MÉMENTOS

DROIT PUBLIC
SCIENCE POLITIQUE

Droit des services publics

3e édition

Joël Carbajo

DALLOZ

AVERTISSEMENT

La collection des **MÉMENTOS DALLOZ**, rédigée avec la collaboration de Professeurs aux Universités, constitue un ensemble de petits ouvrages présentant les différentes matières des nouveaux programmes : D.E.U.G., Licences, Maîtrises en Droit, ès Sciences économiques et de Gestion, ainsi que de la Capacité en Droit, sous forme d'**exposés schématiques**.

Par leur composition typographique et grâce à un jeu de caractères appropriés, les divisions et les notions essentielles sont mises en relief et frappent la mémoire visuelle du lecteur.

Sans remplacer l'enseignement dispensé, sous des formes diverses, dans les Universités, les **MÉMENTOS DALLOZ** permettent de saisir, sans difficulté, l'essentiel d'une question.

INTRODUCTION

A l'heure où la doctrine s'interroge sur la possibilité, au regard du droit communautaire, du maintien du service public à la française, la Commission européenne se veut rassurante en proposant l'inscription dans le Traité d'un nouveau domaine d'action, celui de la contribution à la promotion de services d'intérêt général qui figurerait dans l'article 3 du Traité.

Sans constituer une base juridique nouvelle, cette adjonction manifesterait la volonté de la Communauté européenne de prendre en compte les services d'intérêt général dans la définition de ses actions et l'élaboration de ses politiques.

L'article 90 ne serait pas quant à lui modifié, la Commission estimant qu'il permet en l'état d'assurer l'interaction nécessaire entre libéralisation et intérêt général (Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », O.P.O.C.E., 1996).

Déjà, dans un avis sur la réforme des traités européens du 28 février 1996, la Commission soulignait qu'au nombre des valeurs communes à toutes les sociétés européennes figurait l'accès des citoyens à des services universels ou à des services d'intérêt général contribuant aux objectifs de solidarité et d'égalité de traitement.

Soucieuse de lever d'éventuelles ambiguïtés, la Commission propose un lexique des concepts qu'elle utilise.

Les **services d'intérêt général** sont des activités de service, marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public : continuité, égalité d'accès, universalité, transparence. Les services d'intérêt général sont ainsi au service de l'ensemble de la société et donc de tous les citoyens. Il en va de même dans la Communauté du service universel.

Les **services d'intérêt économique général**, mentionnés à l'article 90 du Traité, sont des activités de service marchand, remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public. C'est le cas en particulier des services en réseaux de transport, d'énergie, de communication.

L'expression **service public** quant à elle a un double sens : tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle vise la mission d'intérêt général confiée à celui-ci. C'est dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général que des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service, la Commission précisant que le service public se distingue du secteur public. C'est à l'intérêt général, c'est-à-dire aux missions et aux conditions dans lesquelles elles sont accomplies, que s'attache la politique européenne et non au statut. Le Traité est neutre à l'égard du statut des entreprises et de leur personnel. La Communauté n'impose donc aucune privatisation (art. 222 du Traité).

Le **service universel** est quant à lui un concept développé par les institutions communautaires (on indiquera cependant que ce concept figure dans l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, modifié par la loi n° 96-659 du 25 juill. 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.R.F.* du 27 juill., p. 11384). Ce concept évolutif définit un ensemble d'exigences d'intérêt général

auxquelles devraient se soumettre, dans toute la Communauté, des services en réseau (poste et télécommunications, par exemple), afin d'assurer partout l'accès de tous à certaines prestations essentielles, de qualité et à un prix abordable. Les critères du service universel sont les suivants : égalité, continuité, adaptation, universalité ainsi que des lignes de conduite saines, transparence de gestion, de tarification, contrôle par des instances distinctes des opérateurs ; rien n'empêche les États de définir des missions d'intérêt général supplémentaires, pourvu que les moyens employés restent conformes au droit communautaire. Dans une proposition de directive adoptée le 11 septembre 1996, la Commission définit le service universel de téléphonie vocale comme étant la fourniture à des prix abordables d'une ligne téléphonique normale, d'annuaires et de services spéciaux pour les handicapés.

Il n'y aurait ainsi pas d'opposition entre concurrence et service public tel qu'il est conçu en France mais seulement la nécessité de trouver un équilibre.

Il appartient aux États membres, dans le respect de l'article 90, de définir les missions d'intérêt général, d'octroyer éventuellement des droits spéciaux ou exclusifs nécessaires pour assurer ces missions aux entreprises qui en sont chargées, de régler leur gestion et veiller le cas échéant à leur financement.

Il s'agit là d'une mise en œuvre du principe de subsidiarité. Les États sont libres d'opérer les grands choix de société, la Communauté se contentant d'apprécier la compatibilité des moyens employés avec les engagements européens.

L'article 90 du Traité ne s'applique pas aux fonctions régaliennes de l'État, ni aux activités non économiques. L'action de la Communauté à leur égard ne saurait être que complémentaire.

Il en va différemment pour les services d'intérêt économique général qui sont en principe soumis aux règles de la Communauté, y compris les monopoles.

Les fournisseurs publics ou privés des services d'intérêt général peuvent bénéficier de l'exemption des règles du Traité dans le respect du principe de proportionnalité, afin que les moyens mis en œuvre par ces fournisseurs pour satisfaire les exigences de l'intérêt général ne perturbent pas de façon disproportionnée le bon fonctionnement du marché européen et n'affectent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire.

La Cour de Justice a contribué à la définition de ce nécessaire équilibre, en admettant que des considérations telles que la rentabilité globale du service d'intérêt général ou des considérations tirées de la protection de l'environnement peuvent constituer des justifications légitimes (C.J.C.E., aff. C-320/91, 19 mai 1993, *Corbeau*, *Rec.* p. 2563 ; C.J.C.E., aff. C- 393/92, 27 avr. 1994, *Almelo*, *Rec.* p. 1508).

On aura compris que sont essentiellement visés les grands services publics nationaux organisés en réseau : poste et télécommunications, transports terrestres, maritimes, aériens, énergie, électricité, radio et télévision.

Il ne semble pas qu'il y ait d'incompatibilité radicale entre la conception française du service public et celle des institutions communautaires. Il appartient aux autorités compétentes de rechercher secteur par secteur, réseau par réseau, les adaptations que requiert l'ouverture à la concurrence. Le rapport au Premier Ministre de la Mission présidée par Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-Président du Conseil d'État, « Le service public », formule à cet égard des suggestions quant aux adaptations souhaitables (La Documentation française, collection des rapports officiels, 1996).

Il ne viendrait à l'idée de personne aujourd'hui de considérer la notion de service public comme le critère exclusif du champ d'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel judiciaire.

La notion de service public, telle qu'elle avait été systématisée par la doctrine de l'Ecole de Bordeaux, a connu des vicissitudes telles que l'on a pu mettre en doute son existence même (cf. B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.* 1950, p. 77).

Il est vrai que la pénétration du droit privé dans la gestion des services publics, qu'il s'agisse de la gestion privée à l'occasion du service public (C.E., 31 juill. 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*), de la distinction service public administratif - service public industriel et commercial (T.C., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain* ; C.E., 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*), est venue remettre en cause l'homogénéité du régime juridique des services publics.

Avec les arrêts *Caisse primaire « Aide et protection »* (C.E., 13 mai 1938) et *Magnier* (C.E., Section, 13 janv. 1961), c'est la notion elle-même qui se trouve atteinte, du fait de la remise en cause de la corrélation service public - personne publique.

La diversité du régime juridique applicable aux services publics a remplacé l'homogénéité souhaitée par l'Ecole de Bordeaux.

Pourtant la notion de service public demeure une notion centrale du droit administratif. Elle ne saurait à elle seule expliquer le champ d'application du droit administratif, mais elle y contribue de manière très importante. Le critère du service public intervient dans les notions essentielles du droit administratif : notion d'agent public, notion d'acte administratif unilatéral ou contractuel, notion de travail public, notion de domaine public. Elle est de même présente dans la détermination de la juridiction compétente en matière de responsabilité quasi délictuelle.

L'ambition des développements qui vont suivre ne peut pas être, en raison du volume réduit de cet ouvrage, d'étudier de façon exhaustive une matière aussi complexe. Plus modestement, ce mémento vise à dégager l'évolution du concept de service public lui-même (Première Partie), du régime juridique des services publics (Deuxième Partie) et des modes de gestion des services publics (Troisième Partie).

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE SERVICE PUBLIC

La célébrité de l'arrêt *Blanco* est sans doute usurpée. Il n'en reste pas moins qu'il a conduit une partie de la doctrine à voir dans le critère du service public la clef de l'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels.

Conçu comme critère, le service public a connu rapidement une crise de croissance. Aujourd'hui, le concept de service public est un concept éclaté.

CHAPITRE I. — L'APPARITION DU CONCEPT L'ÉCOLE DE BORDEAUX

On peut hésiter quant à la date d'apparition du concept de service public dans la jurisprudence. Mais son contenu même et sa fonction ont été dégagés avec une particulière netteté par l'Ecole de Bordeaux qui en a fait le critère d'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire.

Section 1. — L'apport de l'arrêt Blanco (T.C., 8 févr. 1873)

§ 1. — Son contexte.

A. — Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire.

La résistance des Parlements de l'Ancien Régime (juge judiciaire) au pouvoir royal d'une part, la volonté de ne pas créer de juridictions d'exception d'autre part, ont conduit l'Assemblée constituante à voter la loi des 16 et 24 août 1790 qui, dans son titre II, article 13, dispose : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque

manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

L'interdiction ainsi prononcée sera reprise par le décret du 16 fructidor an III : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

B. — Les raisons d'être de ce principe.

Elles sont de deux ordres essentiellement :

1° La crainte des Parlements.

L'hostilité du législateur révolutionnaire envers le pouvoir judiciaire trouve sa source dans la résistance que les Parlements avaient opposée au pouvoir royal.

2° La conception française de la séparation des pouvoirs.

Les révolutionnaires pensaient qu'il y a un lien étroit entre la séparation des pouvoirs, règle politique, et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, règle technique. L'action administrative devait échapper au contrôle du juge judiciaire sinon le pouvoir judiciaire se subordonnerait le pouvoir exécutif.

C. — Les conséquences de ce principe.

L'application du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire va, dans un premier temps, conduire au système de l'administrateur-juge, puis à la justice retenue et, enfin, à la justice déléguée.

1° L'administrateur-juge.

Le législateur révolutionnaire n'ayant pas voulu créer une juridiction spéciale pour connaître du contentieux de l'administration et ce contentieux échappant au juge judiciaire du fait de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, c'est l'administration elle-même qui va juger les litiges nés de son activité. C'est le système de l'administrateur-juge qui durera de 1790 à 1799, où l'administration est à la fois juge et partie.

2° La justice retenue.

La Constitution de l'an VIII, article 52, commence à tirer les conséquences de la séparation des autorités administrative et judiciaire et crée le Conseil d'Etat qui est à l'origine un organisme interne à l'administration.

Le Conseil d'Etat joue un double rôle :

— Il assiste le gouvernement dans la rédaction des projets de lois et de règlements d'administration publique.

— Il conseille le chef de l'exécutif en matière contentieuse, en lui proposant une solution. Il intervient alors en appel des décisions rendues par les ministres en premier ressort. Les avis ainsi rendus en matière contentieuse sont soumis à l'approbation du chef de l'exécutif, d'où la qualification de justice retenue.

3° La justice déléguée.

La loi du 24 mai 1872 fait du Conseil d'Etat une juridiction à part entière qui statue au nom du peuple français et reçoit ainsi la justice déléguée. Mais, sauf texte contraire, les ministres continuent à juger en premier ressort.

Il restera au Conseil d'Etat à parachever lui-même l'œuvre du législateur. Ce sera l'arrêt *Cadot* (C.E., 13 déc. 1889, p. 1148) par lequel le Conseil d'Etat se considère comme juge de droit commun du contentieux de l'administration, en premier et dernier ressort. L'administrateur-juge disparaît alors totalement.

Les Conseils de Préfecture, ancêtres des tribunaux administratifs, créés par la loi du 28 pluviôse an VIII, ont, quant à eux, une compétence d'attribution et relèvent du Conseil d'Etat par la voie de l'appel.

Le contentieux de l'Etat se trouvait réparti entre les deux ordres de juridiction,

— à partir, d'abord, d'une distinction entre actes de puissance publique et actes de gestion d'où il ressort que seuls les actes et opérations de puissance publique relèvent de la compétence du juge administratif (cf., Laferrière, *Traité de juridiction administrative*, tome I, 1887, p. 429),

— à partir, également, de textes divers telles la loi du 28 pluviôse an VIII attribuant au juge administratif le contentieux des travaux publics ou, encore, la loi des 17 juillet et 8 août 1790 et le décret du 26 septembre 1793 attribuant au juge administratif la compétence pour connaître de la responsabilité pécuniaire de l'Etat (théorie de l'Etat débiteur),

— le contentieux des collectivités territoriales restant, quant à lui, très largement soumis à la compétence judiciaire.

C'est dans ce contexte qu'intervient la décision du Tribunal des Conflits du 8 février 1873, **Blanco** dont la portée est parfois discutée.

§ 2. — Sa portée.

A l'occasion d'un banal accident subi par Agnès Blanco, renversée par un wagonnet de la manufacture des tabacs de la Gironde, service de l'Etat, les parents intentèrent une action en responsabilité devant le juge judiciaire.

Le Préfet de la Gironde, se fondant sur la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, dénia la compétence du juge judiciaire et fut amené à prendre un arrêté de conflit, demandant ainsi au Tribunal des Conflits de déterminer la juridiction compétente.

A. — Le contenu de l'arrêt Blanco.

Le Tribunal des Conflits décide que « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ».

B. — Les conséquences de l'arrêt Blanco.

Une grande partie de la doctrine a vu dans l'arrêt *Blanco* une décision de principe fondamentale. Elle l'est à plusieurs égards mais elle n'a sans doute pas la portée qu'on lui a prêtée au regard du critère d'application du droit administratif. Outre l'admission du principe de la responsabilité de l'Etat, on peut ramener à quatre les apports de l'arrêt *Blanco*.

1° L'abandon de la théorie dite de l'Etat débiteur.

Cette théorie se fondait sur des textes qui, largement interprétés, attribuaient compétence au juge administratif pour connaître des actions tendant à une condamnation pécuniaire de l'Etat et prenait ainsi le pas sur la distinction actes d'autorité - actes de gestion.

La jurisprudence du Conseil d'Etat avait limité l'application de cette théorie au contentieux de la responsabilité de l'Etat puissance publique (C.E., 6 déc. 1855, *Rotschild*, p. 107), de telle sorte qu'elle perdait de ce fait l'essentiel de son intérêt.

L'arrêt *Blanco* la condamne explicitement.

2° La consécration de l'autonomie du droit administratif.

En écartant l'application du droit privé pour régler les questions relatives à la responsabilité de l'Etat et en affirmant que celle-ci « n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales », l'arrêt *Blanco* consacre la spécificité du droit applicable à l'administration, ce qui sera largement remis en cause par la suite.

3° La consécration de la liaison de la compétence et du fond.

Ayant consacré l'autonomie du droit administratif, le Tribunal des Conflits affirme, en donnant compétence au juge administratif, la liaison entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable au fond du litige.

4° La formulation d'un critère nouveau d'application du droit administratif.

L'arrêt *Blanco* formule-t-il ou non un nouveau critère d'application du droit administratif et donc de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire reposant sur le concept de service public ?

Rien n'est moins sûr et ceci pour plusieurs raisons :

a) Première raison.

La doctrine contemporaine a pu démontrer que l'expression service public, utilisée par le commissaire du gouvernement David et par le Tribunal des Conflits lui-même, était utilisée comme synonyme de puissance publique, par opposition à l'Etat personne civile agissant dans les conditions du droit privé.

b) Deuxième raison.

La jurisprudence contemporaine de l'arrêt *Blanco* paraît encore se référer à la distinction actes d'autorité - actes de gestion (T.C., 2 mai 1873, *Barthélemy*, p. 370).

c) Troisième raison.

La doctrine contemporaine de l'arrêt *Blanco* ne paraît pas avoir analysé celui-ci comme une grande décision de principe. E. Laferrière, vice-président du Conseil d'Etat, dans son Traité de la juridiction administrative publié en 1887, considère que les actes visés à la loi des 16 et 24 août 1790 et au décret du 16 fructidor an III sont des actes qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique.

Le professeur Lamarque souligne à juste raison que l'arrêt *Blanco* n'est pas cité par Laferrière dans le chapitre relatif à la répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire mais uniquement dans le chapitre relatif à la responsabilité, sans que l'expression service public soit utilisée (J. Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, L.G.D.J. 1960).

En fait, ce n'est qu'au début du XX[e] siècle que le critère du service public sera valorisé et que l'arrêt *Blanco* sera considéré, *a posteriori*, comme une grande décision de principe par les partisans de l'Ecole du service public.

La jurisprudence **Compagnie d'assurances Le Soleil** (T.C., 4 juin 1910, p. 466) viendra pourtant rapidement remettre en cause la fiabilité du critère tiré du service public.

Mais, quoi qu'il en soit, l'Ecole du service public fera la fortune de l'arrêt *Blanco*.

Section 2. — **L'École du service public : le service public comme critère**

L'Ecole du service public, avec à sa tête le doyen Duguit, a voulu faire du critère du service public le critère de l'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire.

Cette doctrine va trouver dans la jurisprudence et les conclusions des commissaires du gouvernement postérieures à l'arrêt *Blanco* des éléments de nature à étayer son analyse.

C'est d'abord sur les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu à propos de l'affaire **Terrier** (C.E., 6 févr. 1903, p. 94) que l'Ecole de Bordeaux va pouvoir s'appuyer. Le principe posé par le commissaire du gouvernement Romieu est que « tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative ... Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative ».

Ce sont en l'espèce les contrats des départements qui sont incorporés dans la sphère de compétence du juge administratif, puis, ceux des communes (C.E., 4 mars 1910, **Thérond**, p. 193).

Avec la décision T.C., 29 février 1908, **Feutry** (p. 208), c'est la responsabilité quasi délictuelle des départements à l'occasion des services publics qui rentre dans la sphère de compétence administrative, bientôt suivie de celle des com-

munes (T.C., 11 avril 1908, **de Fonscolombe**, p. 448) et de celle des établissements publics (T.C., 23 mai 1908, **Jouillié**, p. 509).

Négligeant la réserve faite par Romieu en particulier lorsque l'administration est réputée agir dans les mêmes conditions que les particuliers, l'Ecole de Bordeaux va faire du critère du service public le critère exclusif de l'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire.

Dans la doctrine de l'Ecole de Bordeaux, la notion de service public désigne une activité d'intérêt général, gérée par une personne publique et soumise au droit administratif et à la compétence du juge administratif. Trois éléments donc dans cette notion :

— un élément matériel : une activité d'intérêt général,

— un élément organique : gérée par une personne publique,

— un régime juridique : le droit administratif et la compétence administrative, si tant est que l'on puisse définir une notion par son régime juridique.

Le critère du service public avait le mérite de la simplicité. Un critère unique prétendait expliquer le champ d'application du droit administratif et la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire. Il permettait par ailleurs d'unifier le contentieux de l'Etat et celui des collectivités publiques décentralisées qui échappait jusque-là largement à la compétence administrative.

Mais il fallut assez vite déchanter.

CHAPITRE II. — **LA CRISE DU CRITÈRE DU SERVICE PUBLIC**

Tel que nous venons de le formuler, le critère du service public était dès l'origine un critère imparfait. L'évolution de la jurisprudence viendra encore en limiter la portée.

Section 1. — **Les limites originelles du critère du service public**

Le commissaire du gouvernement Romieu avait lui-même marqué les limites du critère tiré du service public.

— D'une part, il réservait l'hypothèse où la personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire ordinaire, dans les conditions du droit commun, ce qui correspond à la gestion du domaine privé.

Le Conseil d'Etat continue aujourd'hui de ne pas considérer la gestion du domaine privé comme une activité de service public. Il demeure exact que le juge judiciaire est en principe compétent pour connaître de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique à l'occasion de la gestion de son domaine privé (C.E., Section, 28 nov. 1975, *Office national des Forêts c. Abamonte*, p. 601).

En revanche, les contrats relatifs à la gestion du domaine privé, à défaut de pouvoir être administratifs par leur objet c'est-à-dire la mission de service public, peuvent être administratifs par leur contenu c'est-à-dire la présence dans le contrat d'une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit privé (T.C., 17 nov. 1975, *Leclert c. Etat*, p. 800).

— D'autre part, Romieu indiquait qu'« il peut se faire que l'administration, tout en agissant ... dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier ... », c'est-à-dire dans les conditions du droit privé.

Ainsi, dès l'origine, l'équation entre service public et application du droit administratif est-elle imparfaite, ce que viendra confirmer avec netteté l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, **Société des granits porphyroïdes des Vosges** (p. 909). A propos d'un marché de fourniture, le Conseil d'Etat décide que « le marché passé entre la ville et la société était exclusif de tous travaux à exécuter par la société (il ne s'agissait donc pas d'un marché de travaux publics) et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». Le commissaire du gouvernement Blum écrivait : ... « Ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu ». La jurisprudence postérieure viendra démentir cette analyse (C.E., Section, 4 juin 1954, *Vingtain* et, du même jour, *Affortit*, p. 342 et 344).

Section 2. — **Les atteintes au concept lui-même**

Dans la théorie classique du service public, le service public est une activité d'intérêt général gérée par une personne publique. Il en résultait que toutes les activités des personnes publiques étaient des activités de service public et que toute activité de service public ne pouvait être que le fait d'une personne publique.

Là aussi, les équations devaient se révéler imparfaites.

§ 1. — Toutes les activités des personnes publiques ne sont pas des activités de service public.

Romieu lui-même considérait que la gestion par une personne publique de son domaine privé ne constituait pas une activité de service public, même si cela est parfois discuté.

Par ailleurs, le Tribunal des Conflits (décision du 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, p. 731) admettait que les associations syndicales de propriétaires présentaient les caractères essentiels des établissements publics, alors qu'elles agissent dans l'intérêt privé des propriétaires intéressés et que, de ce fait, il est contestable de voir dans leur activité une activité de service public.

§ 2. — Toutes les activités de service public ne sont pas le fait de personnes publiques.

C'est l'élément organique de la notion classique de service public qui se trouve alors remis en cause.

Le droit positif connaissait déjà une exception importante à l'équation service public — personne publique, avec la technique de la concession de service public.

Le phénomène va s'amplifier.

A. — La jurisprudence Caisse primaire « Aide et protection ».

Par l'arrêt du 13 mai 1938, **Caisse primaire « Aide et protection »** (p. 417), le Conseil d'Etat consacre une solution déjà amorcée dans l'arrêt du 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia* (p. 1212) : le fait que des organismes privés puissent se voir conférer une mission de service public.

C'est la notion même de service public qui se trouve alors atteinte dans sa composante organique. Dès lors que l'on admet que le service public peut être géré par une personne privée, les expressions service public et personne publique ne peuvent plus être utilisées comme synonymes. L'expression service public ne désigne plus qu'une activité d'intérêt général gérée, soit par une personne publique, soit par une personne privée à laquelle cette mission a été conférée selon des formes variables.

Par la suite, le phénomène sera rapidement étendu à d'autres activités.

B. — Les arrêts Monpeurt et Bouguen.

1° La controverse née des arrêts Monpeurt et Bouguen.

A propos des comités d'organisation professionnelle du régime de Vichy, le Conseil d'Etat considère que, « bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, les organismes en question sont chargés de participer à l'exécution d'un service public, et que les décisions qu'ils sont amenés à prendre dans la sphère de ces attributions, soit par voie de règlement, soit par des dispositions d'ordre individuel, constituent des actes administratifs » (C.E., 31 juill. 1942, **Monpeurt**, p. 239).

Le même raisonnement devait être conduit à propos des ordres professionnels (C.E., 2 avril 1943, **Bouguen**, p. 86).

L'affirmation contenue dans ces deux arrêts aux termes de laquelle, bien que les organismes en cause ne constituent pas des établissements publics, ils doivent néanmoins être considérés comme participant à une mission de service public, fera l'objet d'interprétations divergentes :

— pour certains, puisqu'il ne s'agit pas d'établissements publics, c'est qu'il s'agit d'organismes privés et il faut voir, dans les arrêts en cause, la confirmation de l'arrêt *Caisse primaire « Aide et protection »* précité ;

— pour d'autres, le Conseil d'Etat affirme effectivement que les organismes en cause ne sont pas des établissements publics mais il ne décide pas qu'il s'agit d'organismes privés. On doit donc voir dans ces organismes des personnes publiques innomées, c'est-à-dire des institutions publiques spécialisées différentes des établissements publics. Dès lors, c'est la postérité même de la jurisprudence *Caisse primaire « Aide et protection »* qui se trouve mise en cause.

Dès 1946 pourtant, une décision peu remarquée (C.E., Section, 28 juin 1946, **Morand**, p. 183) confirme la possibilité pour des organismes privés de participer à une mission de service public. Mais ce n'est qu'avec l'arrêt du 13 janvier 1961, **Magnier** (p. 33) que le Conseil d'Etat eut à nouveau l'occasion de réaffirmer la jurisprudence *Caisse primaire « Aide et protection »*.

La divergence doctrinale née des arrêts *Monpeurt* et *Bouguen* n'était pas close pour autant.

2° La fin de la controverse.

Il a fallu attendre l'arrêt du 7 décembre 1984, **Centre d'Etudes marines avancées** (p. 413) pour que le Conseil d'Etat tranche.

Après avoir considéré que l'Institut français du pétrole, créé sous forme d'établissement professionnel par une loi du 17 novembre 1943, ne présente pas le caractère d'un établissement public (même qualification négative que dans les arrêts *Monpeurt* et *Bouguen*), le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaitre de l'action en responsabilité dirigée contre cet organisme, au motif que le litige en cause oppose deux personnes privées.

Ainsi se trouve confortée l'analyse aux termes de laquelle, si l'institution spécialisée en cause est considérée comme n'étant pas un établissement public, c'est qu'il s'agit d'un organisme privé.

C. — Les groupements d'intérêt public.

Si la controverse née de la jurisprudence *Monpeurt* et *Bouguen* est aujourd'hui close, on peut néanmoins continuer de s'interroger sur l'existence de personnes publiques innomées. L'apparition, par voie législative, **des groupements d'intérêt public** vient en effet relancer la controverse.

Ces groupements d'intérêt public sont issus, par exemple, de :

- la loi du 15 juillet 1982 pour l'orientation et la programmation de la recherche ;
- la loi sur l'enseignement supérieur du 26 janvier 1984 ;
- la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et la promotion des activités physiques et sportives ;
- la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne ;
- la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;
- la loi du 23 juillet 1987 relative au développement du mécénat ...

A leur égard, la controverse peut s'alimenter d'un avis du Conseil d'Etat du 15 octobre 1985 (*E.D.C.E.* 1986, p. 189).

Interrogé sur le mode de création des groupements d'intérêt public, le Conseil d'Etat considère que ceux créés jusqu'alors étaient, comme le spécifie l'article 45 de la loi du 26 janvier 1984, des personnes publiques « et doivent être regardés, pour l'application de l'article 34 de la Constitution, comme assujettis aux mêmes règles que les établissements publics proprement dits. Il y a lieu d'admettre en conséquence que les groupements d'intéret public forment une catégorie de personnes morales de droit public ».

Cette analyse laisse à penser que, selon la Section de l'Intérieur du Conseil d'Etat, les groupements d'intérêt public, personnes morales de droit public, ne constituaient pas pour autant des établissements publics.

On peut s'interroger sur l'opportunité de la création d'une nouvelle catégorie de personne morale de droit public. On ne peut que constater qu'il n'existe pas d'obstacle dirimant à leur intégration dans la catégorie des établissements publics.

Quoiqu'il en soit, ce procédé de coopération entre personnes publiques et privées tend à se développer (Cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien 1995, 9e éd., n° 194).

Section 3. — Remise en cause de l'unité du régime juridique applicable aux services publics

La remise en cause de l'unité du régime juridique des services publics est, dans l'ordre chronologique, le premier phénomène venant affecter le critère du service public.

— Dès l'origine, le commissaire du gouvernement Romieu avait admis la possibilité d'une gestion privée à l'occasion du service public.

— Le phénomène de pénétration du droit privé sera rapidement accentué par la distinction service public administratif — service public industriel et commercial.

— La jurisprudence dite des services publics sociaux viendra à son tour porter atteinte à un critère déjà malmené. Elle a aujourd'hui été abandonnée.

§ 1. — La gestion privée à l'occasion du service public.

Le droit positif avait admis la gestion privée à l'occasion du service public (C.E., 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, précité).

§ 2. — L'apparition des services publics industriels et commerciaux.

La jurisprudence va accentuer, après la Première Guerre Mondiale, la brèche déjà ouverte dans l'unité du régime juridique applicable aux services publics, en admettant l'existence de services publics dits industriels et commerciaux soumis en principe à un régime dominant de droit privé.

L'hésitation est permise quant à la date de la consécration de cette notion nouvelle. On a pu faire observer que :

— l'expression service public industriel et commercial ne figure, ni dans la décision du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921, **Société commerciale de l'Ouest africain** (p. 91), habituellement considérée comme la décision de principe, ni dans les conclusions du commissaire du gouvernement Matter ;

— c'est au Conseil d'Etat que l'on devrait la paternité de cette nouveauté jurisprudentielle (C.E., 23 déc. 1921, **Société générale d'armement**, p. 1109).

Quoiqu'il en soit, l'apparition des services publics industriels et commerciaux accentue le déclin de la notion de service public comme critère d'application du droit administratif et de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire.

§ 3. — L'apparition, puis la disparition, des services publics sociaux.

La jurisprudence dite des services publics sociaux, inaugurée par la décision du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1955, **Naliato** (p. 614), confirmée par celle du 13 janvier 1958, *Demoiselle Berry* (p. 789), pouvait laisser à penser que certaines activités de service public tels les colonies de vacances, les centres aérés, les patronages ou garderies, gérées par des personnes publiques seraient, en raison de leur objet même et de leurs conditions de fonctionnement ne présentant aucune particularité les distinguant d'organismes privés similaires, soumises à un régime de droit privé.

Le Tribunal des Conflits, dans une décision du 4 juillet 1983, **Gambini c. Ville de Puteaux** (p. 540), devait mettre lui-même un terme à une jurisprudence fluctuante, en abandonnant purement et simplement la référence à la notion de service public social comme critère d'application du droit privé. Les services publics en cause doivent donc aujourd'hui être présumés services publics administratifs.

Ainsi, au terme de cette évolution jurisprudentielle, le critère du service public ne saurait-il à lui seul prétendre expliquer le champ d'application du droit

administratif et la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire, en raison du phénomène de la gestion privée des services publics dont la notion de service public industriel et commercial constitue l'aboutissement.

La notion de service public elle-même a profondément évolué :

— le service public, conçu à l'origine comme une activité d'intérêt général gérée par une personne publique et soumise au droit administratif,

— est, aujourd'hui, une activité d'intérêt général qui peut être gérée par une personne privée, même si elle est investie et contrôlée par une personne publique, et qui peut être soumise, soit au droit administratif, soit au droit privé.

Seul, finalement, l'élément matériel de la notion sort indemne de l'évolution jurisprudentielle.

CHAPITRE III. — LA QUALIFICATION « SERVICE PUBLIC » DANS LA JURISPRUDENCE CONTEMPORAINE

Dès lors qu'il n'y a pas de coïncidence exacte entre personne publique et service public, la question qui se pose est de déterminer à quelles conditions une activité peut être qualifiée activité de service public, que cette activité soit le fait d'une personne publique ou le fait d'une personne privée.

Toutes les activités des personnes publiques ne peuvent pas être qualifiées activités de service public mais tout service public relève, en dernière analyse, d'une personne publique. Mais la qualification de l'organisme gestionnaire lui-même s'avère parfois délicate.

Section 1. — Le service public dans l'activité des personnes publiques

1. Les personnes publiques ont en principe une activité de service public ; c'est d'ailleurs leur raison d'être.

2. Mais, dès l'origine, il a été admis par la jurisprudence que toutes les activités des personnes publiques ne pouvaient être qualifiées activités de service public. C'est en particulier le cas de :

— la gestion du domaine privé ; quand la personne publique gère son domaine privé, elle est réputée agir comme un propriétaire ordinaire. Il en résulte qu'un contrat relatif à la gestion de ce domaine ne pourra pas être qualifié contrat administratif par son seul objet, c'est-à-dire le fait qu'il concerne le domaine privé. Il ne pourra être qualifié contrat administratif que par son contenu, c'est-à-dire la présence de clauses exorbitantes du droit commun (T.C., 17 nov. 1975, *Leclert c. Etat*, p. 800 ; T.C., 17 oct. 1988, *Ministre de l'Economie et des Finances c. Mademoiselle Jean*, p. 493) et à condition que le contrat en cause ne soit pas qualifié contrat de droit privé par le législateur (Cf., T.C., 22 nov. 1965, *Calmette*, p. 819, à propos de baux ruraux). La responsabilité extracontractuelle à raison de la gestion du domaine privé constitue en revanche un bloc de compétence judiciaire (C.E., 28 nov. 1975, *Office national des Forêts c. Abamonte*, p. 602), à moins que le dommage ne trouve son origine dans un travail public ou un ouvrage public.

— certains établissements qualifiés établissements publics qui ne sont pas réputés gérer une activité de service public. Cf. à propos des associations syndicales de propriétaires autorisées, la décision du Tribunal des Conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, précitée, qui doit être, il est vrai, resituée dans son contexte, c'est-à-dire antérieure à l'arrêt *Caisse primaire « Aide et protection »*.

