

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le régime du personnel des services publics industriels et commerciaux, expression d'un droit public du travail

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

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le régime du personnel des services publics industriels et commerciaux, expression d'un droit public du travail

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

Plus de 100 ans après le célèbre arrêt du Tribunal des conflits dit « Bac d'Eloka »¹, on pourrait croire fixer le régime du personnel des services publics industriels et commerciaux. Sans directement l'établir, cet arrêt ouvre certainement la voie, de par la généralité des termes employés, pour rattacher le régime des agents employés par un service public fonctionnant « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » au droit privé du travail. L'ambiguïté de cet arrêt résulte, d'une part, du fait que l'appellation « services publics industriels et commerciaux » n'est pas formalisée et, d'autre part, qu'il porte, comme on le sait, sur une question de responsabilité. Cet état du droit sera en réalité confirmé, mais seulement en creux, à peine deux ans plus tard le 26 janvier 1923 par un arrêt du Conseil d'Etat, certes moins célèbre mais pouvant être élevé à la dignité des « grands arrêts », de *Robert-Lafrégeyre*². Au terme de cet arrêt, ce n'est que « eu égard au caractère des fonctions de direction » exercées par l'agent que la compétence est celle la juridiction administrative. Par un raisonnement *a contrario*, une interprétation est que pour les autres agents la compétence est judiciaire. Comme pour l'arrêt *Bac d'Eloka*, l'ambiguïté de cet arrêt est grande : il n'est visé ni la qualité de service public, ni encore moins celle de service public industriel et commercial pour établir le régime juridique applicable aux agents.

Il aura fallu attendre en réalité une période marquée par le renouveau du service public et en l'occurrence l'arrêt connu du Conseil d'Etat du 8 mars 1957 *Jalenques de Labeau* pour que soit confirmée la distinction entre services publics administratif et industriel et commercial comme critère explicatif du régime des agents de ces services. A ce titre, les agents des services publics industriels et commerciaux, hormis le directeur et le chef de la comptabilité s'il a la qualité de comptable public, sont soumis à un régime de droit privé³. Toutefois, si l'on relit attentivement l'arrêt, on s'aperçoit que le juge ne fait en réalité aucunement référence aux missions de service public industriel et commercial mais plus exactement au caractère industriel et commercial de l'établissement en cause, ici l'AFP, ce qui n'est pas exactement la même chose si l'on songe aux hypothèses, certes pas les plus fréquentes mais connues, des établissements publics à « double visage » ou à « visage inversé ».

Malgré ces ambiguïtés, on pourrait donc penser la distinction bien établie entre les agents des services publics administratifs qui sont en principe tous des agents publics, fonctionnaires ou contractuels de droit public⁴, et ceux des services publics industriels et commerciaux qui sont, hormis quelques exceptions très circonscrites, des salariés soumis au droit du travail. Une analyse plus fine voudrait montrer que cette distinction binaire ne correspond pas à la réalité du droit positif et que si le régime des agents des services publics industriels et commerciaux est effectivement dominé par le droit de travail, il est mâtiné de droit public. Ces touches de droit public s'expliquent par le fait que l'employeur reste un service public, fut-il industriel et commercial. A ce titre,

¹ Trib. confl., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n° 00706.

² CE, 26 janv. 1923, de *Robert Lafrégeyre*, n° 62529.

³ CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, req. n° 15219.

⁴ Trib. confl., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône c. Conseil des prud'hommes de Lyon*, dit *Berkani*, 03000.

les personnels des services publics industriels et commerciaux ne sont pas des salariés comme les autres et sont soumis, non pas exactement au droit du travail mais à un « droit public du travail »⁵. L'émergence de ce droit est justifiée à la fois par des considérations politiques (I) et des considérations propres à la qualité de service public des entreprises concernées (II).

I. Un droit public du travail justifié par des considérations politiques

Le régime juridique applicable aux personnels des services publics industriels et commerciaux ne correspond pas nécessairement à une logique juridique et peut s'expliquer avant tout par des considérations politiques. Cela couvre, d'une part, les hypothèses du personnel des « entreprises à statut » (A) et, d'autre part, celui des entreprises transformées d'établissement public industriel et commercial en société (B).

