

Faut-il constitutionnaliser les services publics ? (à propos d'une proposition de loi constitutionnelle instaurant une « Charte des services publics »)

**par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public à
l'Université de Toulouse Capitole, Gilles J. Guglielmi,
professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas et
Hélène Pauliat, professeur de droit public à l'Université de
Limoges**

Une proposition de loi constitutionnelle ayant pour objet d'insérer une « Charte des services publics » dans le Préambule de la Constitution de 1958 vient relancer la question d'une constitutionnalisation des services publics¹. Ce sujet est en fait ancien mais s'inscrivait dans le milieu des années 1990 dans un contexte de menace que les politiques de l'Union européenne visant à ouvrir à la concurrence les « services dits de réseaux » auraient fait peser sur les services publics. La constitutionnalisation du service public, souhaitée par le Premier ministre de l'époque Alain Juppé lui-même, était alors conçue comme une protection vis-à-vis de ce qui serait des attaques de l'Union européenne². Cette thèse était à ce moment déjà discutable si l'on veut bien ne pas assimiler la suppression des monopoles dans le secteur des services de réseaux effectivement assurés par des opérateurs de services publics avec une remise en cause des services publics eux-mêmes. Le contexte a depuis singulièrement évolué tant le droit primaire de l'Union a été modifié à plusieurs reprises ouvrant des dérogations à la concurrence par le droit dérivé en faveur des « services d'intérêt économique général » ou même des « service d'intérêt général »³.

Pourtant, les auteurs de la présente proposition de loi constitutionnelle font mine, à la lecture de l'exposé des motifs, de considérer que rien n'a changé et qu'il serait nécessaire de protéger les services publics en France face aux attaques des politiques dites néolibérales de l'Union européenne relayées en droit interne par les différents gouvernements nommés par le Président Macron⁴. Au-delà à la fois d'une erreur

¹ Proposition de loi constitutionnelle instaurant une Charte des services publics n° 760, enregistrée à la présidence du Sénat le 16 septembre 2024, <https://www.senat.fr/leg/ppl23-760.html>. Les auteurs du présent article ont été auditionnés le 15 ~~octobre~~septembre 2024 par la rapporteure de la commission des lois du Sénat, Catherine Di Folco.

² V. *Le Monde*, 12 déc. 1995 et P. Esplugas-Labatut, « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? » *Revue administrative*, n° 290, mars-avril 1996, p. 162.

³ Pour ce qui concerne les modifications du droit primaire de l'Union européenne affirmant la place des services d'intérêt économique général et des services d'intérêt général : TFUE, art. 14 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 36 ; Protocole n° 26 annexé au traité UE et TFUE.

⁴ Exposé des motifs à la proposition de loi constitutionnelle instaurant une Charte des services publics n° 760 : « Depuis les années 1980, l'Union européenne et les États membres ont conduit des politiques de libéralisation des services publics en réseau, avec l'ouverture progressive à la concurrence d'activités jusque-là organisées en situation de monopole national ou territorial. Les gouvernements ont ainsi suivi les orientations des autorités européennes pour privatiser l'énergie, les transports, les services postaux... (...). Par leurs discours fustigeant le poids croissant de l'État, allant même jusqu'à le qualifier « d'obèse », les représentants politiques attachés au libéralisme ne discréditent pas seulement l'appareil d'État et son

d'analyse sur la vision du droit de l'Union sur les services publics et de considérations partisans intéressant le seul jeu politique, cette « Charte des services publics » n'est pourtant pas dénuée d'intérêt. Son principe peut en effet être justifié (I) mais à condition que son contenu ne remette pas en cause un édifice patiemment construit par la jurisprudence (II).

I. Une constitutionnalisation possible d'une « charte des services publics »

1. On peut tout d'abord se réjouir que la notion de service public soit remise à l'honneur. Celle-ci était en effet apparue à partir des années 1980/90, à tort de notre point de vue, comme démodée au profit d'autres notions comme celle de régulation. Pourtant, qu'on le veuille ou non, le service public est la raison d'être des collectivités publiques : elles sont là pour fournir des services publics. C'est la justification même de l'action publique, comme le pensait déjà Léon Duguit. Que cette Charte des services publics soit inscrite dans la Constitution comprise comme le statut juridique de l'État, c'est un petit peu comme « remettre l'église au milieu du village » et doit être approuvé.

