

Titre 3

Les activités de service public

L'ensemble des prestations délivrées aux administrés par les collectivités est désigné par la notion de service public

C'est une notion ambiguë mais capitale

- L'expression SP est ambiguë.
 - D'abord parce que l'expression « service public » a une double signification : le service public c'est à la fois des activités. Mais aussi des institutions, des organes. D'ailleurs dans le langage courant, le terme service public désigne surtout des organes : il est employé comme synonyme d'administration publique
 - Ensuite, les économistes et les juristes n'entendent pas exactement l'expression dans un même sens : pour les économistes, le service public est un service non marchand c'est à dire financé par des contributions obligatoires
 - Les juristes retiennent une définition plus large : c'est l'ensemble des activités prises en charge par la puissance publique.
 - Mais en droit communautaire, on préfère parler de service d'intérêt général

En droit administratif, la notion de service public repose sur l'idée qu'au nom des exigences de la solidarité nationale -Léon DUGUIT parlait de « l'interdépendance sociale » certaines activités parce qu'elles répondent à des besoins essentiels pour la collectivité doivent être prise en charge par la Puissance publique.

- Léon Duguit (Traité de droit constitutionnel ; Tome 2 ; 3^e édition, 1928) expliquait ainsi que
 - « L'Etat n'est pas comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. Il importe donc de préciser cette notion de service public qui est capitale et autour de laquelle gravite tout le droit public moderne [...] »
 - c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.»

Cette définition matérielle a été reprise par le Conseil d'Etat qui y a vu le moyen d'étendre l'emprise du droit administratif.

Car le service public est une notion stratégique

- Le Conseil d'Etat va se servir de cette notion pour appliquer le droit administratif à toute une série d'activités qui auparavant été soumise à un régime de droit administratif
 - Dans ses conclusions sur Conseil d'Etat 20 décembre 1935, Etablissements Vézia, le commissaire du gouvernement Latournerie écrivait (RDP 1936, p.119) « Le service public, [c'est l'activité] dont l'exécution régulière est réputée par le législateur présenter, pour l'utilité publique, un intérêt assez important pour être assurée par l'ensemble des procédures du droit public ».
 - le Conseil d'Etat va retenir cette approche à un moment clé de l'Histoire politique où apparaît toute une série d'idéologie qui remettent en cause le libéralisme économique pour justifier de l'extension du droit public et de sa compétence

Mais la difficulté apparaît immédiatement : le service public est une notion d'ordre d'abord politique ;

- La notion de service public a donc une charge idéologique très lourde. Elle postule l'intervention de l'Etat. Elle repose sur une école de pensée qui s'inscrit en rupture avec la tradition libérale de l'Etat-Gendarme (recentré sur les activités régaliennes)
- La théorie de l'Etat-Providence va trouver dans la notion de service public « un mythe légitimant »(J. Chevalier).
 - Avec l'école du service public, l'interventionnisme étatique se (que les libéraux cherchaient à canaliser) se trouve désormais justifiée par l'idée que la gestion publique est tout entière animée du souci de mieux satisfaire les aspirations de la société, mieux que ne peut le faire l'initiative privée, ce qui l'amène à intervenir dans tous les domaines
 - La notion de service public n'est pas la seule traduction possible de la théorie de l'Etat-providence.
 - Par exemple, en Allemagne : on utilise la notion d'Etat social qui part du point de vue non pas de l'organisation administrative mais des droits fondamentaux du citoyen

En droit administratif, la notion joue un rôle particulier : elle ne sert pas uniquement à désigner les activités d'intérêt collectif elle sert aussi à justifier l'application du droit administratif. C'est important car delà découle un certain nombre d'enjeux qui expliquent les évolutions que va connaître cette notion

- La doctrine (l'école du SP) a voulu y voir le critère d'explication et d'expansion du droit administratif et par delà la clef de voûte de la construction de l'Etat en France
- Cette approche a été condamnée par une autre partie de la doctrine de droit administratif
 - Par Maurice Hauriou, au nom de l'idée que l'Etat a d'abord une fonction régalienne et que le cœur du droit administratif c'est la puissance publique
 - note sous Tribunal des Conflits 9 déc. 1899, Association syndicale du canal de Gignac, S. 1900, 3, 49 « l'Etat n'est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'être ensemble, de vivre ensemble, ce qui est essentiellement le fait politique [...] Si l'Etat entreprend de satisfaire en plus des intérêts politiques dont il a naturellement la charge, des intérêts d'ordre économique, si les entreprises agricoles et industrielles deviennent des membres de l'Etat, nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre Etat »
 - Par le professeur Henry Berthélémy, « La notion de service public » Mélanges Hauriou, 1929, p.52-55 au nom de l'idée que l'ensemble des activités étatiques sont trop diverses pour être ramenées à un concept commun :
 - « Il n'y a pas <<une notion de service public>>, il n'y a pas <<un procédé de service public >>, parce qu'il n'y a pas une forme unique de services publics, mais des formes variées impliquant des différences profondes. Qu'on cherche donc les traits communs d'un corps d'armée, d'une cour d'appel, d'un bureau de bienfaisance, d'une caisse d'épargne, du chemin de fer métropolitain, de l'Imprimerie nationale, d'une charge d'agent de change, d'une chambre de commerce, d'une école communale ? De tels traits existent, certes, ne serait-ce que la qualité commune qui permet de les englober sous l'appellation de services publics. Mais le rapprochement de ces traits communs est vain et dénué de toute portée, soit pratique, soit doctrinale. J'ajoute que l'affirmation d'une notion de service public dominant toute l'activité administrative, inutile à nos yeux, risque d'être nuisible et de fournir de mauvais arguments en des controverses délicates ».

Ces critiques ne sont pas infondées

En effet, en raison de sa charge idéologique et de sa dimension politique, le service public est une notion juridique assez largement problématique: à la fois insaisissable et inopérante.

- Insaisissable, parce que la définition du service public est d'ordre téléologique et qu'à ce titre il est impossible d'en fixer a priori les bornes
- Inopérante, parce que la qualification de service public est accordée à des activités tellement diverses qu'elle n'aurait plus d'unité juridique. Elle serait devenue un simple « label » D.Truchet sans conséquences juridiques précises.

Ces faiblesses vont être à l'origine d'une des crises majeures du droit administratif.

- Au début du siècle, à la suite de l'arrêt Blanco, la doctrine (l'école du service public) et la jurisprudence administrative avait en effet cru pouvoir fonder la compétence du juge administratif et l'application d'un régime de droit administratif sur la notion de service public : Ainsi des arrêts Terrier (1903) et Thérond (1910).
 - Conseil d'Etat 6 février 1903 Terrier, conclusions Romieu. Cet arrêt concerne la chasse aux vipères. Un conseil général prétextant de l'épuisement des crédits avait refusé d'accorder à un chasseur de vipères la prime prévue. Saisi de l'affaire, le Conseil d'Etat se déclare compétent. Dans ces conclusions, Romieu expliquait « Toutes les actions [en justice] fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence de la juridiction administrative ».
 - Conseil d'Etat, 4 mars 1910 Thérond, conclusions Pichat. L'arrêt concerne cette fois le ramassage des chiens errants. La ville de Montpellier avait passé un contrat avec le sieur Thérond pour la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes. Certaines stipulations du contrat n'étant pas respectées, le sieur Thérond forma un recours en résiliation avec demande de dommages et intérêts. Saisi en appel, le Conseil d'Etat fonde la compétence de la juridiction administrative .

Or aujourd'hui la notion de service public n'est plus en mesure de jouer ce rôle.

- La réalité est que les règles applicables aux services publics sont variables, que le service public peut obéir aussi bien à des règles de droit privé que de droit public, que le service public peut être aussi bien géré par une collectivité publique qu'un organisme de droit privé
- L'idée même que les activités d'intérêt collectif doivent être prises en charge ou placées sous le contrôle de l'Administration publique est aujourd'hui contestée

Pour autant, la notion de service public n'a pas perdu toute utilité. On la retrouve en arrière plan de la plupart des notions de droit administratif.

- La jurisprudence du Conseil d'Etat a fait du service public un élément de définition de la plupart des notions verticales du droit administratif. Le service public est devenue « la notion synthèse » du droit administratif
 - Les contrats administratifs: Conseil d'Etat 1956 Epoux Bertin.
 - Les biens du domaine public : Conseil d'Etat 1956 Soc. Le béton.
 - Les travaux publics : Tribunal des Conflits 1955 Effimieff et Conseil d'Etat 1956 Consorts Grimouard
 - Les agents publics : Conseil d'Etat 1954 Affortit et Vingtain.

Elle reste un élément permettant d'assurer la cohérence de ce droit.

Chapitre 1

La définition du service public.

La définition actuelle est le fruit de l'histoire

Tout au long du XX^e siècle, plusieurs conceptions du service public ont été retenues

- Une définition strictement organique : activité exercée par une personne publique
 - Cette définition a échoué. Elle ne concerne qu'une forme de gestion des activités publiques : l'établissement public (service public doté de la personnalité juridique) et la régie
- Une définition matérielle : Le service public est une activité d'intérêt général

Mais ce critère matériel est inutilisable. Toute activité d'intérêt collectif ne peut être considéré comme un service public. L'entreprise privée rend aussi des services collectifs. A défaut toute l'activité sociale relèverait du droit administratif (inacceptable dans une démocratie libérale)

D'où la conception matérielle est assortie d'un correctif organique : l'activité doit être rattachée à une personne publique

En conséquence, il y a service public chaque fois que la puissance publique c'est à dire le pouvoir politique décide de prendre à sa charge directement ou indirectement une activité d'intérêt général en vue de satisfaire un intérêt public.

Mais cette conception n'est pas juridiquement satisfaisante. Elle ne permet pas de borner l'activité publique

- Non seulement le contenu de la notion peut varier selon les appréciations des gouvernements successifs
- Mais la notion est aussi appelée à évoluer selon que les besoins sociaux.
 - Or durant la majeure partie du XX^e siècle, la tendance a été de prendre toujours plus d'activité en charge (conception de l'Etat-providence, doctrine du Keynésianisme, doctrine socialiste ou social démocrate).
 - Aujourd'hui la tendance semble plutôt s'inverser au nom de l'efficacité économique (doctrine néolibérale portée notamment par le droit communautaire) qui tend à faire émerger une conception plutôt fonctionnelle du service public.
- Une définition fonctionnelle. Elle consiste à soumettre l'activité de certains opérateurs à des obligations de service public (en lien avec les principes du service public : égalité, continuité, adaptation)

Cette dimension fonctionnelle ressort d'un certain nombre de législations contemporaines qui dans le prolongement des textes communautaires organisant l'ouverture à la concurrence des activités d'intérêt collectifs jusqu'alors exécutés dans le cadre de monopole public

La définition actuelle est le résultat par stratification (sédimentation) de ces conceptions successives. Aucune de ces conceptions n'a complètement échoué, aucune de ces conceptions ne permet de rendre compte du droit existant. Elle recèle toute une part de vérité sans pouvoir expliquer le service public dans la globalité.

Section 1

L'échec d'une conception purement organique du service public

Au XIXe siècle, lorsque les services publics étaient essentiellement régaliens, il existait une concordance entre l'élément organique et l'élément matériel : c'est à dire que les services publics étaient le plus souvent pris en charge directement par l'administration selon le procédé de la régie.

- Au besoin, la collectivité territoriale pouvait créer un Etablissement public pour doter ce service d'une autonomie institutionnelle et budgétaire.

Cependant avec le développement de l'interventionnisme public en matière économique et sociale, ce critère organique va progressivement se diluer.

- Le critère organique (activité gérée par une personne publique) est ainsi incapable de fournir une définition du service public pour deux raisons
 - D'abord, il existe des activités publiques auxquelles la jurisprudence n'a jamais reconnu la qualification de service public
 - Ensuite, il existe des activités qualifiées de service public qui sont gérées par des personnes de droit privé

§.1. L'existence d'activités publiques non qualifiées de service public

La jurisprudence refuse d'étendre la qualification à l'ensemble des activités prises en charge par la puissance publique.

En particulier, celles qui n'ont d'autre objet que de procurer des recettes à l'Etat ou aux collectivités publiques.

- C'est ainsi que l'arrêt Rollin du 29 octobre 1999 juge que l'exploitation des jeux de hasard par la société nationale la Française des Jeux n'est pas une activité de service public ; faute pour les jeux de hasard de présenter un caractère véritablement récréatif, sportif, culturel ou intellectuel.
- C'est le cas encore de la gestion du domaine privé de l'administration (Conseil d'Etat 26 septembre 1986, Epoux Herbelin, Rec. p. 221, AJDA 1986, p. 714, note J. Moreau).

Ce type de raisonnement démontre qu'une approche strictement organique n'est pas suffisante il faut que l'activité réponde à un critère de type matériel : qu'elle soit de plus grand service

- Il reste que ce critère est difficile à percevoir : la frontière entre l'activité publique d'intérêt général (le service public) et les autres activités publiques est improbable

Elle contribue au halo d'incertitude qui entoure la notion de service public.

Mais ce n'est pas la raison principale de l'échec de la conception organique.

- Ce dont témoignent les hypothèses nombreuses où l'activité de service public est prise en charge par une personne de droit privé.

§.2 La gestion d'un service public par une personne morale de droit privé

Cette situation va se généraliser à partir des années 1930 où la loi ou le décret créent de toutes pièces des structures de droit privé pour leur confier des missions de services publics (on parle d'investiture unilatérale).

- Remarque : il faut distinguer l'investiture unilatérale des hypothèses de délégation contractuelle

- La délégation de service public qui repose sur la conclusion d'un contrat de concession entre l'administration et –généralement- un opérateur privé est une pratique courante et ancienne.
 - Dans ce cadre d'une DSP (concession), la personne publique conserve la responsabilité juridique du service public (elle en contrôle l'exécution, en fixe les règles d'organisation, remet en concurrence à intervalle régulier le contrat)
 - Au contraire dans le cadre de l'habilitation unilatérale, l'organisme de droit privé est directement institué par les textes pour exercer la responsabilité juridique du service

L'institution par la loi de personnes privées pour exercer une mission de service public s'explique pour plusieurs raisons liées à l'idée que l'intervention d'une institution de droit privé offre à l'évidence plus de souplesse dans la gestion du service

- Elle rend la tutelle politique moins pesante (ainsi des caisses de sécurité sociale),
- Elle permet en outre d'associer plus facilement les particuliers à la gestion d'activités qui les concernent (ainsi des fédérations sportives ou des sociétés de chasse),
- Elle allège enfin le poids des contraintes du droit public sur la gestion de l'activité (les personnes morales de droit privé ne sont pas soumises au droit de la fonction publique, au droit de la comptabilité publique voire au droit de la commande publique).

La jurisprudence administrative va accompagner ce mouvement.

Trois arrêts méritent d'être mentionnés

- Conseil d'Etat 1935 Etablissement Vézia, RDP 1936, conclusions Latournerie reconnaissant à certaines structures de droit privé le bénéfice de procédés exorbitants du droit commun (tel que le recours à l'expropriation pour les sociétés mutuelles de prévoyance)
- Conseil d'Etat 1938 Caisse primaire Aide et protection à propos des premières caisses d'assurances sociales(GAJA n°57 ; GDDA, p. 281) qualifiées expressément « d'organisme chargé de l'exécution d'un service public »),
- Conseil d'Etat 31 juillet 1942 Monpeurt (GAJA n°59) où le juge n'hésite pas à contrôler la manière dont ces organismes exécutent leurs missions de service public et pour ce faire qualifie certains de leurs actes d'actes administratifs

Aujourd'hui, la gestion d'un service public par un organisme de droit privé est tellement répandue que toutes les catégories de personnes privées sont susceptibles de gérer un service public.

- Le Conseil d'Etat a reconnu cette possibilité à des associations, à des sociétés commerciales, à des organismes mutualistes ou encore à une fondation ainsi enfin qu'aux ordres professionnels (Conseil d'Etat 7 décembre 1984, Centre d'études marines avancées et Cousteau) dont le statut de droit privé ou de droit public a longtemps été discuté.

Le recours à une structure privée a été systématisé par le Conseil d'Etat dans son arrêt Ville d'Aix en Provence

- Il a précisé que l'Administration avait le choix de son mode de gestion y compris de confier la gestion du service à un organisme de droit privé qu'elle a créé à cette fin (CE 2007 Ville d'Aix en Provence)
 - A propos de la création par la Ville d'Aix en Provence d'une association pour gérer l'organisation du festival d'Aix en Provence

Toutefois, le développement de ces institutions n'a pas cependant entraîné la disparition totale du critère organique : l'activité de service public doit être en effet rattachée à une personne publique,

- Le critère organique est simplement dilué au milieu d'une conception matérielle du SP.

Section 2.

La faiblesse de la définition matérielle du service public fondée sur l'intérêt général

A la suite de Duguit, la jurisprudence va opter pour une définition matérielle définissant le service public comme toute activité d'intérêt général destinée à satisfaire les besoins collectifs qu'à un moment donné l'administration décide de la prise en charge..

Cette définition qui soulève des difficultés épistémologiques a en partie été invalidé par la jurisprudence qui consacre une approche duale des activités de service public selon que leur objet est administratif ou au contraire industriel et commercial

§.1. Une définition plus politique que juridique

Définir le service public par référence à l'intérêt général pose immédiatement une difficulté de raisonnement.

- En soi, l'intérêt général n'est pas une notion juridique.
 - C'est une notion politique dont la dimension idéologique est incontestable. A ce titre, le contenu de la notion de service public est inséparable de la conception qu'ont à un moment donné les autorités politiques du rôle de l'Etat.
 - En effet dans une démocratie électorale, toute activité sociale est ainsi potentiellement une activité de service public dès lors que l'intervention de l'Etat est de nature à mieux répondre aux besoins sociaux que l'initiative privée .
 - A ce titre Aucun domaine de l'activité humaine n'y échappe a priori. Il suffit que l'activité corresponde à une époque donnée à un besoin social jugé prioritaire par les pouvoirs publics.

Deux exemples permettent d'illustrer cette idée.

- A la suite des problèmes de santé publique posés par la transmission du VIH et l'apparition de la maladie dite de la vache folle, le Parlement a adopté deux textes de lois :
 - l'un qualifiant de service public la transfusion sanguine en vue de réorganiser la collecte et la distribution de sang (loi du 4 janvier 1998 qui crée l'établissement français du sang),
 - l'autre créant le service public de l'équarrissage des cadavres d'animaux reconnus impropres à la consommation (loi du 27 décembre 1996).
 - Jusqu'à l'adoption de ces textes, ces activités laissées à l'initiative privée étaient encadrées par des procédés de police,
 - C'est l'échec de ces procédés de contrôle qui ont conduit les pouvoirs publics à décider d'une prise en charge plus directe de ces activités par l'administration au moyen du service public.

La définition matérielle du service public correspond donc avant tout une conception politique dépendant de la volonté du pouvoir politique (national voire locale) : a priori son périmètre est insusceptible d'être déterminé juridiquement autrement qu'en constatant la volonté de l'administration ou du législateur de placer l'activité sous la dépendance d'une personne publique

A Un périmètre a priori insaisissable

Fondée sur l'aptitude de la puissance publique à assurer la satisfaction des besoins collectif, la définition du service public apparaît sans limite autre que la volonté générale et justifie une extension illimitée des activités administratives au-delà des fonctions régaliennes.

1. La remise en cause par la notion de service public des limites traditionnelles à l'action administrative

En ce sens, elle remet en cause la conception libérale de l'Etat qui fondait sur principe de la liberté du commerce et de l'industrie postule la non intervention des administrations dans le domaine industrielle et commerciale afin de ne pas concurrencer les initiatives privées

- Au XIXe siècle, dans le cadre de l'Etat-Gendarme, prévalait une conception restrictive du service public. La fonction de l'administration consistait uniquement à satisfaire les besoins collectifs que l'initiative privée est par nature incapable d'assurer.
 - La notion de service public devait donc essentiellement concerner les activités de souveraineté (impôts, justice, police, diplomatie).
- En dehors de ces attributions régaliennes, l'Etat doit au nom de la liberté du commerce et de l'industrie s'abstenir d'intervenir dans les matières relevant de l'initiative privée.
 - Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie posé par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 posait à la fois la liberté pour les particuliers d'exercer l'activité industrielle ou commerciale de leur choix (libre entreprise) et l'interdiction pour les personnes publiques de concurrencer les activités des particuliers (non concurrent)

La conception matérielle du SP fondée sur l'intérêt général et la préoccupation de prendre en charge des besoins sociaux fait tomber cette limite

Toute activité quelle que soit son objet même industriel ou commercial est susceptible d'être érigée en service public

Il reste cependant des limites à l'extension des services publics. Elles sont aujourd'hui de deux ordres

- D'un point de vue matériel la limite au développement des services publics est d'ordre constitutionnel :
 - Le droit de propriété et le respect de la liberté d'entreprendre consacrés par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 11 janvier 1982 ne tolère que des atteintes ponctuelles : le respect de ces principes s'opposent à la socialisation générale de l'économie et notamment à la nationalisation de l'ensemble des moyens de production. C'est donc une restriction de nature quantitative (tenant aux activités concernées) et non qualitative (tenant à l'objet des activités en cause).

