

## DROIT ADMINISTRATIF

### FICHE 4 - LE SERVICE PUBLIC

Le service public a été la notion centrale et fondatrice du droit administratif puisque, dans son arrêt Blanco (TC 8 février 1873), le tribunal des conflits en faisait le critère de la compétence du juge administratif. Par la suite, il va permettre, avec l'école du service public de Duguit, d'expliquer et de justifier l'ensemble du droit administratif. D'autres concepts comme celui de puissance publique prendront le relais. Pourtant, le service public reste une idée importante même si elle a tendance à se brouiller. Cet éclatement de la notion justifiant en partie la diversité de la gestion du service public.

#### *I – L'ECLATEMENT DE LA NOTION*

La notion classique de service public peut se définir comme une activité d'intérêt général, assurée par une personne publique au moyen de procédés exorbitants du droit commun. Cette définition renvoie donc à trois éléments. Un élément organique c'est-à-dire un ensemble de moyens qu'une personne publique affecte à une tâche ; un élément matériel : des activités de type prestation qui sont développées dans un but d'intérêt général. Enfin, un troisième élément d'ordre juridique : l'existence d'un régime de droit public. Ces différents critères ont été remis en cause à une époque ancienne par la jurisprudence du Conseil d'État, à une époque plus récente par les développements du droit européen.

#### *A – Les remises en cause par le juge administratif*

##### *a) L'introduction du droit privé dans les services publics*

En 1921, dans l'affaire dite du bac d'Eloka, le tribunal des conflits (TC. 22 janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest africain) a reconnu l'existence d'une nouvelle catégorie de services publics : les services publics à caractère industriel ou commercial (SPIC). En l'occurrence, la colonie de Côte-d'Ivoire exploitait un bac qui coula. Afin de dédommager les victimes, le tribunal des conflits « *estime que la colonie exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* ». Dans ces conditions le juge judiciaire est compétent et le droit privé s'applique.

Si la catégorie des SPIC voyait ainsi le jour, il était pour autant difficile de les distinguer clairement des services publics administratifs. Le Conseil d'État va finalement dégager trois critères (CE Ass. 16 novembre 1956 "Union syndicale des industries aéronautiques") : l'objet du service public, l'origine des ressources, les modalités de fonctionnement.

Avec l'arrêt Naliato (TC 22 janvier 1955) une nouvelle catégorie de services publics, soumise au droit privé, voyait le jour : les services publics sociaux. Mais, elle devait définitivement disparaître avec l'arrêt Gambini (TC 4 juillet 1983).

### *b) La gestion des services publics par des personnes privées*

Dans un premier temps, le Conseil d'État va admettre que des personnes privées puissent être investies de prérogatives de puissance publique, en l'occurrence le droit d'expropriation (CE 20 décembre 1935 Etablissements Vézia). Ainsi, le Conseil d'État « *amorçait la dissociation entre le service public entendu comme une institution... et le service public entendu comme une mission* » (Long, Weil et Braibant). Dans ces conditions, il a pu admettre quelques années plus tard qu'une personne privée puisse, en dehors de tout contrat de concession, par la simple soumission partielle à un régime de droit public, gérer un service public (CE 13 mai 1938 Caisse primaire aide et protection). Dans la foulée de cette jurisprudence, de nombreuses catégories de personnes privées se verront reconnaître la même possibilité (CE 31 juillet 1942 Montpeurt, CE 2 avril 1943 Bouguen, CE 5 mai 1944 Compagnie maritime de l'Afrique orientale, CE 13 janvier 1961 Magnier, etc.).

## *B – Les remises en cause par le droit européen*

Le droit européen ignore la notion de service public, il ne connaît que des "services d'intérêt général", dont le noyau dur est constitué par la notion de service universel.

### *a) La notion de service d'intérêt général*

Pour la Commission, peuvent être considérés comme tels des « *activités de service, marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations de service public* ». Seuls les services d'intérêt général, marchand ou économique, sont soumis aux règles de la concurrence sans toutefois qu'elles puissent les empêcher d'accomplir leur mission (CJCE 27 avril 1994 commune d'Almelo).

