223, 226.  
Chômage 27, 89, 97, 366, 619  
Citoyenneté 142, 169, 472.

Client du service public, 463 et s, 518, 584.  
CNIL, 193, 480, 498, 512.  
Cohésion sociale, 28, 94, 157, 169, 413 et s.  
Cohésion territoriale, 172.  
Comité des droits de l'homme, 222, 345.  
Comité européen des droits sociaux, 223.  
Comités techniques paritaires, 624, 650.  
Compensations de service public, 317.  
Commissions administratives paritaires, 628.  
Commission nationale de déontologie et de la sécurité, 195  
Commission nationale des interceptions de sécurité, 194.  
Conseil de la Concurrence, 272.  
Conseil supérieur de l'audiovisuel 194.  
Conseils supérieurs des fonctions publiques, 627.  
Constitution européenne, 148.  
Consultation, 506.  
Concertation, 505.  
Continuité (principe de) 431 et s., 441, 456, 547 et s., 582, 641.  
Continuité de l'Etat 447.  
Continuité spatiale, 432, 453, 502.  
Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 195.  
Couverture maladie universelle, 88, 420.

### - D -

Décentralisation, 87, 90, 94 et s., 485.  
Défenseur des droits, 195, 509.  
Démocratie, 42.  
Démocratie administrative, 42 et s.  
Devoir d'obéissance 547 et s.  
Différenciations tarifaires, 156 et s., 399 et s.  
Dignité, 109 et s.  
Directives communautaires, 154, 276.  
Directive cadre 330.  
Discrimination positive 365, 396, 414.  
Droit  
- à la formation professionnelle, 52, 97.  
- à la protection de la santé 41, 53, 85 et s, 145, 199, 230, 570, 583.  
- à la sécurité matérielle, 60, 88 et s., 626.  
- à la sûreté, 39, 76 et s., 186.  
- à l'eau, 135 et s, 160 et s.  
- à l'électricité, 135 et s., 141, 150, 156 et s.  
- à l'instruction, 50, 93 et s., 217, 409, 506, 582.  
- à une vie familiale normale, 74, 111.  
- à un salaire minimum, 133.

- au juge, 78.
- au logement, 145.
- au repos, 51.
- au secret, 486 et s.
- aux loisirs, 54, 96.
- aux transports, 141, 161, 207, 456.
- aux télécommunications, 151, 154 et s., 206.
- d'asile, 40, 74, 188.
- de grève (*V. grève*)
- de propriété, 98, 119, 245, 268, 282.
- Droit objectif 19
- Droits-créances (définition), 15, 35.
- Droits de troisième génération, 162.
- Droits de quatrième génération, 164.
- Droit de la consommation, 464 et s.
- Droit subjectif, 143.
- Droits exclusifs, 275 et s., 322 et s.
- Droits fondamentaux, 17.
- Droits spéciaux, 314.
- DUGUIT, 19, 24, 42, 47, 137, 549, 608.

### - E-

- EDF-GDF, 56, 103, 278, 320.
- Effet-cliquet, 71.
- Effet de seuil, 419.
- « Effet Mathieu », 376.
- Egalité (définition), 343 et s.
- Egalité des chances, 370.
- Egalité hommes-femmes, 383, 388, 391 et s.
- Emissions religieuses, 191.
- Entreprise (définition communautaire), 262.
- Equité (définition), 364.
- Etrangers, 495.
- Exclusion (définition) 27, 117.
- Externalisation, 84, 261.

### - F-

- Facilités essentielles, 278.
- France Télécom, 103.

### - G-

- Génération de droits et libertés, 163, 198.
- Guichet unique (*V. maisons de services publics*)
- Gratuité (principe de), 158, 358 et s., 374.
- Grève dans les services publics 199, 441, 456 et s., 641 et s.

### - H-

- HALDE, 194, 175.
- HAYEK, 14, 212.
- HAURIOU, 360, 447, 549, 606.