A. Un droit public du travail appliqué aux « entreprises à statut »

Les personnels de certaines entreprises publiques nationales exerçant des missions de service public industriel et commercial, qualifiées « d'entreprises à statut », ne peuvent être assimilés à des salariés « ordinaires »⁶. En effet, dans le sillage de l'idéologie étatiste et de démocratie sociale de l'après-guerre, ont été adoptés, à partir de la IV^{ème} République, des « statuts » applicables aux personnels d'entreprises publiques notamment du secteur de l'énergie (Charbonnages de France, EDF-GDF), de l'audiovisuel (RTF, puis ORTF) et dans le secteur des transports (SNCF, RATP, Air-France, ADP). Le but plus ou moins avoué était aussi le plus souvent d'opérer une transition douce entre le système de la fonction publique et celui du droit du travail au moment de la transformation de services publics administratifs gérés en régie, en services publics industriels et commerciaux gérés par des établissements publics puis en sociétés⁷. Parfois enfin, ce sont des concessions politiques faites à des syndicats demandeurs qui expliquent l'édiction de statuts favorables aux salariés ou agents. Sans doute, cette catégorie d'entreprises à statut est-elle en déclin : aujourd'hui, parmi les grands services publics nationaux, seules la SNCF, la RATP et ADP peuvent être rangées dans cette catégorie.

Le caractère dérogatoire du droit applicable aux salariés de ces entreprises à statut se traduit par le fait que ceux-ci sont soustraits en principe à la négociation collective (sous réserve d'une contractualisation subsidiaire désormais possible)⁸ mais sont

⁵ V. notre ouvrage (dir. avec Ch.-A. Dubreuil et M. Morand), *Le droit public du travail*, Actes du Colloque du 26 novembre 2014 Université d'Auvergne Clermont-Ferrand 1, L'Épilogue-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. XIV, 2016.

⁶ V. C. Garbar, « Personnels des entreprises publiques à statut », *Jcl. Fonctions publiques*, Fasc. 850, 2009 ; J. Chorin, *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Coll. Bibl. droit privé, LGDJ, 1994.

⁷ Cas du service public de l'audiovisuel : la RTF, régie administrative avec un personnel fonctionnaire, fut transformée en EPIC avec statut pour le personnel (ORTF), avant d'éclater en 1974 en plusieurs sociétés et EPIC régis par des conventions collectives comme aujourd'hui.

⁸ L. n° 50-205, 11 févr. 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs du travail qui exclut de son application les entreprises soumises pour leur personnel à un statut particulier défini par la loi ou le règlement (art. 1^{er}). Il est toutefois accepté désormais dans les entreprises à statut une contractualisation subsidiaire : l'article L. 2233-2 du code du travail dispose ainsi que « des conventions et accords d'entreprise peuvent compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut ».

soumis précisément à un statut défini unilatéralement soit par décret ou arrêté ministériel⁹, soit par une réglementation interne¹⁰.

Ce droit dérogatoire est bien un droit public du travail car les textes sont, du moins à l'origine, très inspirés des dispositions contenues dans le statut de la fonction publique et font ainsi l'objet d'un mimétisme aussi bien du point de vue des garanties de carrière que des contraintes qu'ils engendrent en ce qui concerne par exemple le recrutement par concours, le système de carrière, l'interruption plus difficile du contrat de travail ou le droit disciplinaire.

De la même manière, même si une entreprise n'est pas à statut, comme peut l'être une entreprise assurant un service public de transport urbain local, de manière déguisée et par un effet de contagion, les conventions ou accords collectifs auxquels sont soumis les personnels peuvent emprunter à une logique statutaire, en particulier en ce qui concerne la « carrière » du salarié ou le droit disciplinaire.

Il est vrai toutefois que ce mouvement de duplication du droit de la fonction publique sur le statut des entreprises publiques semble aujourd'hui stoppé : ce sont au contraire les apports du droit du travail qui sont allés croissants par l'intégration de dispositions modificatives empruntant directement au droit du travail.

B. Un droit public du travail appliqué à des entreprises publiques comme avatar de leur « sociétisation »

Le mouvement dit de « sociétisation », c'est-à-dire de transformation d'établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, commandé par le droit européen dans un contexte d'ouverture à la concurrence, n'a pas été sans incidence sur la détermination du régime applicable aux personnels des entreprises concernées. Ainsi, à l'occasion de la mutation statutaire de France-Télécom, aujourd'hui Orange, de La Poste et de la SNCF, un double régime juridique a été institué pour leur personnel. La privatisation au sens matériel à laquelle conduit inéluctablement la transformation du statut de ces entreprises pouvait susciter naturellement des craintes pour les agents et leurs représentants. La mise en place d'un régime dual est donc conçue comme un moyen d'accompagnement et d'acceptation du processus de « sociétisation ».