D'un point de vue procédural (relatif aux modalités de l'intervention), la jurisprudence veille à ce que quand l'activité est concurrentielle à ce que l'administration exerce son activité dans le respect des règles de la concurrence ;

- Voir CE, Avis 8 décembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants : quand une collectivité publique répond à un appel d'offres (passé par une collectivité publique en application notamment du code des marchés publics) le juge vérifie que l'offre déposée par l'administration ne profite pas des avantages tiré de son statut public pour fausser la concurrence à l'égard des autres entreprises candidates..
- Voir CJCE 1994 Corbeau qui rappelle les exigences du droit de l'Union européenne :
 - Même gérés par les administrations publiques les activités marchandes, le principe est celui de leur soumission au droit de la concurrence
 - En conséquence, les droits spéciaux ou exclusifs dont bénéficient les administrations chargées d'assurer des services économiques d'intérêt général sont strictement justifiées par les exigences de l'intérêt public.
 - A ce titre, le droit de l'Union européenne est à l'origine d'un important recul des activités de services publics

- Sous cette double réserve, la notion de SP va embrasser tout type d'activité

2) *L'extension illimitée des activités administratives*

Si l'intervention de l'administration dans le domaine industriel et commercial est la forme la plus significative d'extension, elle ne se limite pas à ce domaine.

a) **Les activités marchandes**

Ainsi des activités industrielles et commerciales

Tribunal des Conflits 22 janvier 1921 Société commerciale de l'ouest africain que les personnes publiques peuvent gérer des activités industrielles et commerciales : à propos de l'exploitation d'un service de transports par bacs.

- La jurisprudence a d'abord été amenée à prendre acte de la volonté politique : la création de services publics à objet économique (ce que l'on appelle les grands services publics nationaux résulte des lois de nationalisations (Air France 1932, SNCF 1936, EDF-GDF 1946).
- Puis le Conseil d'Etat s'est rallié à cette conception en admettant la création de services publics économiques en vue de satisfaire aux besoins de la population dès lors que l'initiative privée n'y pourvoit pas de manière convenable (CE 1930 Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers et la jurisprudence dite du socialisme municipal).^o

Plus largement, ce sont aussi tous les services locaux de proximité qui relèvent de la théorie du service public

La loi (notamment le CGCT) confie aux collectivités territoriales la gestion des services de proximité comme la distribution de l'eau, de gaz et d'électricité, l'éclairage public, l'assainissement, le ramassage et le traitement des déchets, les transports urbains, la lutte contre l'incendie ou le service des pompes funèbres.

- Il s'agit de surcroît de compétences obligatoires

b) **Les activités sanitaires et sociales**

Après le terrain économique, la notion de service public va naturellement englobé l'action sanitaire et sociale

- Les sociétés d'entraide mutualistes et d'allocations sociales ont ainsi progressivement été érigé en service public.
- Conseil d'Etat 1935 Société des établissements Vézia
- Conseil d'Etat 1938 Caisse Aide primaire et protection.
- Depuis la création de la sécurité sociale en 1945 par la loi , ce caractère de service public n'a fait que s'accroître : voir la réforme Juppé de 1995 qui place les comptes de la sécurité sociale sous le contrôle du Parlement (Les lois de financement de la sécurité sociale).

L'action sociale et l'aide sociale sont aussi des compétences des collectivités territoriales et même une activité traditionnelle s'agissant de la distribution des secours au plus pauvres

- Par exemple l'allocation du RSA est géré par le Département
- Chaque commune a en charge un CCAS
- A l'action sociale, on rattache le logement social qui est une activité de service public faisant intervenir des structures dédiés tels que les OPHM ou les SA HLM ou encore la gestion des EHPAD par les départements ou les communes

La santé est également un domaine d'activité de l'Etat voire des collectivités territoriales

- L'hôpital est une structure publique (à Paris depuis 1656 avec la création de l'Hopital général : Un décret du 23 Messidor an II nationalise les hôpitaux qui seront municipalisés en l'an V
 - L'enjeu est notamment politique : lutter contre l'influence de l'Eglise
- La loi du 31 décembre 1970 sur la réforme hospitalière est venue définitivement consacré l'existence du service public hospitalier qui recouvre d'une part les hôpitaux publics constitués sous la forme d'Etablissements publics et d'autres part des établissements qui (associés au service public) acceptent de se soumettre à certaines obligations de service public en échange d'un certain nombre d'avantages.
- Le Conseil d'Etat a même admis la création d'un service médical municipal (CE 1964 Commune de Nanterre) après l'avoir refusé en 1901 (CE 1901 Casanova)

L'intervention de l'administration dans le domaine sanitaire a profité des liens entre la santé et la police administrative. La protection de la salubrité publique relève traditionnellement des compétences de l'autorité de police. Elle peut conduire aussi -la jurisprudence l'admet depuis longtemps- l'administration à prendre en charge directement certaines activités et non seulement les réglementer

- Conseil d'Etat 1933 Blanc : à propos de la création d'un bain-douches municipal
- Voir même Tribunal des Conflits 11 juillet 1933 Dame Melinette qui justifie de la création d'un service communal d'enlèvement des ordures en raison de ses liens avec les compétences de police

c) Les activités éducatives et culturelles

Le domaine éducatif et culturel est également la terre d'élection du service public.

- On y trouve d'abord une des missions classiques de l'Etat : l'enseignement scolaire, secondaire et universitaire.
 - Voir les lois Ferry instituant l'enseignement public gratuit et laïc. Là encore pour lutter contre la concurrence des institutions religieuses
 - Sous la réserve toutefois que le service public doit être concilié la principe constitutionnel de la liberté d'enseignement. Certains établissements privés ont fait le choix (loi du 31 décembre 1959) de passer des contrats d'association avec le service public. A ce titre, ils participent eux aussi du service public de l'enseignement avec ses avantages (financiers) et ses contraintes (de programmes notamment).

Les spectacles et les activités culturelles peuvent également constituer des services publics.

Là encore l'évolution des idées est patente.

- En 1916 Le Conseil d'Etat dans l'arrêt Astruc avait considéré que l'exploitation d'un théâtre n'était pas un service public. Hauriou avait approuvé cette décision : « Le théâtre représente écrivait-il l'inconvénient majeur d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive au détriment d'une vie sérieuse et d'exalter les passions de l'amour lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance ».

La multiplication des théâtres subventionnés par les collectivités locales devait consacrer l'anachronisme de ces conceptions. D'autant que depuis Napoléon, la Comédie française a un statut public. Et le Conseil d'Etat de se rallier progressivement à ces opérations de décentralisation théâtrales

- Il a ainsi considéré qu'un théâtre municipal était un service public à la condition d'"assurer un service permanent de représentations théâtrales de qualité d'après un répertoire établi avec le souci de choisir et de varier les spectacles en faisant prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l'exploitation"; C.E., 21 janvier 1944 Léoni.

- Plus tard la création d'un "théâtre de verdure" mettant "à la disposition de la population de larges possibilités de distraction en plein air" qui ne sont pas toutes pourtant de qualité constitue aussi un service public. C.E., 12 juin 1959 Synd. des exploitants de cinématographes de l'Oranie.
 - Aujourd'hui la notion de service public culturel se trouve encore illustrée par les services de radio (Radio France) et de télévision (France Télévision).
- Les bibliothèques ou encore les musées sont également une compétence publique exercée au plan national, départemental ou communal

Plus largement encore, le Conseil d'Etat va admettre que les activités de loisirs peuvent également relever d'une mission de service public

- la création d'un terrain de camping municipal dans une station balnéaire : Conseil d'Etat., 17 avril 1964 Commune de Merville-Franceville.
- la création d'une piscine municipale destinée à améliorer l'équipement de la ville en piscine. Conseil d'Etat, 23 juin 1972 Soc. La plage de la forêt
 - Voir TC 2017 Commune d'Annemasse : l'activité d'aérobike mise en œuvre par une piscine municipale n'est pas détachable de l'activité de service public
- L'exploitation par la commune d'un remonté pente dans une station de sports d'hiver. Conseil d'Etat 1959 Commune d'Huez
 - Déjà sous le Second Empire, le commissaire du gouvernement AUCOC avait qualifié de service public l'exploitation d'un casino municipal dans une station thermale. Au terme d'un raisonnement audacieux, il n'avait pas hésité à affirmer que l'exploitation du Casino contribuait à la protection de santé publique dans la mesure où elle permettait le développement de la station thermale.

Pour terminer, on notera encore que la pratique sportive est organisée sous la forme d'un service public : l'organisation des compétitions est confiée à des fédérations sportives placées sous la tutelle du Ministre chargé des sports.

B. La nécessité d'un correctif organique pour identifier l'activité de service public

Indépendamment de son caractère d'intérêt général, l'activité qualifiée de service public le sera parce que le juge va estimer qu'elle est « rattachable à une personne publique ».

1. La rattachabilité, expression de la volonté politique d'instituer une activité de service public.

L'idée de « rattachabilité » traduit la volonté de prise en charge politique de l'activité d'intérêt général

Le rattachement peut être direct (prise en charge directe de l'activité par une structure administrative) ou indirect (organisme de droit privé contrôlé par l'administration).

Ce critère s'avère décisif dans nombre de situations :

- En l'absence de tout rattachement organique, il est impossible de conclure à l'existence d'un service public quand bien même l'activité serait d'utilité publique. Ainsi la Croix Rouge ou l'association « les Restos du cœur », faute d'être rattachées institutionnellement à l'administration n'ont jamais constitué un service public.

Mais ce critère est bien souvent d'application délicate

- Il n'y a pas de difficulté quand le service est géré en régie ou par un Etablissement public voire un GIP
- Il fait davantage difficulté quand l'activité est gérée par une personne morale de droit privé (association, établissement d'utilité publique, sociétés, caisses mutuelles)
- Il fait encore plus difficulté quand l'activité est gérée par un organisme dont la loi ou les textes institutifs ne précisent pas le statut.

B. La rattachabilité, expression casuistique.

La loi qualifie rarement une activité de service public. En cas de contentieux, ce travail de qualification revient au juge qui est confronté à des situations différentes.

1) Premier cas de figure : l'activité est gérée par un organe doté par la loi d'un statut de droit privé.

Le Conseil d'Etat recourt depuis l'arrêt Narcy du 28 juin 1963 à la méthode du faisceau d'indices (GDDA, p. 281). (Rec. p. 401, note de Laubadère, AJDA 1964, p. 91 ; RDP 1963, p. 1186, note Waline) pour vérifier s'il s'agit d'une véritable mission de service public (et non d'une activité purement privée)

Ces indices dont la conjonction permet d'établir l'investiture de l'institution par la Puissance publique, tiennent à

- sa création par l'autorité publique,
- à la nomination ou l'agrément des dirigeants par l'autorité publique,
- au contrôle exercé par l'administration sur la gestion de l'activité,
- enfin à la dévolution à l'organisme de droit privé de prérogatives de puissance publique

Cette méthode présente deux inconvénients :

- Elle n'est pas logique : le Conseil d'Etat fait dépendre la qualification juridique du service d'éléments de son régime. Or en bonne logique, la qualification précède le régime.
 - Mais cette méthode est pourtant la seule envisageable : c'est à ce prix seulement que le juge pourra établir l'intention du législateur de créer un service public.
 - Le service public existe donc en quelque sorte à l'état latent, il faut donc au juge l'identifier.
- Cette méthode est casuistique. Elle repose très largement sur l'appréciation du juge.

La jurisprudence a fait évoluer la méthode du faisceau d'indices dans l'affaire APREI (CE 2007)

- Le juge avait à se prononcer sur l'application de la loi de 1978 relative aux documents administratifs à une association prenant en charge des personnes handicapés.
 - Sur le plan juridique, le CE devait dire si l'association était en charge d'un service public. La loi de 1978 a étendu l'obligation de communication des documents internes aux personnes morales de droit privé en charge d'une mission de service public.

L'arrêt a été l'occasion de préciser que la détention d'une prérogative de puissance publique n'était pas nécessaire à la qualification de l'activité exercée en mission de service public.

- En l'espèce, l'association en cause (un centre d'aide par le travail) était dépourvue de ce type de prérogatives, le rapporteur public avait cependant retenu la qualification de service public
- Sans remettre en cause cette méthode, le CE va cependant refuser d'identifier une mission de service public jugeant que les travaux préparatoires de la loi démontraient que le Parlement n'avait reconnu au CAT le statut d'activité de service public

2) Second cas de figure : l'activité est gérée par un organe au statut indéterminé

Dans le 2° cas de figure, les difficultés sont encore plus grandes

- L'organisme en cause peut être aussi bien
 - un établissement public (Tribunal des conflits 1899 Association des propriétaires du Canal de Gignac : un regroupement de propriétaires chargé d'entretenir les berges et les digues d'un canal est un EP)
 - ou un organisme privé en charge d'une mission service public (CE 1961 Magnier : un regroupement d'agriculteurs chargé de protéger les cultures contre les parasites est un ODP)

Or la méthode du faisceau d'indices utilisée pour identifier la mission de service public est la même que celle utilisée pour identifier les établissements publics.

- Alors même que les conséquences juridiques ne sont pas les mêmes

En pratique tout va dépendre de la densité des règles de droit public applicables

- Une forte densité conduit à qualifier l'organisme d'Établissement public et pas seulement l'activité (CE 13 Novembre 1959 Navizet)
- Les aspects matériels et organiques sont tellement imbriqués que parfois le juge préfère une méthode plus simple consistant à rechercher une sorte de mot magique dans les textes institutifs susceptible de faire basculer la qualification tels que « association », « société », « établissement d'utilité publique »
 - TC 1961 Centre régional de lutte contre le cancer

La qualification de personne de droit public ou de personne de droit privé pour un organisme spécialisé repose donc parfois sur de pure considération d'opportunité à la discrétion du juge

- Or les règles applicables sont très différentes.
- D'un point de vue sociologique, la méthode n'est pas sans intérêt : elle révèle cependant la véritable nature de ces organismes vivant dans l'orbite de l'administration : ils n'en sont le plus souvent que des démembrements.
- Leur forme juridique (de droit privé plutôt que de droit public) n'est qu'un artifice.

§.2 L'éclatement de la définition matérielle du service public

La diversité des activités prises en charge par les personnes publiques et la diversité des procédés de prises en charge (régie directe, établissement public, association, sociétés commerciales....) ne permettent pas d'envisager un régime unique.

L'éclatement des règles applicables a été acté par le Tribunal des conflits

- Depuis l'arrêt Tribunal des Conflits 20 janvier 1921 Société commerciale de l'ouest africain, la qualification de service public n'entraîne pas l'application de règles nécessairement identiques. Ces règles seront de droit administratif ou de droit privé selon que le service sera qualifié d'administratif ou d'industriel et commercial.

La jurisprudence distingue entre

- Les services publics administratifs, catégorie qui regroupe l'ensemble des services publics à gestion publique ceux dont la gestion obéit aux règles du droit administratif et dont le contentieux en principe du juge administratif.
- Les services publics à caractère industriel et commercial, catégorie qui regroupent les services publics à gestion privée ceux gérés selon les procédés et les méthodes du droit commercial privé.
 - Cette distinction a un caractère exhaustif : ainsi qu'en témoigne l'abandon de la catégorie des services publics sociaux (Tribunal des Conflits 1983 Gambini).c
 - La catégorie des services publics sociaux avait été inaugurée par l'arrêt Tribunal des Conflits 1955 Naliato. Cette jurisprudence consistait un bloc de compétence au profit du juge judiciaire dès lors qu'étaient en jeu le fonctionnement d'un service public dans le domaine social (colonie de vacances, centre d'aide aux réfugiés).
 - Son échec s'explique par l'impossibilité de soumettre à un régime homogène de droit privé des activités non totalement assimilables aux activités privées concurrentes et qui méritent parfois de relever d'un régime de droit public.

La dualité de la conception matérielle soulève des difficultés de principe et pratique renouvelé par l'apparition en droit de l'UE qui ne la recoupe pas totalement

A. La distinction SPA-SPIC, une distinction controversée dans son principe

La notion de SPIC tient à la volonté du Conseil d'Etat de ne pas entièrement soumettre les activités industrielles et commerciales de l'administration à l'emprise du droit privé et du juge judiciaire.

Elle est le produit d'une construction historique complexe qui n'a jamais complètement convaincue la doctrine.

1) Une construction historique en deux temps

D'après la doctrine dominante, la notion de service public industriel ou commercial trouve son origine dans l'arrêt du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest africain (GAJA n°39 ; GDDA, p. 353).

En fait, les choses sont plus complexes car si l'on suit les conclusions du commissaire du gouvernement, cette notion n'aurait jamais existé

- L'affaire portait sur le choix de la juridiction compétente pour apprécier les conséquences dommageables d'un accident survenu à un bac de transports, géré par la colonie de Cote d'Ivoire et effectuant moyennant rémunération le transport de passagers d'une rive à l'autre d'une lagune.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Matter allait proposer d'opérer une distinction entre deux catégories d'activités publiques :

- Celles qui entrent dans les fonctions normales de l'Etat (police, justice, fisc, voirie, enseignement)
- et celles qui entrepris à titre privé, sont exercées accidentellement par l'Etat pour pallier notamment la carence de l'initiative privée.

- De cette distinction, Matter tirait la conclusion suivante : seules les attributions naturelles de l'Etat doivent relever de la compétence du juge administratif et de l'application d'un régime de droit public. Au contraire, les activités accidentelles de l'Etat, qui sont semblables à des activités privées (c'est le cas en l'espèce du transport par bacs), doivent relever d'un régime de droit privé et être soumises à la compétence des tribunaux ordinaires de l'ordre judiciaire.
- L'application du droit privé et de la compétence judiciaire aux activités industrielles et commerciales de l'Etat ne correspond, on le voit, nullement à la volonté du Tribunal des conflits de créer une nouvelle catégorie de services publics mais constitue bien au contraire par la généralisation de l'idée de gestion privée des activités publiques une manière de s'opposer à la reconnaissance de ces activités comme service public.

La conception défendue par Matter entendait ainsi circonscrire le rôle des services publics aux seules missions de puissance publique.

- Toutefois la thèse des attributions naturelles de l'Etat qui lui sert de fondement allait rapidement tourner court.
- L'évolution des idées, déjà en germe au début des années 1920, va au contraire montrer, suivant les enseignements de Léon Duguit (Traité de droit constitutionnel, qu'il est impossible de dresser une barrière d'ordre matériel à l'expansion des services publics car « il y a dans la notion de service public quelque chose d'essentiellement variable et dévolutif au premier chef »).
 - Cette idée avait déjà été mise en évidence par Léon Blum dès 1911 dans une affaire intéressant le régime fiscal d'un service communal de distribution d'électricité : La prise en charge par l'administration d'activités industrielles ou commerciales correspond dans l'immense majorité des cas à la nécessité de répondre aux besoins sociaux que l'entreprise privée pour des raisons financières ou techniques n'est pas en mesure de satisfaire ; en conséquence, ces activités utiles à la collectivité constituent de véritables services publics et la distinction entre le service public et les services industriels n'a pas lieu d'être (Conseil d'Etat 3 juillet 1911 Commune de Mesle sur Sarthe)

L'évolution historique va donner tort à Matter.

D'« accidentelle » au début du siècle, l'exploitation des services industriels ou commerciaux par l'administration va ainsi devenir à partir des années 1930 devenir régulière.

- Dès 1926, deux décrets (prolongés en 1955) sont ainsi intervenus pour autoriser les communes à exploiter des services à caractère industriel et commercial.
- De son côté, la jurisprudence, d'abord restrictive, va admettre de plus en plus largement la prise en charge par les collectivités locales d'activités industrielles ou commerciales destinées à répondre aux besoins de la population locale afin de pallier les insuffisances de l'initiative privée.
- La loi elle-même, conformément au principe inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946, décidera de la nationalisation des services du transport aérien, du transport ferroviaire, de l'électricité et du gaz, permettant la constitution de grands services publics nationaux.

Ce n'est donc pas de la distinction établie par Matter en 1921 que l'on peut déduire les fondements d'une théorie du service public industriel et commercial.

La notion de SPIC ne se dégagera que progressivement à la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits, en réaction à l'argumentation défendue par le procureur général Matter qui tendait à exclure totalement le droit administratif de la gestion des activités industrielles et commerciales de l'administration.

