

AVANT-PROPOS

Arnaud Mazières, *Juriste d'entreprise*

1. Pourquoi un numéro du *Droit Ouvrier* consacré aux modes de gestion du service public ? Ce choix peut surprendre, les revues juridiques spécialisées n'ayant pas pour habitude de sortir de leur créneau... à l'instar de la plupart de leurs fidèles lecteurs. Ce serait oublier que la Revue juridique de la Confédération générale du travail ne peut rester indifférente à l'égard de problématiques touchant tant à l'intérêt général qu'à la structuration des organismes employeurs ou encore à « *la ligne de partage entre le monde du service public et celui de l'entreprise* ». Aux fins de réalisation de ce numéro, nous avons contacté des spécialistes de ces questions à qui on saura gré d'avoir répondu immédiatement présents, offrant des contributions d'une très grande qualité.

Le « stroboscope législatif », qui bouleverse autant qu'il affaiblit des pans entiers du droit du travail, n'incite guère à se préoccuper de la réflexion menée dans les autres branches du droit. Pourtant la qualité et la rigueur des études proposées faciliteront ce dépaysement, passager mais profond. Car c'est à un voyage que nous convient ces auteurs, une croisière sur les rives du service public. Trajet déroutant – au sens littéral –, qui appelle un effort de compréhension, parfois pour mieux discuter les enseignements, mais toujours pour déboucher sur des réflexions stimulantes. Puisque, selon l'heureuse formule de l'un d'entre eux, « *la langue du droit ne suffit pas isoler les juristes du champ politique* », sachons saisir cette opportunité pour approfondir nos réflexions et, dans une autonomie réciproque, étayer nos revendications.

2. Les concepts juridiques caractérisant la gestion des services publics sont parfois insuffisamment mobilisés lors des luttes alors qu'une meilleure maîtrise de ceux-ci nourrirait le combat d'arguments supplémentaires à l'occasion des tentatives de démantèlements et remises en causes. Des épisodes récents ont montré toute la nécessité d'investir le débat et méritent d'être rappelés.

Le conflit de 2005 à la Régie des transports marseillais (RTM). Les aspects juridico-sociaux du conflit ne sont plus à rappeler : confrontée à un mouvement social d'une ampleur exceptionnelle, une Communauté urbaine, arc-boutée sur sa volonté de retirer l'exploitation du tramway à son propre établissement public et de l'externaliser, est confortée dans son autoritarisme par deux décisions des juges du fond refusant obstinément d'appliquer à cette grève un droit positif longuement mûri. C'est la chambre sociale de la Cour de cassation qui, très récemment, a dû rappeler fermement les principes : « *la défense du mode d'exploitation du réseau des transports urbains constituait, pour les employés de la RTM, établissement public industriel et commercial, une revendication d'ordre professionnel et que la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève* ». Ce qui allait sans dire, va encore mieux en le disant !

Le versant économique de la situation dans les transports urbains de voyageurs, moins connu, mérite tout autant l'attention. Le Conseil de la concurrence puis la juridiction d'appel ont, de façon contemporaine à cette affaire, caractérisé par des observations très dures et circonstanciées l'existence d'un cartel de

transporteurs se répartissant le marché des collectivités locales dans le cadre d'une entente. Et si la Chambre commerciale de la Cour de cassation a partiellement cassé la décision (v. p. 229), la sévérité du constat conserve toute son acuité : « *Au total, il est établi que les sociétés Kéolis, Connex (Véolia) et Transdev ont explicitement coordonné leurs comportements, au plan national, dans le cadre des procédures de délégation de service public en matière de transport collectif urbain. Il est établi que les directions générales étaient informées des résultats de la surveillance étroite opérée par les filiales, pour nourrir les entretiens que les trois directions avaient entre elles, et que des représailles étaient possibles, sur ce marché ou sur des marchés connexes, en cas de dévoiement à la ligne de conduite commune adoptée : "chacun chez soi". Il est établi que ni les donneurs d'ordre, ni les "franc-tireurs" n'ont pu s'opposer à la mise en œuvre de cette ligne de conduite et qu'il en est résulté une hausse des prix.* » (pt 218, Cons. conc. déc. 05-D-38).