2. Ensuite, on pourrait sans doute reprocher à une « Charte des services publics » d'être conçue comme une simple déclaration d'intention ou un simple énoncé de valeurs sans portée normative. Cela est effectivement par nature le principe même d'une charte qui renvoie normalement à des notions de « droit souple ». Cependant, des textes prestigieux comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, dont personne ne conteste aujourd'hui la valeur normative, ont également pu être perçus comme de simples déclarations d'intention. De même, l'adoption du terme de « charte » pour la « Charte de l'environnement » n'a nullement été un obstacle pour considérer ce texte comme ayant pleinement valeur normative.

En l'occurrence, dire que la « Charte des services publics » n'est qu'une pétition de principe et n'aurait pas de portée normative n'est en aucun cas une difficulté : contrairement aux enseignements de Kelsen, la Constitution n'est pas nécessairement appelée à être normative mais peut avoir aussi pour objectif de proclamer des valeurs et d'incarner ce que le professeur Georges Burdeau appelait « l'idée de droit ». C'est tout le sens de cette « Charte des services publics ».

3. Le peuple français, se prononçant en la forme constituante, peut ainsi légitimement considérer que le service public fait partie de son socle de valeurs fondamentales. L'Union européenne a procédé de même en affirmant dans divers textes de droit primaire que l'Europe « marche sur deux jambes », la libre concurrence certes, mais aussi les « services d'intérêt économique général » et « d'intérêt général » conçus comme « faisant partie des valeurs de l'Union » et comme participant à la « promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union »⁵. Certains avis du Comité économique et social européen mettent également en exergue cette volonté⁶.

administration qualifiée de bureaucratie, mais bien la fonction qui lui est attachée depuis les années 1930 : son rôle de pourvoyeur de services au public ».

⁵ TFUE, art. 14 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 36 ; Protocole n° 26 annexé au traité UE et TFUE.

⁶ CESE, Avis sur l'avenir des services d'intérêt général (2006/C 309/28), point 2.1 : « Les services d'intérêt général sont au cœur du modèle européen de société et jouent un rôle-clé dans la promotion de

4. Outre le fait d'affirmer une valeur jugée essentielle concernant la place des services publics dans notre société, cette Charte pourrait avoir pour intérêt de pallier un manque dans la Constitution. En effet, hormis une référence marginale et en tout cas contournable dans l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, il n'existe pas directement dans les textes de protection constitutionnelle du service public.

Cependant, il est vrai que le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence selon laquelle il existe certains services publics dont la « nécessité découle de principe ou règles de valeur constitutionnelle » ce qui s'opposerait à leur transfert au secteur privé⁷. Sans trop développer cette jurisprudence, se pose la question de l'identification de tels services publics qui seraient à ranger en deux catégories, ceux, d'une part, mettant en œuvre le principe de souveraineté nationale (ce sont les services de souveraineté qualifiés communément, quoique de manière impropre, de « régaliens », du type police, justice, armée, fisc et service diplomatique) et ceux, d'autre part, mettant en œuvre les « droits-créances » tirés du Préambule de la Constitution de 1946 (ce sont notamment les services publics de l'Éducation nationale, de la santé et de la sécurité sociale). A cela s'ajoutent les services publics par détermination de la loi par application de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 qui veut qu'un service public national qualifié par la loi comme tel ne peut être privatisé. Toutefois, cette disposition a pu aisément être contournée lors de la privatisation de France Telecom, de GDF et des sociétés d'autoroutes⁸. La protection au niveau constitutionnel est donc incertaine et il y aurait ainsi un intérêt à la renforcer.

5. La constitutionnalisation d'une « Charte des services publics » pourrait en outre s'inspirer de textes constitutionnels étrangers qui, eux, inscrivent le service public dans leur socle de valeurs fondamentales. Ainsi de la Constitution italienne qui précise que « Les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration. L'organisation des services détermine la compétence, les attributions et les responsabilités propres des fonctionnaires »⁹, de la Constitution colombienne qui affirme la primauté de l'intérêt général¹⁰ et, dans un chapitre entier, le régime de ceux-ci¹¹ ou encore de la Constitution espagnole qui protège les services publics fondamentaux au profit des Communautés autonomes¹².

6. Enfin, si, comme le laisse penser en filigrane l'exposé des motifs de la Charte, cette dernière a pour objectif de s'opposer aux politiques libérales de l'UE, il est à craindre

la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Ils complètent et vont au-delà du marché unique et constituent une condition préalable au bien-être économique et social des citoyens et des entreprises ».

⁷ Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi relative aux privatisations*.

⁸ Qu'il nous soit permis de renvoyer à P. Esplugas-Labatut, « Retour sur les services publics constitutionnels : une catégorie mort-née ? », in *Mélanges Serge Regourd*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 831.

⁹ Constitution italienne de 1947 art. 97.

¹⁰ Constitution colombienne de 1991, art. 1^{er}.