- La notion de SPIC résulte en définitive de la jurisprudence du Conseil d'Etat dont l'effort sera de montrer que les activités industrielles et commerciales des personnes publiques ne sont pas totalement assimilables à des activités privées, qu'elle reste des activités de service public et qu'en conséquence, leur régime ne saurait totalement exclure l'application au moins partielle du droit administratif et la compétence de son juge.
- Inaugurée par l'arrêt du Conseil d'Etat Société générale d'armement du 23 décembre 1921, qui refuse de poser de manière absolue l'idée d'une soumission des SPIC au droit commun, cette politique jurisprudentielle conduira progressivement le Conseil d'Etat à altérer la distinction tranchée établie par l'arrêt Bac d'Eloka et à soumettre au droit public de nombreux aspects du fonctionnement des SPIC.

2) Une distinction discutable

Cette théorie du SPIC soulève de nombreuses critiques

Elles sont d'abord juridiques: la mixité des règles applicables est une source de complexité

- L'enchevêtrement des règles applicables aux services publics industriels et commerciaux est source d'inextricables difficultés contentieuses

Elles sont ensuite politiques et proviennent tant de la Gauche que de la Droite

- Entreprise industrielle et commerciale, l'activité relève par principe des mécanismes du droit privé, sa gestion fait une large part aux préoccupations de rentabilité économique et financière.
- Mais activité de service public, l'entreprise tend à la satisfaction des besoins de l'utilisateur dans le respect des principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité du service.

Cette ambivalence explique aussi les critiques parfois contradictoires dont fait l'objet la notion de service public industriel et commercial :

- D'un côté, certains auteurs récusent l'idée que le service public industriel et commercial puisse être géré comme une entreprise privée, parce que l'utilité publique ne peut être satisfaite exclusivement par les moyens de la gestion privée.
 - La rentabilité financière conduira par exemple à fermer des lignes de chemins de fer non rentables au détriment de l'égalité des usagers du service public.
 - La satisfaction des besoins collectifs, le rattachement de l'activité à la Puissance publique feraient ainsi des SPIC des services publics comme les autres, justifiant l'application dans une très large des règles de droit public.
 - Cette idée a pu avoir un certain retentissement : elle explique que les SPIC aient progressivement perdu de leur spécificité :
 - nombre d'activités industrielles ou commerciales ont, comme on le verra, été qualifiés de service public administratif par la jurisprudence
 - L'organisation du service public relève toujours du droit public
 - Et même ses modalités de gestion ont été revues (par exemple, la loi du 5 janvier 1988 a ainsi venu remettre en cause le principe d'équilibre budgétaire en permettant au budget communal de prendre en charge certaines des dépenses afférentes aux SPIC).
 - Cette évolution a alimenté un autre courant doctrinal qui met au contraire en avant les effets anti-concurrentiels de la notion de SPIC qui permettrait à la puissance publique d'intervenir dans les matières dévolues à l'initiative privée tout en s'affranchissant d'un certain nombre de règles qui caractérisent la gestion des entreprises privées et les lois du marché.

- La difficulté a en effet toujours été de concilier l'intervention publique avec le principe de libre concurrence. La remarque peut s'appliquer au service public administratif mais elle vaut de manière exacerbée pour les SPIC (Voir P. Delvolvé, Service public et libertés publiques, RFDA 1985, p. 1-11).
- En contrepartie, la jurisprudence a insisté sur le principe d'égalité de concurrence
 - Si les collectivités publiques peuvent pénétrer dans le domaine de l'initiative privée, elle doivent y rentrer sur un pied d'égalité, dans les conditions du droit commun, c'est à dire selon les règles applicables à toutes les entreprises commerciales
 - Mais l'égalité de concurrence a ses limites
 - La prise en charge d'activités industrielles et commerciales par l'Administration va s'accompagner en effet le plus souvent de la reconnaissance par la loi de droits exclusifs ou spéciaux (le monopole d'exploitation, par exemple).
 - L'Administration peut encore garder le bénéfice de protections spéciales ainsi la règle de l'insaisissabilité des biens publics s'applique ainsi aux EPIC : Cass. civ. 21 décembre 1987 BRGM, GAJA n°104).

En outre la théorie du SPIC a parfois été détournée de sa finalité première

- Les textes instituent des EPIC dans le seul but de profiter de l'application des procédés de la gestion privée et donc de faire échapper l'administration économique aux contraintes pesant sur les activités régaliennes (comptabilité publique, soumission des agents au statut de la fonction publique) sans en perdre les attributs essentiels (la prérogative de puissance publique).

La théorie du service public industriel et commerciale présente donc de nombreux inconvénients.

Pourtant, il n'est pas sûr que la jurisprudence ait pu trouver une meilleure solution.

- Refuser aux activités industrielles et commerciales des personnes publiques la qualification de service public c'était leur retirer tout support de légitimité.
- Les soumettre intégralement à un régime protecteur de droit public c'était fausser gravement les lois de la concurrence.
 - A l'appui, de la construction jurisprudentielle, on relèvera qu'une distinction du même ordre se retrouve en droit communautaire entre les services d'intérêt économique général (SIEG) destinés à fournir de biens ou des services marchands et les services d'IG chargés de fonctions d'autorité (CJCE 19 janvier 1994 Eurocontrol aff. C-304/92, Rec.p. I-43).
 - Et s'agissant des activités marchandes, les traités stipulent ainsi que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de la concurrence qu'autant que ces règles ne font pas obstacle à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission impartie à ces organismes

Mais cette nouvelle catégorie ne fait qu'accroître à la confusion.

- La notion de service d'intérêt économique général est fondée dans la jurisprudence de la CJCE sur des critères propres en relation avec la notion d'activité économique marchande. Or ce critère ne correspond pas aux critères développée par le juge administratif : de sorte qu'un SPA aux yeux du juge français pourra être un SIEG pour la CJCE.

B) La distinction SPA_SPIC, une distinction incertaine dans sa pratique

La notion de service public industriel et commercial est un puissant facteur d'incertitude juridique, tant il est difficile de définir ce qui distingue les services publics industriels et commerciaux des services publics administratifs.

En l'état actuel du droit, l'identification d'un SPIC découle soit directement d'une qualification textuelle soit de critères dégagés par la jurisprudence.

1) Des qualifications fondées sur des textes souvent erronés

Les qualifications législatives ou réglementaires accordées directement par un texte à un service donné sont très rares et souvent peu significatives. Le plus souvent l'identification du service découle de la qualification donnée par les textes à l'établissement public chargé de gérer le service public (soit EPA ou EPIC).

L'ennui est :

- d'une part que l'établissement public ne constitue qu'un mode de gestion parmi d'autres des services public (régie, concession, affermage)
- d'autre part qu'il n'existe pas de coïncidence systématique entre la qualification donnée à un établissement public et la nature du ou des services publics qu'il gère.

Cette absence de coïncidence est due :

- soit au fait que l'établissement public en cause, gère à la fois un SPA et un SPIC. Il en va ainsi de l'Aéroport de Paris ou des Chambres de commerce qui assure l'exploitation d'aérodrome (SPIC) mais qui sont aussi chargé de missions de sécurité en matière de navigation aérienne (SPA) TC 13 déc. 1976 Zaoui, TC 23 février 1981 Crouzel. Les ports autonomes connaissent une situation semblable. Si leur nature juridique est mal définie, le dédoublement de leurs activités est quant à lui certain : le Conseil d'Etat juge en effet qu'ils exercent une fonction administrative quand ils assurent l'entretien et la police des installations portuaires et une mission industrielle et commerciale quand ils louent l'outillage portuaire (T.C., 17 avril 1959 Abadie et C.E., 26 juillet 1982 Ministre du Budget c/ Port autonome de Bordeaux).
 - Ces établissements publics sont qualifiés d'Etablissements publics à double visage.
- soit à des qualifications fantaisistes données par les textes :
 - C'était d'abord le cas (historique) quand les établissements qualifiés d'EPIC ne gère aucun service public (Charbonnages de France, Entreprise minière et chimique, Entreprise de recherches et d'activités pétrolières).
 - C'est le cas surtout quand la nature du service est en totale contradiction avec la qualification donnée à l'établissement qui le gère. C'est la situation notamment des offices d'intervention économique qui sont des établissements publics à visage inversée. Ainsi par exemple, du FORMA qualifié d'EPIC par le décret qui le crée, alors que le juge constate qu'il ne gère en réalité qu'un service public administratif TC 24 juin 1968 Société d'approvisionnement alimentaires et distilleries bretonnes.
 - Lorsque le juge décèle une contradiction entre la qualification donnée à l'établissement public et celle du service géré c'est la nature du service et non la qualification de l'établissement qui détermine le régime juridique applicable : de droit public ou de droit privé selon qu'il s'agisse d'un SPA ou d'un SPIC. Ainsi dans l'affaire de 1968, le T.C. a écarté la qualification industrielle et commerciale donnée par les textes au FORMA pour ne considérer que la nature réelle de l'activité de service public, en l'occurrence administrative, et la soumettre à un régime de droit public.
 - Remarque : dans deux arrêts relatifs au Centre français du commerce extérieur, le juge a adopté une démarche quelque peu différente de sa jurisprudence sur les établissements publics à visage inversé. Il ne se borne plus désormais à donner à la mission de service public une qualification différente de celle attribuée par les textes à l'établissement public, mais il requalifie purement et simplement l'établissement public à partir de la véritable nature du service géré. C.E., 4 juillet 1986 Berger, Rec. p. 564. et C.E., 6 février 1987 Maurice, JCP 1988, II? 20971.

La jurisprudence n'hésite donc pas à prendre à contre-pied les qualifications textuelles. Le juge sanctionne alors la tendance abusive des pouvoirs publics à qualifier d'EPIC des organes qui n'en sont pas afin de les faire échapper pour partie, aux contraintes du droit administratif et de la comptabilité publique.

- Par contre, le juge capitule devant les qualifications données par la loi. Ainsi, dans une affaire concernant le centre national d'études spatiales, le TC a refusé de remettre en cause la qualification d'industrielle et commerciale que lui a donnée la loi du 19 décembre 1961.

2) Un critère jurisprudentiel d'identification particulièrement complexe

C'est en 1956 que le Conseil d'Etat dans l'arrêt Union syndicale des industries aéronautiques a exposé les données qu'il utilise pour déterminer la nature d'un service public

a) La méthode du juge : la présomption d'administrativité

Depuis cet arrêt, le juge utilise le raisonnement suivant :

- TOUT SERVICE PUBLIC EST PRÉSUMÉ ADMINISTRATIF. La présomption n'est renversée et le service n'est industriel et commercial que si trois conditions cumulatives sont réunies

aa) La condition relative à l'objet du service.

Pour qu'un service public puisse être considéré comme industriel et commercial, il faut d'abord que son objet c'est à dire la prestation qu'il accorde aux usagers soit semblable à aux prestations offertes par des entreprises privées et donne lieu à des opérations de production, de vente, de location de biens ou de services.

Cet élément fait obstacle à ce que soit considéré comme un SPIC des activités de police administrative ou d'exploitation d'ouvrages publics:

- Le service de guidage des pilotes dans les aérodromes dans la mesure où ce service géré par les chambres de commerce contribue à la sécurité du trafic aérien (TC 23 Février 1981 Crouzel).
- L'exploitation des ponts à péages dans la mesure où les ponts sont incorporés à la voirie et sont donc considérés comme des ouvrages publics, C.E., 2 oct. 1985 Jeissou et SEM du pont de St Nazaire -St Brévin.
- Voir toutefois à propos du service d'enlèvement des ordures ménagères destiné à assurer l'hygiène et la sécurité publique qui a été qualifié de SPA par TC 28 mai 1979 Préfet du Val d'Oise. Mais depuis la jurisprudence semble donner la priorité à un autre critère (celui du mode de financement) sans doute en raison du caractère industrielle de l'activité.

En revanche, la présomption d'administrativité a pu être renversée et ont été considéré comme des SPIC :

- La gestion d'un entrepôt frigorifique municipal. TC 17 déc. 1962 Dame Bertrand.
- L'exploitation d'un hôtel dans une station thermale, TC 1984 Pomarèdes.
- L'administration de monnaies et médailles (CE, 9 juin 1981 Ministre de l'Economie c/ Bouvet)..
- Les services de distribution d'eau (Cass. civ. 16 juin 1986 SIVOM de la région d'Aigues-Mortes), les services de distribution d'électricité (C.E., 25 avril 1958 Vve Barbaza) ou encore les services de distribution de gaz (C.E., 9 juin 1971 Entreprise Lefèvre)

Mais il existe aussi des cas douteux où le juge est amené à hésiter sur le caractère administratif ou industriel et commercial des prestations fournies par le service public.

- Ainsi de l'exploitation par la Ville de Vienne de son théâtre antique. Sans doute cette exploitation est-elle animée par des préoccupations culturelles, mais il est de même de la gestion de certains théâtres privés. Pour trancher, le Conseil d'Etat a

considéré suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement M. Bertrand que s'agissant d'un théâtre antique le lieu des représentations compte autant que les représentations elles-mêmes et qu'il y a là un service public administratif dans la mesure où son exploitation a pour objet de mettre en valeur un élément du patrimoine historique et culturel de la Ville. C.E., 26 janvier 1968 Dame Maron.

- De même, qu'en est-il de l'exploitation par le Département de la Charente maritime de l'ancien bac de l'île de Ré ? La prestation fournie est de celles que pourrait assurer une entreprises privées. Le le tribunal des conflits y avait vu on s'en souvient un service public industriel et commercial dans l'affaire du bac d'Eloka. C'est la réponse inverse qu'apporte pourtant l'arrêt CE 10 juillet 1989 Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime : il s'agit d'un SPA car le bac a pour objet d'assurer la continuité territoriale entre le continent et les îles. C'est en quelque sorte un ouvrage public ! Le bac a pu ainsi s'exclamer un commissaire du gouvernement "c'est la route qui continue".

bb) La condition relative au mode de financement du service.

Pour être qualifié d'industriel et commercial, le service public doit puiser les ressources nécessaires à son fonctionnement dans les redevances payés par les usagers en contrepartie de la prestation accordée.

- Ce qui exclut que l'essentiel des ressources du service proviennent de subventions versées par la collectivité publique (Etat ou collectivités locales) responsable. En d'autres termes c'est l'usager et non le contribuable qui doit assurer le financement du SPIC.
 - Ainsi en a jugé le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 20 janvier 1988 SCI La colline à l'égard d'un service d'assainissement (évacuation et épuration des eaux usées) géré directement par la Commune dans la mesure où la redevance perçue sur l'usager constituait le prix du service rendu et était calculé en fonction de sa consommation d'eau.
 - En revanche, ne peut être qu'administratif, le Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles dont les dépenses de fonctionnement sont couvertes par des subventions de l'Etat et des Régions, TC 19 février 1990 Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles

Du fait de cette condition, on s'aperçoit qu'il n'existe pas ou pratiquement pas des services publics qui seraient par nature des SPIC : tout dépend de l'origine des ressources du service. Ainsi d'une commune à l'autre, une même activité sera un SPA ou un SPIC selon le mode de financement retenue par la collectivité gestionnaire.

Tel est notamment le cas des services d'enlèvement des ordures ménagères.

- En règle générale, ces services sont financés par un produit fiscal, la taxe sur l'enlèvement des ordures ménagères (CGI, art. 1520), en conséquence la jurisprudence leur reconnaît un caractère administratif : TC 28 mai 1979 Synd. d'aménagement de Cergy-Pontoise.
- Toutefois, le CGCT autorise les communes à financer ces services par la perception sur les usagers d'une redevance calculée en fonction de l'importance du service rendu. Lorsque les communes gestionnaires optent pour cette solution, le service d'enlèvement des ordures ménagères est considérée comme un SPIC. Avis du CE, 10 avril 1992 Sarl Hofmiller et TC 23 nov. 1992 Fontaine.

cc) La condition relative aux modalités de gestion du service.

Les modalités de gestion du service sont parfois telles qu'elles excluent clairement le caractère industriel et commercial du service :

- C'est le cas notamment quand le service fonctionne à prix coutant ou à un prix inférieur au cout d'exploitation sans donc rechercher l'équilibre financier : CE, 30 juin 1950 Soc Merrienne à propos d'un service de remorquage maritime assuré par l'Etat.
- Il en va de même a fortiori quand le service est gratuit : à propos par exemple d'un service communal de prêt sur gage dans la mesure où l'octroi du prêt est, relève le juge, "désintéressé". TC 15 janvier 1979 Caisse de crédit municipal de Toulon.

En dehors de ces cas flagrants, le juge utilise une pluralité d'indices pour estimer que les modalités de gestion du service ne rapprochent de celle d'une entreprise privée.

- Dans l'affaire de 1956 Union syndicale des industries aéronautiques, le Conseil d'Etat exclut le caractère industriel et commercial du service en cause dans la mesure où la loi interdisait à l'organisme gestionnaire d'avoir des comptes bancaires, lui faisait obligation de déposer des fonds auprès de la Caisse des dépôts et consignation et soumettait sa gestion financière aux règles de la comptabilité publique.
- Dans un arrêt Ponce du 19 décembre 1988, le Tribunal des conflits fonde le caractère administratif du service public assuré par la ville de Cannes dans son Palais des Festivals et des congrès sur le fait que le service est exécuté en régie directe par la ville et d'autre part que le personnel employé relève en presque totalité du statut du personnel communal.

En revanche, l'utilisation des techniques de la comptabilité privée, le recours aux usages du commerce dans les relations avec les usagers (notamment contrat d'abonnement et de fourniture), la recherche de l'équilibre financier, la soumission du personnel par la loi à un régime de droit privé sont autant d'éléments amenant le juge à considérer que le service en cause fait suffisamment appel aux modes de gestion du droit privé pour être qualifié de SPIC, si toutefois les autres conditions sont remplies.

b) La remise en cause de la méthode traditionnelle

Toutefois à propos du service public de l'eau TC, 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott a retenu la qualification de SPIC alors que deux critères sur trois étaient manquants

- *l'origine des ressources (le prix facturé à l'usager ne couvrait que faiblement le coût annuel du service)*
- *et surtout des modalités de fonctionnement étaient très différentes du fonctionnement d'un SPIC : le service était géré en régie par la commune et il ne dispose pas d'un budget annexe alors que normalement tout service public industriel et commercial communal doit être doté d'un tel budget afin d'assurer le respect des exigences législatives relatives à la gestion de ce type de service : V. art. L. 2224-1 et s. CGCT)*

Cette solution s'explique par le fait que le juge à renverser la méthode traditionnelle s'agissant du service public de l'eau en posant pour règle que le service public de l'eau est compte tenu de son objet par principe un SP

Cet arrêt souligne à quel point la dualité SPIC SPA est mal adaptée à la diversité des services publics et de leur mode de gestion.

- Ce mode de raisonnement a vocation à être appliqué à d'autres services dont l'activité est de par son objet de nature industrielle et commerciale (voir JF Lachaume, note RFDA 2006)
 - A charge de pouvoir les identifier
 - *On peut ainsi considérer qu'entre dans cette catégorie correspondant à une « activité d'entreprise » au sens du droit de l'UE et donc les services publics ouverts par le droit de l'UE à la concurrence et notamment ceux relevant des secteurs de l'eau, de l'énergie(gaz, électricité), des transports et des postes.*
 - *Mais il y aura encore matière à hésiter : par exemple du services des pompes funèbres.*
- Les conséquences sur la théorie du SPIC sont réduites
 - La nouvelle jurisprudence du TC revient en pratique essentiellement à neutraliser le troisième critère tenant aux modalités de gestion (car le mode de financement est le plus souvent attaché à la nature de l'activité donnant lieu notamment à une tarification pour service rendu perçue sur les usagers)

C) Une distinction qui ne recoupe pas exactement celles venues du droit de l'Union européenne

Le Traité de Rome (TFUE) fait référence à la notion de « service d'intérêt économique général ».

Cette notion vise les activités marchandes prises en charge par des collectivités publiques.

A la différence du droit français, les services d'intérêt économique général sont en principe ouverts à la concurrence. En effet, selon l'article 106-1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ».

Toutefois l'article 106-2 prévoit un assouplissement en mentionnant que « 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 ».

La Cour de justice a ainsi considéré que des droits exclusifs conférés à une entreprise en charge d'un service d'intérêt économique général n'étaient pas incompatibles avec les règles de la concurrence

- dès lors qu'ils étaient « nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci » (CJCE, 19 mai 1993, affaire numéro C-320/91, Corbeau. – CJCE, 27 avril 1994, affaire numéro C-393/92, Commune d'Almelo)
- et qu'elles n'affectaient pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté (CJCE, 23 octobre 1997, affaire numéro C-159/94, Commission c. France).