Le rapprochement avec le choix de gestion de la communauté de Marseille est, sur un plan critique, fécond. Comment peut-on justifier sérieusement l'externalisation de la gestion de ce tramway à une entité privée, livrant alors ce marché supplémentaire audit cartel alors que, géré par un établissement public, il lui échappait *ipso facto* ? Que dire lorsque la mise en concurrence, au cas d'espèce, n'a généré... qu'une seule candidature, indice révélateur de la viscosité du marché ? Qu'ajouter au fait que le groupement candidat comprend... l'un des membres de l'entente ? Une réelle approche soucieuse de l'intérêt général n'aurait-elle pas dû conduire à réfléchir, à supposer insuffisantes les capacités de l'établissement public, à des partenariats sur un mode non-marchand ?

La réforme législative en vue de la fusion de GDF et Suez (2006). Après avoir transformé GDF en société anonyme par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 (et que Nicolas Sarkozy se soit engagé à ce que l'Etat conserve une part majoritaire du capital), l'entreprise était offerte à Suez paradoxalement sous la forme juridique d'un projet d'absorption par GDF. Une modification législative préalable s'avérait toutefois nécessaire. Les enjeux d'une telle opération associés à des objections majeures ont nourri une résistance de grande ampleur. L'importance stratégique de cette entreprise dans la garantie d'un approvisionnement énergétique de la France n'est plus à démontrer. Mais cela ne doit pas occulter de nombreux autres arguments allant à l'encontre d'une fusion avec un opérateur privé : souci d'un développement durable qui ne relève pas d'un simple marketing d'entreprise, nécessité de tarifs administrés proches des coûts de revient et non ajustés en fonction du marché et des spéculations, refonte du mode de fixation des tarifs qui garantisse la transparence de ceux-ci en recourant à un organisme représentatif des consommateurs, des élus et des salariés... De tels arguments doivent conduire à examiner avec attention la revendication, soutenue par la CGT, d'une fusion des groupes GDF et EDF.

Ce projet du législateur consistant à abaisser de 70 % à plus du tiers le seuil de détention publique, contrevenait très directement au neuvième alinéa du Préambule de la constitution de 1946 d'après lequel « *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.* » ainsi que l'a amplement démontré le mémoire produit devant le Conseil constitutionnel par la Confédération générale du travail, mais également tel que cela avait été relevé fermement par la doctrine. Que la

démarche n'ait pu aboutir à la censure attendue ne doit pas décourager de recourir à ce type d'intervention, la mise en évidence des contorsions et compromissions d'un adversaire laissant des traces et constituant autant de points d'appui dans les luttes futures.

On relèvera que, récemment, c'est du droit commercial qu'est venue une victoire sur cette question de fusion : la mobilisation déterminée de leurs droits à l'information et à la décision par les administrateurs représentant les salariés a conduit à un arrêt de première importance de la chambre commerciale de la Cour de cassation dont les ressorts sont détaillés par Quentin Urban. Loin de présenter un caractère exotique, aux effets ponctuels, cette réversibilité des exigences de bonne gouvernance ouvre des pistes prometteuses dont ne manqueront pas de s'emparer les élus au sein des Conseils d'administration, leur travail devant permettre de contrebalancer les dérives financières et technocratiques ainsi que l'expose Gilbert Thibal.

Ces deux exemples sont particulièrement éclairants quant à l'intérêt d'une mobilisation fine du droit, sans illusion mais sans a priori : comme en matière de droit du travail, « *la connaissance des droits, leur utilisation, enrichissent l'action syndicale, peuvent améliorer le rapport de force* ».

