

DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE ET SERVICES PUBLICS

APPORTS DE L'ANNEE - 2012 - FRANCE

(Septembre 2013)

Maxime BOUL¹

INDEX

1. LA PRECISION DU CHAMP DES SERVICES PUBLICS EN DROIT INTERNE

1.1 Les précisions jurisprudentielles de la place des services publics

1.2 La recherche d'une conciliation des principes du service public

2. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LE SERVICE PUBLIC

2.1. Le juge administratif influencé par le droit européen

2.2 L'influence du droit européen sur la définition du service public

2012 n'a pas été l'année du service public. Cinq ans sont passés depuis l'arrêt « A.P.R.E.I »² et il est désormais admis, tant par la doctrine que la jurisprudence, qu'un service public se définit en France comme une activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique ou une personne privée disposant de prérogative de puissance publique ou – en l'absence de telles prérogatives – sous contrôle public. « Gestion », « obligation », « mission », « délégation », « affectation », le service public est partout mais se décline en plusieurs catégories sans pour autant faire l'objet de remise en cause dans son essence même. La recherche **du**

¹ Doctorant contractuel – Institut Maurice Hauriou Université Toulouse 1 Capitole

² CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec. 92, concl. VEROT ; JCP A 2007. 2066, concl., note ROUAULT ; RDSS 2007. 499, concl., note KOUBI et GUGLIELMI ; AJDA 2007. 793, chr. LENICA et BOUCHER ; JCP 2007.I.166, chr. PLESSIX ; JCP A 2007.2145, note GUGLIELMI et KOUBI ; RFDA 2007. 803, note BOITEAU

service public s'est transformée en utilisation **des** services publics. L'emploi du pluriel dans la dénomination de cette chronique est d'ailleurs révélateur du glissement d'une construction conceptuelle à une approche utilitariste. Comme le souligne le Professeur TRUCHET : « de plus en plus, les textes adoptent une approche moderne du service public : ils définissent des missions étroites et précises de service public en se concentrant sur les moyens nécessaires à leur mise en œuvre »³. Le droit public économique entraîne une conception renouvelée. Même si le service public n'est pas le critère central du droit administratif, il demeure néanmoins au cœur des problématiques du droit public économique en cette année 2012. Des ajustements ont eu lieu en droit interne (I). Le droit européen marque toutefois une lente mais certaine évolution de la notion et de son régime (II). Le service public : label ou le clochard de cette année 2012 ?

1. LA PRECISION DU CHAMP DES SERVICES PUBLICS EN DROIT INTERNE

Pas de grand arrêt pour ce qui ne sera pas une grande année de la jurisprudence administrative pour le service public. L'année 2012 a permis de préciser les contours de ce « pavillon qui recouvre de multiples choses »⁴ (A) et de concilier certains principes relevant des « Lois de Rolland » (B).

1.1 Les précisions jurisprudentielles de la place des services publics

- Activités de service public

Application de la jurisprudence « APREI » aux centres de formation sportifs. Si le service public est un label⁵, il revient à l'administration sous le contrôle de la juridiction administrative de le délivrer dans le silence des textes. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 8 mars 2012 (req. n° 352959) le montre une nouvelle fois concernant les centres de formation d'une association sportive. En l'espèce, l'association Nice volley-ball demandait devant la haute juridiction administrative l'annulation pour excès de pouvoir la décision du 31 mai 2011 par laquelle le ministre des sports a refusé d'agréer son centre de formation pour la saison sportive 2011-2012.

Conformément à l'article L. 211-4 du code du sport : « les centre de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive sont agréés par l'autorité administrative, sur proposition de la fédération délégataire compétente et après avis de la Commission nationale du sport de haut niveau ». Le Conseil d'État a ainsi considéré qu' : « il ne résulte ni de ces dispositions, ni des travaux parlementaires préalables à la loi du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives dont elles sont issues, que le législateur aurait entendu reconnaître que les missions assurées par un centre de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive revêtent le caractère d'une service public ; que ni les dispositions précitées du code du sport ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'attribuent l'exercice de prérogatives de puissance publique aux associations

³ Droit administratif, 5^e éd., 2013, p. 370

⁴ J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2012, p. 209, n° 344

⁵ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982. 427

sportives ou aux sociétés sportives s'agissant de ces centres de formation ; que, si l'activité de formation assurée par ces centres présente un caractère d'intérêt général et si la procédure d'agrément implique l'intervention du ministre chargé des sports, les conditions de création, d'organisation, de fonctionnement et de financement des centres de formation relevant d'une association sportive ou d'une société sportive ne permettent pas de regarder comme étant chargé d'une mission de service public ». Les associations ou sociétés sportives étant des personnes privées, le lien de rattachement avec le service public est « indirect » et son intensité minimale. Afin de rechercher si les missions assurées par un centre de formation constituaient une mission de service public, le Conseil d'État articule son raisonnement en deux temps. D'une part, il recherche l'existence d'une qualification textuelle y compris dans l'intention du législateur dans les travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi. D'autre part, dans le silence des textes il applique la méthode du faisceau d'indices permettant de déceler l'existence d'un service public. La haute juridiction administrative reprend les critères adoptés dans son arrêt de 2007 « APREI »⁶ d'abord dégagés par l'arrêt « Ville de Melun »⁷ puisqu'en l'absence de prérogatives de puissance publique un ensemble d'indices doivent être réunis pour reconnaître l'existence d'une mission de service public : les conditions de la création, d'organisation, de fonctionnement et de financement. Dans cette affaire le juge administratif n'a pu assimiler l'activité des centres de formation des associations ou sociétés sportives à une mission de service public à défaut d'indices suffisants.

