

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PUBLIC

N° 4 - avril 2020

Chronique de droit public (juillet 2019 à fin décembre 2019)

Écrit par

Pierre-Yves GAHDOUN



Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

La consécration d'une exigence de (presque) gratuité de l'enseignement supérieur

Décision n° 2019-809 QPC du 11 octobre 2019

Union nationale des étudiants en droit, gestion, AES, sciences économiques, politiques et sociales et autres [Droits d'inscription pour l'accès aux établissements publics d'enseignement supérieur]

Encore un nouveau principe constitutionnel en 2019 ! Dans sa décision du 11 octobre 2019, le Conseil consacre une « exigence constitutionnelle de gratuité » de l'enseignement supérieur et souligne dans son communiqué de presse le caractère original et inédit de cette consécration – ce qui ne fait aucun doute d'un point de vue strictement juridique. Mais derrière le vernis flatteur de la nouveauté, on peut aussi voir une décision étonnante qui revendique une gratuité... et valide dans le même mouvement une disposition permettant la perception de frais d'inscription.

Mais d'abord, où se situe précisément la « nouveauté » ?

Le 13^e alinéa du Préambule de 1946 indique que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». Sur cette base assez précise -- « à tous les degrés » dit bien le Préambule -- des requérants avaient tenté au début des années 1970 de contester devant le Conseil d'État la réglementation permettant aux universités de percevoir des droits d'inscription. Malheureusement, leurs assauts s'étaient heurtés à la théorie de la loi écran et au refus de la juridiction administrative d'exercer un contrôle de constitutionnalité dans un domaine marqué par une législation ancienne et abondante.

Presque cinquante ans plus tard, le Conseil d'État est à nouveau confronté au même problème de la constitutionnalité des droits d'inscription, cette fois-ci par le biais d'une QPC présentée par des associations d'étudiants. Jugeant la question « sérieuse », le juge administratif renvoie cette QPC au Conseil constitutionnel pour qu'il tranche enfin ce vieux débat sur la portée du 13^e alinéa.

Le Conseil répond dans la décision du 11 octobre 2019 en affirmant que le Préambule de la Constitution de 1946 « exige » une gratuité de l'enseignement à tous les étages du service public de l'éducation, y compris l'enseignement supérieur. Ce faisant, le juge constitutionnel interprète le 13^e alinéa de la façon la plus large et offre un cadre constitutionnel au régime des droits d'inscription dans l'enseignement supérieur.

Est-ce suffisant pour voir dans cette décision une œuvre originale, inédite, et pourquoi pas une « grande » décision ? On penchera volontiers vers une réponse négative pour au moins deux raisons.

D'abord parce que le Conseil avait déjà reconnu, dans une décision du 9 août 2012 ⁽¹⁾, une « obligation constitutionnelle d'organiser un enseignement public gratuit » sur le fondement du 13^e alinéa du Préambule de 1946, sans toutefois préciser, dans cette affaire, à quel degré de l'enseignement public devait s'appliquer la gratuité. La décision du 11 octobre 2019 vient donc clarifier -- seulement -- un principe constitutionnel déjà existant.

Ensuite parce que si l'on veut bien admettre que les mots de la Constitution possèdent un semblant de signification, personne ou presque ne peut sérieusement contester qu'une gratuité de l'enseignement public « à tous les degrés » doit normalement s'appliquer aux sphères les plus hautes du système éducatif. En d'autres termes, affirmer que le 13^e alinéa du Préambule de la Constitution impose une exigence de gratuité de l'enseignement supérieur, ce n'est pas créer de toute pièce un principe ignoré par la Constitution, c'est plutôt répéter un peu autrement (à peine) une parole déjà présente dans la boutique constitutionnelle depuis longtemps.

En réalité, la « vraie » nouveauté réside davantage dans le tempérament que dessine le Conseil dans cette décision. À la question de savoir si une loi peut valablement permettre aux établissements d'enseignement de percevoir des frais d'inscription, le Conseil répond de façon positive et ne censure pas la disposition en cause, alors même que la « nouvelle » exigence de gratuité semblait s'y opposer fermement. Pourquoi ? Parce que, selon les Sages de la rue Montpensier, la gratuité n'interdit pas le paiement par les étudiants de droits d'inscription dès lors que ces droits sont faibles, peu élevés, « modiques » dit le Conseil.

