

Service public minimum : où en est-on ?

Par Pierre Esplugas-Labatut, Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou

Le service public minimum fait partie des mythes de la vie politique française abordés de manière récurrente en particulier à l'occasion de débats électoraux ou de grèves importantes perturbant la vie quotidienne des français. En droit, la question est de savoir si le service public minimum fait aussi partie des réalités.

Une première difficulté est que l'appellation « service public minimum » relève précisément du vocable politique ou journalistique mais non juridique. Ni les textes, ni la jurisprudence n'utilisent directement ce terme. Pour autant, ce n'est pas parce que le droit positif n'utilise pas cette expression, qu'elle n'est pas évocatrice d'une réalité. Pour s'essayer à une première approche de définition du service public minimum, on peut dire qu'il renvoie à la garantie, en cas de grèves d'agents employés par des services *a priori* considérés comme essentiels - mais pas nécessairement (le service de la radio et de la télévision publique pour lequel a été instauré un service minimum est un contre-exemple) -, d'un niveau incompressible de prestations en dessous duquel il est porté gravement atteinte au fonctionnement du service. Cette garantie a en particulier pour conséquence que si le nombre d'agents non-grévistes est insuffisant pour assurer ce niveau incompressible de prestations, l'autorité responsable du bon fonctionnement du service public procède à l'assignation ou la réquisition d'agents grévistes.

Une deuxième difficulté pour répondre à la question « le service public minimum, où en est-on ? », est que la réponse repose sur deux portes d'entrée qui sont, d'abord, la jurisprudence et, ensuite, la loi dans la mesure où c'est bien la jurisprudence qui fixe l'articulation avec la loi. Par un curieux renversement au regard de la logique juridique, on est ainsi en présence, en premier lieu, de fondamentaux jurisprudentiels (I.) et, en deuxième lieu, de compléments législatifs (II.).

I. Les fondamentaux jurisprudentiels du service public minimum

Le point départ de l'analyse des fondamentaux jurisprudentiels du service public minimum reste toujours le célèbre arrêt du Conseil d'Etat du 7 juillet 1950 *Dehaene*¹. Le raisonnement, connu, du Conseil d'Etat est en l'occurrence bâti en deux temps : 1. le Préambule de la Constitution de 1946 invite en son 7^{ème} alinéa le législateur à adopter une loi de portée générale destinée à opérer une conciliation entre le droit de grève et la sauvegarde de l'intérêt général auquel il peut porter atteinte ; 2. faute d'une telle loi, le juge administratif ouvre la possibilité à « l'autorité responsable du bon fonctionnement des services publics » de fixer, sous son contrôle, des limitations au droit de grève.

Ce raisonnement est en l'occurrence habile mais, étonnamment encore aujourd'hui, s'agissant d'une jurisprudence ancestrale, continue à soulever des discussions. Il est habile car solidement fondé sur la théorie de l'abus de droit : le droit de grève, comme tout autre droit, ne saurait être absolu et peut faire l'objet d'abus « contraire aux nécessités de l'ordre public » ce qui justifie des limitations. Il serait cependant faux d'y voir une jurisprudence uniquement restrictive du droit de grève car elle est réversible et

¹ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, req. n° 01645.

évite aussi qu'il ne soit pas rétabli un fonctionnement normal du service sous couvert d'instaurer un service minimum².

Le raisonnement du Conseil d'Etat soulève aussi une série de discussions. Il peut ainsi être jugé excessivement généraliste car ces limitations au droit de grève sont justifiées par un « standard » vague, celui de la « sauvegarde de l'intérêt général » ou des « nécessités de l'ordre public », offrant aux autorités compétentes et aux juges une marge d'appréciation conséquente. De ce point de vue, la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*³ apporte une valeur ajoutée en fondant de manière plus précise les limitations au droit de grève sur la « continuité du service public ». En effet, en faisant de celle-ci un principe à valeur constitutionnelle, il devient logique de concilier le droit constitutionnel de grève avec un principe d'égale valeur constitutionnelle.