Les casinos : quand le service public est absent de la délégation de service public. Dans un arrêt du 19 mars 2012⁸, le Conseil d'État a considéré que « si ces jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public ». La diversité des activités du casino concourt à des missions d'intérêt général et emporte une « qualification finaliste » de service public. Cet arrêt reprend alors la distinction classique⁹ en matière de convention conclue pour l'édification, l'entretien et l'exploitation d'un casino (Loi n° 1907-06-15 du 15 juin 1907) entre les conventions de délégation de service public et l'existence même du service public. Si l'activité consistant en l'exploitation d'un casino ne constitue pas en elle-même un service public, sa présence sur le territoire de la commune remplit certaines exigences d'intérêt général qui justifient la qualification de la convention en délégation de service public¹⁰. La participation de l'exploitant en matière de développement économique, culturel et touristique dans des communes à fort potentiel touristique ainsi que le mode de « rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » emportent donc la qualification de la convention en tant que délégation de service public. Cette qualification poursuit une finalité particulière :

⁶ CE sect. 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, Rec. 92, concl. VEROT ; JCP A 2007. 2066, concl., note ROUAULT ; RDSS 2007. 499, concl., note KOUBI et GUGLIELMI ; AJDA 2007. 793, chr. LENICA et BOUCHER ; JCP 2007.I.166, chr. PLESSIX ; JCP A 2007.2145, note GUGLIELMI et KOUBI ; RFDA 2007. 803, note BOITEAU

⁷ CE 20 juill. 1990, *Ville de Melun et Association « Melun-culture-loisirs » c. Vivien et autres*, Rec. 220 ; AJDA 1990.820, concl. POCHARD ; JCP 1991.II.21663, note FATOME

⁸ CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, req. n° 341562

⁹ CE, 28 juin 1918, *Sté générale thermale et balnéaire*, Rec. CE 1924 p. 58

¹⁰ sur ce point G. PELISSIER, « Les conventions d'exploitation des casinos : des délégations de service public sans service public », *RJEP* n° 700, août 2012, comm. 41

garantir la transparence, l'égalité et la lutte contre la corruption en soumettant ces conventions aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. L'évolution récente du contentieux des contrats publics offre un moyen efficace en faveur de l'application effective de ces principes.

Appréciation globale du service public et droit de l'UE. Si un arrêt a marqué l'année 2012 par l'influence du droit européen sur le service public (Infra II), il s'agit de celui rendu par le Conseil d'État du 13 juillet 2012, *Cie Méridionale de Navigation et Sté Nationale Corse Méditerranée* (req. n° 355622 et n° 358396). Il marque à la fois l'importance du droit des institutions européennes sur la définition même du service public et sur les modalités de financement.

D'une part, Le Conseil d'État a estimé que les dispositions du règlement du Conseil n° 3577/92/CEE du 7 décembre 1992 « ne font pas obstacle à ce que le besoin réel de service public soit apprécié globalement pour chaque ligne ou trajet sur l'ensemble de la période d'exécution du contrat ou sur les périodes qu'il distingue, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ce besoin est justifié en permanence au cours de cette période ». Les juges du Palais Royal adoptent alors une approche globale du service public¹¹ permettant une péréquation interne des coûts du service. Le service public ne se réduit donc pas aux seules prestations non-rentables. Cette appréciation globale du service marque « toute la différence entre la notion interne de service public et l'approche européenne fondée sur l'identification, précise et limitée, d'obligations de service public »¹². Toutefois, afin que la solution soit compatible avec la libre prestation des services (art. 1er du règlement du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres), le délégataire ne saurait bénéficier de droits exclusifs et spéciaux pour la réalisation des activités de transport supplémentaire (financements publics).

D'autre part, cette décision met en relief la compatibilité entre le financement des obligations de service public et le droit des aides d'État¹³. La convention de délégation de service public prévoyait qu' « en cas de modification importante des conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation des services délégués ou pour tenir compte d'évènements extérieurs ayant un impact significatif sur les engagements financiers du (des) délégataire(s), les parties se rencontreront (...) pour prendre, autant que de besoin, les mesures de rétablissement de l'équilibre financier initial de la Convention, en priorité sur les tarifs maxima et sur l'adaptation des services » (art. 7.1 de la convention de la délégation de service public conclue le 7 juin 2007). La cour administrative de Marseille y avait vu une aide d'État, le Conseil d'État infirme cette position en considérant que cette clause ne saurait constitué une aide d'État dès lors qu' « elle subordonne l'éventualité d'un recours financier à l'intervention d'une décision de l'autorité compétente ». L'éventualité d'un recours financier ne constitue pas une aide d'État. Le Tribunal de l'Union européenne a déjà adopté une position similaire en matière d'État à propos de l'annonce par l'État français de son soutien à une entreprise en difficulté¹⁴.