Autrement dit -- et là se situe la véritable audace -- le juge reconnaît dans cette affaire une sorte de gratuité non gratuite en affirmant sans trembler qu'une obligation de payer n'est en rien contraire à une exigence de gratuité. Gratuit signifie donc, pour le Conseil, « pas cher » ou « bon marché », mais nullement « non payant ». Pourtant, ce n'est pas tout à fait la définition qu'en donne le dictionnaire de la langue française... ou même le Code civil qui parle de gratuité comme une absence totale de contrepartie (pour les contrats « à titre gratuit », art. 1107).

Résumons : si le 13^e alinéa du Préambule du 1946 indique clairement que l'enseignement public doit être gratuit à tous les degrés, le Conseil précise, dans la décision du 11 octobre 2019, que cette gratuité ne signifie pas « gratuit » au sens commun du mot. Ou, pour faire encore plus simple, on sait dorénavant que le Préambule de 1946 n'impose en réalité aucune gratuité pour l'enseignement public, c'est-à-dire « non payant ».

Qui a dit que le Conseil avait reconnu en 2019 un principe de gratuité de l'enseignement supérieur ?

Droit de la production législative : le Conseil constitutionnel recadre et précise sa jurisprudence

Décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019

Loi d'orientation des mobilités

Dans sa décision du 20 décembre 2019, le Conseil rénove en profondeur sa jurisprudence relative à la production des lois. Plusieurs domaines sont concernés par cette vague d'innovations.

I. En premier lieu, se posait au Conseil la redoutable question de savoir dans quelle mesure le gouvernement peut valablement déléguer à un prestataire privé le soin de produire l'étude d'impact qui accompagne en principe la loi discutée au Parlement. Les requérants reprochaient en effet au gouvernement d'avoir confié une bonne partie du travail visant à préparer la Loi d'orientation sur les mobilités à des cabinets d'avocats, alors même que, selon eux, l'article 39 de la Constitution ne permet pas une telle « délégation » de compétences. En clair, les services ministériels doivent-ils intégralement élaborer les projets de loi ou peuvent-ils, faute de temps et/ou de compétences, abandonner cette mission à des opérateurs privés -- qui ne travaillent pas gratuitement... ?

Le Conseil répond sans nuance que ni la Constitution ni les dispositions organiques n'imposent une quelconque obligation en la matière, et qu'il est donc tout à fait possible de faire écrire la loi en dehors des ministères, par des avocats ou des entreprises spécialisées -- l'essentiel étant seulement que le projet final, dans son ensemble, soit « délibéré en conseil des ministres ». Peu importe l'auteur réel du texte dès lors que l'auteur juridique, celui qui appose sa signature en bas du document, correspond bien aux exigences fixées par les dispositions constitutionnelles et organiques.

Que penser de cette solution ?

En droit, la réponse du Conseil se tient parfaitement : la Constitution n'impose pas que les études d'impact -- et plus largement la loi elle-même -- soient

élaborées par des agents publics ou des services particuliers de l'État. On ne voit pas d'ailleurs de quelle façon le Conseil pourrait contrôler les multiples étapes de la préparation des textes de loi, sauf à connaître tous les secrets des ordinateurs et le rôle précis de chacun des collaborateurs.

En pratique, si l'on déplace un peu le débat sur le terrain plus général de la fabrication des lois, il n'est au demeurant pas certain que l'on retrouve la main de l'État à tous les paliers du processus législatif : faut-il obliger les parlementaires à rédiger eux-mêmes les amendements déposés lors de la discussion des textes de loi -- et combien en resterait-il alors de vraiment « parlementaires » ? Devrait-on aussi exiger des députés et des sénateurs qu'ils produisent intégralement et sans aide extérieure les saisines du Conseil constitutionnel, puisqu'ils sont officiellement les signataires de la requête ? À vrai dire, rien ne l'impose. En revanche, le droit peut et doit encore veiller au bon usage des deniers publics en vérifiant, comme il le fait classiquement, que ces « marchés » d'aide à la confection des études d'impact ont été passés dans les règles et selon les bonnes procédures. Mais c'est une autre question !

II. Dans cette décision du 20 décembre 2019, le Conseil innove également en jugeant -- de façon étonnante -- qu'une loi de programmation doit respecter les principes constitutionnels et peut ainsi subir une censure dans la mesure où ces principes seraient méconnus.