Il semblerait de même que toutes les activités d'un établissement public ne soient pas nécessairement des activités de service public, du moins si l'on en croit la rédaction du jugement du Tribunal administratif de Paris du 26 juin 1987, *René Reinhardt* (*A.J.D.A.* 1989, p. 40). A propos de l'Institut

géographique national, le Tribunal administratif considère que cet établissement public administratif exerce, outre sa mission d'intérêt général, des « activités » de nature industrielle et commerciale dans les conditions du droit commun. S'agit-il d'un établissement public à double visage ? On peut en douter dans la mesure où le juge administratif est habituellement plus explicite et précise que l'établissement en cause exerce à la fois une mission de service public administratif et une mission de service public industriel et commercial. Peut-être le juge a-t-il voulu signifier que les activités en cause ne suffisaient pas à faire de l'établissement concerné un établissement public à double visage. La rédaction de ce jugement peut en toute hypothèse laisser perplexe (Cf. *infra*, les établissements publics à double visage).

Le Tribunal des Conflits pour sa part considère que la publication et la diffusion des documents établis par l'I.G.N., « en particulier de cartes géographiques, constituent l'une des missions d'intérêt général confiées à l'Institut géographique national, indissociable de ses autres missions, et ne sauraient être regardées, du seul fait qu'elles ont notamment pour objet la vente au public, comme ayant le caractère d'activités industrielles et commerciales s'exerçant dans les conditions du droit privé » (T.C., 15 janv. 1990, *Reinhardt c. Institut géographique national*, tables p. 638).

Le même type de raisonnement est repris par le Tribunal des Conflits à propos de l'Institut national de la consommation (T.C., 23 oct. 1989, *Marescaux*, p. 296 ; T.C., 19 févr. 1990, *Espie c. Institut national de la consommation*, *A.J.D.A.* 1990, p. 468).

Section 2. — **Service public et activité des personnes privées**

Dans le silence des textes, à quelles conditions l'activité d'une personne privée peut-elle être qualifiée service public et quels sont les critères pour qualifier un organisme gestionnaire d'un service public dont la nature publique ou privée est douteuse ?

Dès lors que l'on admettait qu'une personne privée pouvait être associée à une activité de service public, se posait le problème de savoir à partir de quels critères l'activité d'une personne privée peut être qualifiée activité de service public. Question d'autant plus délicate que l'activité de certaines personnes privées concerne directement l'intérêt public (C.E., 20 déc. 1935, *Etablissements Vézia*, précité).

Le Conseil d'Etat formule à cet égard plusieurs conditions.

§ 1. — La jurisprudence Narcy.

Trois conditions peuvent être dégagées de l'arrêt *Narcy* (C.E., Section, 28 juin 1963, p. 401) :

1° Que l'activité en cause soit assurée en vue de la satisfaction d'un intérêt général (Cf. *a contrario*, C.E., 20 janv. 1971, *Ministre des Finances c. Comptoir français des produits sidérurgiques*, p. 49).

2° Que l'organisme en cause soit contrôlé par une personne publique, ce qui montre que l'adéquation service public - personne publique, si elle a été fortement atténuée, n'a pas totalement disparu.

3° Que, pour l'accomplissement de sa mission, l'organisme en cause soit doté de prérogatives de puissance publique : par exemple, monopole, pouvoir d'édicter des actes administratifs unilatéraux, ... (C.E., Section, 13 janv. 1961, *Magnier*, p. 33 ; C.E., 16 nov. 1988, *Mademoiselle Dejean*, p. 407).

Il reste que les décisions du Tribunal des Conflits du 6 novembre 1978, *Bernardi* (p. 652) et du 28 avril 1980, *Mme Girinon* (tables p. 641) paraissent admettre que l'existence de prérogatives de puissance publique n'est pas une condition nécessaire pour que l'activité gérée par un organisme privé soit qualifiée service public. Mais si l'on en croit le commissaire du gouvernement Labetoulle (conclusions sur T.C., 25 janv. 1982, *Madame Cailloux c. CONSUEL*, p. 449), les expressions activité d'intérêt général et activité de service public sont parfois utilisées comme synonymes.

Par ailleurs, comme le souligne le commissaire du gouvernement, « lorsque le caractère de service public d'une activité est évident, ou lorsque la personne privée intervient seulement en relais d'une activité gérée à titre principal par une personne publique et dont il est clair qu'elle revêt le caractère d'une activité de service public, il peut apparaître superflu de s'attacher à relever expressément l'existence de prérogatives de puissance publique ». Cela ne remet donc pas en cause le principe lui-même. En ce sens, T.C., 22 nov. 1993, *Glogowski*, *Dr. adm.* 1994, n° 26 : « Considérant que si le Groupement d'études des maladies du sein (association constituée conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901) se trouvait ainsi associé à l'exécution d'une mission de service public, il ne disposait, pour l'accomplissement de cette mission, d'aucune prérogative de puissance publique ».

§ 2. — La théorie des services publics virtuels.

La théorie des services publics virtuels paraît aujourd'hui en perte de vitesse.

Elle s'analyse comme le pouvoir conféré à la puissance publique d'ériger en *activités de service public des activités privées considérées comme d'intérêt général* et s'exerçant grâce à une autorisation d'occupation du domaine public (C.E., 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, p. 129). Ces services publics virtuels deviendraient services publics à part entière, dès lors que l'autorisation d'occupation du domaine public est assortie d'obligations de service public (C.E., 6 févr. 1948, *Société « Radio-Atlantique »*, p. 65 et, du même jour, *Compagnie carcassonnaise de transports en commun*, p. 69).

Une telle théorie peut se révéler délicate à mettre en œuvre, dans la mesure où il paraît très difficile de déterminer quelle somme d'obligations de service public est nécessaire pour qu'une activité d'intérêt général s'exerçant sur le domaine public devienne une activité de service public.

Section 3. — La qualification de l'organisme gestionnaire

Il n'y a parfois pas de doute quant au caractère de service public de l'activité gérée mais le doute surgit quant à la nature juridique de l'organisme gestionnaire.

Le problème se pose en pratique à propos d'institutions spécialisées, gestionnaires d'un service public dont les dispositions institutives, pas plus que les travaux préparatoires, ne précisent la nature juridique. Dans ces hypothèses,

l'autorité compétente n'a pas voulu ou n'a pas pensé à qualifier l'institution en cause. Le juge doit alors procéder à cette qualification ; or, il n'existe pas de critère unique, à lui seul déterminant.

§ 1. — L'absence d'un critère unique déterminant.

On peut, à partir des caractéristiques de l'établissement public, montrer qu'aucun des éléments de ces institutions publiques spécialisées n'est à lui seul déterminant.

A. — L'origine de l'institution.

Tout établissement public procède, selon les cas, d'une loi ou d'un règlement, mais la loi ou le règlement peuvent également créer des organismes privés. On notera également que les groupements d'intérêt public prévus par une loi ont une base contractuelle.

B. — L'activité de service public.

En principe, tout établissement public gère une activité de service public pour laquelle il a été créé mais les services publics sont également susceptibles d'être gérés, comme on l'a vu, par des organismes privés.

C. — L'existence d'un contrôle de tutelle.

Les établissements publics sont en principe rattachés à une collectivité territoriale dont la tutelle peut s'exercer au travers d'un pouvoir de nomination des organes dirigeants et par le biais d'un contrôle sur les actes. Mais les organismes privés gérant un service public se voient également fréquemment soumis à ces types de contrôle.

D. — L'existence de prérogatives de puissance publique.

L'existence de telles prérogatives va de pair avec la qualité d'établissement public mais elle caractérise également l'organisme privé gérant un service public qui peut se voir conférer de telles prérogatives.

Chacun des éléments pris en compte se retrouve dans un établissement public mais, pourtant, aucun d'eux n'est à lui seul déterminant et susceptible de constituer une base de qualification incontestable.

Cette absence de critère déterminant explique que le juge doive recourir à la méthode dite du faisceau d'indices.

§ 2. — La méthode du faisceau d'indices.

Cette méthode consiste à comptabiliser en quelque sorte les indices permettant de présumer que l'institution en cause est plutôt un établissement public ou plutôt une institution privée.

Les indices sont alors constitués par les différents éléments caractéristiques de l'établissement public que nous venons d'analyser : aucun d'eux n'est à lui seul déterminant mais chacun constitue un indice permettant d'aboutir à une qualification (Cf. à propos de cette méthode de raisonnement, T.C., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, précité, concernant des associations syndicales de propriétaires autorisées, qualifiées établissements publics, bien que leur mission de service public soit sujette à discussion. Cf également, les conclusions Heumann sur l'arrêt C.E., Section, 13 nov. 1959, *Navizet*, *R.D.P.* 1960, p. 1034).

La difficulté de mise en œuvre de cette méthode de raisonnement et son manque de fiabilité expliquent les hésitations des juges face à certains établissements. L'affaire du *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »* de Rennes en fournit l'illustration.

Dans cette affaire, le Tribunal administratif de Rennes (14 mars 1960, *Bourguet*) avait considéré que le Centre était un établissement public. L'affaire fut portée en appel devant le Conseil d'Etat. Le commissaire du gouvernement Ordonneau devait conclure dans le même sens mais le Conseil d'Etat, estimant qu'il y avait là une difficulté sérieuse de compétence, préféra renvoyer l'affaire au Tribunal des Conflits, en application du décret du 25 juillet 1960 (C.E., Ass. plén., 9 juin 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, p. 385, concl. Ordonneau). Le Tribunal des Conflits, quant à lui, mit fin au dilemme, en qualifiant l'organisme en cause d'établissement d'utilité publique, c'est-à-dire institution privée (T.C., 20 nov. 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, p. 879). Se fondant sur l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 1er octobre 1945 qui définit leur statut, « rapprochées des termes de l'exposé des motifs », la Haute Juridiction en déduit que « le législateur a entendu conférer à ces Centres le caractère d'établissements privés », sans pour autant convaincre. Y avait-il ou non un élément du statut permettant d'exclure, de façon incontestable, la qualification d'établissement public ? La rédaction de la décision ne permet pas de l'affirmer.

On peut penser que, dans les qualifications intervenues à partir d'une telle méthode de raisonnement, les considérations d'opportunité ne sont pas absentes et que la référence à l'intention du législateur est une clause de style qui vient tenter de masquer la part de subjectivité du juge. Les conclusions du commissaire du gouvernement Braibant illustrent ce propos quand il écrit, s'agissant des fédérations départementales de chasse, qu'il ne serait pas opportun d'en faire des établissements publics (C.E., 4 avr. 1962, *Chevassier*, *D.* 1962, p. 327, conclusions Braibant).

CHAPITRE IV. — **LA DISTINCTION SERVICE PUBLIC ADMINISTRATIF - SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL ET COMMERCIAL**

Dès lors que la jurisprudence avait admis que certains services publics, qualifiés services publics industriels et commerciaux, étaient largement régis par le droit privé et que leur contentieux relevait du juge judiciaire (décision *Société commerciale de l'Ouest africain*, arrêt *Société générale d'armement*, précités), il devenait impératif de formuler un critère de distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial, permettant de caractériser cette nouvelle catégorie.

Tout serait simple si les pouvoirs publics qualifiaient expressément les services publics qu'ils créent. Tel n'est pas toujours le cas. Parfois, les pouvoirs publics se contentent de qualifier l'organisme gestionnaire du service public, en particulier lorsqu'il s'agit d'un établissement public. Or ces qualifications se révèlent trompeuses, voire totalement erronées.

En toute hypothèse, en l'absence de qualification textuelle, il appartenait au juge de préciser les critères de la distinction service public administratif - service public industriel et commercial qu'il avait créée.

Section 1. — **Des qualifications textuelles parfois trompeuses**

La question se pose en pratique lorsque l'activité de service public est gérée par un établissement public qualifié expressément établissement public administratif ou établissement public industriel et commercial.

On pourrait penser que les établissements publics administratifs gèrent des services publics administratifs et que les établissements publics industriels et commerciaux gèrent eux des services publics industriels et commerciaux. La réalité est beaucoup plus complexe car il n'existe pas toujours de coïncidence parfaite entre le caractère de l'établissement public gestionnaire et le caractère de l'activité de service public gérée. Il peut même arriver qu'il n'y ait pas de rapport entre l'un et l'autre.

1. Les qualifications d'origine législative s'imposent au juge qui ne peut les remettre en cause totalement. Cf. :

— à propos du Service d'Exploitation industrielle des Tabacs et Allumettes, qualifié établissement public industriel et commercial par l'ordonnance du 7 janvier 1959 alors en vigueur : C.E., 12 févr. 1971, *Renard*, p. 124 ; C.E., 5 janv. 1972, *S.E.I.T.A. c. Calendini*, p. 6 ;

— à propos des offices de tourisme, qualifiés établissements publics industriels et commerciaux par la loi du 10 juillet 1964 : C.E., 16 nov. 1979, *Dhyser*, tables p. 672 ; C.E., Section, 16 déc. 1983, *Office municipal du Tourisme de la Vallée de X...*, p. 518.

2. Les qualifications réglementaires peuvent, elles, être privées d'effet, voire remises en cause purement et simplement : « alors même que l'article 1er du décret du 4 mai 1960 a conféré au centre français du commerce

extérieur un caractère industriel et commercial, ... cet organisme reste de façon prépondérante un établissement public à caractère administratif » (C.E., 4 juill. 1986, *Berger*, tables p. 564).

§ 1. — Le phénomène des établissements publics à double visage.

C'est par cette expression que l'on désigne habituellement des établissements publics qualifiés administratifs ou industriels et commerciaux par la loi, le pouvoir réglementaire, voire le juge et qui ont, à la fois, une activité de service public administratif et une activité de service public industriel et commercial.

A. — Les établissements publics administratifs à double visage.

Avant que n'intervienne la loi du 6 janvier 1986, l'Office national interprofessionnel des céréales (O.N.I.C.) était considéré par le Tribunal des Conflits comme un établissement public administratif ayant à la fois une mission de service public administratif, l'organisation et la direction du marché des céréales, et une mission de service public industriel et commercial, les opérations d'achat, de vente et de stockage dans les conditions du droit commun (T.C., 23 nov. 1959, *Société mobilière et immobilière de meunerie et autres*, p. 870 ; T.C., 14 nov. 1960, *Société Vandroy-Jaspar*, p. 867 ; T.C., 8 nov. 1982, *Préfet de Paris c. T.G.I. de Paris*, p. 460 ; T.C., 10 janv. 1983, *O.N.I.C.*, R.D.P. 1984, p. 1083 ; C.E., Ass., 20 déc. 1985, *Syndicat national des industriels de l'alimentation animale*, p. 381).

Il en va de même, par exemple, pour :

— les chambres de commerce et d'industrie, qualifiées établissements publics administratifs par le juge (C.E., Section, 25 janv. 1952, *Boglione et autres*, p. 55 ; T.C., 13 déc. 1976, *Chambre de commerce et d'industrie de Marseille*, p. 705 ; T.C., 25 janv. 1978, *Marchand*, p. 643 ; T.C., 24 févr. 1992, *Miotto*, p. 478) ; bien que la loi du 8 août 1994 ait qualifié les chambres de commerce et d'industrie d'établissements publics économiques, elles restent des établissements publics administratifs dont certains services peuvent être qualifiés industriels et commerciaux (T.C., 18 déc. 1995, *Préfet de Région Ile-de-France, Préfet de Paris et Institut de formation pour les entreprises de la région parisienne c. Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, tables, p. 700) ;

— les chambres d'agriculture, également qualifiées d'établissements publics économiques par la loi précitée (C.E., Section, 1er juill. 1960, *Assemblée permanente des Présidents des chambres d'agriculture*, p. 442) ;

— Aéroport de Paris (T.C., 13 déc. 1976, *Epoux Zaoui*, p. 706).

B. — Les établissements publics industriels et commerciaux à double visage.

Il existe également des établissements publics industriels et commerciaux exerçant à la fois des missions de service public administratif et de service public industriel et commercial.

C'est le cas, par exemple, de :

— l'Office national de la navigation (T.C., 10 févr. 1949, *Guis*, p. 590),

— l'Office national interprofessionnel des Céréales (O.N.I.C.) aujourd'hui, depuis sa transformation en établissement public industriel et commercial par la loi du 6 janvier 1986,

— le Fonds d'intervention et d'organisation des produits de la pêche maritime et de la conchyliculture (F.I.O.M.) : T.C., 12 nov. 1984, *Société Interfrost c. F.I.O.M.*, p. 450,

— le Centre national d'exploitation des océans (C.N.E.X.O.) : C.E., 7 déc. 1984, *Centre d'Etudes marines avancées*, p. 413,

— l'Office national des forêts (O.N.F.) : l'activité de protection, de conservation et de surveillance de la forêt relève de la mission de service public administratif de l'O.N.F. (T.C., 9 juin 1986, *Commune de Kintzheim (Bas-Rhin) c. O.N.F.*, tables, p. 565 ; C.E., 25 mars 1994, *Commune de Kintzheim c. O.N.F.*, p. 162) ; la gestion du domaine forestier et de l'équipement des forêts est une activité de service public industriel et commercial (C.E., 29 avr. 1994, *GIE « Groupetudebois »*, *Dr. adm.* 1994, n° 395).

C. — Les établissements publics à double visage non qualifiés.

Parfois, le juge constate la dualité des services publics gérés sans déterminer le caractère de l'établissement public gestionnaire. C'est en particulier le cas pour les ports autonomes, établissements publics de l'Etat : C.E., Section, 17 avr. 1959, *Abadie*, p. 239 ; T.C., 11 déc. 1972, *Spathis c. Port autonome de Bordeaux*, p. 950 ; C.E., 26 juin 1974, *Port autonome de Marseille*, p. 369 ; C.E., 21 oct. 1988, *S.A.R.L. Cetra c. Port autonome de Nantes Saint-Nazaire*, p. 364.

La loi elle-même consacre l'existence de ces établissements publics à double visage, telle la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Dans tous ces cas, le régime juridique applicable aux activités de l'établissement public concerné sera déterminé, non pas en fonction de la qualification éventuelle de l'établissement public mais, en fonction du caractère administratif ou industriel et commercial de l'activité de service public en cause.

§ 2. — Le cas des établissements publics à visage inversé.

L'exemple le plus connu de ce type d'établissement public est le F.O.R.M.A. (Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles), avant sa suppression par le décret du 29 janvier 1986. A son propos, le Tribunal des Conflits devait décider que, bien que créé sous forme d'établissement public industriel et commercial par le décret du 29 juillet 1961, article 1er, § 1, « il résulte des termes du paragraphe 2 dudit article que cet organisme... exerce, en réalité, une action purement administrative » (T.C., 24 juin 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires*, et du même jour, *Société « Distilleries bretonnes »*, p. 801 ; cf. également, C.E., 13 nov. 1970, *Dame Conqui*, p. 667 ; C.E., 24 avr. 1981, *F.O.R.M.A.*, p. 190).

On doit donc admettre qu'il existe des établissements publics industriels et commerciaux n'ayant pas de mission de service public industriel et commercial mais uniquement une mission de service public administratif, sans que l'on puisse affirmer cependant que la qualification industrielle et commerciale du F.O.R.M.A. ait été elle-même modifiée par le juge ; celui-ci s'est contenté en fait

de constater que ladite qualification ne correspondait pas à la réalité de l'activité qui est, elle, administrative.

Bien que le Conseil d'Etat n'ait pas été aussi catégorique, on peut penser que l'Office national interprofessionnel des vins de table (O.N.I.V.I.T.) et l'Office national interprofessionnel du bétail et des viandes (O.N.I.B.E.V.) pourraient être également rangés parmi les établissements publics à visage inversé : s'agissant de l'O.N.I.V.I.T., cf. C.E., 15 oct. 1980, *Consorts Durand*, p. 362 ; s'agissant de l'O.N.I.B.E.V., cf. C.E., 2 oct. 1981, *G.I.E. Vipal*, p. 347).

En revanche, le juge n'a pas hésité à remettre en cause la qualification elle-même du Centre français du Commerce extérieur en précisant que, si le C.F.C.E. a été créé sous la qualification d'établissement public industriel et commercial par l'article 1er du décret du 4 mai 1960, « cet organisme reste de façon prépondérante un établissement public à caractère administratif » (C.E., 4 juill. 1986, *Berger*, tables p. 564 ; C.E., 6 févr. 1987, *Maurice*, *J.C.P.* 1988, II, 20971 ; T.C., 26 oct. 1987, *C.F.C.E.*, *J.C.P.* 1988, II, 21042). Là aussi, le régime juridique applicable aux activités du C.F.C.E. est fonction, non pas de la qualification abusive donnée à l'établissement public par le décret du 4 mai 1960 mais, de la réalité de son activité.

§ 3. — Les activités accessoires de l'établissement public.

Les activités accessoires auxquelles il est fait référence ici seraient des activités qui n'entreraient pas dans le cadre de la ou des missions de service public conférées à l'établissement public.

Telle paraît être l'hypothèse dans laquelle s'est situé le Tribunal administratif de Paris dans l'affaire *René Reinhardt* (26 juin 1987, *A.J.D.A.* 1989, p. 40) dans un litige opposant l'Institut géographique national (I.G.N.), qualifié établissement public administratif par le décret n° 81-505 du 12 mai 1981, à l'un de ses agents contractuels, promoteur des ventes au service des ventes et éditions.

Le Tribunal administratif de Paris souligne que, si l'I.G.N. exerce effectivement une mission de service public administratif, « il accomplit également dans des conditions de droit commun des activités de nature industrielle et commerciale pour l'accomplissement desquelles il recourt à des actes de gestion de droit privé et emploie un personnel qui doit être réputé comme ayant un statut de droit privé ». Le Tribunal administratif considère que l'édition et la vente au public des cartes géographiques I.G.N. et autres documents font partie de ces activités.

La suite du jugement est à certains égards contestable (Cf. *infra*, p. 68) mais elle laisse à penser qu'en recherchant s'il existait dans le contrat unissant l'I.G.N. au requérant une clause exorbitante du droit commun, le T.A. n'a pas entendu se placer dans le cadre de la jurisprudence *Jalenques de Labeau* (C.E., Section, 8 mars 1957, p. 158). Aux termes de cette jurisprudence, à l'exception du directeur et du comptable s'il a la qualité de comptable public, les rapports individuels entre une personne publique et les agents du service public industriel et commercial géré, sont des rapports de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire, quand bien même le contrat comporterait des clauses exorbitantes du droit commun et quand bien même il ferait référence au statut d'agents publics (C.E., Section, 15 déc. 1967, *Level*, p. 501). On peut donc penser que le Tribunal administratif de Paris n'a pas considéré l'activité en cause comme une activité de service public.

Il est vrai cependant que, dans le considérant précédent, le T.A. constate que le requérant n'assumait aucune fonction de direction, ce qui paraît être cette fois une référence à la jurisprudence *Jalenques de Labeau*.

Malgré cette apparente contradiction, on peut penser que le T.A. n'a pas considéré que l'édition et la vente des cartes géographiques et autres documents suffisaient à faire de l'I.G.N. un établissement public à double visage ayant à la fois une mission de service public administratif et de service public industriel et commercial. Ce raisonnement du tribunal administratif de Paris a été écarté, comme nous l'avons vu, par le Tribunal des Conflits (15 janv. 1990, *Reinhardt c. Institut géographique national*, tables, p. 638) qui considère que la publication et la diffusion des cartes géographiques établies par l'I.G.N. sont inséparables de ses autres missions de service public administratif. De même, à propos de l'Institut national de la consommation, le Tribunal des Conflits a-t-il considéré que l'édition de la revue *50 millions de consommateurs* destinée à la vente au public n'est pas exercée dans des conditions qui lui conféreraient un caractère industriel ou commercial et qu'elle est étroitement intégrée aux autres activités de l'institut, lesquelles sont des activités de service public administratif (T.C., 23 oct. 1989, *Marescaux*, p. 296 ; T.C., 19 févr. 1990, *Espie c. Institut national de la consommation*, *A.J.D.A.* 1990, p. 468).

La référence à des activités de l'établissement public se retrouve également dans l'arrêt C.E., 21 oct. 1988, *S.A.R.L. Cetra* (p. 364). A propos d'un litige opposant le port autonome de Nantes Saint-Nazaire à la société requérante et relatif à un refus de vente de sable provenant de dragages effectués dans le port, le Conseil d'Etat souligne que « les ports maritimes autonomes sont des établissements publics de l'Etat qui assurent à la fois une mission de service public à caractère administratif et une activité de nature industrielle et commerciale ; que la vente de sable ressortit à cette dernière activité » qui relève de la compétence judiciaire. Là aussi l'expression service public industriel et commercial n'apparaît pas, alors qu'elle était habituellement mise en évidence dans les arrêts antérieurs relatifs aux ports autonomes, considérés depuis l'arrêt *Abadie* (C.E., Section, 17 avril 1959, p. 239) comme des établissements publics à double visage. On peut douter cependant que le Conseil d'Etat ait voulu remettre en cause cette dualité des ports autonomes bien ancrée dans la jurisprudence (cf. T.C., 11 déc. 1972, *Spathis c. Port autonome de Bordeaux*, p. 950 ; C.E., 26 juin 1974, *Port autonome de Marseille*, p. 369). Peut-être faut-il là aussi considérer que la vente de sable ne rentre pas dans l'activité de service public de l'établissement public.

Section 2. — **Les critères doctrinaux**

Plusieurs critères ont été proposés pour tenter de caractériser simplement le service public industriel et commercial. Parmi les plus importants, on peut en retenir trois :

— le service public industriel et commercial par nature,
— la commercialité,
— la réalisation de bénéfices.

§ 1. — Le service public industriel et commercial par nature.

Le commissaire du gouvernement Matter écrivait, à propos de la décision du Bac d'Eloka (T.C., 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*) : certains services « sont de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique » ... D'autres services au contraire « sont de nature privée et, s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ... ».

Ce critère, fondé sur l'objet du service, conduisait à classer les premiers dans la catégorie des services publics administratifs, les seconds dans la catégorie des services publics industriels et commerciaux. Mais, tiré exclusivement de l'objet de l'activité, ce critère ne pouvait à lui seul fonder la distinction, tant il est vrai que la conception que l'on peut avoir des missions naturelles ou accidentelles de l'Etat est à la fois éminemment politique et conjoncturelle.

§ 2. — La commercialité.

Il s'agit d'un critère proposé par M. Chavanon aux termes duquel le service public industriel et commercial se caractériserait par l'accomplissement d'actes de commerce, lesquels seraient seuls soumis au droit privé.

La jurisprudence n'a pas retenu ce critère apparemment simple, en raison notamment, semble-t-il, de la difficulté à définir avec suffisamment de précision la notion même d'acte de commerce.

Dans la pratique, le droit privé s'applique très au-delà de l'activité commerciale des services publics industriels et commerciaux (v. *infra*, Le régime juridique des S.P.I.C.).

§ 3. — La réalisation de bénéfices.

Le service public industriel et commercial se caractériserait par le fait qu'il rechercherait, outre la satisfaction de l'intérêt général, la réalisation de bénéfices.

Ce critère, proposé par Bonnard, ne correspond qu'imparfaitement à la réalité. Les exigences de l'intérêt général peuvent conduire le gestionnaire du service public industriel et commercial, en particulier quand il s'agit d'une personne publique, à renoncer à la réalisation de bénéfices et à se contenter d'équilibrer recettes et dépenses : voir article L. 322-5 du Code des communes (devenu l'article L. 2224-2 du Code général des collectivités territoriales), article qui prévoit par ailleurs différentes hypothèses où les communes sont autorisées à prendre en charge dans leur budget des dépenses au titre des services publics industriels et commerciaux. L'article 75 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (*J.O.R.F.* du 13 avr., p. 5707) est venu compléter l'article L. 2224-2 en précisant que l'alinéa premier, qui interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics industriels et commerciaux, ne s'applique pas « aux services de distribution d'eau potable et d'assainissement dans les communes de moins de 3 000 habitants et les groupements de communes composés de communes dont la population ne dépasse pas 3 000 habitants ».

La diversité des services publics industriels et commerciaux est sans doute trop importante pour qu'un critère unique puisse en rendre compte.

Section 3. — **Les critères jurisprudentiels**

Aux termes de la jurisprudence, les services publics doivent être présumés services publics administratifs. Il en résulte qu'un service public ne peut être en principe qualifié service public industriel et commercial que lorsque trois critères cumulatifs sont réunis.

Ces critères ont été dégagés par le commissaire du gouvernement Laurent dans ses conclusions sur l'affaire *Union syndicale des industries aéronautiques* (C.E., Ass. plén., 16 nov. 1956, D. 1956, p. 759 ; cf. également, conclusions Bertrand sur C.E., Section, 26 janv. 1968, *Dame Maron*, *A.J.D.A.* 1968.II.293). Ils concernent :

— l'objet de l'activité,

— le mode de financement,

— les conditions de la gestion.

§ 1. — L'objet de l'activité.

L'activité de service public industriel et commercial est une activité économique comparable à celle d'une entreprise purement privée, c'est-à-dire une activité tournée vers l'achat, la vente, la production de biens ou de services. Cet élément n'est évidemment pas à lui seul déterminant pour retenir la qualification service public industriel et commercial mais il peut permettre d'affirmer que certaines activités ne peuvent pas être qualifiées services publics industriels et commerciaux. Ainsi, une caisse de crédit municipal, « établissement public d'aide sociale est-elle chargée d'un service public qui, ayant pour objet de combattre l'usure par l'octroi désintéressé de prêts sur gage et par d'autres procédés charitables, est exclusif de tout caractère industriel ou commercial » (T.C., 15 janv. 1979, *Caisse de crédit municipal c. Creus*, tables p. 658).

§ 2. — Le critère du financement.

Cet élément permet de mieux cerner la notion qui nous intéresse car il est moins aléatoire.

L'activité de service public industriel et commercial se caractérise par le fait qu'elle est financée, au moins à titre principal, par les redevances que versent les usagers à l'occasion du service rendu (T.C., 19 déc. 1988, *Ville de Cannes c. Ponce*, p. 497). La qualification service public industriel et commercial suppose donc qu'il existe une certaine équivalence entre le coût de la prestation fournie et le prix acquitté par l'usager.

Il en résulte que, si l'activité du service public est financée pour l'essentiel par des ressources fiscales ou des subventions, la qualification service public industriel et commercial ne pourra être retenue. Cf. :

— C.E., Ass. plén., 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, p. 434, où la qualification service public administratif est retenue car

le service tirait la plus grande partie de ses ressources d'une redevance de nature parafiscale ;

— également, T.C., 28 mai 1979, *Syndicat d'aménagement de la ville nouvelle de Cergy-Pontoise*, tables p. 658, à propos d'un service d'enlèvement des ordures ménagères uniquement financé par le produit d'une taxe communale ;

— ou encore, T.C., 13 févr. 1984, *Commune de Pointe-à-Pitre*, p. 536, à propos d'un service de ramassage et de traitement des ordures ménagères financé par un prélèvement imposé à l'ensemble des abonnés du service des eaux et assis sur le volume de la consommation d'eau ;

— enfin, T.C., 25 avril 1994, *Syndicat mixte d'équipement de Marseille, Dr. adm.* 1994, n° 396, à propos du Centre portuaire d'accueil routier réalisé par le Syndicat mixte d'équipement de Marseille, lui-même créé par la ville et la chambre de commerce de Marseille. Le Tribunal des Conflits constate que le financement tant du Syndicat mixte d'équipement de Marseille que du centre portuaire d'accueil routier, qui ne constitue pas un organisme autonome, est assuré pour une part prépondérante par des subventions de la ville et de la chambre de commerce. La Haute Juridiction en conclut que, « compte tenu des conditions de fonctionnement et des modalités de financement du centre portuaire d'accueil routier, le litige ne peut être regardé comme mettant en cause les relations d'un établissement public industriel et commercial avec ses usagers ».

Ainsi un même type d'activité peut-il être rangé, tantôt dans la catégorie service public administratif, tantôt dans la catégorie service public industriel et commercial, selon l'origine de son financement : le service public d'enlèvement des ordures, déchets et résidus est un service public administratif, lorsqu'il est financé par la taxe d'enlèvement des ordures ménagères et un service public industriel et commercial, lorsqu'il est financé par la redevance mentionnée, à l'époque, à l'article L. 233-78 du Code des communes et calculée en fonction de l'importance du service rendu (C.E., Sect., avis du 10 avr. 1992, *S.A.R.L. Hofmiller, Dr. adm.* 1992, n° 234).

Certaines décisions du Tribunal des Conflits paraissent écarter le critère du financement comme critère de qualification du service public industriel et commercial : T.C., 19 févr. 1990, *Thomas c. Commune de Francazal, A.J.D.A.* 1990, p. 558 où, à propos du service communal de distribution d'eau, le Tribunal des Conflits considère « qu'eu égard à son objet et aux conditions de son fonctionnement le service de distribution d'eau exploité en régie par la commune de Francazal présente le caractère d'un service public industriel et commercial, bien que la somme mise annuellement à la charge de chacun des titulaires d'une police d'abonnement ait un caractère forfaitaire et soit inférieure au coût réel du service ». Cf. également, 14 mai 1990, *Epoux Laperrouze et M.A.I.F. c. Communauté urbaine de Lyon et G.A.N.*, p. 393 et T.C., 22 juin 1992, *Berger, Dr. adm.* 1992, n° 444 à propos des services de distribution de l'eau et de l'électricité.

Cette jurisprudence apparaît surprenante. L'une des explications proposées est de considérer que le titre VII du Livre III du Code des communes fixant les dispositions particulières à certains services publics industriels et commerciaux, traitait dans son chapitre I de l'eau (cf., aujourd'hui, article L. 2224-5 du Code général des collectivités territoriales). On notera que l'avis du Conseil d'Etat du 10 avril 1992 précité, évoquant la possibilité pour les communes, leurs groupements ou les établissements publics locaux d'opter pour l'assujettissement à la T.V.A., souligne que cette faculté est ouverte notamment en ce qui concerne les opérations relatives à des services publics industriels et commerciaux tels que la fourniture de l'eau et l'assainissement, ce qui tendrait à faire du service public de distribution de l'eau un service public industriel et commercial par détermination de la loi à l'instar du service public de l'assainissement (T.C., 2 déc. 1991,

S.A. de Molitg-les-Bains, p. 480). L'article L. 2224-2 du Code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction telle qu'elle résulte de l'article 75 de la loi du 12 avril 1996 précitée, pourrait confirmer une telle analyse. L'arrêt *Verdier* (C.E., 7 mai 1982, tables p. 554), considérant que le paiement par l'usager d'un unique versement lors du branchement au réseau municipal s'opposait à ce que la régie des eaux présente un caractère industriel et commercial, devrait alors être analysé comme un cas d'espèce.