¹¹ Contrairement à la CAA de Marseille, 7 nov. 2011, *Sté Corsica Ferries*, req. n° 08MA01604

¹² G. ECKERT, « L'influence grandissante du droit de l'Union européenne », *CMP* n° 10, oct. 2012, comm. 287

¹³ TFUE, art. 107 et 108, V. CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans*, Rec. CJCE 2003, I, p. 7747

¹⁴ Trib. UE, 21 mai 2010, aff. T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *France c/ Commission*

Appréciation globale d'une mission de service public et délégation de service public. 102 ans après l'arrêt « Thérond »¹⁵, l'activité de fourrière se retrouve au Palais Royal.

L'arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 2012¹⁶ ne remet pas en cause la qualification de cette activité en service public pour retenir le caractère administratif du contrat, mais entend prolonger la mission de service public à l'activité accessoire de refuge pour les animaux. Le Conseil d'État considère en effet qu' « *en confiant l'exercice de l'activité de refuge, c'est-à-dire d'accueil et de prise en charge des animaux soit en provenance d'une fourrière, laquelle relève d'un service public communal obligatoire en vertu des dispositions des articles L. 211-24 et suivants de ce code, soit donnés par leurs propriétaires, aux seules fondations et associations de protection des animaux agissant dans un but non lucratif, lui ont conféré un caractère de mission d'intérêt général ; qu'en déléguant cette activité, à son initiative et sous son contrôle, conjointement avec l'activité de fourrière dont le refuge constitue le prolongement, la commune d'Aix-en-Provence a érigé l'ensemble formé par la fourrière-refuge an mission de service public* ». Dès lors, la convention de délégation de service public peut porter sur les deux activités.

- *Compétence juridictionnelle*

Litige contractuel entre un SPIC et un usager. Alors que la valorisation du patrimoine immatériel public est une question d'actualité¹⁷ la diffusion des informations publiques représente un gisement de richesses important. La compétence juridictionnelle concernant ces nouveaux biens se pose alors avec d'autant plus d'acuité. La Cour administrative d'appel de Paris a pu poser des éléments de réponse dans un arrêt du 17 janvier 2012, *SA EDD c/ INPI et société Coface-Services* (req. n° 09PA02554). La CAA de Paris a en effet reconnu que la diffusion des informations détenues dans le répertoire des métiers et le bulletin officiel des annonces civiles et commerciales par l'INPI, dans le cadre de contrats de licence, était rattachée à une mission de service public industriel et commercial. Les juges de la CAA de Paris, en reprenant les critères posés par l'arrêt « USIA » de 1956¹⁸ estiment que « *le service de diffusion, par la voie de licences consenties aux usagers, des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les instruments centralisés de publicité légale détenus par l'INPI [...], est exercé sur le marché concurrentiel de l'information ; que le financement de ce service repose exclusivement sur les redevances versées par les usagers ; qu'enfin, la gestion technique, commerciale et financière et l'exécution de ce service sont confiées à un concessionnaire privé à ses risques et périls ; que, dans ces conditions, ce service doit être regardé comme un service public industriel et commercial* ». En l'espèce, la nature de l'activité exercée sur un marché concurrentiel ainsi que le fonctionnement « *dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* »¹⁹ emporte le caractère industriel et commercial du service public. Dès lors, la

¹⁵ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, GAJA n° 20

¹⁶ CE, 13 juillet 2012, req. n° 358512, *Cne Aix-en-Provence*

¹⁷ M. Lévy, J.P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, 2007 ; C. Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, th. Nantes, 2008

¹⁸ CE Ass, 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, D. 1956.759 et S. 1957.38 ; AJDA 1956.II.489, chr. FOURNIER et BRAIBANT ; JCP 1957.II.9968, note BLAEVOET

¹⁹ TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, GAJA n° 36

relation de droit entre l'INPI et les usagers dans le cadre de la diffusion des informations ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative.

