

La mutabilité des services publics, un principe en mutation ?

Efthymia Lekkou, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon III

« Rien n'est permanent sauf le changement ». Est-ce que cette citation du philosophe grec Héraclite s'applique à notre vieux principe de mutabilité des services publics, immuable depuis sa naissance, il y a presque cent ans⁽¹⁾ ? S'il veut être permanent, ne devrait-il pas changer ? Pour rester le même, il faut changer. Destiné à faire évoluer le fonctionnement des services publics pour les adapter aux évolutions de l'intérêt général, le principe lui-même échappe à la loi naturelle du changement. Appelé principe de mutabilité⁽²⁾, loi de changement⁽³⁾, principe d'adaptabilité⁽⁴⁾, d'évolution⁽⁵⁾ ou d'adaptation⁽⁶⁾, la mutabilité manifeste une appréciation discrétionnaire de l'intérêt général par les autorités compétentes et peut s'avérer, selon les cas, un principe contre le service public et l'utilisateur, notamment lorsqu'il s'exerce dans le sens de la suppression ou de la réduction des services publics.

Principe général à valeur juridique incertaine recevant parfois une consécration textuelle⁽⁷⁾, la mutabilité, avec les autres « lois » fondamentales répertoriées par le professeur Rolland, visait à faire contrepoids à la diversification des services publics et à assurer ainsi l'unité de la notion juridique de service public à une époque où celle-ci devenait indéfinissable. La mutabilité a surtout forgé le concept politique du service public, ce qu'on appelle communément « la conception française du service public »⁽⁸⁾. Règle non-économique de mise en oeuvre de l'intérêt général, elle exprime une vision non marchande des services publics pour les faire échapper au marché et à la rentabilité. Est-ce que cette approche standard des services publics correspond toujours à leur essence ?

Le droit de l'Union, qui a eu des « effets induits » sur les concepts fondamentaux du droit administratif⁽⁹⁾, conduit à penser autrement le droit des services publics. Si la mutabilité a inspiré le législateur européen dans le cadre du service universel⁽¹⁰⁾, elle se trouve néanmoins concurrencée par la qualité. Cette dernière est une nouvelle contrainte de fonctionnement des seuls services d'intérêt économique général (ci-après SIEG)⁽¹¹⁾, faisant partie des valeurs commune de l'Union⁽¹²⁾. Règle économique, elle autorise la fourniture de ces services par dérogation aux règles économiques des traités pour leur permettre d'accomplir leur mission⁽¹³⁾. La qualité des SIEG participe à la satisfaction de l'intérêt général poursuivi par l'Union, à savoir la cohésion économique, territoriale et sociale⁽¹⁴⁾ et exprime, à son tour, une vision marchande des services publics centrée autour des utilisateurs⁽¹⁵⁾, bénéficiaires de ces services. Le droit de l'Union européenne se veut plus réaliste que le droit français. De surcroît, il ne confond pas entre le statut public et le service public, ce qu'il intéresse est la performance, l'efficacité réelle du service.

Malgré leurs différences, la mutabilité et la qualité se rejoignent en ce qu'elles constituent des catégories juridiques de définition de l'intérêt général. Mais laquelle des deux satisfait mieux les besoins des citoyens ? Est-ce que la seule invocation de l'intérêt général suffit ? Ou faut-il mieux faire que l'initiative privée à des conditions économiques comparables⁽¹⁶⁾ ? Personne ne conteste aujourd'hui « l'intérêt d'introduire une dose de concurrence et d'émulation dans le fonctionnement de services publics »⁽¹⁷⁾. S'interroger sur la mutabilité des services publics nous amène, fatalement, à aller plus loin : le service public constitue-t-il encore le mode le plus adapté pour obéir au principe de

mutabilité ? On s'aperçoit vite qu'on ne peut pas traiter de la mutabilité des services publics sans mettre en avant la portée limitée du service public. Il ne faut pas oublier que le régime a forgé la notion, un rafraichissement du régime va « lifter » la notion.

La crise du service public, si souvent évoquée (18), et le « nécessaire renouveau » (19) de celui-ci suppose que l'on en refonde la légitimité. Le service public trouve sa légitimité dans l'intérêt général, de nature évolutive, qui est exprimée au travers de la mutabilité ; satisfaire ce dernier requiert le respect de certaines exigences fondamentales. Mais à quelles conditions ? Ne doit-on pas faire de la mutabilité comme de la qualité un principe réaliste, pragmatique ? La préoccupation des juristes est d'adapter les catégories juridiques aux mutations du rôle de l'État. Le « décalage » conceptuel, mutabilité ou qualité, conduit à un décalage plus profond, concernant les modalités de satisfaction de besoins des citoyens : sans ou avec eux ? Faut-il encore se préoccuper de sauver le statut plutôt que le service public lui-même en l'adaptant ? En le rendant un service de qualité au public (20) ?

À nos yeux, la solution est d'harmoniser les principes et les notions en mettant au coeur de cette construction le citoyen. Ainsi, si le principe de mutabilité est concurrencé par l'exigence de qualité, de cette rivalité le principe de qualité sort le vainqueur.

Le principe de mutabilité concurrencé par le principe de qualité

La mutabilité en droit interne se trouve confronté au principe de qualité, venu de l'extérieur. Quelles finalités, quelle portée, pour ces deux principes antagonistes ? La mutabilité, vieille de cent ans, consiste en « la prérogative administrative tendant à modifier le fonctionnement du service public et à priver l'usager de tout droit acquis au maintien des services publics en l'état » (21). La qualité, plus jeune (la trentaine) constitue un filet de sécurité pour les citoyens européens qui attendent des SIEG de qualité (22), perçus comme des véritables droits sociaux (23).

La mutabilité et la qualité se retrouvent donc dans leur finalité : elles constituent le fond de l'intérêt général dans les cahiers des charges rédigés par les autorités nationales compétentes. Elles s'éloignent sur les modalités de satisfaction des besoins d'intérêt général : mesures unilatérales de protection de l'intérêt général sans implication des usagers dans un cas, mesures protectrices des intérêts des usagers soumises à l'épreuve de la qualité et conditionnées par elle, dans l'autre cas.

La différence de perspective entre les deux principes est plus qu'évidente. Concernant la mutabilité, la perspective est celle d'une prérogative de puissance publique ; quant à la qualité, la perspective est celle d'une définition bilatérale de l'intérêt général.

La mutabilité, une prérogative administrative

La mutabilité est la mal-aimée des « lois de Rolland » car elle réduit les services publics ; si l'on voit les choses d'un autre oeil, elle est aussi une exigence de bon sens, car elle permet au service public de rester fidèle à sa mission : satisfaire les besoins collectifs de base en suivant l'évolution de l'intérêt général. C'est ainsi que le juge administratif a reconnu en 1902 (24) à l'administration le pouvoir de modifier unilatéralement les contrats administratifs, en l'occurrence une concession du service public de gaz (25), en vue d'obliger le concessionnaire à s'adapter à la technique nouvelle de l'électricité. Devenue aujourd'hui règle générale applicable à tous les contrats administratifs, au point d'être consacrée dans le code de la commande publique (CCP) (26), la mutabilité donne une certaine

souplesse dans la gestion des contrats administratifs⁽²⁷⁾. Si l'administrativité des contrats semble justifier de tels pouvoirs exorbitants, il ne faut pas oublier qu'il s'agit bien de contrats et, dans chaque contrat, « il y a un minimum que l'on ne peut pas réduire »⁽²⁸⁾. Si le contrat est un « acte de prévision »⁽²⁹⁾, il est de l'essence même du contrat administratif, car portant sur un service public, d'admettre certaines modifications aux conditions fixées initialement. Le contrat administratif est un instrument au service des objectifs d'intérêt général⁽³⁰⁾ car il est conçu « au-delà de la volonté des parties qui le fonde »⁽³¹⁾. La mutabilité est un élément de la vie, voire de la survie des contrats administratifs⁽³²⁾, et partant, des services publics faisant l'objet de ces contrats.