La notion de service d'intérêt économique général est loin d'être élucidée.

- La notion ressemble aux SPIC mais ce n'est pas du SPIC. Mais les notions de SIEG et de SPIC ne se recoupent pas complètement. Un SPA au sens du droit français peut être un SIEG au sens du droit de l'UE
 - En ce sens, l'arrêt Union nationale des industries de carrières et de matériaux de construction et a. du 20 avril 2003

L'exemple de l'INRAP (l'Institut national de recherches archéologiques préventives)

Malgré son statut d'établissement public à caractère administratif, l'INRAP est considéré, du fait des activités dont elle est chargée, comme une entreprise au sens de l'art. 86 du Traité instituant la communauté européenne (actuel article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)

- Les activités de l'INRAP qui consistent en la réalisation de diagnostics et d'opérations de fouilles d'archéologie préventive, sont regardées comme des activités économiques.

Toutefois, les juges considèrent que ces activités relèvent, compte tenu de la nécessité de protéger le patrimoine archéologique à laquelle elles répondent et de la finalité scientifique pour laquelle elles sont entreprises, de missions d'intérêt général.

- Mission tenant
 - A la mise en œuvre des prescriptions d'archéologie préventive et le contrôle de leur respect par l'Etat,
 - Au besoin de garantir l'exécution de ces opérations sur l'ensemble du territoire
 - et, en conséquence, de les financer par une redevance assurant une péréquation nationale des dépenses exposées,
- Ainsi législateur pouvait doter l'établissement public national de droits exclusifs en vue de permettre l'accomplissement des missions d'intérêt général.

Section 3. L'émergence d'une nouvelle conception fonctionnelle fondée sur le service rendu

L'approche fonctionnelle est développée par la loi l'égard d'activités de service public organisée au niveau national qui sont désormais ouvert à la concurrence

- Dans ce nouveau cadre juridique : l'expression « service public » vise non plus une activité mais des obligations juridiques applicables à l'activité. Le service public est défini par son régime
- C'est une forme de réduction de la notion de service public puisque que cela accompagne un mouvement de privatisation des activités concernées

Paradoxalement, cette approche (définir le service public par son régime) n'est pas complètement nouvelle. Mais elle fonctionne aujourd'hui à front renversé puisqu'elle permettait auparavant surtout au juge administratif d'étendre l'application de la théorie du service public.

§.1. L'approche fonctionnelle , vecteur historique d'extension de la théorie du service public

Dans le courant du XX siècle, la jurisprudence administrative a soumis des activités privées mais d'intérêt général à des obligations de service public au seul motif qu'elles étaient exercées sur le domaine public dont la charge est confiée à l'administration.

- Le service public n'est ici que virtuel : l'activité est traitée comme un service public alors qu'elle n'en est pas et sert de prétexte à l'application d'un régime de droit public.
 - C'est la thèse dite du « service public virtuel, notamment défendue par le commissaire du gouvernement Chenot dans ses conclusions sur l'arrêt Conseil d'Etat 5 mai 1944 Cie maritime de l'Afrique orientale (RDP 1944, p. 236.
 - Cette thèse a trouvé à s'appliquer chaque fois que l'activité privée se déroule sur le domaine public et à ce titre soumis à une autorisation de l'autorité administrative.
 - L'octroi des permissions de voirie est alors conditionné à des obligations qui s'apparente à des procédés d'organisation d'une activité de service public.
 - Transports en commun
 - Opération de manutention dans les ports
 - Transports en taxi
 - Pilotage des bateaux dans les ports
 - Utilisation de fréquences hertziennes par les entreprises de radio ou télévisions

Dans ce cas l'activité bien que privée parce que soumis à l'autorisation de l'administration va se trouver soumise à de véritables obligations de service public.

- Ces sujétions (qui se justifient par le fait que l'activité se déroule sur le domaine public) auxquelles sont soumises les entreprises privées sont extrêmement variable
 - Voir l'arrêt Compagnie orientale de l'Afrique orientale
 - Cela peut aller jusqu'à l'interdiction de certaines activités en raison l'attribution de droits spéciaux à l'entreprise désigné comme concessionnaire du service public

- Voir sur ce point Conseil d'Etat 29 janvier 1932 Société des Autobus antibois, à propos de l'exploitation d'un service de transports en commun, GAJA n°48).

L'équation « activité d'intérêt général » plus « utilisation du domaine public » a alimenté un autre courant jurisprudentiel

Ce contre-courant consiste à qualifier l'activité privée de véritable service public et de voir dans la permission de voirie une délégation de service public

C'est le raisonnement du Conseil d'Etat dans l'arrêt Lasaulce du 22 mars 2000.

- Le juge qualifie de mission de service public les opérations de dépannage et de remorquage des véhicules sur le réseau des autoroutes non concédées du Val de Marne .
- Cette qualification « opportune » permet en l'espèce à la juridiction administrative d'exiger non de l'entreprise qu'elle soit soumise à des obligations exigeantes (elles figurent déjà dans l'autorisation d'occuper le domaine public) mais que l'autorité administrative respecte -lors de la sélection de l'entreprise de dépannage autorisée à intervenir sur l'autoroute_ les procédures de mise en concurrence organisées par la loi du 29 janvier 1993 pour les délégations de service public.
 - Cela a d'ailleurs été une tendance générale de la jurisprudence que d'étendre la qualification de délégation de service public à des conventions portant occupation du domaine public (, voir aussi Conseil d'Etat 2001 Société La plage Chez Joseph à propos des concessions de plage).
 - Le Conseil d'Etat a mis fin à ce nouveau gonflement de la notion de service public dans l'arrêt Association Paris Jean Bouin
 - Dans un arrêt du 3 décembre 2010, le Conseil d'Etat a décidé contrairement à la CAA de Paris que le contrat liant la Ville de Paris à l'association Paris-Jean-Bouin ne confiait pas à cette dernière une activité de service public.
 - L'enjeu de l'affaire dite « Jean-Bouin » était simple. La Ville de Paris avait prévu de conclure un contrat pour l'occupation domaniale du stade Jean-Bouin et de ses installations sportives. La question était de savoir si ce contrat portait sur le transfert à l'occupant d'activités de service public - en l'espèce des activités sportives, notamment dans le cadre scolaire -, ou bien s'il ne comportait pas un tel transfert. Dans le premier cas, le contrat devait recevoir la qualification de convention de délégation de service public (DSP), et être conclu à l'issue d'une procédure prévue par la loi du 29 janvier 1993 modifiée. Dans le second, il devait recevoir la qualification de convention d'occupation temporaire du domaine public. Il pouvait dès lors être conclu sans publicité, ni mise en concurrence préalable
 - C'est la seconde solution qu'a retenue le Conseil d'Etat jugeant les obligations prévues au contrat insuffisantes pour constituer une délégation de service public. Le contrat a donc pu être librement passé sans être soumis aux obligations de mise en concurrence applicable aux DSP (dénommées désormais contrat de concession depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016)
 - Désormais, les conventions d'occupation du domaine public font l'objet d'obligations de mise en concurrence spécifiques prévues par l'ordonnance du 19 avril 2017 au nom de l'idée que l'exercice d'activités privées autorisées sur le domaine public peut avoir des effets sur la concurrence (CJUE 14 juillet 2016 Promoimpresa=

L'effet attractif » du régime de la notion de délégation de service public marque l'actualité des propos de Bernard Chenot

- Dans un article paru en 1950 rappelait que ce qui est au total déterminant dans l'identification du service public c'est le régime juridique que le juge veut voir appliquer à l'activité.

C'est en ce sens que la notion de service public est une « notion fonctionnelle ».

Le juge s'en sert pour arriver à un certain résultat : l'existence l'emporte sur l'essence.

On a parlé « d'existentialisme juridique » pour qualifier cette tendance fonctionnaliste.

- C'est d'ailleurs toujours ainsi que le Conseil d'Etat a compris cette notion. Dès l'origine, dans les arrêts Terrier du 6 février 1903 [GAJA n°12], Feutry du 29 février 1908 et Thérond du 4 mars 1910 [GAJA n°23] la notion lui sert de substitut à la distinction des actes d'autorité et de gestion, lui permettant d'affirmer sa compétence sur des affaires où l'ancienne distinction l'excluait.

Et c'est ainsi encore que le législateur l'utilise chaque fois que sous la pression du droit communautaire, il est amené aujourd'hui à ouvrir à la concurrence une activité relevant d'un ancien monopole public (télécommunications, gaz, électricité, poste)

§.2 . L'approche fonctionnelle, instrument contemporain de redéploiement de la théorie du service public

Dans le cadre de différentes législations (télécommunications, électricité, gaz, activités postales), le service public n'est plus pensé en termes d'activité mais d'obligations dans un cadre concurrentiel

A. La notion de service public s'exprime exclusivement en termes d'obligations juridiques

Les activités concernées concernent des services nationaux à caractère industriel et commercial

- qui pour des raisons techniques sont constitués en réseaux
- et qui étaient historiquement constitués sur la forme de monopoles publics
 - Sur le fondement même du Préambule de la Constitution de 1946
 - Alinéa 9. Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.
 - Les lois de 1946 avaient ainsi procédé à la nationalisation du gaz et de l'électricité et constitué dans ce cadre deux opérateurs publics au statut d'Etablissement public
 - Une loi de 1936 avait procédé à la nationalisation du chemins de fer en créant la SNCF qui a conservé un statut de société jusqu'à sa transformation en EPIC par la LOTI de 1983
 - C'est une loi de 1996 qui crée dans le domaine des télécommunications et des activités postales deux exploitants publics : France Télécoms et La Poste qui étaient auparavant deux services du Ministère des postes et télécommunications

Sous l'influence du Droit de l'Union européenne, ces activités d'intérêt collectif sont désormais (ou seront prochainement) assurées en milieu concurrentiel : plusieurs lois sont ainsi venues transposer les directives européennes posant le principe d'une ouverture à la concurrence.

- Loi de 1996 sur les télécommunications électroniques

- Loi de 2010 sur la Poste
- Loi de 2014 sur la SNCF
- Loi de 2003 sur les industries gazières et électriques

De ces différents textes, il ressort quelques éléments caractéristiques

- L'activité de service public est ouverte à la concurrence. Rien ne la distingue plus d'une activité marchande : plusieurs opérateurs en la possibilité de fournir ces prestations de services.
 - Pour le dire autrement le service public n'est plus une activité particulière
- L'opérateur public a généralement été transformé en société commerciale et dans certains cas son capital est contrôlé par majoritairement par des actionnaires privées
 - L'exploitant public France Télécoms ainsi devenu Orange constituée sous la forme d'une société commerciale dont l'Etat détient 26,94 % (60 % du capital est détenu par des actionnaires institutionnels
 - La Poste est une société anonyme depuis une loi de 2010 : l'Etat et la Caisse des dépôts et consignations détiennent la totalité du capital
 - EDF est depuis la loi du 9 août 2004 une société commerciale dont le capital est détenu par l'Etat à hauteur maximum de 70 %
 - Transformé en société commerciale, l'établissement public GDF a fusionné avec la société Suez pour donner naissance à la société Engie dont le capital est détenu à hauteur de 23 % par l'Etat
 - La SNCF forme un groupe public constitué de 3 EPIC depuis la loi du 4 août 2014

Pour autant la notion de service public n'a pas totalement disparu, les textes qui organisent la régulation de ces nouveaux secteurs y font référence mais non plus pour caractériser l'activité mais pour définir des obligations particulières qui restent à la charge des opérateurs sur le fondement de la notion de service d'intérêt économique général

- Dans chaque secteur, la loi dresse la liste de ces obligations qualifiées de service public ou encore de service universel
- Ces obligations reposent le triptyque (égalité, continuité et adaptation) et doivent garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public
 - Par exemple en matière de télécommunications : garantie d'une tarification sociale, péréquation tarifaire géographique et jusqu'en 2015 mise à disposition d'un annuaire papier et de cabines téléphoniques

La mise en œuvre de ces obligations repose sur des dispositifs techniques originaux qui diffèrent selon les secteurs mais qui dans les télécommunications obéissent aux principes suivants

- L'autorité de régulation (ARCEP) désigne (après appel à la concurrence) un opérateur qui sera chargé d'exécuter ces obligations au nom de l'ensemble des opérateurs
 - Dans le domaine du gaz, les obligations pèsent sur l'ensemble des opérateurs
- Les autres opérateurs contribuent financièrement en alimentant un fond de contribution au service public
- L'autorité de régulation (ARCEP/ CRE/ AREFER) est chargée de contrôler et de sanctionner le respect de ses engagements

Loin de correspondre à une extension de la problématique du service public, cette approche fonctionnelle conduit à sa remise en cause :

B. Vers la remise en cause de la conception française du service public

La transposition des directives européennes a obligé les autorités nationales à mieux définir le contenu juridique des obligations de service public

- En effet, ce n'est que dans la mesure où elles apparaissent nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général que les dérogations aux règles de la concurrence sont admises par le droit de l'UE (Voir en ce sens, CJCE 1999 Corbeau)

Si cet effet de définition a permis d'obtenir une clarification de la notion de service public en évitant qu'elle englobe des activités que rien ne justifiait d'exclure du jeu de la concurrence, cette redéfinition conduit surtout à la remise en cause de la notion de service public s'exprime de plusieurs manières.

- D'abord les lois sectorielles font référence à une notion concurrente qui est la notion de service universel (qui correspond à une approche plus technique et plutôt minimale du service public : le marché étant censé pourvoir de lui-même à l'essentiel des besoins)
 - Les textes relient obligations de service public (égalité, continuité, adaptabilité) et service universel mais il s'agit de notions différentes
 - Le service universel correspond à une conception minimale du service public :
 - Elle consiste à garantir à l'ensemble des usagers non l'accès à toutes les prestations délivrées mais l'accès aux services de base à un prix abordable et à un niveau de qualité raisonnable et sur l'ensemble du territoire.
 - Le service universel ne garantit pas en conséquence l'accès à tous les services à tous les usagers dans les mêmes conditions
 - Par exemple, les obligations du service postal contiennent une obligation d'accessibilité précisant que la présence de points de contact sur le territoire doit permettre qu'au moins 99 % de la population nationale soit à un 10 km d'un point de contact ainsi que l'accès à un automate bancaire
 - Cette obligation n'implique pas qu'il existe un bureau de poste dans chaque commune et la Poste a engagé la fermeture de nombreux bureaux de Poste
 - Elle conduit les communes à prendre le relais de la Poste en instituant des Agences Postales dont elles assurent le financement
- Ensuite, cette conception aboutit à une remise en cause de la dimension organique du service public
 - Les opérateurs ne sont plus des Etablissements publics mais des sociétés commerciales.
 - En conséquence, apparaît l'idée que certains types de besoins sociaux n'ont pas besoin d'être pris en charge par les personnes publiques pour être satisfaits
 - Voir en ce sens, l'avis du Conseil économique et social du 11 janvier 2006 qui met en avant l'idée de service au public plutôt que de services publics (qui prend l'exemple de la médecine libérale ou de l'activité bancaire en milieu rural).

- Activités qui appellent sans doute une intervention de la Puissance publique (par des procédés de police économique spéciale) pour en organiser l'exercice dans les zones rurales
- Mais dont l'assimilation conduit à la banalisation sinon à la marginalisation des activités de service public vouées à être remplacées par d'autres formes d'interventions publiques.

Chapitre 2

Le régime des activités de service public.

Section 1. La création des services publics

Créer un service public c'est constater qu'un besoin existe dans le corps social et estimer qu'il doit être satisfait par l'intervention de la collectivité publique.

La consécration de ce besoin d'intérêt général en activité de service public, les manières d'y pourvoir (donc d'organiser le service) relève en principe de la loi et parfois, au niveau local notamment, de la collectivité territoriale qui en décide la prise en charge.

§. 1 Le rôle de la loi dans la création des services publics

La détermination des activités (et leur organisation) qui doivent être érigés en service public appartient à la loi

- Voir Constitutionnel 1986 Décision sur les privatisations
- Ce principe vaut d'abord pour les services publics nationaux dès lors que leur création interfère avec les matières déterminées à l'article 34 de la Constitution qui détermine le domaine de la loi
 - Ainsi de l'état des personnes qui justifie que les conditions d'organisation du service d'Etat-civil relèvent de la loi
 - A l'égard des services publics locaux, c'est le principe de libre administration des collectivités territoriales qui va exiger l'intervention du législateur pour imposer aux élus locaux la création d'un service public
- Au demeurant l'article 34 précise que la loi crée toute catégorie nouvelle d'Etablissement public
 - Or le domaine d'activité est un critère de la catégorie nouvelle
 - Ce qui veut dire que l'extension des services publics à une matière laissée jusqu'alors à l'initiative privée relève de la loi.
 - Ainsi par exemple de la création de l'Etablissement français du sang en matière de transfusion sanguine a exigé l'intervention de la loi
 - La catégorie « Université » relève de la loi mais l'ouverture d'une nouvelle université peut être décidée par le pouvoir réglementaire.

En matière de services publics locaux, la loi impose le plus souvent la création d'un service public obligatoire au titre des compétences transférées aux collectivités territoriales

- Cette tendance illustre la caractéristique unitaire de l'Etat qui même dans le cadre d'un Etat décentralisé veille à garantir que l'ensemble du territoire national les citoyens profitent des mêmes prestations de service public.

Très nombreuses sont ainsi les dispositions du CGCT qui prévoient que les collectivités devront prendre en charge des activités de service public

Le législateur y procède de différentes manières :

- Soit en leur attribuant une compétence parce que le service public se traduit d'abord par des décisions : par ex. l'urbanisme
- Soit en les chargeant de l'exécution même du service (cimetières, enlèvement des ordures ménagères, assainissement et distribution d'eau potable, gestion des milieux aquatiques et lutte contre les inondations, aide sociale....)
- Soit fixant des dépenses obligatoires à la charge de la collectivité

A cela s'ajoute des services publics nationaux dont la mise en œuvre est confiée totalement ou partiellement aux collectivités territoriales

- Entièrement et par délégation pour le service d'Etat-civil géré par les communes
 - Le maire, officier d'Etat-civil, agit ainsi au nom de l'Etat*
 - Dès lors les dépenses exposées par les Communes au titre des opérations d'Etat-civil doit être intégralement remboursées (ainsi du contentieux des passeports ou des cartes d'identité :
- Partiellement s'agissant des aspects matériels : éducation

Il n'est pas toujours facile de dresser la liste des textes qui instituent un service public obligatoire tant les dispositions du CGCT sont multiples.

Cependant la création de service public par la loi n'est pas sans limite

- D'abord en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a érigé la liberté d'entreprendre et le droit de propriété en principe à valeur constitutionnelle. (CC 20 janvier 1982 Nationalisations)
 - La protection assurée par le CC est cependant limitée
 - Il ne s'est opposé ni aux opérations de nationalisation (1982) ni à celles de privatisation (1985) opérées par les majorités successives.
- Ensuite, par ce que le droit de l'Union européenne a imposé l'ouverture à la concurrence des activités de service public
 - Le maintien du service public suppose de répondre aux conditions attachées à la notion de SIEG
- On notera que l'ouverture à la concurrence peut faire perdre à l'activité en raison des règles nouvelles qui l'organisent son caractère de « service public national » (CC 2010 / loi relative à l'énergie) au sens du Préambule de 1946
 - Ce qui interdit alors la nationalisation ou plus exactement autorise la privatisation (à propos de Gaz de France et de sa fusion avec Suez pour former une nouvelle société ENGIE à capitaux majoritairement privés)

En tout état de cause, une fois que le service est créé, les collectivités publiques sont libres de satisfaire par elles-mêmes leurs propres besoins (et non ceux de la population) sans être limitée par le principe de libre concurrence

- CE 1970 Société Unipain : à propos de boulangeries militaires fournissant du pain aux établissements pénitentiaires
- CE Ass. 22 octobre 2011 Association pour la promotion de l'image : à propos des prises de vue effectuées par les agents de l'Etat dans le cadre de la délivrance des passeports.

§.2 Le cas des services publics locaux facultatifs

Le principe est celui de la libre création par les collectivités territoriales de services facultatifs sous réserve de ne pas concurrencer l'initiative privée.

A. La liberté de créer des services publics facultatifs

Cette liberté est la conséquence de la clause générale de compétence

- En vertu du CGCT, article L. 2121-29 : « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »
 - Selon l'interprétation dominante cette disposition (issue de la Loi de 1884 sur l'organisation communale) confère aux collectivités territoriales une vocation générale à prendre en charge toutes sortes d'activités dès lors qu'elles sont susceptibles de répondre à un besoin de la population locale.

