

Droit administratif : action et contrôle de l'administration

Leçon 4 : Le service public

, Clotilde DEFFIGIER

, Hélène PAULIAT

Table des matières

Section 1 : La notion de service public.....	p. 2
§1 : Les caractères généraux du service public.....	p. 2
A - Une définition approximative.....	p. 2
B - Des éléments déterminants.....	p. 2
1. Le lien à une personne publique.....	p. 2
2. Le but d'intérêt général.....	p. 3
§2 : Les catégories de services publics.....	p. 3
A - La distinction française traditionnelle : service public administratif / service public industriel et commercial.....	p. 3
1. Le critère de distinction.....	p. 3
2. La relativité de la distinction.....	p. 5
B - La distinction européenne : service d'intérêt économique général / service non économique d'intérêt général.....	p. 6
1. Une distinction délicate.....	p. 6
2. Une distinction économique.....	p. 6
Section 2 : Le régime juridique du service public.....	p. 8
§1 : La gestion du service public.....	p. 8
A - La nature de la personne gestionnaire.....	p. 8
1. La gestion par une personne publique.....	p. 8
a) Le mécanisme de la régie.....	p. 8
b) La gestion par une personne publique distincte de la personne créatrice.....	p. 12
2. La gestion par une personne privée.....	p. 12
B - Les techniques de gestion.....	p. 13
§2 : Les lois du service public.....	p. 14
A - Le principe de continuité.....	p. 14
B - Le principe d'égalité.....	p. 14
C - Le principe d'adaptation constante.....	p. 15
D - Le principe de neutralité.....	p. 15

Le service public joue un rôle considérable dans la définition de certaines notions clés du droit administratif, pour identifier par exemple le contrat administratif, l'acte administratif unilatéral, la responsabilité administrative. C'est aussi une notion autonome, dont la définition et le régime juridique ont été fortement influencés, ces trente dernières années, par le droit de l'Union européenne. La leçon présente ici les éléments généraux des services publics ; pour des éléments plus complets, l'on se reportera au cours de droit des services publics.

L'on traitera de manière successive de la notion de service public puis de son régime juridique.

Section 1 : La notion de service public

Le service public présente certaines caractéristiques (§1) ; les services publics sont regroupés en catégories (§2).

§1 : Les caractères généraux du service public

La définition n'est pas toujours aisée à donner compte tenu du caractère fluctuant de ses éléments constitutifs. Mais certaines données sont déterminantes pour l'identifier.

A - Une définition approximative

Hauriou définissait le service public comme « *une organisation publique de pouvoirs, de compétences et de mœurs assumant la fonction de rendre au public, d'une façon régulière et continue, un service déterminé dans une pensée de police, au sens élevé du mot* » (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., rééd. Dalloz, 2002, p. 64).

Le service public est une activité d'intérêt général qui vise à satisfaire les besoins de la population, créée par une personne publique, prise en charge par une personne publique ou par une personne privée, effectuée au moyen de procédés partiellement dérogatoires au droit commun.

Le service public peut fournir une activité de prestation matérielle (fourniture de l'eau, de l'énergie...) ou intellectuelle (culture, enseignement) ou une activité de réglementation (réglementation de marchés). Cet élément distingue en principe le service public de l'activité de police, qui, elle, est une activité de réglementation. Cette distinction est relative, la police fournissant une prestation de sécurité. Il existerait, selon une partie de la doctrine, une troisième activité de l'administration, la régulation, empruntant ses caractères à la fois au service public et à la police.

Le législateur n'est pas en principe compétent pour créer un service public (rien dans l'article 34 de la Constitution ne permet de reconnaître la compétence du législateur) ; il crée des catégories nouvelles d'établissements publics mais c'est le pouvoir réglementaire qui crée un nouvel établissement public en charge d'un service public dans une catégorie existante. Il intervient lors des nationalisations (tout bien, toute entreprise qui a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir propriété de la collectivité, selon l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946).

B - Des éléments déterminants

Le service public relève toujours en dernier ressort d'une personne publique ; le but d'intérêt général est la caractéristique fondamentale du service public.

1. Le lien à une personne publique

C'est toujours une personne publique qui crée le service public et qui en assume la responsabilité en dernier ressort. Elle décide donc, lors de la création, de l'organisation fondamentale du service public (détermination de son mode de gestion), et des conditions essentielles de son fonctionnement.

Cette affirmation est cependant à nuancer ; il arrive que la personne publique n'intervienne qu'après coup, si l'on peut dire ; ainsi une personne privée crée une activité, l'organise, sans lien avec la personne publique. Mais cette dernière, du fait de l'intérêt général qu'elle reconnaît à cette activité, de l'utilité qu'elle lui trouve, des subventions qu'elle lui apporte, peut en faire un service public, alors même qu'elle n'en est pas à l'origine.

