

SERVICES PUBLICS

APPORTS DE L'ANNEE - 2010 - FRANCE

1er janvier 2010 - 31 mars 2011

(Septembre - 2011)

Prof. Alice MINET¹

INDEX

1. LE CHAMP DES SERVICES PUBLICS

1.1 La délimitation du champ des services publics

1.2 La délimitation des catégories de services publics

2. LE REGIME DES SERVICE PUBLICS

2.1 Les modes de gestion

2.2 Les lois du service public

Le droit des services publics n'a pas connu d'évolution majeure depuis le début de l'année 2010. Toutefois, sous l'influence des juges et du législateur, il a subi quelques ajustements qui ont concerné tant le champ des services publics que leur régime juridique.

¹ Allocataire de recherches à l'Université Panthéon-Assas Paris II - Moniteur d'enseignement à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

1. LE CHAMP DES SERVICES PUBLICS

Lors de l'année 2010, les juges constitutionnel, administratif et judiciaire français ont éclairci certains aspects du champ des services publics. Parmi les différentes décisions qui méritent d'être signalées, certaines portent sur la délimitation du champ des services publics, d'autres sur celle des catégories de services publics.

1.1 La délimitation du champ des services publics

Traditionnellement, le service public est présenté comme une activité d'intérêt général assumée par une personne publique. Plusieurs décisions rendues depuis le début de l'année 2010 illustrent ces deux éléments de définition.

Le service public repose d'abord sur la notion centrale d'intérêt général. Une activité ne peut être qualifiée de service public qu'à la condition qu'elle poursuive un but d'intérêt général, c'est-à-dire qu'elle réponde aux besoins de la collectivité tout entière. Aisément perceptible s'agissant des missions régaliennes de l'Etat, cette finalité soulève davantage de difficultés lorsqu'il est question d'activités économiques et commerciales. En effet, l'exercice de ce type d'activités vise principalement le profit et, pour cette raison, relève normalement des personnes privées.

Pourtant, dès 1930, le Conseil d'Etat a autorisé les collectivités locales à créer des services publics dans la sphère économique « *si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* » (CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Rec.)*, p. 583 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 17ème éd., 2009, p. 262). A partir de cette date, la carence de l'initiative privée, laquelle laisse insatisfaits les besoins de la population, a été présentée comme l'élément permettant de caractériser l'intérêt public exigé pour la création d'un service public dans ce secteur. Mais le juge ne s'en est pas tenu à cette seule hypothèse. S'y est ajoutée ensuite l'insuffisance qualitative de l'initiative privée, reconnue elle aussi comme faisant naître un intérêt public (CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre, Rec.*, p. 563). Plus largement encore,

celui-ci a été parfois admis indépendamment de l'état de l'offre privée (CE, Sect., 23 décembre 1970, *Préfet du Val d'Oise, Rec.*, p. 788).

L'évolution a été synthétisée en 2006 à la manière d'un cours de droit, a-t-on dit :
« *Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont 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* » (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec.*, p. 272).

En réalité, la rédaction de ce considérant n'est pas exempte de toute critique. L'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *Département de la Corrèze* rendu le 3 mars 2010 (Req. n° 306911) le prouve parfaitement.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la légalité de la création d'un service public départemental de téléassistance aux personnes âgées et handicapées. Or au regard de l'activité en cause, la mise en place de ce service public a conduit le département à s'immiscer sur le marché économique. Par conséquent, conformément aux règles rappelées en 2006 qui régissent de telles interventions, le juge s'est attaché à vérifier que la création du service public de téléassistance répondait à un intérêt public.

Cette vérification révèle que l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* opère une distinction malencontreuse entre les activités de service public et les interventions sur un marché économique. Il est en effet impossible de tracer une frontière hermétique entre ces deux types d'activités tant la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques se fait généralement, comme c'était le cas en l'espèce, sous la forme d'un service public. Malgré cela, le Conseil d'Etat a, dans son arrêt du 3 mars 2010, reproduit à

l'identique le considérant de 2006. Sans doute peut-on lui reprocher de ne pas avoir corrigé l'ambiguïté alors que l'espèce lui en fournissait l'occasion idéale.

Par ailleurs, l'arrêt *Département de la Corrèze* conduit à relativiser l'apport de l'arrêt de 2006 en ce que celui-ci affirme officiellement que la carence de l'initiative privée est un simple exemple d'intérêt public parmi d'autres.