Agents non titulaires et reprise d'un service public administratif. Lorsque la gestion d'un service public administratif est reprise par une autre personne publique, celle-ci a l'obligation de proposer un contrat aux agents non titulaires employés par la personne publique d'origine. Telle est la position du tribunal administratif de Lille dans un jugement du 27 novembre 2012²⁰. En l'espèce, une auxiliaire de service d'abord recrutée par l'école normale de Douai à compter du 1^{er} septembre 1985, puis par l'institut universitaire de formation des maîtres du Nord-Pas-de-Calais sous la forme de contrats à durée déterminée du 1^{er} septembre 1995 au 31 août 2007 puis de contrat à durée indéterminée à partir du 1^{er} septembre 2007. L'institut a été transformé en école interne de l'Université d'Artois au 1^{er} janvier 2008 et l'agent affecté dans une école annexe ensuite désannexée au 1^{er} septembre 2010. L'agent a donc été licenciée par le Président de l'Université d'Artois sans pour autant être recrutée par la commune de Douai qui reprenait le fonctionnement de l'école. Après une décision implicite de rejet par la commune à sa demande de proposition de contrat à durée indéterminée, l' (ex-) agent a saisi le tribunal administratif de Lille afin de faire droit à sa demande. Le tribunal administratif de Lille a alors considéré que « *la commune de Douai, personne morale de droit public, a exercé une activité relative au service public administratif de l'éducation en prenant en charge le fonctionnement de deux écoles élémentaires ; qu'elle n'apporte pas d'éléments permettant d'établir que cette activité, relative à l'enseignement de premier degré, est différente de celle exercée précédemment par l'institut universitaire de formation des maîtres du Nord-Pas-de-Calais à l'école Jean Monnet* ». Si l'activité n'est pas différente, elle est prise en charge par la commune dans les mêmes locaux. Ainsi la continuité du service public administratif assurée, celle du maintien du contrat de l'agent même non titulaire est une obligation pour la personne publique d'accueil. Il faut d'ailleurs rappeler le caractère administratif du contrat du recrutement quand bien même l'agent n'est pas titulaire. En effet, le lien de droit public existant entre l'agent contractuel et la personne publique a été retenu par l'arrêt du tribunal des conflits du 25 mars 1996 « Berkani »²¹. Depuis lors, tout agent non statutaire « travaillant pour le compte d'un service public administratif » est lié par un contrat de droit public.

Gestionnaire privé, détenu et droit public. Le tribunal des conflits a eu l'occasion de se prononcer sur la nature de la relation de droit existante entre un détenu et le gestionnaire privé de la prison. En effet, dans un arrêt du 11 juin 2012²² le tribunal des conflits a retenu la compétence du juge administratif pour juger de la responsabilité de la personne privée en charge de la gestion d'un établissement pénitentiaire (marché public prévu à l'art. 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire) à l'encontre d'un détenu ayant subi un accident médical suite à la prescription de médicaments inappropriés. Afin de retenir la compétence du juge administratif, le tribunal des conflits retient « *que le dommage subi par M. B. a pour origine des fautes qui n'étaient pas détachables du service médical assuré par la société Dumez, pour le compte de*

²⁰ TA Lille, 3^e ch., 27 novembre 2012, req. n° 1100844

²¹ T. confl. 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS de Lyon Saint Etienne*, Rec. p. 536, concl. Ph. MARTIN, AJDA 1996 p. 339, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, RFDA 1996 p. 818, concl. Ph. MARTIN ; J.-B. AUBY, G. BRAIBANT, J.-F. LACHAUME, « Les agents publics contractuels après l'arrêt Berkani », DA oct. 1997, chron., p. 18

²² TC, 11 juin 2012, *Société GTM Génie civil et services c/ Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*, req. n° 3849

l'État et sous son contrôle ; que, eu égard tant à la nature particulière que revêtait cette mission de service public administratif qu'aux conditions dans lesquelles elle était alors assurée, le détenu auquel des soins étaient dispensés dans le cadre qui était ainsi défini se trouvait, à l'égard de la personne, même de droit privé, chargée de cette mission, dans une relation de droit public ; qu'il suit de là que le litige né de l'action en responsabilité engagée par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, subrogé dans les droits de M. B. à l'encontre de la société Dumez, devenue la société GTM Génie civil et services relève de la juridiction administrative ».

- Responsabilité

Usager d'un SPIC et usager d'un ouvrage public. La Cour administrative de Marseille a estimé dans un arrêt du 1^{er} octobre 2012 (req. n° 10MA02580) qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de « connaître des dommages imputables aux ouvrages ou travaux dont s'agit et d'apprécier la responsabilité encourue en raison de vices dans leur conception, leur exécution ou leur entretien lorsque ces dommages ont été causés à un usager d'un service public industriel et commercial à l'occasion de la fourniture de la prestation due par le service audit usager ». En l'espèce, un usager a chuté en empruntant la rampe d'accès au bureau de Poste. Recherchant la responsabilité de La Poste et de la commune de Vauvert devant le tribunal administratif de Nîmes en tant qu'usager de l'ouvrage public, la Cour administrative de Marseille s'est quant à elle déclarée incompétente en faisant primer la qualité d'usager du SPIC sur celle d'usager de l'ouvrage public. Il s'agit ici d'une application classique de l'arrêt du Tribunal des conflits du 24 juin 1954, *Dame Galland*²³ qui met en échec l'attractivité de la responsabilité pour dommages de travaux publics.