§ 3. — Les conditions de la gestion.

La qualification service public industriel et commercial suppose des modalités de gestion comparables à celles d'une entreprise purement privée similaire : gestion selon les usages du commerce, recherche de l'équilibre financier. Il faut en particulier que les conditions de la gestion n'excluent pas *a priori* la rentabilité du service. Ainsi ne pourra pas être qualifié service public industriel et commercial un service public gratuit (C.E., 26 juill. 1930, *Benoit*, p. 840) ou un service public fonctionnant à prix coûtant, à l'exclusion de tout bénéfice (C.E., Section, 30 juin 1950, *Ministre des Travaux publics c. Société Merrienne frères et autres*, p. 408).

C'est sans doute les conditions de fonctionnement des P.T.T. qui conduisirent à qualifier ce service de service public administratif (T.C., 24 juin 1968, *Consorts Ursot*, p. 798), alors même que les redevances téléphoniques et les timbres postaux n'ont pas un caractère fiscal. Aujourd'hui, la Poste et les Télécommunications sont devenues des services publics industriels et commerciaux (loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, *J.O.* 8 juill., p. 8069). La loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 (*J.O.R.F.* du 27 juill., p. 11398) transforme, à dater du 31 décembre 1996, la personne publique France Télécom en entreprise nationale dont l'État détiendra plus de la moitié du capital social.

On notera que l'existence d'un monopole légal n'exclut pas la qualification service public industriel et commercial :

— T.C., 22 févr. 1960, *Société Pétronaphte*, p. 857, à propos du service public d'assurances fluviales contre les risques de guerre ;

— C.E., 9 janv. 1981, *Ministre de l'Economie c. Bouvet*, p. 4, concernant le service public des Monnaies et Médailles considéré comme un service public industriel et commercial. Cf. également T.C., 4 juill. 1991, *Mme Pillard*, p. 469.

Cette qualification n'est pas non plus exclue par le fait que le service public est exploité en régie :

— T.C., 19 févr. 1990, *Thomas c. commune de Francazal*, tables p. 643 ; T.C., 14 mai 1990, *Epoux Laperrouze et M.A.I.F. c. Communauté urbaine de Lyon et G.A.N.*, p. 393 : le service de distribution d'eau, alors même qu'il est exploité en régie par la Communauté urbaine de Lyon, présente le caractère d'un service public industriel et commercial ;

— C.E., Sect., avis du 10 avril 1992, *S.A.R.L. Hofmiller, Dr. adm.* 1992, n° 234, à propos du service d'enlèvement des ordures ménagères, lorsqu'il est financé par la redevance mentionnée à l'article L. 233-78 du Code des communes, devenu l'article L. 2333-76 du Code général des collectivités territoriales.

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS

Quelle est l'autorité compétente pour créer un service public et, éventuellement, le faire disparaître ? Quels principes régissent le fonctionnement des services publics et quel est le juge compétent pour connaître du contentieux né de leur activité ?

Telles sont les questions qui feront l'objet de ces développements.

CHAPITRE I. — LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS ET LEUR SUPPRESSION

La création d'une activité de service public implique l'intervention d'une personne publique, soit que le service public soit créé de toutes pièces ou qu'il résulte de la transformation d'une activité préexistante.

Section 1. — L'autorité compétente pour créer le service public

1. Avant la Constitution du 4 octobre 1958, il était admis que la création d'un service public national ne pouvait intervenir que du fait du législateur, soit que la loi crée elle-même le service public, soit qu'elle autorise sa création par l'autorité administrative, toute création de service public se traduisant par une limitation des libertés individuelles.

2. Depuis 1958, le législateur ayant une compétence d'attribution, la création des services publics ne figure pas en tant que telle dans la compétence que la Constitution confère au législateur.

Néanmoins, on peut considérer que la compétence législative demeure, dans la mesure où la Constitution réserve au législateur des compétences qui recouvrent le pouvoir de créer des services publics. Ainsi en va-t-il de la :

— compétence du législateur pour créer de nouvelles catégories d'établissements publics,

— compétence pour nationaliser des entreprises privées, ce qui peut être un mode de création de services publics,

— auxquelles s'ajoutent des compétences plus ponctuelles intéressant de grands services publics tels la Justice, la Défense nationale, l'Enseignement, la Sécurité sociale.

Plus généralement, le Préambule, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 34 de la Constitution placent l'exercice des libertés sous la protection du législateur.

On peut donc considérer que, comme auparavant, l'autorité administrative ne peut créer de services publics qu'en vertu d'une loi.

Mais le législateur lui-même doit respecter :

— les règles de valeur constitutionnelle et, en particulier, la liberté d'entreprendre à laquelle il ne peut porter une atteinte abusive ou arbitraire (Cons. const., 16 janv. 1982, Loi de nationalisation, p. 18),

— et la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la loi des 2 et 17 mars 1791 qui régit chaque type d'activité et qui signifie la libre concurrence, c'est-à-dire le droit de concurrencer l'activité d'autrui en courant les mêmes risques.

Section 2. — **La création de services publics locaux concurrençant l'initiative privée**

C'est aujourd'hui la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat qui détermine la compétence des autorités locales en matière de création de services publics. Mais la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat n'est pas remise en cause.

Les services publics en cause peuvent être administratifs ou industriels et commerciaux. Leur création pose problème au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où ils sont par leur objet de nature à concurrencer l'initiative privée. Le Conseil d'Etat, se fondant sur la liberté du commerce et de l'industrie, limite la création de services publics locaux de nature à concurrencer l'initiative privée, d'abord, parce que la libre concurrence suppose que les acteurs économiques courent les mêmes risques, ensuite, parce que, en créant ces services publics, les collectivités locales courent un risque financier.

Ces considérations expliquent que, dans un premier temps, le Conseil d'Etat se soit montré très réticent, avant d'assouplir considérablement ses exigences, même si les conditions qu'il formule ne sont pas en principe remises en cause.

§ 1. — Le principe d'interdiction.

Le principe a été formulé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 mars 1901, *Casanova* (p. 333), rendu à propos de la création par une commune d'un service de médecine communal. Le Conseil d'Etat a annulé la délibération du conseil municipal, au motif que les communes ne sont habilitées à créer un tel service qu'en présence de circonstances exceptionnelles, pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés. Or, « aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmetto, où exerçaient deux médecins ». Ainsi le principe d'interdiction des services publics locaux ne pouvait-il être levé qu'en présence de circonstances exceptionnelles nées de la carence de l'initiative privée.

Cette jurisprudence restrictive devait être pratiquement maintenue, malgré les décrets-lois Poincaré du 5 novembre et 28 décembre 1926 ; ce dernier, notamment, disposait que les communes pouvaient être autorisées « à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial » et précisait que « sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées ... par application de la loi du 2-17 mars 1791 ».

Le Conseil d'Etat considèrera en effet que ces textes n'ont eu ni pour objet, ni pour effet, d'étendre les compétences en matière de création de services publics communaux que les conseils municipaux tenaient de la législation antérieure. Le Conseil d'Etat réaffirme ainsi que les activités commerciales « restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public le justifie » (C.E., Section, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, p. 583).

Au-delà d'une différence de terminologie, on peut voir dans cette dernière décision la confirmation de la position arrêtée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Casanova*. Dans l'une et l'autre décision, les circonstances qualifiées exceptionnelles ou particulières résultent d'une carence de l'initiative privée face à un besoin de la population.

Dans ce contexte libéral, la création d'un service public local n'est donc en principe légale qu'à la condition que ledit service public ne vienne pas concurrencer une initiative privée réputée suffisante face aux besoins de la population et le phénomène dit du socialisme municipal, inauguré par les décrets-lois Poincaré, ne remet pas en cause ce principe.

La jurisprudence connaîtra par la suite quelques assouplissements, sans que le principe posé par l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* soit fondamentalement remis en cause.

§ 2. — Les assouplissements du principe.

Ces assouplissements vont concerner :

— les conditions du maintien de services publics existants,
— l'intérêt public exigé,
— la carence nécessaire de l'initiative privée,
— les activités annexes à un service public administratif principal,
— ainsi que les cas où la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être utilement invoquée.

A. — Quant au maintien de services publics existants.

Le Conseil d'Etat va admettre qu'une boucherie municipale dont la création avait été justifiée par des circonstances particulières, puisse poursuivre son activité, alors même que les circonstances particulières auraient disparu, ceci afin de permettre à la commune d'amortir ses investissements (C.E., 23 juin 1933, *Lavabre*, p. 677) ; dans le même sens, à propos d'un cinéma municipal, C.E., 12 nov. 1938, *Goldberg et Lichtenberg*, p. 822.

Le Conseil d'Etat ira même jusqu'à admettre le maintien d'une boucherie municipale, contre l'avis de son commissaire du gouvernement, au motif

que l'existence de cette boucherie permettait d'assurer une régulation des prix d'une denrée de première nécessité (C.E., 24 nov. 1933, *Zénard*, p. 1100).

B. — Quant à l'exigence d'un intérêt public.

Les besoins légitimes à satisfaire sont conçus de façon élargie. Cela va des fournitures funéraires (C.E., 4 juin 1954, *Dame Berthod*, p. 335), en passant par la création d'activités théâtrales de qualité (C.E., Section, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, p. 363) ou la création d'un camping municipal (C.E., Section 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*, p. 231), à celle d'un café-hôtel-restaurant municipal (T.A. Clermont-Ferrand, 21 oct. 1983, *Tay*, *A.J.D.A.* 1984, p. 166) ou la construction d'un bâtiment destiné à abriter un bar-restaurant loué par la commune à un exploitant (C.E., 25 juill. 1986, *Commune de Mercoeur*, *D.A.* 1986, n° 489).

Au lendemain de la loi du 2 mars 1982 (relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions) qui réaffirme le principe de la liberté du commerce et de l'industrie face aux interventions des collectivités territoriales, le Conseil d'Etat, à propos d'un service public départemental d'assurances, confirme avec une particulière netteté les principes de base de sa jurisprudence : « il peut appartenir **exceptionnellement** aux administrations locales d'intervenir pour la satisfaction des **besoins essentiels** de la collectivité en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée » (C.E., 4 juill. 1984, *Département de la Meuse c. M. Poilera et autres*, *R.F.D.A.* 1985, p. 58).

C. — Quant à la carence de l'initiative privée.

La carence de l'initiative privée peut s'apprécier aussi bien d'un point de vue quantitatif que qualitatif.

Ainsi, dans l'affaire *Ville de Nanterre* (C.E., 20 nov. 1964, p. 562), la création par une commune d'un cabinet dentaire municipal ouvert à l'ensemble de la population, a été considérée comme légale. La carence de l'initiative privée provenait à la fois de l'insuffisance du nombre de praticiens et des tarifs pratiqués qui étaient pour la plupart supérieurs aux tarifs de responsabilité de la sécurité sociale.

Dans l'affaire *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie* (C.E., Section, 12 juin 1959, précité), la création d'un théâtre municipal visait à mettre, pendant les mois d'été et pour un prix modique, à la disposition de la population de larges possibilités de distraction en plein air ; le Conseil d'Etat a considéré cette création comme correspondant à un besoin de la population qui n'était pas satisfait par l'initiative privée.

Dans l'affaire *Léoni* (C.E., 21 janv. 1944, p. 26), est considérée comme légale la création d'un théâtre municipal en vue 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.

D. — Quant aux activités en cause.

1° Activités annexes à un service public administratif principal.

On constate là aussi un assouplissement des conditions requises pour la création d'un service public accessoire à un service public principal : par exemple, création d'un restaurant dans le cadre du service public de l'aide aux indigents (C.E., 19 févr. 1943, *Ricordel*, p. 43).

La création d'une station-service et la location d'emplacements pour une durée dépassant le simple stationnement dans un parc public de stationnement constituent, pour la première, une condition normale de la fréquentation du parc de stationnement et, pour la seconde, un comportement normal et nécessaire. A aucun moment, le Conseil d'Etat ne recherche si l'initiative privée était ou non suffisante. Seul l'intérêt de la bonne circulation est évoqué (C.E., Section, 18 déc. 1959, *Delansorme et autres*, p. 692).

Cf. également, C.E., 4 juill. 1973, *Syndicat national des entreprises de diffusion*, p. 462, à propos de la distribution par la poste d'imprimés sans adresse, de prospectus et autres, considérée comme un complément normal du service public administratif de la poste, ce que confirme expressément la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

Ou encore, C.E., 10 févr. 1988, *Mezy*, p. 52, à propos d'une commune ayant ajouté des opérations de thanatopraxie aux autres activités du service municipal de pompes funèbres.

2° Activités affranchies du respect de la liberté du commerce et de l'industrie.

Dans certaines hypothèses, la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être utilement invoquée.

— C'est le cas, tout d'abord, quand la personne publique crée une activité visant à satisfaire, par ses moyens propres, ses besoins (C.E., 29 avr. 1970, *Unipain*, p. 280).

— C'est le cas également lorsque le service public utilise une dépendance du domaine public. La personne publique peut alors, en vue de la meilleure utilisation du domaine public, placer le service public dans une situation de monopole (C.E., Ass., 16 nov. 1956, *Société Desaveines*, p. 440).

— C'est le cas enfin quand le service public en cause paraît correspondre, par sa nature même, aux missions normales de la collectivité en cause, par exemple en matière de :

• hygiène et salubrité publiques (C.E., 12 juill. 1939, *Chambre syndicale des maîtres-buandiers de Saint-Etienne*, p. 478),

• création d'équipements sportifs : « en décidant ... la réalisation d'un bassin de plein air et d'un bassin couvert avec éventuellement un bassin école, le Conseil municipal de Fontainebleau a entendu améliorer l'équipement en piscines de ladite ville ; que, ce faisant, il n'a fait qu'user des pouvoirs dont il dispose en vue d'un objet conforme à sa mission ; que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut faire obstacle à une intervention municipale en ce domaine » (C.E., Section, 23 juin 1972, *Société La Plage de la Forêt*, p. 477).

• logement : C.E., 27 oct. 1971, *Demoiselle Degraix et autres*, p. 632 : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne saurait faire obstacle à ce qu'une commune prenne les initiatives nécessaires pour pourvoir aux besoins en logement de la population.

• renseignements juridiques : C.E., Section, 23 déc. 1970, *Préfet du Val-d'Oise et ministre de l'Intérieur c. Commune de Montmagny*, p. 788. Pour ne pas être aussi explicite, cet arrêt paraît également s'inscrire dans cette logique jurisprudentielle, en décidant qu'un service public gratuit de renseignements et d'orientation juridiques n'est pas de nature à porter illégalement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui revient à dire que la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être utilement invoquée.

Section 3. — **La suppression des services publics**

Si l'on définit le service public comme une activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou confiée à un organisme privé qu'elle contrôle, on doit admettre qu'une personne publique qui avait créé un service public librement, puisse le supprimer, lorsque les raisons qui avaient justifié sa création lui paraissent avoir disparu.

Si le service public se définit comme une activité, il faut admettre que les transformations affectant le gestionnaire n'ont pas nécessairement pour effet de faire disparaître l'activité de service public ; il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre que le service public de transport par voie ferrée a été supprimé du fait de la transformation de la S.N.C.F. de société d'économie mixte en établissement public industriel et commercial par la loi du 30 décembre 1982, article 18 (loi d'orientation des transports intérieurs). Le transfert d'un organisme gestionnaire à un autre d'une activité de service public n'affecte pas en principe la nature de cette activité, telle la transformation d'une exploitation en régie en un établissement public industriel et commercial ou en une concession. On ne peut donc pas parler de suppression d'activité de service public, si celle-ci persiste identique à elle-même et que seul le mode de gestion est modifié.

On ne peut parler de suppression de service public que dans deux types d'hypothèses,

— soit que la personne publique supprime l'activité,

— soit que la personne publique se désengage de l'activité.

§ 1. — Les motifs de la disparition des services publics.

A. — La suppression de l'activité de service public par la personne publique.

1° La suppression pure et simple.

Il peut s'agir d'une suppression pure et simple parce que :

— le besoin à satisfaire et qui avait justifié la prise en charge par une personne publique directement ou indirectement, a disparu.

Par exemple :

- service public du ravitaillement,
- comités d'organisation professionnels (arrêt *Monpeurt*),
- hébergement de réfugiés (C.E., Section, 20 avr. 1956, *Epoux Bertin*, p. 167).

— ou encore, le besoin à satisfaire ne paraît plus suffisamment important pour justifier, aux yeux de la personne publique, le maintien de l'activité de service public, telle la suppression de services publics locaux :

- soit qu'il s'agisse de services publics créés à l'initiative des communes : crèches, garderies, cantines scolaires,
- soit qu'il s'agisse de services publics locaux de l'Etat, telle la fermeture d'écoles, de bureaux de poste, de gares ou de voies ferrées. Cf., à propos de la suppression d'une ligne saisonnière, l'arrêt *Fédération nationale des associations d'usagers des transports* (16 janv. 1991, p. 14) où le Conseil d'Etat considère que la décision, fondée sur la très faible fréquentation du tronçon central de cette ligne, ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et que l'appréciation portée par la S.N.C.F. sur l'impossibilité de maintenir l'exploitation de la ligne n'est pas entachée d'erreur manifeste.

2° La substitution.

La personne publique considère alors que le besoin à satisfaire, ou les techniques, ayant évolué, le maintien du service public à l'identique ne se justifie plus. Par exemple :

— remplacement du transport par chemin de fer par un transport par autocar,

— remplacement de l'éclairage au gaz par l'éclairage électrique,

— modification du mode de diffusion des images télévisuelles.

B. — Le désengagement de la personne publique.

Dans une telle hypothèse, l'activité demeure mais elle n'est plus assurée directement ou indirectement par une personne publique et elle ne peut donc plus prétendre à la qualification service public.

Ce type d'hypothèses correspond à des situations où la puissance publique considère que les besoins du public peuvent être satisfaits par l'initiative privée. Le besoin du public continue donc d'être satisfait mais plus par le biais du service public, même si l'activité peut encore être qualifiée d'intérêt général. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la suppression du service public des cultes par la loi du 9 décembre 1905 ; si, du fait de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, le service public des cultes a disparu, c'est parce que l'Etat a jugé qu'il ne lui appartenait plus d'assurer ce type d'activité qui demeure néanmoins une activité d'intérêt général laissée à l'initiative privée (C.E., 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, p. 573).

Le désengagement de la personne publique devrait en principe faire disparaître les contraintes inhérentes à l'activité de service public. Ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, le désengagement de l'Etat de la Société TF 1 correspond apparemment à la volonté de l'Etat de laisser à l'initiative privée le soin de contribuer à la satisfaction des besoins du public en matière de communication audiovisuelle. Il reste que cet exemple montre que l'Etat

peut souhaiter se désengager sans pour autant se désintéresser et que les obligations imposées aux chaînes privées par les cahiers des charges ne sont pas essentiellement différentes de celles que pourraient inspirer les exigences d'une mission de service public.

§ 2. — Le pouvoir d'appréciation de la personne publique.

Il appartient à l'autorité compétente de mettre fin au fonctionnement d'un service public lorsqu'elle l'estime nécessaire ; nul n'a de droit acquis au maintien d'un service public. C'est ce qui résulte très clairement de la jurisprudence :

— C.E., Section, 27 janv. 1961, *Vannier*, p. 60, s'agissant des services publics administratifs,

— C.E., Section, 18 mars 1977, *Chambre de Commerce de la Rochelle et autres*, p. 153, s'agissant des services publics industriels et commerciaux.

Il importe cependant de préciser que la suppression d'un service public ne peut être le fait que de l'autorité compétente. Ceci implique, par exemple, qu'un service public rendu obligatoire par le législateur ne saurait être supprimé par une autorité administrative, si ce n'est dans les cas et les conditions très particulières de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution.

Le parallélisme des compétences impose que le service public dont la création entrait dans la compétence du législateur ne puisse être supprimé que par lui sous réserve cependant que l'existence du service public en cause ne découle pas de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ; dans cette hypothèse, c'est une révision de la Constitution qui serait nécessaire (Cons. Const., 25 et 26 juin 1986, loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, p. 61).

L'autorité compétente est-elle pour autant totalement libre d'apprécier l'opportunité de supprimer ou non un service public ?

Il apparaît que, si l'autorité compétente peut décider discrétionnairement la suppression d'un service public, elle ne peut en revanche toujours décider discrétionnairement de son maintien.

A. — Le droit à la suppression du service public.

En règle générale, les collectivités locales ne peuvent créer un service public venant concurrencer l'initiative privée que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public le justifie (C.E., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, précité).

Les circonstances particulières nécessaires pour que la création du service public soit légale résultent d'une carence de l'initiative privée face à un besoin considéré comme d'intérêt général.

La question qui se pose est de savoir si la collectivité locale peut maintenir le service public lorsque les circonstances particulières qui justifiaient son existence ont disparu.

La réponse de principe est négative. Mais le Conseil d'Etat admet que l'activité en cause puisse être maintenue, afin de permettre à la collectivité locale d'amortir ses investissements (C.E., 23 juin 1933, *Lavabre*, p. 677, à propos d'une boucherie municipale ; C.E., 12 nov. 1938, *Goldberg et Lichtenberg*, p. 822, à propos d'un cinéma municipal).

B. — L'absence de droit au maintien du service public.

L'autorité compétente peut mettre fin à un service public dont l'existence ne lui est pas imposée par un texte supérieur, lorsqu'elle l'estime nécessaire. Les usagers n'ont aucun droit acquis à son maintien (arrêts *Vannier* et *Chambre de Commerce de La Rochelle*, précités). On doit donc considérer que l'autorité administrative compétente dispose le plus souvent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

En cas de recours pour excès de pouvoir, le contrôle du juge administratif exercé sur les motifs de fait sera donc un contrôle minimum limité à l'exactitude matérielle des faits et à l'erreur manifeste d'appréciation (C.E., 22 oct. 1975, *Ministre des Transports c. Broch*, tables p. 1219 ; C.E., 16 janv. 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, précité), à moins que les textes ne permettent un contrôle normal de la qualification juridique des faits en formulant des conditions précises (arrêt *Chambre de Commerce de La Rochelle et autres*, précité).

Nul n'ayant de droit acquis au maintien d'un acte réglementaire, il appartient à l'autorité administrative compétente de mettre fin au fonctionnement d'un service public si elle l'estime nécessaire, alors même qu'un acte réglementaire aurait prévu que ce fonctionnement serait assuré jusqu'à une date déterminée. Il suffit pour cela que la disposition réglementaire en cause soit abrogée par une norme de même nature (arrêt *Vannier* précité ; C.E., Ass., 1er juill. 1988, *Avesques et autres*, p. 267).

La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 (*J.O.R.F.* du 5 févr., p. 1973) fait des services publics un instrument de la politique d'aménagement du territoire, en rationalisant leur implantation et leur organisation.

Des schémas sectoriels viennent préciser le schéma national d'aménagement et de développement du territoire en matière d'enseignement supérieur et de recherche, d'équipements culturels, de communication (transport et télécommunications) ainsi qu'en matière sociale, la cohérence avec les services publics locaux étant assurée au travers des schémas régionaux.

L'article 1er, alinéa 6, précise que l'État assure l'égal accès de chaque citoyen aux services publics. A cet effet, il détermine l'implantation des administrations publiques, les conditions d'accès à distance aux services publics, la localisation des investissements publics qui relèvent de sa compétence, les obligations des établissements, organismes publics et entreprises nationales placés sous sa tutelle et chargés d'un service public. Il s'agit pour l'essentiel des grands services publics en réseau : EDF, GDF, SNCF, Poste, France Télécom.

L'article 29 précise que l'État établit, pour assurer l'égal accès de tous au service public, les objectifs d'aménagement du territoire et de services rendus aux usagers que doivent prendre en compte les institutions en cause. Ces objectifs sont fixés dans le cadre de contrats de plan ou de contrats de service public.

Toute décision de réorganisation ou de suppression d'un service aux usagers par les institutions en cause doit, si elle n'est pas conforme aux objectifs fixés par les contrats de plan ou les contrats de service public, être précédée d'une étude d'impact qui apprécie les conséquences de la suppression envisagée tant sur les conditions d'accès au service public que sur l'économie locale et les mesures envisagées pour compenser toute conséquence dommageable. Cette étude d'impact est élaborée après consultation des conseils municipaux et des conseils généraux concernés et communiquée au

préfet du département qui recueille à son tour l'avis de la commission départementale d'organisation et de modernisation des services publics.

Dans le délai de deux mois, le préfet peut formuler des observations et demander le cas échéant de nouvelles mesures pour compenser ou réduire les conséquences dommageables du projet. L'institution auteur de l'étude d'impact dispose alors à son tour d'un délai de deux mois pour adopter les mesures demandées ou pour communiquer au préfet les raisons de leur rejet.

L'étude d'impact est enfin transmise pour avis à la commission du lieu d'implantation du service en cause ainsi qu'aux communes et groupements de communes concernés qui en feront la demande au préfet.

Si à l'issue de cette procédure le préfet est en désaccord, il doit saisir le ministère de tutelle de l'institution concernée (établisement, organisme public ou entreprise nationale), qui statue. La saisine de l'autorité de tutelle a un effet suspensif et le silence gardé pendant quatre mois vaut rejet du projet.

CHAPITRE II. — **PRINCIPES COMMUNS AUX SERVICES PUBLICS**

Si l'on fait abstraction des services publics obligatoires, tels la lutte contre l'incendie, la désinfection, l'entretien des voies publiques, le service extérieur des pompes funèbres, les administrés n'ont pas en principe de droit à la création d'un service public. Ils n'ont pas non plus de droit au maintien des services publics existants et ceci, alors même que l'administration aurait, par voie réglementaire, fixé une date jusqu'à laquelle elle entendait poursuivre l'exécution du service public dans des conditions définies : « les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; ... il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire, même si un acte réglementaire antérieur a prévu que ce fonctionnement serait assuré pendant une durée déterminée » (arrêt *Vannier*, précité).

Mais, dès lors que le service public existe, son fonctionnement devra respecter quatre principes :

— le principe de continuité,
— le principe d'adaptation,
— le principe d'égalité,
— le principe de neutralité.

En revanche, la gratuité ne peut pas être analysée comme un principe commun à l'ensemble des services publics.

Section 1. — **Le principe de continuité du service public**

Dès lors que le service public existe, l'administration doit respecter le principe de continuité du service public, considéré par le Conseil d'Etat comme essentiel à la vie nationale (C.E., 7 août 1909, *Winkell*, p. 826). Dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du gouvernement Tardieu écrivait : « la continuité est de l'essence du service public ». Qualifié principe fondamental par l'arrêt *Bonjean* (C.E., 13 juin 1980, p. 274), le principe de continuité du service public a été considéré par le Conseil constitutionnel comme un principe de valeur constitutionnelle (Cons. Const., 25 juill. 1979, p. 33).

Ce principe s'impose donc, quel que soit le caractère du service public géré, quel que soit le mode de gestion.

§ 1. — Signification du principe de continuité.

L'usager a un droit au fonctionnement normal des services publics existants. Pour certains services publics, cela peut signifier que la continuité doit être permanente (téléphone, éclairage, sécurité publique, etc.) mais, d'une façon générale, cela implique un fonctionnement régulier sans autres interruptions que celles prévues par les textes en vigueur.

Le Conseil d'Etat considère comme illégales des conditions de fonctionnement du service public qui auraient pour effet de limiter anormalement l'accès des usagers (C.E., 25 juin 1969, *Vincent*, p. 334, *a contrario* ; C.E., 28 juill. 1985, *Association « Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque Nationale »*, tables p. 478, également *a contrario*). Cf. également, C.E., 13 févr. 1987, *Touchebœuf et Mme Royer*, p. 45, où le Conseil d'Etat considère que la fermeture anticipée d'un collège pour faciliter le déroulement des épreuves du baccalauréat trois semaines avant la date prévue, constitue une atteinte à la continuité du service public de l'enseignement.

§ 2. — Conséquences du principe de continuité.

La nécessité de respecter le principe fondamental de continuité du service public justifie, en période de circonstances exceptionnelles, les entorses à la légalité normale. Il impose, en dehors de toutes circonstances exceptionnelles, certaines contraintes au collaborateur et au gestionnaire du service public.

A. — En période de circonstances exceptionnelles.

« La suspension par décret d'un texte de loi constitue une illégalité... ». Le Conseil d'Etat ne sanctionne cependant pas cette illégalité, « en se fondant sur l'idée que le principe de la continuité des services publics comportait des exigences exceptionnelles en temps de guerre, justifiant une extension exceptionnelle des pouvoirs du gouvernement et de l'administration » (observations sous C.E., 28 juin 1918, *Heyriès*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey 1996, 11e éd.).

La continuité des services publics peut également justifier, en période de circonstances exceptionnelles, des entorses aux règles normales de compétence (C.E., 7 janv. 1944, *Lecocq*, p. 5, à propos d'un maire se substituant à son conseil municipal) et l'intervention de fonctionnaires de fait (C.E., 5 mars 1948, *Marion*, p. 113).

Plus récemment, le Conseil d'Etat a admis (C.E., Ass., 18 janv. 1980, *Syndicat C.F.D.T. des P et T du Haut-Rhin*, p. 30) que, lorsque des circonstances exceptionnelles, telle qu'une extrême urgence, le justifient, l'administration « est, par dérogation au principe selon lequel l'exécution du service public administratif est confiée à des agents publics, autorisée à faire concourir à cette exécution un personnel approprié, fourni par un entrepreneur de travail temporaire... » (circonstances exceptionnelles non vérifiées en l'espèce).

B. — En période normale.

1° Contraintes pesant sur les collaborateurs du service public.

En dehors de toute circonstance exceptionnelle, la nécessaire continuité du service public justifie les limitations apportées au droit de grève et à son exercice.

a) L'interdiction initiale du droit de grève.

Avant 1946, la grève des agents des services publics était considérée comme illicite. « La continuité est de l'essence du service public. La grève est en contradiction directe avec la notion même de service public » (conclusions Tardieu sur C.E., 7 août 1909, *Win-*

kell) et le Conseil d'Etat considérait que, par l'acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, « le fonctionnaire... a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ».

La continuité du service public justifiait le fait pour le gouvernement de convoquer les agents grévistes pour une période militaire (C.E., 18 juill. 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, p. 875) ou de les soumettre à une réquisition (C.E., 5 déc. 1941, *Sellier*, p. 208). De manière générale, il incombe à l'autorité administrative, en cas de grève, de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public ; à cette fin, elle dispose de la possibilité d'embaucher un personnel d'appoint (des auxiliaires) pour une durée limitée (C.E., Ass., 18 janv. 1980, *Syndicat C.F.D.T. des Postes et télécommunications du Haut-Rhin*, p. 30).

b) La réglementation du droit de grève.

Après que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ait formulé le principe du droit de grève (« Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »), le Conseil d'Etat a admis la licéité de la grève pour les agents des services publics (C.E., Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene*, p. 426).

1. Autorité compétente.

La législation annoncée pour réglementer l'exercice du droit de grève n'étant pas intervenue, c'est au gouvernement qu'il appartenait, en tant que responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer, sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue des limitations.

C'est aux ministres, en leur qualité de supérieur hiérarchique des services publics placés sous leur autorité, qu'il appartient, en l'absence de disposition législative, de définir les limitations au droit de grève qu'impose le principe de continuité (C.E., 14 mars 1956, *Hublin et autres*, p. 117) ainsi qu'à tout chef de service agissant en qualité de supérieur hiérarchique (C.E., Section, 19 janv. 1962, *Bernardet et autres*, p. 49). S'agissant des services publics personnalisés, sauf texte attribuant compétence au ministre de tutelle (C.E., Ass., 23 oct. 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, p. 484), c'est le directeur de ces services qui est normalement compétent en sa qualité de supérieur hiérarchique (C.E., 7 janv. 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, *A.J.D.A.* 1976, p. 576 ; C.E., 14 oct. 1977, *Syndicat général C.G.T. du personnel des affaires sociales*, p. 383).

La réaffirmation par le Conseil constitutionnel (25 juill. 1979, décision précitée) de la compétence exclusive du législateur pour concilier les deux principes de valeur constitutionnelle que sont le droit de grève et le principe de continuité des services publics, n'a pas conduit le Conseil d'Etat à remettre en cause la jurisprudence *Dehaene* :

— C.E., Ass., 18 janv. 1980, *Syndicat C.F.D.T. des P et T du Haut-Rhin*, précité où le Conseil d'Etat réaffirme qu'il incombe à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d'interruption due à la grève ;

— également, C.E., 4 févr. 1981, *Fédération C.F.T.C. des personnels de l'environnement*, p. 45 où le Conseil d'Etat ne remet pas en cause la compétence du chef de service pour réglementer l'exercice du droit de grève des agents placés sous son autorité, à la condition que cette limitation soit justifiée sur le fond, soit par la conservation des installations et matériels, soit par le fonctionnement d'un service dont la continuité est indispensable à l'action gouvernementale ou à l'ordre public. Cf., dans le même sens, C.E., 1er juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des P et T C.G.T.*, *D.A.* 1984, n° 323.

2. Modalités.

Si aucune législation n'est venue réglementer dans son ensemble le droit de grève dans les services publics, un certain nombre de textes législatifs sont intervenus en la matière.

Outre le fait que la grève dite politique soit interdite, il existe des dispositions législatives prohibant la grève. Par exemple, lois du 27 décembre 1947 et du 28 septembre 1948 interdisant la grève aux C.R.S. et aux policiers, ordonnance du 6 août 1958 l'interdisant aux agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, ordonnance du 22 décembre 1958 relative aux magistrats, loi du 31 juillet 1968 pour le personnel des transmissions du ministère de l'Intérieur, loi du 13 juillet 1972 concernant les militaires... Pour ces différentes catégories d'agents publics, toute grève illicite est susceptible d'entraîner des sanctions sans le bénéfice de garanties disciplinaires (C.E., 1er déc. 1967, *Bo*, p. 458).

Certaines modalités de l'exercice du droit de grève ont été précisées par la loi du 31 juillet 1963 : interdiction des grèves tournantes, des grèves « sur le tas », obligation de dépôt d'un préavis de cinq jours indiquant les motifs de la grève, son point de départ et la durée prévue.

