

DROIT ADMINISTRATIF

Jean-François Brisson, Professeur.
Licence 2, Droit, Série 2
Année universitaire 2018-2019

La notion de service public
Séance de Travaux dirigés n°4

Documents :

I- Références textuelles

- Art. 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
- Protocole n°26 sur les services d'intérêt général
- Code des postes et des communications électroniques.

II- Jurisprudence

- Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*
- Conseil d'Etat ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*
- Conseil d'Etat sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, commentaire G. Koubi et J. Guglielmi, *RDSS 2007*, p. 517

III- Doctrine

- SENAT, Rapport, Les services d'intérêt général en Europe. Novembre 2000/
- CHEVALLIER, Jacques, « Le service public », Coll. *Que sais-je*, PUF, 2015 (extraits)
- LONG, Marceau, « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA 2011*, p.1161

Pour aller plus loin :

- TRUCHET, Didier, « Renoncer à l'expression ' service public ' », *AJDA 2008*, p. 553
- MARCOU, Gérard, « Maintenir l'expression et la notion de ' service public ' », *AJDA 2008*, p.833

Exercice (Dissertation) :

Peut-on parler d'une crise d'identité de la notion de service public?

Document n°1 : Article 106§2 du TFUE

[...]

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

Document n°2 : Protocole n°26 sur les services d'intérêt général

Article 1er

Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment:

°le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;

°la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes;

°un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Article 2

Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

Document n°3 : Code des postes et des communications électroniques

CHAPITRE III : Le service public des télécommunications

Article L35 [En savoir plus sur cet article...](#)

Modifié par [Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 - art. 8 JORF 27 juillet 1996](#)

Le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité. Il comprend :

- a) Le service universel des télécommunications défini, fourni et financé dans les conditions fixées aux articles L. 35-1 à L. 35-4 ;
- b) Les services obligatoires de télécommunications offerts dans les conditions fixées à l'article L. 35-5 ;
- c) Les missions d'intérêt général dans le domaine des télécommunications, en matière de défense et de sécurité, de recherche publique et d'enseignement supérieur, assurées dans les conditions fixées à l'article L. 35-6.

Article L35-1

Modifié par [Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 - art. 8 JORF 27 juillet 1996](#)

Le service universel des télécommunications fournit à tous un service téléphonique de qualité à un prix abordable. Il assure l'acheminement des communications téléphoniques en provenance ou à destination des points d'abonnement, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence, la fourniture d'un service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés, sous formes imprimée et électronique, et la desserte du territoire national en cabines téléphoniques installées sur le domaine public.

Il est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés spécifiques rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes en raison notamment de leur niveau de revenu ou de leur handicap. Ces conditions incluent le maintien, pendant une année, en cas de défaut de paiement, d'un service restreint comportant la possibilité de recevoir des appels ainsi que d'acheminer des appels téléphoniques aux services gratuits ou aux services d'urgence au bénéfice du débiteur saisi en application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, et du débiteur pour lequel a été établi le plan de règlement amiable ou prononcé le redressement judiciaire civil institués par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

Toute personne obtient, sur sa demande, l'abonnement au téléphone auprès d'un opérateur chargé du service universel dans les conditions prévues par le présent code. Le propriétaire d'un immeuble ou son mandataire ne peut s'opposer à l'installation du téléphone demandée par son locataire ou occupant de bonne foi.

Article L35-2

Créé par [Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 - art. 8 JORF 27 juillet 1996](#)

I. - Peut être chargé de fournir le service universel tout opérateur en acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer.

France Télécom est l'opérateur public chargé du service universel.

Le cahier des charges d'un opérateur chargé de fournir le service universel est établi après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications et détermine les conditions générales de fourniture de ce service et notamment les obligations tarifaires nécessaires, d'une part pour permettre l'accès au service universel de toutes les catégories sociales de la population, d'autre part pour éviter une discrimination fondée sur la localisation géographique. Il fixe également les conditions dans lesquelles les tarifs du service universel et sa qualité sont contrôlés.

II. - L'acheminement gratuit des appels d'urgence est obligatoire pour tous les fournisseurs de service téléphonique au public.

Article L35-3 [Ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 - art. 12 JORF 28 juillet 2001](#)

I. - Les coûts imputables aux obligations du service universel sont évalués sur la base d'une comptabilité appropriée tenue par les opérateurs. Cette comptabilité est auditée, à leurs frais, par un organisme indépendant, désigné par l'Autorité de régulation des télécommunications.

L'évaluation des coûts nets des obligations de service universel pesant sur les opérateurs prend en compte l'avantage sur le marché qu'ils retirent, le cas échéant, de ces obligations.

II. - Le financement des coûts imputables aux obligations de service universel est assuré par les exploitants de réseaux ouverts au public et par les fournisseurs de services téléphoniques au public dans les conditions suivantes :

1° Le financement du coût net des obligations de péréquation tarifaire correspondant, d'une part aux obligations de péréquation géographique, d'autre part au déséquilibre résultant de la structure courante des tarifs téléphoniques, est assuré par une rémunération additionnelle à la rémunération d'interconnexion mentionnée à l'article L. 34-8, versée à l'opérateur chargé du service universel selon les mêmes modalités que la rémunération principale.

Cette rémunération additionnelle est la contrepartie de l'universalité du réseau et du service téléphonique. Elle est calculée au prorata de la part de l'opérateur qui demande l'interconnexion dans l'ensemble du trafic téléphonique. Son montant est constaté, sur proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications, par le ministre chargé des télécommunications.

Afin de favoriser le développement des radiocommunications mobiles, la baisse des tarifs aux utilisateurs et compte tenu du supplément de trafic qu'ils apportent, les opérateurs de radiocommunications mobiles soumis par leurs cahiers des charges à des obligations de couverture à l'échelle nationale sont exemptés de la part de cette rémunération additionnelle correspondant au déséquilibre de la structure courante des tarifs téléphoniques. En contrepartie, les opérateurs concernés s'engagent à contribuer, à compter du 1er janvier 2001, à la couverture, par au moins un service de radiotéléphonie mobile, des routes nationales et des autres axes routiers principaux et des zones faiblement peuplées du territoire non couvertes par un tel service à la date de remise du premier rapport mentionné à l'article L. 35-7. Ils s'engagent également à fournir les éléments et à formuler les propositions nécessaires à l'élaboration de ce rapport. Les opérateurs qui ne prennent pas ces engagements avant le 1er octobre 1997 sont exclus par le ministre chargé des

télécommunications, sur proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications, du bénéfice de l'exemption ;

2° Il est créé un fonds de service universel des télécommunications. La gestion comptable et financière de ce fonds est assurée par la Caisse des dépôts et consignations dans un compte spécifique. Les frais de gestion exposés par la caisse sont imputés sur le fonds.

Ce fonds est affecté au financement des coûts nets des obligations de service universel suivants : l'offre, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 35-1, de tarifs spécifiques à certaines catégories d'abonnés en vue de leur assurer l'accessibilité au service, la desserte du territoire en cabines téléphoniques, l'annuaire universel et le service de renseignements correspondant.

La part des coûts nets que doit supporter chaque opérateur est calculée au prorata de son volume de trafic.

Si un opérateur accepte de fournir l'offre, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 35-1, de tarifs spécifiques à certaines catégories d'abonnés en vue de leur assurer l'accès au service téléphonique dans les conditions fixées par son cahier des charges, le coût net de cette offre est déduit de sa contribution.

Le montant des contributions nettes que les opérateurs versent ou reçoivent est constaté, sur proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications, par le ministre chargé des télécommunications. Ces contributions sont recouvrées par la Caisse des dépôts et consignations selon les modalités prévues pour les créances de cet établissement.

En cas de défaillance d'un opérateur, l'Autorité de régulation des télécommunications prononce une des sanctions prévues à l'article L. 36-11. En cas de nouvelle défaillance, elle peut retirer l'autorisation. Si les sommes dues ne sont pas recouvrées dans un délai d'un an, elles sont imputées sur le fonds lors de l'exercice suivant ;

3° Le déséquilibre résultant de la structure actuelle des tarifs téléphoniques au regard du fonctionnement normal du marché sera résorbé progressivement par l'opérateur public avant le 31 décembre 2000, dans le cadre de baisses globales des tarifs pour l'ensemble des catégories d'utilisateurs. Lorsque le déséquilibre aura été résorbé, et au plus tard au 31 décembre 2000, il sera mis fin au versement de la rémunération additionnelle mentionnée au 1° ci-dessus et le financement du coût net des obligations de péréquation géographique sera assuré par l'intermédiaire du fonds mentionné au 2° ci-dessus.

Le passage à ce nouveau régime de financement sera décidé, sur proposition de l'Autorité de régulation des télécommunications, par le ministre chargé des télécommunications, après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications.

III. - Les méthodes d'évaluation, de compensation et de partage des coûts nets liés aux obligations de service universel sont rendues publiques un an au moins avant leur mise en application.

IV. - Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications, précise les modalités d'application du présent article. Il établit notamment les méthodes de l'évaluation, de la

compensation et du partage des coûts nets du service universel, ainsi que les modalités de gestion du fonds de service universel des télécommunications.

V. - Le ministre chargé des télécommunications adresse chaque année au Parlement un rapport sur l'application des dispositions du présent article.

Article L35-4

Modifié par [Ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 - art. 19 JORF 28 juillet 2001](#)

Au moyen d'un annuaire universel, présenté sous forme imprimée et électronique, et d'un service universel de renseignements, le public a accès, sous réserve de la protection des droits des personnes, aux noms ou raisons sociales, aux numéros téléphoniques et aux adresses de tous les abonnés aux réseaux ouverts au public, ainsi qu'à la mention de leur profession pour ceux qui le souhaitent. Il peut avoir accès, sous cette même réserve, aux adresses électroniques des abonnés qui le souhaitent.

Tout annuaire universel doit respecter des modalités de présentation et des caractéristiques techniques fixées par voie réglementaire. Toute personne qui édite un annuaire universel ou fournit un service universel de renseignements traite et présente de façon non discriminatoire les informations qui lui sont communiquées à cette fin.

France Télécom édite un annuaire universel sous forme imprimée et électronique et fournit un service universel de renseignements.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications, détermine les modalités d'application du présent article. Il précise notamment les garanties à mettre en oeuvre pour assurer la confidentialité des données, compte tenu des intérêts commerciaux des opérateurs, et la protection de la vie privée.

Article L35-5 [Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 - art. 74 JORF 19 mars 2003](#)

Les services obligatoires comprennent une offre, sur l'ensemble du territoire, d'accès au réseau numérique à intégration de services, de liaisons louées, de commutation de données par paquet, de services avancés de téléphonie vocale et de service télex.

Le cahier des charges d'un opérateur chargé du service universel détermine ceux des services obligatoires qu'il est tenu d'assurer et les conditions de leur fourniture.

France Télécom assure la fourniture de tous les services obligatoires.

Les opérateurs de services de télécommunications sont tenus de permettre l'accès par les autorités judiciaires, les services de la police et de la gendarmerie nationales, les services d'incendie et de secours et les services d'aide médicale urgente, agissant dans le cadre de missions judiciaires ou d'interventions de secours, à leurs listes d'abonnés et d'utilisateurs, complètes, non expurgées et mises à jour.

Document n°3 : Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain

Vu l'arrêté, en date du 13 octobre 1920, par lequel le lieutenant-gouverneur de la colonie de la Côte-d'Ivoire a élevé le conflit d'attributions dans l'instance pendante, devant le juge des référés du tribunal civil de Grand-Bassam, entre la Société commerciale de l'Ouest africain et la colonie de la Côte-d'Ivoire ; Vu l'ordonnance du 7 septembre 1840, le décret du 10 mars 1893, le décret du 18 octobre 1904 ; Vu les décrets des 5 août et 7 septembre 1881 ; Vu les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III ; Vu l'ordonnance du 1er juin 1828 et la loi du 24 mai 1872 ;

Sur la régularité de l'arrêté de conflit : Considérant que si le lieutenant-gouverneur de la Côte-d'Ivoire a, par un télégramme du 2 octobre 1920, sans observer les formalités prévues par l'ordonnance du 1er juin 1828, déclaré élever le conflit, il a pris, le 13 octobre 1920, un arrêté satisfaisant aux prescriptions de l'article 9 de ladite ordonnance ; que cet arrêté a été déposé au greffe dans le délai légal ; qu'ainsi le tribunal des conflits est régulièrement saisi ;

Sur la compétence : Considérant que par exploit du 30 septembre 1920, la Société commerciale de l'Ouest africain, se fondant sur le préjudice qui lui aurait été causé par un accident survenu au bac d'Eloka, a assigné la colonie de la Côte-d'Ivoire devant le président du tribunal civil de Grand-Bassam, en audience des référés, à fin de nomination d'un expert pour examiner ce bac

Considérant, d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ; d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac. Que, - si donc c'est à tort qu'au vu du déclinatoire adressé par le lieutenant-gouverneur, le président du tribunal ne s'est pas borné à statuer sur le déclinatoire, mais a, par la même ordonnance désigné un expert contrairement aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828, - c'est à bon droit qu'il a retenu la connaissance du litige ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté de conflit ci-dessus visé, pris par le lieutenant-gouverneur de la Côte-d'Ivoire, le 13 octobre 1920, ensemble le télégramme susvisé du lieutenant-gouverneur n° 36 GP, du 2 octobre 1920, sont annulés.