### - I -

- Impartialité, 355.
- Indivisibilité des droits et libertés, 215 et s.
- Individualisation de la prestation, 175, 406 et s., 412 et s., 467 et s., 562, 584.
- Information (*V. Transparence*)
- Insalubrité, 134.
- Instrumentalisation des droits-créances, 240 et s.
- Intérêt général, 29 et s., 402, 519.
- Intérêts individuels, 29, 519.
- Intelligibilité, 484, 510.

### - J-

- Juridictionnalisation des AAI, 259.

### - L -

- Laïcité, 353, 381, 525, 532 et s., 574 et s., 588 et s.
- Libéralisme, 207.
- Liberté
  - d'aller et venir, 207, 408, 461.
  - d'entreprendre, 246, 271 et s.
  - d'établissement, 247.
  - de communication audiovisuelle, 194.
  - de conscience, 189, 354, 525 et s.
  - de culte, 89, 556, 568.
  - de la presse, 184.
  - de l'enseignement, 66, 95, 187.
  - d'expression, 531, 569 et s.
  - d'opinion, 525.
  - du commerce et de l'industrie, 245 et s., 290 et s.
  - syndicale, 602 et s. 615, 636, 655 et s.
- Libre et égale concurrence, 246, 311 et s.
- Liberté fondamentale (au sens de l'article 521-1 du CJA), 73
- Libertés formelles (critique marxiste), 44, 205, 347.

### - M -

- Maison de services publics, 454, 502.
- Monopole (définition), 249.
- Monopole de fait, 101.
- Monopole naturel, 268.
- Motivation des décisions administratives, 483, 511.
- Mutabilité (*V. adaptation*)

### - N-

- Nationalisations, 99, 268, 273.
- Neutralité
  - lien avec l'égalité, 352 et s.
  - notion autonome, 353, 530 et s.

- positive, 189, 556, 565.  
Non discrimination (principe de), 367 et s.

### - O -

Objectif à valeur constitutionnelle, 145.  
Objection de conscience, 542.  
Obligation d'assiduité (v. *autorisations d'absence*)  
Obligation de réserve, 381, 534, 452.  
Obligations de service public, 317, 326, 452.  
Ordre public, 79, 201, 581.

### - P -

PACTE, 397, 425.  
Paquet SIEG, 317.  
Participation (principe de)  
- des agents, 622 et s.  
- des usagers, 492, 504, 514.  
Pauvreté, 27, 124, 169, 206, 210, 366, 411.  
Pérennité du service public, 432.  
Personnes handicapées, 396, 411.  
Point Poste, 454.  
Police municipale, 82.  
Préambule de la Constitution de 1946  
- élaboration, 43 et s.  
- juridicité, 61.  
Principe de spécialité, 328.  
Principes généraux du droit, 64, 231, 474.  
Prisons « privées », 83.  
Privatisations, 56, 273.  
Protection des consommateurs, 464 et s.  
Protocole n° 9 du Traité de Lisbonne, 110, 315, 331.

### - Q -

Qualité du service public, 171, 455, 502.

### - R -

RAWLS, 42, 365, 418.  
Référendum local, 507, 515.  
Représentation des intérêts, 504.  
Représentativité syndicale, 655 et s.  
Retenues pour fait de grève, 443.

### - S -

Secours aux indigents, 209, 349, 201.  
Sécurité des personnes et des biens, 58 et s, 79 et s., 580.  
Sécurité sociale, 54, 61, 88, 264.  
Service d'intérêt économique général (définition), 141.