Certaines lois particulières réglementent l'exercice du droit de grève dans tel ou tel secteur : loi du 30 juillet 1982 dans le secteur de la radio-télévision, loi du 31 décembre 1984 en matière de navigation aérienne.

Dans la mesure où la grève est licite, sa réglementation par l'autorité administrative reconnue compétente fait l'objet d'un contrôle par le juge administratif. Seules seront considérées comme légales les limitations nécessaires pour assurer la conservation des installations et matériels, le fonctionnement des services publics dont la continuité est indispensable à l'action gouvernementale ou à l'ordre public (C.E., 19 juin 1963, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer C.G.T.-F.O.*, p. 382 ; C.E., 4 févr. 1981, *Fédération C.F.T.C. des personnels de l'environnement*, p. 45).

Le Conseil d'Etat contrôle que l'interdiction de faire grève frappant certaines catégories d'agents est justifiée par la nature des fonctions qu'ils exercent au regard des périls qu'il importe de prévenir (C.E., Section, 16 déc. 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'outre-mer C.G.T.-F.O.*, p. 662).

Cela peut parfois se traduire par l'obligation d'un service minimum qui doit être assuré en cas de grève.

Enfin, l'ordonnance du 7 janvier 1959 permet au gouvernement de recourir à la réquisition, quand l'interruption du service public est de nature à porter à la satisfaction des besoins du pays une atteinte grave (C.E., Section, 26 oct. 1962, *Le Moult et Syndicat « Union des navigants de ligne »*, p. 580 ; C.E., 9 févr. 1966, *Fédération nationale de l'aviation civile*, p. 101).

C'est également la continuité du service public qui justifie les sanctions disciplinaires à l'encontre d'un fonctionnaire qui quitte son service sans y avoir été préalablement autorisé (C.E., 6 déc. 1978, *Lefer*, *A.J.D.A.* 1979, n° 10, p. 43) et l'autorité administrative ne commet pas de faute lorsque, au nom de la continuité du service public, elle refuse à un agent public contractuel la possibilité de quitter son emploi avant le terme de son contrat (C.E., 28 nov. 1986, *Ville de Toulouse*, tables p. 433).

2° Droits des collaborateurs occasionnels du service public.

Le principe de continuité du service public explique en grande partie le traitement particulier accordé aux collaborateurs occasionnels et bénévoles du service public, c'est-à-dire le bénéfice de la responsabilité sans faute en faveur de la personne qui a, par son action, contribué au fonctionnement normal du service public.

La jurisprudence du Conseil d'Etat formule trois types de conditions pour la mise en œuvre de cette responsabilité.

a) Première condition : que la collaboration ait été sollicitée ou acceptée, à moins qu'il n'y ait urgence.

1. La sollicitation peut être :

— individuelle (C.E., Ass., 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, p. 279 : deux habitants d'une commune avaient, à la demande du maire, accepté de tirer bénévolement un feu d'artifice),

— ou collective, telle la sonnerie du tocsin en cas d'incendie (C.E., Ass., 30 nov. 1945, *Faure*, p. 245). L'invitation adressée à un club hippique de participer à une manifestation locale traditionnelle doit être regardée comme adressée à l'ensemble de ses membres (C.A.A. de Lyon, 10 oct. 1990, *Commune de Saint-Rémy-de-Provence*, p. 470).

2. La collaboration peut n'avoir été qu'acceptée (C.E., 24 oct. 1958, *Commune de Clermont-l'Hérault c. Begnis*, p. 502 ; C.E., Ass., 27 nov. 1970, *Consorts Appert-Collin*, p. 709).

3. La nécessité d'une sollicitation ou d'une acceptation disparaît en cas d'urgence. Par exemple : personne blessée alors qu'elle s'était lancée spontanément à la poursuite d'un malfaiteur (C.E., 17 avr. 1953, *Pinguet*, p. 177) ou encore, en cas d'assistance à personne en danger (C.E., 11 oct. 1957, *Commune de Grigny*, p. 524 ; C.E., Section, 25 sept. 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et dame veuve Tesson*, p. 540 ; C.E., Section, 9 oct. 1970, *Gaillard (Etienne)*, p. 565 ; C.E., Section,

1er juill. 1977, *Commune de Coggia*, p. 301 ; C.E., 22 juin 1984, *Mme Nicolaï*, tables p. 729).

A contrario, ne saurait être considérée comme un collaborateur occasionnel et bénévole, la personne dont l'intervention n'a été ni sollicitée, ni acceptée et ne se justifiait par aucune urgence (C.E., 14 déc. 1981, *Guinard*, tables p. 901).

b) Deuxième condition : que la collaboration bénévole soit apportée à une activité de service public, c'est-à-dire en pratique à une activité d'intérêt général assurée par une personne publique (Cf. la jurisprudence citée en **a)**. On notera que n'ont pas été considérées comme constituant une activité de service public :

— l'organisation d'une fête traditionnelle à laquelle la commune ne prenait aucune part et au cours de laquelle un artificier bénévole avait été blessé (C.E., 13 juill. 1966, *Leygues*, p. 475, à comparer avec C.E., Ass., 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, précité),

— l'organisation par une commune d'une fête dépourvue de caractère traditionnel (C.E., 12 avr. 1972, *Chatelier*, p. 262),

— ou encore la réparation de la sonnerie des cloches d'une église (C.E., 5 juill. 1963, *Dame veuve Ledoyen*, p. 418).

c) Troisième condition : que la collaboration apportée au service public soit effective. Le témoin passif (C.E., 3 oct. 1980, *Gambini*, p. 355) ou l'usager (C.E., 29 avr. 1983, *Narcy et autres*, tables p. 851) de même que le participant à une compétition sportive ou à un jeu (C.E., Section, 2 févr. 1979, *Ministre de l'Agriculture c. Gauthier*, p. 39 ; C.E., Section, 10 févr. 1984, *Launey*, p. 65 ; C.A.A. de Lyon, 10 oct. 1990, *Commune de Saint-Rémy-de-Provence*, précité, *a contrario*) ne sont pas considérés comme des collaborateurs du service public en cause. On notera que la circonstance que l'accident se soit produit à l'étranger et qu'il ait été provoqué par un véhicule est sans influence quant à la compétence du juge administratif pour connaître de l'action en réparation introduite par le collaborateur occasionnel (C.E., Sect., 13 janv. 1993, *Mme Galtié*, p. 11).

La continuité du service public est également à l'origine de la jurisprudence dite des fonctionnaires de fait en période de circonstances exceptionnelles : C.E., 5 mars 1948, *Marion*, précité, à propos de simples particuliers réunis en comité pour assurer, après le départ de la municipalité, le ravitaillement et l'administration de la commune.

3° Contraintes pesant sur le gestionnaire du service public.

Sauf cas de force majeure rendant impossible l'exécution de ses obligations, le cocontractant de l'administration n'est pas en droit de cesser ses prestations (C.E., Section, 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, p. 381). Le concessionnaire d'un service public doit, sauf impossibilité, assurer son fonctionnement normal et ne peut arguer de difficultés entre lui et la collectivité concédante pour en suspendre l'exécution (C.E., 18 juin 1982, *S.A.R.L. Sud-Pacifique Navigation*, tables p. 762).

Mais, en contrepartie, le principe de continuité du service public est à la base de la théorie dite de l'imprévision (C.E., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'Eclairage de Bordeaux*, p. 125) : en cas de **bouleversement imprévisible** de l'économie du contrat **et extérieur** à la volonté des parties (événement naturel, économique, juridique à la con-

dition que la mesure en cause émane d'une personne publique autre que l'autorité concédante), la personne publique concédante doit indemniser le concessionnaire. Cette indemnisation se justifie par des considérations d'équité, puisqu'elle est assumée par l'autorité concédante alors que, par hypothèse, le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas de son fait ; ceci explique d'ailleurs que l'indemnisation ne soit pas intégrale, le concessionnaire supportant une part de l'aléa. Si le bouleversement économique se prolonge, il appartiendra aux parties de réviser le contrat ou, à défaut, d'invoquer la force majeure et d'obtenir la résiliation du contrat par le juge.

Le principe de continuité du service public s'impose au concessionnaire et, d'une façon plus générale, au cocontractant de l'administration lié à elle par un contrat de longue durée qui conditionne le fonctionnement normal du service public. Ainsi le titulaire d'un marché d'entreprise de travaux publics ne saurait-il de lui-même interrompre brutalement son exploitation ; le concédant peut alors, à bon droit, prononcer la mise sous séquestre dans le but d'assurer la continuité du service public (C.E., Section, 26 nov. 1971, *Société industrielle et agricole de fertilisants humiques et de récupération (S.I.M.A.)*, p. 723). De même, en cas de résiliation de la concession de service public, le juge statuant en référé peut ordonner les mesures urgentes et utiles propres à assurer la continuité du service public (C.E., 9 déc. 1988, *Société Les téléphériques du massif du Mont-Blanc*, p. 438).

Le principe de continuité du service public justifie le maintien en fonction provisoire par le législateur du Conseil supérieur des Universités dont l'élection avait été annulée par le Conseil d'Etat (Cons. Const. 24 juill. 1985, p. 56).

De même, la continuité du service public peut justifier la nomination anticipée dans un emploi public, à condition qu'il n'existe pas un délai excessif entre la date de la nomination et celle de sa prise d'effet (C.E., 20 mai 1988, *Syndicat national des cadres hospitaliers F.O.*, p. 197).

Elle justifie également qu'un gouvernement démissionnaire continue d'expédier les affaires courantes (C.E., Ass., 4 avr. 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, p. 210) ou qu'un préfet continue d'exercer ses fonctions malgré sa nouvelle affectation et ce, jusqu'à ce que son successeur soit installé, dès lors qu'il n'a pas lui-même été installé dans sa nouvelle affectation et qu'aucune décision de l'autorité supérieure ne l'avait invité à cesser ladite fonction (C.E., 27 avr. 1973, *Demoiselle Serre*, p. 302).

Section 2. — **Le principe d'adaptation du service public**

Quand les exigences de l'intérêt général évoluent, le service public doit s'adapter.

§ 1. — Le principe d'adaptation et le gestionnaire du service public.

Cette mutabilité se manifeste tout d'abord à l'égard du concessionnaire du service public. Celui-ci ne peut arguer des droits qu'il tiendrait de l'acte de concession pour s'opposer aux nécessaires adaptations du service public. Les clauses de l'acte de concession relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public ayant un caractère réglementaire, le concédant peut imposer au concessionnaire les modifications et additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service (C.E., 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, p. 216).

La référence faite aux textes législatifs et réglementaires vient cependant nuancer très sérieusement l'interprétation quant à l'origine du pouvoir de modification unilatérale de l'administration. De même, la référence à la commune intention des parties explicite ou implicite, pouvait faire douter de l'existence de ce pouvoir de modification unilatérale (C.E., 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, p. 5 ; C.E., 26 mai 1930, *Viette*, p. 564 ; C.E., Section, 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, p. 508).

Aujourd'hui, le doute est levé. Les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à la personne publique cocontractante de modifier unilatéralement le contrat, étant cependant précisé que :

— les modifications ne peuvent affecter les avantages financiers du concessionnaire. Au cas où les modifications rompent l'équilibre financier, le cocontractant a droit à une indemnisation,

— les modifications que l'intérêt général impose ne doivent pas, nous semble-t-il, être d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elles aboutissent à la création d'un service public nouveau et doivent rester compatibles avec le mode de gestion choisi. Ceci est affirmé explicitement pour la première fois par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Union des transports publics urbains et régionaux* (C.E., 2 févr. 1983, p. 33).

Cette mutabilité du service public se manifeste également à l'égard des usagers et, enfin, à l'égard des agents.

§ 2. — Le principe d'adaptation et l'usager du service public.

Il n'apparaît pas qu'il faille, au vu de la jurisprudence, distinguer selon le caractère du service public en cause, ni selon que l'usager se trouve dans une situation légale et réglementaire ou contractuelle. L'usager ne peut s'opposer aux adaptations du service public que l'intérêt général commande.

A. — L'usager du service public administratif.

1. L'usager du service public administratif se trouve en principe placé dans une situation légale et réglementaire. (Cf., pour l'usager d'un établissement public hospitalier, C.E., Sect., 11 janv. 1991, *Mme Biancale*, p. 12 ; C.E., 6 avr. 1992, *Petit, Dr. adm.* 1992, n° 228). Il n'a aucun droit au maintien du service public administratif (C.E., Section, 27 janv. 1961, *Vannier*, précité), même si un acte réglementaire antérieur avait prévu que le fonctionnement serait assuré pendant une durée déterminée, à moins que le service public en cause ne soit un service public

obligatoire. De la même façon, et les situations sont parfois très voisines, l'usager du service public administratif ne saurait s'opposer à son adaptation. Cf. également, C.E., 12 févr. 1982, *Université Paris VII*, p. 69.

2. Il en va de même lorsque, par exception, l'usager du service public administratif est réputé placé dans une situation prétendument contractuelle. Ainsi l'usager du téléphone peut-il même voir son contrat modifié unilatéralement par l'administration (C.E., 6 mai 1985, *Ministre des P.T.T. c. M. Ricard*, p. 144). La Poste et les Télécommunications constituent aujourd'hui des services publics industriels et commerciaux (loi du 2 juillet 1990 précitée).

B. — L'usager du service public industriel et commercial.

Il en va enfin de même pour l'usager du service public industriel et commercial qui n'est pas en droit de s'opposer, par exemple, à la modification du parcours d'un service public de transport en commun.

Le principe d'adaptation ne saurait être considéré comme étant par nature contraire aux intérêts des usagers. L'adaptation constitue souvent d'ailleurs une revendication des usagers et le juge paraît reconnaître un droit à cette adaptation, lorsque les conditions de fonctionnement du service public viendraient à limiter dans des conditions anormales leur droit d'accès au service public (C.E., 25 juin 1969, *Vincent*, p. 334, *a contrario*).

§ 3. — Le principe d'adaptation et les agents du service public.

Quelle que soit sa situation juridique, légale et réglementaire ou contractuelle, l'agent du service public ne peut pas s'opposer aux mutations du service public que l'intérêt général rend nécessaires. Le fonctionnaire n'a aucun droit acquis au maintien de son statut (cf., par exemple, C.E., 2 mars 1988, *de Coligny*, p. 102).

Par ailleurs, lié par le devoir d'obéissance, le fonctionnaire est irrecevable à agir contre les instructions de son supérieur hiérarchique intéressant l'exécution du service (C.E., 29 sept. 1961, *Demoiselle Gander et Association nationale des assistantes sociales*, p. 529) ou contre les mesures d'organisation du service (C.E., Ass. plén., 26 oct. 1956, *Association générale des administrateurs civils*, p. 391), à moins que ces mesures ne portent atteinte à son statut ou à ses prérogatives.

Section 3. — Le principe d'égalité devant le service public

Le principe d'égalité devant le service public est un corollaire du principe d'égalité devant la loi résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est consacré par le Conseil constitutionnel (décision du 12 juill. 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, p. 31).

Affirmé d'abord à l'égard des usagers, le principe d'égalité régit l'ensemble du fonctionnement des services publics (C.E., Section, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, p. 151). Il ne bénéficie donc pas qu'aux seuls usagers mais, également, à tous ceux qui se trouvent en rapport avec le service public et, en particulier, à ceux qui souhaitent accéder à un emploi public (C.E., Ass., 26 mai 1954, *Barel et autres*, p. 308) ou aux fonctionnaires d'un même corps (par exemple, C.E., Section, 26 oct. 1979, *Millan*, p. 396).

Le principe d'égalité des usagers devant le service public qui seul nous retiendra ici, bénéficie non seulement aux usagers effectifs mais également aux candidats usagers qui bénéficient du droit d'accéder au service public.

§ 1. — Le droit d'accès au service public.

Il existe, pour les candidats usagers d'un service public, un droit d'accéder au service public qui peut être soumis à des conditions diverses mais qui ne doit pas être contraire au principe d'égalité devant le service public. Le Conseil d'Etat (C.E., 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, p. 562) l'affirme explicitement en décidant que, si ledit principe n'exclut pas l'existence de tarifs différents selon la situation des usagers, « il implique, en revanche, nécessairement que l'accès au service public communal ne soit pas interdit à un habitant de la commune pour le seul motif que ses revenus lui permettent de recourir aux soins de praticiens privés » (il s'agissait d'un cabinet dentaire municipal).

Le droit d'accès n'implique donc pas que les conditions d'utilisation du service soient identiques pour l'ensemble des candidats usagers. Encore faut-il que les différences de traitement entre les différentes catégories de candidats usagers résultent, à moins qu'elles ne soient la conséquence nécessaire d'une loi, d'une différence de situation appréciable ou d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service. Mais ce n'est plus alors du droit d'accéder ou non au service public qu'il s'agit mais de l'égalité de traitement entre ceux qui ont accès au service public (C.E., 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme c. Bouchon*, p. 237).

Dès lors, les limites éventuelles au droit d'accès des candidats usagers peuvent trouver leurs sources :

— dans une différence de situation : « s'agissant d'un service public non obligatoire, créé par une commune (une école de musique), dont l'objet n'exclut pas que son accès puisse être réservé à certaines catégories d'usagers, le principe d'égalité des usagers du service public ne fait pas obstacle à ce que le conseil municipal limite l'accès à ce service en le réservant à des élèves ayant un lien particulier avec la commune et se trouvant de ce fait dans une situation différente de l'ensemble des autres usagers potentiels du service ». Le Conseil d'Etat juge toutefois que la commune de Dreux ne pouvait légalement limiter l'accès à l'école de musique aux personnes domiciliées ou habitant la commune et refuser d'accueillir des élèves qui, parce qu'ils ont à Dreux le lieu de leur travail ou y sont scolarisés, ont avec cette commune un lien suffisant (C.E., Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, p. 233).

— dans des motifs tenant au maintien de l'ordre public ou à l'administration de la propriété publique (C.E., 15 oct. 1969, *Association « Caen-Demain »*, p. 435 ; C.E., 21 avril 1972, *Ville de Caen*, p. 302),

— ou dans des considérations de fait tenant, par exemple, à la capacité du service public lui-même à accueillir un nombre plus ou moins important d'usagers ou aux facultés en particulier économiques de l'usager potentiel

lui-même, tant il est vrai que l'égalité des droits demeure impuissante pour compenser les inégalités de fait.

§ 2. — L'égalité de traitement devant le service public.

La formulation classique de l'arrêt *Denoyez et Chorques* (C.E., Section, 10 mai 1974, p. 274) peut permettre d'apprécier la portée du principe qui nous intéresse : « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service public ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ».

En matière d'égalité devant le service public, le problème n'est pas tant de savoir ce que signifie le principe que de savoir quand il s'applique. On parle volontiers pour dépeindre cette situation d'égalité relative ou d'égalité proportionnelle. La question est en réalité de déterminer si le principe d'égalité trouve ou non à s'appliquer. Or tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel que celle du Conseil d'Etat converge : le principe s'applique entre des usagers appartenant à la même catégorie ; il ne s'applique pas à des usagers appartenant à des catégories différentes. Dès lors, il importe de déterminer dans quelles conditions peuvent être créées des catégories distinctes d'usagers tenant en échec le principe d'égalité, même si fréquemment l'instauration de traitements différents vise à corriger des inégalités de fait.

Le principe d'égalité joue de manière absolue entre les usagers appartenant à la même catégorie. Mais les différences de traitement sont légales entre les différentes catégories d'usagers, dès lors que cette distinction catégorielle repose, soit sur des différences appréciables de situation, soit sur des considérations d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service public, soit sur la loi.

Il faut donc distinguer le problème de la légalité des discriminations catégorielles d'usagers de celui de la légalité des discriminations au sein d'une même catégorie d'usagers.

A. — La légalité des discriminations catégorielles.

Les discriminations catégorielles ont trois fondements possibles :

— la différence appréciable des situations,

— l'intérêt général,

— la loi.

1° Les distinctions fondées sur une différence appréciable de situation.

Le principe d'égalité n'interdit pas de traiter différemment des usagers se trouvant dans des situations différentes au regard du service public et constituant de ce fait des catégories distinctes.

a) La différence de prestations fournies.

La discrimination catégorielle sera donc légale en premier lieu lorsque les usagers reçoivent du service public une prestation différente. Ainsi les abonnés du téléphone qui refusent leur inscription à l'annuaire font-ils peser des sujétions spéciales d'équipement et

de fonctionnement sur les services des renseignements téléphoniques ; celles-ci justifient qu'ils soient assujettis à un tarif d'abonnement supérieur au tarif normal applicable aux abonnés inscrits à l'annuaire (C.E., 7 oct. 1959, *Jacquier, Grandamy et Le Corno*, p. 491).

b) La différence de situation entre les usagers.

La discrimination catégorielle entre usagers sera en second lieu légale lorsque, bien que la prestation fournie soit identique, elle repose sur une différence appréciable de situation desdits usagers au regard du service public. Cette différence de situation permet à elle seule de justifier les différences de traitement. Il ne semble pas que la discrimination doive en outre être justifiée par des considérations d'intérêt général. Ces justifications sont alternatives et non pas cumulatives.

La jurisprudence révèle une très grande variété d'éléments susceptibles d'être pris en compte pour rendre « appréciable » la différence de situation.

A titre d'exemples, ont été jugées appréciables les différences de situation suivantes :

— au regard de la Sécurité sociale, entre assurés qui consultent des médecins conventionnés et assurés qui consultent des médecins qui refusent de se soumettre aux obligations de tarif incluses dans les conventions (C.E., Ass. plén., 13 juill. 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, p. 479).

— entre habitants d'une commune, au regard du service des eaux, selon qu'ils résident ou non dans l'agglomération (C.E., 30 mai 1962, *Parmentier*, tables p. 868) ; entre possesseur d'une piscine privée et les autres usagers du service public de l'eau, même si la délibération de portée générale instituant cette différence de traitement ne trouve à s'appliquer en l'espèce qu'à un seul usager (C.E., 14 janv. 1991, *Bachelet*, p. 13).

— entre habitants de la Charente-Maritime, au regard du service public du Bac, selon qu'ils étaient ou non domiciliés sur l'île de Ré (arrêt *Denoyez et Chorques* précité).

— au regard du service de cantine scolaire, service public non obligatoire, entre habitants de la commune et ceux qui n'y ont pas leur domicile, à condition que le tarif appliqué à ces derniers n'excède pas le coût de revient du service rendu (C.E., Section, 5 oct. 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*, p. 315 ; cf. également C.E., 2 déc. 1987, *Commune de Romainville*, tables p. 556, à propos d'une école communale de musique).

— entre les élèves fréquentant un établissement d'enseignement hors secteur de ramassage scolaire dont ils dépendent et ceux qui fréquentent un établissement situé dans ce secteur (C.E., 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme c. Bouchon*, précité).

— entre habitants domiciliés dans une commune et les simples résidents, au regard d'une distribution gratuite d'électricité consentie par E.D.F. (C.E., 29 janv. 1971, *Commune de Lescun*, p. 78).

— entre usagers d'un service public de soins dentaires, selon qu'ils sont ou non assurés sociaux ou bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite (arrêt *Ville de Nanterre*, précité).

— entre exploitants d'aéronefs, au regard de la redevance perçue au titre du contrôle d'approche (C.E., 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 374).

Ces exemples mettent en évidence les limites du principe d'égalité, d'autant plus que certains usagers peuvent être considérés, en raison de leur particularité, comme constituant à eux seuls une catégorie (C.E., Section, 29 juin 1951, *Syndicat de la Raffinerie de soufre française*, p. 377 ; C.E., Section, 24 avr. 1964, *Société anonyme de Livraisons industrielles et commerciales*, p. 239).

Il reste que la création de catégories distinctes d'usagers n'est pas laissée à l'arbitraire de l'administration. Le juge vérifie le caractère appréciable ou non de la différence des situations par rapport au critère invoqué par l'administration, c'est-à-dire l'objet même du service : C.E., 6 janv. 1967, *Ville d'Elbeuf*, p. 1 ; dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère que le nombre d'ouvriers employés dans une entreprise ne peut constituer un critère de discrimination au regard d'un service public municipal d'épuration des eaux usées, dans la mesure où le nombre des ouvriers n'a pas d'influence nécessaire sur le volume de sa consommation d'eau ni sur le degré de pollution des eaux qu'elle rejette.

De la même façon, le Conseil d'Etat considère comme illégales les discriminations tarifaires en matière de redevances téléphoniques selon que la communication est établie à partir d'une agence postale ou d'un autre poste public (C.E., 19 déc. 1979, *Meyet*, p. 475) ou une tarification différenciée du service du réveil par téléphone selon que le central en cause est un central manuel ou automatique (C.E., 8 avril 1987, *Association « Etudes et consommation C.F.D.T. »*, p. 128).

Le Conseil d'Etat a également annulé les discriminations tarifaires entre continentaux selon qu'ils étaient domiciliés ou non en Charente-maritime (arrêt *Denoyez et Chorques*).

Sont également illégales les discriminations tarifaires entre les usagers du service public de l'eau selon qu'ils sont ou non résidents permanents de la commune (C.E., 28 avr. 1993, *Commune de Coux*, p. 138) ou entre les usagers d'un parc de stationnement (C.E., 12 juill. 1995, *Commune de Maintenon*, p. 305).

c) Le droit à la différence.

Présenté comme un corollaire du principe d'égalité, il signifierait l'interdiction d'établir une assimilation entre des personnes se trouvant dans des situations différentes. Cela reviendrait à reconnaître aux usagers un droit à la création de catégories différentes dès lors qu'ils pourraient justifier de la particularité de leur situation.

Ce moyen, invoqué par les requérants dans l'affaire *Chambre syndicale nationale des entreprises industrielles de Boulangerie* (C.E., Ass. plén., 30 oct. 1959, p. 561), n'était en fait pas fondé ; en effet, contrairement à ce que prétendaient les requérants, il existait des traitements différents selon que l'établissement était un

fonds de boulangerie ou un simple dépôt de pain, ce que souligne d'ailleurs le Conseil d'Etat.

Il paraît dès lors difficile d'en tirer argument pour énoncer un droit à la différence,

— dans la mesure, d'abord, où le Conseil d'Etat considère que la création de catégories distinctes constitue une question d'opportunité dont il ne lui appartient pas de connaître (C.E., Section, 12 mars 1965, « *Club aérien Les Gerfauts* », p. 169),

— dans la mesure où, ensuite, le Conseil d'Etat affirme que la différence de situation n'oblige pas l'administration à soumettre les usagers à des règles différentes ; au contraire, l'existence d'un traitement identique entre deux catégories empêche que soit invoquée une méconnaissance du principe d'égalité (C.E., Section, 13 févr. 1970, *Dame Vigan, Krasnick et autres et SNESUP*, p. 110).

En réalité, l'usager bénéficie d'un droit à un traitement identique à celui réservé à ceux appartenant à la même catégorie mais il ne bénéficie pas d'un droit à la création de catégorie particulière qui serait plus adaptée à la spécificité prétendue de sa situation. Il ne s'agirait d'ailleurs pas d'un corollaire du principe d'égalité de traitement mais d'un droit à l'inégalité de traitement.

2° L'intérêt général et les distinctions catégorielles.

Des nécessités d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service peuvent justifier la création de catégories distinctes d'usagers.

La référence à l'intérêt général vient parfois justifier des discriminations catégorielles que la seule différence des situations n'aurait peut-être pas permis de justifier.

Plusieurs exemples peuvent illustrer ce propos.

— Ainsi la décision du ministre des Postes et Télécommunications accordant et maintenant à la société SVP le bénéfice d'un indicatif à trois lettres est-elle considérée comme compatible avec le principe d'égalité : elle se justifie par le caractère particulier de l'activité de ladite société ainsi que par les avantages que l'ensemble des usagers est susceptible d'en retirer (arrêt *Société anonyme des Livraisons industrielles et commerciales* précité).

— C'est également l'intérêt général qui justifie la différence de traitement, opérée par l'arrêté du 15 janvier 1962 en matière de redevances d'atterrissage, entre les différentes catégories d'aéronefs (arrêt « *Club aérien Les Gerfauts* » précité).

— Il en va de même en matière d'exonérations et de réductions de la redevance d'approche au bénéfice de certaines catégories d'aéronefs (C.E., 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 374).

Il apparaît donc que des considérations d'intérêt général sont de nature à justifier la création de catégories distinctes d'usagers au regard du service public que la seule différence des situations n'aurait peut-être pas permis de distinguer.

Encore faut-il que les nécessités d'intérêt général existent réellement. Le Conseil d'Etat y veille, en déclarant illégales des discriminations catégorielles qui ne trouveraient leur fondement, ni dans une différence appréciable de situation, ni dans une loi ou une convention internationale, ni dans une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service (C.E., 6 mars 1959, *Société Totalaliment*, p. 158 ; C.E., 19 déc. 1979, *Meyet*, p. 475 ; C.E., 28 avr. 1993, *Commune de Coux*, précité ; C.E., 12 juill. 1995, *Commune de Maintenon*, précité).

L'arrêt *Ville de Tarbes* (C.E., Section, 26 avr. 1985, p. 119) est topique à cet égard : le Conseil d'Etat devait apprécier la légalité d'une délibération d'un conseil municipal qui avait fixé des droits d'inscription à une école de musique (service public administratif) différents. Le montant des droits avait été déterminé en fonction notamment du montant des ressources des familles et du nombre de personnes vivant au foyer. Après avoir considéré que la différence des revenus n'était pas constitutive d'une différence appréciable de situation, le Conseil d'Etat constate que « compte tenu de l'objet du service et de son mode de financement, il n'existait aucune nécessité d'intérêt général justifiant, pour la fixation des droits d'inscription, une discrimination fondée sur les seules différences des ressources entre ces usagers ».

C'est dire que, dans une hypothèse où la différence des situations invoquée n'est pas à elle seule suffisante pour justifier la différence de traitement, le juge recherche si des considérations d'intérêt général pourraient justifier que la différence de situation en cause puisse fonder la discrimination.

Toute autre est la question de savoir si l'intérêt général peut justifier à lui seul des discriminations entre usagers appartenant à une même catégorie.

3° La loi et les distinctions catégorielles.

Le Conseil constitutionnel admet que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais ... il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi » (décision du 16 janv. 1982, Loi de nationalisation, p. 18).

Pour le Conseil d'Etat, il existe deux bonnes raisons d'admettre la validité des discriminations législatives ainsi formulées :

— la première est que les discriminations que la loi engendre sont fondées sur des différences de situation, ce que le Conseil d'Etat admet de longue date ;

— la seconde est qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier la constitutionnalité de la loi. Il lui appartient simplement de vérifier que la loi existe et de l'appliquer.

B. — La légalité des discriminations au sein d'une catégorie.

La question de la légalité des discriminations au sein d'une même catégorie d'usagers ne se pose par hypothèse que dans la mesure où il n'existe pas entre eux de différence de situation.

L'intérêt général ou la loi peuvent-ils alors justifier des différences de traitement entre des usagers se trouvant dans des situations identiques au regard du service public ?

1° L'intérêt général et les discriminations au sein d'une catégorie.

Il est fréquent qu'après avoir rappelé que le principe d'égalité *stricto sensu* ne joue que dans la mesure où les usagers se trouvent dans une situation identique, l'on ajoute que le respect de ce principe ne s'impose pas, lorsque l'atteinte qu'il subit est commandée par une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service.

Une affirmation aussi générale ne saurait s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans sa formulation classique du principe d'égalité, celui-ci n'envisage que la création de catégories distinctes d'usagers fondée, soit sur la loi, soit sur une différence appréciable de situation, soit sur une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service. La Haute Juridiction n'évoque pas d'éventuelles discriminations entre usagers appartenant à la même catégorie (arrêt *Denoyez et Chorques, arrêt Ville de Tarbes, précités).*

M. Combarnous, dans ses conclusions sur l'arrêt *Société anonyme de Livraisons industrielles et commerciales* (*A.J.D.A.* 1964, II, 308), écrit : « A moins de nécessités techniques impérieuses, nous n'imaginons guère que l'intérêt général puisse être invoqué autrement que pour justifier le traitement particulier accordé ou refusé à des catégories d'usagers se trouvant dans des situations différentes. »

La confusion a pu résulter du fait que certains usagers peuvent à eux seuls constituer une catégorie en raison de la particularité de leur situation. Ainsi en va-t-il de l'arrêt précité où le bénéfice de l'indicatif de trois lettres accordé à la Société SVP est justifié par le caractère particulier de son activité et par les avantages que l'ensemble des usagers est susceptible d'en retirer. Il en va de même dans l'arrêt *Syndicat de la Raffinerie de soufre française.*

Dans l'affaire *Aureille* (C.E., 13 juill. 1963, *R.D.P.* 1964, p. 205), l'intérêt général apparaît comme justifiant une discrimination établie entre deux entreprises exportatrices. Mais le professeur Delvolvé (*Le principe d'égalité devant les charges publiques,* L.G.D.J. 1969, p. 189) a souligné qu'il existait, en l'espèce, un texte habilitant l'administration à opérer la discrimination.

On conviendra sans doute qu'il serait, en toute hypothèse, dangereux d'admettre que la seule référence à des considérations d'intérêt général puisse permettre de justifier des traitements discriminatoires entre les usagers se trouvant dans des situations identiques au regard du service public.

2° La loi et les discriminations au sein d'une catégorie.

La volonté du législateur doit être ici considérée comme liant le juge administratif, quel que soit le caractère de la discrimination en cause et quand bien même celle-ci serait contraire au principe d'égalité (loi écran).

La question qui demeure néanmoins posée, même s'il n'appartient pas au juge administratif d'y répondre, est de déterminer si la loi peut légalement opérer une discrimination entre des usagers se trouvant dans une situation identique. Aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des discriminations d'origine législative peuvent être

instituées entre catégories différentes d'usagers, pour tenir compte, soit d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service, soit d'une situation particulière. Le raisonnement du Conseil constitutionnel est donc comparable à celui adopté par le Conseil d'Etat.

La loi peut, se fondant sur la différence de situation ou sur l'intérêt général, créer des catégories distinctes d'usagers (Cons. Const. 12 juill. 1979, précitée) et prévoir pour eux des traitements différents. Mais il s'agit de distinctions catégorielles et non de discriminations au sein d'une même catégorie.