Document n°4

Conseil d'Etat ass., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection »

Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 20 juin 1936 "seront supprimés les cumuls de retraites, de rémunérations quelconques et de fonctions contraires à la bonne gestion administrative et financière du pays" ;

Considérant qu'il résulte tant des termes de la loi que de ses travaux préparatoires que cette disposition vise tous les agents ressortissant à un organisme chargé de l'exécution d'un service public, même si cet organisme a le caractère d'un "établissement privé" ;

Considérant que le service des assurances sociales est un service public ; que sa gestion est confiée notamment à des caisses dites primaires ; que, par suite, et nonobstant la circonstance que, d'après l'article 28, paragraphe 1er, du décret du 30 octobre 1935, celles-ci sont instituées et administrées conformément aux prescriptions de la loi du 1er avril 1898 et constituent ainsi des organismes privés, leurs agents ont pu légalement être compris parmi ceux auxquels il est interdit d'exercer un autre emploi ;

Considérant, d'autre part, qu'aucune obligation n'incombait au gouvernement d'édicter, pour le cas du cumul d'un emploi dépendant d'un service public et d'un emploi privé, des dispositions analogues à celle qu'il a prévues pour atténuer la prohibition de cumul entre emplois publics ;

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée de la Caisse Primaire "Aide et Protection" et du sieur X... est rejetée. Article 2 : Expédition de la présente décision sera transmise au Ministre des Finances.

Document n°5 : Conseil d'Etat sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)

Considérant que l'ASSOCIATION DU PERSONNEL RELEVANT DES ETABLISSEMENTS POUR INADAPTES (A.P.R.E.I.) a demandé communication des états du personnel d'un centre d'aide par le travail géré par l'Association familiale départementale d'aide aux infirmes mentaux de l'Aude (A.F.D.A.I.M.) ; que le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Montpellier a, par un jugement du 27 janvier 1999, annulé le refus de communication opposé par l'A.F.D.A.I.M. et enjoint à cette dernière de communiquer les documents demandés dans un délai de deux mois à compter de la notification de son jugement ; que l'A.P.R.E.I. demande la cassation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 19 décembre 2003 en tant que la cour a d'une part annulé le jugement du 27 janvier 1999 en tant que ce jugement est relatif au refus de communication opposé par l'A.F.D.A.I.M., d'autre part rejeté sa demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître ; Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, dans sa rédaction alors en vigueur : « sous réserve des dispositions de l'article 6 les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande, qu'ils émanent des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public » ;

Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée,

dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ; Considérant qu'aux termes de l'article 167 du code de la famille et de l'aide sociale alors en vigueur : « les centres d'aide par le travail, comportant ou non un foyer d'hébergement, offrent aux adolescents et adultes handicapés, qui ne peuvent, momentanément ou durablement, travailler ni dans les entreprises ordinaires ni dans un atelier protégé ou pour le compte d'un centre de distribution de travail à domicile ni exercer une activité professionnelle indépendante, des possibilités d'activités diverses à caractère professionnel, un soutien médico-social et éducatif et un milieu de vie favorisant leur épanouissement personnel et leur intégration sociale./ ... » ; que les centres d'aide par le travail sont au nombre des institutions sociales et médico-sociales dont la création, la transformation ou l'extension sont subordonnées, par la loi du 30 juin 1975 alors en vigueur, à une autorisation délivrée, selon le cas, par le président du conseil général ou par le représentant de l'Etat ; que ces autorisations sont accordées en fonction des « besoins quantitatifs et qualitatifs de la population » tels qu'ils sont appréciés par la collectivité publique compétente ; que les centres d'aide par le travail sont tenus d'accueillir les adultes handicapés qui leur sont adressés par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel créée dans chaque département ; Considérant que si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général, il résulte toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que l'A.P.R.E.I. n'est pas chargée de la gestion d'un service public ; qu'ainsi l'A.P.R.E.I. n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, qui est suffisamment motivé ; que ses conclusions tendant à la prescription d'une mesure d'exécution et à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées par voie de conséquence ;

Geneviève Koubi, Gilles J. Guglielmi L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail

Note sous Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), AJDA 2007.793, chron. F.

Lenica et J. Boucher

L'Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés a demandé la communication des états du personnel d'un Centre d'aide par le travail géré par l'Association familiale départementale d'aide aux infirmes mentaux de l'Aude. L'application de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs posait dès lors la question de la qualification de cette dernière association : l'Association familiale départementale d'aide aux infirmes mentaux de l'Aude personnalisant le Centre d'aide par le travail, organisme de droit privé, était-elle ou non chargée de la gestion d'un service public ?

En dépit du fait que, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Célia Verot semble réduire les grands « principes » du service public à des « valeurs »(1), l'enjeu est

majeur au regard du droit français du service public puisqu'il s'agit sinon de donner une définition de la notion, du moins de reconnaître l'existence et la qualification de certaines activités comme constituant, au sens fonctionnel, des services publics. Pour répondre à la question, le Conseil d'Etat, saisi en cassation d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 19 décembre 2003, devait d'une part examiner le mode et les indices de qualification utilisés, et d'autre part les appliquer au Centre d'aide par le travail.

Le commissaire du gouvernement lui a proposé d'utiliser cette espèce pour stabiliser la méthode d'identification jurisprudentielle d'une activité de service public, et d'en déduire que les activités gérées par les associations gestionnaires de centre d'aide par le travail pouvaient recevoir cette qualification. Elle n'a pas été suivie sur le second point, tandis que le premier a donné lieu à une synthèse *a minima* de jurisprudences bien établies, sans pour autant éviter leurs ambiguïtés conceptuelles.

La méthode d'identification jurisprudentielle d'une activité de service public

L'ensemble des considérations à ce titre repose sur le « considérant de principe », apparemment « ambitieux »(2), de l'arrêt rendu le 22 février 2007 : « même en l'absence de telles prérogatives [de puissance publique], une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

De prime abord, l'attention se concentre sur la question de l'exercice de « prérogatives de puissance publique » par une personne privée investie d'une mission de service public. Toutefois, dans la mesure où celles-ci ne sont pas au coeur de la définition du service public, c'est un travail d'explicitation, non pas tant des critères du service public mais plutôt des méthodes d'identification des organismes investis d'une mission de service public, qui s'impose(3).

Des jurisprudences bien établies

Leurs principes fondateurs ont été posés par l'arrêt *Narcy* (4). Néanmoins, cet arrêt recelait deux inconvénients. Le premier est que le caractère d'intérêt général, toujours nécessaire à la qualification d'une activité de service public, y était présumé en raison des données de l'espèce et ne faisait donc pas l'objet d'une analyse particulière. Le second est que les indices, respectivement, du contrôle par une autorité administrative de l'activité ou de l'organisme gestionnaire, et de la dévolution à ce dernier de prérogatives de puissance publique, n'étaient pas clairement posés comme cumulatifs ou alternatifs.

Deux arrêts ultérieurs s'étaient attachés à régler ce second point, l'un du Tribunal des conflits

(5), l'autre du Conseil d'Etat, qui portait d'ailleurs sur la même question que la décision

ici commentée à savoir l'application de la loi du 17 juillet 1978 (6). Il en résultait clairement qu'une personne privée pouvait se voir attribuer une mission de service public qui ne lui confiait aucune prérogative de puissance publique et que l'exercice de sa mission pouvait ne comporter aucune mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique.

Ainsi que le souligne le commissaire du gouvernement, « ce n'est pas la détention de prérogatives qui justifie la qualification de service public mais au contraire, l'exercice d'une mission de service public qui justifie l'octroi de prérogatives ». De plus, si « la détention de prérogatives constitue un indice suffisant pour identifier un service public », « elle n'est pas toujours nécessaire ». Dès lors, il lui paraît nécessaire d'utiliser la méthode du faisceau d'indices et de réaliser une synthèse jurisprudentielle afin de clarifier la réponse donnée à l'espèce.

Une synthèse a minima

Pour des raisons rapportées dans les mêmes conclusions, le caractère alternatif de l'indice des prérogatives de puissance publique a été assez largement méconnu par la théorie juridique et par la jurisprudence pendant trente ans.

Le pourvoi de l'Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, qui portait sur une seule question de droit, au demeurant nettement délimitée et traitée par la Cour administrative d'appel dans le cadre des indices classiques (création de l'organisme dans un but de gestion du service public, présence des personnes publiques dans les organes de décision, financement public de l'activité), était donc l'occasion de régler de façon générale et unificatrice la méthode d'identification d'une activité de service public.

Dans un premier temps, le juge doit s'assurer de ce que « le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public ».

Le silence du législateur, dans un second temps, invitera le juge à rechercher un critère cumulatif : si l'organisme privé est « doté à cette fin de prérogatives de puissance publique » et s'il « assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration ». Dans l'affirmative, le juge en conclura qu'il est « chargé de l'exécution d'un service public ». Au contraire, si les prérogatives de puissance publique sont absentes, dans un troisième temps, il devra appliquer à l'organisme privé un faisceau d'indices : « l'intérêt général de son activité (1), les conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement (2), les obligations qui lui sont imposées (3), les mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints (4). Ils sont conçus par le juge administratif comme révélateurs de la « mission de service public » que « l'administration a entendu lui confier ».

S'agissant d'un considérant de principe, ce schéma logique en trois étapes doit être dorénavant considéré comme un mode d'emploi de l'identification jurisprudentielle de la catégorie des organismes privés chargés d'une mission de service public.

Néanmoins, il apparaît immédiatement que le faisceau d'indices prévu à la troisième étape de la double hypothèse du silence du législateur et de l'absence de prérogatives de puissance publique correspond exactement à une partie du critère cumulatif défini à l'étape précédente. On ne voit pas en effet comment, ni surtout pourquoi, le juge reconnaîtrait une « mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration » autrement que par ces quatre indices.

Des concepts ambigus

En l'espèce, le juge administratif relève que « l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général » mais il n'en tire pas pour conséquence l'existence d'une mission de service public. Toutefois, l'imprécision des concepts et de leur agencement dans son discours de la méthode demeure frappante.

« Mission d'intérêt général », tout d'abord, est une expression à double sens qui peut aussi bien désigner, fonctionnellement, une tâche confiée, que téléologiquement, un but à atteindre. Dans cette seconde acception, la mission d'intérêt général, objectif d'ensemble et élément du critère cumulatif, dépasse la simple activité d'intérêt général, indice du faisceau, qu'elle implique toutefois nécessairement. « Mission de service public », ensuite, comprend évidemment la même amphibologie et doit de plus être distinguée de la mission d'intérêt général qu'elle implique nécessairement. Autrement dit, la mission d'intérêt général n'est pas nécessairement une mission de service public alors que la mission de service public est toujours une mission d'intérêt général.

Quant au mot « mission », il n'a de sens que par rapport à une autorité tierce qui la confie. Le législateur est *a priori* le mieux placé pour fonder, définir et confier une mission de service public, dans toute sa généralité et son prestige. Pourtant, le juge ne semble lui attribuer qu'un rôle recognitif (« reconnaître ou exclure l'existence ») qui porte sur des faits constatés

et non sur une création normative. Inversement, le rôle actif se trouve paradoxalement du côté de la mission d'intérêt général, qui est sous le contrôle « de l'administration » et de la mission de service public, qui a été confiée « par l'administration ». Malheureusement, en droit public français, l'administration n'est pas une notion juridique et on peut s'étonner de la recrudescence de l'emploi du vocable dans les arrêts, alors même que leur prétention est d'augmenter la rigueur de l'analyse. Ces arguments invitaient nécessairement à se reposer la question de la position des établissements et services « privés » insérés dans le cadre des institutions sociales et médico-sociales(7).

S'agit-il d'une personne publique ? Après tout, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations définit les autorités administratives comme « les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif », liste dont les deux derniers termes laissent place à des personnes privées. S'agit-il d'une autorité administrative ? Dans l'affirmative, quelle est-elle ? Est-on sûr qu'elle détienne la compétence de confier une mission de service public à un organisme privé ? Quand bien même une association serait fondée et administrée par plusieurs personnes publiques de nature différente (Etat, Région, département, et commune) comme c'est le cas dans l'action culturelle, rien ne garantit que la personne publique précisément auteur des actes constituant les indices retenus par le juge soit la personne publique titulaire de la compétence de création du service public.

Enfin, dans la formulation adoptée par l'arrêt, la deuxième hypothèse, utilisant le critère cumulatif de la prérogative de puissance publique, aboutit à considérer une personne privée comme *chargée de l'exécution* du service public, alors que dans la troisième, utilisant le faisceau d'indices, une personne privée est regardée comme *assurant une mission* de service public. Le Conseil d'Etat signale ainsi que « *la mission assurée* par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail » ne présente pas « le caractère d'une mission de service public ».