En l'espèce, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur les caractéristiques des prestations fournies, l'étendue des bénéficiaires du service et les modalités de financement de celui-ci par le département pour décider que « *même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local* ». Cette formulation qui met l'accent sur le fait que les prestations du service public départemental bénéficient aux personnes âgées quel que soit leur niveau de ressources révèle *a contrario* qu'il n'en va pas de même pour les offres des opérateurs privés. On retrouve ainsi le spectre de l'insuffisance de l'initiative privée qui sert à caractériser l'intérêt public justifiant l'intervention du département.

Ceci confirme, s'il en était besoin, que la reconnaissance, par l'arrêt de 2006, de l'existence d'intérêts publics autres que celui tenant à la carence de l'initiative privée ne doit pas être surestimée. Cette carence de l'initiative privée, qu'elle soit quantitative ou qualitative, restera sans doute à la base de la plupart des créations de services publics dans la sphère économique.

L'intérêt général est également au cœur de la suppression des services publics. En la matière, l'administration est maître de décider que l'intérêt général a cessé. Elle dispose donc d'un large pouvoir discrétionnaire pour supprimer un service public, sous réserve que son existence ne soit pas imposée par la Constitution ou par la loi. Si tel est le cas, l'administration conserve néanmoins le pouvoir de modifier les implantations du service public sur le territoire, voire de supprimer certaines d'entre elles.

Par conséquent, l'usager d'un service public n'a, selon la célèbre formule, aucun droit acquis à son maintien (CE, Sect., 27 janvier 1960, *Vannier*, Rec., p. 60). En outre, le

juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint sur la décision de suppression (CE, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des usagers des transports, Rec.*, p. 14). Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de procéder à ce contrôle par deux fois au cours de l'année 2010.

Saisi du décret du 30 octobre 2008 ayant pour objet de réformer la carte judiciaire, le Conseil d'Etat a estimé, pour la plupart des suppressions de tribunaux prévues par ce texte, que l'administration n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Il a toutefois jugé différemment pour quelques-unes d'entre elles. Tel a été le cas par exemple s'agissant de la disparition du tribunal de grande instance de Moulins.

« Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers que, compte tenu de la distance importante séparant les villes de Moulins et de Cusset, de la localisation à Moulins, liée à la qualité de chef-lieu de département de cette commune, des autres services de l'Etat et du conseil général dont le concours est nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice, ainsi que de la présence, à proximité immédiate de cette commune, d'un établissement pénitentiaire de près de trois cents places comprenant une maison d'arrêt importante et une maison centrale de haute sécurité accueillant de nombreux détenus particulièrement signalés, la suppression du tribunal de grande instance de Moulins et le rattachement de son ressort à celui de Cusset sont entachés d'erreur manifeste d'appréciation, sans qu'y fassent obstacle le faible niveau d'activité du tribunal supprimé ni la démographie déclinante des communes composant son ressort » (CE, 19 février 2010, *M. Molline et autres*, Req. n° 322407).

De la même manière, le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur la fermeture d'une section de ligne ferroviaire. Il a alors jugé que Réseau Ferré de France n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en prenant cette décision dès lors que *« le trafic sur cette section de ligne de 960 mètres avait cessé depuis décembre 1980 »* et qu'*« aucune perspective de reprise n'était prévue »* (CE, 2 mars 2010, *Réseau Ferré de France*, Req. n° 325255).

Outre le critère de l'intérêt général, l'existence d'un service public repose sur un critère organique qui impose que l'activité soit prise en charge par une personne publique.

Cependant, cette maîtrise ne doit pas nécessairement être directe. Une activité gérée par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique peut constituer un service public. En l'absence de texte mentionnant une telle qualification, l'existence d'un service public peut être reconnue si plusieurs conditions posées par le juge administratif sont remplies.

Par son arrêt *Narcy*, le Conseil d'Etat avait posé trois critères cumulatifs. Une personne privée exerce une mission de service public si elle est investie d'une activité d'intérêt général, dotée à cet effet de prérogatives de puissance publique et soumise au contrôle de l'administration (CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec., p. 401). Cependant, des doutes sont apparus quant à l'exigence de prérogatives de puissance publique, certains arrêts ayant accepté qu'une personne privée puisse être chargée d'un service public sans disposer de telles prérogatives.