2. Le but d'intérêt général

Le but de tout service public est la satisfaction de l'intérêt général ; il n'en existe pas de définition car c'est une notion variable en fonction de considérations politiques, économiques, sociales. Ainsi, au début du vingtième siècle, il paraissait évident que les activités de théâtre ne pouvaient pas constituer une activité de service public, car, comme l'indiquait Hauriou, ce sont des entreprises artificielles qui exaltent les passions de l'âme. Aujourd'hui, la culture est une activité de service public et l'on ne compte plus les théâtres subventionnés...

Le principe est que toute activité prise en charge par une personne publique est présumée être une activité de service public. Une personne privée est présumée ne pas prendre en charge de service public et ce n'est que sous certaines conditions que l'on pourra admettre qu'elle gère bien ce type de mission (voir *infra*).

§2 : Les catégories de services publics

Deux grandes distinctions sont à retenir : d'une part, la distinction française très classique, qui oppose service public administratif et service public industriel et commercial ; d'autre part, la distinction européenne qui oppose, entre autres, les services d'intérêt économique général et les services non économiques d'intérêt général. Ces deux distinctions ne se recoupent que partiellement, leur fondement se distinguant nettement.

A - La distinction française traditionnelle : service public administratif / service public industriel et commercial

Le critère de distinction n'apparaît plus tout à fait pertinent aujourd'hui ; la distinction mérite ainsi d'être relativisée.

1. Le critère de distinction

La doctrine fait remonter la distinction entre les SPA et les SPIC à la décision TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain (arrêt dit du Bac d'Eloka), Rec., p. 91 ; Sirey 1924, III, p. 34, concl. Matter. Certains services publics relèveraient par nature de l'Etat ou des personnes publiques (ce serait les SPA), d'autres ne relèveraient de ces personnes publiques que de manière accidentelle car les personnes privées ne les ont pas prises en charge (ce serait les SPIC). En réalité, une telle distinction ne figure pas dans la décision, pas plus que dans les conclusions du commissaire du gouvernement Matter. Il est plus probable que le juge ait souhaité opposer dans cette affaire le service public à un service privé, l'expression de service public industriel et commercial ne figurant ni dans la décision ni dans les conclusions. Mais l'on conviendra aisément que distinguer des services publics selon qu'ils incombent par nature à une personne publique ou qu'ils lui reviennent par accident est loin d'être évident !

En l'absence de critère fiable de distinction entre les deux types de services publics, la doctrine a tenté d'imaginer des éléments de distinction (critère tiré de la commercialité ou du profit par exemple). De même,

certain ont pensé que l'on pouvait se référer à la qualification de la personne en charge du service public ; ainsi un établissement public administratif gère en principe un service public administratif et un établissement public industriel et commercial gère en principe un service public industriel et commercial ; mais, outre que ces éléments ne sont pas toujours vérifiés, tant certains établissements peuvent gérer deux services publics de nature différente, cet élément ne pourrait jouer que lorsque c'est un établissement public qui gère un service public. Or, tel n'est pas toujours le cas.

C'est donc la jurisprudence qui a contribué à forger le critère de distinction entre les deux catégories de services publics.

Le critère de distinction entre les SPA et les SPIC a été posé par les commissaires du gouvernement Laurent sur CE, 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques (Dalloz 1956, p. 759) et Bertrand sur CE, 26 janvier 1968, Dame Maron (AJDA 1968, p. 293) : dans le silence des textes, c'est-à-dire lorsqu'aucune loi ni aucun règlement n'a qualifié expressément le service public d'administratif ou d'industriel et commercial, le juge part d'une présomption d'administrativité ; tout service public est présumé administratif, mais cette présomption peut être renversée si trois conditions cumulatives sont réunies, tenant :

- à l'objet du service public : les opérations effectuées par le service pourraient être de celles qui peuvent être effectuées par des entreprises privées, et correspondent à des opérations de vente, d'achat, de production de biens ou de services ;

Exemple

ainsi présente un caractère industriel et commercial un service qui gère un entrepôt frigorifique municipal (TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand, Rec., p. 831) ;

- au mode de financement du service : si le service public bénéficie de ressources correspondant au coût réel de la prestation fournie, l'on sera en présence d'un SPIC. Cela implique que le prix demandé à l'utilisateur est proportionnel ou en tout cas en rapport avec le service qui lui est fourni. Ainsi en principe, un service public gratuit ne peut être qualifié de SPIC ;

Exemple

TC, 15 octobre 1973, Barbou, AJDA 1974, p. 94, concl. Braibant, pour un bac de transports gratuit.

Ce critère pose cependant problème, car il implique qu'un service public pourra recevoir une qualification juridique différente selon qu'il est financé par une redevance ou par un impôt ;

Exemple

ainsi en est-il du service public de ramassage des ordures ménagères : si le service est financé par une redevance correspondant au coût réel de la prestation, ce sera un SPIC (CE, Sect., Avis, 10 avril 2012, SARL Hofmiller, Rec., p. 159) ; mais s'il est financé par une taxe, un impôt, ce sera un SPA.