Or, au sens strict, l'exécution du service public s'entend de l'accomplissement répétitif de tâches matérielles constituant en elles-mêmes la prestation de service public. Elle s'avère beaucoup plus limitée que la mission de service public, qui englobe largement la gestion, la régulation et l'optimisation du service public. Doit-on pour autant en déduire que la qualification, selon la deuxième hypothèse, d'une mission d'intérêt général sous contrôle administratif, dotée qui plus est de prérogatives de puissance publique, cantonne la personne privée au rôle de strict exécutant, et que, au contraire, l'utilisation, selon la troisième hypothèse, du faisceau d'indices, conférerait à cette personne la mission dans toute son ampleur ? Rien ne le justifierait, d'autant plus que, comme on l'a vu, les indices ne font finalement que concrétiser la situation de contrôle d'une activité d'intérêt général.

Ainsi, l'arrêt du 22 février 2007 confirme, d'une certaine manière, l'importance du

rattachement organique à une personne publique (8), sans pour autant préciser l'objet de la qualification : la catégorie des organismes chargés d'une mission de service public, la mission elle-même ou bien les activités de service public. Ce rattachement est également central dans la reconnaissance d'un service public virtuel et dans la qualification d'une délégation contractuelle de gestion du service public, qui utilisent toutes deux l'expression «

droit de regard » (9). Il reste à souhaiter que le rattachement organique commun à toutes ces situations soit prochainement caractérisé par une formulation unifiée.

La recherche et la détermination de la « volonté » du législateur

Par delà ces méthodes conduisant à identifier ou qualifier un service public, la confirmation de la jurisprudence classique, suivant laquelle la notion de prérogative de puissance publique n'est pas un élément déterminant, n'est pas le seul point à retenir. La recomposition de la notion fonctionnelle du service public étant affermie, celle-ci permet de modérer la force du lien existant entre l'activité considérée et une personne publique ainsi que d'atténuer l'intensité du rapport entre la notion de service public et le droit administratif.

A partir du « silence de la loi », retenu comme élément symptomatique, l'application de cette rhétorique induit une recherche spécifique de « l'intention du législateur ». Cette notion doit

d'emblée être distinguée du « recours aux objectifs des textes » (10). En effet, dans les cas où les dispositions législatives auxquelles il doit être fait référence s'avèrent insuffisantes pour fonder une réponse explicite, le juge administratif est amené soit à s'interroger sur les « objectifs » du texte, soit, plus largement, sur « l'intention du législateur ». Et c'est cette dernière méthode qu'il a choisi d'appliquer en l'espèce, en dépit du risque de subjectivisme qu'elle suppose.

Alors que pour relever les modes d'identification du service public et de l'organisme privé chargé d'une mission de service public, le Conseil d'Etat a fait oeuvre pédagogique, il parvient à « fonder la solution d'espèce, indépendamment de tout travail de qualification jurisprudentielle, sur la seule volonté du législateur, issue au surplus de l'examen des travaux préparatoires d'une loi - celle du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des handicapés - qui ne prend pas expressément parti sur le point en litige - à savoir la qualification, au regard du

service public, de l'activité des organismes gérant des centres d'aide par le travail » (11).

Peut-on en inférer que c'est précisément pour ne pas avoir à qualifier les Centres d'aide par le travail comme participant à un service public - dans un contexte idéologique plutôt défavorable à la force opératoire et à l'étendue de la notion -, que le juge administratif s'est attaché aux travaux préparatoires de la loi de 1975 alors qu'ils s'avèrent très peu précis sur ce point ?

L'utilité sociale et l'intention du législateur

La lecture donnée par le Conseil d'Etat de la loi de 1975 paraît quelque peu datée dans la mesure où, si l'on se reporte aux travaux préparatoires de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, il semble bien que le législateur ait explicitement voulu éviter de qualifier de service public le secteur médico-social dans son entier.

En effet, « la loi elle-même range l'ensemble des activités dans des « missions d'intérêt général et d'utilité sociale » (art. L. 311-1 CASF), ce qui évite donc d'englober l'ensemble dans le service public à proprement parler, à la différence de ce qui est clairement affirmé pour le secteur sanitaire ; mais dans le même temps, les contraintes et obligations qui pèsent sur les établissements conduisent à les rattacher tous à des missions de service public » (12).

Des similitudes et des liens existent indéniablement entre les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1975 et ceux de la loi de 2 janvier 2002 en ce qu'ils expriment des questionnements identiques.

Ce n'est qu'en cas de silence de la loi que l'indice de l'existence de prérogatives de puissance publique détient une valeur essentielle. Notant que les Centres d'aide par le travail n'en disposent guère, le juge administratif se réfère en l'espèce aux dispositions de la loi du 30 juin 1975 « éclairées » par les travaux préparatoires, et relève que « le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public ». En quelque sorte, par cette « méthode d'interprétation de la loi » (13), le Conseil d'Etat fait prévaloir le silence, c'est-à-dire tant l'absence de mention du service public dans la lettre du texte que la difficulté d'y

remédier, sur l'intention du législateur. Or, faire prévaloir, à l'inverse, l'intention du législateur sur la lettre du texte serait de facture plus classique. Le silence de la loi, en effet, ne traduit pas nécessairement une absence d'intention.

La trame générale de la loi reposait plus certainement sur la notion de « solidarité » que sur celle « d'utilité sociale ». Les termes de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées le confirment(14). Ainsi que le remarque le commissaire du gouvernement, lors de l'examen de la loi de 1975, le rapporteur du projet de loi au Sénat, M. Gravier, justifiait l'encadrement des activités menées dans le secteur social et médico-social par les associations en notant qu'elles « participent désormais à une activité d'intérêt général, à un véritable service public dont les conditions d'implantation doivent faire l'objet d'une concertation systématique et d'une planification ». Lors des propositions de réforme de la loi de 1975, le principe d'une « reconnaissance du statut de service public » de ce secteur avait été sollicité. Or, le lien entre les termes de « reconnaissance » et de « statut » aurait pu inciter à ce que les activités en cause, dont notamment les Centres d'aide par le travail, présentent au moins implicitement la qualité de service public. Telle n'a pas été la lecture du Conseil d'Etat en l'espèce.

La logique d'un statut juridique de l'usager explique en bonne partie tant les dispositions de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées que celles de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. Cette dernière, plus affirmée sur ce point, introduit une section intitulée « Des droits des usagers du secteur social et médico-social », insérée au chapitre 1^{er}, titre 1^{er} du livre III du Code de l'action sociale et des familles(15). Pour en donner le cadre, elle définit les missions l'action sociale et médico-sociale comme s'inscrivant « dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale » qui rassemblent, outre nombre d'interventions, les « actions d'intégration scolaire, d'adaptation, de réadaptation, d'insertion, de réinsertion sociales et professionnelles, d'aide à la vie active, d'information et de conseil sur les aides techniques ainsi que d'aide au travail(16)

.La notion d'utilité sociale n'est pas nouvelle puisqu'elle trouve clairement ses fondements dans la Révolution française(17) et qu'elle a été consacrée dans des lois récentes(18). Le juge a été amené à en préciser le contenu. La Cour de cassation met en avant le caractère non lucratif de la structure qui gère un service à finalité sociale(19). Le commissaire du gouvernement Jacques Delmas-Marsalet(20) privilégiait, plutôt que le secteur d'intervention de l'institution, les conditions dans lesquelles elle l'exerce. Pour lui, « tout secteur d'action socio-économique, qu'il s'agisse de la santé, de l'éducation, de la culture ou, demain, de la protection de l'environnement, peut donner lieu à des activités d'utilité sociale ».

Néanmoins, la loi du 2 janvier 2002 utilise la notion d'utilité sociale pour l'appliquer à des personnes privées qui gèrent une activité d'intérêt général à visée sociale de façon désintéressée. Elle ne se situe pas *expressis verbis* dans la logique du service public, qui suppose un régime de droit public, l'exercice éventuel de prérogatives de la puissance publique, même s'il peut être géré par des personnes privées. La raison en est que le secteur social et médico-social est majoritairement pris en charge par des personnes privées et notamment des associations.

On pourrait, certes, s'interroger sur le fait que la notion de « solidarité sociale » n'ait pas été clairement exposée, alors qu'elle est au fondement de l'action sociale(21). Néanmoins, l'utilité sociale, pour les concepteurs du texte, a paru mieux adaptée au problème soulevé par l'insertion sociale et professionnelle des adultes handicapés.

Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée, Francis Hammel, avait ainsi indiqué combien « il est important de constater qu'à l'exception notable du secteur des personnes âgées, où les établissements publics, notamment hospitaliers, sont largement majoritaires, le secteur qui accueille des personnes handicapées, des enfants handicapés - celui de la lutte contre l'exclusion - est, lui, principalement porté par les établissements privés à but non lucratif ».

La secrétaire d'Etat aux handicapés, Dominique Gillot, avait alors fait remarquer que « la notion de « mission d'intérêt général et d'utilité sociale » paraît mieux adaptée que celle de « mission de service public », qui rappelle trop le secteur hospitalier, au sein duquel les établissements publics de santé sont prédominants ». La dissociation entre les actions sociales et médico-sociales et les actions hospitalières et sanitaires en acquiert d'autant plus

d'ampleur (22). Ces explications traduisent nettement l'influence des associations et de l'UNIOPSS, qui sont à l'origine de cette formulation, à laquelle s'étaient opposés la Fédération française hospitalière de France, d'autres organismes de droit public et des associations laïques.

Cette utilisation neutralisante de la notion d'utilité sociale a été critiquée au regard du contenu réel du régime juridique que la loi instaure. M. Terrasse, auteur d'un rapport d'information parlementaire sur l'action sociale et médico-sociale en 2000, a soutenu ainsi un amendement n° 250 déposé par le Parti communiste afin de reconnaître pleinement le caractère de service public des missions remplies par les acteurs du secteur social et médico-social : « il s'agit bel et bien de missions de service public, qu'elles soient effectuées par des personnes publiques ou privées. Ajoutons que cette reconnaissance du caractère de missions de service public implique un régime juridique précis en droit administratif. Les notions de « mission d'intérêt général » et de « mission d'utilité sociale » obéissent à un régime juridique beaucoup plus flou. Dans un souci de protection et de sécurité juridique des personnes concernées par l'action sociale et médico-sociale, nous proposons donc l'adoption de cet amendement ». Un autre argument venait de ce que l'Union européenne commençait à s'intéresser de près aux services sociaux par l'entremise de la notion de « service d'intérêt général » et que la qualification de service public constituerait une protection pour les établissements comme pour les usagers.

Cet amendement, après avis défavorable de la commission et du gouvernement, a été formellement rejeté en invoquant la souplesse nécessaire du régime juridique dans le secteur, puisque selon le rapporteur, la référence au service public constituait une contrainte(23). La même attitude s'est retrouvée devant le Sénat à l'occasion d'un amendement n° 138 qui introduisait subrepticement la notion de service public par le biais de « contrats de concession du service public social et médico-social ». La commission y était défavorable, « considérant que la notion de service public est trop lourde de conséquences. On imagine difficilement que des associations intervenant dans le domaine social et médico-social puissent passer des contrats de concession du service public »(24). Pour obtenir le retrait de l'amendement, la ministre avait alors confirmé que « dans un domaine où les associations sont majoritaires, il n'est pas raisonnable de fonder un service public social et médico-social ». Un tel raisonnement révèle une inversion discursive de la logique de l'action sanitaire et sociale. En réalité, la plupart du temps, les « initiatives privées », institutions caritatives ou associations de soutien, « se sont manifestées avant que la puissance publique

ne songe à intervenir » (25). De fait, il leur a souvent fallu pallier des carences du service public. Il est donc paradoxal que l'absence dans la loi d'une mention quant à la qualité de service public de certaines des activités soit fondée sur le fait que la loi pourrait se révéler plus que contraignante pour les personnes morales de droit privé agissant dans le secteur.

Les travaux préparatoires des deux Chambres ont donc exprimé la volonté du législateur. Pourtant, l'incertitude demeure : soit le législateur n'a pas estimé opportun de maintenir l'initiative d'instaurer explicitement un service public dans le secteur social et médico-social ; soit il a explicitement voté contre cette solution.

La première hypothèse paraît plutôt devoir être retenue. En effet, dès 2004, à l'occasion d'un rapport d'information sur les établissements et services sociaux et médico-sociaux(26), le député P. Morange notait que « sans pour autant être mentionné de façon positive dans les textes, le caractère de service public est présent dans l'esprit de la loi comme le prouve la

simple lecture des articles 2, 3, 5 et 6 (respectivement art. L. 116-1, L. 116-2, L. 311-1 et L. 311-2 CASF) de la loi n° 2002-2 rénovant l'action sociale et médico-sociale », ajoutant encore : « plus que jamais, le secteur social et médico-social, dans ses actions comme dans ses structures, continue de participer du secteur public ».

Les (anciens) « Centres d'aide par le travail »

Les « Centres d'aide par le travail » sont au nombre des institutions sociales et médico-sociales dont la création, la transformation ou l'extension sont subordonnées, par la loi du 30 juin 1975 alors en vigueur, à autorisation(27). Ces procédures perdurent(28) et la logique de coordination et de coopération qu'elles supposent de nos jours, au vu du présent arrêt, n'emporterait pas plus qu'auparavant la qualification de ces centres sous le label de service public. Pourtant, rien ne s'opposait et ne s'oppose encore à ce que les « Centres d'aide par le travail », en raison des dispositions particulières qui les régissent, puissent être qualifiés de service public.