Le Conseil d'Etat a clarifié les choses en 2007. Après avoir rappelé le principe des trois critères cumulatifs, il a admis que, même en l'absence de prérogatives de puissance publique, l'activité d'une personne privée constitue une mission de service public si, « *eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » (CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, Rec., p. 92).

La clarification n'est toutefois pas totale. En effet, l'arrêt est rendu à l'occasion d'une affaire concernant une personne privée habilitée par un acte unilatéral. Or il ne précise pas si son considérant s'applique aux personnes privées qui se voient déléguer une activité d'intérêt général sur la base d'un contrat. L'incertitude vient d'être levée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Ville de Paris* (CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, Req. n° 338272).

En l'espèce, le juge devait qualifier la convention par laquelle la ville de Paris a mis à la disposition de l'association Jean Bouin un ensemble immobilier comprenant notamment un stade et des courts de tennis. Pour pouvoir se prononcer sur l'éventuelle

qualification de délégation de service public, le Conseil d'Etat devait rechercher si la convention a pour objet de confier à ladite association une mission de service public. Se posait alors la question de savoir si l'exploitation du stade constitue un service public.

Bien que le considérant énoncé en 2007 n'y soit pas réitéré, l'arrêt fait application de la solution *APREI*. En effet, l'association n'ayant pas de prérogatives de puissance publique, c'est sur la base du faisceau d'indices que le Conseil d'Etat recherche si la ville de Paris a entendu confier à l'association l'exercice d'une mission de service public. Il se livre alors à l'analyse du contenu de la convention et de l'intention des parties qu'il privilégie et subsidiairement, à l'étude d'éléments extérieurs à la convention. En l'espèce, au regard notamment de l'absence de contrôle exercé par la ville de Paris sur son cocontractant, le Conseil d'Etat décide que « *l'ensemble des stipulations de la convention du 11 août 2004 et de ses annexes ne traduit pas l'organisation, par la Ville de Paris, d'un service public ni la dévolution de sa gestion à l'association Paris Jean Bouin* ».

Comme pour tout raisonnement fondé sur la méthode du faisceau d'indices, il est difficile d'anticiper la qualification du juge. En l'espèce, la cour administrative d'appel avait jugé que l'exploitation du stade par l'association constituait une mission de service public. Le Conseil d'Etat a estimé le contraire. Il en résulte que les contours du champ des services publics ne sont pas nets. Le même constat peut être fait pour la délimitation des catégories de services publics.

1.2 La délimitation des catégories de services publics

Le champ des services publics s'articule autour d'une distinction ancienne entre services publics administratifs (SPA) et services publics industriels et commerciaux (SPIC). Depuis son apparition il y a près d'un siècle (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, Rec.*, p. 91 ; *GAJA*, p. 217), cette dichotomie n'en finit pas de susciter de nombreuses interrogations, notamment en ce qui concerne la ligne de partage entre ces deux types de services publics.

Par deux arrêts du 31 mars 2010, la Cour de cassation s'est prononcée sur la qualification de deux services publics, l'exploitation d'un domaine skiable et la gestion

d'un camping municipal. Cette qualification était déterminante puisque la compétence de la Cour, qui ne vaut qu'en présence d'un SPIC, en dépendait.

Elle a d'abord jugé que « *la SEPAD, chargée de l'exploitation du domaine skiable, est un service public industriel et commercial, et que les liens unissant un tel service à ses usagers sont des liens de droit privé* » si bien que « *la juridiction de l'ordre judiciaire est seule compétente pour connaître du litige* » (Cass., civ. 1ère, 31 mars 2010, n° 09-10560, *Bull. civ.*, I, n° 82, p. 76). Il en découle que l'ensemble de l'exploitation d'une station de ski constitue un SPIC, sans qu'il y ait lieu d'opérer une différenciation entre l'exploitation des remontées mécaniques et la gestion des pistes de ski. En statuant ainsi, la Cour prend acte de la position récemment exprimée par son homologue administratif.