Au fil de ses nombreuses applications, la mutabilité est devenue un principe directeur de toute activité administrative concernant les services publics et une exigence fondamentale de leur fonctionnement. On peut même dire que la mutabilité est inhérente à la notion même de service public⁽³³⁾, car elle répond à l'élément fonctionnel. Elle exprime l'idée selon laquelle le service public doit pouvoir évoluer pour s'adapter aux évolutions technologiques, sociales et économiques de l'intérêt général. La mutabilité des services publics n'exprime pas autre chose que la mutabilité de l'intérêt général. Il revient donc aux gestionnaires de services publics d'apprécier de manière discrétionnaire ces mutations d'intérêt général et, le cas échéant, la nécessité d'adaptation.

Dès lors, notre principe de mutabilité a par essence un contenu normatif imprécis, à défaut de pouvoir prévoir à l'avance les changements à venir. La mutabilité peut être appréciée en aval, en amont elle n'existe pas. Elle touche le plus souvent les questions relatives aux conditions d'exploitation d'un service public telles que les modifications des tarifs⁽³⁴⁾, l'organisation des services publics (horaires, restrictions d'accès)⁽³⁵⁾ ainsi que les évolutions techniques que l'autorité gestionnaire entend faire appliquer à un service⁽³⁶⁾. Elle permet surtout, à l'administration de supprimer un service public devenu inutile à ses yeux⁽³⁷⁾, à l'exception de services publics dont « la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle »⁽³⁸⁾ - sans oublier que des circonstances exceptionnelles sont de nature à permettre à l'administration d'écarter l'application de certains textes lorsqu'une situation de fait l'impose⁽³⁹⁾.

Prérogative de puissance publique, la mutabilité est vécue comme une contrainte⁽⁴⁰⁾ par les destinataires du service rendu⁽⁴¹⁾, qui sont normalement les usagers du service muté⁽⁴²⁾, ceux « pour qui le service a été créé et fonctionne »⁽⁴³⁾, les « bénéficiaires indirects » pour les services publics administratifs⁽⁴⁴⁾ ou encore les clients pour les services publics industriels et commerciaux⁽⁴⁵⁾. Ils ne peuvent pas s'opposer aux changements pouvant affecter le service⁽⁴⁶⁾, ils n'ont aucun droit acquis au maintien du régime juridique du service, ni un droit au maintien des dispositions réglementaires⁽⁴⁷⁾. Ils ne disposent pas non plus d'un droit général à la mutabilité du service en cas d'inaction de l'administration⁽⁴⁸⁾.

Cette mutabilité subie se justifie en droit français par la nécessité de ne pas paralyser l'action administrative. Cette prérogative est attribuée à l'administration « dans l'intérêt du public »⁽⁴⁹⁾, elle lui accorde donc la souplesse nécessaire. Par conséquent, le contrôle juridictionnel se limite à l'erreur manifeste d'appréciation des décisions modifiant les conditions de fonctionnement du service⁽⁵⁰⁾ ou supprimant un service public⁽⁵¹⁾ ; et cela même lorsque les usagers exercent leur droit au fonctionnement normal du service conformément aux lois et aux règlements qui le régissent⁽⁵²⁾. Le juge administratif vérifie que l'autorité gestionnaire n'est pas allée à l'encontre des textes régissant la mission dont elle est investie⁽⁵³⁾ ou qu'elle n'a pas violé d'autres règles, par exemple le principe d'égalité⁽⁵⁴⁾ ou sa propre compétence⁽⁵⁵⁾.

La mutabilité est la moins prestigieuse des « lois » de Rolland. Elle n'a pas acquis à ce jour valeur constitutionnelle ni n'a été qualifiée de principe fondamental contrairement à l'égalité⁽⁵⁶⁾ et la continuité⁽⁵⁷⁾. Considérée parfois

comme un principe associé à celui de participation sans existence autonome⁽⁵⁸⁾, elle a aussi été qualifiée de « loi incomplète » du service public car elle constitue plus une modalité d'organisation du service qu'un principe invocable par les administrés⁽⁵⁹⁾, alors que le juge oppose le principe de continuité des services publics aussi bien à l'administration⁽⁶⁰⁾ qu'à l'utilisateur⁽⁶¹⁾. Le régime du service public, élément d'unification des services publics, est lui-même diversifié.

In fine, une telle pratique de la mutabilité s'accorde bien avec la conception française du service public comme un instrument de cohésion sociale et de lutte contre l'exclusion⁽⁶²⁾, qu'on ne peut pas laisser à l'initiative privée. Vu sous cet angle, elle est censée garantir la spécificité des services publics par rapport aux activités purement privées.

L'exigence de qualité, une définition bilatérale de l'intérêt général

Contrepoint de la mutabilité se trouve la qualité, règle de fonctionnement des SIEG, qui sont considérés comme des services de qualité au bénéfice des citoyens européens⁽⁶³⁾. Présents dès l'origine dans les traités⁽⁶⁴⁾, les SIEG ont inspiré la Commission⁽⁶⁵⁾, au milieu des années 90, pour en extraire une catégorie générique, les services d'intérêt général (SIG), consacrés formellement avec le Traité de Lisbonne⁽⁶⁶⁾. L'introduction de la qualité, comme une composante de l'intérêt économique général, est liée au changement de paradigme : la déréglementation, l'évolution des politiques publiques, des besoins et des attentes des utilisateurs ont conduit à une externalisation des SIEG, pris en charge désormais par des opérateurs privés. La définition des SIEG étant une compétence nationale⁽⁶⁷⁾, les autorités nationales sont libres de qualifier certains services économiques d'intérêt général⁽⁶⁸⁾ et de considérer que leur fourniture est une nécessité, même quand le marché n'est pas suffisamment favorable à la prestation de ces services⁽⁶⁹⁾. L'exigence de qualité a pour conséquence que les services du secteur marchand placés sous monopole ne soient plus perçus comme un frein au libre-échange.

Ce cadre d'exercice des SIEG défini par le Traité de Lisbonne a connu une application sectorielle dans le domaine de la commande publique : le législateur européen a établi un principe de libre administration des pouvoirs publics qui les autorise à choisir le mode de gestion le plus approprié pour assurer notamment un niveau élevé de qualité⁽⁷⁰⁾. Même avant sa consécration dans le droit primaire, la jurisprudence⁽⁷¹⁾ d'abord et le législateur ensuite, ont considéré la qualité dans le cadre précis de l'article 106, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sous forme d'obligation de service public⁽⁷²⁾ ou d'exigence de service universel⁽⁷³⁾.

Ainsi, dans les secteurs qui, par leur dimension et leur structure en réseau, ont une dimension européenne, à savoir les télécommunications, les services postaux, le transport et l'énergie⁽⁷⁴⁾, le législateur a promu une libéralisation contrôlée, accompagnée de mesures protégeant l'intérêt général, en vue de garantir un service universel, à savoir l'accès de tous, indépendamment de la situation économique, sociale ou géographique, à un service de qualité et à un prix abordable.

Dans le secteur postal⁽⁷⁵⁾, la qualité est envisagée comme une obligation et un droit. L'exigence de qualité se traduit notamment par la définition du contenu minimal du service universel⁽⁷⁶⁾, à savoir un service (levée depuis les points d'accès et la distribution) sur cinq jours ouvrables par semaine (avec des exceptions) ; la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux pesant jusqu'à dix kilogrammes ; les services relatifs aux envois enregistrés et assurés. Le droit des utilisateurs à des services de haute qualité⁽⁷⁷⁾ se traduit notamment par la publication de normes d'évaluation de cette qualité de service⁽⁷⁸⁾, le règlement rapide de litiges éventuels⁽⁷⁹⁾. Le service universel de qualité doit, avant tout, demeurer adaptable aux besoins des utilisateurs⁽⁸⁰⁾.

Encore plus représentative est la directive concernant le « service universel » en matière de communications électroniques, protégeant les droits des utilisateurs en ce qui concerne les réseaux et services de communications électroniques⁸¹. Ainsi, pour le législateur européen, la qualité du service⁸² est d'assumer les obligations de service universel⁸³ : notamment une connexion au réseau public de télécommunications mise à la disposition des utilisateurs ; un accès adéquat à l'internet à haut débit et à des services de communications vocales à un niveau de qualité spécifié sur leur territoire ; des options ou formules tarifaires pour les consommateurs ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux particuliers⁸⁴ ; la transparence, comparaison des offres proposées en matière d'accès à internet, informations actualisées concernant les résultats obtenus dans la fourniture du service universel⁸⁵.