L'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles précise que « sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux », les établissements ou services « d'aide par le travail, à l'exception (...) des entreprises adaptées définies aux articles L. 323-30 et suivants » du code du travail. Mis en place par la loi de 1975, les Centres d'aide par le travail ne sont pas de ces « entreprises adaptées » auxquelles fait référence le code du travail(29). Si la loi du 11 février 2005 a substitué à cette première dénomination celle « d'établissements et services d'aide par le travail », les missions qu'ils assurent ne sont pas fondamentalement différentes. Selon l'article L. 121-7 7° de ce code, « sont à la charge de l'Etat au titre de l'aide sociale (...) les frais de fonctionnement des centres d'aide par le travail ». Insérant les termes de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, l'article L. 243-6 du même code précise, quant aux droits dont disposent les personnes qui y sont accueillies, que « l'Etat assure aux organismes gestionnaires des établissements et services d'aide par le travail, (...) la compensation totale des charges et des cotisations afférentes à la partie de la rémunération garantie... ». Ces formulations ne suffiraient-elles pas à caractériser la nature de service public des Centres d'aide par le travail ?

Par ailleurs, si « l'association de la loi du 1^{er} juillet 1901 est le support juridique le plus habituel des institutions sanitaires et sociales privées »(30), cela n'exclut pas la possibilité de penser les activités prises en charge comme des services publics. Les dispositions de l'article L. 2251-3 du code général des collectivités territoriales en ouvrent la voie : « lorsque l'initiative privée est défailante ou insuffisante pour assurer la création ou le maintien d'un service nécessaire à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural, la commune peut confier la responsabilité de le créer ou de le gérer à une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ou à toute autre personne »(31).

En conclusion, selon la logique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, lorsque la loi ne définit pas explicitement une activité d'intérêt général comme une activité de service public, cette qualification doit être recherchée à partir d'un faisceau d'indices. Ce dernier a abouti à ce que si, pour les personnes concernées, l'insertion sociale et professionnelle constitue sans aucun doute une mission d'intérêt général, elle ne soit pas un service public. Eu égard à son utilité sociale et à son régime juridique, l'absence de qualification de service public de cette activité, par son décalage avec la réalité matérielle, pourrait bien mettre en évidence que la dénomination de service public n'est plus qu'une « étiquette ».

Par ailleurs, plutôt que de « mettre un terme à une controverse doctrinale »(32), il semblerait qu'il y ait là « mise en évidence d'un critère malléable » qui autoriserait « la mouvance de la frontière entre le droit administratif et le droit privé, en fonction des influences politiques, économiques et sociales que subit notre système juridique »(33). Ce mode de raisonnement préfigurerait-il alors les modalités de sortie du champ du droit du service public de la plupart des structures sociales et médico-sociales ?

(...)

II. – La doctrine du service public

Prenant acte de la mutation de l'État libéral qui est en train de s'accomplir, la doctrine du service public qui se développe dans le champ juridique entend renouveler son soubassement théorique mais aussi étayer un droit public encore fragile. Sa force réside dans la combinaison d'une double dimension, idéologique et juridique : le service public est conçu à la fois comme le principe qui commande la légitimité étatique et comme la clef qui donne accès au régime de droit public ; ainsi permet-il de redonner à la théorie de l'État cohérence et unité, en la réarticulant autour d'un nouveau concept central et fondateur. Cette construction s'effectuera progressivement : le service public apparaît d'abord, avec G. Jèze, en tant que critère du droit administratif, avant de devenir, avec L. Duguit, le support d'une nouvelle théorie de l'État ; l'amalgame entre ces deux conceptions donne naissance à la doctrine du service public.

1. La consolidation du droit administratif.

– La notion de service public n'était pas inconnue du droit administratif français : utilisée dès l'Ancien Régime, fréquemment invoquée au cours des travaux de l'Assemblée constituante (J.-L. Mestre), on la retrouve au xix^e siècle dans des arrêts, généralement au sens matériel, et sous la plume d'auteurs, plutôt cette fois au sens organique (ainsi, pour Vivien, l'administration consiste principalement dans l'accomplissement des « services publics » (Études administratives, 3^e éd., 1859) ; et l'arrêt Blanco parle explicitement du « service public ». Néanmoins, l'importance de la notion était restée secondaire, au regard des notions d'« intérêt public » ou de « puissance publique ».

La référence au service public au début du xx^e siècle a une portée toute différente, en modifiant l'équilibre et le sens même de l'institution du droit administratif. D'une part, le fondement de celui-ci est désormais clairement situé dans les fins sociales de l'action administrative : c'est dans la seule mesure où elle est au service du public que l'administration est soumise à des règles exorbitantes du droit commun, dont le contenu et la portée ne peuvent être correctement appréciés que par un juge spécialisé ; le droit administratif n'est plus le prolongement des privilèges de l'administration mais le corollaire des responsabilités particulières qui lui incombent. D'autre part, son contenu change : l'idée de service entraîne des contraintes nouvelles pour l'administration et des garanties nouvelles pour les usagers. Mais le service public permet encore, et surtout, de consolider le droit administratif par le dépassement de la distinction des actes d'autorité et de gestion, que le développement de l'interventionnisme rendait caduque.

A) La référence au service public apparaît d'abord en jurisprudence.

– Pour transférer aux juridictions administratives le contentieux des collectivités locales, jusqu'alors attribué aux tribunaux judiciaires, les trois arrêts Terrier (1903), Feutry (1908) et Théron (1910) se basent sur le fait qu'un service public est en cause ; rejetant la théorie des actes d'autorité et de gestion, les commissaires du gouvernement Romieu, Teissier et Pichat affirment que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux..., constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative » ; la seule réserve introduite par Romieu concerne les cas dans lesquels l'administration décide de se placer elle-même dans les conditions du droit privé. En 1906, dans son ouvrage *La Responsabilité de la puissance publique*, G. Teissier développe et argumente cette thèse : redécouvrant l'arrêt Blanco, il l'interprète comme établissant sans équivoque possible la compétence des juridictions administratives pour statuer sur « les demandes d'indemnités dirigées contre l'État à l'occasion du fonctionnement des services publics » ; ce qui n'était dans l'arrêt Blanco qu'une clause de style, renvoyant à la puissance publique, devient le véritable critère de répartition des compétences, au moins en matière de responsabilité.

À la suite de cette percée jurisprudentielle, la doctrine s'empare de la notion de service public pour l'ériger en « pierre angulaire du droit administratif » (G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904), en en faisant le fondement du régime administratif : l'application de règles dérogatoires du droit commun et l'existence d'un juge spécial s'expliqueraient exclusivement par les fins sociales de l'action administrative. La notion de service public fournit ainsi la clef à la fois du droit administratif et de la compétence du juge administratif. D'une part, elle assure la cohésion et l'unité des grandes notions du droit administratif : doivent être considérés comme « agents publics » les personnes employées dans le service public, comme « domaine public » les biens affectés au service public, comme « travaux publics » les travaux effectués en vue d'un service public ; quant à la responsabilité administrative, elle couvre les dommages causés par l'accomplissement d'un service public. D'autre part, elle justifie l'intervention du juge administratif : celui-ci doit en principe être saisi chaque fois qu'un litige concerne une activité de service public ; son existence n'est plus fondée sur un privilège de l'administration, mais sur la nature particulière des problèmes posés et des règles à appliquer. Le service public devient « l'alpha et l'oméga du droit administratif » (P. Weil).

– La promotion du critère du service public a pour effet d'étendre sensiblement le champ d'application du droit administratif et du contentieux administratif, en inversant le cours d'une évolution qui semblait aller dans le sens d'une extension croissante de la compétence judiciaire. Récusant avec force l'idée d'une double personnalité de l'État, au motif que celui-ci n'a dans tous les cas qu'un seul but – servir le public –, les apolo-gistes du service public en viennent logiquement à placer la quasi-totalité des activités administratives sous l'empire du droit administratif et sous le contrôle du juge administratif ; les actes de gestion eux-mêmes qui, pour Laferrière, formaient le contentieux judiciaire « par nature » et devaient être abandonnés aux juridictions de droit commun, relèvent par essence de la sphère publique, puisqu'ils sont accomplis dans le cadre du service public. Sans doute l'administration peut-elle décider de se placer dans les conditions du droit privé ; néanmoins, celle-ci reste l'exception, le service public impliquant normalement le recours aux procédés du droit public.

Sous réserve des exceptions prévues par des textes spéciaux, et qui doivent être interprétées restrictivement, le juge administratif retrouve une compétence de principe pour connaître de

l'ensemble des litiges administratifs. Ainsi le droit administratif, qui risquait d'être progressivement laminé par le développement des tâches de « gestion », retrouve-t-il des bases plus larges et plus solides d'implantation, en contribuant du même coup au renforcement de la cohésion de l'État.

B) La rupture avec le contexte d'assujettissement lié à l'idée de puissance publique se traduit par l'octroi à l'administré de garanties qui non seulement le protègent contre l'arbitraire, mais encore lui donnent un droit de regard sur le fonctionnement administratif : la « loi du service » (L. Duguit), qui désormais domine toute la gestion publique, signifie que l'administré, devenu usager, a des exigences à faire valoir vis-à-vis de l'administration et dispose de moyens d'action pour obtenir satisfaction (l'idée selon laquelle les usagers seraient détenteurs de véritables « droits subjectifs » vis-à-vis de l'administration sera avancée par R. Bonnard, qui n'hésitera pas à se séparer, sur ce point, de Duguit) ; les obligations de service public ne sont que l'envers d'un statut positif de l'usager qu'elles transcrivent en termes de contraintes pour l'administration.

Le noyau dur de ce régime de service public, commun à l'ensemble des activités gérées par l'administration, sera cristallisé autour des trois grands principes de « continuité », « égalité », « mutabilité », qui seront systématisés ultérieurement par L. Rolland (1934) : parce qu'ils sont préposés à la satisfaction des besoins du public, les services publics sont tenus de fonctionner de manière régulière et continue – « sans heurts, sans à-coups, sans arrêts » –, dans des conditions égales pour tous, et leurs règles de fonctionnement doivent pouvoir être modifiées à tout moment par l'autorité compétente ; souvent complété par le principe de « neutralité », plus rarement par celui de « gratuité » (M. Hauriou), le régime de service public est donc conçu comme le moyen d'imposer à l'administration certaines normes, certaines disciplines de fonctionnement, pour le profit collectif des usagers – même si les conséquences peuvent être négatives pour certains d'entre eux. Le recours éventuel au juge administratif permettra à l'usager de contraindre l'administration au respect de ces principes.

Par là, on voit bien que la promotion du critère du service public ne relève pas de la simple technique juridique, mais touche aux fondements mêmes du droit administratif : celui-ci n'apparaît plus comme le prolongement des privilèges de l'administration, mais comme le corollaire des responsabilités qui lui incombent dans la vie sociale ; et son contenu se trouve recentré sur les obligations qui sont les siennes à l'égard de ses usagers. Derrière le service public se profile ainsi toute une conception des rapports de l'État et du droit que Duguit s'attachera à formaliser.

2. La redéfinition de l'État.

– Le thème du service public sous-tend une vision très différente de l'État : alors que l'État était érigé en instance supérieure, dotée d'une puissance inconditionnée et irrésistible, il est désormais placé dans un statut de subordination, assujéti au droit et mis au service des citoyens ; et son rôle n'est plus que de fournir les prestations qu'appelle le développement de la solidarité sociale. À ce titre, la doctrine du service public se présente comme le prolongement du solidarisme, qu'elle fait pénétrer au cœur du droit public.

A) Avec Duguit, la notion de service public acquiert une portée différente, en servant à fonder une théorie nouvelle de l'État. Après avoir, dès 1901, récusé la conception de l'État en tant que personne morale détentrice d'une puissance souveraine, Duguit va en effet, à partir de 1911, ériger le service public en principe de limitation « objective » de la puissance des

gouvernants, avant d'y voir le fondement même du droit public (Les Transformations du droit public, 1913) : Duguit rejoint alors Jèze pour en faire la notion clé dont dépend l'application du droit administratif ; par le jeu de cet enracinement dans le droit positif, sa théorie juridique de l'État s'en trouve légitimée et consolidée.

Pour Duguit, l'État n'est en effet qu'une entité « métaphysique », placée derrière les gouvernants pour légitimer l'emploi de la coercition ; ce qu'on nomme « l'État » n'est pas une personne collective souveraine, mais seulement une société dans laquelle des individus, appelés gouvernants, disposent de la puissance matérielle, possèdent une force irrésistible de contrainte. Cette force de contrainte n'est légitime que pour autant qu'elle est fondée sur le droit : les actes des gouvernants s'imposent aux gouvernés, non parce qu'ils sont l'expression d'une soi-disant « puissance » de l'État ou d'un « droit subjectif » de commandement, mais dans la mesure, et dans l'unique mesure, où ils sont conformes aux impératifs du « droit objectif » – c'est-à-dire aux normes juridiques issues de la « conscience sociale ». Or, au cœur de ce droit objectif, il y a l'idée de service public : le rôle des gouvernants est de travailler à la réalisation et au développement de la solidarité sociale, notamment en prenant en charge les activités d'intérêt général indispensables à la vie collective ; les prérogatives qu'ils détiennent ne sont que la contrepartie de cette obligation. Le service public constitue donc à la fois le fondement et la limite du pouvoir des gouvernants : la puissance des gouvernants est justifiée par la nécessité de satisfaire les besoins collectifs du public ; mais elle ne saurait aller au-delà de ce qu'admet et exige la conscience sociale.