### *b) La notion de service universel*

Comprise comme "le noyau dur des exigences d'intérêt général", elle nécessite un service de qualité accessible à tous et par conséquent a pu être comprise comme une espèce de contenu minimum du service ce qui n'est pas le cas. Le service universel inclurait donc un minimum de principes de gestion communs à tous les services d'intérêt général marchand ou non.

## ***II – LA DIVERSITE DANS LA GESTION***

### ***A – La diversité des modes de gestion***

Les services publics locaux peuvent être gérés de façon directe par les collectivités territoriales qui les organisent, ou faire l'objet d'une gestion déléguée. C'est le conseil municipal qui est seul compétent pour décider si un service public doit être géré directement par la collectivité (voir article L. 2221-3 du CGCT) ou faire l'objet d'une délégation de service public (voir article L. 1411-4 du CGCT).

#### ***a) Les services publics locaux et la gestion directe***

Les services publics locaux peuvent faire l'objet de la part des collectivités territoriales d'une gestion directe à travers les mécanismes juridiques suivants : la régie directe, la régie autonome et la régie personnalisée.

##### **1° La régie directe**

Dans le cadre d'une régie directe, la gestion du service public est assurée par la collectivité elle-même avec ses propres moyens. Le service n'a aucune autonomie financière, il n'a pas d'organe de gestion, ni de personnalité juridique propre. En cas de litige avec un tiers, c'est la responsabilité de la collectivité qui est engagée. La comptabilité de la collectivité retrace les différentes opérations du service de manière individualisée.

##### **2° La régie autonome**

Les régies dotées de la seule autonomie financière sont créées et leur organisation administrative et financière déterminée par délibération du conseil municipal. Elles sont administrées, sous l'autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil d'exploitation et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du maire.

Les produits des régies dotées de la seule autonomie financière, y compris les taxes ainsi que les charges, font l'objet d'un budget spécial annexé au budget de la commune voté par le conseil municipal. Dans les budgets et les comptes de la commune, ces produits et ces charges sont repris dans deux articles, l'un pour les recettes, l'autre pour les dépenses. L'agent comptable est celui de la commune.

##### **3° La régie personnalisée**

Les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière sont créées et leur organisation administrative et financière déterminée par délibération du conseil municipal. Elles sont administrées par un conseil d'administration et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du maire. Le budget comporte deux sections, l'une pour les opérations d'exploitation, l'autre pour les opérations d'investissement. Il est préparé par le directeur (SPIC) ou le président du conseil d'administration (SPA) et voté par le conseil d'administration. L'agent comptable est soit un comptable public, soit un agent comptable.

## **b) Les services publics locaux et la gestion déléguée**

Une commune peut déléguer la gestion de ses services publics à une personne morale de droit privé à objet commercial, à une association, à un organisme mixte ou à une personne morale de droit public.

Toutefois il convient de préciser, au préalable, que certains services publics ne peuvent être délégués. Il s'agit des services tenant à l'exercice d'une prérogative de puissance publique (édiction d'actes réglementaires, exercice de pouvoirs de police administrative, perception de recettes à caractère fiscal et limitation apportée au régime de la propriété). Il s'agit également de certains services à nature particulière (état civil, gestion des listes électorales, gestion des concessions funéraires et des espaces publics dans les cimetières, surveillance des enfants dans les cantines scolaires et prévention sanitaire).

### **1° La gestion déléguée à une personne morale de droit privé à objet commercial (entreprise)**

La gestion déléguée à une personne morale de droit privé prend la forme d'une convention qui a pour objet et pour effet de déléguer une part plus ou moins grande d'une activité de service public prise en charge par une collectivité locale (distribution de l'eau par exemple) à un tiers. Il existe différentes catégories de contrats de délégation de service public : la régie intéressée, la gérance, l'affermage et la concession.

- **La régie intéressée**

La régie intéressée est un mode de gestion mixte du service public qui s'appuie sur le concours extérieur d'un professionnel privé contractuellement chargé de faire fonctionner le service public. Le régisseur est rémunéré par la collectivité au moyen d'une rétribution qui comprend une redevance fixe et un pourcentage sur les résultats de l'exploitation. La collectivité locale est chargée de la direction de ce service mais peut toutefois donner une certaine autonomie de gestion au régisseur. En fonction du niveau de risque assuré par le délégataire, la régie intéressée résultera d'un simple marché public ou d'une délégation de service public.