On voit que la distinction actuelle entre SPA et SPIC n'est guère satisfaisante puisque ce n'est pas la nature de l'activité qui apparaît déterminante à elle seule ;

- aux modalités de fonctionnement du service ; il s'agit ici du mode de gestion du service public ; est-il géré dans les mêmes conditions que pourrait l'être une entreprise privée ? Le service utilise-t-il une comptabilité privée, a-t-il recours à des effets de commerce, les personnels qu'il emploie sont-ils des salariés de droit privé ?...

Si ces trois conditions vont dans le même sens, elles orientent vers une activité de service public industriel et commercial, la présomption est renversée.

Exemple

Ainsi, par exemple, le Tribunal des conflits a confirmé que, en raison de son objet (mission de formation professionnelle) et de son mode de fonctionnement (gestion par le rectorat), le service public assuré par le GRETA est un service public administratif (TC, 12 nov. 2018, Soc. de maintenance pétrolière c/ Ministre de l'Education nationale, n° 4137), dont les litiges ressortissent à la juridiction administrative.

La Cour de cassation peut, elle aussi, être amenée à identifier la nature juridique d'un service public, mais elle ne donne pas nécessairement les critères qui fondent sa décision ;

Exemple

ainsi indique-t-elle laconiquement que « *la gestion de l'amarrage des navires dans un port de pêche ou de commerce est une mission de service public à caractère administratif* » (Cass. civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022, n° 20-21.617).

Pour certains services publics particuliers (service public de distribution d'eau), il peut arriver que le juge ne regarde que l'objet, semblant mettre en œuvre une sorte de présomption de commercialité.

Exemple

Tel a été le cas pour ce service public depuis une décision TC, 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott, n° C3413. Selon le juge, « *Considérant que le service public de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial ; qu'il en va ainsi même si, s'agissant de son organisation et de son financement, ce service est géré en régie par une commune, sans disposer d'un budget annexe, et si le prix facturé à l'utilisateur ne couvre que partiellement le coût du service ; qu'en revanche le service ne peut revêtir un caractère industriel et commercial lorsque son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'utilisateur.* »

Cette décision, confirmée régulièrement, apporte des éléments importants :

- le juge ne semble regarder que l'objet du service ; en principe, il est industriel et commercial ;
- peu importe le troisième critère ci-dessus énoncé, à savoir l'organisation et le mode de fonctionnement du service public ; il s'agit d'un SPIC même s'il est géré en régie directe, par une personne publique ;
- peu importe également le prix facturé à l'utilisateur, ce qui renvoie au deuxième critère lié au mode de financement du service ; le prix facturé à l'utilisateur ne peut couvrir que partiellement le coût du service. Cet élément est intéressant car le juge exigeait classiquement un rapport entre le prix demandé à l'utilisateur et la prestation fournie ; il devait y avoir une certaine corrélation. Tel n'est pas le cas pour ce service public ; il ne pourrait être qualifié de SPA que si le coût du service ne faisait l'objet d'aucune facturation à l'utilisateur... ceci est à mettre en relation avec les évolutions sociales actuelles, qui permettant à des collectivités et groupements, sur la base d'une expérimentation, de recourir au chèque-eau par exemple, et qui peuvent ainsi poser question au regard de la nature juridique du service et du droit applicable aux relations entre ces usagers et le service.

2. La relativité de la distinction

Cette distinction SPA/SPIC est cependant fluctuante, car les critères ne sont pas d'une rigueur parfaite : des services publics qualifiés de SPIC peuvent ensuite être considérés comme des SPA (par exemple les bacs maritimes de transports, dans la mesure où désormais le juge considère qu'ils constituent le prolongement de la voirie routière), ou bien des services publics qualifiés de SPA peuvent ensuite être qualifiés de SPIC (service extérieur des pompes funèbres, dès lors que ce service n'est plus géré sous forme de monopole mais a été ouvert à la concurrence : TC, 8 juill. 2024, n° C4314, de même que la gestion d'un crématorium). Rien n'est donc totalement figé.

Il existe une série de nuances quant au régime juridique applicable, car il faut prendre en compte non seulement la nature juridique du service public, la personne qui le gère mais aussi la personne qui est en lien avec le service, usager, agent ou tiers :

		Usager	Agent	Tiers
SPA	Géré par une personne publique	Lien de nature légale et réglementaire de droit public.	A la qualité de fonctionnaire ou contrat de droit public, quel que soit son emploi (TC, 25 mars 1996, Berkani).	- Contrat de droit public si les conditions sont remplies. - Responsabilité extra-contractuelle de droit public selon les règles classiques.
	Géré par une personne privée	Lien en principe de droit privé, mais de nature publique si le gestionnaire dispose de prérogatives de puissance publique.	Agent de droit privé.	- Contrat de droit privé, sauf si mandat. - Responsabilité : droit privé, sauf si dommage causé dans l'exercice de prérogatives de puissance publique.
SPIC	Géré par une personne publique	Privatisation globale de la relation individuelle usager/SPIC.	Privatisation globale de la relation individuelle agent/SPIC ; si le SPIC est géré par une personne publique, celui qui occupe le haut emploi de direction et le comptable s'il a la qualité de comptable public sont des agents publics.	- Contrat de droit public si critères habituels remplis. - Responsabilité extracontractuelle : en principe, droit privé sauf si ouvrage public ou prérogatives de puissance publique.
	Géré par une personne privée			- Contrat de droit privé. - Responsabilité extracontractuelle devant le juge judiciaire.