La qualité est également présente dans le domaine électrique, où le service universel est destiné uniquement à des clients résidentiels⁸⁶

En dehors du service universel, la qualité a été inscrite dans le droit dérivé sous forme d'obligation de service public, cette dernière étant définie « comme l'exigence déterminée par une autorité compétente qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie »⁸⁷. Les fournisseurs d'électricité⁸⁸ et de gaz naturel⁸⁹ peuvent se voir imposer la qualité dans l'intérêt économique général⁹⁰. Le respect de la qualité est un élément essentiel en matière d'énergie⁹¹ et directement lié à la protection des consommateurs⁹² qui sont au coeur de ces textes, avec une protection accrue des consommateurs vulnérables⁹³ : droit de changer son fournisseur et de recevoir des informations sur sa consommation sans discrimination en matière de coût, d'investissement et de temps, mise en place des guichets uniques, mécanisme de traitement des plaintes et de règlement de différends.

En dehors du secteur de l'énergie, la qualité peut s'introduire dans le domaine des services de transport ferroviaire et routier⁹⁴. Les États membres peuvent organiser les transports publics de voyageurs sous forme de SIEG⁹⁵ afin qu'ils soient de meilleure qualité ou meilleur marché que ceux que le simple jeu du marché aurait permis de fournir⁹⁶. Le contenu des obligations de service public n'étant pas déterminé par le législateur, les autorités compétentes peuvent fixer la qualité comme un objectif d'intérêt public économique⁹⁷.

Telle que conçue par le législateur, la qualité constitue « une définition claire et précise du cahier des charges de l'intérêt général »⁹⁸ dans le cadre du service universel ou d'obligations de services publics. Lorsqu'elle est présente, elle autorise la fourniture des SIEG par dérogation aux règles de concurrence⁹⁹, aux règles intéressant la libre circulation¹⁰⁰, ou les aides publiques¹⁰¹ dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission d'intérêt général.

Le principe de mutabilité surpassé par le droit à la qualité

Le principe de mutabilité, inhérent à la notion de service public, se trouve menacé, dans sa substance et ses finalités, par les exigences de qualité, condition essentielle de prestation des SIEG. Il demeure certes une constante à l'échelle nationale et européenne : le rôle essentiel et évolutif des autorités nationales est de veiller à la satisfaction des besoins de base, collectifs et qualitatifs. Les services publics et les SIEG remplissent bien une fonction collective, ils sont le support du développement économique et social. À la différence du droit français, le droit de l'Union oblige à repenser l'exercice de missions d'intérêt général en les insérant dans un contexte concurrentiel. Les imprécisions dont souffre la définition du service public poussent dans le sens de son remplacement par la notion plus large de SIG. Pour répondre à la question posée par D. Truchet en 1997¹⁰², le service public ne peut plus, selon nous, se réfugier dans son régime.

La mutabilité doit céder la place à la qualité. Comme le dit le Sénat, « le meilleur moyen pour défendre les services, c'est encore de les adapter en permanence aux besoins pour les rendre plus performants »¹⁰³. Si les notions de service public et de SIEG se rejoignent dans leurs finalités, cette convergence devrait se traduire par une convergence des instruments de définition de l'intérêt général.

Une coordination des fonctions

La mutabilité et la qualité ont en commun d'être chacune à son niveau, un des éléments du régime juridique des services publics ou des SIG. À bien y réfléchir, elles renvoient à la question essentielle de la définition des notions juridiques auxquelles elles s'attachent. En droit français, le principe de mutabilité, au même titre que les principes de continuité et d'égalité, a contribué à forger le concept de service public. La qualité obéit à la même logique : les SIEG sont, par essence, des services économiques de qualité accessibles à tous les citoyens.

La mutabilité et la qualité sont, dès lors, les deux faces de la même pièce, dénommée différemment selon qu'il s'agisse du droit français ou du droit de l'Union. La différence des mots a pu créer un malentendu quant à l'approche retenue ; il n'en reste pas moins que le service public et les SIG « rencontrent en réalité les mêmes sortes de contradictions et recherchent les mêmes sortes d'arbitrages entre les exigences de solidarité et de liberté »¹⁰⁴. Cela explique qu'ils ont suivi le même cheminement, du champ juridique vers un modèle de société.

Ainsi, au départ, la naissance du service public répondait aux préoccupations d'ordre interne de trouver un critère de compétence du juge administratif¹⁰⁵. La doctrine a vu dans la notion de service public des vertus universelles et l'a considérée comme le fondement de l'État avec une volonté de limiter la puissance de l'État¹⁰⁶ ou encore comme la pierre angulaire du droit administratif¹⁰⁷. Notion-clé du droit administratif, le service public est aussi son point faible car la jurisprudence n'est jamais parvenue à la définir clairement en se basant sur trois critères - organique, matériel et fonctionnel - associés de manière invariable¹⁰⁸. S'il est encore possible d'identifier les éléments constitutifs du service public, il y a longtemps que l'élément matériel et l'élément organique avaient été disjoints¹⁰⁹, réduisant le service public à une dimension fonctionnelle¹¹⁰. Au bout du compte, la seule constante dans la définition du service public est l'élément fonctionnel, auquel répond le principe de mutabilité. Dans le même esprit, la définition subjective du service public, insatisfaisante pour certains¹¹¹, confirme le pouvoir des autorités nationales de considérer une activité comme étant d'intérêt général et de la soumettre à certaines obligations de service public.

Alors que le service public devenait indéfinissable, son « objet a été en permanence travaillé par le droit et transfiguré par l'idéologie »¹¹² pour finir par former un modèle de société : certains besoins d'intérêt général méritent des dispositions particulières en raison des limites naturelles d'efficacité du marché et de leurs spécificités ; le marché serait indifférent aux objectifs de solidarité et d'équité. La « conception française du service public »¹¹³ explique la rigidité des règles de fonctionnement des services publics¹¹⁴. Le sens politique attribué au service public, la confusion entre le statut et le service public, étaient « le résultat d'un compromis social historiquement daté »¹¹⁵.

Le droit de l'Union a accéléré la remise en cause de cet idéal politique¹¹⁶ et ne correspondait en rien à la notion juridique de service public. Il reste réticent à assimiler la notion de service public¹¹⁷ ; le Conseil d'État lui a longtemps reproché de l'ignorer¹¹⁸. En l'absence d'une base juridique pour instaurer une politique européenne des SIG, l'Union a mis en place une démarche pragmatique par des réglementations sectorielles et a développé, comme on a vu, un concept voisin, celui de service universel. Son introduction a conduit, comme l'a relevé la Commission¹¹⁹, au développement des SIG, qui reflètent depuis le Traité d'Amsterdam¹²⁰ le modèle de

société européenne¹²¹). Les SIG ont, à l'instar des services publics, une vocation universelle¹²², valeur idéologique ou plutôt symbolique, en renforçant le sentiment d'appartenance des citoyens à la collectivité¹²³. Les SIG et les SIEG renforcent l'identité de l'Union car ils correspondent à des valeurs communes partagées par les États-membres¹²⁴. En l'absence d'une définition textuelle dans les traités, celle forgée par la Cour de justice est, avant tout, d'ordre fonctionnel et matériel, en ce sens qu'elle se réfère à des activités économiques définies en fonction d'un but, l'intérêt général, et soumises, de ce fait, à un régime juridique spécifique, des obligations de service public, indépendamment de celui qui les assure. Le critère organique est sans effet car le droit de l'Union ignore le régime de propriété des services publics¹²⁵ et le clivage droit public - droit privé. En outre, la conception des SIEG dépasse le mode de financement du service ou les modalités de gestion de l'activité.

L'approche de la Cour de justice n'est pas, sur le fond, différente de celle du Conseil d'État : elle combine des éléments objectifs tenant à la présence d'un intérêt général et des éléments subjectifs relatifs à une volonté de prise en charge par les pouvoirs publics. Le critère fonctionnel permet, tout d'abord, d'établir la distinction entre une prestation purement économique et celles qui doivent répondre à des exigences spécifiques d'intérêt général¹²⁶. Il revalorise le rôle fondamental des autorités publiques dans la définition et la mise en oeuvre de l'intérêt général.