La difficulté à ce stade réside encore dans le fondement constitutionnel du principe de continuité du service public qui n'apparaît formellement dans un texte du bloc de constitutionnalité. Sans doute, de ce point de vue, est-il possible, de manière constructive, de le rattacher aux articles 5 et 16 de la Constitution qui évoquent le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». Peut-être aussi sur ce point, s'embête-t-on pour rien : le doyen Vedel avait pour habitude de dire que le principe de continuité du service public est un « truisme » et que nier la continuité du service public revenait à nier la continuité de l'Etat et donc la Constitution, raisonnement qui rappelle la célèbre formule de « l'Etat à éclipses » dont il ne saurait être question, adoptée par le commissaire de gouvernement Gazier sur l'arrêt *Dehaene*.

La conséquence logique d'un tel fondement est de ne restreindre le droit de grève que pour les seuls personnels en charge de mission de service public ainsi que l'a jugé la Cour de cassation⁴. Cette hypothèse s'applique en particulier à des sociétés du secteur privé en charge de missions de service public. Cela pose la difficulté pour elles d'identifier et d'isoler quelles sont ces activités de service public, ce qui n'est pas toujours aisé.

De plus, une autre difficulté est que la continuité du service public n'est pas adaptée à des activités du secteur privé qui ne sont pas formellement de service public mais qui sont bien d'intérêt général comme la distribution de carburants ou la protection et la surveillance de matières nucléaires ce qui conduit dans ce cas à revenir au standard plus large de « sauvegarde de l'intérêt général » ou des « nécessités de l'ordre public ». Une autre interrogation porte sur la liste des services publics concernés. De nombreux autres Etats européens (Italie, Espagne, Portugal, Grèce) ont résolu la difficulté en déterminant dans leur Constitution ou la loi les services essentiels concernés⁵. La question est incertaine en France. Le Conseil constitutionnel a circonscrit sa jurisprudence aux services publics correspondant aux « besoins essentiels du pays »⁶ ce qui n'était pas le cas du Conseil d'Etat dans sa jurisprudence *Dehaene*. Cette

² V. par ex., CE, 12 mai 1989, *Union des chambres de commerce et établissements gestionnaires d'aéroport*, req. n° 75382.

³ Cons. const. n° 75-79 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*.

⁴ C. cass. n° 13-792, 8 oct. 2014, *Synd. CGT des marins de Marseille*.

⁵ V. Rapport d'information n° 1274 déposé le 4 décembre 2003 par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne présenté par Robert Lecou sur le service minimum dans les services publics en Europe.

⁶ Cons. const. n° 75-79 DC, 25 juillet 1979, préc.

formulation est toutefois désormais reprise depuis son arrêt du 12 avril 2013 *Fédération FO énergie et mines*⁷. Cependant, outre qu'il n'est pas nécessairement toujours évident de déterminer ce qu'est un service essentiel, cette formulation a pour inconvénient de restreindre la continuité aux seuls services publics nationaux. Or il peut être justifié de restreindre le droit de grève pour des services essentiels à la vie locale (par exemple, pour les agents municipaux de police municipale ou de ramassage des ordures ménagères).

La dernière discussion soulevée par la jurisprudence *Dehaene* porte sur la compétence pour aménager le droit de grève : cette jurisprudence prend acte de la carence de la loi pour autoriser, en l'espèce au gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics, une mesure visant à empêcher l'un de ses agents de faire grève. Il est tout à fait possible de considérer qu'il s'agit d'une jurisprudence contraire à la Constitution dans la mesure où celle-ci réserve à la seule loi la faculté de limiter le droit de grève. Cela est d'ailleurs conforme à la théorie des droits fondamentaux tirée de l'observation des jurisprudences des cours constitutionnelles étrangères qui veulent que seule la loi soit en mesure de mettre en œuvre un droit fondamental. Sans doute, les défenseurs de la jurisprudence administrative ont-ils mis en avant le fait que celle-ci n'a qu'une portée supplétive et que ce n'est bien qu'en l'absence de lois que le juge valide pour les autorités compétentes leur pouvoir d'aménager le droit de grève⁸. Il s'agit donc au mieux d'une jurisprudence réaliste visant à trouver un équilibre entre la logique juridique et les nécessités du fonctionnement des collectivités publiques.