En effet, le Conseil d'Etat a procédé en 2009 à l'unification du contentieux relatif à l'exploitation d'une station de ski lorsqu'il a décidé que « *l'exploitation des pistes de ski, incluant notamment leur entretien et leur sécurité, constitue un service public industriel et commercial, même lorsque la station de ski est exploitée en régie directe par la commune* » (CE, 19 février 2009, *Melle Beaufils, Rec.*, p. 61). Par cet arrêt, il a entériné une évolution initiée par le Tribunal des conflits et plusieurs cours administratives d'appel et a mis fin à l'éclatement du contentieux entre les deux ordres de juridiction qui résultait de ce que l'exploitation des remontées mécaniques était qualifiée de SPIC tandis que la gestion des pistes de ski constituait un SPA. Il n'aura pas fallu attendre longtemps pour que la Cour de cassation accepte ce bloc de compétence.

Désormais, l'exploitation d'un domaine skiable constitue invariablement un SPIC. Il en va différemment de la gestion d'un camping municipal qui peut être tantôt un SPA, tantôt un SPIC.

La Cour de cassation a en effet jugé dans un second arrêt du 31 mars 2010 qu'« *un camping municipal, créé dans l'intérêt général, constitue un service public administratif et n'a de caractère industriel et commercial que dans les cas où les modalités particulières de sa gestion impliquent que la commune a entendu lui donner ce caractère et que, d'autre part, il incombe à la partie qui se prévaut du caractère industriel et commercial d'un*

service public d'établir ses modalités de fonctionnement et de financement, au besoin après avoir demandé qu'il soit fait injonction à la personne publique de produire les pièces nécessaires » (Cass., civ. 1ère, 31 mars 2010, n° 09-12821, Bull. civ., I, n° 83, p. 77).

Cette décision semble, de prime abord, conforme à la tradition jurisprudentielle puisqu'elle pose une présomption d'"administrativité" du service public fourni par un camping municipal, présomption qui peut être renversée s'il est prouvé que la gestion du service se fait selon des modalités semblables à celles rencontrées dans le secteur privé. Elle reprend d'ailleurs une formulation qui a été utilisée par le Tribunal des conflits également à propos d'un camping municipal (TC, 14 janvier 1980, *Le Crom*, Rec. tables, p. 633).

A bien y regarder, la décision peut surprendre. Selon la jurisprudence administrative classique, un service public revêt un caractère industriel et commercial si, au regard de son objet, de son financement, et de sa gestion, il s'apparente à une activité privée. Il s'agit là en principe de critères cumulatifs (CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec., p. 434). Or la Cour de cassation affirme, dans la première partie de l'attendu, que le caractère industriel et commercial du service public apparaît si la gestion du camping municipal est semblable à une gestion privée.

Quid de l'objet et du financement ? S'agissant du critère de l'objet d'abord, on peut sans doute répondre que le service fourni par un camping municipal qui consiste à louer des emplacements d'hébergement correspond à n'en pas douter à une activité privée. D'une certaine façon, on peut dire que ce critère est *ipso facto* rempli. S'agissant du critère du financement ensuite, celui-ci n'est pas totalement absent de la décision de la Cour de cassation. Il apparaît dans la seconde partie de l'attendu relatif à la charge de la preuve du caractère industriel et commercial qui pèse sur la partie se prévalant d'une telle qualification. Cependant, il semble relégué au second plan. Ceci s'explique peut-être par un arrêt rendu en 1976 par le Conseil d'Etat dans lequel l'exploitation d'un camping municipal a été qualifiée de service public administratif alors même que son financement, qui était assuré par les redevances versées par les usagers, s'apparentait à celui rencontré dans le secteur privé (CE, 30 juin 1976, *Carrier*, Rec., p. 341). Ainsi, en matière de camping

municipal, le critère du financement ne semble pas déterminant tandis que celui des modalités de gestion paraît suffisant pour emporter le caractère de SPIC. La contingence qui caractérisait déjà la qualification des services publics est une nouvelle fois confirmée.

Un flottement analogue entoure la catégorie des services publics constitutionnels apparue en 1986 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, catégorie qui regroupe les services publics nationaux dont « *la nécessité [...] découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* » (CC, 26 juin 1986, Décision n° 86-207 DC - Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social). Ceci est d'autant plus regrettable que cette qualification entraîne une conséquence importante sur le régime juridique applicable. En effet, il résulte de la décision de 1986 que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 s'oppose à ce que les services publics constitutionnels fassent l'objet d'une privatisation.