Le service public contient ainsi un principe rigoureux de limitation de l'État : que ce soit pour la délimitation de son champ d'intervention sociale ou pour la définition de ses moyens d'action, l'État est soumis à une contrainte de but, qui est censée interdire toute possibilité d'arbitraire ; dissipant « les vieux fantômes de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique » (G. Vedel), la notion de service public sonne le glas d'une puissance étatique inconditionnée et paraît fonder l'État de droit sur des bases solides.

B) La référence au service public ne modifie pas seulement le rapport de l'État au droit ; elle infléchit aussi la conception des tâches étatiques. Coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants, l'État n'a pour fonction que de servir : ce n'est plus une instance de contrainte et de domination, mais un « commis du social », un honnête gérant, un fidèle serviteur ; le pouvoir se transforme en fonction, le « droit de commander » en « obligation de gérer ». L'État est invité à abandonner sa position d'arbitre pour prendre part activement à la gestion du social : il est conçu non plus sous la forme de manifestations d'autorité, mais comme le gestionnaire d'activités sociales concrètes ; la prescription fait place à la prestation. Cette entrée en lice modifie profondément les termes du rapport avec la société. L'État apparaît immanent et non plus transcendant à la société : ce n'est plus une entité abstraite, lointaine et supérieure, mais l'administrateur du quotidien ; comme le dit Duguit, « les gouvernants ne sont plus les organes d'une personne publique qui commande ; ils sont les gérants d'affaires de la collectivité ».

Corrélativement, le sens de la relation au public change. Utilisant les services que l'État met à sa disposition, recourant aux prestations qu'il lui offre, l'utilisateur apparaît comme le bénéficiaire et le référent ultime de son action : il ne subit pas comme l'assujéti l'imposition unilatérale de disciplines, qui restreignent sa marge d'autonomie et limitent sa liberté de comportement, mais tire au contraire profit d'une gestion qui satisfait ses besoins et lui

procure certains avantages ; les attentes légitimes de résultat sont désormais celles de l'usager vis-à-vis des services publics, et non plus celles de l'État à l'égard des assujettis.

Duguit construit ainsi, autour du service public, une théorie de l'État qui non seulement rend compte du processus de transformation que l'État a connu, mais encore répond au besoin de fondation du droit public : l'idée selon laquelle l'État n'est qu'une « coopération de services publics » organisés et contrôlés par les gouvernants coïncide avec le développement des activités de prestation ; le thème de la solidarité est dans l'air du temps, puisqu'il fait écho aux travaux de Durkheim et s'inscrit dans le droit fil du solidarisme ; enfin, la référence au droit objectif permet de donner au droit une assise sociologique, en plaçant son fondement en dehors de l'État. La théorie duguiste du service public condense et amalgame un ensemble d'éléments : prenant appui sur la sociologie pour construire une théorie du droit, elle s'adosse au droit positif pour étayer une théorie politique : oscillant entre constatif et performatif, elle décrit une évolution mais dessine en même temps une nouvelle figure de la rationalité politique.

La doctrine du service public a donc été construite à partir de préoccupations et d'apports différents : pour Jèze, son mérite essentiel est de doter le droit administratif d'un critère opérationnel, puisque transposable dans ses diverses branches ; pour Duguit, elle permet surtout d'éviter d'appuyer le droit administratif sur une notion de puissance publique qui n'est qu'une illusion métaphysique. La notion de service public répond à la fois au souci du premier de trouver un principe cohérent d'explication du droit positif et à la volonté du second de fonder juridiquement sa théorie de l'État ; les deux points de vue se confortent réciproquement, la théorie juridique du service public prenant appui sur la philosophie politique de Duguit, à qui elle fournit en contre-partie un ancrage dans le droit positif. Sans doute les deux perspectives restent-elles distinctes : de même que Jèze n'adhère pas aux postulats philosophiques de Duguit et se borne à un point de vue strictement positiviste, de même Duguit n'attache pas une importance déterminante aux traductions juridiques concrètes de la théorie du service public et ne pousse pas la systématisation juridique aussi loin que Jèze ; néanmoins, un amalgame s'opérera progressivement, aboutissant à une alchimie complexe.

Ainsi lancé sur le marché des produits doctrinaux, le service public allait connaître un remarquable succès. Même lorsqu'ils ne lui accordent pas une place exclusive, tous les administrativistes s'y réfèrent, tel Hauriou qui, dès 1892, avait mis la notion de « service public » au principe de l'action administrative et continuera par la suite à la mettre en tension avec celle de « puissance publique ».

(...)

II. – La perte de substance juridique

Si le service public avait retrouvé après la Seconde Guerre mondiale une place de choix dans la construction du droit administratif, ce renouveau n'était pas dénué d'équivoque. D'une part, il ne s'était pas accompagné d'une réelle clarification conceptuelle : le service public restait une notion fonctionnelle, irréductible à toute définition de type « essentialiste ». D'autre part, les conséquences juridiques attachées au service public ont perdu progressivement de leur rigueur. Ce constat a eu pour effet de relancer les controverses sur la pertinence d'une notion dont les contours seraient trop imprécis et les attributs trop incertains pour servir de fondement solide au droit administratif.

1. L'incertitude des frontières.

– Le mode de définition du service public exclut d'emblée toute possibilité d'une détermination objective ou intrinsèque : le service public n'existe pas « en soi », mais exclusivement en fonction de la volonté de ses promoteurs ; contrairement à la thèse du service public « par nature », il n'y a pas de limite objective à la création d'un service public et n'importe quelle activité sociale peut être à tout moment érigée en service public. Comme le disait A. de Laubadère, « une activité devient un service public lorsque les pouvoirs publics décident de l'assumer pour donner satisfaction à un besoin dont ils estiment qu'il serait, sans cette prise en main, insatisfait ou insuffisamment satisfait ». Il est, dès lors, vain de chercher à délimiter par avance les frontières « naturelles » du service public, qui sont susceptibles d'évoluer à chaque instant, en fonction d'une appréciation de type politique ; et on ne saurait pas davantage dégager de l'extraordinaire diversité des services publics existants des éléments intrinsèques de spécificité permettant de les distinguer des autres activités sociales. Le service public serait donc dépourvu de tout réel contenu conceptuel ; ce n'est pas une « notion », qui puisse être définie en extension et en compréhension, mais un simple « label » (D. Truchet, 1982) attribué discrétionnairement : est service public l'activité sociale que les pouvoirs publics ont entendu ériger comme tel.

A) Ce critère « subjectif » reste prédominant dans la jurisprudence actuelle (aprei, 2007 ; Société ugc-Ciné Cité, 2007, cea, 2008). Dès l'instant en effet où le législateur a entendu expressément soit reconnaître, soit exclure l'existence d'un service public, cette qualification s'impose ; c'est seulement à défaut que les trois éléments retenus dans l'arrêt Nancy (1963) (mission d'intérêt général, contrôle de l'administration, pré-rogatives de puissance publique) seront pris en compte. Néanmoins, même en l'absence de prérogatives de puissance publique, certains indices (conditions de création, d'organisation et de fonctionnement, nature des obligations imposées, contrôles) peuvent révéler l'intention de l'administration de confier à des personnes privées une telle mission. En dehors même de cette hypothèse, les activités exercées à l'initiative des personnes privées et sous leur responsabilité peuvent se trouver attirées du côté du service public, dès l'instant où les personnes publiques entendent, eu égard à l'« intérêt général » qui s'y attache, exercer un « droit de regard sur leur exercice » (Commune d'Aix-en-Provence, 2007) ; en revanche, « l'absence de tout contrôle de la personne publique » interdit de qualifier l'activité de service public (Société ugc-Ciné-Cité, 2007 ; Commune de Six-Fours-les-Plages, 2011). Si le service public apparaît ainsi comme une « activité assumée directement ou indirectement par une personne publique » (Conseil d'État, 19 décembre 2013), ce critère n'en ouvre pas moins un large espace d'incertitude.

B) Cette attraction ne prend pas toujours la forme d'une insertion directe dans le service public. De plus en plus, se développent entre le secteur public et le secteur privé des passerelles, qui aboutissent à l'effacement progressif des frontières. C'est ainsi que sont apparues des formules d'association au service public, par lesquelles une personne privée, juridiquement autonome et placée en dehors des structures administratives, est amenée, sur la base d'un contrat ou d'un acte unilatéral, à assumer certaines obligations et à orienter son action dans un sens conforme à l'« intérêt général » : s'il n'est pas intégré au secteur public, ni soumis à l'ensemble des contraintes provenant de la gestion d'un service public, l'associé n'en apporte pas moins un concours indirect à la réalisation des objectifs fixés par les pouvoirs publics. La logique du service public tend ainsi à déborder le cadre organique de l'appareil de gestion public et à contaminer des secteurs entiers de la vie sociale. Cette

conception « sectorielle » ou « fonctionnelle » confère paradoxalement au service public un nouveau rayonnement.

Ces incertitudes affectent aussi le régime de service public.

2. La dilution du régime.

– Le régime de service public a perdu de sa spécificité sous l'effet de deux phénomènes convergents.

A) D'une part, les obligations exorbitantes pesant sur les services publics ont été interprétées de manière de plus en plus souple. Le régime de service public, à vrai dire, n'a jamais eu exactement la même portée pour les services industriels et commerciaux et pour les services administratifs ; cependant, le rapport Nora a été, en avril 1967, le point de départ d'une politique nouvelle et beaucoup plus systématique, visant à une meilleure insertion des entreprises publiques dans l'économie de marché et à leur soumission aux lois de la concurrence. L'accent mis sur l'impératif de rentabilité allait justifier le réaménagement du régime de service public : l'abandon de services non rentables, le transfert au privé du soin d'assurer des investissements trop coûteux, les mesures de différenciation tarifaire illustrent assez l'inflexion des principes traditionnels de continuité, égalité et mutabilité. Si cette évolution est particulièrement nette dans le secteur industriel et commercial, elle peut être constatée aussi, bien qu'à un degré moindre, pour les services administratifs, où des jugements nouveaux en termes d'efficacité et d'efficacités interfèrent avec l'objectif de satisfaction des usagers, en entraînant éventuellement l'ajustement du service rendu.

B) D'autre part, et à l'inverse, les privilèges dont les services publics étaient dotés tendent à se tarir, au nom du principe de libre concurrence : les services publics sont de plus en plus considérés comme des opérateurs parmi d'autres, insérés dans un marché ouvert et tenus de jouer le jeu de la concurrence. Corrélativement, la notion de service public apparaît comme dotée d'une moindre densité juridique : la place du service public comme notion transversale servant de clé donnant l'accès aux différents aspects de la gestion publique tend à régresser ; la fin du lien traditionnel établi entre fonction publique et service public (Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012) en témoigne. Très inégalement dosé selon les cas, le régime dont il donne la clé ne permet plus de tracer une ligne de partage claire entre public et privé.

3. Un critère en voie de relégation.

– L'équilibre entre les critères du service public et de la puissance publique a été, au cours des années 1980, sensiblement infléchi par la jurisprudence.

A) D'abord, le Conseil d'État (adasea, 1978) et le Tribunal des conflits (Bernardi, 1978 ; Mme Girinon, 1980 ; Mme Cailloux, 1982) ont refusé, en l'absence de prérogatives de puissance publique, d'admettre la compétence du juge administratif en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes privées – même investies d'une mission de service public ; cette jurisprudence, qui a conduit notamment à ne donner au juge administratif que le contentieux des actes des seules fédérations sportives disposant, par

délégation ministérielle, d'un monopole pour l'organisation des compétitions (Mme Pascaud, 1988 ; Préfet de la région Aquitaine, tc, 1992) a été confirmée à maintes re-prises (Bureau Veritas, 1983 ; Cordier, tc, 1984 ; Société Textron, 1992 ; Touzet et Desaunay, 1995...). Non seulement la puissance publique apparaît ainsi comme le véritable critère de compétence, mais encore son abandon en tant qu'élément d'identification du service public aboutit à vider celui-ci de l'essentiel de sa substance : dépourvu de la moindre prérogative exorbitante, le service public n'apparaît plus en effet que comme une coquille vide.

B) Plus généralement, le Conseil constitutionnel (23 janvier 1987 et 28 juillet 1989) a érigé en principe de valeur constitutionnelle la compétence de la juridiction administrative pour annuler ou réformer les décisions prises dans l'exercice de « prérogatives de puissance publique » : ainsi le contentieux des actes de puissance publique devient-il un secteur de compétence réservé au profit du juge administratif ; mais cette garantie est en trompe-l'œil, dans la double mesure où elle est assortie d'exceptions (les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire) et de dérogations (justifiées par le souci de bonne administration de la justice) et où elle laisse en dehors de la réserve de compétence tout le contentieux de pleine juridiction.