Cette liberté s'exerce toutefois dans le cadre des compétences attribuées aux collectivités territoriales

- Donc sous réserve de ne pas empiéter sur les compétences attribuées à une collectivité territoriale.
 - Par exemple, l'activité de transports en commun extra-urbains a été confié par la loi à la Région. En conséquence, le conseil municipal d'une commune mal desservie ne peut décider de créer son propre service de transports.
- Par ailleurs, depuis la loi NOTRE de 2015, le Département et la Région ont perdu la clause générale de compétence : leur action est limitée aux domaines que la loi leur attribue expressément
 - Par exemple, le département ne peut plus assurer un service d'aide aux entreprises.
 - Toutefois la loi NOTRE n'est pas très contraignante : le tourisme, le sport et la culture sont des domaines partagés par les trois niveaux d'administration. Or ce sont des domaines de prédilection pour la création de service public.
 - On notera que nombre de services publics communaux ont vocation à être exercé au niveau intercommunal (la loi NOTRE de 2015 contient de nombreuses dispositions en ce sens)

Le jeu des règles de compétence pose encore le problème de la création de SP par un établissement public régi par le principe de spécialité

- Le CE en 1994 a sur le fondement du principe de spécialité interdit à EDF-GDF de créer des filiales pour exercer des missions étrangères à leur spécialité
 - Toutefois cela n'interdit pas aux établissements publics d'exercer des missions qui sont le complément de sa mission statutaire et permettent d'en améliorer la qualité (Conseil d'Etat Avis 1994 RATP)
 - Ces règles valent pour les services publics locaux
 - Ainsi au niveau communal les CCAS peuvent prendre en charge de nombreux services non dépourvus de liens avec leur mission générale d'aide sociale
 - Service de restauration des personnes âgées ; portage à domicile des repas, foyer-logement.

L'aptitude des collectivités territoriales à créer des services publics se vérifie en particulier pour les services sociaux ou culturels

- L'activité de spectacle (théâtre, cinéma) constitue ainsi un service public dès lors que les conditions de fonctionnement ne sont entièrement comparables à celle du secteur privé (voir la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat)
 - En raison de la qualité artistique de la programmation retenue qui prime sur les intérêts strictement commerciaux
 - Pour une interprétation très large : CE 1956 Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie à propos d'un cinéma de plein air qui met en avant les possibilités de distraction offertes à la population locale.
 - Et du contrôle exercé par la collectivité sur cette programmation
 - (Voir a contrario CE 5 octobre 2007 Société UGC-ciné : ne constitue pas un service l'exploitation d'une salle de cinéma attribuée à une SEM dès lors que la Commune d'Epinal n'exerce aucun contrôle ni n'a fixé aucun objectif à l'exploitant).

Le juge admet également la prise en charge par la collectivité d'activités qui peuvent être indirectement rattachés aux pouvoirs de police du maire

- parce qu'en lien avec l'hygiène ou la salubrité publique
 - Ainsi CE 1930 : Dame Mélinette à propos du ramassage des ordures ménagères (devenu depuis une compétence obligatoire)
 - Ou CE 1933 Blanc de l'activité de bain-douches

Le Conseil d'Etat peut avoir dans ses matières une conception assez large du périmètre des activités de service public

- Ainsi le service public de l'assainissement collectif peut offrir aussi des prestations d'entretien aux administrés qui ont installé sur leur propriété une installation d'assainissement autonome (c'est-à-dire non raccordé au réseau public) : CE 23 mai 2003 Cte de communes Artois-Lys

La jurisprudence pousse ici assez loin la logique du service public, elle admet que la collectivité peut y adosser des activités annexes qui ont tout d'une activité marchande pour assurer l'équilibre financier du service public

Ce raisonnement a notamment tenu en matière de transports urbains

- La police du stationnement et de la circulation justifie la création de parcs de stationnement payants
- Un parc de stationnement peut être complété par une station service (CE 1959 Delansorme)

Le même raisonnement est aujourd'hui déployé en matière d'activités sportives et de loisirs

- TC 2017 Commune d'Annemasse : une piscine municipale peut avoir une activité d'acquabike sans exercer une concurrence déloyale
- Dans ce cas, l'exercice d'activités accessoires au SP n'est pas limitée par le principe de libre concurrence

Dans ces matières, l'idée est que les règles d'économie marchande ne sont pas ici opposable en raison de la nature de l'activité

- Y compris donc pour les activités annexes –qui sont en quelque sorte immunisées

Le CE a explicité ce raisonnement en matière culturelle

- à propos de l'organisation du festival d'Aix en Provence

- L'association gestionnaire ne saurait être regardée eu égard aux conditions particulières de l'activité comme « un opérateur agissant sur un marché concurrentiel ». CE 2007 Commune d'Aix en Provence

B. La création de services susceptibles de concurrencer l'initiative privée.

En matière industrielle ou commerciale, la création d'un SP s'est historiquement heurté au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

- Le principe a été posé sous la Révolution en 1790 par le décret d'Allarde
 - Ce principe comprend deux aspects
 - Il garantit tout d'abord aux particuliers la libre entreprise (sous réserve des exigences d'ordre public)
 - Il interdit aux collectivités publiques d'exercer une activité commerciale ou industrielle.
- En 1901, le CE s'était opposé à la création d'un cabinet médical par une commune exigeant une carence totale de l'initiative privée pour autoriser l'intervention des collectivités territoriales seulement dans des circonstances exceptionnelles.

La jurisprudence des années 1930 va marquer un premier infléchissement.

Le Conseil d'Etat admet la création d'un magasin général par une commune jugeant « Les entreprises ayant un caractère commercial restent en règle générale réservées à l'initiative privée et les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en service publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière » Conseil d'Etat, 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

- Pour le Conseil d'Etat, ces circonstances sont établies dès lors qu'un besoin de la population n'est pas ou n'est pas convenablement satisfait du fait de l'insuffisance (et non de la carence) de l'initiative locale

D'abord restrictive, l'interprétation par le juge de l'insuffisance de l'initiative privée s'est progressivement assoupli.

Plusieurs raisons ont justifié cette évolution : l'intervention locale est un moyen d'assurer les besoins des populations les plus démunies, c'est aussi un moyen de conserver une activité dans les zones touchées par l'exode rural, ou encore de lutter contre les prix excessifs pratiqués par le secteur privé.

- Conseil d'Etat 24 novembre 1933 Zenard à propos de la création d'une boucherie municipale destinée à faire baisser les prix pratiqués par les boucheries privées
- Conseil d'Etat 22 novembre 1935 Chouard à propos de la création de sociétés municipales de gestion immobilière en vue de combattre la crise du logement
- C.E. 4 oct. 1957 Ville de Charleville et C.E., 15 fév. 1956 Siméon admettant la création d'un service communal de fabrication de glace alimentaire à une époque où tous les foyers notamment les plus modestes ne disposaient pas d'un réfrigérateur.

L'arrêt Ville de Nanterre du 20 novembre 1964 traduit une inflexion significative de la jurisprudence administrative à l'égard de la création des services publics locaux

- Dans l'arrêt Ville de Nanterre du 20 novembre 1964, le Conseil d'Etat légitime la création d'un service municipal gratuit de médecine dentaire au regard des besoins de la population locale qui, composée en grande majorité des salariés modestes, ne peut accéder dans de bonnes conditions aux soins dentaires dans la mesure où les praticiens dont le nombre est insuffisant pratiquent pour la plupart des tarifs supérieurs aux taux de remboursement de la Sécurité Sociale.

- Cet arrêt est à comparer avec l'arrêt Casanova de 1901 où le Conseil d'Etat avait jugé illégale la création d'un cabinet médical municipal gratuit prétextant de l'implantation de cabinet de médecine libérale dans la commune.

Ainsi dans les années 1970, Le juge administratif va même preuve d'une grande souplesse

- Il admet la création d'un service public de consultations juridiques gratuites qui n'est pas considéré comme portant atteinte à la concurrence tant qu'il se contente de faire un examen préparatoire des dossiers et d'orienter les usagers vers les juridictions compétentes et les auxiliaires de justice, C.E. 23 déc. 1970 Commune de Montmagny. (Chron. jurisp. AJDA 1971, p. 153).

L'arrêt Conseil d'Etat Commune de Mercoeur du 25 juillet 1986 est également révélateur des évolutions de la jurisprudence.

- Il admet la construction par la commune d'un bâtiment à usage de commerce d'alimentation, bar, restaurant ce qui permet, souligne le juge : "l'organisation des repas collectifs et des réunions que comporte normalement la vie administrative et sociale d'un chef-lieu de canton et de contribuer à l'animation de la vie locale".
 - Cet arrêt se situe dans le prolongement de la législation sur les aides locales qui permet aux communes, départements et régions de financer par des aides publiques le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural.

L'arrêt du 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris a causé un certain trouble en doctrine

- A propos de la mise en place par l'Etat d'un service de conseil juridique (la Mission d'appui aux partenariats publics privés) destinée également à appuyer les collectivités territoriales dans la préparation des contrats de partenariat que la loi soumet notamment à des conditions particulières et à une évaluation préalable.

En effet, pour considérer que la création de ce service n'a ni pour objet ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence, le Conseil d'Etat ne se réfère plus prioritairement à l'insuffisance de l'initiative privée mais seulement à l'intérêt général que revêt pour l'Etat l'exercice de cette mission lequel précise l'arrêt peut relever notamment de la carence de l'initiative privée.

- L'explication de cette rédaction tient à ce que, en l'espèce, le CE considère que l'activité en cause n'est pas une activité marchande mais une activité propre à l'Etat consistant à veiller au respect de la légalité par les collectivités territoriales

La référence à cette condition est d'ailleurs de retour dans l'arrêt CE 2010 Département de la Corrèze à propos de la prise en charge par le département d'un service de téléassistance pour personnes âgées isolés

C'est donc d'une manière assez générale que l'administration est libre d'exercer des activités que sont à même de prendre en charge des opérateurs privés.

- Y compris en se portant candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public (CE, 8 déc. 2000, Société Jean-Louis Bernard consultants)

Le Conseil d'Etat fait porter son contrôle désormais sur un autre aspect ;

- Il vérifie que les conditions dans lesquelles intervient l'administration ne faussent pas le libre jeu de la concurrence (CE 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris)
- Ce qui était une question de liberté est devenue une question d'égalité

Section 2. Le choix du mode de gestion

Les modes possibles de gestion du service public sont divers et l'administration dispose a priori de la liberté de choix

§.1 La liberté du choix

Le principe de la liberté de choix a été rappelé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt de 2007 Commune d'Aix en Provence dans un long considérant qui rappelle l'état du droit

D'abord les collectivités publiques peuvent décider de confier sa gestion à un tiers ;

- Le choix de déléguer le service à un tiers (ou au contraire de le reprendre en régie) est un choix d'opportunité qui échappe au contrôle du juge
 - Sauf si un texte en dispose autrement
- On sait que les activités directement liées à l'exercice de mission de police administrative ne sont pas externalisables.
 - Ainsi pendant longtemps de la gestion du stationnement urbain sur voirie
 - La Loi MAPTAM de 2014 a rattaché cette mission aux activités de gestion domaniale et rend possible la délégation du service à un tiers

Qu'à cette fin, elles doivent en principe conclure un contrat avec un opérateur privé

- Le mode de financement du cocontractant de l'administration va déterminer la nature du contrat (marché ou concession)
 - Dans tous les cas, le choix de l'opérateur est soumis au respect d'obligations de mise en concurrence destinées à garantir aux opérateurs privés susceptibles d'être intéressés la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement
 - La jurisprudence et les textes européens impose de manière générale le respect de ces obligations de mise en concurrence
 - Sauf quand l'opérateur est un démembrement organique de l'administration (le pouvoir adjudicateur exerce sur le tiers un contrôle comparable à celui qui l'exerce sur ses propres services et l'activité du tiers lui est principalement dédié) : exception dite in house
 - Sauf quand l'opérateur est une société publique locale dont les actionnaires sont exclusivement des collectivités publiques
 - Sauf quand l'opérateur est une société d'économie mixte locale (dès lors que la participation des actionnaires privés est inférieure à 20 %)

Toutefois les collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ;

- Cette gestion directe peut prendre plusieurs formes :
 - La forme d'une régie directe
 - La forme d'un établissement public
 - A condition que la catégorie soit prévue par la loi
 - mais également la forme d'une Association
 - quand la collectivité crée à cette fin un organisme de droit privé sous la forme d'une association type loi 1901 dont c'est l'objet statutaire exclusif et sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services

Ce sont en principe des considérations d'opportunité qui prévalent pour choisir le mode de gestion

- Soit qui tiennent à des raisons techniques en lien avec l'objet du service : ainsi un SPA sera le plus souvent géré en régie.

- Soit qui tiennent à des choix politiques : par exemple, on assiste aujourd'hui à la remunicipalisation du service public de l'eau alors que les communes avaient fait le choix d'en déléguer la gestion à partir des années 1980.

▪

§.2 La diversité des modes de gestion

Selon la typologie dressée par le CE, on peut donc distinguer plusieurs situations.

- L'hypothèse où l'administration à un tiers pour lui confier l'exécution du service public
- L'hypothèse où l'administration crée une structure autonome dédiée de droit public
- L'hypothèse où l'administration gère directement en régie.

A. Le recours à une entreprise tierce

La première hypothèse est celle du recours à un tiers (généralement un opérateur privé) pour gérer le service à la place de la personnes publique qui en est responsable.

La loi peut ainsi consentir des délégations unilatérales qui concerneront principalement des SPA

- Les caisses de sécurité sociales disposent de par la loi (Code de la sécurité sociale) d'une habilitation unilatérale.
- La loi a ainsi confié unilatéralement la gestion du métro parisien à la RATP,
 - Or le transport urbain est un SIEG au sens du droit de l'Union européen,
 - ce qui pose des problèmes au regard du principe de libre concurrence...
 - La loi d'orientation sur les mobilités adoptée en 2019 a acté l'ouverture à la concurrence des lignes de bus en 2014

Mais en règle générale, la délégation de SP s'exerce par voie contractuelle dans le cadre d'un contrat dit de concession (encore appelé DSP s'agissant des concessions passées par les collectivités territoriales).

- Le contrat de concession a pour objet de fixer les obligations (notamment à l'égard des usagers) du concessionnaire qui reste durant toute la durée du contrat, placer sous le contrôle de l'autorité concédante.
 - La jurisprudence administrative a reconnu à l'autorité concédante d'importants pouvoirs de contrôle allant jusqu'à la modification voire la résiliation unilatérale du contrat.
 - Le propre de la concession est que le concessionnaire assure le service public à ses risques et périls. En particulier, il tire l'essentiel de sa rémunération des résultats de l'exploitation commerciale du service en particulier par la perception du tarif sur les usagers. La loi précise que le concessionnaire doit supporter le risque d'exploitation.
 - Selon le montage contractuel, la concession peut connaître des variantes soumis au même régime légal : l'affermage et la régie intéressée
 - L'intérêt de la concession pour l'administration est de ne pas se charger de l'exécution d'une activité notamment industrielle assez éloignée de ses savoir-faire, de profiter de l'expertise d'une entreprise spécialisée dans le domaine considéré, et d'économiser les coûts de fonctionnement (la gestion privée est réputée moins couteuse que la gestion publique)

- La concession ne doit pas être confondue avec le marché public (de service) qui peut consister aussi à confier l'exécution de prestations de service à une entreprise privée tierce mais alors la rémunération du cocontractant est assurée par l'administration même qui lui verse un prix en contre partie des services rendus aux usagers.
 - La distinction du marché et de la concession est extrêmement complexe dès lors que les deux types de contrat peuvent avoir le même objet (restauration scolaire, transports urbains) et que dans la plupart des contrats les modes de rémunérations sont mixtes (CE 2008 Département de la Vendée / CE 2006 Commune d'Andeville).

Dans tous les cas, le choix du cocontractant de l'administration n'est pas libre.

- Les textes applicables aux concessions (Ordonnance 29 janvier 2016) et aux marchés publics –(Ordonnance 23 juillet 2015) prévoient l'organisation de procédure de mise en concurrence (appel à concurrence) destinée à susciter les candidatures et les offres de plusieurs entreprises.
- Toutefois le choix de l'offre la meilleure se fait ensuite selon des schémas procéduraux différents selon que l'administration passe un marché ou une concession.

B. La création d'une structure dédiée

La seconde hypothèse consiste pour l'administration à créer une structure dédiée disposant de la personne morale de droit public

- Cette hypothèse correspond à la création d'une régie municipale
 - Elle est particulièrement adaptée à la gestion des SPIC
 - La loi peut avoir fait le choix de créer une catégorie d'établissement public pour gérer le SP
- La personnalité morale confère au gestionnaire de l'activité une véritable autonomie
 - Autonomie institutionnelle : l'EP a ses propres organes de direction
 - Autonomie financière : l'EP a son propre budget
 - Autonomie fonctionnelle : l'EP détermine sa politique d'action, dispose de son propre personnel et de son propre patrimoine.
 - S'agissant des communes, le CGCT utilise parfois le terme de régie municipale. La régie municipale peut être dotée de la personnalité morale de droit public, mais elle ne peut parfois que disposer d'une simple autonomie financière

C. La gestion du service par la collectivité elle-même

Enfin, c'est la dernière hypothèse, le service sera géré directement par la collectivité publique elle-même. C'est l'hypothèse de la régie directe

Cette modalité est particulièrement adaptée pour les SPA.

L'activité est assurée par les services de la collectivité, sa direction est assurée par l'exécutif de la collectivité (ou par les ministres dans le cas des départements ministériels), ses moyens financiers, son personnel, ses biens sont ceux de la collectivité.

L'innovation de l'arrêt Commune d'Aix en Provence est de prévoir une nouvelle forme de régie directe sous la forme d'une association de droit privé sur laquelle l'administration exerce un contrôle comparable à celui exercé par ses propres services

- En raison de la composition de ses organes de direction
- En raison de son activité entièrement dédié au service public

- En raison des contrôles exercées sur l'activité
- En raison du mode de financement intégralement assuré par la collectivité

Le recours à l'association permet le regroupement de plusieurs collectivités publiques comme à propos de la structure en charge du festival d'Aix en Provence.

Le choix de l'association est ainsi validé en raison de la nature de l'activité culturelle

Il permet d'éviter le respect des règles de mise en concurrence qui aurait remis en cause le montage juridique du festival

Section 3. L'exécution des missions de service public

A l'époque classique, le service public est caractérisé par sa soumission à un régime exorbitant du droit commun. Le droit des services publics d'alors c'est le droit administratif.

Ce principe ne connaissait que de rares exceptions : la gestion privée n'avait qu'un caractère ponctuel.

Dans ces conclusions sous l'arrêt Terrier, Romieu avait réservé « les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». Si le service public à gestion privée n'était pas encore consacré, il était admis déjà qu'il pouvait y avoir de la gestion privée dans le service public.

La possibilité pour l'administration d'échapper ponctuellement au droit public va être consacrée définitivement par l'arrêt Conseil d'Etat 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges

à propos d'un contrat de fourniture de pavé pour la voirie conclu entre une commune et une société. Le Conseil d'Etat considère que le marché « avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers; qu'ainsi la demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ».

Si les services publics administratifs continuent à obéir à ces principes classiques, l'arrêt du Tribunal des Conflits de 1921 Société commerciale de l'ouest africain a transformé l'exception en règle.

Le principe est que les services publics industriels ou commerciaux sont entièrement soumis au droit privé parce que l'activité de service public est exercée d'une manière analogue à celles du privé.

L'emprise du droit public est devenue l'exception.

§.1 L'enchevêtrement des règles applicables aux SPIC

Ici encore le raffinement des solutions jurisprudentielles laisse perplexe. La détermination du droit applicable et du juge compétent pour connaître de l'activité des services publics industriels et commerciaux est devenue un véritable casse tête.

Elle concerne essentiellement l'organisation du service public laquelle est assurée selon des modalités diverses selon le SPIC est national ou local

A. La soumission du fonctionnement des SPIC au droit privé

Tout ce qui relève du fonctionnement du service public industriel et commercial dans ses relations individuelles avec son personnel, ses usagers ou les tiers (fournisseurs ou concurrent) est soumis au droit commun : code civil, code de commerce, code du travail, droit de la consommation, droit de la concurrence.