Si la doctrine s'accorde pour y ranger les services publics régaliens et les services publics découlant des droits-créances énumérés dans le préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel n'en a jamais donné d'exemples. Pourtant, les évolutions de statut qui ont affecté les grands services publics nationaux depuis le milieu des années 1980 lui ont donné l'occasion de se prononcer sur cette qualification à plusieurs reprises.

La transformation de l'établissement public La Poste en société anonyme par la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales (JO, n° 0034, 10 février 2010, p. 2321, texte n° 1) n'a pas échappé à cette règle. Invoquant la violation de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, les parlementaires à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel se sont attachés à montrer que le service public postal constitue un service public constitutionnel en ce qu'il découle de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui garantit la liberté de s'exprimer et de communiquer. Cependant, sans se prononcer sur le caractère constitutionnel de ce service, le Conseil constitutionnel a rejeté ce moyen en se bornant à dire que la loi « *n'a ni pour objet, ni pour effet de transférer la Poste au secteur privé* » (CC, 4 février 2010, Décision n° 2010-601 DC - Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales).

Cette solution est certainement incontestable puisque l'article 1er de la loi litigieuse prévoit que « *le capital de la société est détenu par l'Etat, actionnaire majoritaire, et par d'autres personnes morales de droit public, à l'exception de la part du capital pouvant être détenue au titre de l'actionnariat des personnels* ». Elle doit toutefois être signalée dans la mesure où le Conseil constitutionnel s'y est montré moins prolix que dans ses décisions équivalentes rendues antérieurement.

En effet, s'agissant de la transformation de l'établissement public France Telecom en entreprise publique (CC, 23 juillet 1996, Décision n° 96-380 DC - Loi relative à l'entreprise nationale France Telecom) et des transformations de EDF et GDF en sociétés anonymes (CC, 5 août 2004, Décision n° 2004-501 - Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières), le Conseil a usé d'une formule qui laissait entendre qu'aucun des services publics assurés par ces entreprises ne constitue un service public constitutionnel. On ne trouve rien de tel dans la décision rendue en 2010 si bien que le caractère du service public postal reste en suspens. Par conséquent, on ignore pour l'instant si la privatisation de la Poste sera possible ou si l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 y fera obstacle. Si le législateur décide d'y procéder en rendant minoritaire l'actionnariat public de cette société, le Conseil constitutionnel qui sera sans nul doute saisi ne pourra plus échapper à la question.

Ce qui est certain, c'est que le service public postal constitue un service universel en application du droit communautaire. L'article L. 1 du code des postes et des communications électroniques dispose en son alinéa 4 que « *le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire* ». A ce titre, la Poste, prestataire du service universel postal, est soumise à un ensemble d'obligations relatives à la qualité et à l'accessibilité du service dont les grandes lignes sont énoncées aux articles R. 1 et suivants dudit code. L'article R. 1-1-8 donne en outre compétence au ministre chargé des postes pour arrêter « *des objectifs de qualité applicables aux prestations du service universel qu'il détermine* ».

En vertu de cette disposition, le ministre de l'économie a posé des objectifs de qualité par arrêté du 22 juillet 2008 dont la légalité a été contestée devant le Conseil d'Etat.

Le requérant estimait que l'article 1er de l'arrêté qui définit un objectif tenant à ce que 83 % des envois de lettres prioritaires parviennent à leur destinataire le lendemain du jour de dépôt et 95 %, au moins, le surlendemain de ce jour, contrevenait à l'article R. 1 du code des postes et des communications électroniques, lequel précise que « *les envois prioritaires relevant du service universel postal sont distribués le jour ouvrable suivant le jour de leur dépôt* ». Par son arrêt Broueil du 19 mars 2010 (Req. n° 321842), le Conseil d'Etat a rejeté le moyen au motif que ce dernier article « *ne peut être regardé comme fixant des délais impératifs* ». La solution du Conseil d'Etat doit certainement être approuvée. Si le service universel vise à la mise en place de prestations de qualité, les objectifs imposés doivent demeurer réalisables. Tel n'aurait sans doute pas été le cas s'il avait jugé que l'article R. 1 posait un délai impératif. Il a ainsi opéré une conciliation entre les réalités du service et les obligations qui pèsent sur lui. Ce travail de conciliation entre intérêts divergents se retrouve également lors de la mise en œuvre des règles relatives au régime des services publics.