Section 4. — **Le principe de neutralité du service public**

Le principe de neutralité n'est pas habituellement étudié au nombre des principes qui régissent l'organisation et le fonctionnement des services publics. Cela tient au fait qu'il est souvent analysé comme un corollaire du principe d'égalité, voire du principe de continuité du service public. Son autonomie est effectivement loin d'être évidente.

Pris dans son acception courante, rester neutre, c'est ne pas prendre parti, ne pas s'engager d'un côté ou de l'autre, ce qui va au-delà de l'égalité.

§ 1. — Neutralité et égalité.

Dans la mesure où il implique la non-discrimination à raison de la race, des convictions idéologiques, politiques ou religieuses, le principe de neutralité rejoint le principe d'égalité avec lequel il se confond.

— Ainsi en va-t-il en matière d'accès à la fonction publique. Le Conseil d'Etat condamne :

- les discriminations fondées sur les opinions religieuses des candidats : requérante écartée de la candidature à un emploi d'institutrice suppléante au motif qu'elle avait poursuivi ses études dans un établissement d'enseignement confessionnel (C.E., Section, 25 juill. 1939, *Demoiselle Beis*, p. 524) ; candidature de la requérante au cadre des assistantes sociales écartée en raison de ses croyances religieuses (C.E., 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau*, p. 464) ; décision mettant fin aux fonctions d'institutrice suppléante de la requérante motivée par le fait notamment qu'elle fréquentait à ses heures de loisir un groupement de caractère confessionnel (C.E., 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, p. 247).
- ou les discriminations de caractère politique (C.E., Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres*, p. 308).

— Le même raisonnement vaut pour l'égalité de traitement des agents du service public : C.E., Section, 1er oct. 1954, *Guille*, p. 496, où le requérant avait fait l'objet d'une mesure disciplinaire motivée par son appartenance au parti communiste.

Il s'agit là d'une application aux agents du service public de la règle, consacrée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes de laquelle « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances » et rappelée

par les articles 6 et 7 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (cf. également l'article 18 de la même loi).

De la même façon, le principe de neutralité rejoint le principe d'égalité de traitement des administrés devant le service public, dérivé du principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 2 de la Constitution de 1958 qui prohibe les distinctions fondées sur la race, la religion ou les croyances. Ainsi une commune peut-elle, pour des motifs tirés du maintien de l'ordre public ou de l'administration du domaine, refuser l'usage d'une salle de réunion à une association locale. En revanche, elle viole le principe d'égalité et son obligation de neutralité, lorsque son refus est fondé sur des motifs idéologiques ou politiques (C.E., 15 oct. 1969, *Association « Caen-Demain »*, p. 435 et C.E., 21 avril 1972, *Ville de Caen*, p. 302 ; C.E., 8 juill. 1970, *Commune de l'Hermitage*, p. 469).

Le service public doit fonctionner en ayant pour seul objectif sa mission d'intérêt général. L'article 187-1 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 25 juillet 1985, prévoit des peines d'amende et d'emprisonnement à l'encontre de « tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public qui, à raison de l'origine d'une personne, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, ou de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, lui aura refusé sciemment le bénéfice d'un droit auquel elle pouvait prétendre ». Cf. également l'article 187-2 concernant les entraves à l'exercice d'une quelconque activité économique.

Mais le devoir de neutralité va au-delà du respect du principe d'égalité, en imposant aux agents de l'administration des limitations à leur liberté d'expression.

§ 2. — Neutralité et obligation de réserve.

1. La liberté d'expression des agents des services publics est limitée par l'obligation de réserve, composante de l'obligation de neutralité.

L'obligation de réserve est plus ou moins étendue, selon le rang de l'agent, les circonstances dans lesquelles il s'exprime, selon qu'il exerce ou non un mandat syndical. Les textes viennent parfois préciser l'étendue de l'obligation de réserve, beaucoup plus accentuée pour les magistrats ou les militaires, par exemple, que pour les enseignants-chercheurs (cf. loi du 26 janv. 1984 sur l'enseignement supérieur).

Mais, le plus souvent, l'étendue de l'obligation de réserve est déterminée par une construction jurisprudentielle nuancée que le législateur n'a pas voulu prendre le risque de mettre en péril. Ceci explique le silence sur ce point de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

On comprend ainsi aisément que la liberté d'expression des enseignants n'ait pas la même étendue selon qu'ils exercent leur activité dans l'enseignement secondaire ou dans l'enseignement supérieur et que l'état d'ecclésiastique soit incompatible avec les obligations de neutralité de l'enseignement secondaire (C.E., 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, p. 553). C'est en se fondant sur le principe de neutralité et l'obligation de réserve que la circulaire du 12 décembre 1989 (*J.O.*, 15 déc., p. 15577) impose aux enseignants d'éviter dans l'exercice de leur fonction « toute marque distinctive de nature philosophique, religieuse ou politique qui porte atteinte à la liberté de conscience des enfants ainsi qu'au rôle éducatif reconnu aux familles ».

2. C'est encore au nom du principe d'une neutralité conçue comme absolue que le Conseil d'Etat annule les décisions du proviseur d'un lycée

et d'un recteur d'académie autorisant des groupements politiques d'élèves à organiser des réunions politiques au sein de l'établissement, nonobstant les conditions dont ces autorisations étaient assorties (C.E., 8 nov. 1985, *Ministre de l'Education nationale c. Rudent*, p. 316). L'obligation de neutralité des établissements scolaires rejaillit ici sur les usagers de ces établissements. Mais l'organisation dans les locaux scolaires d'un débat d'ordre civique ou social ne constitue pas une violation du principe de neutralité (C.E., 6 nov. 1991, *Ministre de l'Education nationale, de la jeunesse et des sports c. Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, p. 377).

Au plan de la liberté religieuse, l'affaire dite des « foulards islamiques » a conduit le Ministre de l'Education nationale à saisir le Conseil d'Etat afin qu'il formule un avis.

La demande d'avis portait notamment sur le point de savoir si, compte tenu des principes posés par la Constitution et les lois de la République et eu égard à l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement de l'école publique, le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité.

Dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'Etat, après avoir visé les textes applicables, formule un principe et ses limites.

Le principe de tolérance.

Le Conseil d'Etat confirme que la laïcité de l'enseignement public est un aspect de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics. Il rappelle que le principe d'égalité implique que toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions et croyances religieuses, est interdite.

Le Conseil d'Etat en déduit que la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires.

Il en résulte que, dans les établissements scolaires publics, « le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité ».

Ayant formulé le principe, le Conseil d'Etat en marque les limites.

Les limites.

Les limites à la liberté de manifester une croyance ou une opinion religieuse résultent d'abord du respect du pluralisme et de la liberté d'autrui et du respect des activités d'enseignement, du contenu des programmes et de l'obligation d'assiduité. Ceci interdit aux élèves de s'absenter certains jours ou d'être dispensés de certains enseignements pour des raisons religieuses.

Par ailleurs, la liberté pour les élèves de manifester leurs croyances religieuses « ne saurait leur permettre d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

Ainsi, dans le débat opposant ceux qui prônaient un respect absolu de la laïcité impliquant de laisser au vestiaire des signes religieux et ceux qui, au nom de la tolérance, revendiquaient le droit de manifester leurs croyances, le Conseil d'Etat a-t-il choisi une voie moyenne. Celle-ci, tout en préservant le contenu de l'enseignement et l'obligation pour les élèves de participer à toutes les activités correspondant à la scolarité organisées par l'établissement, laisse aux organes dirigeants des écoles, collèges et lycées le soin de définir les droits et devoirs de chacun des membres de la communauté scolaire et au Ministre de l'Education nationale le soin de formuler des orientations ou de donner des indications susceptibles de les guider (cf. circ. du 12 déc. 1989, *J.O.* du 15 déc., p. 15577).

La loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 (*J.O.*, 14 juill., p. 8860) dispose dans son article 10, alinéa 2 : « Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement ».

Le non-respect des conditions de cette « laïcité tolérance » pourrait entraîner l'exclusion de l'élève de l'établissement.

Statuant au contentieux, le Conseil d'Etat, reprenant les termes de l'avis du 27 novembre 1989, a considéré que le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité ; il ne le devient que lorsqu'il constitue un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande. Sont annulées les dispositions du règlement intérieur d'un lycée prévoyant qu'aucun élève ne sera admis en salle de cours, en étude ou au réfectoire la tête couverte, au motif que cette interdiction permanente qui visait à réglementer le port de signes distinctifs de caractère religieux et dont le champ d'application recouvrait la majeure partie des locaux scolaires, n'était justifiée par aucune circonstance particulière et était contraire à la liberté d'expression reconnue aux élèves dans le cadre des principes de neutralité et de laïcité de l'enseignement public (C.E., 14 mars 1994, *Mlles N. et Z. Yilmaz*, p. 129). Cf. également, C.E., 2 nov. 1992, *Kherouaa et Mme Kachour et Balo et Mme Kizic*, p. 389, où le Conseil d'Etat annule, en raison de leur caractère général et absolu, les dispositions du règlement intérieur d'un lycée interdisant le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique. Le Conseil d'État juge en revanche que le fait pour des élèves de refuser, lors d'un enseignement d'éducation physique, d'ôter le foulard qu'elles portaient en signe d'appartenance religieuse est incompatible avec le bon déroulement du cours d'éducation physique. Il considère comme légale la décision d'exclusion définitive des élèves concernées prise en raison des troubles que leur refus a entraînés dans la vie de l'établissement, troubles aggravés qui plus est par les manifestations auxquelles participaient le père des élèves intéressées à l'entrée du collège (C.E., 10 mars 1995, *Époux Aoukili*, p. 122).

L'obligation d'assiduité imposée aux élèves ne peut avoir pour effet de leur interdire de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse, à la condition que ces absences soient compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et dans le respect de l'ordre public dans l'établissement. Mais le Conseil d'État considère que « les contraintes inhérentes au travail en classe de mathématiques supérieures font obstacle à ce qu'une scolarité normale s'accompagne d'une dérogation systématique à l'obligation de présence le samedi » (C.E., Ass., 14 avr. 1995, *Koen*, p. 168 ; C.E., Ass., 14 avr. 1995, *Consistoire central des israélites de France*, p. 171).

Le 20 septembre 1994 (*Le Monde* du 21 sept.), le Ministre de l'Education nationale a pris une nouvelle circulaire qui propose en annexe un article destiné à être inséré dans le règlement intérieur des établissements : « Le port par les élèves de signes discrets, manifestant leur attachement personnel à des convictions notamment religieuses, est admis dans l'établissement. Mais les signes ostentatoires, qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination, sont interdits. Sont interdits aussi les attitudes provocatrices, les manquements aux obligations d'assiduité et de sécurité, les comportements susceptibles de constituer des pressions sur d'autres élèves, de perturber le déroulement des activités d'enseignement ou de troubler l'ordre dans l'établissement ».

Plusieurs questions demeurent cependant posées : que recouvre la notion de « signes ostentatoires » ? le port du foulard islamique constitue-t-il en lui-même un tel signe ? une simple circulaire peut-elle les prohiber ?

Le Conseil d'État pour sa part confirme que le port du foulard islamique n'est pas en lui-même incompatible avec le principe de laïcité et ne présente pas par nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, ni un acte de pression, de prosélytisme ou de propagande (C.E., 20 mai 1996, *Ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la recherche c. Ali*, *Dr. adm.* 1996, n° 486).

§ 3. — Les aménagements de la neutralité.

Une neutralité du service public conçue de manière absolue peut, dans certaines circonstances, constituer une entrave à des libertés reconnues ou à l'intérêt général.

Le législateur vient parfois lui-même aménager la neutralité du service public. Ainsi, après avoir formulé le principe de laïcité qui est un aspect de la neutralité, la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, article 2 a-t-elle admis que toutefois peuvent être inscrites au budget de l'Etat, des départements et des communes « les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons » ; également, loi du 31 déc. 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés, en ce qui concerne la liberté des cultes et de l'instruction religieuse des élèves de l'enseignement public. Cf. C.E., Ass., 1er avr. 1949, *Chaveneau*, p. 161 ; C.E., Section, 7 mars 1969, *Ville de Lille*, p. 141.

Le statut des objecteurs de conscience, régi aujourd'hui par la loi du 8 juillet 1983, modifiée par la loi du 4 janvier 1992, constitue lui aussi une prise en compte de la liberté de conscience des jeunes gens soumis aux obligations du service national qui se déclarent opposés à l'usage personnel des armes.

Il est plus douteux que les aménagements au principe de neutralité des services publics aient été consacrés par la jurisprudence du Conseil d'Etat. L'arrêt *Association israélite de Valenciennes* (C.E., 27 mars 1936, p. 383) souvent cité, ne se place pas sur le terrain du principe de neutralité. Dans cette affaire, le maire avait, en vertu de ses pouvoirs de police, refusé à une association cultuelle israélite l'autorisation de faire procéder à l'abattage rituel des animaux ; le Conseil d'Etat annule la décision attaquée, en rappelant que l'atteinte à une liberté publique n'est possible que dans la mesure nécessaire au maintien de l'ordre. C'est donc l'étendue des pouvoirs de police du maire qui est ici en cause et non la neutralité du service public. On peut en revanche considérer comme un « aménagement » au principe de neutralité de l'Etat justifié par l'intérêt général, la décision *Eglise de scientologie de Paris* (C.E., 17 févr. 1992, p. 61) reconnaissant la légalité d'une

subvention accordée pour l'édition d'une brochure d'information sur « Les Sectes ». Cf. également la circulaire du 29 février 1996 relative à la lutte contre les atteintes aux personnes et aux biens commises dans le cadre des mouvements à caractère sectaire (*J.O.R.F.* du 5 mars, p. 3409).

Il n'en demeure pas moins que dans la pratique l'administration tient compte des croyances religieuses lorsque le refus de les prendre en compte risquerait de constituer une entrave à leur exercice, dans la mesure du moins où l'ordre public n'est pas menacé.

Section 5. — **Le faux principe de gratuité du service public**

§ 1. — La gratuité comme principe commun à tous les services publics.

La gratuité du service public ne peut être assurément considérée comme un principe commun à l'ensemble des services publics : la gratuité n'est pas un principe général du droit. Il suffirait pour s'en convaincre, si besoin était, de se référer aux services publics industriels et commerciaux qui se caractérisent, entre autres éléments, justement par le fait qu'ils tirent l'essentiel de leurs ressources du prix payé par les usagers en contrepartie du service rendu.

§ 2. — La gratuité comme principe commun aux services publics administratifs.

Ayant écarté la gratuité comme principe commun à l'ensemble des services publics, on peut néanmoins s'interroger sur le point de savoir si elle ne constituerait pas un principe commun à l'ensemble des services publics administratifs. Le Conseil d'Etat écarte tout principe de valeur constitutionnelle qui imposerait une telle gratuité : « Considérant que les principes généraux contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ... et relatifs notamment, d'une part, à la conservation de la sûreté des habitants par l'Etat et, d'autre part, au financement des dépenses de l'administration par une contribution commune répartie sur tous, ne font pas obstacle à ce qu'en application de l'article 5 précité de l'ordonnance du 2 janvier 1959, les charges d'un service public déterminé soient financées par ses usagers au moyen d'une redevance qui trouve sa contrepartie directe et proportionnelle dans les prestations fournies par ce service » (C.E., 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 374).

§ 3. — La gratuité résultant de la loi.

La loi peut imposer la gratuité de tel ou tel service public.

Ainsi en va-t-il de la loi des 16 et 17 juin 1881 qui formule le principe de la gratuité de l'enseignement primaire dont le Conseil d'Etat a étendu l'application aux écoles maternelles publiques (C.E., 10 janv. 1986, *Commune de Quingey*, p. 3).

En revanche, il n'y a pas gratuité de l'enseignement supérieur (C.E., Ass., 28 janv. 1972, *Conseil transitoire de la Faculté des Lettres et Sciences humaines de Paris*, p. 86).

§ 4. — La gratuité, principe commun à certains services publics administratifs.

En l'absence de texte législatif imposant la gratuité, le Conseil d'Etat paraît considérer que la gratuité n'est la règle que relativement à certains services publics administratifs dont les prestations sont procurées à leurs usagers parce qu'elles constituent une obligation pour le gestionnaire du service public.

Ce sont les prestations que le service public est tenu d'assurer car elles correspondent à une nécessité publique et pas seulement à l'intérêt de tel usager ou telle catégorie d'usagers. Cf. C.E., 5 déc. 1984, *Ville de Versailles c. Lopez*, p. 399 ; C.E., 18 janv. 1985, *d'Antin de Vaillac et autre*, p. 12 : le service public de lutte contre l'incendie dans les Landes, la Gironde et le Lot-et-Garonne est assuré « non dans le seul intérêt des propriétaires sylviculteurs de ces trois départements, mais dans l'intérêt général de la population ». Est donc illégal le décret imposant une contribution aux associations syndicales de propriétaires.

En revanche, la gratuité cesse de s'imposer lorsque l'usager bénéficie d'une prestation particulière, spéciale, personnalisée, de telle sorte qu'elle apparaît avoir été fournie plus au profit de son destinataire que dans un but d'intérêt général (C.E., 21 oct. 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, précité). La redevance acquittée par l'usager doit être proportionnelle à la prestation fournie « à son profit ».

CHAPITRE III. — LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES EN MATIÈRE DE SERVICES PUBLICS

Au-delà des principes communs à l'ensemble des services publics (continuité, adaptation, égalité, neutralité), chaque catégorie de services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, connaît un régime juridique qui diffère considérablement en ce qui concerne le droit applicable. L'objet même de l'activité administrative ou industrielle et commerciale mais aussi la qualité publique ou privée du gestionnaire, viennent influencer la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire.

Les règles de répartition des compétences que nous allons étudier ici sont celles normalement applicables aux activités de service public en vertu du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Mais il existe, chacun le sait, de nombreuses dérogations d'origine législative ou jurisprudentielle qui n'entrent pas dans notre propos mais dont l'existence devait être rappelée.

Section 1. — Le droit applicable aux services publics gérés par une personne publique

§ 1. — Quand l'activité en cause est un service public administratif.

On se trouve ici dans la situation telle qu'elle avait été caractérisée par l'Ecole de Bordeaux, c'est-à-dire où une activité d'intérêt général gérée par une personne publique est soumise en principe au droit administratif.

A. — Les actes unilatéraux.

1° L'acte non réglementaire.

L'acte non réglementaire, individuel ou collectif, pris par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public administratif, constitue un acte administratif unilatéral (C.E., Ass., 13 juill. 1967, *Allegretto*, p. 314, où les décisions d'attribution et de retrait de la carte de docker professionnel prises par les autorités administratives du port dans le cadre de leur mission de service public administratif, constituent des décisions administratives individuelles dont le contentieux appartient aux juridictions administratives).

2° L'acte réglementaire.

Les actes de portée générale pris par une autorité administrative compétente dans le cadre d'une mission de service public administratif, constituent des actes administratifs réglementaires dont le contentieux relève de la juridiction administrative (C.E., Section, 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, p. 308). Il faut indiquer toutefois que le caractère administratif de l'acte en cause est lié à la qualité publique de son auteur

et non au caractère administratif du service public en cause (C.E., 10 nov. 1961, *Missa*, p. 636).

B. — Les contrats.

Le service public administratif étant ici, par hypothèse, géré par une personne publique, l'exigence du critère organique du contrat administratif est remplie. Il reste alors à mettre en évidence l'un des critères alternatifs : contenu ou objet.

1° Les contrats administratifs en fonction de leur contenu.

Les contrats passés par une personne publique gérant un service public administratif sont administratifs par leur contenu, dès lors qu'ils comportent une clause exorbitante du droit privé (C.E., 31 juill. 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, p. 909).

a) Contrats passés avec les usagers.

Lorsque, par exception, l'usager du service public administratif se trouve dans une situation contractuelle et non pas légale et réglementaire, le contrat doit être qualifié administratif s'il comporte au moins une clause exorbitante du droit privé. C'était le cas de l'abonné au service du téléphone (T.C., 24 juin 1968, *Ursot*, p. 798) avant la loi du 2 juillet 1990 transformant la Poste et France Telecom en services publics industriels et commerciaux, même si la qualification contractuelle de sa situation pouvait paraître critiquable.

b) Contrats passés avec les agents.

Si les agents titulaires se trouvent en principe dans une situation légale et réglementaire, les agents non titulaires sont en général des agents recrutés par voie de contrat. Ces contrats pouvaient être administratifs par leur contenu, c'est-à-dire en raison de la présence dans le contrat d'une clause exorbitante du droit privé (par exemple, T.C., 29 juin 1987, *Bungener*, p. 452). Aujourd'hui, tous les agents contractuels des services publics administratifs gérés par une personne publique sont des agents publics, quel que soit le contenu du contrat (T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, *Dr. adm.* 1996, n° 319).

c) Contrats passés avec les tiers.

Les contrats passés par la personne publique gérant le service public administratif avec les tiers, peuvent être administratifs eux aussi par leur objet mais également par leur contenu (arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*) ou encore en raison du régime exorbitant auquel ils sont soumis (C.E., Section,19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, p. 48).

2° Les contrats administratifs en fonction de leur objet.

Les contrats conclus par la personne publique gérant le service public administratif peuvent être également administratifs par leur objet.

a) Contrats passés avec les agents.

Le contrat unissant une personne publique gérant un service public administratif à un agent était réputé administratif, dès lors que l'agent participait directement au fonctionnement du service

public administratif (C.E., Section, 4 juin 1954, *Vingtain* et, du même jour, *Affortit*, p. 342-344 ; également, C.E., Section, 20 mars 1959, *Lauthier*, p. 198). Il en résultait que la situation juridique de l'agent pouvait varier dans le temps, en raison de l'évolution de ses fonctions, ainsi que l'atteste la jurisprudence du Tribunal des Conflits (T.C., 25 nov. 1963, *Dame veuve Mazerand*, p. 792, confirmé par T.C., 29 juin 1987, *Bungener*, précité). C'était là un élément de complexité pour l'agent, parfois obligé de saisir les deux ordres juridictionnels pour obtenir la solution du litige l'opposant à son employeur, personne publique. Le Tribunal des Conflits devait cependant apporter une première simplification en décidant que, « s'agissant de déterminer les droits qu'ouvre au salarié la rupture de son contrat, il y a lieu, pour déterminer la compétence juridictionnelle, de se référer aux fonctions qu'exerçait l'intéressée au cours de la période précédant immédiatement le licenciement » (T.C., 26 nov. 1990, *Mlle Salliège*, p. 402).

C'est sans doute également en vue de simplifier la situation juridique de l'agent que le Tribunal des Conflits admettait qu'un agent public, qui se voyait confier temporairement des fonctions supplémentaires ne constituant pas une participation directe à l'activité de service public administratif, devait, en cas de litige relatif à la rémunération de cette fonction supplémentaire, saisir le juge administratif (T.C., 22 juin 1992, *Mme Rouquier*, tables p. 816).

La notion même d'agent public défini comme celui qui participe directement à une mission de service public administratif géré par une personne publique, n'était pas pour autant précisée, même si l'on admettait que c'était l'utilité de la fonction exercée par l'agent au regard du fonctionnement du service public qui constituait le critère. Et l'on devait considérer que le concierge d'un Office public d'habitations à loyers modérés, engagé pour assurer la surveillance d'un groupe d'immeubles, exerçait en cette qualité des attributions (représentation de l'Office auprès des locataires, surveillance des travaux réalisés dans les immeubles) qui, par leur nature, le faisaient participer directement au fonctionnement du service public du logement (C.E., Sect., 20 mars 1959, *Lauthier*, p. 199). En revanche, la femme de ménage ne participait pas directement au service public du logement (T.C., 7 juill. 1980, *Mme Rosa Merino*, *R.D.P.* 1981, p. 251) pas plus que l'ouvrier professionnel chargé de l'entretien de l'immeuble et des espaces extérieurs (T.C., 26 mars 1990, *Rambur c. Office public départemental d'habitations à loyer modéré du Territoire de Belfort*, tables p. 639).

C'est pourquoi il apparaît heureux que le Tribunal des Conflits se soit finalement rallié à la solution préconisée par le Professeur R. Chapus et décide aujourd'hui que tous les agents des services publics administratifs gérés par une personne publique ont la qualité d'agents publics, qu'ils participent directement ou non à la mission de service public administratif (T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, précité).

b) Contrats passés avec les tiers.

Les contrats conclus entre la personne publique gérant le service public administratif et les tiers peuvent être eux aussi administratifs par leur objet,

— dès lors qu'ils confient au cocontractant l'exécution même de tout ou partie du service public (C.E., Section, 20 avr. 1956,

Epoux Bertin, p. 167), quelque soit d'ailleurs le caractère du service public en cause,

— ou, lorsqu'ils ont pour objet l'exécution même de la mission de service public administratif par la personne publique elle-même (T.C., 24 juin 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires c. F.O.R.M.A.* et, du même jour, *Société « Distilleries bretonnes »*, p. 801 ; cf. également, C.E., 26 juin 1974, *Société « La Maison des Isolants-France »*, p. 365).

c) Contrats passés avec les usagers.

La qualification des rapports contractuels entre la personne publique gérant le service public administratif et les usagers s'est opérée jusqu'à aujourd'hui par référence uniquement au contenu du contrat (décision *Ursot* précitée). Mais il ne paraît pas y avoir d'obstacle à considérer que la passation de contrats avec les usagers constitue une modalité de l'exécution même du service public administratif par la personne publique gestionnaire (C.E., Section, 18 juin 1976, *Dame Culard*, p. 319).

C. — Les travaux.

La notion de travail public se définit indépendamment du caractère du service public géré.

Les travaux peuvent être qualifiés travaux publics, soit par application de la jurisprudence *Commune de Monségur*, soit par application de la jurisprudence *Effimieff*.

1° La jurisprudence Commune de Monségur.

Aux termes de la jurisprudence *Commune de Monségur* (C.E., 10 juin 1921, p. 573), constitue un travail public le travail immobilier effectué pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale.

Si la notion même de service public n'est pas explicitement présente dans cette définition, il n'en demeure pas moins qu'une activité de service public est par sa nature même une activité d'utilité générale. Constitue donc *a fortiori* un travail public le travail immobilier effectué pour le compte d'une personne publique dans un but de service public.

De même, constitueront des travaux publics les travaux immobiliers effectués par la personne publique pour son propre compte dans un but de service public ou, plus largement, dans un but d'utilité générale.

2° La jurisprudence Effimieff.

Aux termes de la jurisprudence *Effimieff* (T.C., 28 mars 1955, p. 617), constitue également un travail public le travail effectué par une personne publique en vue de la réalisation d'une mission de service public. L'apport de cette jurisprudence est de qualifier travail public le travail immobilier effectué par une personne publique dans un but de service public, indépendamment de la nature juridique du destinataire, qui peut ainsi être une personne privée (C.E., Section, 20 avr. 1956, *Ministre de l'Agriculture c. consorts Grimouard*, p. 168).

D. — Les biens.

Le domaine public peut se définir par l'application de l'un ou l'autre des critères suivants :

— aux termes de la jurisprudence *Marécar* (C.E., 28 juin 1935, p. 734), font partie du domaine public les biens appartenant à une personne publique, affectés directement à l'usage du public et aménagés à cette fin (C.E., Ass. plén., 22 avr. 1960, *Berthier*, p. 264) ;

— aux termes de la jurisprudence *Société « Le Béton »* (C.E., Section, 19 oct. 1956, p. 375), font également partie du domaine public les biens appartenant à une personne publique, affectés à un service public et spécialement aménagés à cet effet.

Peu importe le caractère du service public en cause : il peut être administratif (C.E., Ass. plén., 11 mai 1959, *Dauphin*, p. 294) ou industriel et commercial (C.E., Section, 5 févr. 1965, *Société lyonnaise des transports*, p. 76).

E. — La responsabilité.

Sauf cas particulier résultant d'un texte ou d'une jurisprudence spécifique type voie de fait ou emprise irrégulière, la responsabilité des personnes publiques gérant un service public administratif relève de la compétence du juge administratif, qu'il s'agisse des rapports avec les agents publics, les usagers ou les tiers.

§ 2. — Quand l'activité en cause est un service public industriel et commercial.

On constate, dans cette hypothèse, une pénétration du droit privé dans le régime juridique applicable au service public.

Les services publics industriels et commerciaux gérés par une personne publique sont pourtant loin de constituer un bloc de compétence judiciaire.

A. — Les actes unilatéraux.

1° Les actes réglementaires.

Les décisions de portée générale et impersonnelle prises par la personne publique dans le cadre de sa mission de service public industriel et commercial, constituent des actes administratifs réglementaires. Il en va ainsi des actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public industriel et commercial, pour la simple raison que ces décisions de portée générale et impersonnelle émanent d'une personne publique (C.E., 10 nov. 1961, *Missa*, p. 636). Le juge administratif est compétent pour connaître du recueil général des tarifs adopté par la S.N.C.F. (C.E., 26 juin 1989, *Association « Etudes et consommation - C.F.D.T. »*, tables p. 544), pour apprécier la légalité des décisions d'E.D.F. relatives à l'organisation du service public et au statut du personnel (T.C., 22 juin 1992, *Abella et autres*, p. 488 ; T.C., 12 oct. 1992, *Syndicat C.G.T. d'Electricité de France et autres*, p. 490). Cf. également, C.E., 19 mars 1993, *Garreau de Loubresse*, *Dr. adm.* 1993, n° 216.

2° Les actes non réglementaires.

Si l'on laisse de côté les actes non réglementaires relatifs à la gestion du domaine privé qui ne sont pas, de ce fait, réputés intervenir dans le cadre d'une mission de service public, doivent être considérés comme des actes de droit privé, bien qu'émanant d'une personne publique, les actes non réglementaires relatifs à la gestion des services publics industriels et commerciaux.

Il en va ainsi des actes individuels pris dans les rapports avec les candidats usagers, tel le refus d'un maire d'autoriser à un habitant de la commune un branchement sur le réseau d'eau potable (C.E., 21 avr. 1961, *Dame veuve Agnesi*, p. 253). Les rapports service public industriel et commercial - usagers constituant un bloc de compétence judiciaire, le candidat usager est assimilé à l'usager (Cf. également, C.E., 30 janv. 1963, *Commune de Luttenbach*, tables, p. 847).

Il en va de même pour les décisions non réglementaires intéressant les rapports entre la personne publique gestionnaire du service public industriel et commercial et les salariés du service, qui sont en principe dans une situation de droit privé. Pour les agents se trouvant dans une situation de droit public (directeur et comptable s'il a la qualité de comptable public), cf. C.E., Section, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, p. 158.

Le bloc de compétence judiciaire n'existe cependant pas dans les rapports avec les tiers.

B. — Les contrats.

Le contrat passé par la personne publique gestionnaire d'un service public industriel et commercial satisfait bien sûr au critère organique. Mais le caractère industriel et commercial de l'activité en cause conduit à l'application d'un régime juridique où domine le droit privé.

1° Les contrats passés avec les usagers.

Relèvent ainsi de la compétence judiciaire les rapports contractuels avec les usagers, quand bien même le contrat comporterait des clauses exorbitantes du droit commun (C.E., Section, 13 oct. 1961, « *Etablissements Campanon-Rey* », p. 567 ; T.C., 17 déc. 1962, *Dame Bertrand*, p. 831) ainsi que la détermination de la qualité même d'usager et le bien-fondé de la redevance (T.C., 2 déc. 1991, *S.A. de Molitg-les-Bains*, p. 480 ; C.A.A. Bordeaux, 2 nov. 1994, *Pereira da Silva*, *Dr. adm.* 1995, n° 71).

2° Les contrats passés avec les agents.

Relèvent également de la compétence judiciaire les rapports contractuels entre le gestionnaire du service public industriel et commercial et les agents. Il en résulte qu'un agent public contractuel d'un office public d'habitations à loyer modéré perd cette qualité et devient salarié de droit privé dès la transformation de cet O.P.H.L.M. en office public d'aménagement et de construction (O.P.A.C.), établissement public industriel et commercial (T.A. Grenoble, 1er mars 1995, *Costa*, tables p. 721).

Le tribunal administratif de Paris, dans son jugement du 26 juin 1987, *René Reinhardt*, précité, semble admettre que l'agent d'un établissement public participant à une activité industrielle et commerciale

qui ne serait pas une activité de service public pourrait se voir reconnaître la qualité d'agent public, en raison de la présence dans le contrat de clauses exorbitantes du droit commun. Si cette interprétation est la bonne, on peut s'en étonner, dans la mesure où les agents des services publics industriels et commerciaux n'ont pas en principe la qualité d'agents publics, quel que soit le contenu de leur contrat (T.C., 10 janv. 1983, *Beck, D.A.* 1983, n° 112). Seuls font exception le directeur général et le comptable, s'il a la qualité de comptable public (arrêt *Jalenques de Labeau*, précité ; décision *Beck*, précitée ; C.E., 13 févr. 1984, *Pomarèdes*, tables p. 523) ainsi que les agents ayant la qualité de fonctionnaire (T.C., 4 juill. 1991, *Mme Pillard*, p. 469).

3° Les contrats passés avec les tiers.

Les contrats conclus avec les tiers seront en revanche considérés comme administratifs, outre l'hypothèse de l'arrêt *Bertin* :

— quand ils contiendront une clause exorbitante du droit commun (T.C., 14 nov. 1960, *Société Vandroy-Jaspar*, p. 867),

— ou s'ils sont soumis à un régime exorbitant du droit commun (C.E., Section, 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, p. 48),

— ou, en vertu d'une disposition législative (Loi du 28 pluviôse an VIII s'agissant des marchés de travaux publics ; Décret-Loi du 17 juin 1938 pour les contrats portant occupation du domaine public).

C. — Les travaux.

Les jurisprudences *Commune de Monségur* et *Effimieff* s'appliquent, même si le service public en cause a un caractère industriel et commercial (Cf., par exemple, C.E., 19 févr. 1969, *E.D.F. c. Entreprise « Pignatta et Repetti »*, p. 107).

D. — Les biens.

Il faut rappeler que les biens appartenant à une personne publique, affectés directement à l'usage du public et aménagés à cet effet, font partie du domaine public. Il en va de même des biens appartenant à une personne publique et aménagés en vue de sa mission de service public, ceci même si le service public a un caractère industriel et commercial (C.E., Section, 5 févr. 1965, *Société lyonnaise des transports*, p. 76 ; C.E., 24 janv. 1973, *Spiteri et époux Krehl*, p. 64).