Service minimum, 444, 457, 460, 614, 643, 646.  
Service minimum d'accueil dans les établissements scolaires, 461, 648.  
Service public  
- définition, 19.  
- administratif/industriel et commercial, 294 et s, 465.  
- à « double visage », 162, 408.  
- constitutionnel, 555 et s.  
- culturel, 52, 257, 292.  
- de la force publique, 79 et s.  
- de la justice, 77.  
- de l'enseignement, 93.  
- « hors-marché », 259 et s.  
- hospitalier, 86, 505, 572.  
- pénitentiaire, 60, 82, 261.  
- virtuel, 302 et s.  
Service universel, 150 et s., 170 et s., 174, 232, 281, 314, 453.  
Services sociaux d'intérêt général, 29, 91, 118, 296.  
Simplification administrative, 502, 510.  
Socialisme municipal, 287.  
Solidarisme, 46.

### - T -

Tarifification sociale du service public, 159, 174, 233.  
Traité de Lisbonne, 149, 219, 331.  
Traitements inhumains et dégradants, 114 et 126.  
Transparence,  
- administrative, 477 et s., 497 et s., 510 et s.  
- financière, 315 et s.

### - V -

Vidéosurveillance, 193.

### - Z -

Zone d'éducation prioritaire, 409, 423





# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>11</b>
<b>PREMIERE PARTIE – LA VALORISATION CONTEMPORAINE DE LA FONCTION DE GARANTIE DU SERVICE PUBLIC.....</b>	<b>33</b>
<b>TITRE PREMIER - LE SERVICE PUBLIC, UN INSTRUMENT DE GARANTIE DIRECTEMENT SOLLICITE PAR LES « DROITS-CREANCES » .....</b>	<b>35</b>
<b>Chapitre premier - Le service public, garantie des « droits-créances » consacrés dans le Préambule de la Constitution.....</b>	<b>39</b>
<b><i>Section première - Un instrument de garantie indispensable.....</i></b>	<b>40</b>
<b>Paragraphe premier - Une garantie implicitement accueillie par le Préambule de la Constitution de 1946 .....</b>	<b>41</b>
A/ Une intervention du service public conforme à « l’esprit » de 1946 .....	43
1) Un procédé suggéré par le contexte politique et idéologique de l’époque .....	44
2) Un procédé évoqué dans les travaux préparatoires constitutants .....	47
B/ Une intervention du service public redécouverte à travers les « droits-créances » consacrés ...	49
1) L’exception : une rédaction sous-tendant l’intervention du service public .....	50
2) La règle : la nécessité d’interpréter des formulations imprécises.....	50
<b>Paragraphe second - Une garantie consacrée par la notion de service public constitutionnel ...</b>	<b>55</b>
A/ Les « droits-créances », fondements de services publics constitutionnels.....	56
1) Le dépassement d’une méfiance traditionnelle envers les « droits-créances » .....	59
2) Le dépassement des interrogations quant à la juridicité du Préambule .....	61
B/ L’apport de la notion de service public constitutionnel à la garantie des droits-créances .....	65
1) Une garantie valorisée et pérennisée .....	65
2) Une protection supplémentaire bienvenue .....	70
<b><i>Section seconde - Une fonction de garantie concrétisée par l’intervention de différents services publics .....</i></b>	<b>75</b>
<b>Paragraphe Premier - Des services publics garants du droit à la sûreté de l’individu.....</b>	<b>76</b>
A/ Les services publics garants de la lutte contre l’arbitraire et de la protection de l’ordre public .....	77

1) Le service public de la justice.....	77
2) Les services publics concourant à la sécurité des citoyens.....	79
<b>B/ Les services publics garants du droit à la protection de la santé et de la sécurité matérielle de l'individu.....</b>	<b>85</b>
1) Les services publics à vocation sanitaire.....	85
2) Les services publics protégeant l'individu face à certains risques de l'existence.....	88

**Paragraphe second - Des services publics garants du développement intellectuel et économique de l'individu..... 92**

A/ La garantie offerte par les services publics à vocation éducative et culturelle : une approche déterminante.....	92
1) L'intervention essentielle du service public de l'enseignement.....	93
2) Un épanouissement de l'individu favorisé par les services publics de formation professionnelle et de culture.....	96
<b>B/ La garantie offerte par les services publics protégeant le développement économique de l'individu : une approche incertaine.....</b>	<b>98</b>
1) Une exigence sous-tendue par l'alinéa 9 du Préambule de 1946.....	98
2) Une exigence dénuée de portée réelle.....	101