Y a-t-il de vraies différences entre SIG et services publics sur le plan juridique, indépendamment des divergences sur le plan idéologique ou politique ? Les SIG remplissent « une fonction de ciment de la société »¹²⁷, qui dépasse les préoccupations matérielles. Le droit de l'Union fait droit à la notion de service public dans ce qu'elle a d'universel. Il conduit à penser autrement le service public ; la régénération du droit administratif¹²⁸ viendrait de qu'il ne serait plus conçu par rapport au juge administratif mais par rapport à ce qu'est l'administration. Duguit¹²⁹ fondait la légitimité de l'État, non sur les idées de puissance et de souveraineté, mais sur les idées de solidarité et d'interdépendance sociale, et, donc, sur la notion de SIG, comme l'a souligné J.-M. Sauvé¹³⁰. Il n'y a aucun obstacle juridique à renoncer aux mots, sauf, peut-être, un manque de volonté politique¹³¹. Les SIG pourraient, à terme, ne plus être simplement « une dérivée, à la fois secondaire et conflictuelle des politiques du marché intérieur et de la concurrence »¹³², mais s'ériger en une véritable politique européenne du service public¹³³.

Une entente sur les moyens de définition de l'intérêt général

Le service public n'est pas « une institution », mais plutôt l'application des règles de droit public à certaines activités considérées comme étant d'intérêt général par les autorités nationales. Le régime des services publics a autrefois forgé le concept et peut, *mutatis mutandis*, faire autant aujourd'hui. L'approche fonctionnelle des SIEG passe inévitablement par la définition du contenu et des principes inhérents au service public européen¹³⁴. Une telle définition à travers les exigences d'intérêt général s'accorde parfaitement avec la compétence discrétionnaire des autorités nationales de définir, dans le respect du principe de subsidiarité, l'intérêt général de certaines activités économiques et d'en rédiger le cahier des charges¹³⁵. L'Union exerce, malgré tout, un contrôle sur ces qualifications nationales, qui ne sont censurées qu'en cas d'erreur manifeste¹³⁶, notamment lorsqu'elles sont invoquées pour déroger aux règles européennes de concurrence¹³⁷. Cette liberté des États membres, érigée en valeur commune de l'Union¹³⁸, est conditionnée par le respect de certaines règles économiques de fonctionnement telles qu'un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs¹³⁹. Ces règles, qui ne sont qu'une déclinaison des principes de libre circulation, expriment l'approche souple et pragmatique, essentielle dans le domaine des SIEG compte tenu de leur diversité et des différences en termes de besoins¹⁴⁰. Elles justifient l'existence de SIEG, qui se définissent comme des services de qualité, accessibles à tous et à des prix abordables¹⁴¹.

Sous l'impulsion du droit primaire, la qualité, jusqu'alors cantonnée dans des réglementations sectorielles, voit son application généralisée à tous les SIEG. Elle doit répondre aux mutations technologiques, à la globalisation de l'économie et aux attentes des utilisateurs. L'adaptation continue des SIEG s'avère un élément indispensable pour garantir les objectifs de cohésion économique et sociale, dans l'intérêt des citoyens européens⁽¹⁴²⁾. Mieux encore, ces derniers ont, depuis le Traité de Lisbonne, le droit d'accéder à des services de qualité, garanti par l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux⁽¹⁴³⁾. L'accès à des services de qualité devient vecteur de citoyenneté, il est nécessaire pour permettre aux citoyens de jouir pleinement de leurs droits fondamentaux. Le potentiel de l'article 36 de la Charte n'est pas encore exploité : or il laisse envisager des nouvelles perspectives de litige devant la Cour de justice en matière de services publics, qui est l'affaire quasi exclusive des entreprises et des États. Le droit de l'Union s'efforce donc de faire de la qualité un droit autonome⁽¹⁴⁴⁾, ce qui est déjà le cas en ce qui concerne le service universel. Ce dernier intègre, dans sa substance, la mutabilité⁽¹⁴⁵⁾ et les autres « lois de Rolland »⁽¹⁴⁶⁾.

Une telle vision subjective de la qualité emporterait « une correction des déficiences de l'État de droit »⁽¹⁴⁷⁾ et imposerait un changement de culture juridique : la qualité prenant le pas sur la mutabilité aurait pour conséquence que les citoyens auraient un droit à la qualité, celle-ci recouvrant l'amélioration continue ou l'extension des services public⁽¹⁴⁸⁾. La qualité améliore aussi le sort des usagers⁽¹⁴⁹⁾, qui ne subiront plus mais qui choisiront⁽¹⁵⁰⁾. Elle peut être aussi synonyme de choix substantiel et de gains importants pour les autorités publiques car elle rend les services publics efficaces et économes des deniers publics.

L'irruption des utilisateurs-citoyens donnerait une légitimité renouvelée aux services publics. La définition unilatérale de l'intérêt général conduisant à la mutabilité des services publics n'est plus suffisante : la qualité nécessite l'implication des utilisateurs dans la définition, l'évaluation, l'amélioration et le contrôle de la qualité des SIEG⁽¹⁵¹⁾. Quant aux services d'intérêt général non économiques, ils sont par définition de qualité car, tout en étant des activités non rentables et soustraites à la pression concurrentielle, l'autorité publique n'a pas à concurrencer l'initiative privée pour justifier sa légitimité d'agir. Mais, si les SIG ont pour objectif de renforcer le lien d'appartenance des citoyens au projet européen, la qualité pourrait prendre la forme d'un droit fondamental d'accès à de tels services sans discrimination. La qualité peut aussi donner un sens différent aux autres « lois de Rolland », la continuité comprise comme une continuité temporelle, géographique et territoriale et l'égalité prise en compte sous la forme de solidarité et d'égalité de traitement.




L'heure est venue, nous semble-t-il, de transformer le service public en une obligation de rendre aux citoyens des services de qualité, définis pour et avec eux. Un tel changement de paradigme exprimerait bien la vision du droit administratif européen⁽¹⁵²⁾ qui est celle de rééquilibrer les rapports entre l'administration et les administrés. Ni le service public ni son régime juridique ne constituent l'identité administrative de la France⁽¹⁵³⁾. Et si le service public se « libérait » de son poids idéologique pour devenir ce qu'il est en vérité, un support juridique pour offrir aux citoyens des services de qualité, accessibles à tous et à des prix abordables ? Une nouvelle modalité d'intervention publique économique ? Si l'on pousse la réflexion plus loin au risque de révolter certains, la qualité pourrait s'ériger en un principe autonome d'action publique dissocié des services publics.

La mutabilité, un principe en mutation ? Oui, si elle veut survivre, elle doit muter vers plus de qualité...

Mots clés :


SERVICE PUBLIC * Principes du service public * Mutabilité du service public

(1) CE, 10 janv. 1902, n° 94624⁽¹⁾, *Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen c/ Commune de Deville-lès-*

Rouen, Lebon p. 5  et CE, 11 mars 1910, n° 16178 , *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, Lebon p. 216, concl. L. Blum  ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e éd., 2021, n° 20.




(2) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 776 s. ; M. Lombard, G. Dumont, J. Sirinelli, *Droit administratif*, Dalloz « Hyper Cours », 13^e éd., 2019, n° 574 ; G.J. Guglielmi, G. Koubi, M. Long, *Droit du service public*, Montchrestien, 2016, n° 1087 s.

(3) L. Rolland, *Répétitions écrites de droit administratif*, Les cours de droit, 1941, p. 58.

(4) Par ex., loi n° 2000-108 du 11 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO, 11 févr., p. 2143, art. 1^{er}, al. 5 (AJDA 2000. 239 , chron. L. Richer ; la loi du 26 juill. 1996 portant réforme des télécommunications (JO, 27 juill. p. 11384, art. L. 35, code P. et T 7), et même, ce qui est plus surprenant, la loi du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail n° 2000-37, dite « loi Aubry II », JO, 20 janv. p. 975.

(5) C. Debâcha, *Institutions et droit administratifs*, PUF, 3^e éd., 1998, t. 2, p. 48.