Mais des résurgences de droit administratif sont toujours possibles:

- parce que le service est géré par une personne publique..
- parce que le service met en oeuvre des prérogatives de puissance publique ou réalise des opérations de travaux publics

1) La privatisation globale des relations individuelles

Il faut distinguer la situation des usagers, des agents et des tiers

a) Les usagers

Les relations entre le SPIC et les usagers relèvent en principe toujours de rapports de droit privé (CE 22 Juillet 2009 Compagnie des bateaux mouches), le juge insistant sur les liens de droit privé nés de la conclusion du contrat

- à propos d'un recours de la compagnie contre les tarifs fixés par les VNF (voies navigables de France) qui est un EPIC
 - A l'inverse les usagers du SPA sont dans une situation légale et réglementaire et donc toujours soumis à la compétence du JA
- En conséquence le contrat qui lie l'utilisateur au service n'est jamais un contrat administratif même s'il contient des clauses exorbitantes
 - CE 1961 Etablissements Campanon-Rey (à propos du service des alcools refusant au requérant le bénéfice d'un tarif spécial)

Le JJ est toujours compétent

- Même si le dommage subi par l'utilisateur provient du mauvais fonctionnement d'un ouvrage public : TC 1954 Dame Galland à propos d'un usager d'EDF victime chez lui d'une électrocution
- Ou encore compétence judiciaire pour une personne allant à la Gare pour prendre le train et décédée à la suite d'une mauvaise chute dans un escalier (ouvrage public) mal entretenu TC 1966 Dame Veuve Canasse.
- *Ou encore TC 11 décembre 2017 Société Ryssen alcools*
 - La société avait conclu avec le grand port maritime de Dunkerque (EPIC), une convention d'occupation d'une dépendance portuaire pour y installer une distillerie.
 - Aux termes de cette convention, le port s'était engagé à construire une conduite mise à la disposition de la société Ryssen alcools A la suite de désordres rendant la conduite inutilisable, la société Ryssen alcools a engagé une action en responsabilité quasi-délictuelle.
 - Le TC conclut à la compétence du JJ alors même que le préjudice est lié au défaut de conception de l'ouvrage public.
- Et même si le dommage provient de l'application de disposition réglementaire relatives à l'organisation du tarif
 - (CE 2003 Peyron : à propos d'une action en responsabilité exercé par l'utilisateur d'une station de sports d'hiver qui demandait réparation pour l'application de tarifs illégaux fixés par le conseil municipal)
 - Voir quand même à ce sujet CE 2009 Compagnie des bateaux-mouche qui admet la compétence administrative en fonction de la nature de la question posée au juge

La seule exception concerne l'hypothèse où l'utilisateur refuse de payer une redevance qui a un caractère fiscal

- CE 1986 Sivom d'Aigues-Mortes

Les liens de droit privé vont au-delà de stricts rapports contractuels et s'appliquent

- à l'usager en situation irrégulière TC 1983 Niddam à propos d'un fraudeur victime d'un accident dans le métro
- au candidat usager qui ne peut exercer un REP contre la décision de l'administration lui refusant l'accès au service
 - (CE 1961 Dame veuve Agnesi : à propos du refus du maire opposé à une demande de raccordement au réseau de distribution d'eau)
 - Mais la jurisprudence la plus récente distingue pour les candidats-usagers si le refus d'accès au service résulte non d'un simple refus d'abonnement ou du refus d'exécuter des travaux publics de raccordement au réseau
 - Dans ce dernier cas, le juge conclura à la compétence du JA (TC 8 octobre 2018 A c/ Commune de Malroy)

b) Les agents

- Application du droit privé ou plus exactement compétence du JJ
 - Car au fond ce n'est pas nécessairement le code du travail qui est appliqué : personnel à statut

En ce sens, est illégale la circulaire qui précise que le droit public s'applique à certains agents d'un spic employés dans un EPA CE 1981 Lesage

- De même le juge pénal considère que le délit d'ingérence n'est pas applicable aux agents des spic qui ne sont pas des agents publics au sens du code pénal 432-1

Droit privé a fortiori quand la gestion est assurée par une personne privée

c) Les tiers

Le principe est aussi l'application du droit privé :

Par exemple CE 2007 Lipietz à propos de fils de déportés qui attaquaient la SNCF en DI pour avoir assuré le transport des déportés vers l'Allemagne.

Le CE a rejeté la compétence du JA expliquant que la SNCF gérait un SPIC et qu'elle agissait sur ordre des autorités allemandes sans disposer d'aucune autonomie empêchant de regarder les déportés comme des usagers du service public.

Le principe s'applique

- Dans les rapports avec les fournisseurs
- Dans les rapports avec les concurrents

Mais il connaît des limites

2) Les résurgences de droit administratif dans le fonctionnement des SPIC

Les situations où le droit administratif s'applique sont relativement nombreuses :

A propos du directeur et du comptable du SPIC : CE 1923 de Robert Lafreygère

Quand le SPIC utilise des prérogatives de puissance publique : TC 1991 Matisse / litige à propos de l'émission d'un timbre poste à l'effigie du peintre

Quand le dommage subi par un tiers se réalise par l'entremise d'un ouvrage public

- CE 1958 Veuve Barbaza :
 - Alors qu'un ouvrier était occupé à débrancher le câble qui reliait une batteuse à la ligne électrique dépendant du réseau de distribution de la commune, le Maire avait rétabli le courant sans avertissement préalable par le maire de ladite commune, provoquant l'électrocution du sieur Barbaza
 - Le CE en conclut que le décès est lié non aux conditions d'exploitation du SPIC mais aux conditions d'utilisation de l'ouvrage public et qu'en conséquence, le JA est compétent
- Cour de cassation, civ1, 13 mars 2019 qui casse l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait conclu à la compétence du juge judiciaire dans un litige opposant un OPHLM au propriétaire d'un immeuble voisin alors que les dégâts causés trouvent leur cause dans le défaut d'étanchéité du toit de l'immeuble affecté au service public du logement et revêtant par suite le caractère d'un ouvrage public.

A ce titre la distinction du tiers et de l'utilisateur est essentielle

- CE 1967 Labat : effondrement de la verrière d'une gare dans le cadre d'un concert organisé dans la gare : tiers donc JA
- CE 1960 Gladieu explosion de la canalisation (principale) du gaz et non du branchement particulier (CE 1960 Gladieu) : tiers donc JA alors même que la victime était abonné au gaz mais la cause du dommage n'a pas de lien avec sa qualité d'utilisateur

Ou encore à propos des candidats usagers quand le litige porte sur le refus de réaliser des travaux de raccordement au réseau (et le remboursement des frais exposés par l'utilisateur pour ce raccorder) TC 8 octobre 2018 A c/ Commune de Malroy

- Parce que les travaux refusés avaient le caractère de travaux publics
- A comparer avec le refus d'abonnement

B. Le maintien de l'organisation du service sous l'emprise du droit administratif

La ligne de partage entre le droit administratif et le droit privé se situe autour de la distinction entre l'organisation du service et le fonctionnement du service.

Au contraire les actes d'organisation du service public échappent à la compétence des juges judiciaires au nom de l'idée que l'organisation du service public est un acte de puissance publique.

La jurisprudence est fixée depuis l'arrêt du Tribunal des conflits 15 janvier 1968 époux Barbier (GAJA n°87)

Cette distinction aboutit à des solutions complexes

Ainsi dans l'affaire de la Compagnie des bateaux-mouches de 2009, le Conseil d'Etat distingue selon la nature du contentieux pour déterminer si c'est l'organisation ou le fonctionnement du service qui est en cause

- *Considérant que les litiges opposant un service public industriel et commercial à ses usagers relèvent de la compétence du juge judiciaire ; que si, par exception, le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations, il n'en va pas de même lorsque le litige tend à la réparation du préjudice né de l'application individuelle à un usager de ces tarifs ou de ces règles ; qu' est à cet égard sans incidence la circonstance*

que l'action en responsabilité engagée par l'utilisateur se fonde ou non sur l'illégalité fautive des mesures d'organisation du service dont il lui est fait application ;

- *qu'il s'agit de là que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des conclusions présentées par la COMPAGNIE DES BATEAUX-MOUCHES tendant à l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de l'application des délibérations contestées, prises dans le cadre des missions de service public industriel et commercial confiées à Voies Navigables de France ; que ces conclusions doivent, par suite, être rejetées ;*

L'affaire est d'autant plus exemplaire qu'elle constitue une exception au bloc de compétence constitué pour les usagers au profit du JJ

La distinction a donné lieu à de très vifs débats à propos de l'application du droit de la concurrence aux services publics (Code de Commerce et ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence).

- Selon ce texte, les règles du droit de la concurrence doivent s'appliquer à toutes les activités de «production, de distribution et service » même à celles ayant trait à l'exploitation d'une mission de service public à caractère d'une mission de service public.
 - Les autorités de la concurrence se sont fondées sur ce texte pour contrôler l'acte par lequel une personne publique avait délégué l'exécution d'un SPIC à une entreprise privée (En 1989, dans l'affaire de la Ville de Pamiers)
- Mais le Tribunal des Conflits (1989, Préfet de la région Ile de France) a interprété ce texte au regard du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.
- Il a jugé que l'ordonnance n'avait pas d'incidence sur la compétence administrative à l'égard des actes d'organisation du service public.
 - Ainsi l'acte par lequel l'administration décide de déléguer une mission de service à une entreprise privée (donc le choix du concessionnaire) est un acte de puissance publique et non un acte de production, de distribution ou de services)
 - Qu'en conséquence, il est soumis à la compétence du Juge administratif parce qu'il a trait à l'organisation du SP.

§.2 L'existence d'un fonds juridique commun à l'ensemble des services publics : Les « lois » du service public

Parce que le service public doit toujours répondre au but pour lequel il a été créé, il est soumis à des principes dégagés par le juge et la pratique en vue de la meilleure satisfaction de l'intérêt général.

Ces règles applicables à tous les services publics quel que soit leur mode de gestion sont au nombre de trois : le principe d'adaptabilité, le principe de continuité et le principe d'égalité. Ces principes dont le professeur Louis Rolland a mis en lumière l'existence sont connues en doctrine comme « les lois du service public ou les lois de Rolland ».

A) Le principe de continuité.

C'est le plus fondamental : on ne saurait concevoir, suivant la formule du commissaire du gouvernement Gazier dans l'affaire Dehaene (1950) un Etat intermittent « à éclipses ».

Le principe s'applique à l'Exécutif :

Art 5 Constitution. Le Président de la République assure la continuité de l'Etat

CE 1952 Syndicat des quotidiens d'Algérie qui définit les pouvoirs du gouvernement démissionnaire autour du règlement des affaires courantes ; ce qui est à la fois une obligation et une limite à ne pas aller au-delà

Les contours de la notion reste cependant flou

Et vaut pour l'ensemble des services publics y compris locaux

Le Conseil Constitutionnel en a fait un principe à valeur constitutionnelle dans ses décisions du 25 juillet 1979 et du 27 janvier 1994. Le Conseil d'Etat l'a qualifié de principe fondamental (C.E., 13 juin 1980 Mme Bonjean).

Il vaut à l'égard des usagers, des concessionnaires des services publics comme des agents

1) Droit des usagers à la continuité du service

Concrètement, la continuité signifie que les usagers sont en droit d'exiger un fonctionnement régulier et sans interruption du service public.

- C'est que l'administration doit se conformer aux conditions de fonctionnement du service telle que définies par les textes.

Il existe cependant une sorte d'échelle de la continuité qui dépend de la nature du service.

- Certains services sont soumis à une exigence maximale : ils doivent fonctionner jour et nuit, jour fériés compris. Ainsi de la défense nationale ou du service public hospitalier, du service de la navigation aérienne.
- Pour d'autres services au contraire, la continuité ne signifie pas la permanence mais la régularité du fonctionnement, le respect du calendrier et des heures d'enseignement (pour les écoles) ou des horaires (pour les bureaux de poste ou les musées).

Lorsque le service public est une obligation légale, l'absence de continuité peut être une source de responsabilité :

- ainsi de la condamnation de l'Etat pour ne pas avoir en été en mesure d'assurer l'enseignement de matières obligatoires (Conseil d'Etat 1988 Ministre de l'Education nationale contre Giraud). L'affaire est intéressante, car c'est la première fois qu'un usager de l'éducation nationale obtient satisfaction sur ce terrain. Le Conseil d'Etat prend cependant en compte les difficultés inhérentes à l'organisation du service : la faute n'est constituée que dans la mesure où l'absence des enseignements s'est prolongée durant une période appréciable. Les parents pourront alors prétendre au remboursement des frais qu'ils ont exposés du fait du recours pour leurs enfants à des leçons particulières.

Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que l'administration ait commis une faute.

- Le principe d'égalité devant les charges publiques ouvre aux usagers certaines possibilités d'indemnisation (Conseil d'Etat 6 novembre 1985, Ministre des transports c/ Cie Touraine Air Transports, Rec, p. 312 ; AJDA 1986, p. 84, chron. Hubac et Azibert à propos de la fermeture d'une liaison aérienne décidée dans l'intérêt général) mais le dommage devra alors être grave et spécial.

Les droits de l'utilisateur ne sont pas sans limites (Conseil d'Etat 17 octobre 1986 Ministre des PTT c/ Erhardt)

Le droit aux prestations assurées par le service s'éteint dès lors que la revendication de l'utilisateur est de nature à faire peser sur le service des contraintes de gestion susceptibles d'en altérer les conditions normales de fonctionnement pour l'ensemble alors de la communauté des usagers.

- L'utilisateur du service postal, habitant dans un hameau isolé et seulement relié au réseau routier par une voie non carrossable ne peut prétendre, juge le Conseil d'Etat, à une distribution domiciliaire de son courrier.

A l'inverse, le service public ne peut faire peser sur l'utilisateur des charges excessives.

- La jurisprudence traditionnelle montre que l'utilisateur est toujours en droit d'invoquer la violation de la loi ou des principes jurisprudentiels contre les dispositions d'organisation du service.
- Mais les chances de succès du recours restaient forcément limitées : à défaut de disposition législative précise, le pouvoir réglementaire et de manière plus résiduelle le chef de service disposent généralement, d'une compétence largement discrétionnaire pour organiser le service.

La jurisprudence la plus récente est toutefois venue opposer une nouvelle limite au pouvoir d'organisation du service

- L'arrêt Conseil d'Etat 11 juillet 2001 Société des eaux du Nord permet aux usagers d'obtenir la sanction des dispositions réglementaires qui présenteraient un caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du Code de la Consommation.
 - La possibilité d'invoquer la législation sur la clause abusive constitue donc une garantie supplémentaire.
 - Elle vient en outre contrebalancer la situation légale et réglementaire des usagers qui les prive de toute possibilité de négocier les clauses de contrat.

Mise en œuvre par le juge administratif, seul habilité à contrôler l'organisation d'un service public, la jurisprudence nouvelle devrait permettre de concilier au plus près les exigences du service public et de la protection des usagers.

- A ce titre, le juge administratif a considéré en l'espèce que le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu des caractéristiques particulières du service. En ce sens, l'arrêt du 11 juillet 2001 décide que le règlement d'un service de distribution d'eau qui pourrait conduire à faire supporter aux usagers les conséquences de dommages qui ne leur seraient pas imputables, sans pour autant qu'il soit possible aux usagers d'établir une faute de l'exploitant, n'est pas justifié par les caractéristiques particulières du service public et présentent ainsi le caractère d'une clause abusive.

La protection contre les clauses abusives ne concerne toutefois que les usagers des SPIC.

- Cette solution nouvelle se situe dans le prolongement de la politique des services publics industriels et commerciaux qui consiste de plus en plus à traiter leurs usagers comme des clients.

2) Continuité et droits des concessionnaires.

Le principe de continuité impose également aux concessionnaires d'assurer le service qui leur a été confié de façon régulière sauf cas de force majeure ou fait de l'administration les empêchant de continuer l'exécution du service public.

- Le juge administratif a reconnu le droit des usagers d'exiger de l'administration qu'elle fasse en sorte que le concessionnaire assure un fonctionnement régulier du service. Conseil d'Etat 21 décembre 1906 Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier croix de seguey tivoli.

L'interruption du service est de toute manière la plus grave faute que le concessionnaire puisse connaître : elle justifie sa déchéance.

Ce principe sert également de fondement à la théorie de l'imprévision : il oblige ainsi l'administration concédante à aider financièrement son concessionnaire dès lors que des événements imprévus l'empêcheraient de poursuivre avec ses propres moyens l'exécution du service. C.E 1916 Cie générale d'éclairage du gaz de Bordeaux.

Devant les juridictions civiles, les usagers des services publics industriels ou commerciaux peuvent toujours invoquer la violation des stipulations du contrat qui les lie à l'opérateur public.

- La Cour d'appel de Paris dans l'affaire Association des usagers des services publics d'Elancourt et de ses environs a ainsi reconnu sur la base de l'article 1135 du code civil que la SNCF engageait sa responsabilité contractuelle du fait des manquements répétés à son obligation de ponctualité (CA Paris 4oct. 1996 SNCF c/ Association des usagers des services publics, JCP 1997, II, 22811, note Paysant et Brun)

c) Continuité et exercice du droit e grève par les agents.

- Jusqu'en 1946, le principe de continuité a été un obstacle absolu à la grève dans les services publics. C'était là un "crime" qui justifiait la révocation de l'agent gréviste sans observation des garanties disciplinaires.

Depuis, la reconnaissance du droit de grève par le préambule de la Constitution de 1946, le principe de continuité du service public n'est plus en mesure de faire obstacle à la grève dans les services public (C.E., 7 juil. 1950 Dehaene).

Il justifie seulement qu'il soit apporté des restrictions ou des aménagements au droit de grève dans les services publics

- Certaines catégories de personnel participant à l'exécution d'une mission de service public jugés essentiels (militaires, police,, navigation aérienne personnel pénitentiaire, magistrats judiciaires) sont privés du droit de grève
- Certaines formes de grève sont interdites :
 - grève tournante (cessation du travail par échelonnement successif ou par roulement concerté des différents secteurs ou catégories professionnelles d'une même administration ou d'un même service en vue de ralentir le travail et désorganiser le service),
 - grève politique non justifiée par des motifs professionnels,
 - grève sur le tas avec occupation et blocage des locaux de travail.
- La grève doit être précédée d'un préavis de 5 jours francs adressé au chef de service
 - Pendant la durée de préavis, il y a une obligation de négociation
 - En cas de non respect du préavis, l'agent encourt des sanctions disciplinaires
- Dans certains secteurs des obligations de service minimum ont été consacrées
 - Dans le domaine des transports
 - Dans le domaine de l'enseignement primaire et maternelle, les communes ont l'obligation d'organiser dans les conditions de leur choix un service d'accueil en cas de grève des enseignants (+ 25 %). L'Etat est tenu de verser aux communes une compensation financière.
- Le chef de service peut disposer d'un pouvoir de réquisition des personnels pour pourvoir aux besoins essentiels des usagers
 - Ainsi du pouvoir reconnu au directeur d'hôpital

B. Le principe d'égalité.

Déclinaison du principe d'égalité devant la loi inscrit dans la DDHC, le principe d'égalité devant les services est aussi un principe de valeur constitutionnelle, en même temps qu'un principe général du droit consacré par la jurisprudence administrative.

Le principe d'égalité implique d'abord la neutralité du service public.

L'égalité interdit ainsi un fonctionnement différencié du service à l'égard des usagers ou de son personnel en raison de leurs convictions religieuses ou politiques.

- Le principe d'égalité n'est pas alors sans lien avec le principe de laïcité (Voir en Licence, le Cours de Libertés fondamentales) : l'administration n'a pas à marquer ses préférences religieuses. Elle est tenue à une obligation de neutralité.
- Mais son champ d'application est plus large : il encadre toutes sortes de différences de traitement sans pouvoir les interdire toutes : c'est un principe relatif

1) La neutralité, corollaire du principe d'égalité

Le principe de neutralité du service public est un principe absolu. A l'égard des agents et des usagers, il se décline de différentes manières

C'est d'abord une garantie qui les protège contre les discriminations dont ils pourraient être victime en raison de leurs convictions religieuses ou politiques

- Le principe est la liberté de conscience qui suppose en dehors du service de pouvoir avoir des engagements politiques ou d'avoir une pratique religieuse pouvant donner à des manifestations extérieures ou notoires
 - Voir en ce sens la jurisprudence de la Cour EDH
 - Art. 25, loi du 13 juillet 1983 portant statut de la fonction publique : le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience
- Le principe de la liberté de conscience conduit ainsi l'administration à avoir des obligations particulières à l'égard de certains publics captifs ou dans l'impossibilité d'exercer leur religion par eux-mêmes.
 - Institution d'aumôniers dans les prisons ou les hôpitaux recrutés par l'administration
 - Le Conseil d'État a ainsi mis en cause de la responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir agréé des ministres du culte en nombre suffisant pour permettre à toute personne détenue la pratique du culte qu'elle revendique (CE, 16 octobre 2013, Garde des Sceaux c/ M. F. et autres, n°351115, s'agissant d'une personne détenue, témoin de Jéhovah).