**Chapitre second - Le service public, garantie de « droits-créances » émergents..... 107**

***Section première - L'émergence de nouveaux « droits-créances » attachés au service public..... 108***

**Paragraphe premier - Une émergence encouragée par la reconnaissance de la dimension sociale du principe de dignité..... 109**

A/ Une dimension sociale du principe de dignité juridiquement consacrée.....	110
1) Une acception spécifique accueillie en France par le Conseil constitutionnel.....	111
2) Une reconnaissance confirmée au niveau supranational.....	116
<b>B/ Une contestation doctrinale peu convaincante.....</b>	<b>119</b>
1) Une conception trop restrictive de la dignité de la personne humaine.....	120
2) Un assouplissement progressif de la position du juge européen.....	123

**Paragraphe second De nouveaux « droits-créances » garantis par le service public..... 127**

A/ La dignité sociale, principe matriciel de nouvelles exigences.....	127
1) Un renouvellement de la dynamique des droits sociaux.....	128
2) Une détermination concrète de nouveaux droits directement rattachés à la dignité sociale.....	131



2) Une protection offerte par des autorités administratives indépendantes.....	192
B/ La conséquence : une équation « liberté=abstention » à nuancer.....	196
1) Une intervention du service public, obligation « seconde » au regard de libertés négatives.....	196
2) Une classification générationnelle impuissante à rendre compte de cette complexité .	198
<b>Paragraphe second - Le service public, instrument indirectement nécessaire à l'épanouissement de l'ensemble des libertés .....</b>	<b>200</b>
A/ La condition d'un exercice paisible des libertés.....	201
1) Une nécessité d'intervention en faveur de la sécurité des individus .....	201
2) Une modalité d'intervention plus respectueuses des droits et libertés .....	203
B/ L'adjuvant d'un exercice effectif des libertés .....	204
1) Une garantie « incidente » des libertés .....	205
2) Une garantie liée à la théorie libérale .....	207
<b><i>Section seconde - Une garantie progressivement valorisée.....</i></b>	<b>214</b>
<b>Paragraphe premier - Une consécration du principe d'indivisibilité des droits de l'homme.....</b>	<b>215</b>
A/ Une réception du concept d'indivisibilité des droits de l'homme au niveau international ..	216
1) Une indivisibilité affirmée de manière large .....	217
2) Des effets concrets progressivement esquissés.....	219
B/ Un accueil implicite en droit interne .....	226
1) L'absence de consécration formelle du rôle positif des « droits-créances » envers les libertés.....	227
2) Un principe d'indivisibilité redécouvert à travers l'acceptation d'un service public centré sur la lutte contre l'exclusion .....	232
<b>Paragraphe second - Une valorisation de la fonction de garantie du service public n'excluant pas une certaine vigilance .....</b>	<b>234</b>
A/ Les risques d'asphyxie de la liberté individuelle, une menace à la portée limitée.....	235
1) Une érosion des responsabilités induite par l'intervention extensive du service public.....	235
2) Une limitation de la liberté individuelle de l'utilisateur soumis à la « loi » du service .....	238
B/ Les risques d'instrumentalisation des « droits-créances », une menace avérée .....	240

**Chapitre second - Une fonction de garantie du service public appelée à se concilier avec le respect des libertés économiques ..... 245**

***Section première - Les services publics aménagés sous forme de monopole : une modalité rarement nécessaire à la garantie des droits et libertés..... 250***

**Paragraphe premier - Une fonction de garantie n'impliquant pas obligatoirement une négation des libertés économiques..... 251**

A/ Un rappel nécessaire : l'absence de confusion systématique entre monopole et service public ..... 252

- 1) Une assimilation fréquente ..... 252
- 2) Une assimilation erronée ..... 255