¹¹ Constitution colombienne de 1991, chap. V, art. 365 et s.

¹² Constitution espagnole de 1978, art. 158.

que celle-ci soit sans effet compte tenu du principe de primauté de l'UE qui s'applique à toutes les normes de droit interne y compris celles de valeur constitutionnelle¹³.

II. Les incertitudes sur le contenu d'une constitutionnalisation d'une « Charte des services publics »

Disons-le tout de suite et sans ambages : la version proposée par les sénateurs auteurs de la « Charte des services publics » n'est pas satisfaisante. Ce texte contient en effet des dispositions qui, non seulement, pour un certain nombre d'entre-elles, sont d'ordre militant, mais aussi, pour d'autres, sont inexactes juridiquement.

1. On s'attardera assez peu sur les considérants qui précèdent les dispositions de la Charte proprement dite et dont la portée est assez vague et générale. Il en est ainsi du premier considérant rédigé comme suit : « Considérant que toute activité qui concerne le développement social, culturel, éducatif, économique et personnel de la société tout entière a vocation à constituer un service public et à être défendue comme tel ». On peut au demeurant s'étonner de la mention selon laquelle le service public a vocation à concerner le « développement personnel », ce qui peut être jugé discutable d'un point de vue libéral.

Il en est ainsi aussi du second considérant « Considérant que le service public est le vecteur de l'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, afin de s'imposer à l'ensemble de la Nation ». Que le service public soit le « vecteur de l'intérêt général » et que ce dernier exige le dépassement des intérêts particuliers », on sait cela depuis longtemps et ce n'est contesté par personne ! On peut trouver aussi un brin « autoritaire » que cette conception « s'impose » à l'ensemble de la Nation ».

2. Les auteurs de la Charte s'échinent également, après tant d'autres, à poser, une définition du service public à l'article 1^{er} : « Les services publics concernent les activités indispensables à la réalisation et au développement de la cohésion sociale. Ils concilient le progrès social, la protection de l'environnement et le développement économique ». Pour la première partie, cette définition s'inspire directement de celle bien connue de Léon Duguit¹⁴. Sauf que l'on sait que la tentative de définition objective du service public a échoué. La définition du service public est en réalité, dans le sillage de celle donnée par Gaston Jèze¹⁵ et la jurisprudence administrative¹⁶, subjective, c'est-à-dire qu'est un service public ce que les pouvoirs publics ont défini comme tel, à un moment donné, en fonction d'un contexte donné (économique, social, juridique, politique...).

¹³ CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70, 17 déc. 1970, en dernier lieu, CJUE, n° C-792/22, *Parchetul de pe lângă Judecătoria Rupea e.a. contre MG*, 26 sept. 2024.

¹⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, 3^{ème} éd. 1928, t. 2, p. 61 : « C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernementale »

¹⁵ G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. 2, p. 16 : « Sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ».

¹⁶ CE, 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, n° 264541.

3. Parmi les dispositions problématiques, on trouve encore l'article 3 selon lequel « La personne publique assure directement le service public qu'elle a créé. À titre d'exception, une personne privée peut se voir déléguer la gestion d'un service public, en cas de nécessité impérative motivée ». Cette disposition peut être interprétée comme étant réticente, voire hostile, au procédé de la gestion déléguée. Or celui-ci a toujours existé historiquement et est un procédé banal de l'action publique. Dans toutes les communes de France, il existe des parkings, des transports en commun, des activités culturelles et sportives... qui font l'objet d'un contrat de concession. Dire que ce n'est « qu'à titre d'exception qu'une personne privée peut se voir déléguer la gestion d'un service public » et que cela ne peut se produire qu'en cas de « nécessité impérative motivée » revient à remettre en cause tout un édifice sur lequel sont bâties nos collectivités publiques. De plus, l'article semble ignorer totalement la gestion par un établissement public, pourtant largement utilisé comme mode de gestion d'un service public, tant par l'Etat que par les collectivités territoriales (régie autonome dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière).

4. On peut trouver également discutable la rédaction de l'article 4 selon lequel « L'État garantit la préservation et le fonctionnement pérenne de l'ensemble des services publics locaux ou nationaux. Pour ce faire, les financements publics doivent être suffisants afin de garantir leur bon fonctionnement et assurer la gratuité ou une tarification juste et équitable ». En effet, faire dépendre les services publics locaux de l'État peut être interprété comme l'expression d'une vision bien jacobine des services publics et malmenant le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Au nom d'ailleurs de ce principe, le financement des services publics locaux n'émane pour une large partie naturellement pas de l'État.