Cette évolution ne signifie sans doute pas que le critère du service ait perdu toute utilité en matière de répartition des compétences : la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de délimiter un contentieux administratif « par nature », constitutionnellement protégé, non de circonscrire le domaine effectif de compétence du juge administratif, qui continue à déborder très largement le contentieux des actes de puissance publique ; quant à la jurisprudence ad aesa, elle ne concerne que le contentieux des actes pris par des organismes privés. Néanmoins, si le service public reste l'un des éléments sur lesquels le juge s'appuie pour déterminer sa compétence, à travers une appréciation globale portée sur la nature du litige, et si son influence continue à s'exercer de manière médiate, à travers la définition des notions « verticales » du droit administratif qui emportent leurs propres principes de compétence, son importance n'en a pas moins régressé. En tant que droit dérogatoire du droit commun, le droit administratif apparaît désormais dominé par la logique de la puissance publique.

Le service public n'est pas seulement une notion qui, par sa double dimension idéologique et juridique, constitue un des piliers de la théorie de l'État ; il re-couvre aussi une réalité concrète : c'est encore un ensemble d'activités, d'organes, d'agents qui occupent une certaine place dans la vie sociale.

Sénat, Rapport, Les services publics en Europe, Délégation à l'Union Européenne, 2000, extraits

B. UNE REMISE EN CAUSE DES SERVICES PUBLICS EN RÉSEAUX PAR LA RÉALISATION DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Le droit communautaire initial reconnaît, donc, la spécificité des entreprises publiques et leur accorde un statut à part. Mais la réalisation du marché intérieur à partir du milieu des années 1980 a abouti à une remise en cause de la légitimité même des services publics.

1. Un mouvement de libéralisation a priori incompatible avec les missions de service public

Dans un premier temps, le mouvement général de libéralisation du marché intérieur communautaire est apparu **difficilement conciliable avec le maintien des missions de service public à caractère commercial**.

a) Une critique radicale des services publics par la Commission

La Commission européenne a été le moteur de ce mouvement de libéralisation. Sur un plan doctrinal, elle s'est alors livrée à une **critique radicale des services publics gérés par des monopoles**.

Dans son 22^{ème} rapport sur la politique de la concurrence, elle estimait que ce mode d'organisation " *du fait qu'il repose sur une division du marché commun selon des frontières nationales, est a priori incompatible avec les règles communautaires de la concurrence, ce qui ressort de plus en plus clairement de la jurisprudence de la Cour. Il s'agit donc d'une structure qui a tendance à favoriser les abus de position dominante. Elle restreint ainsi la libre prestation des services et la libre circulation des marchandises. Elle s'accompagne en outre souvent de discriminations fondées sur la nationalité.* "

b) L'ouverture des marchés monopolistiques

En conséquence de cette analyse sévère, la Commission a mis en oeuvre, par voie de directives, une **politique très volontariste d'ouverture des marchés organisés sur un mode monopolistique**.

La libéralisation des services de télécommunications entamée dès le début des années 1990, est la plus aboutie. La libéralisation du marché intérieur de l'électricité et du gaz est en cours. Les libéralisations des services postaux et du transport ferroviaire sont actuellement en discussion.

Au-delà des spécificités propres à chaque secteur, ces processus de libéralisation obéissent à des **principes communs** : abrogation des monopoles légaux et des exclusivités territoriales, accès des tiers aux réseaux, séparation comptable entre les différentes activités des entreprises monopolistiques, mise en place d'autorités de régulation distinctes des opérateurs comme des administrations de tutelle (*pour une présentation plus détaillée du degré d'ouverture des marchés et des formes d'organisation de la concurrence, pour chacun des différents secteurs, voir l'Annexe II de la communication de la Commission*).

La France a contesté juridiquement le pouvoir d'initiative de la Commission en la matière. Mais, dans un arrêt du 19 mars 1991 " République française c/ Commission ", la CJCE a consacré **l'existence d'un pouvoir normatif autonome de la Commission**, sur la base du troisième alinéa de l'article 86 du traité CE.

2. Un effort doctrinal de conciliation entre concurrence et service public

Cette évolution a suscité l'inquiétude des défenseurs du " service public à la française ", dont témoigne le rapport d'information du Sénat de 1993 sur l'Europe et les services publics (1(*)), ainsi que le rapport d'information de l'Assemblée Nationale de 1995 sur le service public dans le cadre de l'Union européenne (1(*)).

Mais, après une période de crispation, on constate actuellement une certaine détente favorisée par une évolution des positions respectives dans le sens d'une meilleure conciliation entre concurrence et service public.

a) L'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de Justice

Au cours de la période récente, la position des instances communautaires sur le service public a sensiblement évolué.

La CJCE a la première infléchi par deux décisions notables sa jurisprudence sur les services publics.

Dans l'arrêt " **Corbeau** " du 19 mai 1993, qui concerne la Régie des postes belges, la Cour a admis que l'article 90 du traité CE " *permet aux Etats membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion des services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques,*

sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs. "

Le même arrêt précise, par ailleurs, qu'*" autoriser des entrepreneurs particuliers de faire concurrence au titulaire des droits exclusifs dans les secteurs de leur choix correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par les titulaires des droits exclusifs, étant donné que, à la différence de ces derniers, ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables "*.

Dans l'arrêt "**Commune d'Almelo**" du 27 avril 1994, qui concerne une entreprise néerlandaise de distribution d'électricité, la Cour a confirmé que "*des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise. "*

b) L'évolution de la position de la Commission

De son côté, la Commission européenne a adopté le 26 septembre 1996 une première **communication sur les services d'intérêt général en Europe**, qui comporte des avancées doctrinales tout à fait remarquables venant de sa part :

- reconnaissance de la **légitimité des services publics** : "*Les sociétés européennes sont attachées aux services d'intérêt général qu'elles ont mis en place. Ces services répondent en effet à des besoins fondamentaux. La fonction de ciment de la société que ces services assument dépasse le seul niveau des préoccupations matérielles. Elle comporte une dimension symbolique : les services d'intérêt général offrent des repères à la collectivité et sont constitutifs du lien d'appartenance des citoyens à celle-ci. Ils constituent ainsi un élément de l'identité culturelle pour tous les pays européens, jusque dans les gestes de la vie quotidienne "* ;

- recensement des **objectifs justifiant les services d'intérêt général** : "*Les missions qui sont assignées aux services d'intérêt général et les droits spéciaux qui peuvent en résulter découlent de considérations d'intérêt général telles que, notamment, la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement, la solidarité économique et sociale, l'aménagement du territoire, la promotion des intérêts des consommateurs "* ;

- reconnaissance des **insuffisances du marché** : "*Les forces du marché permettent une meilleure allocation des ressources et une efficacité accrue dans la fourniture des services, au bénéfice notamment du consommateur qui en retire une meilleure qualité à meilleur prix. Toutefois, ces mécanismes présentent parfois leurs limites et peuvent risquer d'exclure une partie de la population des bénéficiaires qui peuvent en être retirés et de ne pas permettre la promotion de la cohésion sociale et territoriale. L'autorité publique doit alors veiller à la prise en compte de l'intérêt général "* ;

- affirmation de la **subsidiarité de l'intervention communautaire** : "*L'action de la Communauté en faveur du modèle européen de société s'appuie sur la diversité des situations des services d'intérêt général en Europe. Cette diversité est garantie par deux principes fondamentaux :*

- *la neutralité à l'égard du statut public ou privé des entreprises et de leurs personnels, garantie par l'article 222 du traité. La Communauté ne remet nullement en cause le statut, public ou privé, des entreprises chargées de missions d'intérêt général, et n'impose donc aucune privatisation. Du coup, les comportements anticoncurrentiels font l'objet de la même vigilance de la part de la Communauté qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou privées ;*

- *la liberté des Etats membres pour définir les missions d'intérêt général, octroyer les droits spéciaux ou exclusifs nécessaires pour assurer ces missions aux entreprises qui en sont chargées, régler leur gestion, et veiller le cas échéant à leur financement, conformément à l'article 90 du traité "* ;

- confirmation de la **possibilité de déroger aux règles de concurrence** : "*Les fournisseurs de services d'intérêt général bénéficient de l'exemption des règles du traité, dans la mesure où l'application de ces dispositions entrave l'accomplissement des missions d'intérêt général dont ils sont chargés. L'existence de missions d'intérêt général, qu'elles soient confiées à des entreprises publiques ou privées, ne préjuge toutefois pas des moyens utilisés pour les assumer. C'est pourquoi l'exemption est soumise à des conditions de proportionnalité "* ;

- définition d'une **notion commune de service universel** : "*La notion de service universel repose sur le souci d'assurer partout un service de qualité à un prix abordable pour tous. Les critères du service*

universel portent sur des principes : égalité, universalité, continuité, adaptation, ainsi que sur des lignes de conduite saines : transparence de gestion, de tarification et de financement, contrôle par des instances distinctes des opérateurs " ;

- reconnaissance de la **possibilité d'aller au-delà de ce service universel** : " *Rien n'empêche les Etats membres de définir des missions d'intérêt général supplémentaires allant au-delà des obligations du service universel pourvu que les moyens employés restent conformes au droit communautaire* ".

c) La consécration du service public par le traité d'Amsterdam

Dans le cadre de la nouvelle Conférence intergouvernementale ouverte en 1992, au lendemain de la conclusion du traité de Maastricht, la France demandait, d'une part, l'inclusion dans le traité d'une **Charte européenne des services** et d'autre part, une **modification de l'article 86**, notamment l'abrogation de son troisième alinéa. Cette seconde revendication, déjà avancée en 1993 dans le rapport d'information de la délégation pour l'Union européenne du Sénat, figure également en 1995 dans la proposition de résolution qui conclut celui de la délégation de l'Assemblée nationale.

Mais aucune de ces deux propositions françaises n'a pu emporter l'approbation d'une majorité des Etats membres au Conseil de l'Union européenne.

La France a néanmoins obtenu une consolation, avec l'insertion par le traité d'Amsterdam d'un **article 16 nouveau** : " *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.* "

Cette disposition déclaratoire apparaît toutefois sans grande portée pratique. Insérée dans la première partie du traité CE, consacrée aux principes, elle n'est **pas directement opératoire**, à la différence des règles relatives aux entreprises publiques et aux aides d'Etat, qui demeurent inchangées contrairement à ce que souhaitait la France. Par ailleurs, la rédaction prudente de l'article 16 précise expressément que ses dispositions s'entendent sans préjudice de ces règles.

Précaution supplémentaire, une déclaration annexée au traité d'Amsterdam (Déclaration 13) 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* ". Certes, cette déclaration cite en exemple des principes susceptibles de justifier l'existence des services publics. Mais elle confirme, au passage, la prééminence de la construction jurisprudentielle de la Cour de justice, qui est loin d'être systématiquement favorable aux services d'intérêt général, sur les nouvelles règles introduites dans le traité et sur les interprétations que les Etats membres pourraient vouloir en tirer.

Doc n° 7 : LONG, Marceau, « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », RFDA 2011, p.1161

L'essentiel

Le service public nous renvoie à la conception que nous nous faisons de l'Etat. Le champ naturel que Duguit assignait à son action laissait une bonne marge d'interprétation et d'évolution : ce qui est indispensable à l'interdépendance sociale. La sécurité, l'ordre public le sont, comme la satisfaction de besoins économiques, sociaux, culturels. La réponse des Etats et de la « communauté internationale » à l'attentat de New York le 11 septembre, la lutte contre le terrorisme, comme d'ailleurs la peur de la montée des violences impliquent un certain retour vers l'Etat protecteur par ses attributs de puissance publique. S'il n'est plus à l'heure de l'émergence de la société civile, de la Communauté européenne, des institutions de

la société internationale, le seul garant de l'intérêt général, c'est à lui que nous avons encore recours pour préserver dans la mondialisation le pacte social et en prévenir les déchirures.

Dans la conception juridique française, l'Etat est le dépositaire de la souveraineté nationale qui appartient au peuple et que celui-ci exerce conformément à la Constitution. Elle détermine les structures des organes qui assurent son fonctionnement, l'étendue et les limites des principes du Préambule de la Constitution. Cette mission de l'Etat implique d'abord qu'il dispose de la puissance publique afin de pouvoir prescrire, et s'il est nécessaire, sanctionner.

Ce fondement du droit public a été enrichi dès que fut dégagé le concept de service public - l'Etat ne peut, en effet, se borner à ordonner et sanctionner. Il y a dans la société des besoins à satisfaire qui sont communs à tous, ou à une partie de ses membres, besoins de toute nature, qui varient dans le temps et dans l'espace, et qui lorsqu'ils deviennent vitaux pour la communauté, sont pris en charge par l'autorité politique. Si réglementer, sanctionner ne suffit pas à les satisfaire, et si la société civile n'a pas pris elle-même les initiatives, l'autorité prend en mains la satisfaction sociale du besoin : c'est l'origine du service public, des services publics.