B/ Une exception : des monopoles indispensables à la garantie des droits et libertés et échappant à une lecture économique..... 258

- 1) Des prérogatives de puissance publique souveraines « hors marché » ..... 259
- 2) Une mission de solidarité sociale extérieure à la sphère économique..... 264

**Paragraphe second - Une fonction de garantie ne pouvant justifier les monopoles de services publics en réseaux ..... 267**

A/ Une justification dépassée : la protection des libertés économiques ..... 268

- 1) Des monopoles théoriquement chargés de garantir un exercice satisfaisant des libertés économiques ..... 268
- 2) Une solution obsolète ..... 271

B/ Une justification contestée : la préservation de la fonction de garantie du service public grâce à l'existence de monopoles ..... 274

- 1) Une « démonopolisation » organisée au niveau communautaire ..... 275
- 2) Une survivance temporaire des monopoles..... 279
  - a) Un aménagement parfois nécessaire à la garantie du droit d'accès à certaines prestations essentielles..... 280
  - b) Une dérogation vouée à disparaître..... 283

***Section seconde - Les services publics face à l'initiative privée : une conciliation délicate ..... 285***

**Paragraphe premier - La mission de garantie du service public face au respect de la liberté du commerce et de l'industrie..... 290**

A/ La persistance d'un principe de non-concurrence aux frontières et à la portée incertaines..... 291

- 1) L'interrogation quant à la soumission des services publics de garantie à ce principe ..... 291

2) Une obligation de non concurrence assouplie .....	298
B/ L'hypothèse particulière des services publics « virtuels » .....	302
1) Une hypothèse originelle nettement circonscrite.....	303
2) Une revalorisation récente mais limitée de la théorie.....	308
<b>Paragraphe second - La mission de garantie du service public face aux impératifs de la libre concurrence.....</b>	<b>311</b>
A/ Une garantie justifiant certaines dérogations strictement entendues.....	312
1) Une inflexion aux règles de concurrence admise dans son principe .....	313
2) Une mise en oeuvre sous haute surveillance .....	315
a) Un octroi de droits spéciaux strictement conditionné .....	315
b) Des mécanismes de prévention et de sanction des comportements anticoncurrentiels ...	318
.....	318
B/ Une conciliation déséquilibrée ?.....	324
1) Une logique concurrentielle prédominante.....	324
2) Une logique susceptible d'entraîner certains écueils.....	327
 <b>SECONDE PARTIE - LA MODERNISATION DES PRINCIPES DU SERVICE PUBLIC SUSCITEE PAR SA FONCTION DE GARANTIE.....</b>	<b>335</b>
<b>TITRE PREMIER - DES REGLES DE FONCTIONNEMENT DU SERVICE PUBLIC RECENTREES SUR SA FONCTION DE GARANTIE.....</b>	<b>337</b>
<b>Chapitre premier - Une évolution de la garantie offerte par le principe d'égalité devant le service public.....</b>	<b>339</b>
<i>Section première - L'évolution d'un principe d'égalité indispensable à la garantie des droits et libertés.....</i>	<i>342</i>
<b>Paragraphe premier - Un principe conditionnant une garantie effective des droits et libertés .....</b>	<b>342</b>
A/ Une exigence essentielle mise en œuvre par le service public.....	343
1) L'égalité, fondement et condition d'exercice des droits et libertés .....	343
a) Un principe attaché à l'ensemble des droits et libertés .....	343
b) Un principe prenant acte de la diversité des situations de fait.....	346
2) Le service public, instrument d'une mise en œuvre égalitaire des droits et libertés.....	348

B/ Une garantie relayée par les principes de gratuité et de neutralité du service public.....	352
1) L'impératif de neutralité, indispensable corollaire d'une garantie effective des droits et libertés.....	352
a) Une règle de fonctionnement du service public écho du principe d'égalité.....	352
b) Un prolongement découvert dans l'impératif d'impartialité administrative .....	355
2) La gratuité, adjuvant d'un exercice effectif des droits et libertés par l'égal accès au service public.....	358