Usager d'un SPA et usager d'un ouvrage public. Le tribunal administratif de Nice²⁴ a admis que le dommage causé par une bouteille d'alcool introduite, consommée et jetée dans un établissement scolaire emportait la responsabilité de l'État pour défaut d'organisation du service public de l'éducation. En l'espèce un lycéen avait reçu une bouteille de vodka vide sur la tête pendant le temps scolaire entraînant sa chute dans l'escalier et lui causant un traumatisme crânien. Les préjudices physiques et psychologiques supportés par le lycéen ne sont pas réparés sur le terrain du défaut d'entretien de l'ouvrage imputable à la région – tel que les parents de la victime l'invoquaient – mais pour défaut d'organisation du service public imputable à l'État dès lors « que la présence dans cet établissement d'une bouteille d'une boisson prohibée, le fait qu'elle y a été bue et le fait qu'après qu'elle a été consommée un ou plusieurs élèves ont pu la jeter dans un escalier régulièrement emprunté par des élèves révèlent un défaut de surveillance caractérisant un défaut d'organisation du service public de l'éducation de nature à engager la responsabilité de l'État ». Le juge administratif de première instance a toutefois retenu l'exonération de la moitié de la responsabilité de l'État puisque le jet de la bouteille a été opéré par un – ou des – tiers inconnus et « qu'en l'espèce, et en l'absence d'autres causes étrangères en l'absence de faute de la victime, de cas de force majeure et de cas fortuit, ce fait d'un tiers est exonératoire de

²³ Rec. 717, D. 1955 p. 544, note AUBY, JCP 1954, II, 8355, note DUFAU

²⁴ TA Nice 12 octobre 2012, req. n° 1103683

moitié de la responsabilité de l'État ». Cette exonération n'aurait pas pu être retenue en faveur de la région²⁵, puisque seules la faute de la victime et la force majeure constituent des causes exonératoires dans les cas de responsabilité pour défaut d'entretien normal. Le tribunal administratif de Nice estime en effet « *que la présence de cette bouteille dans l'établissement à l'heure de l'accident soit imputable à un défaut de nettoyage de l'établissement, lequel a lieu tous les matins de 6 heures à 8 heures, en dehors du temps scolaire, n'est pas constitutif d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage relevant de la responsabilité de la région Provence Alpes-Côte d'Azur* ».

1.2 La recherche d'une conciliation des principes du service public

Vocation au service public et fonction publique. Le 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a pu se prononcer sur la question de la vocation des fonctionnaires à l'accomplissement d'une mission de service public. C'est dans le cadre d'une décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité (n° 2012-281 QPC) que le juge constitutionnel a été saisi concernant la conformité à la Constitution des articles 1^{er}-1, 29, 29-1 et 29-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et à France Télécom, et des articles 2 et 8 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service publics des télécommunications et à France Télécom. En effet, la question posée concernait le maintien de fonctionnaires d'État dans l'entreprise France Télécom qui n'est plus investie d'une mission de service public depuis la loi du 31 décembre 2003 et que le président du conseil d'administration de l'entreprise conserve un pouvoir de nomination et de gestion des fonctionnaires alors que lui-même n'est plus nommé par décret conformément aux articles 13 et 21 de la Constitution. Autrement formulée la question est la suivante : quel est le lien entre la fonction publique et le service public ? Les fonctionnaires peuvent-ils accomplir d'autres missions que celles de service public ?

Alors que le Conseil d'État avait répondu par la négative dans un avis du 18 novembre 1993 concernant la privatisation de France Télécom²⁶. Avait été dégagé le « *principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution des missions de service public* ». Toutefois, après un aménagement de cette position par le Conseil d'État dans un nouvel avis, la loi du 31 décembre 2003 mettait quant à elle un terme au lien fonctionnel de la fonction publique de l'État puisqu'elle admettait le maintien des fonctionnaires dans une entreprise qui n'était plus en charge du service public des télécommunications, mais tenue par des « obligations de service public » (art. 1^{er} III) et par le « service universel des télécommunications ». Cette loi ayant échappé au contrôle *a priori* n'a pu éviter le contrôle de constitutionnalité par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette question prioritaire offrait l'occasion au Conseil constitutionnel de maintenir ou d'écarter le principe précédemment reconnu par le Haut Conseil. Les juges de la rue Montpensier ont dénié l'existence de tout principe constitutionnel liant la fonction publique étatique au service public. Il n'existe pas de principe à valeur constitutionnel liant les fonctionnaires à l'exécution d'une mission de service public. Dès lors, sans droit constitutionnellement garanti la

²⁵ CE, 6 février 1957, *Département de la Réunion*, Rec. p. 92 ; CE, 27 novembre 1957, *Sté d'études et d'entreprises de travaux publics*, Rec. p. 646 ; CE, 26 avril 1968, *Ville de Cannes*, Rec. p. 268 ; AJDA 1968, Rec. p. 652 note J. MOREAU

²⁶ CE, avis, 18 nov. 1993, n° 355/255, *France Télécom*, L. RICHER, comm. GACE, Dalloz, 2008, n° 24, et AJDA 1994 p. 463 ; L. RAPP, « La privatisation de France Télécom : de « l'exemple français » à « l'exception culturelle » », *CJEG* 1994 p. 351

question prioritaire de constitutionnalité ne saurait aboutir à une abrogation de la disposition législative contestée. Le juge constitutionnel contribue lui aussi au déclin de la notion de service public comme élément central du droit administratif. Celui-ci ne constitue plus le critère fonctionnel de la fonction publique. Si la fonction est publique elle n'en est pas pour autant liée au service public. Voici une profonde remise en cause du « dogme du guiste » de l'État en tant que « coopération de services publics »²⁷.