En outre, la plupart des services ne sont pas « gratuits » comme semble le dire cette disposition, l'acquittement d'une redevance est même la règle pour des services industriels et commerciaux. De plus, on ne sait pas trop ce que peut recouvrir une « tarification juste et équitable ».

5. On a du mal à mesurer l'impact de la formule de l'article 6 selon laquelle « Les gouvernants ont le devoir de prévenir et de limiter les atteintes aux services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux. Une évaluation sociale, environnementale et économique doit être préalable à toute modification du périmètre d'un service public ». Il est difficile de savoir ce que recouvrent les « atteintes aux services publics » à moins que ce ne soit la reprise d'un jargon syndical visant les politiques dites libérales, sans plus de précisions, qui, de ce point de vue, porteraient atteinte aux services publics.

6. En revanche, peut présenter davantage un intérêt l'article 2 de la Charte selon lequel « Le service public est régi selon les principes d'égalité, de continuité, de neutralité, d'adaptabilité et d'accessibilité. En découle un principe de proximité en vertu duquel un service public, qu'il soit dématérialisé ou non, doit impérativement proposer un accueil physique de proximité et accessible pour tous les usagers ». Il s'agit en effet de constitutionnaliser les « lois dites de Rolland » tout en les modernisant. Celles-ci reposent certes sur une réalité dont les applications notamment jurisprudentielles sont

nombreuses. Toutefois, on sait aussi que chacune de ces « lois », en fait, n'en est pas une et peut être déconstruite et remise en cause au vu du nombre d'exceptions ou de leur non application¹⁷. La véritable nouveauté est la consécration d'un principe d'accessibilité qui tend effectivement à émerger en droit positif sous ses aspects les plus techniques. Cependant, le principe de proximité demeure malaisé à identifier : est-ce une proximité géographique ? S'agit-il de la proximité administrative du service public ou de la proximité de la fourniture de la prestation ? Faut-il prévoir des distances minimales ou maximales ?

7. On peut éventuellement considérer que la disposition de l'article 7 de la Charte selon laquelle « Les agents et les usagers du service public disposent de droits et de pouvoirs leur permettant d'évaluer les missions à remplir et les moyens institutionnels, humains et financiers à mobiliser, afin de garantir le bon fonctionnement des services publics » est conforme au droit positif. En effet, tout le statut de la fonction publique est inspiré d'une conception d'agents publics ayant, parallèlement à des obligations, des « droits ».

De même, on peut tirer des différentes lois du service public des droits, quoique limités, en faveur des usagers. Toutefois, il est évident qu'en pratique les services publics dits industriels et commerciaux et obéissant à une logique économique s'adressent en pratique à des « clients ».

8. Enfin, la disposition de l'article 8 selon laquelle « la présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France » est concevable ou pour le dire plus familièrement « ne mange pas de pain ».

9. Devant tant d'insuffisances, alors que le principe de constitutionnaliser le ou les services publics peut être jugé pertinent, notre préférence irait à insérer dans la Constitution une disposition beaucoup plus prudente et concise. L'idée serait d'affirmer, au sein de notre pacte démocratique, soit au 2^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1958, la place et le rôle que les services publics jouent dans notre société.

Cette disposition pourrait être rédigée de la manière suivante : « Le peuple français proclame également son attachement aux services publics, au regard de la place qu'ils occupent comme valeurs communes de la République et au rôle fondamental qu'ils jouent dans la cohésion sociale et territoriale de la Nation. L'État et les collectivités territoriales, chacun dans la limite de leurs compétences respectives, veillent à ce que ces services publics fonctionnent sur la base des principes de continuité, d'égalité, de mutabilité et de neutralité et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Placée au cœur du Préambule de la Constitution, la disposition permettrait de consacrer le service public comme une valeur fondamentale de la République, qui a permis une certaine cohésion sociale. L'énumération des principes fondamentaux auxquels tous les services publics, administratifs comme industriels et commerciaux, sont soumis peut susciter un débat : est-il nécessaire de les figer ou faut-il au contraire les laisser évoluer ? La question se posera bien sûr, comme à d'autres époques, de savoir si le Préambule consacre des droits au profit des usagers (droit à la continuité par exemple)

¹⁷ Voir D. Charbonnel, *Une relecture des lois du service public*, thèse droit, Université de Limoges, 2019.

directement opposables aux gestionnaires du service public, ou s'il consacre certaines obligations au profit des gestionnaires publics... A un moment où la notion de service public est discutée, où les agents publics s'interrogent sur le sens de leur action, pourtant nécessairement orientée vers la satisfaction de l'intérêt général, une reconnaissance de l'importance de cette notion ferait sens, au-delà du symbole politique qu'elle véhicule.