La fonction de service public « de service d'intérêt général y compris de service d'intérêt économique général » a existé avant que ne soient qualifiées des catégories de la mission : le service public existait avant les « services publics ». C'est pourquoi le service public a été notamment construit par la jurisprudence à partir des concessions, contrats par lesquels au XIXe siècle l'Etat et les collectivités locales ayant défini, organisé la mission et s'en réservant le contrôle, en confient l'exécution à l'initiative privée (chemins de fer par exemple, puis gaz, électricité et eau...), lorsqu'ils ne l'assurent pas eux-mêmes directement, ce qui était le plus souvent le cas, le Prince ne disposant pas jusqu'il y a deux ou trois siècles, des hommes et des moyens d'une gestion directe.

Au début du XXe siècle, Duguit pouvait ainsi écrire : « L'Etat n'est pas, comme on a voulu le faire croire, et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants [...] Le service public est un service d'intérêt collectif qui fonde le lien social ». A la même époque, ce que l'on appelle les grandes « lois du service public » - égalité, continuité, adaptabilité, neutralité - étaient posées par la jurisprudence.

Aujourd'hui, le concept de service public est confronté à l'évolution de la société française, qui n'est plus celle d'avant la première guerre mondiale, comme aux exigences de la Communauté européenne.

Le service public face aux évolutions économiques, sociales et idéologiques

Le dernier tiers du XXe siècle a mis le « service public en examen », au moment même où la construction communautaire avait pour effet d'en miner la substance.

Les services publics ont connu à la fin du XIXe siècle et jusqu'à la moitié du XXe siècle une irrésistible progression. Aux services publics régaliens traditionnels, ou de souveraineté, sont venus s'ajouter des services économiques, puis les services publics sociaux et culturels.

Pour mener à bien le développement de ces services, l'ensemble des collectivités publiques, et singulièrement l'Etat, ont eu selon les secteurs et selon les périodes, recours à des méthodes extrêmement diversifiées de gestion : elles ont souvent commencé par la concession avant la gestion directe, la régie, qui ayant obtenu la personnalité morale a souvent pris le statut d'établissement public, puis il fut fait appel à la société d'économie mixte associant capitaux publics et capitaux privés. L'histoire de l'économie mixte est parallèle à celle de l'interventionnisme économique des collectivités locales, et leur essor date du décret du 20 mai 1955 qui a étendu les possibilités pour des collectivités de recourir à ces structures, et surtout de la loi du 7 juillet 1983 qui s'est traduit par une explosion du nombre des sociétés d'économie mixte passé de 600 en 1983 à 1 300 aujourd'hui.

[...]

L'évolution de cette forme de partenariat entre pouvoirs publics et opérateurs, n'a pas été la même, depuis l'après-Première Guerre mondiale, pour les services nationaux et pour ceux des collectivités locales.

La transformation des nombreuses concessions des chemins de fer, de distribution de l'électricité et du gaz en entreprises nationales - la SNCF, EDF-GDF - a, par la naissance de ces grands ensembles, donné une figure originale au « service public ». La guerre, la libération, la reconstruction, la planification ont fait de ces monopoles « le fer de lance » de la rénovation des équipements, du redémarrage de l'économie, de la réduction des inégalités sociales dans le nouveau paysage politique ; ils ont été un aspect du compromis social que nécessitait et justifiait l'importance des enjeux et de l'effort demandé au pays ; ils restent l'un de nos précieux atouts dans un monde bien différent.

Les services locaux - eau, assainissement, déchets, énergie, transports... - relèvent, pour leur part, d'un modèle séculaire renouvelé par les lois de décentralisation. Leur gestion peut être déléguée, par contrat, pour une durée souvent longue, à des entreprises privées, publiques ou d'économie mixte ; si le contrat de gestion est de même type, le statut de l'exploitant suivant la nature juridique et la forme de l'entreprise a, sur la gestion, une incidence qui n'est pas négligeable et qui peut transformer la nature des relations notamment lorsque le concessionnaire - l'opérateur - est entreprise publique et monopole national, ainsi que le montrent les rapports entre EDF-GDF ou SNCF et les collectivités locales. La Fédération nationale des collectivités concédantes et régies tout en se voulant « l'interlocuteur privilégié de ces entreprises nationales, avec lesquelles elle a des liens étroits, a, pour rénover « l'économie concessionnaire », demandé la renégociation des contrats de concession et l'établissement de nouveaux cahiers des charges.

Notre tradition de services locaux concédés est-elle l'héritage de nos conceptions centralisatrices, quant à la tutelle sur ces « mineures » que furent longtemps les collectivités locales et de l'émiettement de notre territoire en 36 000 communes, qui a été un ferment puissant de ce partenariat ? Toujours est-il que pour ces collectivités et leurs opérateurs, c'est l'accord entre les deux parties qui définit leurs relations : le contrat peut d'ailleurs se référer à des conventions de caractère plus général, telles que des cahiers des charges et des prescriptions techniques pour chaque secteur qui sont essentiellement urbains - distribution de l'eau, assainissement, collecte, tri, et recyclage de déchets, chauffage urbain, transports collectifs, y compris les transports scolaires, parkings et stationnement, restauration collective, services funéraires. Mais il est vrai que ces contrats et ces conventions doivent d'abord respecter les lois et leurs décrets d'application qui sont intervenus dans un grand

nombre de secteurs. Il convient de citer l'exemple significatif du secteur des déchets où les collectivités locales et les opérateurs privés sont tenus, pour la localisation et l'exploitation des usines d'incinération, de prendre des décisions compatibles avec les plans départementaux d'élimination des déchets ménagers et assimilés.

Le « service public en procès »

En dépit - ou en raison - de son succès, le service public a fait l'objet de critiques de divers ordres, au point que l'on a pu parler de « service public en procès ».

Sur le plan économique d'abord, des contestations s'élèvent : est-il légitime de réserver au service public, en les soustrayant au marché, certaines activités à partir d'un usage abusif de l'idée de monopole naturel, ou de tarifications peu favorables à certaines catégories de consommateurs ? D'autres portent sur le poids excessif des appels des entreprises publiques au marché financier ou des subventions budgétaires qui leur sont consenties, et mettent en cause l'efficacité économique des services publics en doutant qu'ils puissent assumer le meilleur service au moindre coût.

Sur le plan du droit, la critique est double.

D'une part, et notamment en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux, la mise en oeuvre des grands principes de base du service public - principes d'égalité, de continuité, d'adaptation - ne suffit plus à apporter aux usagers de réelles garanties et joue parfois à leur détriment. On peut penser par exemple à la fermeture d'écoles à classe unique ou de bureaux de poste, à la suppression de gares et de voies ferrées en zones rurales et dans les pays de montagne. Sans aller jusqu'à leur suppression, on songe également à l'augmentation du coût des services ou à la possibilité de différenciation des tarifs pour des usagers placés dans des situations objectivement différentes. Ainsi, le principe d'égalité ne s'oppose pas à un traitement tarifaire différent pour des usagers d'une même commune selon qu'ils habitent le centre ou des zones plus éloignées.

D'autre part, une certaine confusion existe entre ce qui relève de l'intérêt général - qui tend, selon les termes du Rapport du Conseil d'Etat de 1999 consacré au concept, à être entendu de façon de plus en plus large par le juge et à recouvrir des activités de plus en plus variées - et, ce qui relève du service public, cette confusion aboutit à une extension indue de la sphère publique comme à un chevauchement qui conduit à parler, à la fois et dans le même temps, de risque de mainmise publique sur l'initiative privée et du risque de contrôle privé sur le service public.

En ce qui concerne le rapport entre citoyens/usagers, si les Français sont attachés à leurs services publics et reconnaissent la qualité de beaucoup, ils sont souvent réservés sur le fonctionnement d'autres. Ces critiques sont diverses : qualité insuffisante du service, manque de souplesse et d'adaptation aux besoins des usagers, coût jugé excessif. Les mouvements de grève de grande ampleur du type de ceux qu'ont connus les transports publics parisiens à l'hiver 1995-1996 ont nourri l'acrimonie contre des structures incapables de gérer, sans perturbations majeures pour les usagers, le dialogue social. Les agents de ces services bénéficiant de la garantie de l'emploi font des envieux alors que le pays compte près de 2 millions de chômeurs - en fait, c'est l'Etat qui est critiqué plus que les présidences et les directions des entreprises de service public. D'où la demande, aussi ancienne que lancinante, d'une législation relative aux procédures de déclenchement des conflits sociaux, comme au

service minimum en cas de grève : aucun gouvernement ne s'y est risqué ou n'a persévéré dans de telles tentatives depuis un demi-siècle. Ces critiques n'empêchent pas une vive opposition à la privatisation des services publics : risque d'abandon des segments les moins rentables de l'activité considérée, ou - pour les segments prospères - de recul des « acquis sociaux » : - rémunération, stabilité de l'emploi, temps, rythme et conditions de travail ; souvent crainte « d'ajustement » des effectifs (plan de licenciement, de mise à la retraite anticipée...).

Les agents eux-mêmes du service public sont-ils épargnés par ce scepticisme ? Ils déplorent une dévalorisation de leur statut, un climat ambiant peu favorable, et redoutent une désaffection des usagers/consommateurs/citoyens, accompagnant un certain effacement de l'Etat.

Cet ensemble de critiques débouche, surtout en périodes de crises, sur une contestation qui dévoile le caractère politique - au sens neutre du mot - du « service public ». Certes, nous paraissions être là bien loin du service public - critère d'application du droit administratif, de la clé qui explique bien des constructions jurisprudentielles du Conseil d'Etat ! Les dizaines de milliers de gens qui déferlent au nom de « la défense du service public » ne manifestent pas pour défendre les arrêts Terrier, Théron, Monpeurt, Bertin ou Grimouard ! Il y a un lien entre les réactions passionnelles à l'égard du service public et l'un des concepts clés du droit public : si le Lazare juridique ressuscite périodiquement, c'est parce qu'il n'est qu'une face d'une conception politique ambitieuse...

La crise de l'Etat-Providence, les inquiétudes nées du Traité de Maastricht, de la mondialisation de l'économie, parallèlement aux travaux sur la réforme de l'Etat, avaient fait éclore le mouvement pour une Charte des services publics... Le procès du service public conduira-t-il le « mis en examen » à la Roche tarpéienne, ou au Capitole ? Relisons un article d'humeur de cette époque, signé en 1995 par Georges Vedel, dans Le Monde « le service public fait chez nous vibrer tout les coeurs. On le défend à Bruxelles [...] A Paris, il paraît être le seul point d'accord entre le gouvernement et les grévistes... On veut l'inscrire dans la Constitution [...] La construction est, en droit, simple [...] : certaines prestations sont indispensables à la Nation. Elles ne peuvent donc être abandonnées aux incertitudes du marché. Seul l'Etat et les personnes publiques décentralisées peuvent les assurer [...] Telle est du moins la théorie [...] Mais en pratique, la loi de continuité est évidemment niée ; la loi de mutabilité ne peut jouer que pour les évolutions acceptées par les agents [...] Est dénié aux autorités politiques le dernier mot des décisions et arbitrages, au moins, sous forme de veto [...] De ce vocable ambigu, unanimement révérend, quelle est la bonne version ? ». En conclusion, le doyen Vedel s'interroge sur l'opportunité de la Charte : « rédiger un texte qui exalterait les beautés du service public sans en dévoiler la réalité serait un exercice d'utilité douteuse [...] Et comment donner à nos partenaires européens une définition claire de ce que nous proposons ? ».

Cette dernière interrogation nous conduit à approfondir l'analyse du principal phénomène auquel le service public doit faire face : la montée en puissance des contraintes communautaires visant à assurer la libre concurrence.

La nouvelle donne européenne

Si longtemps, l'application du libre jeu de la concurrence par les institutions communautaires a semblé ignorer les spécificités du service public, dans un second temps elles ont fait une

mutation sensible de leurs positions à son égard. D'une volonté de conciliation entre les exigences d'intérêt général et celles du marché, la politique européenne conduit à faire de la prise en compte du service public et de ce qu'il représente, une contribution à la mise en place d'un modèle européen de cohésion sociale et territoriale.

De l'ignorance à la reconnaissance

Le droit communautaire néglige la notion. Elle n'apparaît qu'à l'article 73 du traité instituant et ne traite que des compensations financières aux contraintes de service public des entreprises de transport, au profit d'une autre celle des « services d'intérêt général » ou « d'intérêt économique général » - de l'article 86-2. Ces entreprises sont soumises à l'ensemble des règles du traité, notamment celles relatives à la concurrence et à celles qui limitent l'octroi d'aides d'Etat. Elles ne peuvent déroger à ces dernières règles que si, d'une part, leur application fait échec à l'accomplissement de leur mission et si, d'autre part, la dérogation envisagée n'affecte pas le développement des échanges d'une façon contraire à l'intérêt de la Communauté. Dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes s'est montrée assez restrictive dans l'admission de ces dérogations.