E. — La responsabilité.

1° A l'égard des agents.

La responsabilité est en principe une responsabilité contractuelle relevant du juge judiciaire.

A l'égard des agents non contractuels, la compétence demeure judiciaire pour connaître des litiges individuels opposant l'agent au gestionnaire du service public industriel et commercial, sous réserve de la jurisprudence *Jalenques de Labeau*.

2° A l'égard des usagers.

L'usager du service public industriel et commercial se trouve en principe dans une situation contractuelle et la compétence appartient au juge judiciaire, même lorsque le dommage trouve son origine dans un travail public ou dans un ouvrage public. Mais la compétence du juge judiciaire ne résulte pas du caractère contractuel des liens qui unissent l'usager au gestionnaire du service public industriel et commercial (C.E., Section, 13 janv. 1961, *Département du Bas-Rhin*, p. 38).

La compétence demeure donc judiciaire quand le dommage est subi par un candidat usager, quelle que soit la qualité du gestionnaire du service public industriel et commercial (T.C., 17 oct. 1966, *Dame veuve Canasse c. S.N.C.F.*, p. 834) ou lorsque le dommage est subi par un usager en situation irrégulière (T.C., 5 déc. 1983, *Niddam c. S.N.C.F.*, p. 541) et la qualité d'usager du service public industriel et commercial l'emporte sur celle d'usager de l'ouvrage public (même jurisprudence).

Il faut cependant souligner que l'on peut être usager des ouvrages publics affectés au service public industriel et commercial sans être pour autant usager du service public industriel et commercial (C.E., Section, 24 nov. 1967, *Ministre des travaux publics et des transports c. Demoiselle Labat*, p. 444). La victime du dommage sera alors considérée comme un tiers par rapport au service public industriel et commercial.

3° A l'égard des tiers.

La responsabilité du gestionnaire du service public industriel et commercial à l'égard des tiers relève en principe également de la compétence judiciaire (T.C., 11 juill. 1933, *Dame Mélinette*, p. 1237). Mais la compétence devient administrative, quand le dommage subi par le tiers trouve son origine dans un travail public ou dans un ouvrage public (C.E., Section, 25 avr. 1958, *Dame veuve Barbaza et Société d'assurances « La Mutuelle générale française »*, p. 228 ; T.C., 16 mai 1983, *Préfet, Commissaire de la République du département de la Loire c. T.G.I. de Montbrison*, p. 538). On notera que les dommages causés aux tiers par une conduite interne à un immeuble ne trouvent pas leur origine dans un ouvrage public et relèvent donc de la juridiction judiciaire (T.C., 14 mai 1990, *Epoux Laperrouze et M.A.I.F. c. Communauté urbaine de Lyon et G.A.N.*, p. 393).

La compétence est également administrative, quand le dommage trouve son origine dans la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique (T.C., 22 nov. 1993, *Matisse*, p. 410, *a contrario*).

Section 2. — **Le droit applicable aux services publics gérés par une personne privée**

On distingue là aussi selon que l'activité en cause est une activité de service public administratif ou de service public industriel et commercial.

§ 1. — Le service public administratif géré par une personne privée.

La présence d'une personne privée gestionnaire d'un service public administratif vient porter atteinte à l'homogénéité du régime juridique applicable aux services publics administratifs.

A. — Les actes.

1° Les actes unilatéraux.

En principe, les actes émanant d'un organisme privé constituent des actes de droit privé relevant comme tels de la compétence du juge judiciaire (T.C., 22 nov. 1993, *Glogowski, Dr. adm.* 1994, n° 26). Mais, lorsqu'elle gère un service public administratif, la personne privée gestionnaire peut se voir reconnaître le pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux.

Aux termes de la jurisprudence *Narcy* (C.E., Section, 28 juin 1963, p. 401), on doit considérer qu'un organisme privé est réputé gérer un service public administratif quand trois conditions sont réunies :

— que la mission qui lui est conférée soit une mission d'intérêt général,

— que l'organisme gestionnaire soit placé sous le contrôle d'une autorité de tutelle,

— et qu'enfin, il dispose de prérogatives de puissance publique. Faute de ces prérogatives de puissance publique, l'activité sera qualifiée d'intérêt général mais non d'activité de service public. C'est du moins ce qui ressort de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Comparer sur ce point : C.E., Section, 13 oct. 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône*, p. 368 et C.E., 23 mars 1983, *Société anonyme Bureau Véritas*, p. 133. Le Tribunal des Conflits paraît aujourd'hui se rallier à cette analyse (T.C., 25 janv. 1982, *Mme Cailloux c. CONSUEL*, p. 449).

La personne privée gérant le service public administratif peut donc se voir reconnaître le pouvoir de prendre des décisions qui s'imposent à leurs destinataires et constituent l'usage d'une prérogative de puissance publique. La personne privée peut être ainsi habilitée à prendre des actes administratifs :

• individuels (C.E., Section, 13 janv. 1961, *Magnier*, p. 33 ; C.E., 15 oct. 1982, *Mlle Mardirossian*, p. 348 ; T.C., 13 janv. 1992, *Préfet de la région Aquitaine, préfet de la Gironde c. Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, p. 473).

• ou réglementaires (C.E., Section, 22 nov. 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, p. 576 ; C.E., 17 févr. 1992, *Société Textron, Dr. adm.* 1992, n° 181, où le Conseil d'Etat considère qu'à la différence des normes homologuées, l'adoption par l'Association française de normalisation (AFNOR) de normes simplement enregistrées, ne ressortit à l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique).

En revanche, les actes d'un organisme privé gérant un service public administratif relèvent du droit privé et de la compétence judiciaire, dès lors qu'ils ne constituent pas la mise en œuvre d'une prérogative de

puissance publique telle la décision d'une fédération départementale de chasseurs fixant le montant des cotisations (C.A.A. Lyon, 18 janv. 1995, *Burnol*, tables p. 724). De même, le refus de passage dans une année supérieure prononcé par un jury propre à un établissement privé d'enseignement supérieur est une mesure d'ordre interne dont le contentieux éventuel relève du juge judiciaire (C.E., 28 juin 1995, *Dubois*, tables p. 725) ; le juge administratif est en revanche compétent si l'établissement relève d'un établissement public administratif (C.E., 22 juin 1983, *Trouche*, p. 270 (sol. implicites) : refus de délivrance d'un diplôme et de validation d'une année d'études).

2° Les contrats.

a) Le principe.

Le contrat conclu entre deux personnes privées est en principe un contrat de droit privé, même lorsque l'un des cocontractants assure une mission de service public administratif et que le contrat a pour objet l'exécution de ce service public administratif (C.E., Section, 13 déc. 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord*, p. 623 ; T.C., 3 mars 1969, *Société « Interlait » c. S.A.P.I.E.M.*, p. 682). De même, l'exigence d'une personne publique partie au contrat ne disparaît pas lorsque le contrat concerne un travail public (T.C., 19 janv. 1972, *S.N.C.F. c. Entreprise Solon et Barrault*, p: 944, avant que la S.N.C.F. ne devienne un établissement public industriel et commercial). Postérieurement à la jurisprudence T.C., 25 mars 1996, *Préfet du Rhône* (précité), le Conseil d'État confirme que les agents d'un organisme privé gérant un service public administratif n'ont pas la qualité d'agents contractuels de droit public, quand bien même l'organisme employeur serait étroitement lié à une personne publique et quelles que soient les modalités de fonctionnement et de financement dudit organisme (cf., à propos d'une association para-administrative, C.E., 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des Affaires culturelles*, *Dr. adm.* 1996, n° 383).

b) La personne privée mandataire d'une personne publique.

L'exigence du critère organique en matière de contrat doit évidemment être considérée comme satisfaite, lorsque l'un des cocontractants, personne privée, a contracté en qualité de mandataire d'une personne publique qui doit alors être regardée comme le véritable contractant (C.E., Section, 2 juin 1961, *Leduc*, p. 365).

c) La personne privée agissant pour le compte d'une personne publique.

L'exigence du critère organique est également satisfaite lorsque l'un des cocontractants doit, bien que n'étant pas explicitement mandataire, être considéré comme agissant pour le compte d'une personne publique.

C'est l'hypothèse des contrats de travaux publics passés par les sociétés concessionnaires pour la construction des routes nationales, autoroutes et tunnels routiers (T.C., 8 juill. 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estérel Côte-d'Azur*, p. 787 ; C. app. Paris, 2 déc. 1964, *J.C.P.* 1965 II 14357 ; T.C., 12 nov. 1984, *S.E.M. du Tunnel routier de Ste Marie-aux-Mines*, tables p. 535 ; C.E., Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région*

Rhône-Alpes, p. 69 ; C.A.A. de Lyon, 19 nov. 1992, *Société des autoroutes du Sud de la France, Dr. adm.* 1993, n° 164) et qui doivent être considérés comme des marchés de travaux publics, contrats administratifs en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII.

En revanche, les marchés passés par un concessionnaire d'autoroute avec une ou plusieurs entreprises privées et portant sur des travaux ne concernant pas les ouvrages principaux ou accessoires de l'autoroute et réalisés hors de l'emprise de cette dernière, ne constituent pas des marchés de travaux publics au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII, alors même qu'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun et que les ouvrages réalisés étaient destinés à devenir la propriété de l'Etat au terme de la concession (C.E., 9 févr. 1994, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Dr. adm.* 1994, n° 194).

Cette notion, que l'on avait pu d'abord croire limitée à des opérations de travaux publics relevant par nature de l'Etat et effectuées à titre exceptionnel par un concessionnaire, a été par la suite étendue. Doivent ainsi être également regardées comme agissant pour le compte d'une personne publique, des sociétés d'aménagement du territoire chargées d'opérations de travaux publics et réputées agir pour le compte d'une personne publique, au vu de différents indices qui peuvent varier :

— stipulations diverses prévoyant, par exemple, que l'ouvrage réalisé deviendra propriété de la personne publique,

— clauses allouant à la société d'aménagement des subventions normalement réservées à la personne publique,

— ou clauses substituant la personne publique à l'entreprise privée pour la mise en œuvre de la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs (cf. cependant, C.A.A. de Nancy, 15 avr. 1993, *Département de la Marne, Dr. adm.* 1993, n° 348 où la Cour administrative d'appel considère que les marchés conclus par une association para-administrative avec un maître d'œuvre pour l'aménagement d'un village-musée, doivent être considérés comme des marchés de travaux publics, alors même que l'association reste compétente pour mettre en œuvre la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs).

Sur l'ensemble de la question, voir : C.E., Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la Région montpelliéraine*, p. 326 ; T.C., 7 juill. 1975, *Commune d'Agde*, p. 798 ; T.C. 12 nov. 1984, *Vernoux c. Compagnie générale des eaux*, tables p. 666 ; C.E., Sect., 27 nov. 1987, *Société provençale d''équipement*, p. 383. De même a été considéré comme un marché de travaux publics le marché passé par la société Nersa, entreprise créée en application de la loi n° 72-1152 du 23 décembre 1972, en vue de la construction d'une centrale nucléaire : la loi précitée prévoit la création d'entreprises exerçant sur le sol national une activité d'intérêt européen en matière d'électricité et en conformité avec la loi du 8 avr. 1946, le personnel français de ladite société étant soumis au même statut que celui d'Electricité de France qui possède 51 % des actions de celle-ci (T.C., 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa*, p. 400).

Le contrat demeure en revanche contrat de droit privé, lorsque la société d'aménagement agit pour son propre compte, quand bien

même ledit contrat renfermerait des clauses exorbitantes du droit commun (T.C., 8 nov. 1982, *Commissaire de la République de la Région Midi-Pyrénées c. Cour d'appel de Toulouse*, p. 461).

La notion en cause n'est pas limitée à des opérations de travaux publics. Elle peut également s'appliquer lorsque l'organisme privé exécute une mission de service public administratif pour le compte d'une personne publique. Dans cette hypothèse, les contrats passés par le gestionnaire de la mission de service public administratif et ayant pour objet l'exécution même de ce service public administratif, présentent le caractère de contrats administratifs, puisqu'ils satisfont à la fois au critère organique et au critère alternatif tiré de l'objet même du contrat (C.E., Section, 18 juin 1976, *Dame Culard*, p. 319).

B. — Les travaux.

Constituera un travail public le travail immobilier effectué pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale et, *a fortiori*, dans un but de service public (C.E., 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, précité).

C. — Les biens.

Les biens appartenant à une personne privée ne peuvent pas faire partie du domaine public, quelle que soit leur affectation (C.E., Section, 8 mai 1970, *Société Nobel-Bozel*, p. 312).

En revanche, le bien appartenant à une personne privée peut être qualifié ouvrage public :

— quand il est mis à la disposition du service public (C.E., Section, 30 sept. 1955, *Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes*, p. 459),

— ou quand il constitue l'accessoire d'un ouvrage public (C.E., 14 mars 1962, *Compagnie d'assurances « Le Phénix-Accidents »*, p. 169 ; T.C., 7 juin 1982, *Logerot*, *R.D.P.* 1983, p. 863),

— ou qu'il fait partie intégrante de cet ouvrage public, tels les logements acquis par des particuliers dans des immeubles exploités par le service public des offices publics d'H.L.M.

Il peut en aller de même des voies privées mises à la disposition du public et entretenues par la commune (C.E., 30 nov. 1979, *Ville de Joeuf*, tables p. 909) ou d'un terre-plein aménagé en parc de stationnement entretenu par la commune (C.E., 19 oct. 1979, *Société « Difamelec au Roy de la Télévision »*, tables p. 909).

D. — La responsabilité extra-contractuelle.

On a longtemps considéré que la responsabilité quasi-délictuelle des organismes privés gérant un service public administratif relevait de la compétence judiciaire (cf., par exemple, C.E., Section, 9 déc. 1969, *Etablissements Delannoy*, p. 596).

Il est aujourd'hui admis que la responsabilité d'un organisme privé gérant un service public administratif relève de la compétence administrative dès lors que le dommage a été causé à l'occasion de l'exercice de prérogatives

de puissance publique qui lui ont été conférées pour l'exécution de la mission de service public dont il est investi, et de la compétence judiciaire dans le cas contraire (C.E., Sect., 13 oct. 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône*, p. 368 ; C.E., 23 mars 1983, *Société anonyme Bureau Véritas*, p. 133 ; T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la Gironde*, *Dr. adm.* 1996, n° 305).

§ 2. — Le service public industriel et commercial géré par une personne privée.

La qualité du gestionnaire et le caractère industriel et commercial de l'activité de service public contribuent à élargir la compétence du juge judiciaire, par ailleurs préservée par la théorie du bloc de compétence judiciaire dans les rapports individuels avec les usagers et les agents.

A. — Les actes.

1° Les actes unilatéraux.

Les décisions de portée générale et impersonnelle prises dans la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique et relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public industriel et commercial, constituent des actes administratifs réglementaires (T.C., 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier*, p. 789).

S'agissant des décisions individuelles, la théorie du bloc de compétence judiciaire en ce qui concerne les rapports du gestionnaire du service public industriel et commercial avec les agents ou les usagers ne connaît pas de faille : la compétence appartient au juge judiciaire.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que soit considéré comme acte administratif individuel, l'acte dont le destinataire serait un tiers.

2° Les contrats.

a) Avec les agents et les usagers.

Le caractère privé du gestionnaire s'oppose en principe à ce que les contrats qu'il passe puissent avoir un caractère administratif (cf., par exemple, T.C., 12 janv. 1987, *Compagnie des Eaux et de l'Ozone c. S.A. des Etablissements Vetillard*, p. 442). La théorie du bloc de compétence judiciaire qui gouverne les rapports individuels du gestionnaire du service public industriel et commercial avec ses agents ou les usagers, exclut par ailleurs qu'une application de la théorie du mandat ou de la notion de personne privée agissant pour le compte d'une personne publique puisse déboucher sur la signature de contrats à caractère administratif. La jurisprudence *dame Culard* ne joue que lorsque le service public en cause est un service public administratif.

La doctrine s'interroge sur le point de savoir si la jurisprudence *Jalenques de Labeau* est transposable aux entreprises publiques gérant un service public industriel et commercial constituées sous la forme du droit privé. Il n'existe pas sur ce point à notre connaissance de jurisprudence déterminante. Mais, dans sa décision du 2 mai 1988, *M. Pierre Bon* (*A.J.D.A.* 1989, p. 39), le Tribunal des conflits considère que le directeur général de la Sonacotra, entre-

prise publique nationale gérant un service public et constituée sous forme d'une société d'économie mixte, est lié à elle par un contrat de droit privé, au motif qu'un contrat entre deux personnes privées est un contrat de droit privé. Cette décision ne suffit sans doute pas à lever toutes les hésitations : il n'est pas certain que le service public géré soit un service public industriel et commercial (cf. note J.-F. Lachaume, *Dr. social* 1989, p. 693). Il est par ailleurs contesté que l'emploi occupé par M. Bon lui conférait la direction de l'ensemble de l'établissement.

La compétence demeure judiciaire quand la victime est un candidat usager (T.C., 17 oct. 1966, *Dame veuve Canasse c. S.N.C.F.*, précité) ou un usager en situation irrégulière (T.C., 5 déc. 1983, *Niddam c. S.N.C.F.*, précité). La S.N.C.F. était alors une personne morale de droit privé.

En revanche, il a été admis que si l'Etat a la qualité d'usager du service public industriel et commercial et qu'il impose dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun, la compétence appartiendra au juge administratif (C.E., 16 avr. 1969, *S.N.C.F.*, p. 194). Il en va de même quand la compétence du juge administratif est imposée par un texte (T.C., 2 mars 1970, *Société Duvoir c. S.N.C.F.*, p. 885).

b) Les relations contractuelles avec les tiers.

Les relations contractuelles entre le gestionnaire du service public industriel et commercial et les tiers seront en principe régies par le droit privé, puisque concernant des personnes privées, quel que soit l'objet ou le contenu du contrat (T.C., 17 janv. 1972, *S.N.C.F. c. Entreprise Solon et Barrault*, p. 944, s'agissant d'un contrat relatif à un travail public), avant que la S.N.C.F. ne devienne un établissement public industriel et commercial (loi du 30 déc. 1982).

Il ne pourrait en aller autrement dans une telle hypothèse que si le gestionnaire du service public industriel et commercial agissait en qualité de mandataire d'une personne publique ou pour son compte : dans ce cas, le critère organique étant satisfait, on pourrait, par exemple, être en présence :

— d'un marché de travaux publics au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII (T.C., 7 juill. 1975, *Commune d'Agde*, p. 798),

— ou d'un contrat administratif par son objet (T.C., 16 mai 1983, *S.A. Compagnie toulousaine de transports*, tables p. 659, à propos d'un contrat de sous-traitance conférant une partie de l'exécution du service public industriel et commercial au co-contractant),

— ou encore d'un contrat administratif par son contenu, c'est-à-dire comportant des clauses exorbitantes du droit commun (T.C., 15 janv. 1979, *Payan c. Société des autoroutes du Sud de la France*, tables p. 793, *a contrario*).

Il reste enfin que le contrat conclu entre deux personnes privées peut être administratif par détermination de la loi (Décret-Loi du 17 juin 1938 s'agissant des contrats portant occupation du domaine public ; cf., T.C., 15 janv. 1979, *Payan c. Société des autoroutes du Sud de la France précité, a contrario*).

B. — La responsabilité quasi délictuelle.

A l'égard des candidats usagers ou des usagers en situation irrégulière dont il est difficile de considérer qu'ils sont dans une situation contractuelle, la compétence appartient à la juridiction judiciaire, quand bien même le dommage trouverait son origine dans un ouvrage public ou un travail public (arrêts *Dame veuve Canasse c. S.N.C.F. et Niddam c. S.N.C.F.*, précités).

A l'égard des tiers, la compétence pour connaître de la responsabilité extra-contractuelle du gestionnaire du service public industriel et commercial, appartient en principe au juge judiciaire, à moins que le dommage ne trouve son origine dans un travail public ou dans un ouvrage public (C.E., Section, 24 nov. 1967, *Ministre des Travaux publics et des transports c. demoiselle Labat*, p. 444).

Bien qu'il soit relativement rare que le gestionnaire du service public industriel et commercial soit doté de prérogatives de puissance publique, on ne peut pas, semble-t-il, écarter que les dommages causés aux tiers à l'occasion de la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique relèvent de la compétence administrative, en application de la jurisprudence *Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône* et, *S.A. Bureau Véritas*.

C. — Renvoi.

S'agissant des travaux et des biens, cf. Travaux et Biens du service public administratif géré par une personne privée.

TROISIÈME PARTIE

LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS

1. — Typologie des modes de gestion des services publics.

On ramène généralement à trois les modes principaux de gestion des services publics ;

— la régie, par laquelle la collectivité territoriale qui a créé le service public en assure elle-même la gestion, avec ses propres moyens matériels, humains et financiers ;

— le procédé de l'établissement public par lequel une institution publique spécialisée, créée par voie législative ou réglementaire, se voit confiée une mission de service public (dévolution statutaire du service public) ;

— la concession, technique par laquelle la collectivité publique concède la gestion d'un service public à une personne privée et qui s'analyse en une dévolution contractuelle du service public.

On a pu souligner à juste raison (cf., G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, P.U.F., 12e éd., t. 2, p. 755) le caractère imparfait de cette présentation, en mettant en évidence par exemple qu'un établissement public pouvait avoir la qualité de concessionnaire, tel Electricité de France. Il en résulte que le procédé de la régie, technique par laquelle la personne publique territoriale gère elle-même le service public, s'oppose aux autres techniques de dévolution du service public qui font appel à une personne ou à un organisme distinct de la collectivité territoriale. On peut ainsi opposer gestion directe et gestion indirecte du service public.

Les procédés de gestion indirecte appellent eux-mêmes des précisions complémentaires quant à la nature publique ou privée de l'organisme gestionnaire du service public et quant à la technique juridique utilisée pour conférer la mission de service public au gestionnaire. Or, comme nous l'avons rappelé,

- il n'existe pas de coïncidence entre un mode de dévolution déterminé et la nature de l'organisme gestionnaire ;
- la technique de la concession peut conduire à confier la gestion du service public à un établissement public et non pas nécessairement à une personne privée, de telle sorte que le mode de dévolution contractuel du service public ne peut être considéré comme une technique visant à confier le service public exclusivement à des personnes privées ;
- la technique de la dévolution statutaire est elle aussi susceptible d'être utilisée pour confier la gestion du service public à une personne publique (établissement public) mais également à une personne privée.

Le service public est donc géré :

— soit par une personne publique territoriale agissant directement (procédé de la régie) ou par le biais d'un établissement public (procédé de gestion indirecte),

— soit par une personne privée, physique ou morale, assurant elle aussi une gestion indirecte du service public.

La distinction personne publique — personne privée pose, comme nous l'avons vu (cf. Section 3 ; « La qualification de l'organisme gestionnaire »), parfois quelques problèmes dont la solution ne se trouve pas facilitée par le terme « entreprise publique », utilisé pour qualifier à certaines conditions le gestionnaire intervenant dans le secteur industriel et commercial.

2. — Le cas des entreprises publiques.

Une entreprise publique est une personne morale intervenant dans le secteur industriel et commercial dans laquelle l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics ou d'autres entreprises publiques détiennent, séparément ou conjointement, au moins la majorité absolue du capital social (C.E., Ass., 24 nov. 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (C.F.D.T.) et autre*, p. 465 et, du même jour, *Schwartz et autres*, p. 467 ; C.E., Ass., 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne*, p. 435).

Il en résulte que les entreprises publiques peuvent exister tant au niveau national qu'au niveau local, telles les sociétés d'économie mixte (cf. loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales).

a) Nature juridique.

Leur forme juridique peut être, ou publique, ou privée :

— soit des personnes morales de droit public constituées sous forme d'établissements publics industriels et commerciaux, tels E.D.F., G.D.F., la S.N.C.F., la R.A.T.P.

— soit des personnes morales de droit privé gérant ou non un service public. Il peut s'agir de sociétés dont l'Etat détient la totalité du capital social et qui sont constituées sur le modèle des sociétés anonymes. Il peut s'agir également de sociétés d'économie mixte, à capital majoritairement public.

Certaines de ces entreprises publiques gèrent une activité de service public. C'est le cas, par exemple, de la S.N.C.F., de la R.A.T.P., d'E.D.F., de G.D.F., d'Air France, de la Banque de France. D'autres n'ont pas d'activité de service public : les banques nationalisées, les compagnies d'assurances, Renault.

La majeure partie du secteur public procède de vagues de nationalisations successives qui ont été opérées, d'abord sous le gouvernement du Front populaire en 1936-1937, puis, après la seconde Guerre mondiale, en 1945-1946 et, enfin, en 1992, sous le gouvernement de la Gauche.

Le nombre des entreprises publiques est aujourd'hui en régression. La loi du 2 juillet 1986 a organisé le transfert au secteur privé des participations majoritaires détenues directement ou indirectement par l'Etat dans 65 sociétés, essentiellement dans le secteur de la banque et des assurances. Mais, du fait de la crise connue par la Bourse en octobre 1987, ce programme n'a pu être mené à bien : 29 entreprises ont été privatisées, en particulier, le Crédit Commercial, la Société Générale,

la Compagnie financière Paribas, la Compagnie financière de Suez, la Compagnie Générale d'Electricité, Saint-Gobain, Havas, TF 1...

A la suite des élections présidentielles et législatives de 1988, le mouvement de « privatisation » s'est poursuivi sous forme de prises de participations minoritaires du secteur privé dans des sociétés nationales telles que Elf-Aquitaine, Total, Rhône-Poulenc, au cours de l'année 1992.

Après la défaite de la Gauche aux élections législatives de 1993, la seconde cohabitation marque la reprise des privatisations, organisée par la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 (*J.O.*, 21 juill., p. 10255), qui concerne des entreprises publiques du secteur concurrentiel. Monsieur Durupty évalue, au 31 décembre 1991, à 2622 le nombre d'entreprises du secteur public dont 107 sont contrôlées directement par l'Etat (M. Durupty, « La privatisation banalisée », *A.J.D.A.* 1993, p. 712 et s.). La nouvelle vague de privatisations, en cours ou réalisées, concerne 21 groupes :

— 12 groupes dont la privatisation était déjà prévue par la loi du 2 juillet 1986 mais qui n'avait pu être menée à son terme (Banque Hervet, Crédit lyonnais, Banque nationale de Paris, Société marseillaise de crédit, société centrale du Groupe des Assurances Nationales, société centrale des Assurances Générales de France, société centrale Union des Assurances de Paris, Pechiney, Rhône-Poulenc S.A., Thomson S.A., société nationale Elf-Aquitaine, Compagnie des machines Bull),

— et 9 nouveaux groupes dont la privatisation est programmée (Caisse centrale de réassurance, C.N.P. Assurances, Aérospatiale - société nationale industrielle, Usinor Sacilor, Société nationale d'études et de construction de moteurs d'aviation, Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, Régie nationale des usines Renault, Compagnie générale maritime, Compagnie nationale Air France),

auxquelles viennent s'ajouter : la Banque française du Commerce extérieur, la Société La Carbone Lorraine, la Banque Laydernier, la Compagnie française de navigation rhénane, la Compagnie financière de C.I.C. et de l'Union européenne.

b) Régime juridique.

Au-delà de leur diversité, les entreprises publiques sont en principe régies par les règles du droit privé. On notera que des textes particuliers peuvent déroger à ce principe : cf., par exemple, la loi du 2 juillet 1990 qui conserve au personnel de la poste et des télécommunications son statut d'agent public ; le personnel fonctionnaire de France Télécom conserve son statut dans la nouvelle entreprise nationale.

Dans l'hypothèse où elles gèrent un service public industriel et commercial, leur régime juridique sera, soit celui des personnes privées gérant un service public industriel et commercial, soit celui des personnes publiques gérant un service public industriel et commercial.

Il faut préciser cependant que les établissements publics industriels et commerciaux ne peuvent recourir à l'arbitrage (C.E., Ass., 13 déc. 1957, *S.N.V.S.*, p. 677), sauf régime dérogatoire. Le compromis est en principe proscrit sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics (art. 2060 du Code civil), sauf autorisation de la loi : par exemple, fondé sur la loi du 17 avril 1906, l'article 247 du Code des marchés publics ou bien la loi du 30 décembre 1982

précitée en ce qui concerne la S.N.C.F. Par ailleurs, le second alinéa de l'article 2060 du Code civil dispose que des catégories d'établissements publics industriels et commerciaux peuvent être autorisées par décret à compromettre. Encore faut-il préciser que ces dispositions ne concernent que des litiges existants car elles doivent être combinées avec l'article 2061 du Code civil. Aux termes de ce dernier, « la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi » de telle sorte que le compromis autorisé ne peut porter que sur un litige existant (cf. avis du Conseil d'Etat, 6 mars 1986, *E.D.C.E.* 1987, p. 178). Dans sa formation contentieuse, le Conseil d'Etat (Section, 3 mars 1989, *Société des Autoroutes de la Région Rhône-Alpes (A.R.E.A.), R.F.D.A.* 1989, p. 619) annule la clause compromissoire contenue dans un marché de travaux publics (ainsi qualifié en application de la jurisprudence *Peyrot*), au motif qu'aucune disposition législative n'autorisait les signataires d'un marché de travaux publics à inclure une telle clause dans ce marché. Il annule également par voie de conséquence la sentence arbitrale rendue sur le fondement de la clause illégale.

En outre, les établissements publics industriels et commerciaux, comme toutes les personnes publiques, ne peuvent faire l'objet de voies d'exécution de droit privé (Cass. civ. 1re ch., 21 déc. 1987, *Bureau de Recherches Géologiques et Minières (B.R.G.M.) c. Société S.A. Lloyd Continental, R.F.D.A.* 1988, p. 771).

La loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, modifiée par celle du 25 juillet 1985, a fixé des règles d'organisation communes au plus grand nombre des entreprises publiques, en ce qui concerne en particulier la composition des conseils d'administration ou de surveillance (représentants de l'Etat et le cas échéant des actionnaires, personnalités choisies à raison de leurs compétences, représentants élus des salariés). Cf. également le décret n° 94-582 du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics et entreprises du secteur public (*J.O.* 13 juill., p. 10084).

Les entreprises publiques font l'objet d'un contrôle particulier du Parlement et de la Cour des Comptes.

La loi de nationalisation du 11 février 1982, article 53, a institué un Haut Conseil du Secteur public auprès du Premier Ministre, chargé de suivre l'évolution du secteur public et de faire toutes propositions concernant sa gestion.

CHAPITRE I. — L'EXPLOITATION DIRECTE DU SERVICE PUBLIC : LA RÉGIE

Le terme régie, qui désigne un mode de gestion d'un service public, recouvre des situations juridiques diverses.

En principe, l'appellation de régie ne devrait s'appliquer qu'à des hypothèses où la collectivité territoriale gère elle-même le service public.

Dans la pratique, le terme régie est parfois utilisé abusivement ; c'est le cas, par exemple, de la Régie autonome des Transports parisiens (R.A.T.P.) ou des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière de l'article L. 2221-10 du C.G.C.T.

Le concept de régie n'est pas incompatible en revanche avec une individualisation financière du service.

Section 1. — Définition de la régie

§ 1. — Caractéristiques de la régie.

Un service public est géré en régie quand son organisation et son fonctionnement sont assurés directement par la collectivité territoriale qui l'a créé. Le service géré en régie directe ne dispose pas de la personnalité morale. Il n'est qu'un service non personnalisé de la collectivité territoriale et seuls, l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées, peuvent exploiter un service public en régie. La gestion par un établissement public ou par un organisme privé ne peut donc être qualifiée régie, sauf dans l'hypothèse où l'organisme privé gestionnaire n'apparaît que comme un paravent de la collectivité territoriale et où il n'a pas d'autonomie juridique réelle (C.E., 26 févr. 1982, *Epoux Birem*, tables p. 554).

A. — Les régies faussement qualifiées.

Le terme régie ne devrait pas être utilisé pour qualifier la Régie autonome des Transports parisiens qui est, comme on l'a vu, un établissement public industriel et commercial.

De même, la qualification établissement public industriel et commercial serait mieux adaptée pour désigner, dans l'article L. 2221-10 du C.G.C.T., les services dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

Le terme régie paraît également abusif pour désigner les régies de transports publics d'intérêt local instituées sur le fondement du décret du 29 octobre 1980 (art. 15), pris en application de la loi du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local ou, encore, les régies locales d'électricité créées sur le fondement du décret du 8 octobre 1917 et exploitées sous forme de concession.

B. — Le cas de la régie intéressée.

La régie intéressée est une technique peu utilisée ; elle consiste en la possibilité pour une collectivité territoriale de confier la gestion d'un service public à une personne privée qui perçoit une rémunération dont le montant peut être augmenté en fonction des résultats de l'exploitation (d'où la qualification de régie intéressée). C'est la collectivité territoriale qui en principe supportera les pertes éventuelles.

Cette technique se situe à mi-chemin entre la régie directe et la concession, ainsi que l'admet la circulaire du ministère de l'Intérieur du 13 décembre 1975 (*B.O.* Ministère de l'Intérieur, déc. 1975). Elle se rapproche de la concession en ce qu'elle consiste à confier la gestion du service public à une personne privée mais elle s'apparente également à la régie dans la mesure où le gestionnaire apparaît en fait comme un mandataire de la collectivité territoriale.

§ 2. — Le recours à la régie.

A. — Caractères des services publics gérés en régie.

La régie apparaît comme le mode le plus ancien de gestion des services publics. Bien que cette technique ne soit pas exclue pour la gestion des services publics industriels et commerciaux (T.C., 14 mai 1990, *Epoux Laperrouze et M.A.I.F.*, précité ; C.E., Sect., avis du 10 avr. 1992, *S.A.R.L. Hofmiller*, précité), elle paraît la mieux adaptée pour la gestion des services publics administratifs dans la mesure où la mission classique des collectivités territoriales n'est pas de se livrer à une activité industrielle et commerciale.