Pourquoi de façon étonnante ? Parce que, à bien lire la jurisprudence constante du Conseil, une loi de programmation ne prescrit rien, elle... programme, c'est-à-dire qu'elle fixe des objectifs à atteindre mais n'établit aucune norme susceptible de guider nos comportements. Il faut d'ailleurs se souvenir que les lois de programmation ont été rénovées en 2008 pour contrer la jurisprudence des « neutrons législatifs », en offrant aux parlementaires un mode d'expression différent, hors des sentiers balisés et contraignants de la loi ordinaire⁽²⁾. On pensait donc légitimement qu'une loi de programmation ne pouvait jamais être contraire à un principe constitutionnel, car précisément elle ne comporte aucune disposition « normative ».

Mais le Conseil surprend en affirmant que « *les objectifs assignés par la loi à l'action de l'État ne sauraient contrevenir à cette exigence constitutionnelle* (l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement) ». Comme souvent, il faut (bien) lire les « commentaires » pour percevoir toute la substance de la formulation. Mais le revirement ne fait aucun doute : en exigeant qu'une disposition « programmatoire » soit bien conforme à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, le Conseil impose dorénavant au législateur de respecter les exigences constitutionnelles lorsqu'il adopte une loi de programmation, et même si cette loi ne contient aucune norme particulière.

Pour expliquer cette innovation jurisprudentielle, le « commentaire » s'appuie sur les pratiques suivies de longue date par les formations consultatives du Conseil d'État. Il reste que l'on peut tout de même s'étonner en apprenant qu'une disposition sans portée normative peut être jugée contraire à la Constitution : car soit la disposition n'est pas normative et dans ce cas elle ne peut méconnaître aucun principe constitutionnel, soit elle est effectivement normative et elle perd alors son caractère de disposition « programmatoire ». Comment un texte qui ne crée juridiquement rien pourrait d'une façon ou d'une autre heurter un principe constitutionnel ?

Il est vraiment temps que le Conseil définisse un peu mieux cette notion de « normativité » !

III. Le Conseil a ensuite censuré, de façon inédite, une disposition de la loi qui permettait au gouvernement de généraliser, par voie d'ordonnances, des expérimentations législatives en cours.

D'une manière générale, le contrôle des lois d'habilitation pose toujours au Conseil beaucoup de difficultés. Ce contrôle suppose en effet de placer dans la balance deux exigences constitutionnelles parfaitement opposées : d'un côté, l'obligation pour le législateur d'indiquer « avec précision » les mesures que doit adopter le gouvernement pour mener sa réforme ; mais, de l'autre côté, l'interdiction faite à la loi d'imposer une action déterminée au pouvoir exécutif (au nom de la séparation des pouvoirs). Préciser mais pas trop... L'équation n'est pas simple. Elle se complique encore quand l'habilitation concerne une expérimentation dont le résultat n'est pas connu, puisque dans ce cas le législateur permet au Gouvernement d'agir dans le domaine de la loi sans avoir la possibilité de mesurer les conséquences de l'expérimentation, et donc sans avoir la faculté d'apprécier l'opportunité d'une intervention législative.

Pour éviter sans doute que cette pratique des « habilitations-expérimentations » ne se répète trop souvent, le Conseil juge de façon radicale que « *le Gouvernement ne saurait être autorisé à procéder à la généralisation d'une expérimentation par le Parlement, sans que ce dernier dispose d'une évaluation de celle-ci ou, lorsqu'elle n'est pas arrivée à son terme, sans avoir précisément déterminé les conditions auxquelles une telle généralisation pourra avoir lieu* ». On sait maintenant qu'une expérimentation législative doit rester dans le giron du Parlement jusqu'à son terme. Et ce n'est pas si mal.

La réforme de la fonction publique validée par le Conseil constitutionnel

Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019

L'adoption de la loi de transformation de la fonction publique a permis au Conseil constitutionnel d'étoffer et de préciser sa jurisprudence relative au droit de la fonction publique.

D'une manière générale, trois questions se posaient au Conseil dans cette affaire : le législateur peut-il encadrer le droit de grève des fonctionnaires territoriaux ; peut-il également limiter la participation des agents publics à la « détermination de leurs conditions de travail » ; enfin, est-il possible de recruter des agents de direction par le biais d'un contrat de travail (de droit privé), et non par la voie « normale » du concours ?