Cette distinction n'est donc pas totalement satisfaisante, mais elle est toujours mise en œuvre par le juge, même si ce dernier a recours de plus en plus souvent à la notion d'activité économique. La distinction européenne ne résout pas toutes les difficultés ; elle est, de plus, complexe.

B - La distinction européenne : service d'intérêt économique général / service non économique d'intérêt général

La distinction est délicate, mais contrairement au droit français qui fonde la distinction SPA/SPIC sur des éléments normatifs, le droit de l'Union européenne fait reposer la distinction principale sur des éléments économiques.

1. Une distinction délicate

Le droit de l'Union européenne distingue désormais les SIG (Services d'intérêt général), catégorie générique qui englobe tous les services, les SIEG (Services d'intérêt économique général, qui correspondent à des activités marchandes), les SNEIG (Services non économiques d'intérêt général, consacrés par le Traité de Lisbonne, qui, comme leur nom l'indique, ne correspondent pas à des activités marchandes mais davantage à des activités en lien avec la puissance publique), les SSIG (Services sociaux d'intérêt général). D'autres notions, transposées en droit français, existent ; tel est le cas du service universel, qui est défini comme un service minimum donné, dont la qualité est spécifiée, accessible à tout utilisateur sur l'ensemble du territoire et à un prix abordable. Le service universel est parfois considéré comme un service de base dans un environnement concurrentiel, mais la notion est évolutive ; plus les standards de qualité augmentent, plus la prestation fournie par le service universel s'améliorera.

2. Une distinction économique

L'enjeu de la distinction est de déterminer le régime juridique applicable aux services en question. En simplifiant beaucoup, les SIEG sont soumis aux règles des traités européens, en particulier celles relatives au droit de

la concurrence ; ce n'est pas le cas des services non économiques, donc non marchands, qui sont seulement soumis aux règles et principes des traités.

Une fois la distinction opérée, il est nécessaire de déterminer le régime juridique applicable au service public.

Section 2 : Le régime juridique du service public

La gestion du service public présente un intérêt évident, qui guide le droit applicable (§1). Mais la caractéristique du service public en France réside dans les lois qui lui sont applicables, ce que l'on appelle les lois du service public, qui renvoient aux principes fondamentaux des services publics.

§1 : La gestion du service public

La gestion du service public peut être le fait d'une personne publique ou d'une personne privée. Cette personne va avoir recours à diverses techniques juridiques pour gérer le service public.

A - La nature de la personne gestionnaire

Même si l'arrêt Blanco postulait que le service public devait être géré par une personne publique, les personnes privées assument de plus en plus souvent des missions d'intérêt général.

1. La gestion par une personne publique

Il existe plusieurs modalités de gestion par une personne publique.

a) Le mécanisme de la régie

La personne publique qui a créé le service public le gère elle-même directement. Cela se rencontre au niveau national, avec des ministères qui gèrent directement des services publics (le Ministère de la justice par exemple). L'Etat ne gère pratiquement plus de SPIC en régie directe.

Au niveau local, deux types de régies existent ; la régie simple (la collectivité qui crée le service le gère elle-même directement sans intermédiaire et sans aucune individualisation du service) ; les régies statutaires (décret du 23 février 2001) qui englobent la régie dotée de la seule autonomie financière (régie autonome) et la régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (régie personnalisée, qui est en réalité un établissement public local et reconnu comme tel depuis la loi du 13 août 2004).

Le tableau ci-dessous présente l'organisation et le fonctionnement des régies statutaires locales.

	Régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière (établissement public local)	Régie dotée de la seule autonomie financière
--	--	---

Administration	La régie est administrée par un Conseil d'administration, un président et un directeur (cela la rapproche d'un EP). Si la régie gère un SPA, le président est le détenteur de la fonction exécutive, il doit être membre de l'organe délibérant de la collectivité créatrice ; le directeur n'est que le chef des services administratifs. Si la régie gère un SPIC, le directeur, nommé par le président du CA, assure le fonctionnement de la régie ; il exerce la fonction exécutive sous l'autorité et le contrôle du président. Le président est un élu ; le directeur est un technicien, il est le représentant légal de la régie. Le directeur ne peut pas être membre du CA.	La régie est administrée, sous l'autorité de l'exécutif local et de l'organe délibérant, par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur (quintette). Dans les communes ou groupements de moins de 3 500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal ; la présidence du conseil d'exploitation peut être assurée par le maire ou un de ses membres. La régie est dépourvue de la personnalité morale : les autorités exécutives et délibérantes des personnes publiques locales qui créent les régies sont les seules à pouvoir prendre les décisions juridiques et financières nécessaires au bon fonctionnement du service public confié à la régie. Le pouvoir de décision réside donc essentiellement dans la personne publique créatrice de la régie.
--	--	--