3. Une question autre consiste à s'interroger sur les rapports entretenus par les agents et salariés avec le service public dont ils assurent le bon fonctionnement. L'attachement aux services publics manifesté par les salariés s'exprime fréquemment dans la conviction, justifiée ou pas, que les droits des salariés et agents y sont mieux défendus. Les entreprises de service public apparaissent parfois comme des lieux d'expérimentation pour des droits nouveaux des travailleurs. Les salariés, lorsqu'ils relèvent de secteurs mixtes, manifes-

tent une nette préférence pour le rattachement au secteur public – mais pas nécessairement au statut d'agent public – susceptible d'écarter, à leurs yeux tout du moins, le spectre des restructurations accompagnées de leur cortège de licenciements économiques. Selon cette conception, la défense des services publics est d'abord la défense d'un statut du personnel.

La défense des services publics par les usagers peut venir à l'appui de cette perception par les salariés. En effet, elle rejoint certaines de ces préoccupations quand l'argumentation repose sur les garanties qui leur sont données, quant à la qualité du service et quant au respect des réglementations générales relatives à leurs droits. Cela est vrai notamment en matière de désintéressement des agents.

4. L'influence communautaire sur le service public, à travers notamment le rôle central que le traité de Rome confère à la concurrence, est indiscutable. Mais il serait réducteur de voir dans les évolutions de ces vingt dernières années – l'extension du champ des prestations marchandes, la banalisation de l'action économique des personnes publiques –, la seule « main invisible » européenne. En outre, ainsi que l'exposent Pierre Bauby et Jacques Caillosse, le droit européen confère une portion, certes congrue mais croissante, aux services d'intérêt général : Commission et Conseil, souvent par le biais de textes dépourvus de portée normative, CJCE par quelques arrêts nuancés (en dernier lieu *Altmark Trans.* et *Asemfo c. Tragsa*). Ces évolutions, fondées sur une « régulation » censée domestiquer les contre-performances du marché, seront-elles suffisantes pour contrebalancer les effets de « polarisation » mettant en cause certains objectifs de service public ?

5. Les formes diverses de l'attribution d'une mission de service public, en particulier selon une habilitation unilatérale ou conventionnelle, et de leur gestion (gestion directe, établissement public, gestion déléguée au secteur marchand ou non-marchand), qui transparaissent dans une situation contrastée des agents et salariés, sont remises en cause au profit quasi-exclusif d'un mode de dévolution contractualisé, après une mise en concurrence d'acteurs le plus souvent marchands. La mise en valeur de la convergence entre ces perceptions du service public conçu comme une activité prise en charge ou contrôlée par une personne publique paraît essentielle. Elle permet aussi, tout en respectant la diversité, de retrouver l'unité commandée par la recherche de l'intérêt général. Trop souvent mobilisée pour bâillonner les personnels, cette notion – qui n'est certes pas leur – ne peut exister sans eux. Eux dont la fragmentation des statuts, dont seules quelques plumes expertes telle celle de Yves Saint-Jours peuvent rendre compte, a de quoi dérouter l'observateur le plus averti. En témoigne le désarroi des juridictions face, par exemple, aux contrats emploi-solidarité : combien de décisions du Tribunal des conflits pour simplement rappeler le caractère de droit privé par détermination de la loi du contrat de ces travailleurs précaires ?

C'est encore à propos des personnels que le législateur retrouve un subit engouement à donner un effet, étroit mais radical, à l'intérêt général. La continuité du service public – quasi-indifférente aux pouvoirs publics lorsque sa remise en cause est due à la vétusté des matériels ou à la rarefaction des services en zone rurale en raison de restrictions financières – devient subitement un enjeu décisif pour l'opposer aux travailleurs en grève. La loi du 21 août 2007 applicable aux transports de voyageurs, dont le contenu est analysé par Francis Saramito, organise une désarticulation des sources du

droit entre l'exercice individuel du droit de grève, la négociation collective et la décision unilatérale de l'entreprise, l'ensemble surplombé par l'intervention de diverses autorités administratives. L'exercice de ce droit fondamental y est enserré dans une profusion procédurale qui n'a d'autre objet réel que rendre illégaux, notamment par des délais irréalistes, les mouvements collectifs et ainsi contribuer à faire basculer le rapport de force dans les négociations. L'ensemble de ces problématiques doit impérativement être rapporté au contexte de l'externalisation croissante des services publics : les travailleurs des services concernés, salariés de sociétés commerciales, sont astreints à des obligations exorbitantes alors même qu'ils n'ont pas toujours conscience d'une mission de service public, résultant de complexes montages issus du droit public des affaires, ainsi que plusieurs arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation l'illustrent.