I. En matière de droit de grève, la jurisprudence du Conseil est ancienne et globalement peu contraignante. Les Sages ont en effet déduit de la formule très générale du 7^e alinéa -- « *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* » -- une grande liberté du législateur pour limiter l'exercice du droit de grève des travailleurs, y compris les fonctionnaires. Mais jusqu'à quel niveau la loi peut-elle réduire ce droit de grève et même l'interdire ? Le Conseil n'a jamais répondu clairement à cette question, mais la décision ici commentée permet de mesurer le degré particulièrement bas d'exigences en la matière.

En l'espèce, l'une des dispositions de la loi invitait les partenaires sociaux et l'autorité territoriale (par exemple une commune) à négocier et conclure un « accord » pour déterminer dans quels services publics et selon quelles modalités le droit de grève des agents territoriaux pouvait être, à l'avenir, purement et simplement interdit -- par exemple dans le service de la collecte des déchets ou dans le service de l'accueil périscolaire. Par contrat, il est donc possible de « supprimer » le droit de grève des agents territoriaux. Avec néanmoins un garde-fou : ce sont bien les organisations syndicales qui discutent et éventuellement refusent le régime de ce service minimum local, et cela permet en théorie de préserver les droits fondamentaux des agents. Mais que se passe-t-il si la négociation n'aboutit pas à la conclusion d'un accord ? Dans ce cas, précise la nouvelle loi, à défaut d'accord dans un délai de douze mois après le début des négociations, « les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public » sont fixés... par une décision de l'autorité territoriale -- seule !

Si l'on peut admettre sans peine que la loi renvoie à un accord entre les organisations syndicales et les autorités locales le soin de déterminer l'encadrement du droit de grève -- car cet accord implique une acceptation indirecte des agents --, on peut douter, en revanche, de la constitutionnalité d'un mécanisme qui « délègue » à une autorité administrative le pouvoir de réglementer en toute liberté l'exercice du droit de grève⁽³⁾. C'est bien la loi, dit le Préambule de 1946, qui « régleme

nt » le droit de grève. Les requérants voyaient ainsi, dans cette disposition, une incompétence négative du Parlement, et par ricochet une atteinte au 7^e alinéa.

Fidèle à sa jurisprudence passée, le Conseil écarte néanmoins ces griefs en estimant que le législateur « *a suffisamment délimité le champ des services publics soumis aux dispositions contestées (...) et encadré le contenu de l'habilitation ainsi donnée aux organisations syndicales et à la collectivité ou à l'établissement* ». Les autorités locales peuvent donc limiter seules, voire interdire l'exercice du droit de grève, et même si les organisations syndicales s'opposent à l'instauration de ce « service minimum ».

II. En matière de droit à participation des agents, les requérants dénonçaient deux dispositions de la nouvelle loi.

- Ils contestaient d'abord la disposition qui supprime l'avis des « commissions administratives paritaires » en matière de « décisions individuelles » relatives à la carrière des fonctionnaires. Par ces « décisions individuelles », l'autorité publique détermine des éléments importants de la carrière des agents : mutation, promotion interne, avancement de grade... Jusqu'à la nouvelle loi, ces décisions individuelles étaient systématiquement « validées » par des commissions paritaires, ce qui permettait aux représentants des agents présents dans ces commissions de faire entendre leurs voix et parfois d'empêcher des dérives. Or, en effaçant le contrôle des représentants des agents sur ces décisions individuelles, le législateur aurait, selon les requérants, porté une atteinte inconstitutionnelle au 8^e alinéa du Préambule (qui impose une participation des travailleurs, « par l'intermédiaire des délégués », à la détermination des conditions de travail).

Mais le Conseil rejette l'argumentation en jugeant que les décisions individuelles relevant par nature d'un élément « individuel » de la carrière de l'agent, le principe de participation ne saurait s'appliquer, car il suppose une détermination « collective » des conditions de travail. En quelque sorte, le 8^e alinéa est ici sans objet.

Le raisonnement serait valable si aucune décision individuelle n'était soumise aux commissions paritaires. Or, il se trouve que le législateur a maintenu l'avis des commissions pour certaines décisions individuelles (par exemple celles relatives à la discipline et au licenciement pour insuffisance professionnelle), ce qui démontre la nécessité de faire intervenir les représentants des agents sur ces questions sensibles, et donc la pleine effectivité du droit à participation.