**Paragraphe second - Une appréhension de l'égalité renouvelée sur le fondement de l'équité**  
..... **363**

A/ Une faveur constatée envers le concept d'équité .....	364
1) Une volonté de favoriser un exercice plus effectif des droits et libertés .....	364
2) Une évolution perceptible à travers l'invocation des notions de non-discrimination et d'égalité des chances .....	367
B / Un changement de perspective intéressant les modalités d'intervention du service public.....	372
1) Une évolution estimée nécessaire au perfectionnement de son rôle de garantie .....	372
2) Une règle de gratuité théoriquement remise en cause .....	374

**Section seconde - Une évolution aux bénéfices concrets incertains.....** **377**

**Paragraphe premier - Une approche équitable progressivement concrétisée au sein du service public.....** **378**

A/ Une logique de différenciation perceptible à l'égard des agents du service public .....	378
1) L'observation d'une « neutralité indifférence » .....	380
a) Une garantie en amont : la prohibition des discriminations dans l'accès aux emplois publics.....	380
b) Une garantie en aval : la prohibition des discriminations dans le déroulement de la carrière de l'agent .....	387
2) Le développement de mesures différenciées en direction des agents.....	391
B/ Une politique de discriminations légitimes largement mise en œuvre à l'égard des usagers ....	398
1) Une possibilité de différenciation entendue plus soupagement .....	399
2) Une personnalisation des prestations fréquemment constatée .....	406

**Paragraphe second - Une logique d'individualisation source potentielle de dérives..... 412**

A/ Le service public, facteur d'une dualisation de la société ? .....	413
1) De la différenciation à la stigmatisation face à l'exercice effectif des droits et libertés.....	413
2) Un risque de perte de substance du service public en tant que garant des droits et libertés de l'ensemble de la population.....	415
B/ Le service public, catalyseur de nouvelles inégalités ? .....	418
1) Un risque de développement des inégalités découlant du phénomène des effets de seuil..	419
2) Un risque de développement des inégalités par une remise en cause progressive de la condition liée au mérite.....	422

**Chapitre Second - Une modernisation confirmée au regard des autres principes de fonctionnement du service public..... 429**

***Section Première - Une lecture contemporaine des règles de continuité et d'adaptation favorable à la garantie des droits et libertés de l'usager ..... 430***

**Paragraphe Premier Un impact traditionnellement contrasté au regard de la satisfaction des droits et libertés de l'usager..... 431**

A/ Une influence théoriquement déterminante .....	431
1) Les principes de continuité et d'adaptation, incontournables « lois » du service public....	431
a) Un « <i>socle commun à tous les services publics</i> » .....	432
b) Des principes vecteurs d'obligations à la charge du gestionnaire du service.....	435
2) Des principes échos d'une mise en œuvre continue et adaptée des droits et libertés ...	437
B/ Une application de ces principes parfois dénoncée .....	441
1) Une effectivité mise en cause : les limites du principe de continuité face à la grève dans les services publics.....	441
2) Une utilisation critiquée : des règles parfois prioritairement favorables aux pouvoirs publics .....	445

**Paragraphe Second - Une évolution de ces principes en faveur de la garantie des droits et libertés de l'usager..... 450**

A/ Une réévaluation de la compréhension des principes de continuité et d'adaptation .....	450
1) L'aménagement des conséquences négatives du principe d'adaptation .....	451