Droit de grève et continuité du service public géré par une personne privée. Les grands arrêts « Winkell »²⁸ et « Dehaene »²⁹ peuvent faire figure de reliques du droit administratif. Et pourtant les questions de conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public est toujours d'actualité d'autant plus face au mouvement de privatisation des activités d'intérêt général.

Sur ces questions, la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre 2012 (n° 2103 FS-P+B) a pu estimer qu'en application des articles L. 2512-1 et -2 du code du travail « *les dispositions relatives à la grève dans le service public s'appliquent au personnel d'une entreprise privée gérant un service public affecté à cette activité, peu important les modalités de rémunération de l'entreprise* ».

Alors que la société Citram Aquitaine s'était vue confier par la SNCF le transport des voyageurs entre les gares de Bordeaux et Libourne et celles de Bordeaux et Saint-Mariens du 8 au 11 mai 2008, le syndicat Force ouvrière a déposé un préavis de grève auprès de ladite société le 6 mai pour le 8 mai suivant. La grève correspondait au début de la période de la mission de transport. Dès lors, la société a sanctionné disciplinairement les salariés ayant exercé leur droit de grève sur le motif que selon les dispositions de l'article L. 2512-2 al. 4 du code du travail « le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé ». Le préavis ayant été déposé le 6 mai pour le 8, les salariés ne respectaient pas le préavis de 5 jours francs alors applicable. Or la Cour d'appel de Bordeaux a annulé les sanctions disciplinaires (mises à pieds) en relevant que la société Citram Aquitaine ne pouvait être « *regardée comme étant chargée de la gestion d'un service public, le contrat passé avec la SNCF étant prévu à forfait* » mais « *participait à l'exécution d'un service public de transport de personnes* ». La simple participation à l'exécution du service public ne permettait pas à la société de se fonder sur les dispositions de l'article L. 2512-1 du code du travail pour sanctionner ses salariés. Le 2° de l'article ne vise que les « *personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestions d'un service public* ». La chambre sociale de la Cour de cassation adopte une solution inverse en cassant et annulant l'arrêt de la cour d'appel « *mais seulement en ce qu'ils ont dit que les mises à pied disciplinaires étaient sans fondement* ».

Faut-il alors interpréter cette solution comme une extension des dispositions du code du travail au personnel des entreprises qui participent à l'exécution du service public ou tout simplement comme une requalification de l'objet du contrat transférant la charge de la gestion du service public ? Quelque soit

²⁷ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., 1923, rééd. 2007, éd. Panthéon Assas, p. 73

²⁸ CE 7 août 1909, Rec. 826 et 1296, concl. TARDIEU; S. 1909.3.145, concl., note HAURIOU; RD publ. 1909.494, note JEZE

²⁹ CE 7 juill. 1950, GAJA n° 61

l'interprétation du juge, cette solution révèle encore une fois toutes les précautions prises à l'égard du droit de grève dans le bon fonctionnement du service public en assurant sa continuité.

Lutte contre les discriminations et principe de neutralité du service public de l'éducation. Dans un jugement en date du 23 novembre 2012 (req. n° 1211193), le tribunal administratif de Paris a dû se prononcer sur la conciliation entre le principe de neutralité du service public de l'éducation et la liberté de conscience des élèves avec la délivrance d'un agrément par le ministre de l'éducation nationale à une association intervenant sur le thème de la lutte contre les discriminations. La Confédération nationale des associations familiales catholiques (et autres fédérations et associations) demandent au tribunal administratif de Paris (sur transmission du Conseil d'État) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 24 juillet 2009 par lequel le ministre de l'éducation nationale a délivré un agrément à l'association « SOS Homophobie », pour une durée de cinq ans, au titre des associations éducatives complémentaires de l'enseignement public. Cette association a pour objet de lutter « contre toute forme, avouée ou non, d'exclusion, de discrimination ou de violence à l'encontre d'individus ou de groupes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre réelles ou supposées ». Se trouvaient alors confrontés les principes de neutralité du service public de l'éducation et les nécessités de la lutte contre les discriminations dans les établissements scolaires sur le fondement de la liberté d'information.