Par ailleurs, le Conseil confond « détermination collective » et « décision collective » : le 8^e alinéa impose une détermination collective des conditions de travail, mais cette détermination collective peut tout à fait intéresser des décisions... individuelles, c'est-à-dire des décisions qui concernent les

conditions de travail de tel ou tel agent. Il faut et suffit que le choix, la détermination de la règle en matière de travail, soit énoncé de façon collective, « à plusieurs ». Mais cette règle peut porter, et cela arrive souvent, sur un élément individuel de la carrière des travailleurs.

- Les requérants dénonçaient également l'instauration des nouveaux « comités sociaux » en remplacement des anciens CHSCT de la fonction publique. Plus précisément, ils critiquaient le fait que ces comités sociaux ne comportent pas toujours une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, car cette formation est imposée par la loi seulement dans le cas où l'administration en cause dépasse un certain seuil d'effectifs, dans certains établissements. Or, en l'absence d'une telle formation, les conditions de travail des agents pourraient être moins bien préservées, ce qui constituerait alors un net recul dans la garantie des droits sociaux des travailleurs.

Sur ce point aussi, le Conseil écarte le grief tiré de l'atteinte au 8^e alinéa du Préambule et juge que l'absence de « formation spécialisée » n'empêche pas les comités sociaux de se saisir des questions relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail des agents.

En clair, dit le Conseil, si la loi crée une différence entre les comités sociaux qui disposent d'une formation spécialisée en matière de sécurité et de santé et les comités sociaux qui ne disposent pas d'une telle formation, cette différence ne « compte » pas vraiment puisque, dans les deux cas, les comités seront compétents en matière de sécurité et de santé. Une façon polie de dire que la distinction établie par le législateur n'a strictement aucune utilité !

III. Un dernier élément a fait débat dans cette décision : la question de savoir si des postes de direction dans la fonction publique territoriale peuvent, ou non, faire l'objet d'un contrat de travail de droit privé.

L'une des dispositions de la nouvelle loi permet en effet le recrutement d'agents dans un emploi de direction sans passer par la voie habituelle du concours. Or, les députés requérants soutenaient qu'une telle situation entraînerait une atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public dès lors que les agents contractuels ne disposent pas des mêmes garanties que les fonctionnaires et ne sont pas soumis aux mêmes devoirs. Les requérants invoquaient également l'atteinte à un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » en vertu duquel les fonctions régaliennes doivent toujours être exercées par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire.

Mais le Conseil rejette ces arguments sans ménagement, en estimant qu'un tel « principe fondamental reconnu par les lois de la République » n'existe pas et que, en tout état de cause, rien « *n'interdit au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires* », quel que soit l'emploi concerné.

À bien lire cette décision, on peut donc en déduire -- et c'est un enseignement important -- qu'il n'existe aucun principe constitutionnel imposant au Parlement de réserver certains emplois de l'administration à des fonctionnaires, y compris les postes mettant en scène les fonctions régaliennes et/ou de direction de l'État.

La contractualisation en marche de la fonction publique peut ainsi se poursuivre sans craindre un désaveu des Sages.

(1) : Cons. const., déc. n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, cons. 76, Rec. p. 461.

(2) : Un mouvement qui va de pair avec la réforme des « résolutions ».

(3) : La célèbre jurisprudence *Dehaene* (CE, 7 juillet 1950) n'est ici d'aucun secours (elle autorise les chefs de service à réglementer le droit de grève en l'absence de loi), car il existe bien une loi - précisément celle qui est contestée - visant à encadrer l'exercice du droit de grève. Sur les suites plus ou moins glorieuses du droit de grève dans la jurisprudence du juge administratif, qu'il me soit permis de renvoyer à P.-Y. Gahdoun, « Le droit de grève, EDF et la jurisprudence Dehaene : un ménage à trois difficile », *Droit social*, juillet-août 2013, p. 608.

Citer cet article

Pierre-Yves GAHDOUN. « Chronique de droit public (juillet 2019 à fin décembre 2019) », Titre VII [en ligne], n° 4, *Le principe d'égalité*, avril 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public-juillet-2019-a-fin-decembre-2019>