- **La gérance**

La gérance est un mode de délégation de service public fondé sur les mêmes principes que la régie intéressée. La collectivité confie à une entreprise l'exploitation d'un service public, lui remet les équipements et matériels nécessaires et contrôle l'activité de cette dernière. L'exploitant reverse à la collectivité les redevances perçues auprès des usagers et bénéficie en retour d'une rémunération basée sur un tarif forfaitaire ou unitaire garanti au contrat. Le risque est en conséquence assuré par la collectivité. Par ailleurs, il convient de préciser que la gérance est un marché public soumis au code des marchés public.

- **L'affermage**

L'affermage est un mode de gestion déléguée d'un service public industriel et commercial. Les équipements nécessaires à l'exploitation du service sont remis au fermier par la collectivité qui en a assuré le financement. Le fermier doit simplement assurer l'exploitation du service. A ce titre, il doit garantir la maintenance des ouvrages et éventuellement leur modernisation ou leur extension.

La rémunération du fermier repose sur les redevances payées par les usagers. Par contre, le fermier est tenu de verser à la collectivité une contribution destinée à couvrir l'amortissement des frais initiaux engagés par la collectivité. Le risque de gestion repose donc sur le fermier.

Le choix du fermier se fait dans le respect des règles de délégation de service public : appel à candidatures ; examen contradictoire des offres par une commission spécialisée et composée des élus concernés ; choix du délégataire approuvé par l'assemblée délibérante. Le contrat d'affermage doit être limité dans sa durée et ne peut être dénoncé que pour faute grave.

- **La concession**

La concession est un mode de gestion déléguée d'un service public par lequel la collectivité charge son cocontractant de réaliser des travaux de premier établissement et d'exploiter à ses frais le service pendant une durée déterminée en prélevant directement auprès des usagers du service des redevances qui lui restent acquises (voir CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux). La rémunération du concessionnaire est donc assurée par les usagers. La gestion de l'activité est donc effectuée aux risques et périls du concessionnaire privé.

La convention de concession doit tenir compte, pour la détermination de sa durée, de la nature des prestations demandées au délégataire et ne doit pas dépasser la durée d'amortissement des installations mises en œuvre. A l'expiration de la convention, l'ensemble des investissements et des biens du service devient la propriété de la collectivité.

La collectivité contrôle le bon fonctionnement du service, notamment au vu des comptes rendus techniques et financiers annuels.

## **2° La gestion déléguée à une association**

Une commune peut déléguer la gestion d'un service public à une association (voir CE 13 mai 1938, Caisse primaire "aide et protection"). Toutefois, cette délégation doit s'effectuer dans le respect de certaines règles juridiques et financières précises car il peut exister un risque de gestion de fait.

### **3° la gestion déléguée à un organisme mixte**

Selon l'article L. 1521-1 du code général des collectivités locales, les sociétés d'économie mixte locales peuvent exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou toute autre activité d'intérêt général. Elles doivent simplement respecter une double limite. Elles doivent rester "dans le cadre des compétences qui sont reconnues par la loi" aux collectivités actionnaires et, si l'objet de la SEML inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

### **4° La gestion déléguée à une personne morale de droit public**

Une commune peut confier l'organisation et la gestion d'un service public à un établissement public spécialement créé à cet effet (exemple : les centres communaux d'action sociale). Il s'agit généralement des établissements publics de coopération intercommunale qui gèrent, pour le compte de plusieurs communes, des services, notamment le service public du ramassage des ordures...

## **B – La diversité des principes de gestion**

Afin d'assurer la satisfaction de l'intérêt général, les services publics locaux sont tous soumis aux mêmes règles de fonctionnement, aux mêmes grands principes dits "lois de Rolland" : le principe de continuité, le principe d'égalité et le principe de mutabilité.

### **a) Les services publics locaux et le principe de continuité**

Le respect du principe de continuité dans les services publics locaux a de nombreux effets sur le fonctionnement de ces derniers, notamment en matière de gestion des ressources humaines et de contrats administratifs.