(6) G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 12^e éd., 1992, t. 2, p. 742 ; A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, 2^e éd., 1997, n° 79 ; D. Linotte, A. Mestre, R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 1995, p. 79 ; J.-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, *Grands services publics*, Armand Colin, 2^e éd., 2000, p. 309 (dans ces deux derniers ouvrages, il s'agit d'un principe « d'adaptation constante »).

(7) CSP, art. L. 6112-1 , modifié par la loi n° 2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients et CSP, art. R. 6112-4 , issu du décret n° 2012-561 du 24 avr. 2012 ; M. Dupont, « La mutabilité et les restructurations hospitalières », in Dossier spécial « Service public et santé », RDSS 2013. 31 . Art. L. 111-2-7° du nouveau code rural résultant de la loi n° 80-502 du 4 juill. 1980 ; art. L. 531-1 du code forestier. Il arrive que la loi, sans mentionner le principe d'adaptabilité, y fasse une référence sans équivoque, v. par ex. la loi n° 97-135 du 13 févr. 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France ; la loi du 19 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail n° 2000-37, dite « loi Aubry II ». Pour d'autres exemples, v. note n° 4. Les mentions du principe dans la loi créent une redondance relevée par la doctrine. V. par ex., D. Truchet, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *op. cit.*, spéc., note n° 13, p. 41 ; J.-C. Vénézia, *Le principe d'adaptation*, *op. cit.*, p. 1661 ; J.-P. Markus, *Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers*, *op. cit.*


















(8) J. Caillousse, « Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ? », in J.-J. Pardini, C. Deves [dir.], *La réforme de l'État* : Bruylant, 2006, p. 177.

(9) CE, Rapport public, *Droit communautaire et droit français*, Doc. fr. 1982, p. 229.

(10) Dans le secteur postal et des communications électroniques.


(11) TFUE, art. 106, § 2.

(12) TFUE, art. 14 et protocole n° 26 annexé aux TUE et TFUE, art. 2. Ce protocole n° 26 a été introduit par le Traité modificatif de Lisbonne du 13 déc. 2007 comportant en annexe un protocole n° 9 sur les services d'intérêt général.


(13) V. TFUE, art. 106, § 2 et son interprétation par les arrêts du 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, AJDA 1993. 865  ; note F. Hamon  ; *ibid.* 1994. 286, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet  ; D. 1993. 169  ; RTD eur. 1994. 39, étude A. Wachsmann et F. Berrod  ; *ibid.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot  ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard  et du 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, AJDA 1994. 637  , note F. Hamon  ; *ibid.* 1995. 278, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet  ; D. 1995. 17  , note J. Dutheil de La Rochère  ; RTD com. 1996. 403, obs. S. Retterer  ; *ibid.* 589, obs. C. Bolze, S. Retterer, C. Hendericksen et F. Thibault  ; RTD eur. 1995. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot  ; *ibid.* 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot  ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard .


(14) TUE, art. 3, § 3, al. 3.

(15) Le terme d'utilisateurs figure dans l'art. 2 du protocole n° 26 annexé aux TUE et TFUE.

(16) D. Truchet, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », AJDA 1997. 38 .

(17) J.-M. Sauvé, « La notion de service d'intérêt économique général », Intervention au colloque *Les services d'intérêt économique général et le marché intérieur : régimes nationaux et cadre juridique européen*, organisée par la Société de la législation comparée le 14 oct. 2011, disponible sur <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-notion-de-service-d-interet-economique-general>.

(18) V. par ex., G. Bigot, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », RFDA 2008. 1 .





(19) M. Long, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », RFDA 1995. 497 .


(20) L. Cluzel, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. « La nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2006.



(21) R. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 776.

(22) Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM (1996) 443, JO C 281 du 26 sept. 1996.

(23) Communication de la Commission, « Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe », COM (2011), 900 final, JO C 229/18 du 31 juill. 2012.

(24) CE, 11 mars 1910, n° 16178 , *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, préc. Cette solution est aujourd'hui confirmée mais peut entraîner une révision des clauses financières du contrat (CE, 2 févr. 1983, n° 34027, *Union des transports publics urbains et régionaux, Lebon* ). De même, l'adaptation du service peut justifier la résiliation unilatérale d'un contrat, notamment de concession (CE, ass., 2 févr. 1987, n° 81131 , 82432, 82437, 82443, *Société TV6*, Lebon p. 29 .


(25) En l'occurrence, le contrat portait sur un service public économique. Formellement, ces services apparaissent quelques années plus tard, en 1921 dans l'arrêt du T. confl., 22 janv. 1921, n° 0706, *Société commerciale de l'ouest africain (bac d'Eloka) c/ Colonie de la Côte-d'Ivoire*, Lebon .

(26) CCP, art. L. 6 , 5°, mis en oeuvre dans les art. L. 2195-3  pour les marchés publics et L. 3136-3 pour les concessions

(27) L. Rapp., « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet » objet, Rev. CMP 2008, étude n° 7.


(28) G. Viney, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., LGDJ, 1998, n° 489, p. 385 ; Ph. Jestaz, « De l'obligation à la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, p. 282 ; L. Aynès, Le contrat, loi des parties, CCC n° 17/2004, p. 77 ; R. Libhaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 211 ; G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151.






(29) M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1905, p. 206 ; H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, PUF, 1999, p. 643 ; H. Capitant, D. 1917. II. 33, cité par G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 149.





(30) F. Gartner, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêts général », RFDA 2006. 19 , in Dossier spécial, « Les contrats administratifs et leur évolution (1^{re} partie) ».



(31) G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, éd. Giard, 1927, t. I, p. 8 ; G. Péquignot, *La théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, p. 605 ; v. égal., *Le contrat mode d'action publique et de création des normes*, Rapport public du Conseil d'État 2008, EDCE n° 59, Doc. fr. 2008, p. 95.




(32) J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in P. Durand (dir.), *La tendance à stabilité contractuelle*, LGDJ, 1960, p. 189. V. égal., J.-M. Peyrical, « S'adapter ou disparaître ? », ACCP n° 52/2006, p. 3.

(33) J.-P. Markus, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », RFDA 2001. 589 .

(34) Jurisprudence toujours en vigueur : CE, 26 juin 1989, n° 91356 , *Association « Etudes et consommation - CFDT »*, Lebon T. p. 544-956  ; CJEG 1990, note J.-F. Lachaume ; CE, 26 juill. 1996, n° 130363  et 130450, *Association Narbonne Liberté 89 et Bonnes*, Lebon T. p. 696  ; D. 1996. 236 .

(35) CE, 26 juill. 1985, n° 50132 , *Association « Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque nationale »*, Lebon T. p. 478-481-502  (modifications des conditions d'accès aux ouvrages le samedi) ; CE, 25 juin 1969, n° 69449 , *Vincent*, Lebon T. p. 787  (refus de modifier les horaires d'ouverture d'un bureau de poste), AJDA 1969. 553, chron. E. Dewost et R. Denoix de Saint Marc).

(36) CE, 27 janv. 1961, n° 38661, *Vannier* ; CE, 13 févr. 1987, n° 58198 , *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des PTT c/ Malthet*, Lebon p. 49  ; AJDA 1987. 490, note X. Prétot, à propos d'une nouvelle réglementation de la forme des boîtes aux lettres.

(37) Le législateur ou l'autorité réglementaire, selon les cas, disposent en principe d'une compétence discrétionnaire pour créer ou supprimer un service public (Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC , *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, AJDA 1986. 575, note Rivero). ». Par ex., ni le service public du crédit, ni celui de la communication audiovisuelle n'étaient exigés par la Constitution (Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC , *Loi relative à la liberté de communication* ; Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC , *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*). Le Conseil constitutionnel n'a, en revanche, pas eu l'occasion de donner d'exemples de services publics constitutionnels. L'identification de ces derniers est à rechercher dans les textes constitutionnels. De tels services publics peuvent être déduits, d'une part, du principe de souveraineté nationale et, d'autre part, des droits-créances de nature économique et sociale proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946 (R. de Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, BDP, 2005 ; P.

Esplugas, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, Bibl. const. et science pol., 1994, p. 17 s. ; L. Favoreu, *Service public et Constitution*, AJDA 1997. 16 (16).