Fonctionnement	Le Conseil d'administration de la régie délibère sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie (vote du budget, création d'emplois, intervention dans la conclusion des contrats et des marchés avec possibilité de délégation au directeur (si la régie gère un SPIC) ou au président (si la régie gère un SPA). Les pouvoirs reconnus aux organes exécutifs de la régie sont importants (ordonnancement des dépenses et des recettes, nomination des agents de la régie).	Le conseil d'exploitation délibère sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'organe délibérant de la collectivité ne s'est pas réservé le pouvoir de décision. Il y a donc deux organes collégiaux (organe délibérant de la collectivité et conseil d'exploitation de la régie). Si la régie gère un SPA, le décret comprend peu d'informations ; l'organe délibérant de la personne publique a un pouvoir de décision sur l'ensemble des affaires de la régie. Si la régie gère un SPIC, le décret précise les pouvoirs de l'organe délibérant de la personne publique créatrice (vote du budget, conditions de recrutement, de licenciement et de rémunération du personnel, fixation des redevances pour les usagers en tenant compte de l'exigence d'équilibre du budget...).
------------------------------	--	--

Rôle de la personne publique créatrice de la régie	Intervention de l'organe délibérant de la personne publique créatrice pour créer (fixer les statuts et la dotation initiale), supprimer et liquider la régie ; il détermine le nombre de membres du CA (pas < 3), les catégories de personnels parmi lesquels sont choisis les membres du conseil qui n'appartiennent pas à l'organe délibérant, la durée des fonctions, le mode de renouvellement. Les membres de l'organe délibérant de la collectivité ont la majorité dans le conseil. Influence donc sur le choix du président du CA et sur le choix du directeur : le président doit nommer directeur la personne désignée par l'organe délibérant de la collectivité, sur proposition de l'exécutif local ; l'exécutif de la personne publique locale peut élu président du CA de la régie. A la fin de la régie, l'actif et le passif de la régie sont repris dans les comptes de la personne publique créatrice.	La composition du conseil d'exploitation est fixée par les statuts (nombre pas < 3, majorité des sièges détenue par les représentants de la personne publique créatrice de la régie, durée de la fonction limitée par les statuts mais ne pouvant être > à celle des membres de l'organe délibérant de la collectivité créatrice). Le conseil d'exploitation dispose de peu de pouvoirs ; il est obligatoirement consulté par l'organe exécutif de la collectivité créatrice sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie. Il dispose d'un pouvoir de proposition. Il élit son président et un ou plusieurs vice-présidents. L'organe exécutif de la collectivité qui a créé la régie détient les pouvoirs essentiels (représentation légale de la régie, ordonnancement des recettes et des dépenses). Le directeur, organe exécutif de la régie, est nommé par l'exécutif de la personne publique qui a créé la régie, il assure le fonctionnement des services, prépare le budget.
--	---	---

Régime juridique	Les marchés de travaux, de transports, de fournitures conclus par une régie personnalisée sont soumis aux règles applicables aux marchés de la personne publique de rattachement. Les rémunérations dues par les usagers du SPA ou du SPIC géré par la régie sont fixées par délibération du CA. Les règles de la comptabilité publique locale s'appliquent ; mais, si la régie gère un SPIC, obligation d'équilibrer le budget et possibilité d'acquérir des participations financières.	Si la régie gère un SPA : le régime applicable sera celui du SPA géré par une personne publique. Si la régie gère un SPIC, le décret est plus précis. C'est le régime du SPIC géré par une personne publique ; règles de la comptabilité publique, mais adaptation (plan comptable). Elle dispose d'un budget annexe voté par l'organe délibérant de la collectivité créatrice, divisé en une section d'investissement et une section d'exploitation ; obligation d'équilibre.
--------------------------------	--	--

b) La gestion par une personne publique distincte de la personne créatrice

La personne publique créatrice du service public en confie la gestion à une autre personne morale de droit public : un établissement public (il est régi par les principes de spécialité, d'autonomie et de rattachement et suit en principe la nature juridique du service géré : établissement public administratif (EPA) ou établissement public industriel et commercial (EPIC)).

La gestion peut également être confiée à une autre personne publique : groupement d'intérêt public (GIP) par exemple, qui n'obéit pas exactement aux mêmes règles que l'établissement public ; il est ainsi fondé sur une convention.