Puis, deux importantes décisions de la Cour, rendues en 1993 et 1994, ont amorcé une évolution plus favorable :

- la décision du 19 mai 1993, Corbeau concernant la Poste belge ; une certaine limitation de la concurrence destinée à protéger des activités spécifiques rentables, dissociables de la mission d'intérêt général de la Poste, pouvait être admise dès lors que l'obligation faite à ce service d'intérêt général d'assurer des activités non rentables impliquait une compensation par des activités rentables,

- la décision du 27 avril 1994, Commune d'Almelo concernant la distribution d'électricité aux Pays-Bas : une clause d'achat exclusif interdisant à un distributeur local d'importer de l'électricité est acceptée bien que contraire aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, dès lors qu'elle apparaît nécessaire pour permettre à l'entreprise investie d'une mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. Cette décision admet que des éléments n'ayant pas un caractère uniquement économique, tels que des contraintes de réglementation et la conduite d'une politique d'environnement, peuvent être pris en compte pour admettre des restrictions aux règles de libre concurrence.

Ces décisions paraissent relever, en ce qui concerne la recherche des critères des services économiques d'intérêt général, de critères voisins de ceux du service public.

Elles ont été confirmées par la Cour de justice des Communautés européennes le 23 octobre 1997, Commission c/ France : elle a reconnu la possibilité de réserver un monopole d'importation et d'exportation pour le gaz et l'électricité à GDF et EDF, compte tenu des missions d'intérêt général qui leur sont imparties. Ainsi, le juge communautaire admet que peuvent être compensées des contraintes pesant spécialement sur les services publics et que ne subissent pas les entreprises privées. Dans le même temps, il a estimé également possible l'octroi de certaines aides publiques, comme celle dont bénéficie la Poste résultant d'un abattement égal à 85 % de ses bases d'impositions « en raison des contraintes de desserte de l'ensemble du territoire national et de participation à l'aménagement du territoire qui s'impose

à cet exploitant » (TPICE, 27 févr. 1997, Fédération française des sociétés d'assurances ; aussi CJCE, 25 mars 1998). Huit ans presque jour pour jour après l'arrêt Corbeau, la Cour de justice prolonge ce raisonnement en validant l'obligation pour les prestataires de services postaux italiens ne relevant pas du service de base de contribuer à son financement, par le paiement d'un droit postal à son gestionnaire exclusif pour lui permettre de l'assurer « dans des conditions économiquement équilibrées » (CJCE, 17 mai 2001, TNT Traco-Poste Italiana).

[...]

La Commission européenne a fini par adopter une attitude qui peut, en certaines situations, nuancer le principe de la libre concurrence, et qui s'est traduite par deux séries d'initiatives.

D'abord, elle a fait progressivement émerger le concept de service universel, version minimale de la conception française de « service public », mais qui a le mérite de reconnaître l'existence de prestations de base, garanties d'une certaine forme de solidarité sociale et territoriale impliquant le recours à la reconnaissance de « droits exclusifs ». L'exemple de la libéralisation du secteur des télécommunications illustre en droit national ce mouvement, avec l'apparition du concept de service universel dans la loi du 26 juillet 1996 transposant la directive communautaire de 1996.

Ensuite, elle a davantage admis le recours au concept de « service public » en droit communautaire, qui donne plus de densité - au moins en France - à la notion de service d'intérêt général. Si les traités ne se réfèrent que rarement au service public - article 77 (devenu 73 CE) à propos des transports aériens - les directives organisant la libéralisation de certains secteurs commencent à y faire référence. Ainsi, la directive du 19 décembre 1996 sur la libéralisation dans le secteur de l'électricité admet que les obligations liées à la mise en oeuvre de missions de service public peuvent être comme étant de nature à faire légalement obstacle à la mise en oeuvre du dispositif qu'elle prévoit.

Dans sa communication du 26 septembre 1996, la Commission avait en substance admis la complémentarité possible entre service d'intérêt économique général et réalisation du marché intérieur, tout en mettant en évidence la nécessité de dissocier les missions des services d'intérêt général et la question du choix des prestataires auxquels ces missions peuvent être confiées. Plus récemment, dans sa communication du 20 septembre 2000, la Commission confirme l'évolution de sa position en reconnaissant une place éminente au service public, consacrée dans la politique européenne, par l'introduction dans le Traité d'Amsterdam de son article 16 relatif aux services d'intérêt économique général.

De la reconnaissance à l'enrichissement

La prise en compte des exigences de service public, comme l'un des traits du modèle de cohésion sociale et territoriale européen, a été rendue possible par un environnement juridique et extra-juridique, qui n'était tout de même pas aussi hostile qu'il a pu être écrit.

Si l'opinion est assez généralement répandue que la plupart des biens et services fournis en France par des « services publics » ne le seraient pas chez nos voisins et partenaires européens, il n'en demeure pas moins que les britanniques n'ignorent pas les « publics

services », ni les « utilities », les italiens les « servizi pubblici », les espagnols les « servicios publicos », bien que ces notions ne soient pas superposables à la notion française de service public, pas plus que les concepts allemands d' « öffentlicher Dienst », ou d' « öffentliche Wirtschaft », sous les différences des concepts juridiques la réalité sociologique révèle bien des convergences. Ainsi, l'article 47 de la Constitution italienne prévoit la possibilité de monopoles publics ou privés pour les activités correspondant aux services publics essentiels. De même, l'article 128 de la Constitution espagnole dispose que « la loi peut réserver au secteur public les services essentiels, en particulier en cas de monopoles... ». Si la loi fondamentale allemande ne se réfère pas à la notion de service public, elle énumère cependant les compétences respectives de différentes autorités publiques pour les grands services de réseau (chemins de fer, poste, voies d'eau...), et reconnaît la possibilité de nationaliser le sol, les ressources naturelles et les moyens de production.

Au Royaume-Uni, le mouvement de privatisation initié au début des années 1980 s'est tout de même accompagné de l'édiction d'un certain nombre de chartes définissant les droits des citoyens-usagers : la Charte du citoyen de juin 1991 qui énumère ainsi les exigences d'un niveau défini :

- de qualité comportant disponibilité, compétence et rapidité d'action, garantis par des clauses définissant les critères de performance déjà usuelles dans les contrats britanniques ;
- de transparence dans le fourniture des services et d'information sur l'existence de différents opérateurs si le secteur d'activité est concurrentiel ;
- d'interdiction des discriminations entre usagers en fonction du sexe ou de la race et d'obligation pour les agents du service de s'exprimer dans la langue de l'utilisateur ;
- d'accessibilité suffisante du service et la possibilité de réclamation, ou de réparation en cas de préjudice.

De même, le débat actuel sur les systèmes de régulation est largement un débat européen. L'un des paradoxes, dans les confrontations sur la privatisation des services publics, est que la France défend en fait la solution libérale du moins pour les services publics des collectivités locales, qui sont concédés à des entreprises privées, bien souvent dans une proportion très supérieure à 50 % (eau, chauffage urbain, assainissement, déchets, transports publics), alors que l'Allemagne continue de connaître un système inspiré du socialisme municipal à travers les Stadtwerke, peu pénétrables à la concurrence ! Et cependant l'Allemagne est considérée pour plus libérale et ouverte au marché que nous en raison des positions hostiles que nous prenons à l'égard de certaines privatisations sur le plan national.

Il me semble pas d'ailleurs maladroit de mettre en avant une « exception française » en la matière. Le service public « à la française » en amplifiant nos différences avec nos partenaires sur la conception de service public, les en éloigne, alors qu'il existe des fondements à une conception « européenne » et que nous devons faire effort pour faciliter les rapprochements possibles. Sans doute faudra-t-il du temps, et sans doute, chaque pays ne retrouvera-t-il pas ses propres conceptions - mais il en est ainsi dans tout le champ d'action couvert par la Communauté.

[...]

L'article 16 du Traité d'Amsterdam, adopté en grande partie sous la pression insistante de la France, dispose : « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». C'est bien, pour la première fois, la reconnaissance du service public en tant qu'instrument essentiel de cohésion sociale et territoriale de l'Union, justifiant certaines dérogations aux règles du traité. Mais, il ne sera possible de donner plein effet à ces dispositions qu'à trois conditions : elles ne doivent pas être mises au service des intérêts corporatistes de grandes entreprises publiques des différents pays ; elles doivent être dégagées de toute la confusion entre la notion de service public et celle de secteur public ; enfin, elles doivent inclure non seulement les services en réseaux et les services publics locaux concédés, mais aussi l'enseignement, la santé, la protection sociale.

C'est dans cette perspective qu'a été inséré un article 36 consacré à l'accès aux services d'intérêt économique général dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union au sommet de Nice. En prévoyant que « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union », il consolide certes la place du service public, mais il est vrai que la valeur et la force juridiques de la Charte doivent être précisées. Si elle n'était pas contraignante pour les Etats, ses principes pourraient cependant être retenus par les juges.

Si l'article 295 du Traité instituant la Communauté précise qu' « il ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres », la Commission de Bruxelles reste défiante à l'égard d'activités productives de biens ou de services dans lesquelles l'Etat occupe une place prépondérante : cette situation lui paraît être une menace à l'exercice du libre jeu de la concurrence. Cette attitude se traduit notamment par la « transparence », qui appelle des mesures de publicité en matière de passation des marchés publics, et par l'obligation faite aux Etats de communiquer à la Commission des documents concernant leurs relations avec les entreprises publiques et l'activité de ces entreprises dans leur pays.

La raison profonde de la défiance communautaire à l'égard du service public paraît résider dans l'idée que l'Etat ou les collectivités locales auront, en permanence, la tentation de faire application de règles, qui ne sont pas le droit commun, à des activités de production et d'échange de biens et de services sur le marché : Bruxelles condamne, au nom de la concurrence, les inégalités qui peuvent en résulter, dès lors que l'Etat ou la collectivité publique n'agit pas en tant que puissance publique.

Les évolutions du service public face au droit communautaire

Le débat qui se constitue depuis plusieurs années autour de la place du service public face à la réalisation du Marché unique, cristallise un certain nombre de réflexions sur le devenir du service public. Si l'on veut identifier avec précision les perspectives d'évolution qui découlent de l'application du droit européen, il convient au préalable de clarifier ses différents enjeux.

Les enjeux en présence

Il s'agit tout d'abord de réexaminer les liens existant entre le service public et d'autres notions clés du droit public.

Il est clair que, aujourd'hui le service public ne se confond pas avec le monopole de droit ou de fait, pas plus qu'il n'existe de coïncidence générale entre les notions de service public et de fonction publique, de service public et de domaine public. Lorsqu'au Conseil d'Etat, dans les années qui ont suivi la fin de la guerre, et après avoir à peu près épuisé les contentieux qui lui étaient liés - épuration, internements arbitraires, profits illicites, révision des situations de catégories de fonctionnaires et de militaires - nous avons réexaminé ces notions-clés - j'étais rapporteur, puis commissaire du gouvernement - nous nous sommes interrogés sur ce qu'était un contrat administratif, ce qu'était le travail public, le domaine public, ce qu'était le service public. Le Conseil a été tenté, sous l'impulsion notamment du Président Latournerie éloquent et efficace défenseur de certaines des idées de l'Ecole de Bordeaux, de refaire autour du service public une certaine unité du droit administratif, miné par la théorie du « bloc de compétence ». C'est dans cet esprit que j'avais conclu sur les espèces Bertin, Grimouard, Le Béton. L'effort nécessaire a été stabilisateur de la jurisprudence. Mais la recherche philosophique d'unité, trouve ses limites dans l'infinie diversité des espèces, et j'avais volontiers reconnu, dans un article publié à la suite du Rapport du Conseil d'Etat de 1995 sur le « Service public, Services publics », que celui-ci ne pouvait expliquer tout le droit administratif, que l'on ne pouvait tout ramener à lui. Il n'en reste pas moins que des liens forts entre le service public et ces différents concepts n'ont pas disparu. Et s'il est, par exemple, concevable que le statut du travail au sein des services publics, ou services d'intérêt économique général emprunte à la fois au droit public et au droit privé, ce statut devra prendre en compte les contraintes déontologiques rendues nécessaires par le caractère du service employeur : continuité, neutralité, indépendance, transparence, responsabilité.

Cette clarification des enjeux doit faire la part entre les critiques adressées au service public en tant que mission et celles qui sont faites aux services publics en tant que structures. Cette question est sans doute difficile, car fréquemment l'existence d'une mission de service public commande l'apparition d'une structure à gestion publique. Deux éléments sont à distinguer : celui qui porte sur la rigidité et la lourdeur de la gestion publique, celui qui a trait à la légitimité de l'immixtion des pouvoirs publics pour s'immiscer dans la sphère productive avec leurs prérogatives dérogatoires du droit commun. Le second élément est plus fondamental que le premier, car il remet en cause la notion même.

Cernons mieux le champ du service public. La première démarche est d'analyser les risques du libre jeu du marché du point de vue de la satisfaction optimale des besoins au sein de la collectivité : satisfaction nulle ou insatisfaisante des besoins individuels non solvables ou de besoins fondamentaux de la société en tant qu'être collectif - tels que le maintien de la cohésion sociale (lutte contre l'exclusion, politique d'aménagement du territoire, protection des zones rurales ou de montagne), ou limites à poser à une économie régie par une pure logique de marché (épuisement des ressources rares, destruction de milieux).

N'est pas mise en cause en tout cas la légitimité d'une gestion sous le signe du service public, des services traditionnels de souveraineté. Si elle n'échappe pas à des contestations, la mission de service public est souvent admise en beaucoup d'Etats pour une certaine protection sociale - plus ou moins large -, et pour l'éducation et la formation.