A ce titre, tout d'abord, pour France Télécom, le choix a été fait au moment de sa transformation d'établissement public en société anonyme au 31 décembre 1996 de conserver pour l'ensemble du personnel en fonction à cette date le statut de fonctionnaire et qu'il pourrait même être procédé à des recrutements de ce type d'agents jusqu'au 1^{er} janvier 2002. Les autres personnels recrutés à partir du changement de statut sont des « agents contractuels sous le régime des conventions collectives »¹¹. Pour les fonctionnaires, le régime est même mixte en ce sens qu'une partie du code du travail leur est applicable¹². Sur le même modèle, le personnel de La Poste ayant déjà le statut de fonctionnaire au moment de sa mutation en 2010 l'a conservé¹³ alors que les personnels recrutés depuis sont des « agents contractuels

⁹ Pour la RATP, Décr. 59-157, 7 janv. 1959 relatif à l'organisation des transports de voyageurs en Île-de-France ; pour ADP, statut approuvé par arrêté ministériel du 10 juillet 1955.

¹⁰ Pour la SNCF, C. transp. art. L 2101-2 ; cette réglementation est dénommée dans le jargon « directive 0001 statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel ».

¹¹ L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 29 et 29-1 tels qu'insérés par L. n° 96-660, 26 juillet 1996, art. 5.

¹² Application des dispositions du code du travail sur la participation des salariés au fonctionnement de leur entreprise, des dispositions sur le droit à un congé de formation, sur la santé et la sécurité au travail et l'intéressement.

¹³ L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 29-4 tel qu'inséré par L. n° 2010-123, 9 févr. 2010, art. 10.

sous le régime des conventions collectives »¹⁴ et qu'une partie du Code du travail peut être applicable à l'ensemble du personnel, fonctionnaires compris¹⁵.

Le maintien du statut de fonctionnaire dans le cadre d'une société anonyme pose une difficulté. En bonne logique juridique, un fonctionnaire ne saurait être employé par application du critère organique que par une personne publique. Or une société est une structure privée dont le capital pour Orange n'est plus détenu majoritairement par l'Etat. Les apparences pourraient être sauvées par application du critère matériel si la dite société assumait des missions de service public. Pour Orange, la situation est cependant à ce sujet ambiguë : cette société n'est pas directement au vu de la loi un service public (cette société n'exerce que de manière temporaire les missions de service universel par arrêté du ministre en charge des communications électroniques à la suite d'un appel à candidatures)¹⁶. Contrairement au Conseil d'Etat qui s'était prononcé par voie d'avis¹⁷, le Conseil constitutionnel finalement saisi par voie de QPC en 2012, 16 ans après le changement de statut, n'y a pas vu un obstacle estimant, par une lecture stricte et formelle de la Constitution, que rien dans ce texte ne s'opposait à ce qu'un fonctionnaire n'exerce pas de mission de service public¹⁸.

C'est finalement le fil du temps qui passe qui va mettre fin à cette incongruité juridique. Après que le nombre des fonctionnaires ait été significatif et même majoritaire jusqu'en 2017 pour Orange et 2014 pour La Poste, le statut de fonctionnaire dans ces deux sociétés est aujourd'hui clairement en voie d'extinction quand bien même il est difficile d'obtenir des statistiques précises et actualisées communiquées par elles, en particulier dans leurs bilans sociaux¹⁹.

Enfin, le cas « d'entreprises à statut » comme la SNCF ou Aéroports de Paris est à la fois similaire et différent de celui de France Télécom-Orange et La Poste. De la même manière, pour la SNCF, à l'occasion de sa transformation décidée en 2018 d'établissement public industriel et commercial en société anonyme, les agents recrutés avant le 31 décembre 2019 conservent un statut défini par une réglementation interne. Les personnels embauchés à partir du 1^{er} janvier 2020 sont des salariés soumis au droit de la négociation collective²⁰. Pour ADP, une différence est que le législateur n'a pas pris la peine de tirer pleinement les conséquences de la sociétisation de l'entreprise décidée en 2005 en conservant tel quel le régime antérieur du statut applicable aux personnels sans prévoir qu'à terme les recrutements seraient ceux de salariés ordinaires²¹. Pour des raisons tout aussi politiques d'acceptation par les salariés de la réforme de privatisation prévue par la loi dite PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019, le gouvernement a refusé que soit modifié le statut des personnels d'ADP, ce qui n'aurait pas été illogique dans le cadre d'une société où l'Etat est appelé à devenir actionnaire minoritaire.