Il existe néanmoins des régies industrielles, tant au niveau de l'Etat (tels les arsenaux, le Service des Poudres, le Service des Alcools, celui des Monnaies et Médailles, l'Imprimerie Nationale avant sa transformation en société nationale par la loi n° 93-1419 du 31 décembre 1993 (*J.O.*, 1er janv. 1994, p. 17), la Manufacture de Sèvres ou celle des Gobelins) qu'au plan local (article L. 2221-1 du C.G.C.T.). Ces régies sont dotées, soit de la personnalité morale et de l'autonomie financière auquel cas il s'agit d'établissements publics, soit de la seule autonomie financière.

B. — Les raisons du choix.

Le procédé de la régie confère à la collectivité territoriale une maîtrise complète sur la gestion du service public qui est placé sous la direction des organes exécutifs de la collectivité territoriale dont il dépend. Cf., par exemple, loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, article 25 concernant les départements et rendu applicable aux régions par la loi du 6 janvier 1986 relative à l'organisation des régions ; article L. 2122-18 du C.G.C.T.

La régie est parfois le seul mode de gestion concevable pour faire fonctionner des services publics dont toute rentabilité est exclue.

L'exploitation en régie directe évite par ailleurs la création d'organismes écrans n'ayant pas d'existence effective dont la gestion est régulièrement dénoncée par la Cour des Comptes.

Section 2. — L'organisation des services en régie

§ 1. — La spécialisation par services.

Chaque collectivité publique territoriale connaît, à un degré plus ou moins développé, un découpage en services exploités en régie.

Ainsi en va-t-il au niveau de l'Etat, de la répartition des services par département ministériel, chaque ministère étant lui-même divisé selon des modalités variables : secrétariat général, commissariat, directions générales, directions, bureaux, sections.

La plupart des ministères disposent en outre de services extérieurs déconcentrés au niveau régional et départemental, eux-mêmes divisés en bureaux.

En ce qui concerne les collectivités territoriales décentralisées, l'individualisation des services existe également, parfois réduite à sa plus simple expression dans les petites communes rurales.

Cette répartition fonctionnelle des activités des services publics conduit certes à une individualisation des services mais ceux-ci ne sont pas pour autant dotés de la personnalité morale.

§ 2. — L'individualisation financière : les régies dotées de l'autonomie financière.

Bien que non personnalisés, les services publics exploités en régie disposent parfois d'une certaine autonomie, comme le montre l'exemple des régies industrielles et commerciales. Ainsi les régies industrielles et commerciales de l'Etat font-elles l'objet d'un budget annexe, distinct de celui de l'Etat. Les déficits éventuels du budget annexe seront comblés par le budget de l'Etat et c'est à ce dernier que bénéficieront les excédents éventuels.

Mais c'est surtout dans les collectivités territoriales décentralisées que cette individualisation est la plus pratiquée pour la gestion des services publics industriels et commerciaux.

Si l'on laisse de côté les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière qui sont de véritables établissements publics, l'article L. 2221-4 du C.G.C.T. prévoit la possibilité pour les communes d'exploiter directement des services publics à caractère industriel et commercial dotés de la seule autonomie financière.

Leur création est décidée par délibération du conseil municipal qui détermine leur règlement intérieur et leurs moyens.

A. — Leur organisation administrative.

La régie est administrée, sous l'autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil d'exploitation et un directeur (art. R. 323-81 du Code des communes).

Les membres du conseil d'exploitation sont nommés et révoqués par le conseil municipal.

Le directeur est nommé par le maire, après avis du conseil d'exploitation.

Cf. articles R. 323-84 à R. 323-95 du Code des communes.

B. — Leur régime financier.

Les recettes et les dépenses d'exploitation de chaque régie font l'objet d'un budget distinct du budget de la commune.

Le budget de la régie est préparé par le directeur, soumis à l'avis du conseil d'exploitation, présenté par le maire et voté par le conseil municipal (art. R. 323-103). Il doit être équilibré en recettes et dépenses (art. L. 2224-1 du C.G.C.T.).

L'article 2224-2 pose le principe de l'interdiction pour les communes de prendre en charge dans leur budget propre « des dépenses au titre de ces services publics » mais prévoit un certain nombre d'exceptions.

CHAPITRE II. — LA GESTION DU SERVICE PUBLIC PAR UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC

La création d'un établissement public correspond en principe à la volonté de l'autorité publique compétente de mettre en place une structure autonome visant, par son activité, à satisfaire une ou plusieurs missions de service public déterminées.

Même si la notion d'établissement public connaît une crise importante, on peut, selon la conception admise, dégager les éléments caractéristiques de ces institutions publiques spécialisées. Leurs règles de création résultent de la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution. Leur régime juridique est conditionné à la fois par la nature publique de l'établissement et par le caractère administratif ou industriel et commercial de l'activité de service public en cause.

Section 1. — Les caractéristiques de l'établissement public

L'établissement public est une entité autonome, une personne morale, de droit public, rattaché à une collectivité territoriale et créé pour la gestion d'une mission de service public pour laquelle il est spécialisé.

§ 1. — Une personne morale de droit public.

A. — La personnalité morale.

En tant qu'entité dotée de la personnalité morale, l'établissement public dispose d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de la collectivité territoriale à laquelle il est rattaché. L'existence d'un établissement public s'inscrit donc dans un processus de décentralisation par service, dans la mesure où la reconnaissance d'une personnalité juridique distincte est une condition nécessaire à une véritable décentralisation.

Ayant une personnalité juridique propre, l'établissement public se distingue ainsi des autorités administratives indépendantes, type Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.), Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), Commission des opérations de bourse (C.O.B.) ou Médiateur qui, pour être indépendantes de l'Etat, ne disposent pas pour autant de la personnalité morale.

En tant que personne morale, l'établissement public bénéficie d'une autonomie administrative et financière plus ou moins étendue.

1° L'autonomie administrative.

Sur le plan administratif, l'établissement public est géré par des organes plus ou moins autonomes.

a) Un organe délibérant.

Cet organe règle par ses délibérations les actes de gestion les plus importants mais son autonomie est fonction des statuts de l'établissement public.

Il vote le budget, définit les grandes orientations mais sa marge d'appréciation varie beaucoup d'un type d'établissement à l'autre, d'autant plus qu'il est souvent soumis à l'influence de l'organe exécutif, mieux informé, plus compétent.

En toute hypothèse, l'étendue des pouvoirs attribués à l'autorité délibérante n'est pas le seul paramètre à prendre en considération pour mesurer l'autonomie de cet organe. La composition de ce conseil entre elle-même en ligne de compte :

— le recrutement par élection ou cooptation offre aux membres du conseil une garantie d'indépendance (universités, chambres de commerce, chambres d'agriculture, chambres des métiers) ;

— en revanche, la nomination par la collectivité territoriale de rattachement d'une partie des membres de l'organe délibérant (centres communaux d'action sociale, caisses des écoles), n'est pas de nature à offrir de telles garanties, même si l'on peut constater que le mode de désignation n'est pas à lui seul déterminant.

Pour les établissements publics industriels et commerciaux nationaux, la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public impose une composition tripartite où sont représentées les différentes catégories de personnes intéressées par le bon fonctionnement de l'établissement public : représentants de l'Etat, représentants du personnel, personnalités compétentes ou représentants des usagers. L'Etat fixe le nombre de représentants pour chaque catégorie, les représentants du personnel devant disposer cependant d'au moins un tiers des sièges.

S'agissant des établissements publics industriels et commerciaux locaux, le décret du 6 mai 1988 donne à l'organe délibérant de la collectivité territoriale la compétence pour déterminer le nombre des membres du conseil d'administration (de 3 à 15), les catégories de personnes parmi lesquelles ils peuvent ou doivent être choisis et la compétence pour désigner les membres eux-mêmes.

b) L'organe exécutif.

Il prépare et exécute les délibérations du conseil d'administration.

1. S'agissant des établissements publics administratifs, c'est parfois le président du conseil d'administration qui exerce également les fonctions de directeur (président d'université, par exemple). Mais les deux fonctions peuvent être assumées par des personnes différentes.

2. S'agissant des établissements publics industriels et commerciaux nationaux, la dualité de l'exécutif est la règle. Le président du conseil d'administration et le directeur général sont nommés par décret. Leur rôle respectif est déterminé par les statuts de l'établissement public qui donnent, tantôt à l'un, tantôt à l'autre, le rôle prédominant.

3. Dans les établissements publics industriels et commerciaux locaux, le président du conseil d'administration contrôle le directeur général mais c'est le directeur qui exerce effectivement les attributions de l'exécutif.

2° L'autonomie financière.

L'établissement public dispose d'un patrimoine. L'autonomie financière est le complément nécessaire de l'autonomie juridique et la condition d'une véritable décentralisation. En sa qualité de personne morale, l'établissement public dispose d'un budget propre (état de prévision pour les établissements publics industriels et commerciaux nationaux). Ce budget est préparé par l'exécutif et voté par l'organe délibérant.

Les établissements publics administratifs sont soumis aux règles de la comptabilité publique. Les établissements publics industriels et commerciaux nationaux et locaux dotés d'un comptable public appliquent également, avec quelques assouplissements, les règles de la comptabilité publique. Les établissements publics industriels et commerciaux nationaux non pourvus d'un comptable public sont gérés selon les mêmes règles que les entreprises privées.

Il apparaît à l'évidence que l'autonomie financière de l'établissement public ne peut être réalisée que si cet établissement dispose d'une maîtrise suffisante sur ses ressources et sur ses dépenses. Or, très souvent, les établissements publics administratifs tirent l'essentiel de leurs ressources des subventions versées par la collectivité territoriale de rattachement. Les éablissements publics industriels et commerciaux, quant à eux, disposent d'une meilleure maîtrise de leurs ressources mais subissent les contraintes liées à l'activité de service public qu'ils assurent, l'Etat ne pouvant ignorer la politique des grands établissements publics industriels et commerciaux nationaux.

3° La responsabilité.

La personnalité juridique de l'établissement public fait écran entre la victime d'un dommage causé par son activité et la collectivité territoriale de rattachement. L'établissement public est donc responsable sur son patrimoine propre des dommages qu'il cause.

B. — Le caractère public de la personne morale.

— Parce qu'il est une personne publique, l'établissement public dispose des prérogatives attachées à cette qualité : possibilité de prendre des actes administratifs unilatéraux réglementaires ou individuels, de signer des contrats administratifs (cf. *supra*, Le droit applicable aux services publics gérés par une personne publique).

— Il est à l'abri des voies d'exécution du droit commun (Cass. civ. 1re ch., 21 déc. 1987, *Bureau de Recherches Géologiques et Minières (B.R.G.M.) c. S.A. Lloyd Continental*, précité).

— En revanche, sauf dérogation législative, l'établissement public ne peut recourir à l'arbitrage.

§ 2. — Le principe du rattachement.

L'établissement public est en principe rattaché à une collectivité territoriale. On distingue ainsi :

— les établissements publics nationaux, tels E.D.F., la S.N.C.F., la R.A.T.P., les universités, les chambres de commerce, etc. Ces établissements publics nationaux sont placés sous la tutelle de l'Etat. Leur statut détermine l'autorité ou les autorités chargées de leur contrôle et l'étendue de ce contrôle, puisqu'il n'y a pas de tutelle sans texte, ni de tutelle au-delà des textes ;

— les établissements publics locaux : communaux, départementaux, régionaux.

Pour certains établissements publics, le rattachement à une collectivité territoriale n'est pas toujours évident. Ainsi les ports autonomes sont-ils rattachés à une chambre de commerce, elle-même établissement public dont le caractère national est parfois discuté.

§ 3. — Une personne publique spécialisée.

Les établissements publics ont pu apparaître pendant longtemps comme les seules institutions publiques spécialisées. Aujourd'hui, le doute est permis.

La situation se complique de surcroît, du fait de la qualification d'établissement public donnée à certaines institutions dont la mission de service public n'apparaît pas clairement.

Enfin, le développement des établissements publics territoriaux conduit à une spécialité définie plus ou moins largement.

A. — Le principe de spécialité comme caractéristique de l'établissement public.

On doit admettre avec Monsieur Braibant (conclusions sur l'arrêt C.E., 29 avr. 1970, *Société Unipain*, *A.J.D.A.* 1970, II, 430) que l'Etat, par définition, n'a pas de spécialité. Il a une vocation générale pour l'ensemble des activités qui ne sont pas, soit confiées à une autre personne morale de droit public, soit réservées au secteur privé.

Il en résulte que les personnes publiques autres que l'Etat sont soumises à ce principe. Mais il ne fait pas de doute que c'est à l'égard des établissements publics, institutions spécialisées, que le principe emporte les conséquences les plus évidentes.

Les textes institutifs créant l'établissement public déterminent l'objet de son activité, c'est-à-dire la mission pour laquelle il est spécialisé. Cette spécialité concerne une ou plusieurs activités connexes et détermine l'étendue des compétences de l'établissement public.

Il en résulte, par exemple, que :

— un établissement public ne pourrait accepter un don ou un legs grevé d'une charge qui n'entrerait pas dans le champ de sa spécialisation ;

— ou, encore, une chambre d'agriculture ne peut, sans méconnaître sa spécialité, assurer la maîtrise d'œuvre de la construction d'un foyer de jeunes (C.E., 28 sept. 1984, *Conseil régional de l'Ordre des architectes de Bourgogne*, p. 309).

Pour autant, l'établissement public n'est pas aujourd'hui le seul type d'institution publique spécialisée.

La loi d'orientation et de programmation de la recherche du 15 juillet 1982 a créé des groupements d'intérêt public, sans en préciser la nature juridique. Mais la loi sur l'enseignement supérieur du 26 janvier 1984, qui prévoit la création de groupements d'intérêt public universitaires, précise qu'il s'agit de personnes morales de droit public.

Dans un avis du 15 octobre 1985 (*E.D.C.E.* 1986, p. 189), le Conseil d'Etat a considéré que les groupements d'intérêt public créés jusqu'alors étaient, comme le spécifie la loi du 26 janvier 1984 précitée, des personnes morales de droit public. Cela semble indiquer qu'il ne s'agirait pas pour autant d'établissements publics, même si leur création est assujettie aux mêmes règles que celles qui régissent la création des établissements publics. Pour d'autres exemples de groupements d'intérêt public, cf. par exemple, la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne, la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire... et voir *supra*, p. 13.

Les groupements d'intérêt public font aussi renaître, sous une autre forme, la question des personnes publiques innomées, c'est-à-dire n'appartenant ni à la catégorie des collectivités territoriales, ni à celle des établissements publics. Question qu'avait fait naître la jurisprudence *Monpeurt* (C.E., 31 juill. 1942, précité) à propos des comités d'organisation professionnels du régime de Vichy. Les concernant, le Conseil d'Etat affirmait qu'il ne s'agissait pas d'établissements publics, sans pour autant affirmer qu'il s'agissait d'organismes privés (cf. également, C.E., 2 avr. 1943, *Bouguen*, précité). Cette question, le Conseil d'Etat semble l'avoir tranchée (C.E., 7 déc. 1984, *Centre d'études marines avancées*, p. 413), en qualifiant ce type d'organisme, d'organisme privé.

B. — Etablissement public et mission de service public.

Force est de constater également que tous les établissements publics n'assurent pas une mission de service public. Cf. T.C., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, précité, à propos des associations syndicales de propriétaires ; cf. également, l'Entreprise de recherche et d'activités pétrolières (E.R.A.P.), l'Entreprise minière et charbonnière (E.M.C.), les Houillères de bassin.

Il reste que, dans la quasi totalité des cas, l'établissement public gère des activités de service public. La difficulté provient du fait que la compétence d'attribution de l'établissement public peut être relativement étendue et regrouper des missions de service public de caractère différent : administratif ou industriel et commercial.

C. — Etendue des compétences de l'établissement public.

Le principe de spécialité se perd quelque peu du fait des établissements publics territoriaux : syndicats intercommunaux à vocation multiple, districts, communautés urbaines, qui exercent des attributions très diverses, même si leur compétence demeure une compétence d'attribution déterminée par les statuts.

Enfin, on ne peut méconnaître que le principe de spécialité est souvent interprété extensivement pour les établissements publics industriels et commerciaux nationaux qui sont tenus, pour des raisons économiques, de di-

versifier leur activité. Ainsi la loi du 30 décembre 1982 (loi d'orientation des transports intérieurs), dont l'article 18 transforme la S.N.C.F. en établissement public industriel et commercial, lui donne compétence pour exercer toute activité qui se rattache directement ou indirectement au chemin de fer. Cf. également l'avis rendu le 7 juillet 1994 (*R.F.D.A.* 1994, p. 1156) où le Conseil d'Etat « admet une certaine marge légale de diversification » à EDF et GDF :

— Sont ainsi considérés comme complément normal, « les activités qui valorisent le savoir-faire de l'entreprise et favorisent les échanges technologiques » ; l'éclairage public, le traitement des déchets (EDF) et des ordures ménagères (GDF) à l'exclusion de la collecte et de la mise en décharge, les activités d'ingénierie se rapportant à leur mission ;

— Sont en revanche exclues des activités nouvelles telles que la cartographie, la télésurveillance, la domotique ou encore les réseaux cablés.

Dans un jugement rendu le 25 mai 1994 (*Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie, Dr. adm.* 1995, n° 351), le Tribunal administratif de Paris considère qu'« il est de la nature même des établissements publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, de n'avoir d'autre objet que celui qui leur a été spécialement attribué par leurs règles constitutives ; qu'ils ne peuvent avoir d'activités que s'inscrivant dans la limite que définit ledit objet ; que ces activités doivent en conséquence avoir un rapport direct avec cet objet, soit que, sauf à méconnaître les impératifs d'une bonne gestion du patrimoine des établissements, elles résultent nécessairement de leur mission, soit qu'elles contribuent étroitement à l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci, soit, enfin, qu'elles soient connexes à leurs activités principales ou puissent leur être annexées sans les dénaturer ».

Section 2. — **La création des établissements publics**

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le législateur est seulement compétent pour créer de nouvelles catégories d'établissements publics. Il appartient donc au pouvoir réglementaire de créer les établissements publics rentrant dans des catégories préexistantes. L'appartenance ou non à une catégorie préexistante commande donc la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire.

A l'heure actuelle, sont réputés faire partie de la même catégorie les établissements dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle (nationale, régionale, départementale, communale) et qui ont une spécialité analogue (Cons. const., 25 juill. 1979, p. 45, à propos de l'Agence nationale pour l'emploi ; C.E., 11 oct. 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique C.F.D.T. et autre*, p. 278).

On peut faire à ce propos quatre remarques :

1. Première remarque : lorsqu'il est compétent, le législateur décide non seulement de la création de la nouvelle catégorie d'établissements publics mais détermine, également, les règles constitutives, c'est-à-dire la mission et les principes en gouvernant l'organisation et le fonctionnement (Cons. const., 27 nov. 1959, p. 67, à propos de la R.A.T.P. ; également, Cons. const., 19 mars 1964, p. 33, à propos de l'ex-R.T.F.).

2. Deuxième remarque : le Conseil constitutionnel a modifié sensiblement sa jurisprudence quant aux critères de l'appartenance à une catégorie préexistante.

Auparavant, il considérait (Cons. const., 18 juill. 1961, p. 39, à propos de l'Institut des Hautes Etudes d'outre-mer), qu'appartenaient à la même catégorie les établissements ayant le même caractère administratif ou industriel et commercial, exerçant leur activité sous la même tutelle administrative et ayant une spécialité étroitement comparable.

Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel décide qu'il n'y a plus lieu de retenir le critère tiré du caractère de l'établissement (Cons. const., 25 juill. 1979, précité ; C.E., 11 oct. 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique C.F.D.T.*, précité). Par ailleurs, l'exigence d'une spécialité étroitement comparable, interprétée déjà très souplement, disparaît pour laisser place à l'exigence d'une spécialité simplement analogue (Cons. const., 30 mai 1979, p. 44, à propos de l'Agence nationale de valorisation de la recherche).

3. Troisième remarque : un établissement public peut constituer à lui seul une catégorie, dès lors qu'il est sans équivalent au plan national, tels la R.A.T.P., le C.N.R.S.

4. Quatrième remarque : dans l'hypothèse de transformation d'un établissement public administratif national en établissement public industriel et commercial, seul le législateur peut priver les agents de leur qualité de fonctionnaire (C.E., Ass., 29 janv. 1965, *L'Herbier*, p. 60).

Cette évolution jurisprudentielle vient confirmer l'absence de caractère déterminant de la qualification administrative ou industrielle et commerciale conférée à l'établissement public par les textes institutifs (cf. sur ce point, la distinction service public administratif - service public industriel et commercial, *supra*, p. 21 et s.). Le régime juridique applicable sera celui des personnes publiques gérant un service public administratif ou un service public industriel et commercial, selon les cas.

Par ailleurs, les précisions que peuvent apporter les textes institutifs quant au caractère de l'établissement public (par exemple, établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ou, établissements publics à caractère scientifique et technologique), n'ont pas par elles-mêmes d'incidence sur le régime juridique applicable : celui-ci sera en l'occurence celui d'une personne publique gérant un service public administratif.

CHAPITRE III. — LA DÉVOLUTION CONTRACTUELLE DU SERVICE PUBLIC

Les modalités de dévolution à un organisme public ou privé d'une activité de service public sont variées. Elles portent sur tout ou partie d'un service public dont la gestion est confiée à un organisme autonome.

Les techniques de dévolution sont elles-mêmes diverses. Outre les techniques conventionnelles qui feront l'objet de nos développements, la loi ou le règlement peuvent être utilisés à cette fin.

Il est ainsi relativement fréquent que le législateur :

— crée un organisme privé auquel il confère une mission de service public. Par exemple :

- centres de lutte contre le cancer (T.C., 20 nov. 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis »*, p. 879),
- fédérations départementales de chasse (C.E. 4 avr. 1962, *Chevassier*, p. 244) ;

— ou qualifie d'activité de service public tout ou partie de l'activité d'un organisme privé (*cf. loi du 16 juill. 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives ; voir également*, C.E., Section, 22 nov. 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, p. 576).

Les organismes privés susceptibles de se voir conférer une activité de service public sont eux aussi divers : sociétés anonymes, associations de la loi de 1901, fondations, syndicats professionnels, sociétés mutualistes...

Les délégations de service public sont aujourd'hui soumises à des règles communes. Chaque type de délégation conserve cependant ses caractéristiques.

Section 1. — Les contrats de délégation de service public Généralités

L'expression contrat de délégation de service public, déjà utilisée dans une circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion déléguée des services publics locaux (*J.O.*, 20 déc. 1987, p. 14863), est reprise à son compte par le législateur dans la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*J.O.* 8 févr., p. 2064) et dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*J.O.* 30 janv., p. 1588), modifiée par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (*J.O.* 10 août, p. 11668) et par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public (*J.O.* 9 févr., p. 2186).

La notion de délégation de service public désigne les contrats par lesquels la personne publique confie à un organisme autonome, le plus souvent privé, le soin de gérer une activité de service public.

La frontière entre délégation de service public et marché d'entreprise de travaux publics peut paraître incertaine.

Dans un avis rendu le 18 janvier 1991, la Section des finances du Conseil d'État a estimé qu'un contrat ayant pour objet la réalisation ou la réhabilitation ainsi que le gros entretien ultérieur d'un bâtiment public affecté au service public et prévoyant le versement d'une rémunération forfaitaire périodique par la personne publique contractante, maître de l'ouvrage, ne saurait être regardé comme une concession de service public. La Section des finances du Conseil d'État soulignait que le titulaire du contrat ne percevait aucune redevance pour service rendu de la part des usagers avec lesquels il ne nourrit d'ailleurs aucune relation contractuelle (Réponse ministérielle n° 27975, *Dr. adm.* 1995, n° 669).

En formation contentieuse, le Conseil d'État (11 déc. 1963, *Ville de Colombes*, *Rec.* p. 611) a considéré que le contrat par lequel la Ville de Colombes avait chargé une société d'assurer l'enlèvement des ordures ménagères et qui prévoyait, au profit de la société, non le versement de redevances par les usagers mais une rémunération forfaitaire à la charge de la ville, ne constituait pas un contrat de concession de service public mais un marché d'entreprise de travaux publics.

Récemment, le Conseil d'État paraît considérer que le contrat de délégation de service public se distingue du marché public par le fait que la rémunération du cocontractant est *substantiellement assurée* par les résultats de l'exploitation du service (C.E., 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc*, *Dr. adm.* 1996, n° 355).

La formulation peut paraître ambiguë dans la mesure où elle laisse entendre que la rémunération du cocontractant, si elle doit être substantiellement dépendante des résultats de l'exploitation, semble pouvoir provenir tant de la personne publique contractante que des usagers (cf. note J.-B. A., *Dr. adm.* 1996, n° 355).

Mais cette interprétation ne paraît pas la seule possible.

Une analyse très différente est en effet proposée par D. Chauvaux et T.-X. Girardot, Maîtres des requêtes au Conseil d'État (*A.J.D.A.* 1996, p. 729 et s.) qui considèrent que la formulation retenue par le Conseil d'État en 1996 résulte d'une maladresse de rédaction et que l'expression résultat d'exploitation doit être comprise comme signifiant recette d'exploitation, ce qui exclut toute rémunération par l'administration. Le fait que le Conseil d'État évoque une rémunération *assurée* par les résultats d'exploitation du service et non pas une rémunération déterminée par lesdits résultats exclut également, aux yeux des commentateurs, l'hypothèse d'une rémunération versée par la collectivité publique.

Il reste que le terme substantiellement est lui aussi ambigu et que le terme essentiellement eût été sans doute préférable.

Il reste également que la gérance ou la régie intéressée ne devraient pas alors échapper au code des marchés publics, sauf à considérer, comme le proposent les commentateurs, le gérant et le régisseur comme des mandataires de la personne publique.

On rappellera que, par leur objet, les contrats par lesquels une personne publique confie à son cocontractant l'exécution de tout ou partie d'une mission de service public sont des contrats administratifs, quel que soit le caractère (administratif ou industriel et commercial) du service public en cause (C.E., 4 mars 1910, *Thérond*, p. 193 ; C.E., Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, p. 167).

La loi soumet les délégations de service public à une procédure de passation visant à la transparence et organise à cette fin une publicité et une mise en concurrence inspirée de la procédure de l'appel d'offre restreint.

§ 1. — Le champ d'application de la loi du 29 janvier 1993.

La loi du 29 janvier 1993 s'applique à l'ensemble des contrats de délégation de service public des personnes morales de droit public (art. 38), les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics faisant l'objet de quelques dispositions particulières (titre II, chapitre IV, section 2).

Ses dispositions ne s'appliquent pas lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ou lorsque le service public est confié à un établissement public, à condition toutefois que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de cet établissement (art. 41). Elles ne s'appliquent pas non plus lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 700 000 francs ou que la convention couvre une durée supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 450 000 francs par an (art. 5, loi du 8 févr. 1995 préc.).

§ 2. — L'apport de la loi du 29 janvier 1993.

A. — Quant au choix du délégataire.

La collectivité publique conserve le libre choix du mode de gestion du service public, régie directe ou délégation (C.E., 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau et autres*, p. 13).

Traditionnellement, la collectivité publique disposait également du libre choix de son délégataire (C.E., Ass., 14 févr. 1975, *Epoux Merlin et Association de défense des habitants des quartiers de Super-La-Ciotat et de Ceyreste*, p. 109, à propos d'une concession de travaux publics et de service public). Ce n'est que dans l'hypothèse où la collectivité publique avait décidé spontanément de lancer un appel d'offre en déclarant retenir le prix comme mode de sélection qu'elle perdait cette liberté de choix (C.E., 21 sept. 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze c. S.A.R.L. Alpha Ambulances*, tables p. 1105).

La loi du 29 janvier 1993 impose une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentielles. Mais après cette mise en concurrence, la personne publique reste libre du choix de son délégataire. Il ne s'agit donc, ni d'une procédure comparable à l'adjudication, ni même d'une procédure calquée sur l'appel d'offre dont pourtant elle s'inspire. La loi précise en effet que les offres présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. L'objet de la loi est autre : il est d'organiser une transparence.

B. — Quant à la transparence.

La loi prévoit une procédure de publicité (article 38), avec des dispositions particulières pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics et une procédure de contrôle (art. 40-I dans sa rédaction résultant de la loi du 8 févr. 1995 préc.).

1° Dispositions générales.

La publicité doit être organisée conformément au décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi (*J.O.* 26 mars, p. 4773). Cette publicité s'opère par une insertion dans une

publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. On notera qu'aucune publication n'est imposée au *Journal officiel des Communautés européennes*.

L'insertion précise la date limite de présentation des offres qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication. Elle indique également les modalités de présentation des offres.

L'autorité compétente dresse la liste des candidats admis à présenter une offre et adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager (article 38 de la loi et décret du 24 mars).

Il s'agit donc d'une procédure directement inspirée de l'appel d'offre restreint si ce n'est, et c'est fondamental, que l'autorité délégante négocie ensuite librement avec les candidats.

L'article 2 de la loi du 8 février 1995, article 40-I nouveau, ajoute : « Le délégataire produit chaque année avant le premier juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. »

2° Dispositions particulières aux collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics.

Sur ce point, la loi du 29 janvier 1993 vient compléter les dispositions de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, dont l'article 52 est abrogé.

a) La loi du 6 février 1992.

Pour l'essentiel, la loi du 6 février 1992 introduit plus de transparence dans les conventions de délégation de service public, outre la possibilité de consulter les électeurs de la commune sur les décisions que les autorités municipales sont appelées à prendre pour régler les affaires de la compétence de la commune (art. 21).

Aux termes de l'article 19, le dispositif des délibérations approuvant une convention de délégation de service public fait l'objet d'une insertion dans une publication locale. Ces dispositions s'appliquent également aux délibérations de même nature des assemblées délibérantes des établissements publics de coopération intercommunale, des conseils généraux et régionaux et des établissements publics de coopération interdépartementale et interrégionale.

La loi prévoit, dans son article 14, que, dans les communes de 3500 habitants et plus, les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués qui doivent être remis à la commune en application de conventions de délégation de service public sont mis à la disposition du public à la mairie dans les quinze jours qui suivent leur réception. Le public est informé de cette réception par voie d'affichage. Ces dispositions s'appliquent aux établissements publics administratifs communaux, aux établissements publics de coopération intercommunale et aux syndicats mixtes de l'article L. 166-5 du Code des communes. Elles s'appliquent également aux départements, aux régions, à leurs établissements publics de coopération et aux syndicats mixtes de l'article L. 5721-2 du C.G.C.T qui comprennent un département ou une région.

Les électeurs ont aussi accès aux aspects techniques et financiers de la gestion, à l'exception des informations couvertes par le secret en application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, article 6.

L'article 30, § III améliore l'information des conseillers municipaux en prévoyant que, dans les communes de 3500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. Cet article précise que, si la délibération concerne un contrat de service public — et la délégation de service public en fait sans aucun doute partie —, le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces pourra être consulté par tout conseiller municipal. Ces dispositions s'appliquent également aux établissements publics de coopération intercommunale et aux syndicats mixtes de l'article L. 5721-2 du C.G.C.T.

L'article 47 dispose enfin, § 3, que les conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'Etat dans le département à la chambre régionale des comptes ; il en informe l'autorité territoriale concernée. La chambre régionale formule ses observations dans le délai d'un mois. L'avis est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'Etat. Cet avis est mis à la disposition du public (article 13).

b) La loi du 29 janvier 1993.

1. Les règles de procédure.

Aux termes de la loi du 29 janvier 1993, les assemblées délibérantes se prononcent sur le principe de toute délégation de service public, au vu d'un rapport présentant le document décrivant les caractéristiques des prestations du délégataire.

Les membres de la commission compétente pour ouvrir les offres sont élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste, ce qui permet à la minorité d'être représentée.

La commission est présidée par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant ; elle est composée de cinq membres (de trois membres dans les communes de moins de 3500 habitants). Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent avec voix consultative.

La commission formule un avis et l'autorité habilitée à signer la convention peut engager des négociations avec un ou plusieurs candidats ayant présenté une offre.

Elle arrête son choix qui doit être approuvé par l'assemblée délibérante à laquelle elle transmet, quinze jours au moins avant la délibération, le rapport de la commission, la liste des entreprises admises à présenter une offre, les motifs du choix et l'économie générale du contrat. L'assemblée délibérante se prononce, dans un délai de deux mois au moins après la saisine de la commission, sur le choix du délégataire et le contrat de délégation.

La commission est également saisie de tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 %. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (art. 8, loi du 8 févr. 1995).

Le recours à la négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après une mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'a été acceptée par la collectivité publique.

2. Le contrôle.

Ces contrats de délégation de service public sont soumis à la procédure de transmission et de contrôle de légalité des actes. La notification de la transmission figure sur la convention notifiée au candidat choisi. Le préfet est avisé de la date de cette notification dans un délai de quinze jours.

La mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics est étendue aux conventions portant délégation de service public (article 49).

Enfin, en cas de manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, le recours juridictionnel institué par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 (article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) est étendu aux conventions de délégation de service public qui pourront donc faire l'objet d'un recours en forme de référé auprès du président du tribunal administratif. Ce recours est ouvert à toute personne ayant intérêt à conclure le contrat ainsi qu'au préfet dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou par un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence (article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel).

C. — Quant à la durée de la délégation.

L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 pose comme principe que les délégations de service public doivent être limitées dans leur durée par la collectivité publique en fonction des prestations demandées au délégataire. Dans l'hypothèse où les installations sont à la charge du délégataire, la durée de la délégation ne peut dépasser la durée normale d'amortissement desdites installations.

Des prolongations sont possibles pour deux types de motifs :

— pour des motifs d'intérêt général et la prolongation ne peut alors excéder un an,

— ou lorsque le délégataire a dû, à la demande du délégant, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique, réaliser des investissements matériels non prévus par le contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir sans une augmentation excessive de prix. Cette rédaction, issue de la loi du 8 février 1995, exclut donc les investissements immatériels et, en particulier, les travaux d'étude.

Pour les personnes publiques autres que l'Etat, la prolongation, quelqu'en soit le motif, ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

D. — Quant au contenu de la convention.

Visant à prévenir la corruption, la loi précise (article 40) que les délégations de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prendrait à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.