6. Le droit du travail n'est pas un mauvais poste d'observation pour s'intéresser aux évolutions de l'intérêt général et du service public. D'évidentes parentés dans les évolutions se font jour, sans que l'on puisse toujours déterminer avec certitude si cette proximité est due à de communs mouvements de fond ou à la superficialité d'une législation-spectacle.

D'une « contractualisation » de l'action publique selon de multiples avatars (le curseur allant de la délégation de service public jusqu'aux « contrats » internes à l'Administration), à une sacralisation d'un « client » (le terme « usager » est banni) dont le mécontentement est inévitablement soumis à un dispositif de communication dénommé « médiateur », largement impuissant, le modernisme se conjugue selon un droit mou dont les ambiguïtés ne sont plus à souligner.

Et la préoccupation de l'intérêt général prétend trouver sa traduction par l'association exponentielle de partenaires privés aux politiques publiques. Dans une société où l'unilatéralisme a mauvaise presse, où le conflit, voire le simple désaccord, est vu comme une manifestation pathogène, la contractualisation est porteuse d'une idéologie partenariale, elle structure une acceptation forcée, dans un consensus étouffant.

La dilution des principes n'est pas le moindre des effets de ces politiques ainsi que le montre Geneviève Koubi en mettant en évidence le dévoiement du service public vers un service à la personne ; la banalisation de l'action économique des personnes publiques, déjà relevée ci-dessus, alimente cette « reconsidération de la notion de service public en écartant toute considération de la qualité du prestataire ». Et l'évolution, analysée par Marc Véricel, d'un service public de l'emploi qui conjugue centralisme et privatisation constitue une illustration éclatante de cette dégénérescence. Les biais de la justification du recours aux opérateurs privés de placement offrent à cet égard un levier non négligeable pour appuyer la revendication de la CGT d'un grand service public de l'emploi, véritablement soucieux de ceux qui sont privés de leur droit à l'emploi mais également prenant en compte les travailleurs de ces organismes, emportés dans la tourmente d'une réorganisation bâclée.

7. Cette contractualisation croissante prétend s'appuyer sur une recherche d'efficacité accrue. Qui pourrait se déclarer en désaccord avec un tel objectif ? Ou nier la nécessité de réformes en profondeur des entités en charge de la gestion des services publics, y compris bien entendu lorsqu'il s'agit de personnes publiques ? Mais souscrire à cette exigence n'implique nullement d'adhérer à l'axiome selon lequel

seul le secteur privé est en capacité d'assurer un service de qualité au coût moindre. De nombreux arguments plaident au contraire en sens inverse. C'est l'une des grandes forces de l'exposé de Gilles Guglielmi que de mettre en relief, avec une acuité particulière, la matrice gestionnaire de l'externalisation et les risques de dilution de l'attention portée à l'intérêt général. Depuis bien longtemps, la sociologie des organisations a montré que la bureaucratie n'est pas cantonnée aux organismes publics. Et le modèle de dévolution au marché est générateur de coûts faramineux dépourvus du moindre impact sur la qualité du service rendu : coûts d'organisation des appels d'offre et de la mise en concurrence, frais de publicité... sans oublier bien entendu la rétribution des actionnaires. Les logiques mises en œuvre dans ces deux modèles ne sont pas identiques. Même si l'on admettait que relevant du public ou du privé, le service obéit désormais à une logique marchande et se préoccupe surtout de rentabilité, les "profits" (d'ordre financier) qui en découlent n'ont pas la même fonction. La distinction qu'avait élaborée René Chapus entre les « activités de plus grand service » et les « activité de plus grand profit » peut en effet reprendre de la vigueur. Les activités de plus grand service sont déterminées en fonction de la satisfaction de l'intérêt général, la réponse aux besoins des administrés permettant l'exercice des droits et libertés ; les activités de plus grand profit sont destinées à permettre le financement des activités de plus grand service, les bénéfices se réalisant au profit d'une amélioration de l'activité de service public (d'où la priorité donnée aux investissements et non aux rémunérations des actionnaires !).