2. La gestion par une personne privée

Le juge a estimé qu'une personne privée peut, même si en principe il existe une présomption en sens inverse, prendre en charge ce type d'activités ; pour identifier si une personne privée gère une mission de service public, la jurisprudence est intervenue en deux temps, proposant donc une alternative pour identifier la mission de service public au sein de l'activité des personnes privées. Si l'arrêt *Narcy* retient les critères cumulatifs de l'intérêt général de l'activité, de la remise à la personne privée de prérogatives de puissance publique et du contrôle exercé sur elle par les pouvoirs publics, l'arrêt *APREI* propose un critère alternatif en l'absence de prérogatives de puissance publique confiées à l'organisme privé :

Exemple

CE, Sect., 28 juin 1963, Narcy, Rec., p. 401 : « une personne privée peut gérer un service public si l'activité correspond à un intérêt général caractérisé, si la personne privée s'est vue remettre, pour gérer cette activité, des prérogatives de puissance publique et si la personne privée est soumise au contrôle des pouvoirs publics ; ».

CE, Sect., 22 février 2007, APREI, n° [264541](#) : « même en l'absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public, lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. On le voit, l'évolution réside dans le fait que le juge n'exige plus l'utilisation de prérogatives de puissance publique pour reconnaître une mission de service public dans l'activité de la personne privée ; ».

CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° [284736](#) : « lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut être regardée comme bénéficiant, de la part de la personne publique, de la dévolution d'une mission de service public. Son activité peut se voir reconnaître le caractère d'un service public si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et lui accorde des financements. ».

Cette possibilité est assez remarquable, puisque ce n'est pas une personne publique qui est à l'origine de l'activité ; la personne publique n'intervient qu'après coup, en quelque sorte pour décerner le label service public à l'activité en cause. Cela évoque quelque peu la notion de service public virtuel (CE, Sect., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale).

La personne privée en charge du service public peut être une association, une société... Ces différents critères sont alternatifs, mais le juge semble recourir de plus en plus fréquemment à la solution APREI, même s'il peut encore conclure à l'existence d'une mission de service public dès lors que la personne privée dispose, pour la mener à bien, de prérogatives de puissance publique, appliquant ainsi les critères de Narcy (CE, 28 sept. 2021, Fonds de garantie des dépôts et de résolution, n° [447625](#) : le fonds de garantie des dépôts et de résolution, qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration en étant doté, à cette fin, de prérogatives de puissance publique, exerce une mission de service public). Les prérogatives de puissance publique sont des éléments du régime juridique du service public et non de son identification ; ainsi c'est parce qu'une personne privée va être reconnue comme assumant une mission de service public que l'on va pouvoir lui attribuer, pour qu'elle exerce correctement cette mission, des prérogatives de puissance publique.

B - Les techniques de gestion

Une personne publique ou privée peut être habilitée par un acte législatif ou réglementaire à gérer le service public (fédérations sportives), il s'agit alors d'une habilitation unilatérale. C'est par exemple le cas pour EDF et GDF lorsqu'ils étaient des établissements publics industriels et commerciaux (avant 2004) et désormais depuis qu'ils sont des sociétés anonymes.

La personne peut aussi gérer le service public car elle a signé une convention avec la personne publique créatrice, c'était le mécanisme de la convention de délégation de service public (la notion est désormais intégrée au sein de celle de concession, compte tenu de la transposition de la directive 2014/23/UE par l'ordonnance du 29 janvier 2016 (ratifiée par la loi du 9 décembre 2016) et par le décret du 1^{er} février 2016). Ces différents textes sont désormais codifiés dans le Code de la commande publique. L'élément caractéristique de cette technique est le transfert de risque à la personne gestionnaire (voir Leçon sur le contrat).

On précisera que le service public n'est évidemment plus placé en dehors des règles de la concurrence ; dès lors que l'activité sera considérée comme une activité marchande, elle devra respecter le principe de libre concurrence. Ainsi, le juge opère une analyse en deux étapes s'agissant de l'intervention d'une personne publique sur un marché (CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° [375531](#)) :

- **La personne publique peut-elle intervenir sur un marché en prenant en charge une activité ?** Elle ne peut le faire que si son intervention s'inscrit dans la limite de ses compétences, mais également si elle justifie d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. Si tel n'est pas le cas, l'activité n'est pas une activité économique et la personne n'intervient pas sur un marché ; si tel est le cas, le juge va poursuivre son analyse.
- **Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités** telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci.

Mais l'activité de service public elle-même est soumise au droit de la concurrence (CE, Sect., 3 novembre 1997, Société Million et Marais, n° [169907](#)) ; ainsi les dispositions du Code de commerce (abus de position dominante, ententes), du Code de la consommation (clauses abusives), trouvent à s'appliquer à la délivrance de la prestation de service public.

La gestion du service public est donc le fait d'une personne publique ou d'une personne privée, selon des techniques précises. Mais, que la personne en charge du service public soit une personne publique ou une personne privée, que le service public soit un SPA ou un SPIC, les lois s'appliqueront.