Le principe de neutralité protège les agents durant leur carrière

- l'appartenance à une religion, ni sa pratique à titre privé, même connue par les autres agents du service, ne peut justifier une mesure défavorable à l'encontre d'un agent comme une mauvaise appréciation sur une feuille de notation (CE, 16 juin 1982, Epoux Z., n°23277), une sanction (CE, 28 avril 1938, Demoiselle Weiss, au recueil p. 379) ou, a fortiori, un licenciement (CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, précité).
- Le principe de neutralité protège que les candidats au recrutement
 - Ainsi un concours d'officiers de police a ainsi été annulé en raison des questions que le jury avait posées à un candidat sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse (CE, 10 avril 2009, M. E.H., n°311888).
 - Historiquement, le Conseil d'Etat a fait une entorse à ce principe : à propos des membres du clergé candidat au concours de recrutement dans l'enseignement public : CE 1912 Abbé Bouteyre où il admet l'opposition du recteur
 - Mais il est revenu sur cette position : CE, Avis 1972

- Mais le respect des convictions religieuses doit être concilier avec les exigences du SP
 - CE , OJR, 16 février 2004 : ne constitue pas une atteinte à la liberté de conscience, le refus d'un OPHLM d'accorder une autorisation d'absence à un gardien tous les vendredis après-midi pour pratiquer son culte ne porte pas une atteinte manifestement illégale
 - CE 1995 Koen : pas d'autorisation d'absence générale le jour des khôles en classe prépa

La neutralité c'est aussi une obligation

La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat (art.28)

« Il est interdit d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit »

- CE 9 novembre 2016 Fédération dép des libres penseurs de seine et marne et Fédération des libres penseurs de la vendée installation du crèches de Noel dans des batiments sièges d'un service public :
 - Le Conseil d'Etat fait plusieurs distinction (cultuel / culturel ou festif) / (siège de la collectivité / autres emplacements) / (usage local ou pas)
 - Interdiction- faute de pouvoir démontrer un usage local ancien ou un projet cultuel ou artistique précis- d'installer une crèche de Noel dans le hall du siège de la collectivité
 - Possibilité dans les autres emplacements eu égard à son caractère festif sauf si acte assumé comme revendicatif d'une opinion religieuse

Elle s'impose aussi aux agents

- Loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (article 25)

Cette obligation se manifeste par l'interdiction pour les agents de manifester pendant l'exercice de leurs fonctions leurs préférences religieuses

- CE Avis Mlle Marteaux 2000 : interdiction pour les agents de porter un voile qui est un signe d'appartenance religieux ostensible : à propos d'un agent non titulaire exerçant la fonction de surveillante dans un lycée.
 - Il appartient au chef de service de veiller au respect de ce principe notamment en infligeant des sanctions disciplinaire aux agents ne s'y conformant pas
 - Le Conseil d'État a ainsi confirmé la sanction prise à l'encontre d'un agent public qui faisait apparaitre son adresse électronique professionnelle sur le site d'une association culturelle (CE, 15 octobre 2003, M. O., n°244428)
 - ou encore qui avait distribué aux usagers des documents à caractère religieux à l'occasion de son service (CE, 19 février 2009, M. B., n° 311633).
 - La chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 19 mars 2013 CPAM de Seine-Saint-Denis, que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé
 - Mais non dans les entreprises n'exerçant pas une activité de service public
 - C'est l'affaire de la crèche Baby-lou (Cass soc. 19 mars 2013)

- L'obligation de neutralité dans le secteur privé doit se fonder sur des considérations particulières de nature à justifier l'interdiction de signe religieux dans le règlement du personnel (établissement recevant du public et particulièrement des enfants en bas âge, taille de l'entreprise)

Certains services publics impliquent des restrictions particulières : ainsi du service de l'enseignement scolaire.

Le CE rappelle que l'interdiction de toute forme de prosélytisme à l'égard des enseignants s'apprécie de manière stricte.

- CE, 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, n°91.406, rec. p. 463 ; 3 mai 1950, Demoiselle Jamet, n°98.284, Rec. p. 247 ; CE Ass., Avis, 21 septembre 1972, n°309354.

La loi de 2004, à la suite de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 1989 Kherouaa qui admettait que le règlement interne du lycée l'interdise) interdit également aux élèves le port de signes religieux ostensibles

- Depuis l'adoption de cette loi, le Conseil d'État a notamment confirmé la sanction prise à l'encontre d'une jeune femme qui avait systématiquement refusé de retirer un bandana et ainsi donné à ce dernier le caractère d'un signe manifestant de manière ostensible son appartenance religieuse (CE, 5 décembre 2007, M. et Mme G., n°295671).
- Il a également jugé que le « keshi » sikh, bien qu'il soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et de couleur sombre, ne peut être qualifié de signe discret et que, par suite, le seul port de ce signe manifeste ostensiblement l'appartenance à la religion sikhe de celui qui le porte (CE, 5 décembre 2007, M. S., n°285394).

Le débat autour de la loi de 2004 est aujourd'hui celui du champ d'application

- Le domaine d'application de la loi de 2004 est très clairement limité à celui du comportement des élèves du secondaire et du primaire. Cette loi ne règle pas la question des tenues des parents notamment lors des sorties scolaires ni celles des étudiants dans les universités.
- Concernant les sorties scolaires, le Conseil d'Etat (Avis 23 décembre 2013) a jugé que le principe de laïcité n'était pas a priori opposable aux mères accompagnatrices en raison de leur qualité d'usagers du service public et non pas d'agents ni de collaborateurs
 - o Contra : TA Montpellier 2011

2) L'interdiction des traitements différenciés, un principe relatif

Au premier chef, l'égalité de traitement concerne les usagers du service quand ils bénéficient des prestations du service

Les usagers peuvent en effet revendiquer l'égalité de fonctionnement et d'accès aux services publics.

- Le principe d'égalité devant les services publics est un principe général du droit consacrée par la jurisprudence administrative (Conseil d'Etat 1951 Société des concerts du conservatoire, GAJA n°74).
- Il est même l'essence du service public). Il s'applique à l'ensemble des services publics y compris industriels et commerciaux qui se doivent de fonctionner dans l'intérêt de la communauté des usagers (d'où l'idée d'égalité) et non dans l'intérêt strictement individuel de l'utilisateur.

Le contenu exact du principe d'égalité tend toutefois à se brouiller.

- Le principe d'égalité c'est autant une méthode qu'un principe de fond
- L'égalité n'impose ni l'uniformité, ni l'identité de traitement : dire que les usagers ont droit à un traitement égal ne veut pas dire que le service fonctionnera pour tous de la même manière.

Le principe d'égalité ne s'oppose en effet ni à ce que le législateur ou l'administration règlent de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'ils dérogent à l'égalité pour des raisons d'intérêt général ; pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi ou du service.

Ce raisonnement, prisé par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel 27 déc. 1973, Taxation d'office, GDCC n°21) se retrouve dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 mai 1974 Denoyer et Chorques où le juge admet la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables en rapport avec les conditions d'exploitation du service, soit qu'une nécessité d'intérêt général (en l'espèce non établie) justifie la mesure

L'analyse de la jurisprudence montre toutefois que l'invocation du principe d'égalité ne donne à l'utilisateur que peu de prise sur le fonctionnement du service. Le juge a tendance à reconnaître à l'administration un assez large pouvoir d'appréciation pour instituer des traitements différents (a); ce qui l'amène en parallèle à refuser aux usagers un droit au traitement différencié (b).

a) La liberté d'appréciation laissée à l'administration dans le maniement du principe d'égalité

Cette liberté d'appréciation peut tenir soit à la prise en compte de la situation particulière de certaines catégories d'usagers soit à des considérations d'intérêt général

aa) La prise en compte de différences de situations justifiant une différence de traitement entre usagers

L'administration peut tenir compte de la situation personnelle de l'utilisateur

- A la condition que la différence de situation de l'utilisateur soit en rapport avec l'objet du service
- A la condition (aussi) que si sa situation diffère de celle de la majorité des usagers, elle relève avec d'autres d'une catégorie particulière que l'administration entend donc traiter différemment

Dans ces hypothèses, la mise en œuvre du principe d'égalité conduit ici essentiellement le juge à se demander si les usagers d'un même service sont au regard de l'objet du service placés ou non dans une « situation comparable » ou s'ils existent entre eux des « différences de situations appréciables ».

Le principe en a été établi dès 1948 par l'arrêt Soc. du journal l'Aurore

- En l'espèce, le juge administratif condamne l'augmentation décidée par le ministre de l'industrie des tarifs de l'électricité dans la mesure où elle aboutit à faire payer à des tarifs différents le courant consommé dans les dernières semaines de 1947 par les usagers selon que leurs compteurs ont été relevés avant ou après le 1er janv. 1948.
- La différence de situation (fonction de la date de relevé du compteur) est ici purement arbitraire sans lien avec l'objet du service

Cette jurisprudence, qui repose sur la mise en œuvre de standards (situation comparable, différences de situations appréciables), a donné lieu à des solutions jurisprudentielles contrastées.

En tout état de cause, certaines catégories (celles fondées sur la nationalité, le sexe, la race, la religion) demeurent indisponibles : est ainsi illégale l'attribution d'une allocation sociale aux seuls usagers de nationalité française (Conseil d'Etat 30 juin 1989 Ville de Paris).

La jurisprudence administrative connaît ainsi de multiples exemples d'individualisation notamment à l'égard des usagers des services publics administratifs locaux que les communes prennent l'initiative de créer (cantines scolaires, crèches, centres de loisirs, bibliothèque, école de musique ou de danse).

- Ainsi l'accès au service pourra réserver à certaines catégories d'usagers : ceux qui ont lien suffisant avec la commune et refuser aux autres (CE 1994 Commune de Dreux)
 - A propos du refus d'admettre à l'école de musique, les enfants extérieurs à la Commune

- L'accès au service ne peut être réservé aux résidents dans la commune mais à toute personne justifiant d'un lieu suffisant avec la commune (lieu de travail des parents, lieu de scolarisation des enfants)
- La tarification pourra être ainsi également varié selon le type d'utilisateur : une commune pourra prévoir une tarification spéciale fondé sur le domicile de résidence ou sur le niveau de ressources des usagers, le cas échéant, offrir la gratuité.

A l'origine de cette jurisprudence, on retrouve l'arrêt Denoyez et Chorques

- Conseil d'Etat 1974 Denoyez et Chorques.
 - La Régie départementale des passages d'eau de Charente-Maritime avait accorder des tarifs préférentiels à certaines catégories d'utilisateurs du service de bac reliant l'île de Ré au continent. Il existait ainsi trois sortes de prix : un tarif réduit pour les insulaires, un tarif intermédiaire pour les habitants du département de Charente-Maritime et un tarif plein pour les autres usagers.
 - Les sieurs Denoyez et Chorques qui possédaient une résidence secondaire dans l'île de Ré demandèrent qu'on leur applique le tarif insulaire ou à défaut le tarif intermédiaire. Saisi le Conseil d'Etat confirme à cette occasion qu'il n'y a pas de rupture de l'égalité entre usagers du service public lorsque sont traités de manière différente des usagers entre "lesquels existent des différences de situations appréciables."
 - Cette motivation conduit le Conseil d'Etat a procédé en deux temps :
 - Il estime d'abord que les requérants ne sont pas fondés à demander le bénéfice du tarif destiné aux insulaires. Le fait de posséder une résidence secondaire ne les place dans une situation identique à celle des insulaires qui doivent utiliser le bac quotidiennement pour les besoins de leur travail ou de leur ravitaillement.
 - En second lieu, le Conseil d'Etat annule le tarif préférentiel consenti aux habitants de la Charente-Maritime car pour eux rien ne justifie qu'ils soient traités de façon différentes des autres habitants de la France continentale et notamment pas le fait qu'une partie du déficit du bac soit comblé par les impôts départementaux.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a repris à son compte le raisonnement du Conseil d'Etat : elle valide les différences de traitement fondées sur des différences de situation.

- Toutefois l'appréciation de la différence de situation peut varier d'une juridiction à l'autre : ainsi en 1979, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution la loi relative aux ponts et ouvrages à péage dont l'objet était notamment de permettre les pratiques censurées par le Conseil d'Etat en 1974. C.C. 12 Juillet 1979, AJDA 1975, p. 46.
- Il a estimé que les contribuables locaux étaient au regard du service (et de son financement) dans une situation différente que les autres usagers.

D'une manière générale, la politique tarifaire pratiquée par les services publics donne lieu à des solutions contrastées.

Les limites posées par le juge tiennent principalement à des considérations financières

- Le tarif pratiqué le plus élevé ne doit jamais excéder le coût réel du service
- Les discriminations tarifaires entre usagers ne sont plus difficilement admises dans les SPIC
 - Dans la mesure où le service est tenu à l'obligation d'équilibre budgétaire ce qui lui interdit de recevoir des subventions et l'oblige à ce que le coût du service soit intégralement supporté par les usagers sans pouvoir exiger d'un usager un tarif qui ne correspondrait pas à la prestation qui lui est rendu

- Ce qui interdit de compenser la gratuité ou les avantages tarifaires qui seraient consentis aux usagers
 - Mais pas de proposer des prestations différentes et donc différencier les tarifs (voir SNCF)

Dans les SPA, La jurisprudence administrative veille toutefois à ce que la différence de traitement soit toujours en rapport avec l'objet du service.

- En matière tarifaire, cette exigence a d'abord conduit le juge administratif à estimer que s'agissant d'une école musique (service public culturel), les différences de ressources entre les familles ne constituaient pas une différence de situations justifiant l'institution d'un tarif différencié car la différence de situation était sans lien avec l'objet du service (Conseil d'Etat 26 avril 1985 Ville de Tarbes, Rec. p. 119 avec les conclusions contraires de M. Lasserre).
- A l'inverse la jurisprudence admettait ces tarifs différenciés dans les services publics sociaux : cabinet de soins dentaires (Conseil d'Etat 20 novembre 1964 Ville de Nanterre, Rec. p. 563) centre aéré (Conseil d'Etat 18 mars 1994 Mme Dejonckee, Rec. p. 772); crèche (Conseil d'Etat 29 janvier 1989 Centre commercial d'action sociale de La Rochelle, Rec. p.8), cantine scolaire (Conseil d'Etat 10 février 1993 Ville de La Rochelle).

De telles distinctions étaient cependant difficilement justifiables.

- Comment expliquer en effet qu'une différence de situations appréciables au regard des services sociaux devienne une situation comparable en matière culturelle, sauf à considérer que l'accès à la culture des populations socialement démunies ne correspond pas à une finalité d'intérêt général à la différence des services sociaux supposés de première nécessité ?
 - Concernant le fonctionnement d'une école de musique, les arrêts du 29 décembre 1997 Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre ont fini par admettre en matière culturelle la légalité des différenciations tarifaires fondées sur la situation financière des familles. L'arrêt se fonde sur l'intérêt général qu'il s'attache à ce que l'école de musique puisse être fréquentée par tous les enfants qui le souhaitent sans distinction selon leur possibilités financières

Ces arrêts illustrent à leur manière l'imbrication des notions de situations comparables et d'intérêt général. Car, dans une certaine mesure, c'est l'adhésion nouvelle du Conseil d'Etat aux politiques locales d'accès à la culture qui conduit le juge administratif à voir désormais dans les différences de ressources des usagers des différences de situations en rapport avec l'objet du service culturel.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 13 mars 2002 Union fédérale des consommateurs est également révélateur de la liberté d'appréciation laissée à l'administration

- En l'espèce, le syndicat des transports parisiens avait modifié la tarification des transports en commun à Paris obligeant les voyageurs venant de banlieue et se rendant à Paris à acquérir un titre de transport unique et d'acquiescer un tarif unique couvrant non le seulement le trajet banlieue-Paris mais également d'éventuels déplacements dans Paris
 - Ce qui revenaient du fait de la tarification globale à imposer aux usagers venant de la banlieue des conditions tarifaires moins avantageuses qu'auparavant
 - C'est pour cette raison que l'Union fédérale des consommateurs saisit le Conseil d'Etat.

L'affaire est intéressante d'abord en raison des moyens développés devant le juge.

- En particulier, l'association de consommateurs se place sur le terrain du code de la consommation (article L. 122-1) dénonçant une vente liée car obligeant les usagers à acheter un billet unique pour deux trajets distincts.
 - Le moyen est rejeté au fond par le Conseil d'Etat au motif que les deux trajets sont de nature semblables et qu'il existe des liens étroits entre les deux prestations commerciales puisque le second trajet prolonge le premier.

- La motivation retenue par le Conseil d'Etat confirme deux choses :
 - 1. que le code de la consommation est invocable devant le juge administratif par les usagers du service public (en ce sens , déjà , CE 2001 Société des eaux du Nord)
 - 2. que le juge administratif retient une interprétation du code de la consommation tirée de la jurisprudence de la Cour de cassation dont il reprend ici le raisonnement.*
- Le second se plaçait sur le terrain du principe de l'égalité
 - Il est également repoussé. le Conseil d'Etat relève que la nouvelle tarification consistant à instaurer un titre de transport unique pour l'ensemble des usagers du service ne saurait porter atteinte au principe d'égalité
 - d'autant que la modification est justifiée par des nécessités d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation.

En ce sens, le CE fait prévaloir une approche collective de la communauté des usagers bénéficiant tous des mêmes avantages tarifaires

- Il justifie que l'administration cesse de raisonner selon la situation particulière de chaque usager et ici de consentir un avantage particulier à ceux qui viennent à Paris depuis la Banlieue.

En ce sens, le Conseil d'Etat autorise le Syndicat des transports parisiens à retenir une approche strictement opposée à celle de nombreuses collectivités territoriales

- Lesquelles ont tendance en matière d'accès aux services publics locaux à individualiser la tarification en fonction du domicile, du niveaux de ressources.

ab) Les considérations d'intérêt général justifiant des différences de traitement entre usagers

A défaut de différences de situation en lien avec l'objet du service, l'intérêt général peut justifier de traitement différemment les usagers

Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, 107 DC, Ponts à péage) admettent que l'égalité devant le service public puisse céder devant la seule considération de l'intérêt général.

- L'intérêt général permet ainsi de fonder légalement des discriminations qui ne pourraient l'être au regard des seules différences de situations.
- Pour le dire autrement une différence de situations existe mais elle n'est pas liée à l'objet du service seul l'intérêt général va justifier sa prise en compte pour instituer une différence de traitement

L'intérêt général peut revêtir d'ailleurs de multiples formes.

- Il peut s'agir de l'objectif démocratique d'égalité des chances comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 11 juillet 2001 qui admet, afin de permettre la diversification de l'accès aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, des possibilités de recrutement différenciées
 - (CC 11 juillet 2001, 2001-450 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, Recueil, p. 82).
- Du choix de soutenir un objectif particulier (la formation ou encore la production nationale)
 - CE 1965 Club aérien des Gerfaults : tarifs préférentiels (redevances d'atterrissage) dans d'accès à un aéroport réservé aux membres d'un aéroclub agréé (participant à la formation des jeunes pilotes)
 - CE 1951 Société du soufre français : avantages consentis à la seule entreprise française exportant du soufre vers l'étranger.
- La prise en compte de l'intérêt général peut également résulter de la volonté d'assurer de bonnes conditions d'exploitation même du service :
 - le Conseil d'Etat a ainsi admis que le refus d'installer à l'angle de deux rues une boîte aux lettres pouvait être justifié, malgré l'atteinte au principe d'égalité entre les usagers, à la fois par le faible éloignement des

boîtes déjà existantes, leur faible utilisation, et la faible densité de la population dans le quartier (Conseil d'Etat, 10 novembre 1997 Poirrez RFDA 1998, p. 201).

Dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, l'intérêt général prend de plus en plus fréquemment la forme de l'objectif de rentabilité économique.

- Dans l'avis du 24 juin 1993 (TGV nord), le Conseil d'Etat a ainsi admis que les conditions d'exploitation du TGV nord pouvait justifier la modulation des tarifs et en particulier l'application aux seuls usagers du TGV nord de tarifs de base préférentiels différents de ceux pratiqués à l'égard des autres usagers du réseau TGV.
 - La rupture d'unicité du tarif de base, justifie le Conseil d'Etat, doit permettre à la SNCF d'améliorer la rentabilité du service en fonction des caractéristiques particulières propres à certaines liaisons (confort, rapidité des trains) et de mieux adapter ses tarifs à la concurrence d'autres modes de transport.
 - Le souci d'assurer l'équilibre financier insiste encore le Conseil d'Etat permet à l'opérateur public d'améliorer de façon générale les conditions d'exécution du service public.

Il est inutile d'insister davantage : l'intérêt du service prime sur les droits de l'utilisateur et l'utilisateur individuel doit s'effacer devant une notion plus abstraite : la communauté des usagers qui profite globalement de ces nouvelles conditions d'exploitation (train plus rapide, train plus confortable) (GACE, obs. Desmons, p. 361).