Le Conseil d'Etat a même renforcé récemment le caractère constructif de sa jurisprudence en étendant la compétence pour aménager le droit de grève jusqu'ici dévolue au « titulaire du pouvoir réglementaire ou au chef de service », à, d'une part « l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public », et d'autre part, s'agissant d'un organisme de droit privé comme une société en charge d'une mission de service public, aux « organes dirigeants agissant en vertu de des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité »⁹. On notera toutefois que ces réserves sur la compétence non législative ne sont que doctrinales car le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas vu dans l'examen de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 renvoyant au décret et à la convention collective le soin d'aménager le droit de grève dans les entreprises de transport terrestre une méconnaissance de la compétence du législateur¹⁰.

II. Les compléments législatifs du service public minimum

Une première constatation d'évidence s'impose est qu'il n'y a toujours pas aujourd'hui de loi d'ensemble aménageant le droit de grève dans les services publics et appelée de ses vœux par le constituant de 1946. On doit toutefois nuancer cette affirmation : il existe en effet l'ancienne loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relatives à certaines modalités

⁷ CE, 12 avril 2013, *Fédération FO énergie et mines*, n° 329570, 329683, 330539, 330847.

⁸ V. B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics », *Dr. soc.* 1980, 1425 ; P. Terneyre, *Le droit de grève dans les services publics*, Sirey, 1991, p. 37.

⁹ CE, Ass. 12 avril 2013, *Fédération FO Energie et mines*, préc.

¹⁰ Cons. const. n° 2007-557 DC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*.

de grève dans les services publics aujourd'hui codifiée au code du travail¹¹. Au demeurant, cette loi est une nouvelle illustration de l'existence d'un « droit public du travail », matière émergente, avec des dispositions de droit du travail mais spécifiques car applicables aux agents des services publics¹². Ces dispositions sont certes de portée générale dans leur champ d'application (sont concernés les personnels de l'État, ceux des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ainsi que tout organisme, y compris privé, chargé de la gestion d'un service public) mais sont aussi réductrices au fond en permettant seulement d'éviter les grèves surprises par l'obligation de déposer un préavis 5 jours francs avant le déclenchement de la grève par une organisation syndicale représentative avec, durant le préavis, en principe l'obligation de négocier. Ces dispositions n'imposent donc pas directement l'organisation d'un service public minimum. Elles permettent en revanche, de par l'existence d'un préavis, à l'autorité responsable d'organiser le service public minimum en planifiant le nombre d'agents grévistes et au besoin de réquisitionner des agents non-grévistes pour que soient assurées des prestations minimales.

Pour le reste, les textes instaurant un service public minimum en France sont sectoriels et longtemps limités à peu de secteurs. On ne s'étendra pas sur les raisons extra-juridiques qui ont empêché les pouvoirs publics d'adopter soit une loi générale instaurant un service minimum dans l'ensemble des services publics, ce qui au demeurant aurait été conforme à la conception française unitaire du service public, soit des textes particuliers mais étendus à la plupart des services jugés essentiels. Ces raisons sont « politiques » et peuvent tenir à la crainte des pouvoirs publics que soit refusé par les agents et leur organisation syndicale un régime nécessairement restrictif du droit de grève. Cela explique sans doute que, juridiquement et pendant longtemps, précisément jusqu'en 2007, un régime instaurant un service public était en vigueur dans seulement deux secteurs si l'on exclut le service public de la santé pour lequel le code de la santé (complété il est vrai par l'article 3 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure qui prévoit le pouvoir de réquisition du préfet sur le personnel public de santé) se limite à évoquer le principe de continuité et la permanence de l'accueil et de la prise en charge de toute personne qui recourt à ce service¹³. Ces deux secteurs étaient celui de la radio et la télévision publiques¹⁴ et celui des services de contrôle de la navigation aérienne¹⁵. Si le caractère « essentiel » de ce dernier service ne fait pas de doute, on peut en revanche s'étonner que figure dans cette courte liste celui de la radio et la télévision publiques dont le caractère essentiel n'est pas évident. L'explication est historique en ce sens que ce régime remonte au temps où ces deux médias audiovisuels étaient en situation de monopole¹⁶ ce qui pouvait effectivement poser problème en cas de cessation de service pour cause de grève dans l'accès du public à l'information. Aujourd'hui, il est un fait que les évolutions juridiques et