§2 : Les lois du service public

La doctrine avait coutume de ne présenter que trois lois du service public (dites Lois de Rolland) : continuité, égalité, adaptation constante. Ce sont, si l'on peut dire, les lois historiques. Il en existe cependant une quatrième, qui s'est affirmée de manière autonome, la neutralité.

A - Le principe de continuité

Il a valeur constitutionnelle (CC, 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision). Il est très lié au principe de continuité de l'Etat ; il explique ainsi qu'un gouvernement démissionnaire assure la gestion des affaires courantes. Il doit être concilié avec l'exercice du droit de grève, qui, lui aussi, a valeur constitutionnelle. On le sait, le droit de grève a pendant longtemps été refusé aux fonctionnaires car l'on estimait que la continuité était de l'essence même de l'Etat et que la grève d'un fonctionnaire portait atteinte à cette continuité. Le principe est que la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public doit être assurée par le législateur ; mais, selon une jurisprudence constante (arrêt CE, Ass., 7 juill. 1950, n° 1645, Dehaene), « *En l'absence de la complète législation ainsi annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif, ou bien contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels du pays. Il appartient à l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public de fixer elle-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limitations pour les services dont l'organisation lui incombe* ». Le Conseil d'Etat a récemment précisé que, lorsque ce service est concédé, ce pouvoir appartient, sauf texte particulier, à l'autorité concédante, qui, s'agissant des concessions d'autoroutes, est l'Etat (CE, 5 avril 2022, n° [450313](#), Syndicat CGT de la société Cofiroute).

Désormais, le législateur a prévu, pour certains services publics (radio-télévision), l'existence d'un service minimum ; pour d'autres (transports), il s'agit seulement d'un service prévisible ou garanti.

Ce principe permet d'assurer le fonctionnement régulier du service public ; cela n'implique pas que le service public doive fonctionner en continu et toute la journée, mais que les horaires permettent qu'il soit accessible en fonction de sa nature.

En droit des contrats, c'est ce principe qui justifie la théorie de l'imprévision.

B - Le principe d'égalité

Il a également valeur constitutionnelle. Il était consacré sous forme de principe général du droit (CE, 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec., p. 151). Il postule que les usagers aient accès sans distinction aux prestations de services publics. Le principe est que si les usagers sont placés dans la même situation, ils doivent être traités de manière identique (obligation). S'ils ne sont pas placés dans la même situation, ils peuvent être traités de manière différente (c'est une simple possibilité en droit français, alors que c'est une obligation en droit européen). Le droit français se distingue donc sur ce point à la fois du droit de l'Union européenne et du droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; pour le droit européen, le fait de ne pas traiter de manière différente des personnes placées dans des situations différentes constitue une discrimination.

Le gestionnaire du service public peut créer des catégories différentes d'usagers s'il existe entre eux des différences de situations appréciables, si cela est la conséquence nécessaire d'une loi, ou si l'intérêt général le justifie ; ces différents critères ont été posés par l'arrêt du CE, Sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques (n° 88032).

L'idée est de tenter de rétablir une égalité réelle entre usagers et ne pas se contenter d'une égalité formelle. L'on doit attirer l'attention sur la jurisprudence récente en matière de restauration scolaire. Dans un arrêt de principe, le Conseil d'Etat a précisé la portée de la loi du 27 janvier 2017 s'agissant de l'accès aux cantines scolaires ; ce droit n'est pas absolu, mais il ne peut être remis en cause pour des motifs susceptibles d'entraîner une discrimination (situation des parents par exemple). En revanche, l'accès peut être conditionné au nombre de places effectivement disponibles, au regard de la capacité d'accueil de la cantine, des possibilités du service de restauration à fournir des repas, dès lors que ces motifs sont clairement justifiés (CE, 22 mars 2021, Commune de Besançon, n° 429361). Ces principes ont été mis en œuvre, le juge se livrant à un contrôle approfondi (CAA Nancy, 9 déc. 2021, n° 21NC00873).

C - Le principe d'adaptation constante

Il est aussi appelé principe de mutabilité et n'a pas valeur constitutionnelle. L'utilisateur n'a aucun droit acquis au maintien d'un service public ; il ne peut pas s'opposer à la modification ou à la suppression du service (CE, Sect., 27 janvier 1961, Vannier, n° 38661, Rec., p. 60, concl. Kahn). Il a droit à un fonctionnement normal du service public. Ce principe fonde l'ensemble des règles relatives à l'abrogation et au retrait des actes administratifs, même si ce régime est désormais défini par le Code des relations entre le public et l'administration ; il explique aussi les considérations relatives à la sécurité juridique : le pouvoir réglementaire est parfois obligé de prendre des mesures transitoires avant d'appliquer une réglementation nouvelle (arrêt Soc. KPMG et dispositions du CRPA). Le principe justifie aussi le pouvoir de modification unilatérale en matière de contrats.