La politique tarifaire de la SNCF a été validée au contentieux dans l'arrêt CE 10 octobre 2014 Région Nord Pas de Calais

La nouveauté est que le juge administratif ne se place pas sur le terrain l'intérêt général mais se borne seulement à prendre en compte les différences d'exploitation entre la ligne Paris-Lille et les liaisons ordinaires pour justifier la différence des tarifs

- REP de la région contre les tarifs fixés par la SNCF de la ligne Paris Lille différent du tarif kilométrique de base déterminé par le cahier des charges approuvé par Décret applicable à la SNCF
- Rejet du REP au motif que le service rendu aux usagers et les conditions d'exploitation justifie un tarif différent sans porter atteinte à l'égalité

Le risque est cependant de voir le principe d'égalité changer de nature voire de fonction.

- A force d'admettre au nom de l'intérêt général des différences de traitement, l'égalité perd en « juridicité ».
- Limite traditionnelle au pouvoir de l'administration, elle tend à devenir un instrument au service des politiques publiques. Elle n'est plus cette contrainte extérieure, ce bloc dont le monolithisme s'imposait à l'administration, c'est désormais une référence symbolique qui vient légitimer le pouvoir reconnu à l'administration de créer sous le contrôle du juge des catégories juridiques différentes d'utilisateurs donnant lieu à des traitements différents.

Le Conseil d'Etat a toutefois le souci de ne pas s'en tenir à une présomption d'intérêt général justifiant trop aisément les différences de traitement entre usagers du service public.

- Le juge administratif vérifie ainsi l'ampleur des discriminations instituées par l'administration et annule celles qui lui paraissent disproportionnées au regard de l'objectif recherché.
 - Ainsi dans l'arrêt Compagnie Air France c/ Aéroports de Paris du 13 octobre 1999, le Conseil d'Etat a jugé que l'intérêt qui s'attache au développement des aéroports parisiens comme plate-forme de fret international n'est pas en mesure de justifier que la Compagnie Air France supporte une redevance d'atterrissage d'un taux supérieur de près 50 % à celui consentie aux compagnies concurrentes étrangères (Conclusions Arrighi de Casanova, AJDA 2000, p. 86)
- Le juge administratif vérifie également que l'objectif d'intérêt général ne donne pas lieu à l'érection d'une catégorie particulière d'utilisateurs différemment traités qui serait délimitée de manière arbitraire CE 18 janvier 2003 SOS Racisme
 - L'administration des Musées peut au nom de l'intérêt général réserver la gratuité d'entrée aux musées aux jeunes de moins de 26 ans (afin d'ancrer les habitudes de fréquentation régulière d'un public aux ressources limitées)
 - Mais la catégorie des jeunes de moins de 26 ans doit inclure non seulement les nationaux et les ressortissants de l'UE mais aussi les jeunes étrangers en situation régulière (annulation en tant que..)

b) Les administrés n'ont pas un droit à un traitement différencié

L'encadrement jurisprudentiel du principe d'égalité n'est cependant que partiellement contraignant.

La création des catégories éligibles reste en effet à la discrétion de l'administration :

- si l'autorité publique peut isoler des catégories d'usagers pour les traiter de manière différente, elle n'a en pas l'obligation. L'usager n'a donc droit à un traitement différentiel.
 - Le principe en a été rappelé par le Conseil d'Etat 28 mars 1997 Soc Baxter, (Rec. p.114, RFDA 1997, p. 450, conclusions J-C Bonichot, obs. F. Mélin-Soucramanien) à l'égard de laboratoires pharmaceutiques qui arguaient de leur situation particulière (ils avaient conclu un accord cadre avec l'Etat sur la maîtrise des dépenses de santé) pour échapper à trois nouvelles contributions sociales visant au rétablissement de l'équilibre financier de la sécurité sociale.
 - Soucieux de ne pas limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la mise en œuvre des politiques publiques, le Conseil d'Etat a affirmé fortement que « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans situations différentes doivent être soumis à des régimes différents ».

Cette approche a été confirmée dans l'affaire Société Arcelor

La prise en compte des inégalités de situation reste donc encore à la discrétion de l'administration.

- D'autres systèmes juridiques, à commencer par le droit communautaire, ont opté pour d'autres solutions.
- La jurisprudence contemporaine marque toutefois certains infléchissements.
 - L'arrêt Conseil d'Etat 10 juillet 1995 Contremoulin (Rec. p. 293) juge ainsi que le traitement différencié accordé à certains usagers doit avoir des conséquences sur l'ensemble des usagers placés dans la même situation. L'administration ne saurait donc refuser à un usager la dérogation qu'elle a légalement accordé à d'autres.

C) Le principe de l'adaptabilité des services publics.

Le principe d'adaptabilité exprime le caractère contingent de la notion de service public.

- L'administration doit toujours pouvoir adapter les prestations au mieux de l'intérêt général.
 - La loi d'adaptation, écrivait Gaston Jèze évite « une pétrification intolérable des services publics ».

Ce principe va permettre notamment d'adapter le service public à l'évolution des besoins sociaux.

Il pèse alors d'abord sur les concessionnaires de l'administration tenus de prendre en compte les attentes nouvelles des usagers ou du progrès des techniques.

- Au nom de l'adaptation nécessaire du service public, l'administration va ainsi pouvoir exiger la modification des clauses de la concession : l'augmentation par exemple des rames de tramways en service durant la période d'été pour desservir les lignes menant aux plages (Conseil d'Etat 11 mars 1910 Compagnie générale française des tramways, GAJA n°24) ;
- ou encore exiger de son concessionnaire, sous peine d'une rupture anticipée du contrat, qu'il fasse profiter les usagers des nouvelles techniques que le progrès met à sa disposition (Conseil d'Etat 10 janvier 1902 Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen : à propos du passage de l'électricité au gaz pour l'éclairage public, GAJA n°9).
- En ce sens, le principe d'adaptation qui fait profiter les usagers des progrès de la technologie moderne a pu être qualifié de « véritable loi du progrès du service public » (Marcel Waline).

Mais loi d'efficacité, le principe d'adaptation peut également se retourner contre l'usager.

- L'usager n'est pas protégé contre l'évolution des conditions d'exploitation du service

- Ainsi Les usagers ne peuvent pas non plus s'opposer aux modifications que l'administration juge utile d'apporter au fonctionnement du service public, par ex : relèvement des tarifs) à moins qu'elles compromettent le fonctionnement normal et régulier du service.
 - Le juge vérifie cependant que les mesures administratives ne rétroagissent pas notamment les mesure de relèvement des tarifs des services publics (Conseil d'Etat 1948 Société du journal l'Aurore : les nouveaux tarifs ne peuvent qu'aux consommations effectuées après leur entrée en vigueur).
- Ensuite, la recherche de la rentabilité, le souci d'éviter les gaspillages publics, la désertification rurale conduisent de plus en plus fréquemment à la suppression de certaines activités ou de certaines implantations locales du service public.

L'utilisateur ne peut ainsi venir revendiquer devant le juge ni le maintien d'une prestation qui lui était jusqu'alors servie, ni exiger de l'administration l'organisation d'un service public nouveau.

Le constat a en été fait par Duguit au début du XXe siècle. Or les choses ont depuis fort peu évolué en dépit des thèses contraires d'auteurs comme Bonnard ou Laroque.

En pratique, la suppression des prestations rendues par le service pourra correspondre à deux hypothèses fort différentes :

- La première résulte du comportement de l'utilisateur qui ne paie pas le prix du service.
 - La gratuité du service n'est pas en effet un principe général du droit des services publics.
 - S'il est admis que les services publics administratifs sont généralement financés par l'impôt, le mode de fonctionnement des services publics industriels et commerciaux implique au contraire le prélèvement d'une redevance sur l'utilisateur.
 - Le défaut de paiement conduit dès lors normalement à la rupture du contrat d'abonnement.
 - Certains mécanismes de la législation sociale (la loi sur le RMI notamment) visent à éviter le débranchement des personnes en situation de précarité.
 - Ce dispositif n'aboutit pas toutefois encore à l'affirmation d'un droit aux services publics vitaux (eau, énergie, transports) qui serait susceptible d'être revendiqué devant les tribunaux.
 - Voir cependant à l'égard du service public du logement, l'introduction dans la loi du DALO (droit au logement opposable)

Elle pourra surtout résulter encore de la décision de l'administration qui décidera de la fermeture d'une ligne de chemin de fer non rentable, de la suppression d'un bureau de poste ou d'une école dans les zones rurales, ou encore du transfert de l'activité au secteur privé.

Admis à revendiquer les prestations délivrées par le service dans les conditions prévues par les textes, l'utilisateur ne dispose en principe d'aucun moyen de droit pour s'opposer à la modification des prestations fournies par le service ou à la suppression du service. Leur seul moyen de pression est éventuellement d'ordre politique (exercice du droit de manifestation, occupation de locaux, constitution de comités d'utilisateurs) pour en appeler à la pression de l'opinion publique comme dans tout régime politique basé sur l'élection. L'utilisateur subit ainsi la loi du service : c'est la conséquence à la fois de sa situation légale et réglementaire et du principe d'adaptation qui régit le fonctionnement du service.

L'adaptation des services publics repose sur l'idée qu'il appartient à l'autorité publique de définir sous le contrôle du juge dans le cadre des textes existants non seulement les activités qui répondent à un besoin social impérieux mais aussi les modalités de leur exécution la plus efficace.

Cette appréciation relève normalement d'un choix de pure opportunité. Le Conseil constitutionnel dans sa décision sur les privatisations du 25-26 juin 1986 le rappelle ainsi « la détermination des autres activités qui doivent être érigés en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon le cas ».

L'arrêt Conseil d'Etat 27 janvier 1961 Vannier a consacré, suivant les conclusions de M. Kahn, le pouvoir de l'administration de mettre fin à tout moment au fonctionnement du service (Rec.p. 60),

Il faut encore distinguer selon que le service a été ou non créé par la loi. Le principe du parallélisme des compétences offre en effet une garantie supplémentaire aux usagers : si le service a été créé par la loi, l'administration ne pourra pas supprimer le service de sa propre initiative.

Toutefois la suppression de certaines implantations locales restera toujours possible, parce qu'elle relève du pouvoir d'organisation.

Ainsi la fermeture d'un bureau de poste ou d'une ligne de chemin de fer n'équivaut pas dans l'absolu à la suppression du service public (même si concrètement elle réduit les possibilités d'accès des usagers concernés). Le juge se borne alors à n'exercer qu'un contrôle minimum des raisons qui ont conduit l'administration à supprimer par exemple une desserte ferroviaire pour transférer le trafic sur la route (Conseil d'Etat 16 décembre 1991 Fédération nationale des associations d'usagers des transports (Rec. p. 14, note Broussolle, AJDA 1991, p.924)

Le principe d'égalité des citoyens dans l'accès au service public a toutefois amené le législateur à encadrer les décisions portant suppression des implantations locales des grands services publics nationaux. Les lois sur l'aménagement du territoire du 4 février 1995 et du 25 juin 1999 prévoient ainsi l'institution de schéma de services collectifs de nature à réaliser une répartition judicieuse des services publics sur le territoire. Il est également prévu que la suppression d'une implantation notamment dans les zones urbaines sensibles et dans les zones de revitalisation rurale doit donner lieu à une étude d'impact. Au vu des résultats, le représentant de l'Etat peut toujours s'opposer à la décision du gestionnaire. Dans ce cas, la décision définitive relève du Ministre compétent. On notera que la suppression des services d'Etat n'est pas soumise à cette procédure, qu'elle relève de la décision du Préfet qui peut choisir par exemple de regrouper l'ensemble des services de l'Etat dans des maisons de service public auxquelles pourront se joindre par convention les autres services publics.

Plus sûrement, comme le rappelle l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 mars 1977 Chambre de commerce de La Rochelle, le droit des administrés à la création ou au maintien des services publics va dépendre du caractère obligatoire du service. Des textes tendent en effet à prévoir des services publics obligatoires. Ces services publics peuvent résulter soit de la loi, soit de la Constitution.

La notion de service public obligatoire est d'utilisation plus traditionnelle dans les relations unissant l'Etat aux collectivités locales. D'origine doctrinale, elle ne figure cependant qu'exceptionnellement dans les textes. Il est cependant fréquent que la loi rende obligatoire l'exercice d'une mission déterminée par les collectivités locales. L'autorité locale n'a dans ce cas aucun pouvoir d'appréciation ni sur la création des services ni sur leur suppression.

Il faut ici cependant faire une distinction.

Certains services (l'état civil par exemple) incombent obligatoirement à l'administration locale mais ne sont pas fonctionnellement des services publics locaux : ils sont des services assumés au nom et pour le compte de l'Etat.

D'autres fois l'obligation imposée aux collectivités locales se bornera seulement à exiger une collaboration fonctionnelle (pour l'enseignement primaire, par exemple).

D'autres services obligatoires incombent en propre aux collectivités locales.

Dans ce dernier cas de figure, comment expliquer que la loi au mépris de la libre administration impose un service obligatoire ?

Deux types de préoccupations peuvent justifier l'atteinte ainsi faite au principe de libre administration des collectivités locales, interdites dès lors d'inaction : l'ordre et l'égalité.

L'ordre public explique l'obligation faite aux communes d'assurer le service de secours et de défense contre les incendies, le service des pompes funèbres, l'entretien des voies publiques, l'élimination des déchets ou encore la police municipale.

L'égalité des citoyens devant le service public explique à son tour que la plupart des compétences transférées par l'Etat aux collectivités locales depuis les lois de décentralisation correspondent à des services publics obligatoires.

La diversité des régimes existants tend cependant à faire perdre à la notion de services publics obligatoires une grande partie de sa signification : le degré d'obligation varie pour chaque compétence attribuée aux collectivités locales de la nature des prestations

assurées, de la précision des textes. Selon les matières, le préfet dispose d'une gamme plus ou moins complète de pouvoirs pouvant aller comme en matière de police jusqu'au pouvoir de substitution pour contraindre les collectivités locales à assurer leurs compétences. A défaut de saisir le préfet, les usagers trouveront devant le juge administratif les moyens de faire sanctionner la carence des autorités administratives.

La solution de l'arrêt du Conseil d'Etat Ministre de l'éducation nationale c/ M. Giraud du 27 janvier 1988 est ici transposable : la non exécution d'une mission de service public obligatoire peut constituer une illégalité fautive de nature à entraîner outre l'annulation de la décision de refus, l'engagement de la responsabilité de l'administration :

Lorsque l'administration prend la décision de supprimer un service public obligatoire, le juge n'hésite pas, comme le montrent les conclusions Massot dans l'affaire de la Chambre de commerce de La Rochelle, alors à se livrer à un contrôle approfondi des raisons qui ont guidé l'administration dans son choix (Conseil d'Etat 18 mars 1977, Chambre de commerce de La Rochelle, Rec. 153, conclusions Massot).

La suppression par l'autorité administrative d'un service public facultatif peut également être contestée devant le juge administratif. Mais ici, l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire en l'espèce. Le juge se limite à un contrôle minimum des motifs invoqués par l'administration pour justifier la suppression du service, ce qui laisse peu d'espoir aux usagers dans l'exercice de leurs recours tant l'intérêt du service est appelé en fonction de la loi d'adaptation à primer sur les droits de l'utilisateur (Conseil d'Etat 2000 Commune d'Avranches (tribunal d'instance) et Conseil d'Etat 15 Janvier 1997 Fédération nationale des associations d'usagers des transports (fermeture d'une ligne de chemins de fer),

Section 4 La notion de service public est en voie de constitutionnalisation.

La notion de « service public constitutionnel » apparaît pour la première dans la Décision du Conseil constitutionnel sur les privatisations (DC 25-26 juin 1986 . Le Conseil constitutionnel a depuis à plusieurs reprises affirmé l'existence de services exigés par la Constitution mais sa jurisprudence est ambiguë.

A. L'identification par le Conseil constitutionnel de services publics constitutionnels

La notion de service public constitutionnel s'oppose à ce que le législateur supprime ou privatise une activité exercée sous l'autorité de la puissance publique.

- Pour autant la Haute juridiction n'en donne aucune définition positive : la jurisprudence ne fournit seulement que des exemples de services publics non constitutionnels (tel que le service public du crédit, le secteur bancaire et les assurances, la télévision par voie hertzienne, le téléphone).

La notion de service public constitutionnel reste floue.

- La doctrine considère cependant que la notion de services publics constitutionnels correspond de manière certaine aux fonctions de souveraineté (défense nationale, justice, affaires étrangères, et police). Cette opinion doctrinale peut se réclamer de l'article 12 de la DDHC
 - « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée ».
- Mais la liste ne s'arrêterait pas là :
 - il est possible de déduire du Préambule de 1946 et de la liste des principes particulièrement nécessaires à notre temps l'existence des services publics constitutionnels de l'enseignement, de la santé, de la sécurité sociale et de l'aide sociale.
- Il est en effet possible de citer l'alinéa 9 du Préambule de 1946 « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ».
 - Le Conseil constitutionnel considère sur ce fondement que la loi a pu conférer le caractère de SP national
 - A ce titre, la portée de l'application de l'alinéa 9 aux grands services publics économiques (le gaz, l'électricité, le transport ferroviaire, le téléphone) reste cependant très limitée.

B. La protection constitutionnelle dépend de la manière dont le service est organisé par la loi

La jurisprudence du CC tend en effet à considérer que c'est au législateur qu'il appartient de déterminer les activités qui doivent être érigées en service public et les modalités de leur organisation.

- Ainsi le Conseil constitutionnel a estimé dans la décision France télécom du 23 juillet 1996 qu'en maintenant à France télécom constitués désormais sous la forme d'une société de droit privé à capitaux publics les missions de service public antérieurement dévolues à la personne morale de droit France télécom, le législateur avait confirmé sa qualité de service public national
- Et que seule une loi ultérieure pourrait décider du transfert de capital vers le secteur privé

En conséquence, il suffit que le législateur change les conditions d'exercice de l'activité pour pouvoir décider de sa privatisation.

- C'est exactement le raisonnement que va tenir le Conseil constitutionnel dans sa décision sur Gaz de France du 30 novembre 2006 (n°2006-543 DC) a jugé non contraire à la Constitution la loi qui autorise le transfert au secteur privé de GDF en considérant notamment que l'ouverture complète de la fourniture de gaz naturel à la concurrence opérée par la loi en application des directives communautaires sur le secteur de l'énergie faisait que GDF ne pouvait plus être regardé comme un monopole de fait ou comme un service public national.
- Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a toutefois émis une réserve d'interprétation jugeant que la privatisation ne pouvait produire ses effets avant le 1er juillet 2007, puisque c'est seulement à cette date que GDF, perdant l'exclusivité de la fourniture des ménages en application du droit communautaire cessera d'être une entreprise de service public.

Si l'on suit le Conseil Constitutionnel, on arrive à la conclusion suivante :

- . C'est au législateur qu'il appartient de déterminer les activités qui doivent être érigées en service public et les modalités de leur organisation
- Or le législateur est tenu s'agissant des services publics marchand au respect du droit de l'UE
- En conséquence, c'est dans le droit de l'UE et non dans la Constitution que se trouvent les ressorts de la protection juridique des services publics de nature industrielle ou commerciale.

La seule limite au pouvoir du législateur de privatiser comme il l'entend les activités constituées initialement sous la forme de service public paraît relever de la notion de « monopole de fait » par opposition à celle de marché concurrentiel

- Mais le Conseil constitutionnel fait une interprétation stricte de cette notion (dans un sens plus strict que le sens retenu par le Conseil de la concurrence pour définit le marché concurrentiel)
- En 2006, il a jugé que les conditions n'étaient pas remplies pour GDF
 - Le gaz est une énergie substituable
 - Le monopole de la fourniture du gaz a été supprimé par la loi
 - Il existe depuis 1946 d'autres entreprises (locales) habilitées à fournir du gaz

La privatisation d'ADP par la loi PACTE en 2019 a été l'occasion de confirmer sa jurisprudence (CC 16 mai 2019 relative à la loi PACTE)

- ADP n'est pas un monopole de fait
 - Il opère sur un marché concurrentiel (il existe d'autres aéroports concurrents : aéroports étrangers et aéroports régionaux d'intérêt national)
 - L'avion est un transport substituable à l'échelle nationale (Ligne LGV°)
- ADP n'est pas un service public national
 - ADP n'est pas un SPN dont l'existence découle de la Constitution
 - Les lois antérieures n'organisaient pas ADP en SPN :
 - Le service public aéroportuaire est partagé entre plusieurs aéroports qualifiés par la loi d'intérêt national
 - Ces autres aéroports font concurrence à ADP