2) La prise en compte accrue des usagers dans le cadre de la réglementation du droit de grève .....	456
B/ Le danger d'une confusion entre garantie des droits et libertés et satisfaction du consommateur.....	463
1) Une évolution vers un « consommateur-usager » .....	464
2) Une assimilation susceptible de restreindre la dimension de garantie du service public ... ..	468
<b><i>Section Seconde - De nouveaux principes dynamisant la fonction de garantie du service public : les règles de transparence et de participation .....</i></b>	<b>472</b>
<b>Paragraphe Premier - Une extension des principes offerts aux usagers pour la défense de leurs droits et libertés .....</b>	<b>475</b>
A/ Le secret face à la garantie des droits et libertés : des exigences traditionnellement contradictoires.....	475
1) Une culture du secret attentatoire aux droits et libertés.....	476
a) L'accès aux données et documents administratifs : la nécessaire émergence d'un « droit de savoir » au bénéfice de l'utilisateur du service public .....	477
b) L'accès à l'information et à l'explication : la nécessaire émergence d'un « droit de comprendre » la marche du service public .....	482
2) Un secret parfois nécessaire au respect des droits et libertés .....	486
B/ Le renforcement de la garantie par la participation des usagers au fonctionnement des services publics .....	489
1) Une approche renouvelée de la démocratie et de la citoyenneté.....	490
2) Un impact positif à l'égard de la garantie des droits et libertés de l'utilisateur du service public .....	493
<b>Paragraphe second - Des exigences de transparence et de participation progressivement mises en œuvre au sein du service public .....</b>	<b>496</b>
A/ Une mouvement de concrétisation des règles de transparence et de participation .....	497
1) Des mécanismes de transparence régulièrement perfectionnés.....	497
2) Un développement des opportunités de participation.....	504
B/ Une persévérance nécessaire en faveur de cette évolution.....	509
1) Une évolution aux résultats encore contrastés.....	510
a) Une opacité persistante .....	510
b) Une association au processus décisionnel trop limitée .....	514
2) Un nécessaire apprentissage de la citoyenneté administrative .....	516

**TITRE SECOND - UNE FONCTION DE GARANTIE CONFRONTEE A LA DIFFICILE CONCILIATION DES DROITS ET LIBERTES ..... 523**

**Chapitre premier - Le service public et la garantie de la liberté de conscience..... 525**

***Section Première - Une garantie offerte par une limitation presque totale de l'expression des convictions de l'agent ..... 528***

**Paragraphe premier - Une garantie mise en œuvre sous l'influence d'un principe de neutralité autonome ..... 530**

A/ Une extériorisation de la conscience de l'agent appelée à s'incliner devant la liberté de conscience de l'utilisateur..... 530

- 1) Une stricte limitation de la libre expression des convictions de l'agent..... 531
- 2) Un encadrement estimé nécessaire à la garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur ...  
..... 535

B/ Un champ résiduel d'extériorisation des convictions de l'agent au sein du service public.. 541

- 1) Une hypothèse exceptionnelle : l'invocation d'une objection de conscience..... 541
- 2) Des solutions spécifiques : l'aménagement d'aumôneries et le respect des prescriptions alimentaires au sein du service public..... 544

**Paragraphe second - Une garantie mise en œuvre sous l'influence du principe de continuité ..... 547**

A/ Le devoir d'obéissance de l'agent : une garantie aux implications extrêmement strictes.... 547

- 1) Une nécessaire prévalence du principe hiérarchique..... 548
- 2) Une règle d'obéissance entendue trop strictement ..... 551

B/ La liberté de conscience de l'agent face à l'obligation de présence : une conciliation souple ..... 555

- 1) Des autorisations d'absence pour motif religieux, « mesures de bienveillance » au profit des agents ..... 556
- 2) Une jurisprudence généralement favorable à l'agent..... 558

***Section seconde - Une garantie offerte par un encadrement plus strict de l'expression des convictions des usagers ..... 561***

**Paragraphe premier - Un glissement d'une neutralité garantie vers une neutralité imposée ....  
..... 562**

A/ Un respect de la libre expression des convictions de l'utilisateur au sein du service public ..... 563

- 1) Une « neutralité indifférence » garantie de la liberté de conscience de l'utilisateur..... 563
- 2) Des interventions positives en faveur de l'expression des convictions de l'utilisateur..... 565