D - Le principe de neutralité

Ce principe peut désormais être traité de manière autonome. Il peut s'agir d'un élément lié à la laïcité, mais le principe de neutralité concerne aussi les bâtiments, par exemple.

Exemple

Le principe de neutralité s'applique aux agents publics (interdiction de porter un signe d'appartenance religieuse), aux bâtiments publics (interdiction d'apposer un emblème de nature politique sur une mairie, interdiction d'installer des crèches dans les mairies ou hôtels de département au moment de Noël : CE, Ass., 9 nov. 2016, Commune de Melun, Rec., p. 462 ; interdiction d'élever une croix sur une statue de Jean-Paul II sur une place de village : CE, 25 octobre 2017, Fédération morbihannaise de la libre pensée, n° [396990](#) ; interdiction de maintenir en place une statue de la Vierge sur le domaine privé d'une commune : CE, 11 mars 2022, n° [454076](#), Commune de Saint-Pierre d'Alvey). De même, « *un blason communal, qui a pour objet de présenter sous forme emblématique des éléments caractéristiques, notamment historiques, géographiques, patrimoniaux, économiques ou sociaux d'une commune, ne peut légalement comporter d'éléments à caractère cultuel que si ceux-ci sont directement en rapport avec ces caractéristiques de la commune, sans exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse* ». En l'espèce, le blason litigieux, pris dans son ensemble, présentait sous forme emblématique des éléments caractéristiques de l'histoire et du patrimoine de la commune ; il ne manifestait donc pas la reconnaissance d'un culte et ne marquait par une préférence religieuse (CE, 15 juil. 2020, n° [423702](#)).

Depuis une série d'arrêts rendus par le Conseil d'Etat le 19 juillet 2011, il faut tenir compte de l'évolution de l'interprétation de la loi de décembre 1905 de séparation des églises et de l'Etat. Selon le juge administratif, il n'est pas interdit à une personne publique de prendre en charge certaines dépenses dès lors que celles-ci sont justifiées par un intérêt général, ne sont pas destinées à l'exercice d'un culte et font l'objet d'une convention avec l'affectataire ; ainsi une commune peut-elle financer l'entretien d'un orgue, alors même que celui-ci est placé dans une église, dès lors qu'il constitue un élément lié à des activités culturelles et touristiques de la commune, et que, si le prêtre l'utilise, une convention permette d'établir les éléments financiers de cette utilisation.

Le principe de neutralité est moins prégnant à l'égard des usagers du service public. Mais un usager ne peut pas revendiquer son appartenance à une religion pour exiger d'être soigné par une personne de même sexe que lui par exemple.

Exemple

De même, les élèves ou parents d'élèves ne peuvent exiger d'une collectivité territoriale qu'elle offre des repas de substitution le jour où la cantine propose un menu avec du porc ; à l'inverse, le principe de neutralité ne s'oppose pas à ce que la collectivité propose des menus de substitution, mais elle n'est jamais obligée de le faire (CE, 11 déc. 2020, Commune de Chalon-sur-Saône, n° [426483](#)).

La loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République a conforté l'obligation de neutralité, mais surtout de laïcité au sein des services publics. Cette loi a créé ce que l'on a appelé le *déféré-laïcité*, qui permet au préfet de saisir le juge en application de l'article L. 554-3 du Code de justice administrative (« *Lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, ou à porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics, le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué à cet effet en prononce la suspension dans les quarante-huit heures. La décision relative à la suspension est susceptible d'appel devant le Conseil d'Etat dans la quinzaine de la notification. En ce cas, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou un conseiller d'Etat délégué à cet effet statue dans un délai de quarante-huit heures* »). Cette disposition a été utilisée par le préfet de l'Isère pour déférer au Tribunal administratif la délibération du conseil municipal de Grenoble approuvant le règlement des piscines municipales de la ville autorisant le port du burkini. Saisi, le Conseil d'Etat a précisé que « *lorsqu'il prend en compte pour l'organisation du service public les convictions religieuses de certains usagers, le gestionnaire de ce service ne peut procéder à des adaptations qui porteraient atteinte à l'ordre public ou qui nuiraient au bon fonctionnement du service, notamment en ce que, par leur caractère fortement dérogoire par rapport aux règles de droit commun et sans réelle justification, elles rendraient plus difficile le respect de ces règles par les usagers ne bénéficiant pas de la dérogation ou se traduiraient par une rupture caractérisée de l'égalité de traitement des usagers, et donc méconnaîtraient l'obligation de neutralité du service public* » (CE, réf., 21 juin 2022, n° [464648](#), Commune de Grenoble).

Le juge a tenté de construire un service public en tenant compte de l'évolution de la société, mais en insistant sur les valeurs même du service public. La distinction SPA/SPIC est probablement à revoir, tant elle est imprécise et donne lieu à des solutions discutables ; mais la nouvelle distinction ne peut résider dans la simple

transposition de la distinction européenne, car elle ne correspond guère aux principes fondateurs du service public français.