(38) Sauf si un texte rend le service public obligatoire : v., *a contrario*, CE, 18 mars 1977, n° 97939 (16), 97940 et 97941, *Chambres de commerce de La Rochelle, Belfort, Lille*, Lebon p. 153, concl. J. Massot (16). V. aussi, CE, 11 déc. 1963, *Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande*, JCP 1964.II.13753, note J. Dufau ; 6 avr. 1973, n° 866, *Turpin*.

(39) CE, 28 juin 1918, n° 63412 (16), *Heyriès*, Lebon p. 651 (16).

(40) J.-M. Dauchy, « Mutabilité et droits des usagers », LPA 2003, n° 251, p. 8 ; J.-P. Markus, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », RFDA 2001. 589 (16).

(41) J.-F. Lachaume, « Personnes, administrés, usagers ou clients ? », in IFSA, *Administration : droits et attentes des citoyens*, Doc. fr., 1998, p. 23.

(42) J. du Bois de Gaudusson, Thèse *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974, p. 35

(43) P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels*, Sirey, 1933, p. 14.

(44) J. du Bois de Gaudusson, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974, p. 14.


(45) J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001 ; C. Barbier, « L'usager est-il devenu le client du service public ? », JCP 1995, I, 3816 ; J.-P. Bizeau, « Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'administration », Rev. adm. 1997. 209.








(46) Pour un service public administratif, v. CE, 27 janv. 1961, *Vannier* ; pour un service public industriel et commercial, CE, sect., 18 mars 1977, *Chambre commerciale de La Rochelle, Belfort, Lille*.









(47) CE, 12 févr. 1982, n° 27098 (16), 27099 et 27100, *Université Paris VII*, Lebon p. 70-72 (16).







(48) De manière indirecte, ils peuvent exiger de l'administration qu'elle prenne les dispositions nécessaires à l'effectivité des lois qui modifient les conditions de fonctionnement des services publics, ce qui n'est qu'une manifestation de l'obligation générale pour l'administration de prendre les règlements d'application de la loi, sous peine


d'engager sa responsabilité.

(49) CE, 11 mars 1910, n° 16178 , *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, préc.


(50) CE, 19 juill. 1991, n° 115294 , *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, Lebon p. 295  ; AJDA 1991. 924  , obs. D. Broussolle  ; CE, 13 févr. 1987, n° 58198 , *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des PTT c/ Malthet*, préc., à propos d'une nouvelle réglementation de la forme des boîtes aux lettres ; CE, 11 juill. 2001, n° 211581 , *Poirrez*, Lebon T. p. 1079-1206  . Ainsi, au départ, l'Administration s'est vue interdite de modifier les modalités d'exécution d'un service public si elles sont définies par la loi, voire la Constitution.


(51) CE, 28 févr. 1990, n° 73788 , *Decaudin* ; CE, 19 févr. 2010, n° 322407 , *Molline et autres*, Lebon p. 20  ; AJDA 2010. 357  , note M.-C. Montecler  ; D. 2010. 1376, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon  ; RFDA 2010. 627, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier  ; Constitutions 2010. 423, obs. Oliviet Le Bot  .










(52) CE, 25 juin 1969, n° 69449 , *Vincent*, préc. ; CE, 13 févr. 1987, n° 62008 , 62009, *Toucheboeuf, M^{me} Royer*, Lebon p. 45  ; CE, 29 nov. 2002, n° 215593 , *Watrin et Kayemba*, Lebon T. p. 604-894-906-909  ; AJDA 2003. 407  .

(53) CE, 19 juill. 1991, n° 115294 , *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, préc.

(54) *A contrario*, v. CE, 26 juill. 1996, n° 130363 , *Association Narbonne Liberté 89 et Bonnes*, préc.



(55) CE, 26 juill. 1985, n° 50132 , *Association « Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque nationale »*, préc.



(56) Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC , *Loi de finances pour 1974*.

(57) Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC , *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* ; v. aussi Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC , *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, AJDA 1996. 694  , note O. Schrameck  ; D. 1998. 151  , obs. F. Mélin-Soucramanien  ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier  ; *ibid.* 1124, note C. Laviolle  ; La neutralité a également valeur constitutionnelle, Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217  , *Loi relative à la liberté de communication*.

(58) Charte de services publics du 18 mars 1992 qualifiée de « sous-produit de la politique de renouveau des services publics » par le CE, dans son rapport annuel *Service public, services publics, : déclin ou renouveau*, EDCE n° 46, 1994.

(59) *Traité de droit administratif*, Tome II, p. 107

(60) CE, 17 janv. 1986, n° 56280 , *Ville de Paris c/ Duvinage*, Lebon p. 10  ; CE, 13 févr. 1987, *Tourcheboeuf, M^{me} Royer*, préc.

(61) T. confl., 2 déc. 1902, n° 0543 , *Société immobilière de Saint-Just*, Lebon p. 713, concl. Romieu .

(62) CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, EDCE, n° 46, 1995


(63) Comme l'a souligné la Commission dans son avis sur la réforme des traités « Renforcer l'union politique et préparer l'élargissement » en vue de la conférence intergouvernementale [COM(96) 90 final, 28 février 1996]. V. dans le même sens, *Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe*, COM 2000 (558) JO C 17 du 19 janv. 2001 qui met à jour celle de 1996 et qui explique le nouveau cadre de SIG, suite à l'insertion d'un nouvel art. 16D d'après le Traité d'Amsterdam.

(64) Sous forme d'exception dans l'ex art. 90 du Traité CEE, devenu 106, § 2, TFUE. Le droit communautaire ignorait en revanche la notion de service public, hormis une seule référence ponctuelle dans le Traité de Rome à propos de la politique des transports (ex-art. 73 TCE, devenu art. 93 TFUE).







(65) *Communication sur « les services d'intérêt général en Europe »*, [COM(1996) 443].

(66) Le Traité modificatif européen de Lisbonne du 13 déc. 2007 comporte en annexe un protocole n° 9 sur les services d'intérêt général (protocole n° 26 TUE et TFUE).


(67) Protocole n° 26 TUE et TFUE, art. 1.

(68) TPICE, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, *FFSA e. a c/ Commission*, Rec. TPICE p. 99 ; pour un exemple plus récent à propos du service public des sociétés de logement institué par la législation néerlandaise, Trib. UE, 12 mai 2015, aff. T-202/10, *Stichting Woonlinie e.a. c/ Commission*, JA 2015, n° 522, p. 13, obs. L. Ghekière .

(69) CJCE, 21 mars 1974, aff. C-127/73, *BRT c/ SABAM* ; CJCE, 23 oct. 1997, aff. C-159/94 , *Commission c/*

France, AJDA 1997. 991 , note F. Hamon  ; *ibid.* 1998. 310, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues  ; *ibid.* 310, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues  ; RFDA 1998. 135, étude J.-Y. Chérot  ; RTD eur. 1999. 271, chron. J.-B. Blaise et L. Idot .

(70) Directive 2014/23 du PE et du Conseil de l'Union européenne du 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94 du 28 mars 2014, p. 1-64, consid. 5 et art. 2.

(71) La notion de service universel et celle d'obligation de service public ont été reconnues dans la jurisprudence de la Cour de justice (aff. C-320/91, *Corbeau*, préc., p. 15 en ce qui concerne le monopole postal belge ; aff. C-393/92, *Almelo*, préc., sur le monopole de distribution de l'électricité aux Pays-Bas. V. égal. arrêt du 18 mai 2000, aff. C-206/98, *Commission c/ Belgique*, p. 45 RTD eur. 2000. 727, chron. J.-G. Huglo .

(72) Elle est, d'ailleurs, toujours présente, dans le vocabulaire du législateur européen, v. par ex., directive 2014/24, consid. 7 et art. 1, § 4 ; directive 2014/25, consid. 9 et art. 1, § 4 ; directive 2014/23, art. 4, qui rappellent la liberté dont disposent les pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées de définir les SIEG et les obligations spécifiques auxquelles ils sont soumis.