8. La présente introduction ne prétend pas faire valoir une supériorité intrinsèque de la gestion publique : c'est justement la faiblesse du dis-

cours libéral que de combattre, de manière dogmatique et systématique, un mode de gestion. Au cas par cas, selon des critères variables (degré de technicité, nécessité d'une capitalisation, état du marché et des opérateurs...) dont la pondération varie selon la nature de l'opération projetée, la gestion du service public peut être réalisée par une personne publique ou une personne privée. On relèvera avec intérêt que lorsque la volonté politique est présente, des progrès notables peuvent être menés. Ainsi le Conseil général des Landes a modifié le taux des subventions versées par le budget du département pour les travaux d'adduction d'eau potable et d'assainissement des communes, en majorant ce taux de 5 points lorsque le réseau est exploité en régie et en le diminuant de 5 points lorsqu'il est affermé (externalisé). Un tel crime de lèse-majesté ne pouvait rester impuni ! Sur déféré préfectoral, les juges du fond ont annulé à deux reprises la délibération. Le Conseil d'Etat a refusé, à juste titre, d'y voir une forme de tutelle portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales, pas plus qu'une rupture de l'égalité devant les charges publiques ou encore une atteinte au libre exercice de l'activité professionnelle des sociétés fermières et a donné raison au Conseil général.

Lorsque l'externalisation est acquise, la contribution de Gilles Guglielmi fournit également des enseignements déterminants, qu'il s'agisse d'encadrer le périmètre de l'activité externalisable ou de s'assurer de la réalité d'un contrôle du déléguant sur le déléguataire. Cette dernière condition devrait constituer la pierre angulaire de l'externalisation, plus encore que la mise en concurrence périodique ; et les organismes de représentation du personnel, animés par les organisations syndicales, pourraient jouer un rôle substantiel. La contribution d'Alain Gély illustre, selon un prisme économique, de manière

particulièrement convaincante, l'intérêt pour le mouvement syndical d'une telle appropriation. Force est de reconnaître que nous sommes loin de cet encadrement, aussi bien en pratique qu'en droit positif.

9. Dans tous les cas, les acteurs sont contraints par les métastases de la logique concurrentielle qui vient fissurer les édifices – du droit du service public comme parfois du droit social (on renverra à cet égard au calamiteux arrêt *Speiraa* du conseil d'Etat). La mise en rapport du service public avec la logique concurrentielle, dont Jacques Caillosse brosse un portrait saisissant depuis les arrêts *Million et Marais* et *EDA*, réalise un changement de paradigme. Si la restructuration à l'œuvre opère plus un déplacement des frontières qu'elle ne remet frontalement en cause les activités de service public, elle porte en elle les germes d'évolutions que les travaillistes reconnaîtront aisément notamment la recherche d'une définition de l'entreprise au travers de la distinction des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux ou encore une prétendue analyse économique du droit, habillage rhétorique habile de la vulgate libérale.

Uniquement envisagée sous l'angle d'un coût dont le montant est en large partie fantasmé, la réforme de l'action administrative se borne à mettre en œuvre un projet managérial, source d'une opacité renforcée. De ce constat, Jean-Christophe Le Duigou dresse des pistes d'action où le changement serait conduit dans le respect de la démocratie et de l'inaliénabilité des biens publics et droits sociaux.

Ce numéro n'aurait pu voir le jour sans le précieux concours de Geneviève Koubi. Qu'elle en soit remerciée.

Arnaud Mazières