B/ Une évolution vers une plus stricte limitation de la libre expression des convictions de l'usager.....	569
1) Un rappel des limites opposées aux revendications religieuses .....	570
2) Des règles spécifiques instaurées en direction de l'élève-usager .....	574

**Paragraphe second - Un encadrement de l'expression des convictions justifié par la garantie des droits et libertés .....** 579

A/ Des limites objectives indispensables à la préservation de la mission de garantie du service public .....	580
1) Des impératifs intéressant la sécurité et le bon fonctionnement du service .....	580
2) Un frein nécessaire aux demandes d'individualisation des prestations.....	584
B/ Une limite subjective justifiée mais aux conséquences parfois contestables .....	586
1) Une limite à la libre extériorisation des convictions imposée afin de garantir la liberté de conscience des autres usagers .....	586
2) Une limitation soulevant question dans le cadre du service public de l'enseignement.....	590
a) Une atteinte à la liberté de conscience d'autrui exagérée dans sa portée.....	590
b) Une prohibition menaçant la garantie de certains droits et libertés .....	593

**Chapitre second - Le service public et la garantie des libertés professionnelles des agents.....** 601

***Section première - Des libertés professionnelles garanties au sein du service public.....*** 603

**Paragraphe Premier - Le droit de grève et la liberté syndicale, prérogatives reconnues et mises en oeuvre au sein du service public .....** 604

A/ Une consécration au bénéfice des agents .....	604
1) Un pouvoir de revendication professionnelle conquis de haute lutte.....	605
2) Des libertés consacrées juridiquement .....	609
B/ Des libertés très largement mises en oeuvre au sein des services publics .....	612
1) Une garantie concrète efficacement organisée .....	612
a) Une stricte appréciation des tentatives de limitations du droit de grève par le gestionnaire du service public .....	613
b) Une garantie de la liberté syndicale entre libre détermination et attribution de moyens concrets d'exercice .....	615
2) Un service public devenu lieu d'exercice privilégié de ces prérogatives.....	618

<b>Paragraphe second - Le droit de participation, faculté d'intervention garantie aux agents du service public.....</b>	<b>621</b>
A/ Un droit de participation riche d'implications .....	622
1) Une liberté collective accueillie dans le droit de la fonction publique .....	622
2) Une garantie indirecte des droits et libertés des agents .....	625
B/ Une participation concrétisée par diverses méthodes.....	626
1) Une garantie mise en œuvre par l'instauration de consultations institutionnelles.....	627
2) Une garantie revalorisée par l'intervention de concertations informelles .....	631
 <b><i>Section seconde - Des libertés professionnelles appelées à se concilier avec les droits et libertés des usagers.....</i></b>	<b>634</b>
 <b>Paragraphe premier - Une évolution nécessaire.....</b>	<b>635</b>
A/ Une recherche d'équilibre dans la mise en œuvre du droit de grève et de la liberté syndicale des agents .....	636
1) Liberté syndicale et garantie des droits des usagers : une conciliation satisfaisante ....	636
2) Grève des agents et garantie des droits des usagers : une conciliation à perfectionner .....	641
B/ Une garantie du droit de participation aux bénéfices limités .....	649
1) Une garantie théoriquement favorable aux droits et libertés des usagers .....	649
2) Une participation en pratique peu efficiente.....	651
 <b>Paragraphe second - Une conciliation plaçant en faveur du monopole syndical .....</b>	<b>655</b>
A/ Un encadrement indispensable.....	657
1) Une restriction des possibilités d'exercice des libertés professionnelles.....	657
2) Un aménagement préservant la mission de garantie du service public.....	659
B/ Une exigence de représentativité trop limitative .....	661
1) Un strict encadrement du droit d'agir de certains syndicats .....	662
2) Un nécessaire assouplissement des règles gouvernant cette question .....	664
 <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>673</b>
 <b>INDEX.....</b>	<b>717</b>