Après avoir rappelé que ces principes sont contenus dans l'article L. 511-2 du code de l'éducation, le tribunal administratif de Paris a considéré que « *le principe de neutralité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes, les enseignants et les personnels qui interviennent auprès des élèves et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves ; que ce principe ne fait pas obstacle à ce que soit apportée aux élèves de l'enseignement secondaire une information sur la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'homophobie, qui poursuit un objectif d'intérêt général consacré par la loi, à l'exclusion de toute incitation ou pression à adopter une croyance ou un comportement particulier* ». Toutefois, le document joint à l'intervention de l'association intitulé « module de sensibilisation », non distribué mais à disposition des élèves, fait état d'une « *formulation de certaines des réflexions de ce document est susceptible de porter atteinte aux convictions religieuses et philosophiques tant des élèves que de leurs parents ou des enseignants* ». Dès les informations véhiculées dans ce document « *sont insuffisamment nuancées pour ne pas porter atteinte au principe de neutralité* ». Le ministre de l'éducation nationale a ainsi commis une erreur d'appréciation en délivrant l'agrément à ladite association justifiant son annulation par le juge administratif.

Le tribunal administratif suit les conclusions du rapporteur public qui estime que même si « *les interventions dans les établissements scolaires sur le thème de la lutte contre les comportements violents, agressifs ou discriminatoires dont peuvent faire l'objet les personnes homosexuelles répondent à un intérêt général au regard des missions du service public de l'enseignement* (V. CAA de Nancy du 14 février 2008, Association couleurs gaies, req. n° 07NC00335, AJDA 2008. 1015) », il fallait retenir que « *le module de sensibilisation tel qu'il a été présenté en 2009 ne parvenait pas tout à fait à trouver le bon angle pour aborder ces questions dans le cadre scolaire et que certains de ses passages entraînent ainsi en contradiction avec les principes* » du service public de l'enseignement. (V. CE, 6 octobre 2000, Association promouvoir, req. n°

216901, et CE, 18 octobre 2000, *Association promouvoir*, req. n° 213303, concernant une campagne de sensibilisation des mineurs à la contraception ainsi qu'une circulaire sur les séquences d'éducation à la sexualité et sur la prévention des maladies sexuellement transmissibles).

2. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LE SERVICE PUBLIC

L'année 2012 a été principalement marquée par l'adoption du « Paquet Almunia » en matière de service public, de service économique d'intérêt général et des aides d'État³⁰. Le droit européen qu'il soit originaire ou dérivé joue un rôle important dans la redéfinition et l'évolution du service public. Le service public est malmené par les règles du droit de la concurrence à tel point que certains préconisent une européanisation de l'expression « service public »³¹. L'influence du droit européen est d'abord indirecte en ce qu'il emporte une adaptation du juge administratif face au mouvement concurrentiel (2.1), puis directe par l'élaboration d'un dispositif normatif propre aux services d'intérêt économique général avec le « Paquet Almunia » (2.2).

2.1 Le juge administratif influencé par le droit européen

V. CE, 13 juillet 2012, *Cie Méridionale de Navigation et Sté Nationale Corse Méditerranée* (req. n° 355622 et n° 358396) **Supra (IA)**

Service public et concurrence... 82 ans après l'arrêt « Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers »³², ce couple célèbre perdure même s'il s'est adapté aux évolutions du temps. La cour administrative de Paris a dû rendre une décision concernant la création du syndicat mixte Autolib' chargé de « l'étude, la réalisation et l'exploitation d'un service public de véhicules automobiles en libre-service dénommé Autolib' »³³.

Alors que le tribunal administratif de Paris n'avait pas fait droit à leur demande³⁴, les requérants (Chambre syndicale des loueurs de voitures automobiles et le syndicat professionnel des centraux radio taxi de Paris) demandaient au juge administratif d'appel l'annulation de la décision du 14 avril 2010 par laquelle le Préfet de Paris a refusé d'abroger son arrêté du 9 juillet 2009 autorisant la création du syndicat mixte. La cour administrative d'appel de Paris reprend mot pour mot le considérant de principe posé par l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006 « Ordre des avocats au barreau de Paris »³⁵ en rappelant que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont*

³⁰ V. G. KALFLECHE et J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté », *Eur.* n° 6, juin 2012, ét. 7

³¹ V. D. TRUCHET, « Renoncer à l'expression « service public » ? », *AJDA* 2008.553 ; contra G. MARCOU, « Maintenir l'expression et la notion de « service public » », *AJDA* 2008.833 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, « Le droit, comme la langue vit dans la conscience populaire », *AJDA* 2008.1169 ; M. LOMBARD, « Mots et valeurs du service public », *AJDA* 2008.1225