La logique juridique est pour ces entreprises à statut cependant moins malmenée que dans le cas de France-Télécom ou La Poste dans la mesure où n'est pas en cause le

¹⁴ L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 31.

¹⁵ L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 31-3 et 32 sur les dispositions du code du travail relatives au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à l'intéressement.

¹⁶ C. P et CE, art. L 35-2.

¹⁷ CE, Ass., avis n° 355-255, 18 nov. 1993.

¹⁸ Déc. n° 2012-281 QPC, 12 oct. 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires [Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom]*.

¹⁹ « A La Poste et chez Orange, les salariés de droit privé sont désormais majoritaires », *La Croix* 27 févr. 2018.

²⁰ L. n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, art. 1^{er} et C. transp., art. L. 2101-2.-1.

²¹ L. n° 2005-357, 20 avril 2005 relative aux aéroports, art. 1^{er}.

maintien de fonctionnaires au sein d'une SA. Il reste que, dans l'attente de l'extinction progressive de la catégorie au sein de la SNCF des salariés soumis au statut, il s'applique pour l'heure à une majorité d'entre eux un droit du travail dérogatoire publicisé. Une évolution similaire est à prévoir pour d'autres entreprises publiques à statut comme la RATP lorsque celle-ci sera appelée elle aussi à se transformer.

II. Un droit public du travail justifié par la qualité de service public

Même si le degré de service public peut être jugé moindre pour un service public industriel et commercial que pour celui administratif, il reste un service public ce qui explique le principe de particularités applicables à son personnel (A). Ainsi affirmé, ce lien entre service public et droit public du travail permet de déceler le contenu de ce dernier (B).

A. L'affirmation d'un lien entre service public et droit public du travail

Le lien entre service public et droit applicable aux agents des services publics industriels et commerciaux est expressément formulé par la jurisprudence : par application du célèbre arrêt du Tribunal des conflits *Epoux Barbier*, les salariés des entreprises publiques assurant des missions de services public industriel et commercial sont soumis à une réglementation interne ayant la nature d'un acte administratif unilatéral en ce qu'elle touche « à l'organisation du service public exploité »²².

De même, pour le juge administratif, les dispositions du Code du travail incluant les entreprises publiques ou les principes généraux du droit du travail ne s'appliquent que sous réserve des nécessités du service public²³ même si, il est vrai, que l'on peut s'interroger sur la réelle portée d'une telle réserve²⁴ ainsi que sur son applicabilité aux sociétés anonymes à statut postérieurement au nouveau code du travail de 2007²⁵.

En outre, même si, comme on l'a vu, l'existence d'un statut du personnel applicable à certaines entreprises publiques se justifient par des raisons politiques, le juge administratif habille cette justification par les « exigences particulières du service public exploité »²⁶.

Enfin, c'est toujours compte-tenu des missions particulières assignées aux entreprises publiques visées par la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public qu'il est dérogé en faveur des agents au droit des sociétés et au code du travail s'agissant de l'exercice du droit à la participation et de droits collectifs d'expression et syndicaux.

B. Les conséquences d'un lien entre service public et droit public du travail

Sans exagérer leur portée pour les services publics industriels et commerciaux, les principes fondamentaux du service public peuvent déployer leurs effets concernant les

²² TC, 15 janv. 1968, *AF c. Epoux Barbier*, n° 01908.

²³ CE, Ass, 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600.

²⁴ En ce sens, v. M. Lombard, « L'application du Code du travail aux "entreprises à statut" » in *AJDA*, 1991, p. 602 ; obs. Y. Saint-Jours sur l'arrêt *Billard* in *JCP G* ; 1989 ; II, n° 21252.

²⁵ Par différentes dispositions relatives à la partie préliminaire de la première partie sur les relations individuelles de travail (C. trav., art. L. 1111-1) aux contrats de travail (C. trav., art. L. 1221-1) et au droit syndical (C. trav., art. L. 2111-1), le code du travail ne prend en compte la spécificité du statut que pour le seul « personnel des personnes publiques employé dans les conditions de droit privé ». En conséquence, le code du travail paraît devoir être intégralement appliqué aux sociétés anonymes considérées comme des personnes privées (v. J. Chorin, « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », *JCP Social*, n° 45, 9 nov. 2010, 1463).