(73) La notion a été développée tout d'abord dans la doctrine européenne, les résolutions du Parlement européen du 22 janv. 1993 (JO n° C 42 du 15 févr. 1993, p. 240) ; du 6 mai 1994 (JO n° C 205 du 25 juill. 1994, p. 551) ; du 25 juin 1995 (JO n° C 166 du 3 juill. 1995, p. 109) ; du 14 juill. 1995 (JO n° C 249 du 9 janv. 1995, p. 3) ; Résolutions du Conseil du 22 juill. 1993 (JO n° C 213 du 6 août 1993, p. 1) ; du 7 févr. 1994 (JO n° C 48 du 16 févr. 1994, p. 1) ; du 22 déc. 1994 (JO n° C 379 du 31 déc. 1994, p. 4) ; du 18 sept. 1995 (JO n° C 258 du 2 oct. 1995, p. 1).

(74) Depuis la seconde moitié des années 80, la Commission a proposé la libéralisation des secteurs des télécommunications (*Livre vert*, 30 juin 1987, Com (87), 290) et des services postaux (*Livre vert postal*, 11 juin 1992, Com (92), 476 ; P. Esplugas, « Le service universel », Dr. adm. 2002. Chron. 21).

(75) Directive 97/67/CE concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de l'Union européenne et l'amélioration de la qualité du service (directive postale ci-après) ; modifiée plusieurs fois, notamment par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté. En 2018, le règlement (UE) 2018/644 portant sur la livraison transfrontière de colis a complété les règles établies dans la directive 97/67/CE ; V. aussi art. L. 1 du code postal et des communications électroniques (CPCE).

(76) Directive postale, art. 3.

(77) Directive postale, consid. 30 et art. 3, § 1.

(78) *Ibid.*, consid. 3 et art. 16 à 18.

(79) *Ibid.*, consid. 35 et art. 19. Une procédure de traitement de réclamations doit également être prévue.

(80) *Ibid.*, consid. 10 et 11.

(81) Directive du PE et du Conseil de l'Union européenne du 11 déc. 2018 établissant le code des communications électroniques européen (CCEE ci-après) JO L 321 du 17 déc. 2018 (refonte de directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE) ; Elle s'inscrit dans un paquet de réformes de l'Union européenne en matière de télécommunications, lequel regroupe par ailleurs quatre autres directives (le cadre réglementaire commun, la « directive accès », la « directive autorisation » et la directive relative à la vie privée et aux communications électroniques), ainsi qu'un règlement instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

(82) CCEE, art. 1, § 2, b.

(83) CEEE, art. 84.


(84) *Ibid.* art. 84, 85 et 86 sur la fourniture, la disponibilité et la fourniture du service universel.

(85) *Ibid.*, art. 103 et 104.

(86) Directive « service universel », art. 27.

(87) Art. 2, e du règlement dit « *règlement Obligations de service public (OSP)* n° 1370/2007 du PE et du Conseil de l'Union européenne du 23 oct. 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route Il abroge les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70. Il a été modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2016/2338. Les pays de l'Union européenne peuvent également l'appliquer au transport public de voyageurs par voie navigable et par voie maritime nationale.

(88) Directive « service universel », art. 9. C'est dans le domaine électrique qu'est apparue en droit de l'Union l'expression « obligation de service public », le législateur emploie même le terme de service public de l'électricité, v. directive « service universel », consid. 26.

(89) Directive 2009/73/CE du PE et du Conseil de l'Union européenne du 13 juill. 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, modifiée par la directive (UE) 2019/692 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019, art. 9 ; Les directives 2003/55/CE (4) et 2009/73/CE (5) du PE et du Conseil de l'Union européenne ont contribué significativement à la création du marché intérieur du gaz naturel ; v. aussi directive 98/30/CE sur le marché intérieur du gaz, modifiée par la directive 2003/55/CE sur le gaz du 26 juin 2003 ; v. égal. arrêt du 7 sept. 2016, aff. C-121/15, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) c/ Premier ministre c/ Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique c/ Commission de régulation de l'énergie c/ ENGIE*, AJDA 2016. 1600 .

(90) Directive « service universel », art. 28 ; directive « gaz naturel », art. 3, § 2.

(91) Directive « service universel », consid. 22 ; Directive « gaz naturel », consid. 44 et 47.

(92) Directive « service universel », chapitre III « autonomisation et protection des consommateurs, art. 10 à 29.

(93) Directive « service universel », art. 3, § 7 ; directive « gaz naturel », consid. 47 et art. 3, § 2.

(94) Règlement *OSP*, *op. cit.*





(95) Règlement *OSP*, consid. 3.

(96) *Ibid.*, art. 1, § 1.

(97) *Ibid.* consid. 17.

(98) COM (2011), *Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe*.

(99) CJCE, 20 mars 1985, aff. C- 41/83, *Italie c/ Commission CE*, « *British Telecom* ».







(100) CJCE, 23 oct. 1997, aff. C-157/94 , *Commission c/ Pays-Bas*, AJDA 1998. 310, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues  ; RFDA 1998. 135, étude J.-Y. Chérot  ; RTD eur. 1999. 271, chron. J.-B. Blaise et L. Idot .

(101) CJCE, ord., 25 mars 1998, aff. C-174/97, *FFSA c/ Commission*, Rec. CJCE 1998, I, p. 1303.

(102) D. Truchet, « Unité et diversité des "grands principes" grands principes du service public », *op. cit.*, note n° 13.

(103) Rapport d'information n° 82 du Sénat de 2001 sur les services d'intérêt général en Europe présenté par M. H. Hanael.



(104) CE, Rapport public, *Le Service public*, Doc. fr., 1996.



















(105) Commandé par le principe de séparation de deux ordres juridictionnels. La première décision en la matière est la décision du T. Confl. du 8 févr. 1873, Lebon p. 61, concl. David. Le service public fonde ainsi la compétence du juge administratif en matière de responsabilité contractuelle des communes (CE, 4 mars 1910, n° 29373 , *Thérond c/ Ville de Montpellier*, Lebon p. 193 ) , des départements (CE, 6 févr. 1903, n° 07496 , *Terrier*, Lebon p. 94 ) et enfin en matière de responsabilité extracontractuelle (T. confl., 29 févr. 1908, n° 0624 , *Feutry c/ Département de l'Oise*, Lebon p. 208 ) .

(106) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Boccard, 3^e éd., 1928, p. 59.

(107) J.-C. Venezia, « Jèze et le service public », *Rev. hist. fac. de droit*, n° 12, 1992, p. 93.

(108) La jurisprudence a progressivement dégagé ces éléments en analysant le service comme une prestation de services, assurée ou assumée par une personne publique, poursuivant un but d'intérêt général et soumise à un régime d'exorbitant de droit commun.

(109) CE, ass., 13 mai 1938, n° 57302 , *Caisse primaire Aide et protection (APREI)*, Lebon p. 417  ; RD publ. 1938. 830, concl. R. Latournerie ; CE, sect., 28 juin 1963, n° 43834, *Narcy*.

(110) CE, 22 févr. 2007, n° 264541 , *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, Lebon p. 92, concl. C. Verot  ; AJDA 2007. 793 , chron. F. Lenica et J. Boucher  ; *ibid.* 2007. 825, tribune D. Costa  ; RFDA 2007. 803, note C. Boiteau, « Vers une définition du service public ? »  ; RDSS 2007. 499, concl. C. Verot  ; *ibid.* 517, note G. Koubi et G. J. Guglielmi  ; JCP Adm. 2007, 2145, note Guglielmi et Koubi ; Dr. adm. 2007, comm. 64 ; S. Boussard, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public" par nature », RFDA 2008. 43  ; V. aussi, CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 , *Ville Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis*, Lebon p. 472, concl. N. Escaut  ; AJDA 2010. 2343  ; *ibid.* 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser  ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou  ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus  ; JS 2011, n° 106, p. 9, obs. F.L.  ; JT 2011, n° 127, p. 12, obs. A.-S. Juilles  ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar  ; Rev. CMP 2011, comm. 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray.

(111) Elle a été proposée initialement par Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, t. II, Giard, p. 16 et reprise par une partie de la doctrine contemporaine comme le professeur A. de Laubadère ; L. de Corail, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA* 1997. 19 ; S. Boussard, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public" par nature », préc., *RFDA* 2008. 43.

(112) J. Chevallier, « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA* 1997. 8.