³² CE sect., 30 mai 1930, *GAJA* n° 42

³³ CAA Paris 3 juillet 2012, req. n° 11PA02157

³⁴ TA Paris, 18 février 2011, n° 1011822/6-1

³⁵ (CE 31 mars 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272 ; concl. CASAS, BJCP 2006.295, CJEG 2006.430 et RDA 2006.1048 ; *AJDA* 2006.1584, chr. LANDAIS et LENICA ; CP-ACCP oct. 2006, p. 78, note RENOARD ; CCC oct. 2006, comm. ROLIN ; CMP juill. 2006, n° 202, note ECKERT ; DA août-sept. 2006, n° 129, note BAZEX ; JCP A 2006.113, note LINDITCH ; Gaz. Pal. 7 déc. 206, p. 7, note RENAUDIE ; RLC oct.-déc. 2006, p. 44, note CLAMOUR)

investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences , mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Après avoir énoncé les conditions dans lesquelles les personnes publiques pouvaient prendre en charge une activité économique, la cour administrative d'appel confirme la position du tribunal administratif de Paris qui « *a retenu les bénéfices environnementaux attendus d'Autolib' et conclut sur ce point à l'existence d'un intérêt public* ». De plus, compte tenu de la différence des activités exercées par les requérants et le service mis en place qui n'interviennent pas sur le même marché, l'intervention de la personne publique ne saurait fausser le libre jeu de la concurrence. Dès lors, la cour administrative d'appel de Paris rejette la requête et confirme la position du tribunal administratif de Paris. La légalité de l'intervention publique dans le domaine industriel et commercial est conditionnée à l'égalité de la puissance publique avec les opérateurs économiques privés. Le juge analyse ici la concurrence entre les activités sur le fondement du « marché pertinent », notion hautement connotée économiquement. La cour administrative d'appel de Paris montre une nouvelle fois sa sensibilité particulière aux problématiques de droit de la concurrence³⁶.

2.2 L'influence du droit européen sur la définition du service public

Le « Paquet Almunia » est arrivé³⁷. L'année 2012 aura surtout été marquée sur le plan européen par l'adoption par la Commission du « Paquet Almunia ». Composé de quatre textes adoptés entre décembre 2011 et avril 2012, il prend la suite du « Paquet Monti/Kroes » en vigueur depuis 2005 dont la date d'expiration était prévue à la fin de l'année 2011. Alors que les textes de 2005 reprenaient la jurisprudence *Altmark*³⁸, l'objectif annoncé du « Paquet Almunia » est de clarifier et simplifier les mesures en matière d'aides d'État, de service public et de service économique d'intérêt général.

Le nouveau dispositif entend réaffirmer l'interdiction de principe des aides d'État et élargit le champ des hypothèses, non couvertes par le caractère réducteur des conditions cumulatives de l'arrêt *Altmark*, dans lesquelles ces aides sont possibles. La Cour dans l'arrêt *Altmark* prévoit quatre conditions dans lesquelles une compensation d'obligations de service public n'est pas une aide publique. 1° L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être en charge de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; 2° les

³⁶ V. CAA Paris, 7 février 2013, *Société 20 minutes France c. RATP* ; M. BOUL, « L'arrêt RATP et les infrastructures essentielles : pas de droit à la paresse dans les stations parisiennes », LPA juillet 2013, n° 144, p. 11

³⁷ V. G. KALFLECHE, J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia : une obscure clarté », Eur. n° 6 juin 2012, ét. 7

³⁸ CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00

paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ; 3° la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; 4° lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public ; le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens en transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'une bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Le caractère cumulatif et réducteur de ces conditions nécessitait alors un encadrement textuel élargi. Les quatre textes adoptés par la Commission européenne dans le cadre du « Paquet Almunia » devrait éclaircir les conditions dans lesquelles une compensation d'obligations de service public échappe à la qualification en tant qu'aide d'État dans le cadre des SIEG.

Le « Paquet Almunia » (JOUE L 7 et C 8 du 11 janv. 2012) se compose des textes suivants :

- Décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, §2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général.
- Communication de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (2012/C 8/02).
- Encadrement de l'Union européenne du 20 décembre 2011, applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2012/ C8/03).
- Règlement de la Commission relatif à l'application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (360/2012). Ce règlement fixe à 500 000 euros sur trois ans le seul *de minimis* applicable aux compensations de service public pour les SIEG de faible montant.

Comme le soulignent les Professeurs KALFLECHE et SORBARA : « les services d'intérêt économique général (SIEG) bénéficient de plus en plus d'un statut propre au sein du droit de l'Union ». Ce statut propre doit être concilié avec la notion française de service public qu'il recouvre partiellement. Les précisions – même relatives – du « Paquet Almunia » sont dès lors bienvenues dans un souci de conciliation entre deux notions aux fondements idéologiques a priori opposés. L' « interdépendance sociale » doit se plier aux exigences d'une vision économique libérale.

« Bref, le service public est bien vivace ». Telle était conclue la chronique précédente par Alice Minet pour l'année 2010. Oui, le service public est toujours vivant en 2012. Les ajustements, précisions, mutations dont il fait l'objet ne le remettent pas pour autant en cause. La mutabilité ne serait-elle pas un des principes

directeurs du service public ? Malmené par le droit de l'Union européenne, le service public continue d'être une notion centrale du droit administratif. S'il n'y a pas de grands arrêts sur le service public en 2012, les services publics et leurs déclinaisons inondent le prétoire.