¹¹ C. trav. art. L 2512 et s.

¹² V. notre communication, « Pour un droit public du travail », in *Le Droit public du travail* (en collaboration avec Ch.-A. Dubreuil et M. Morand), L'Építoge-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. XIV, 2016, p. 11.

¹³ C. santé publ. art. L 6112-1 et 2. C. santé publ. art. L 6112-1 et 2

¹⁴ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 57.

¹⁵ L. n° 84-1286, 31 déc. 1984 relative à certains personnels de l'aviation civile, et relative à l'exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne.

¹⁶ Le régime dit de service minimum en cas de grève des personnels de la radio et télévision publiques a été à l'origine instauré par la loi n° 79-634 du 26 juillet 1979.

technologiques ayant multiplié les canaux d'information rendent moins prégnantes l'existence d'un service minimum dans le secteur de l'audiovisuel.

L'exercice du mandat présidentiel par Nicolas Sarkozy à partir de 2007 constitue un tournant à plusieurs niveaux. Le premier est celui du périmètre des secteurs concernés avec l'adoption d'une série de lois étendant un régime de service minimum à trois nouveaux secteurs. Les deux premiers secteurs sont celui des transports terrestres de voyageurs par la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007¹⁷ et celui des entreprises de transport aérien de passagers par la loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 calquée en partie sur le régime de 2007¹⁸. Il convient de remarquer que, dans ce dernier cas, il s'agit en l'occurrence d'un régime de « service minimum » mais pas nécessairement de « service public minimum » car les entreprises concernées n'exercent pas toutes des activités de service public.

Le troisième secteur visé par la loi du n° 2008-790 du 20 août 2008 est celui de l'accueil des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques applicable lorsque le nombre des personnes ayant déclaré leur intention de participer à la grève est supérieur au quart des effectifs totaux de l'école concerné¹⁹. S'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un service public minimum de l'enseignement, le Conseil constitutionnel relève qu'on est pour autant en présence d'un service public directement associé à la continuité du service public de l'enseignement²⁰.

Ensuite, ces lois sont innovantes en droit français au regard des techniques utilisées. Jusqu'à présent, il appartenait de manière simple et unilatérale au responsable du service concerné de prendre les mesures en capacité d'assurer avec un service minimum. De ce point de vue, le régime français tranchait jusqu'alors avec le régime en vigueur dans de nombreux autres Etats européens (Italie, Espagne, Portugal, Grèce, Suède, Finlande, Belgique), faisant reposer ce régime avec des variantes sur le dialogue social²¹. Au contraire, les trois lois citées instaurent des procédures de prévention des conflits préalables à toute grève qui reposent sur la négociation collective. Mieux encore, la loi du 21 août 2007 renvoie pour les entreprises de transport terrestres à la négociation collective le soin d'adopter, (après que l'autorité organisatrice de transport ait défini les dessertes prioritaires et les niveaux de service) un plan de prévisibilité du service applicable en cas de perturbation notamment pour cause de grève et ce n'est qu'à défaut d'accord collectif que l'employeur est amené à définir lui-même ce plan de prévisibilité²².