### **1° Le principe de continuité et les ressources humaines dans les services publics locaux**

Le principe de continuité a des implications importantes dans la gestion des ressources humaines dans les services publics locaux vis-à-vis du droit de grève, de la démission des agents qui y sont affectés et de la participation d'éventuels collaborateurs occasionnels ou bénévoles.

#### **• Le droit de grève et la continuité des services publics locaux**

Le droit de grève et la continuité des services publics locaux sont deux principes difficilement conciliables (voir CE Ass. 7 juillet 1950 Dehaene). En conséquence, le législateur a adopté une attitude pragmatique et il incombe principalement au gouvernement de fixer l'étendue des limitations à apporter au droit de grève (voir la position du conseil constitutionnel DC n° 79-105 25 juillet 1979 Droit de grève à la télévision et à la radio). Le principe de continuité s'est vu reconnaître, comme le droit de grève, valeur constitutionnelle (voir DC n° 87-230 du 28 juillet 1987) « *dans le cadre des services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public*

*qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle. »*

Les agents de certains services publics ont été tout simplement privés du droit de grève en raison de la haute teneur en souveraineté des services publics auxquels ils appartiennent (militaires, loi du 13 juillet 1972, policiers, loi du 28 septembre 1948).

Les agents d'autres services publics peuvent faire l'objet, dans le cadre de l'instauration d'un service minimum, d'une mesure de réquisition. Il appartient aux responsables des services en cause de désigner les agents devant rester en fonction malgré la grève. Ces agents peuvent occuper des fonctions d'autorité et de responsabilité. Il peut aussi s'agir de simples agents d'exécution. Un agent dont la présence est jugée indispensable pour assurer le service minimum commet une faute disciplinaire en refusant de rester à son poste et d'y accomplir sa tâche.

Enfin, il convient de préciser que le législateur a imposé un cadre juridique précis pour le déclenchement d'une grève. Il a notamment imposé le dépôt d'un préavis. Dans le secteur public, le préavis doit être adressé à l'autorité hiérarchique cinq jours francs avant le déclenchement de la grève et doit émaner d'une organisation syndicale représentative à l'échelon national.

- **La démission des agents chargés des services publics locaux et le principe de continuité**

En cas de démission d'un agent affecté à un service public, ce dernier doit continuer à assurer son activité professionnelle jusqu'à ce que sa démission soit acceptée par l'autorité normalement investie du pouvoir de nomination. S'il quitte son poste avant cette acceptation, l'agent est en situation d'abandon de poste car il porterait atteinte à la continuité du service public.

- **Les collaborateurs occasionnels et la continuité des services publics locaux**

Les autorités responsables des services publics locaux peuvent avoir recours à des collaborateurs occasionnels ou à des bénévoles alors même qu'il n'existe aucun lien juridique (voir CE, 22 novembre 1946, commune de Saint-Priest-la-Plaine, rec. p. 279). Sont considérées comme collaborateurs occasionnels ou bénévoles du service publics les personnes remplissant les conditions suivantes :

- ✓ - Participation désintéressée à une mission de service public. De nombreux exemples jurisprudentiels peuvent être donnés : feu d'artifice tiré lors d'une fête locale, lutte contre les fléaux naturels, concours apporté à la lutte contre l'incendie...
- ✓ Participation effective à la mission de service public. L'intervention du bénévole doit l'associer directement au fonctionnement même du service public et doit excéder la simple contribution que tout service public exige de ses usagers (voir CE, 27 octobre 1961, Kormann, rec. p. 602).
- ✓ Participation sollicitée par l'autorité administrative. Toutefois, il convient de préciser que cette exigence disparaît en cas d'urgence.

Ainsi, un baigneur qui porte secours à une personne qui se noie n'a pas au préalable, pour être considéré comme collaborateur occasionnel du service public, à demander l'autorisation d'intervenir à la personne chargée des secours.

## **2° Le principe de continuité et les contrats administratifs dans les services publics locaux**

Le principe de continuité permet au concédant d'imposer au concessionnaire une modification unilatérale des clauses du contrat et des documents qui lui sont annexés qui ne seraient plus adaptés à un fonctionnement continu du service public.

Si le contrat de concession ne permet plus une gestion du service public en conformité avec le principe de continuité, la résiliation du contrat de délégation de service public est possible.