Elle précise enfin que les redevances versées par le délégataire dans des conventions de type affermage et le droit d'entrée doivent être justifiés dans leur montant et leur mode de calcul.

Section 2. — Les modes de gestion des services publics délégués

§ 1. — La concession de service public.

Dans son acception classique, la concession de service public est une convention par laquelle une personne publique (le concédant) confie à une personne, physique ou morale, privée ou parfois publique (le concessionnaire), le soin d'assurer pendant un temps déterminé la gestion d'un service public.

Le concessionnaire agit à ses risques et périls, mais sous le contrôle du concédant, et perçoit une rémunération constituée par les redevances acquittées par les usagers à l'occasion du service rendu.

Fréquemment, le concessionnaire est en outre chargé de réaliser les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, de telle sorte que la concession porte à la fois sur un travail public et sur un service public.

A. — Le choix du concessionnaire.

Le choix du concessionnaire s'effectue désormais selon les règles précitées de la loi du 29 janvier 1993.

Le concessionnaire est le plus souvent une personne à capitaux purement privés. Il peut s'agir également d'une société d'économie mixte. Les textes prévoient parfois la concession à une personne publique ; ainsi, E.D.F. et G.D.F., établissements publics industriels et commerciaux, ont-ils la qualité de concessionnaires. Plus curieusement, un décret du 26 juillet 1975 concède aux départements de l'Indre et du Loir-et-Cher l'exploitation et l'entretien du Cher canalisé.

Le concessionnaire doit être en principe de nationalité française. Cf. Décret-Loi du 12 novembre 1938 et les dérogations qu'il prévoit et le décret du 15 avril 1970 au bénéfice des ressortissants de l'Union européenne.

B. — La nature juridique de la concession.

1° Les documents de la concession.

Les documents de la concession sont de 2 types :

— la convention proprement dite qui constate l'accord entre le concédant et le concessionnaire,

— *et le cahier des charges qui détermine, si l'on s'en tient à l'essentiel*, l'objet de la concession, sa durée, les droits et obligations respectifs du concédant et du concessionnaire, les rapports avec les usagers. Il existe à cet égard des cahiers des charges types, élaborés par l'Etat, qui n'ont cependant qu'une valeur indicative à l'égard des collectivités territoriales décentralisées (loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions).

2° L'analyse contractuelle.

L'analyse contractuelle, qui caractérisait à l'origine la concession de service public, a été l'objet de nombreuses critiques mettant l'accent sur le fait que, l'acte de concession fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du service public, il devait être considéré comme un véritable règlement et non comme un acte purement conventionnel entre le concédant et le concessionnaire.

Le recours à la technique de la stipulation pour autrui, où le concédant serait le stipulant, le concessionnaire le promettant et l'usager le tiers bénéficiaire, se heurte à l'impossibilité d'identifier ce dernier.

3° La théorie de la nature juridique double.

Les documents de la concession auraient un caractère conventionnel dans les rapports concédant — concessionnaire et un caractère réglementaire dans les rapports avec le public.

Mais il resterait à expliquer comment une même disposition peut changer de caractère juridique en fonction des personnes auxquelles elle s'applique.

4° La théorie de l'acte mixte.

La plus communément admise aujourd'hui, la théorie de l'acte mixte consiste à distinguer dans la concession de service public les clauses purement contractuelles de celles qui, étant une manifestation de volonté de la seule personne publique concédante, ont un caractère réglementaire.

Appartiennent à la première catégorie, les clauses qui déterminent la durée de la concession, les avantages financiers et autres consentis par le concédant au concessionnaire (avances, garanties d'emprunt, exclusivité).

Les autres dispositions ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement du service public s'analysent, elles, comme des actes réglementaires, ce qu'elles auraient été à coup sûr si le service public avait été exploité en régie.

Il en résulte, puisque ces dispositions constituent de véritables règlements, qu'elles peuvent servir de fondement à un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte du concédant les violant ou refusant de contraindre le concessionnaire à les respecter (C.E., 21 déc. 1906, *Syn-*

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
DES GREFFES

dicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, p. 962).

Comme pour tout acte réglementaire, nul n'a droit à leur maintien et il appartient donc à l'autorité concédante, pour faire face aux exigences de l'intérêt général, de les modifier.

En revanche, et cela est plus surprenant, elles ne peuvent pas elles-mêmes faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part des usagers ou des tiers (voir, par exemple, C.E., Ass., 16 avr. 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, p. 97).

Ces dispositions peuvent servir également de fondement à un recours de plein contentieux (C.E., Section, 7 nov. 1958, *Société « Electricité et eaux de Madagascar »*, p. 530).

Il reste que l'appartenance de certaines dispositions à l'une ou l'autre catégorie est parfois incertaine. C'est le cas en particulier des dispositions fixant le tarif des redevances dont on peut pourtant considérer que, constituant un élément de l'organisation et du fonctionnement du service public, elles doivent être rangées dans la catégorie des dispositions réglementaires, soit que le concédant fixe un plafond, soit qu'il se réserve le pouvoir de les approuver, soit qu'il les fixe lui-même.

C. — Les droits et obligations du concessionnaire.

1° Les obligations du concessionnaire.

a) Nature des obligations.

1. L'obligation d'exécuter personnellement.

Le concessionnaire étant choisi *intuitu personae*, il a l'obligation d'assurer personnellement la mission de service public dont il est investi par l'acte de concession. Toute cession à un tiers, non autorisée préalablement par le concédant, est nulle. Les héritiers du concessionnaire bénéficient cependant, sauf disposition contraire du cahier des charges, d'un droit à poursuivre l'exploitation du service public.

2. L'obligation de respecter les « lois » du service public.

Le concessionnaire doit en particulier veiller à la continuité du service public et à son adaptation.

α Assurer la continuité du service public.

Alors même que la gestion du service public se heurterait à des difficultés imprévues, financières ou autres, le concessionnaire ne peut pas en principe interrompre le fonctionnement du service public et, encore moins, abandonner purement et simplement son activité (C.E., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, p. 125 ; C.E., 18 juin 1982, *S.A.R.L. Sud-Pacifique Navigation*, tables p. 667).

β Adapter le service public.

Le concessionnaire doit adapter son activité de service public aux exigences de l'intérêt général. Il n'y a pas de

difficultés particulières, lorsque l'adaptation était prévue dans l'acte de concession.

En cas de silence de l'acte de concession, le concédant peut mettre en œuvre son pouvoir de modification unilatérale, pour imposer au concessionnaire un fonctionnement normal du service public (C.E., 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, p. 216).

Ce pouvoir de modification unilatérale, longtemps discuté (cf. *supra*, le principe d'adaptation du service public), n'est cependant pas sans limite :

— tout d'abord, ces modifications ne peuvent affecter les avantages financiers du concessionnaire ;

— ensuite, les modifications imposées ne peuvent excéder une certaine ampleur. Quand il apparaît que la modernisation des techniques ou l'accroissement du service nécessaires pour faire face à l'évolution de l'intérêt général n'étaient pas envisageables au moment de la signature de l'acte de concession et aboutissent à la création d'un service public nouveau, le concédant doit proposer au concessionnaire un avenant au contrat de concession. Celui-ci pourra le refuser et sera alors réputé avoir renoncé à son privilège d'exclusivité pour les besoins nouveaux à satisfaire (C.E., 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, p. 5 ; C.E., 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, p. 508).

— enfin, les modifications qui entraînent une rupture de l'équilibre financier de la concession ouvrent droit à une compensation financière au bénéfice du concessionnaire.

b) Sanctions des obligations du concessionnaire.

1. Le pouvoir de sanction.

En pratique, les sanctions susceptibles d'être infligées au concessionnaire sont prévues au cahier des charges. Mais cela ne constitue pas une condition de leur légalité.

— L'administration peut prononcer des sanctions d'office et, si une liste de sanctions a été prévue au cahier des charges, elle n'a pas un caractère limitatif.

— Sauf disposition contraire, la sanction est précédée d'une mise en demeure. Elle est prononcée par le concédant, en vertu du privilège du préalable. La seule exception est constituée par la déchéance qui, sauf disposition contraire du cahier des charges, ne peut être prononcée que par le juge administratif. Cela est particulier à la concession de service public, comme est particulier le pouvoir du juge d'annuler ces sanctions.

2. Les sanctions applicables.

Elles sont de trois types :

α **Les sanctions pécuniaires.**

Ces sanctions pécuniaires consistent :

— soit en des pénalités contractuelles : celles-ci sont prévues au cahier des charges, ont un caractère forfaitaire et sont encourues de plein droit, dès lors que le concessionnaire a failli à l'obligation qu'elles sanctionnent ;

— soit en des dommages et intérêts qui réparent le préjudice subi par le requérant et dont le montant est fonction de l'étendue du préjudice subi.

β **La mise sous séquestre.**

La mise sous séquestre permet au concédant de se substituer temporairement au concessionnaire quand celui-ci n'assure pas le fonctionnement du service public. Le concédant ou le tiers qu'il délègue agit alors aux risques et périls du concessionnaire.

La mise sous séquestre, mesure temporaire, sera suivie d'un retour à la normale ou de la déchéance du concessionnaire.

γ **La déchéance.**

La déchéance met fin à l'acte de concession. Elle est en principe prononcée par le juge administratif, à moins que le cahier des charges n'ait attribué ce pouvoir au concédant.

2° Les droits du concessionnaire.

Les stipulations contractuelles de l'acte de concession peuvent prévoir divers avantages au profit du concessionnaire qui bénéficie, en outre, du droit à l'équilibre financier (que l'on trouve dans tous les contrats administratifs) et du droit de percevoir une redevance sur l'usager.

a) Les avantages consentis au concessionnaire.

— Il peut s'agir d'avantages financiers, telles des avances, des garanties d'emprunt, des subventions.

— Il peut s'agir de privilèges accordés au concessionnaire : par exemple, exclusivité dans l'occupation du domaine public, privilège d'exploitation exclusive par lequel le concédant s'interdit de faire appel à des entreprises concurrentes ou d'autoriser leur implantation.

b) Le droit à l'équilibre financier.

Ce droit n'est pas particulier à la concession de service public. Il vise à compenser les charges supportées par le concessionnaire pour faire face à l'évolution de l'intérêt général. Ces compensations financières interviennent en cas d'aggravation des charges imposées par l'autorité concédante :

— soit en vertu des prérogatives que lui confère le contrat et il suffit alors d'appliquer ledit contrat,

— soit en application de la théorie du fait du prince,

— soit en application de la théorie de l'imprévision.

c) Le droit à la redevance.

Le concessionnaire est rémunéré par la redevance qu'acquitte l'usager à l'occasion du service rendu. Il ne s'agit pas de recettes fiscales (C.E., 13 mai 1977, *Société « Compagnie financière et industrielles des autoroutes » et autres* , p. 219). Le plus souvent, les tarifs pratiqués sont indexés, de telle sorte que la théorie de l'imprévision trouve peu à s'appliquer.

D. — La fin de la concession.

La concession peut prendre fin par l'arrivée du terme prévu par l'acte de concession ou de manière anticipée.

1° L'arrivée du terme extinctif.

La concession ayant été prévue pour une durée déterminée, l'arrivée du terme fixé par les parties entraîne de plein droit la fin de la concession (cf. par exemple, la concession accordée à la S.N.C.F. qui a pris fin le 31 décembre 1982, date à laquelle la S.N.C.F. a été transformée en établissement public industriel et commercial — loi d'orientation des transports intérieurs précitée).

Des possibilités de renouvellement peuvent avoir été prévues initialement ou négociées ultérieurement. En pratique, à conditions égales, le concessionnaire sortant bénéficie d'un droit de préférence en cas de renouvellement de la concession (C.E., 6 janv. 1972, *Société Gaz et Eaux*, p. 1).

Une prorogation de la concession initiale peut également être négociée par les parties, dans les cas et conditions prévues par la loi du 29 janvier 1993.

2° La fin prématurée de la concession.

Elle peut intervenir par sanction, par rachat, du fait de la force majeure ou par changement dans la personne du concessionnaire.

a) Par sanction.

1. Par sanction du concessionnaire : la déchéance.

Elle intervient à titre exceptionnel, en cas de faute grave du concessionnaire.

La déchéance est en principe prononcée par le juge administratif, à moins que le cahier des charges n'ait reconnu ce pouvoir au concédant.

2. Par sanction du concédant : la résiliation aux torts et griefs.

La résiliation aux torts et griefs suppose une faute grave du concédant.

Elle est prononcée par le juge administratif et s'accompagne d'une indemnisation du concessionnaire.

b) Par rachat.

Le rachat peut résulter d'un accord entre le concessionnaire et le concédant ou être imposé unilatéralement par ce dernier.

1. Le rachat conventionnel.

Le plus souvent, la possibilité de rachat est prévue au bénéfice de l'autorité concédante dans l'acte de concession, ou négociée entre les parties. Il s'agit alors d'un rachat conventionnel qui s'effectuera dans les conditions prévues par les parties.

2. Le rachat unilatéral.

Imposé par l'autorité concédante, ce pouvoir de rachat existe toujours à son bénéfice. Il ne s'agit pas d'une sanction mais de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation que l'on rencontre dans tous les contrats administratifs. Ce rachat intervient pour des motifs d'intérêt général imposant l'abandon de l'activité de service public en cause ou un changement dans son mode de gestion (C.E., Ass., 2 févr. 1987, *Société T.V. 6*, p. 28).

Le concessionnaire a droit à une indemnisation dont le montant sera déterminé par le juge et couvrira les pertes subies et le manque à gagner pour l'avenir.

c) Par la force majeure.

Au cas de force majeure rendant définitivement impossible la poursuite de l'exploitation par le concessionnaire, il sera mis fin à la concession.

d) Par changement dans la personne du concessionnaire.

« Les règles générales applicables même sans texte aux concessions du service public autorisent l'autorité concédante à prononcer la résiliation d'une telle concession attribuée à une personne morale lorsqu'elle constate que, par suite de mouvements affectant la répartition du capital social, le concessionnaire ne présente plus les garanties techniques financières ou de tout autre ordre au vu desquelles la concession avait initialement été attribuée » (C.A.A. de Lyon, plén., 9 avr. 1991, *Société les Téléphériques du Massif du Mont-Blanc et autre*, p. 513). La loi du 29 janvier 1993 qui ne remet pas en cause l'intuitu personae du contrat de délégation de service public, ne devrait pas modifier cette jurisprudence.

Le concessionnaire est indemnisé de la valeur des actifs qu'il doit céder au concédant.

3° La répartition des biens à l'échéance de la concession.

A la fin de concession, les biens sont répartis entre le concédant et le concessionnaire conformément au cahier des charges, qui distingue les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres.

a) Les biens de retour.

Ces biens appartiennent au concédant ou ont été acquis par le concessionnaire mais sont nécessaires au fonctionnement du service public. Ils font retour au concédant gratuitement.

Par exception, le concessionnaire aura droit à une indemnisation, lorsque les investissements auront été réalisés quelque temps avant la fin de la concession et n'auront pu de ce fait être amortis.

b) Les biens de reprise.

Ce sont des biens qui peuvent être acquis par le concédant en fin de concession moyennant une indemnisation du concessionnaire.

c) Les biens propres.

Les biens n'appartenant ni à l'une, ni à l'autre des catégories précédentes, sont considérés comme des biens propres et demeurent propriété du concessionnaire.

§ 2. — Les autres modes de dévolution contractuelle du service public.

Outre l'affermage et la régie intéressée qui sont deux techniques de dévolution contractuelle du service public nettement caractérisées, d'autres conventions sans qualification particulière peuvent également être le fondement d'une dévolution du service public.

A. — L'affermage.

Les caractéristiques de l'affermage permettent de le distinguer de la concession de service public.

1° Les caractéristiques de l'affermage.

L'affermage est une convention à durée déterminée par laquelle la personne publique confie à un tiers, le fermier, le droit d'exploiter un service public. Les modalités en sont les suivantes :

a) La personne publique affermante fournit à son cocontractant les moyens nécessaires à l'exploitation du service public. Si la réalisation des ouvrages et installations objet de l'exploitation incombe à la collectivité publique, il s'agit d'un contrat d'affermage et non d'une concession (C.A.A. de Paris, 21 sept. 1992, *Société Entreprise Jérôme*, *Dr. adm.* 1993, n° 17).

b) Le fermier verse à la collectivité publique affermante une redevance forfaitaire, en contrepartie du droit d'exploiter le service public.

c) Le fermier gère le service public à ses risques et périls.

d) Le fermier se rémunère grâce aux redevances versées par les usagers à l'occasion du service rendu.

2° La distinction concession — affermage.

Deux caractéristiques essentielles distinguent l'affermage de la concession :

a) Quant aux frais d'établissement.

A la différence du concessionnaire, le fermier ne supporte pas les charges des frais d'établissement ; ceux-ci sont supportés par l'affermant (C.A.A. de Paris, 21 sept. 1992, *Société Entreprise Jérôme*, précité). Ceci explique que le fermier doive acquitter une redevance à l'affermant.

Ceci explique également que, le fermier n'ayant pas d'investissements lourds à amortir, l'affermage soit d'une durée plus courte que la concession.

b) Quant à la rémunération du gestionnaire.

A la différence du concessionnaire, le fermier ne conserve pas la totalité des redevances acquittées par les usagers à l'occasion du service rendu. Il en reverse une partie à l'affermant, en contrepartie du droit d'exploiter le service public. Mais la pratique s'écarte parfois de ce schéma.

On notera que rien ne s'oppose à ce que l'affermage succède à la concession de service public.

B. — La régie intéressée.

La régie intéressée résulte elle aussi d'une convention par laquelle la personne publique confie à un régisseur, personne publique ou privée, le soin de gérer un service public.

La régie intéressée présente deux caractéristiques :

— l'une tenant au mode de rémunération du régisseur,

— l'autre, aux rapports entre le régisseur et la personne publique.

1° La situation juridique du régisseur.

Alors que le concessionnaire et le fermier gèrent le service public pour leur propre compte, à leurs risques et périls, le régisseur, lui, agit pour le compte de la personne publique. Cette technique est donc plus proche du mandat que de la concession ou de l'affermage. Tout dépend finalement de l'autonomie laissée au régisseur qui se trouve, du point de vue juridique, dans une situation intermédiaire, selon les contrats, entre la situation du concessionnaire ou du fermier et celle du mandataire.

2° La rémunération du régisseur.

La qualification régie intéressée trouve sa justification dans le fait que le régisseur doit être incité à améliorer les résultats de son exploitation (C.E., Section, 10 mars 1950, *Département de la Seine c. Société des Transports en commun de la région parisienne*, p. 162).

Le régisseur n'est pas rémunéré par les usagers à l'occasion du service rendu, ce qui le distingue du concessionnaire ou du fermier. Sa rémunération est versée par la personne publique. Elle est constituée de primes de gestion : le résultat financier n'étant pas le seul élément d'appréciation, la qualité du service rendu, les économies réalisées, l'extension d'activité ainsi que d'autres éléments de la

gestion, peuvent entrer en ligne de compte et viennent compléter une rémunération fixe.

C. — La gérance.

Le gérant du service public agit pour le compte de la collectivité publique qui en contrepartie le rémunère et assume le risque financier. Le gérant est donc une sorte de prestataire de services.

Il perçoit une rémunération fixe qui peut être complétée par des primes ; il se trouve donc dans une situation proche de celle du régisseur.

D. — Les contrats non qualifiés.

Le service public peut être délégué à un tiers par d'autres procédés contractuels que la concession, l'affermage, la régie intéressée ou la gérance. Il s'agit de contrats administratifs innomés qui peuvent parfois être de simples accords verbaux. L'arrêt époux Bertin (C.E., Section, 20 avril 1956, précité) en fournit une illustration.

On indiquera en conclusion que, par un avis du 7 avril 1987, le Conseil d'Etat précise que le contrat nommé ou innomé par lequel un entrepreneur se voit confier la charge d'un service public, n'est pas un marché public et n'est donc pas soumis au Code des marchés publics. Cf. également la circulaire du Ministère de l'Intérieur du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services (*J.O.* du 20 déc. 1987, p. 14863).

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Actes,
— mixte, 100.
— non réglementaire, 63, 68, 71, 75.
— réglementaire, 63, 67, 71, 75.
Actes d'autorité, 6, 7.
Actes de gestion, 6, 7.
Adaptation du service public (principe d'—), 46 et s., 101 et s.
Administrateur-juge, 5.
Affermage, 106 et s.
Agents du serice public, 48, 56 et s.
— des services publics administratifs, 64 et s.
— des services publics industriels et commerciaux, 68, 69, 75.
— obligation de réserve des —, 57.
Arbitrage, 80, 88.

C

Cahier des charges, 100.
Circonstances exceptionnelles, 41.
Clause compromissoire, 80.
Clauses exorbitantes du droit commun, 16, 24, 64 et s., 68 et s., 72 et s., 76.
Clauses réglementaires, 100.
Collaborateurs occasionnels du service public, 44 et s.
Comités d'organisation, 12 et s., 90.
Comptable public, 24, 69.
Concession de service public, 78 et s., 99 et s., 106.
Concessionnaire de service public, 45 et s., 99, 101 et s.
Constitution,
— article 34, 30 et s., 91 et s.
— article 37, 37.
Continuité du service public (principe de —), 40 et s., 101.
Contrats,
— administratifs, 64 et s., 68 et s., 72 et s.
— de droit privé, 72, 75 et s.

D

Déchéance, 103, 104.
Délégation de service public, 93 et s.
Différence (droit à la —), 52.
Discriminations,
— catégorielles, 50 e s.
— au sein d'une catégorie, 54 et s.
Domaine privé,
— gestion du —, 10 et s., 16.
Domaine public,
— biens du —, 67, 69, 74.

E

Ecole du service public, 8 et s.
Egalité devant le service public (principe d'—), 48 et s.
— d'accès à la fonction publique, 56 et s.
— de traitement, 50 et s.
Entreprises publiques, 75, 79 et s.
Etablissements publics, 16, 19 et s., 86 et s.
— à double visage, 22 et s.
— à visage inversé, 23 et s.
— création des —, 91 et s.
— locaux, 87 et s.
— nationaux, 87 et s.
Etablissements d'utilité publique, 19 et s.
Etat débiteur (théorie de l'—), 7.

F

Fonctionnaires de fait (théorie des —), 41, 45.
Force majeure, 45, 105.

G

Gérance, 108.
Gratuité du service public, 61 et s.
Grève (droit de —), 40 et s.
Groupements d'intérêt public, 13, 90.

I

Imprévision (théorie de l'—), 45 et s., 104.
Intérêt général, 53 et s., 55.

J

Justice retenue, 5.

L

Laïcité, 58 et s.
Liberté d'entreprendre, 31.
Liberté du commerce et de l'industrie, 31, 34 et s.

M

Mandat, 72, 76.
Mise sous séquestre, 46, 103.
Modification unilatérale (pouvoir de —), 47, 101 et s.
Monopole, 18, 29.
Mutabilité du service public (principe de —), Voir *Adaptation du service public.*

N

Nationalisations, 30, 79.
Neutralité du service public (principe de —), 56 et s.

O

Objecteurs de conscience, 60.
Ordres professionnels, 12 et s.
Organismes privés gérant un service public, 12 et s., 17 et s., 70 et s., 75 et s.
Ouvrages publics, 74 et s.

P

Ports autonomes, 23, 25.
Prérogatives de puissance publique, 18, 19, 71, 74, 77.

R

Rattachement (principe du —), 89.
Régie, 78 et s., 82.
— inéressée, 83, 107.
Régime exorbitant du droit commun, 64, 68 et s.
Résiliation aux torts et griefs, 104.
Responsabilité,
— à l'égard des agents, 67, 69.
— à l'égard des tiers, 67, 70.
— à l'égard des usagers, 67, 70, 77.
— extracontractuelle, 74, 77.

S

Sanctions pécuniaires, 103 et s.
Séparation des autorités administrative et judiciaire, 4 et s.
Service d'intérêt général, 1.
Service d'intérêt économique général, 1.
Service public,
— notion, 1, 8 et s., 16 et s.
Services publics,
— accès aux —, 49.
— création des —, 30 et s.
— locaux, 31 et s.
— régime juridique des —, 30 et s.
— suppression des —, 35 et s.
— virtuels (théorie des —), 18.
Service public administratif,
— géré par une personne privée, 70 et s.
— géré par une personne publique, 63 et s.
Service public industriel et commercial,
— critères du —, 25 et s.
— géré par une personne privée, 75 et s.
— géré par une personne publique, 67 et s.
Service public social, 14.
Service universel, 1.
Socialisme municipal, 33.
Société d'économie mixte, 79.
Spécialité (principe de—), 89 et s.

T

Tiers,
— contrats avec les —, 64 et s., 69, 76 et s.
— responsabilité à l'égard des —, 67, 70, 77.
Travaux publics, 66, 69, 72 et s.

U

Usagers,
— candidats —, 49, 68, 70, 76, 77.
— du service public administratif, 47, 64, 66, 68.
— du service public industriel et commercial, 48, 68, 70, 75 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE SERVICE PUBLIC

Chapitre I. — L'apparition du concept : l'École de Bordeaux . 4

Section 1. — L'apport de l'arrêt Blanco (T.C., 8 févr. 1873) 4

§ 1. — Son contexte 4

A. — *Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire* 4
B. — *Les raisons d'être de ce principe* 5
C. — *Les conséquences de ce principe* 5

§ 2. — Sa portée 6

A. — *Le contenu de l'arrêt Blanco* 6
B. — *Les conséquences de l'arrêt Blanco* 7

Section 2. — L'École du service public : le service public comme critère 8

Chapitre II. — La crise du critère du service public 10

Section 1. — Les limites originelles du critère du service public . 10

Section 2. — Les atteintes au concept lui-même 11

§ 1. — Toutes les activités des personnes publiques ne sont pas des activités de service public 11

§ 2. — Toutes les activités de service public ne sont pas le fait de personnes publiques 11

A. — *La jurisprudence Caisse primaire « Aide et protection »* 11
B. — *Les arrêts Monpeurt et Bouguen* 12
C. — *Les groupements d'intérêt public* 13

Section 3. — Remise en cause de l'unité du régime juridique applicable aux services publics 13

§ 1. — La gestion privée à l'occasion du service public 14

§ 2. — L'apparition des services publics industriels et commerciaux 14

§ 3. — L'apparition, puis la disparition, des services publics sociaux 14

Chapitre III. — La qualification « service public » dans la jurisprudence contemporaine 16

Section 1. — Le service public dans l'activité des personnes publiques 16

Section 2. — Service public et activité des personnes privées . 17

§ 1. — La jurisprudence Narcy 17

§ 2. — La théorie des services publics virtuels 18

Section 3. — La qualification de l'organisme gestionnaire 18

§ 1. — L'absence d'un critère unique déterminant 19

A. — *L'origine de l'institution* 19
B. — *L'activité de service public* 19
C. — *L'existence d'un contrôle de tutelle* 19
D. — *L'existence de prérogatives de puissance publique* .. 19

§ 2. — La méthode du faisceau d'indices 19

Chapitre IV. — La distinction service public administratif – service public industriel et commercial 21

Section 1. — Des qualifications textuelles parfois trompeuses . 21

§ 1. — Le phénomène des établissements publics à double visage 22

A. — *Les établissements publics administratifs à double visage* 22
B. — *Les établissements publics industriels et commerciaux à double visage* 22
C. — *Les établissements publics à double visage non qualifiés* 23

§ 2. — Le cas des établissements publics à visage inversé 23

§ 3. — Les activités accessoires de l'établissement public 24

Section 2. — Les critères doctrinaux 25

§ 1. — Le service public industriel et commercial par nature .. 26

§ 2. — La commercialité 26

§ 3. — La réalisation de bénéfices 26

Section 3. — Les critères jurisprudentiels 27

§ 1. — L'objet de l'activité 27

§ 2. — Le critère du financement 27

§ 3. — Les conditions de la gestion 29

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS

Chapitre I. — La création des services publics et leur suppression 30

Section 1. — L'autorité compétente pour créer le service public 30

Section 2. — La création de services publics locaux concurrençant l'initiative privée 31

§ 1. — Le principe d'interdiction 31

§ 2. — Les assouplissements du principe 32

A. — *Quant au maintien de services publics existants* 32
B. — *Quant à l'exigence d'un intérêt public* 33
C. — *Quant à la carence de l'initiative privée* 33
D. — *Quant aux activités en cause* 34

Section 3. — La suppression des services publics 35

§ 1. — Les motifs de la disparition des services publics 35

A. — *La suppression de l'activité de service public par la personne publique* 35
B. — *Le désengagement de la personne publique* 36

§ 2. — Le pouvoir d'appréciation de la personne publique 37

A. — *Le droit à la suppression du service public* 37
B. — *L'absence de droit au maintien du service public* 38

Chapitre II. — Principes communs aux services publics 40

Section 1. — Le principe de continuité du service public 40

§ 1. — Signification du principe de continuité 40

§ 2. — Conséquences du principe de continuité 41

A. — *En période de circonstances exceptionnelles* 41
B. — *En période normale* 41

Section 2. — Le principe d'adaptation du service public 46

§ 1. — Le principe d'adaptation et le gestionnaire du service public 47

§ 2. — Le principe d'adaptation et l'usager du service public .. 47

A. — *L'usager du service public administratif* 47
B. — *L'usager du service public industriel et commercial* . 48

§ 3. — Le principe d'adaptation et les agents du service public . 48

Section 3. — Le principe d'égalité devant le service public 48

§ 1. — Le droit d'accès au service public 49

§ 2. — L'égalité de traitement devant le service public 50

A. — *La légalité des discriminations catégorielles* 50

B. — *La légalité des discriminations au sein d'une catégorie* 54

Section 4. — Le principe de neutralité du service public 56

§ 1. — Neutralité et égalité 56

§ 2. — Neutralité et obligation de réserve 57

§ 3. — Les aménagements de la neutralité 60

Section 5. — Le faux principe de gratuité du service public ... 61

§ 1. — La gratuité comme principe commun à tous les services publics 61

§ 2. — La gratuité comme principe commun aux services publics administratifs 61

§ 3. — La gratuité résultant de la loi 61

§ 4. — La gratuité, principe commun à certains services publics administratifs 62

Chapitre III. — La répartition des compétences juridictionnelles en matière de services publics 63

Section 1. — Le droit applicable aux services publics gérés par une personne publique 63

§ 1. — Quand l'activité en cause est un service public administratif 63

A. — *Les actes unilatéraux* 63
B. — *Les contrats* 64
C. — *Les travaux* 66
D. — *Les biens* 67
E. — *La responsabilité* 67

§ 2. — Quand l'activité en cause est un service public industriel et commercial 67

A. — *Les actes unilatéraux* 67
B. — *Les contrats* 68
C. — *Les travaux* 69
D. — *Les biens* 69
E. — *La responsabilité* 69

Section 2. — Le droit applicable aux services publics gérés par une personne privée 70

§ 1. — Le service public administratif géré par une personne privée 71

A. — *Les actes* 71
B. — *Les travaux* 74
C. — *Les biens* 74
D. — *La responsabilité extra-contractuelle* 74

§ 2. — Le service public industriel et commercial géré par une personne privée 75

A. — *Les actes* 75
B. — *La responsabilité quasi délictuelle* 77
C. — *Renvoi* 77

TROISIÈME PARTIE

LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS

Chapitre I. — L'exploitation directe du service public : la régie 82

Section 1. — Définition de la régie 82

§ 1. — Caractéristiques de la régie 82

A. — *Les régies faussement qualifiées* 82
B. — *Le cas de la régie intéressée* 83

§ 2. — Le recours à la régie 83

A. — *Caractères des services publics gérés en régie* 83
B. — *Les raisons du choix* 83

Section 2. — L'organisation des services en régie 84

§ 1. — La spécialisation par services 84

§ 2. — L'individualisation financière : les régies dotées de l'autonomie financière 84

A. — *Leur organisation administrative* 84
B. — *Leur régime financier* 85

Chapitre II. — La gestion du service public par un établissement public 86

Section 1. — Les caractéristiques de l'établissement public ... 86

§ 1. — Une personne morale de droit public 86

A. — *La personnalité morale* 86
B. — *Le caractère public de la personne morale* 88

§ 2. — Le principe du rattachement 89

§ 3. — Une personne publique spécialisée 89

A. — *Le principe de spécialité comme caractéristique de l'établissement public* 89
B. — *Etablissement public et mission de service public* ... 90
C. — *Etendue des compétences de l'établissement public* . 90

Section 2. — La création des établissements publics 91

Chapitre III. — La dévolution contractuelle du service public 93

Section 1. — Les contrats de délégation de service public : Généralités 93

§ 1. — Le champ d'application de la loi du 29 janvier 1993 ... 95

§ 2. — L'apport de la loi du 29 janvier 1993 95

A. — *Quant au choix du délégataire* 95
B. — *Quant à la transparence* 95
C. — *Quant à la durée de la délégation* 98
D. — *Quant au contenu de la convention* 99

Section 2. — Les modes de gestion des services publics délégués 99

§ 1. — La concession de service public 99

A. — *Le choix du concessionnaire* 99
B. — *La nature juridique de la concession* 100
C. — *Les droits et obligations du concessionnaire* 101
D. — *La fin de la concession* 104

§ 2. — Les autres modes de dévolution contractuelle du service public 106

A. — *L'affermage* 106
B. — *La régie intéressée* 107
C. — *La gérance* 108
D. — *Les contrats non qualifiés* 108

Index alphabétique 109

Table des matières 113

La notion de service public est une notion fondamentale du droit administratif.

Après avoir retracé l'évolution du concept de service public depuis le début du xx[e] siècle (première partie), l'ouvrage analyse les différents modes de création des services publics, les principes communs (continuité, adaptation, égalité, neutralité) qui régissent leur fonctionnement et la répartition des compétences juridictionnelles pour connaître des activités des différentes catégories de services publics (deuxième partie).

La troisième partie est consacrée aux modes de gestion des services publics : régie, dévolution statutaire, dévolution contractuelle.

L'ouvrage est plus particulièrement destiné aux étudiants en droit et aux candidats aux concours administratifs.

Joël Carbajo est professeur de droit public à l'Université de Tours.

9 782247 026524

ISBN 2-247-02652-4

72 F