On a pu gloser sur le fait que cette loi du 21 août 2007 instaurait non pas exactement un « service minimum » qui seul permet la continuité du service des transports mais plus

¹⁷ L. n° 2007-1224, 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

¹⁸ L. n° 2012-375, 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports

¹⁹ L. n° 2008-790, 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, art. 4 et C. éduc. art. L 133-4.

²⁰ Cons. const. 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*, cons. 7.

²¹ V. Rapport d'information Assemblée nationale n° 1274 préc.

²² C. transports, art. L 1222-7.

modestement un « service prévisible »²³. Au-delà de cette nuance, on serait tenté de dire que cela importe peu car, alors qu'on aurait pu penser que ces dispositifs étaient lourds et complexes, contre toute attente, cela marche ! Telle est du moins la conclusion d'un rapport de la commission des affaires économiques à l'Assemblée nationale du 4 mars 2009 sur la mise en application de la loi de 2007 qui montre qu'au sein de la SNCF et de la RATP, la loi est respectée, a eu un impact sur le nombre de jour de grève en diminution sensible, permis d'assurer des dessertes prioritaires et a amélioré la situation des usagers²⁴. En effet, ces lois sont innovantes en ce sens qu'elles ne sont pas que centrées sur les rapports entre employeurs et grévistes mais aussi sur les rapports entre entreprises de transport et usagers en organisant un droit à l'information des passagers 24 h avant le début des perturbations²⁵.

Pour sa part, la loi du 20 août 2008 sur l'accueil des élèves est également originale en ce sens qu'elle fait supporter la charge du service minimum, non pas sur la collectivité publique dont les agents font grève, mais sur une entité tierce, les communes, même s'il est juste de noter que l'Etat procède à une compensation financière partielle de la charge au titre de la rémunération des personnes chargés de cet accueil²⁶. A ce titre, certaines communes ont politiquement refusé par principe d'organiser ce service minimum d'accueil estimant qu'elles n'en avaient pas les moyens mais ont été dans la plupart des cas condamnées sous astreinte par les juridictions administratives²⁷. Au-delà de ces soubresauts initiaux, la preuve est faite aujourd'hui que ces dispositifs fonctionnent et sont efficaces. Il n'y a donc pas de fatalité à considérer que le service public minimum n'est qu'un mythe. Les différentes lois adoptées depuis 2007 montrent que des dispositifs tendant à assurer une continuité du service sans mettre en cause fondamentalement le droit de grève des agents, pouvaient fonctionner. L'hostilité des syndicats qui a longtemps servi de prétexte à ne pas adopter de lois sur le service public minimum est au contraire, elle, un mythe. Cela supposait toutefois une forme d'inventivité en associant les syndicats à la mise en œuvre de ces dispositifs. Pour notre part, en se situant sur le seul terrain juridique et non politique, il reste à espérer que d'autres lois suivront afin que le service minimum repose sur un fondement législatif et non plus jurisprudentiel. Malgré les mérites de la jurisprudence *Dehaene* qui a servi et sert encore de palliatif, un régime législatif est en effet toujours préférable en terme d'intelligibilité et d'accessibilité, à un régime jurisprudentiel. Mais cela renvoie une fois de plus à la responsabilité du politique !

²³ V. F. Melleray, « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA*, 2007, p. 1752 ; H. Pauliat, « Droit de grève et continuité du service public : une conciliation sous le regard des collectivités territoriales ? », *JCP A*, n° 29-33, 23 juillet 2012, 2268.

²⁴ Rapport d'information n° 1502 déposé par la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale le 4 mars 2009 sur la mise en application de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public *dans* les transports terrestres réguliers de voyageurs et présenté par J. Kassowski et M. Bono.

²⁵ C. transports, art. L 1222-8.

²⁶ L. n° 2008-790, 20 août 2008 préc., art. 9 ; C. éduc. art. L 133-8.

²⁷ V. P. De Monte, « L'application de la loi sur le service minimum d'accueil : bilan illustré », *AJDA*, 2010, 1188.