### **b) Les services publics locaux et le principe d'égalité**

Ce principe d'égalité trouve à s'appliquer au niveau de l'accès aux services publics locaux et au niveau du fonctionnement des services publics locaux.

#### **1° Le principe d'égalité dans l'accès aux services publics locaux**

Le principe d'égalité ne prend en compte ici que des candidats-usagers pour lesquels plusieurs situations peuvent se présenter :

- ✓ Il existe des services publics sans discriminations juridiques entre les candidats-usagers. Il s'agit principalement des services publics industriels et commerciaux (parkings, restaurants, etc. organisés par les collectivités locales).
- ✓ Il existe des services publics où il peut y avoir des situations de fait qui imposent des discriminations juridiques entre les candidats-usagers. La location d'un équipement communal ne peut se faire qu'en fonction de sa capacité d'accueil. Ainsi, une commune peut être conduite à refuser la mise à disposition de cet équipement à une association alors qu'elle l'aurait accordée à une autre précédemment.
- ✓ Il existe des services publics soumis à des conditions d'accès contraignantes et l'égalité d'accès doit alors s'appliquer entre les candidats-usagers remplissant ces conditions. A titre d'exemple, l'accès au service public de l'enseignement supérieur n'est possible qu'aux titulaires de certains diplômes.

#### **2° Le principe d'égalité dans le fonctionnement des services publics locaux**

Selon un arrêt de principe du Conseil d'État (Denoyez et Chorques, 10 mai 1974), le principe d'égalité face au fonctionnement des services publics locaux n'interdit nullement, bien au contraire, de traiter de façon différente les usagers d'un même service public dès lors qu'une des conditions suivantes est satisfaite :



- ✓ il existe entre les usagers des différences de situation appréciables permettant de les répartir en plusieurs catégories ;
- ✓ il existe une loi prévoyant un aménagement du principe d'égalité ;
- ✓ Il existe une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service.

Ce principe trouve sa principale application en matière de tarifs des services publics locaux. Ainsi, ont été reconnues légales les discriminations suivantes :

- ✓ légalité de tarifs différents appliqués à des usagers d'un cabinet dentaire municipal selon qu'ils sont ou non assurés sociaux ou bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite (voir CE, 20 novembre 1964, ville de Nanterre).
- ✓ légalité d'un tarif préférentiel consenti aux contribuables domiciliés dans la commune dès lors que le budget communal prend en charge une partie du coût de la prestation pour la cantine scolaire (voir CE, 5 octobre 1984, préfet, Corep de l'Ariège, rec. p. 315), pour les crèches et haltes-garderies (voir CE, 31 mai 1985, commune d'Aubagne), pour le conservatoire municipal de musique (CE, 31 mai 1985, commune de La Ciotat).
- ✓ légalité de tarifs différents en matière de distribution d'eau potable suivant la consommation respective des usagers (voir CE, 28 janvier 1983, Paraiso, rec. p. 606).

Enfin, il convient d'indiquer que dès lors que l'autorité organisatrice du service public a décidé de créer différentes catégories d'usagers, il lui est impossible, sans violer le principe d'égalité, de procéder à des discriminations entre les usagers appartenant à une même catégorie.

### *c) Les services publics locaux et le principe de mutabilité*

Afin d'assurer en permanence la satisfaction de l'intérêt général, les services publics locaux doivent suivre l'évolution des besoins et s'adapter en vue d'une efficacité constante. Dans ce cadre certaines obligations s'imposent aux autorités organisatrices de services publics locaux :

- ✓ Elles ne peuvent jamais renoncer, pour l'avenir, à créer ou à supprimer un service public (voir CE, 9 mars 1951, ville de Villefranche-sur-Saône, rec. p. 144).
- ✓ Elles doivent prendre les mesures d'adaptation du service public permettant d'assurer un accès normal de l'utilisateur au service public et elles ne sauraient adapter le service public de telle façon que soit compromis cet accès normal (voir CE, 25 juin 1969, Vincent).
- ✓ Elles peuvent, sans effet rétroactif, modifier, dans les limites de leur compétence, les règles d'organisation et de fonctionnement des services publics locaux (voir CE, 25 juin 1948, société du journal l'Aurore).