(113) Rapport annuel du Conseil d'État sur le thème « Service public, services publics », *EDCE*, 1994, n° 46, p. 38 ; M. Long, « Service public et réalités économiques du XIX^e siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001. 1161 ; H. Oberdoff, « Signification de la notion de service public à la française » in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, *Doc. fr.*, 1998, t. 2, p. 89 ; J.-M. Pontier, « Sur la conception française du service public », *D.* 1996. 9 ; B. Stirn, « Sur la conception française du service public », *CJEG* 1993, n° 489, p. 299.

(114) CE, rapport public 1999, *L'intérêt général*, *EDCE* n° 50, p. 334.

(115) CE, rapport public, *Le service public*, *Doc. fr.*, p. 21.

(116) Les années 90 marquées par le démantèlement de monopoles publics dans les grands secteurs d'industries de réseaux.

(117) Qui n'est pas toujours traduisible dans toutes les langues officielles de l'Union.

(118) CE, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, *EDCE*, 1994, n° 46, p. 38.

(119) COM(1996) 443, *op. cit.*, note 19 ;

(120) Art. 7 D suivie d'une précaution sous forme de déclaration (n° 13) annexée au Traité d'Amsterdam qui précise que les dispositions relatives aux services publics « sont mises en oeuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services ». On aurait pu penser que cette déclaration cite en exemple des principes susceptibles de justifier l'existence des services publics qui étaient à l'époque de construction jurisprudentielle.









(121) F. Berrod, « Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in *Le service public*, colloque de l'AFDA, *Dalloz*, 2014, p. 107.

(122) D. Guinard, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple des services d'intérêt général*, L'Harmattan, 2012.


(123) Communication sur « les services d'intérêt général en Europe » de 2001, COM 2000 (558) JO C 17 du 19 janv. 2001.

(124) E. Lekkou, « The national identity in the service of national identities, Freedom, Security & Justice », *European Legal Studies*, 2017, p. 132-146.

(125) TFUE, art. 345 ; En ce sens, des privatisations de services publics ne sont juridiquement pas imposées par le droit de l'Union européenne même si elles sont en pratique encouragées ; B. Delaunay, « Les limites de la neutralité de l'article 295 du Traité CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », *RJEP* 2009. Étude 11.

(126) V. par ex., CE, 31 mai 2006, n° 275531 , *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Lebon p. 272  ; *AJDA* 2006. 1592  , chron. C. Landais et F. Lenica  ; *ibid.* 2008. 911, étude J.-J. Israël  ; *RDI* 2006. 480, obs. J.-D. Dreyfus  ; *RFDA* 2006. 1048, concl. D. Casas  ; *RTD com.* 2006. 774, obs. G. Orsoni .

(127) Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM (2003), 270 final, p. 50.

(128) Le droit administratif a connu une période de morosité entre les années 1960 et 1980 : sa jurisprudence n'est guère dynamique (v. en ce sens, D. Linotte, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980. 632 ; S. Rials, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981. 115 ; son caractère jurisprudentiel est critiqué (v. A. de Laubadère, *Le Conseil d'État et l'incommunicabilité*, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 17 ; G. Vedel, *Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?*, EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31) ; son efficacité dans le contrôle de l'administration est mise en cause (« Droit administratif : bilan critique », *Pouvoirs* 1988, n° 46). L'arrêt *Nicolo* lui a redonné u coup de pouce. Depuis les années 1990, le droit administratif connaît de profondes mutations, v. J.-B. Auby, « La bataille de San Romano : réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001. 912 .


(129) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, 1923, p. 54.

(130) J.-M. Sauvé, « La notion de service d'intérêt économique général », *op. cit.*, v. note n° 17.

(131) Comme l'a indiqué la Commission, le cadre fixé par le Traité de Lisbonne ne justifie pas l'élaboration d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général, v. Communication sur « Les services d'intérêt général, y compris les



services sociaux d'intérêt général, un nouvel engagement européen », *op. cit.*, note n° 127.

(132) Rapport Sénat, *op. cit.*, v. note n° 98.

(133) V. en ce sens, M. Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public », RFDA 2008. 58 .

(134) Livre blanc de la Commission sur « Les services d'intérêt général », COM(2004) 374 final.

(135) TFUE, art. 14, précisé par le protocole n° 26, art. 1 ; Sur le nouveau cadre de définition de l'intérêt économique général après le Traité de Lisbonne, v. CJUE, aff. C-121/15, *ANODE*, préc., p. 41 s. Livre vert sur les services d'intérêt général, du 12 mai 2003, COM (2003), 270, §§ 22 à 26.


(136) CJUE, 20 sept. 2018, aff. C-114/17 P, *Espagne c/ Commission* ; CJUE, 4 oct. 2007, aff. C-320/05 P, *Olsen c/ Commission* ; TPICE, ord., 12 févr. 2008, aff. T-289/03 , *BUPA e.a. c/ Commission*, Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard .

(137) V. notes n° 97, 98 et 99.

(138) Protocole n° 26, art. 2 qui reprend pour l'essentiel les dispositions de la déclaration (n° 13) annexée au Traité d'Amsterdam

(139) *Ibid.*










(140) CJUE, aff. C-121/15, *ANODE*, préc., p. 44.

(141) F. Chaltiel, « Traité de Lisbonne : le service public », LPA 30 mai 2008, p. 6 ; « Les apports du Traité de Lisbonne au service public », AJDA 2008. 1575  ; L. Grard, « Sécuriser le service public avec Lisbonne », *Polétia*, 2008, p. 583 ; v. égal., rapport d'information du Sénat, n° 376, *Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne*, 4 juin 2008.

(142) Communication de la Commission, COM (2011) 900 final, *Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe*, COM/2011/0900 final, p. 6.


(143) V. Champeil-Desplats, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et





territoriale », AJDA 1999. 959 .


(144) Le juge européen a reconnu un droit à la qualité ; v. CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90 , *Höfner c/ Macrotron GmbH*, AJDA 1992. 253, chron. J.-D. Combrexelle, E. Honorat et C. Soulard  ; D. 1991. 155  ; RDSS 1991. 515, obs. X. Prétot  ; RTD com. 1991. 512, obs. C. Bolze  ; *ibid.* 524, obs. C. Bolze  ; RTD eur. 1993. 81, chron. E. Traversa  ; *ibid.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot  ; Rev. UE 2015. 362, étude J.-P. Kovar  ; concl. dans les affaires *Corbeau* et *Almelo*.

(145) Directive « service universel », consid. 1 et art. 15 ; Livre vert 2003, COM (2003), p. 3.3, assurer la cohésion et l'accès universel.

(146) La continuité est prise en compte comme une continuité temporelle, géographique et territoriale et celui d'égalité sous la forme de solidarité et d'égalité de traitement.

(147) M. Voisset, « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », RFDA 1999. 743 .

(148) Thèmes qu'on retrouve dans certaines lois, notamment en ce qui concerne la « qualité des soins : v. en ce sens CSP, art. L. 1112-2 , L. 1511-1 , L. 6113-1 . Ou encore la « qualité » du sang transfusé (art. L. 1222-1 -3° du même code).

(149) La loi française a déjà imposé de tels dispositifs obligatoires d'adaptation pour améliorer le sort de l'usager face à l'administration. Par ex., les services de soins adaptés aux besoins de leurs usagers et clients, v. la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale et son décret n° 2002-590 du 24 avr. 2002 ; M. Dupont, « La mutabilité et les restructurations hospitalières », RDSS 2013. 31  in Dossier spécial dossier ayant pour titre « Service public et santé » qui a été publié, outre la présente contribution, dans le n° 1/2013 de la RDSS.

(150) Sénat, rapport d'information 2001, *op. cit.*, v. note n° 98.

(151) V. Communication 2011, COM (2011) 900 final, p. 13 s., « Promotion de la qualité : l'exemple des services sociaux d'intérêt général ».

(152) J.-B. Auby, Dutheil de la Rochère, « Pourquoi un droit administratif européen », in *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, 2014, p. 21 ; Sur les étapes de la formation du droit administratif européen, v. M. Ruffert, « Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre », *Die Verwaltung*, 2003, n° 36, p. 293

(153) D. Truchet, « Label de service public et statut de service public », AJDA 1982. 427.

Copyright 2021 - Dalloz – Tous droits réservés