²⁶ CE, 27 mars 1985, *Bourhis*, n° 38361.

agents d'une entreprise publique exerçant des missions de service public. En particulier, de manière classique, le principe de continuité justifie une législation spécifique applicable aux agents des services publics industriels et commerciaux portant sur l'exercice de leur droit de grève. A ce titre, s'appliquent à tous les agents employés par une personne morale, publique ou privée, exerçant une mission de service public des dispositions dérogatoires introduites par la loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 et codifiées au code du travail relatives à certaines modalités de grève dans les services publics²⁷. Ces dispositions exigent le dépôt d'un préavis 5 jours francs avant le déclenchement de la grève par une organisation syndicale représentative, délai au cours duquel les parties intéressées sont tenues de négocier et interdisent, en principe, la grève dite « tournante », c'est-à-dire impliquant une cessation du travail échelonnée entre les différentes catégories de personnels. Des dispositions législatives particulières s'appliquant à certains services publics industriels et commerciaux comme la radio et la télévision publiques²⁸ ou ceux assurant un service de transport terrestre de voyageurs imposent encore des contraintes supplémentaires liées à leur nature de service public²⁹. Même en l'absence de législation, persiste à s'appliquer la jurisprudence administrative traditionnelle *Dehaene* autorisant l'autorité responsable du fonctionnement du service public à prendre toute mesure destinée à assurer sa continuité³⁰.

De manière plus inédite, la continuité du service public commande une continuité du régime juridique applicable aux personnels de la SNCF en cas de changement d'attributaire du contrat de service public pour l'exploitation d'un service d'intérêt régional plus connu sous le nom d'exploitation commerciale TER³¹. Ainsi, il est prévu une mise à disposition du personnel et un transfert de contrats de travail à l'entreprise autre que la SNCF attributaire du contrat de service public. En particulier, la poursuite des contrats de travail s'accompagne du transfert des garanties déduites de l'application du statut propre aux personnels de la SNCF ou des conventions et accords collectifs de branche³² ainsi que du maintien d'un même niveau de rémunération que dans l'hypothèse où l'agent serait resté employé du groupe public ferroviaire³³.

De manière plus large, si l'on suit une stricte orthodoxie juridique, il semblerait que doivent s'appliquer aux services publics industriels et commerciaux d'autres principes fondamentaux applicables à tout service public. Il en est ainsi des principes de neutralité et laïcité, notamment dans le port vestimentaire et dans le langage, qui s'appliquent, selon une jurisprudence de la Cour de cassation reprise par la loi n° 202-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, aux salariés travaillant pour le compte d'une personne privée assumant une mission de service public³⁴. Dans le même sens, le Conseil d'Etat applique des principes déontologiques d'impartialité, probité et dignité quelle que soit la situation de l'agent, y compris celle de salarié d'une personne privée pour peu que celui-ci soit en charge

²⁷ C. trav., art. L 2512 et s.

²⁸ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 57.

²⁹ L. n° 2007-1224, 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs et C. transp., art. L 1222-1 et s.

³⁰ CE, Ass., 7 juil. 1950, *Dehaene*, n° 01645.

³¹ C. transp., art. L 2121-20.

³² C. transp., art. L 2121-25.

³³ C. transp., art. L 2121-26.

³⁴ C. cass., 19 mars 2013, n° 12-11.690 et loi n° 202-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, art. 1^{er} I.

d'une mission de service public, peu importe qu'elle soit de nature industrielle et commerciale.

Nous avons montré au cours de cette étude qu'une part de droit public irriguait le régime applicable aux personnels des services publics industriels et commerciaux pour en déduire l'existence d'un droit public du travail. Nous aurions d'ailleurs pu faire aussi une analyse symétriquement inverse pour le régime des agents des services publics administratifs pour lequel on peut observer des situations de droit privé (cas, par exemple, en application de la loi, des « emplois aidés » ou des contrats d'intérim). Plus de 100 ans après l'arrêt fondateur « Bac d'Eloka », l'évolution du droit positif ne permet pas de tracer un trait aussi grossier que ne l'auraient souhaité ses promoteurs entre le régime de droit public des agents des services publics administratifs et celui de droit privé des agents des services publics industriels et commerciaux. Ces deux régimes font en effet apparaître des situations grises mêlant droit privé et droit public. Ceci est sans doute la conséquence que la distinction entre services publics administratifs et ceux industriels et commerciaux était par elle-même dès l'origine fragile. Il n'est donc pas étonnant d'observer que les solutions juridiques résultant de cette distinction le soient aussi s'agissant du régime des personnels des services publics industriels et commerciaux.