2. LE REGIME DES SERVICE PUBLICS

Au cours de l'année 2010, les règles relatives aux modalités de gestion des services publics ont surtout fait l'objet de rappels de la part du juge. Une innovation est toutefois intervenue dans ce domaine à l'initiative du législateur. S'agissant des lois du service public qui en régissent le fonctionnement, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de faire application du principe de continuité.

2.1 Les modes de gestion

La personne publique qui a la maîtrise d'un service public peut décider d'en assurer la gestion directement par ses propres services. C'est l'hypothèse de la gestion en régie. Elle peut aussi préférer en confier la gestion à une autre personne, privée ou publique. On parle alors de gestion déléguée.

Sans remettre en cause la liberté dont dispose la personne publique dans le choix de son délégataire, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin » (*JO*, n° 25, 30 janvier 1993, p. 1588) et les évolutions législatives postérieures ont soumis la procédure de délégation de service public à un ensemble de règles de publicité et de mise en concurrence.

Elles ont cherché à établir un équilibre entre respect de la concurrence et libre négociation que le juge ajuste au fil de ses décisions. Sur ce point, l'année 2010 a apporté sa pierre à l'édifice.

Le Conseil d'Etat a d'abord fait application d'un principe récemment posé selon lequel la personne publique délégante doit porter les critères de sélection à la connaissance des candidats. Il a en effet été jugé en 2009 que *« les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres »*. L'arrêt précise l'étendue de cette obligation d'information en ajoutant que la personne publique, qui *« négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, [...] n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en oeuvre de ces critères »* (CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, Rec.*, p. 502).

Le Conseil d'Etat n'a pas tardé à vérifier le respect de cette nouvelle formalité. Il l'a fait dans l'arrêt *Département de la Corrèze* évoqué précédemment dans lequel il est précisé qu'*« il ressort des pièces du dossier que le département a rendu publics les critères de sélection des offres »*. (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze, préc.*). Mais, il a également réaffirmé qu'*« aucune règle ni aucun principe n'impose à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en oeuvre des critères de sélection des offres »* (CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux, Req. n° 334845*).

Il résulte de ces décisions que les différents critères utilisés par la personne publique pour choisir son cocontractant doivent être connus de tous les candidats. Cependant, leur éventuelle hiérarchisation ou pondération est une donnée qui reste en dehors du champ de cette information et qui n'appartient qu'au délégant. Ceci montre que le Conseil d'Etat entend instaurer un compromis entre l'obligation de transparence et la liberté accordée à la personne publique pour le choix de son délégataire.

Au cours de l'année 2010, le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé qu'« aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des deux candidats » (CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg*, Req. n° 336120). C'est cette fois la liberté de la personne publique au stade des négociations que le juge administratif a préservé par cet arrêt. Celui-ci prolonge une décision rendue en 2006 dans laquelle il est énoncé qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'autorité responsable de la personne publique délégante de notifier à l'opérateur économique ayant déposé une offre son choix de ne pas entamer de négociation avec lui » (CE, 15 décembre 2006, *Corsica Ferries*, *Rec.*, p. 566). Le Conseil d'État se refuse donc de limiter, d'une quelconque façon que ce soit, le principe de libre négociation prévu à l'article 38 de la loi Sapin.

D'ailleurs, cette importante liberté laissée à la personne publique dans la procédure de passation des délégations de service public conduisait initialement le juge à s'interdire tout contrôle sur le choix du délégataire. Cette situation a toutefois pris fin en 2008 lorsque le Conseil d'Etat a discrètement accepté d'exercer un contrôle restreint sur la décision (CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, *Rec. tables*, p. 805). Depuis cette date, il n'avait pas eu l'occasion de confirmer son revirement de jurisprudence. C'est chose faite avec l'arrêt précité du 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*. Mais sur le fond, le juge estime, comme en 2008, que le choix n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

Il apparaît ainsi que les règles de mise en concurrence et le contrôle du juge qui encadrent la procédure de passation des délégations de service public ne sont pas très contraignants. Le législateur a accentué cette tendance en 2010 puisqu'il a permis aux collectivités locales de se soustraire complètement à ces règles en leur ouvrant la possibilité de confier la gestion d'un service public à une société de droit privé placée entièrement sous leur contrôle.

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (JO, n° 0122, 29 mai 2010, p. 9697, texte n° 1) a inséré un nouvel article L. 1531-1 au sein du code général des collectivités territoriales ainsi rédigé :

« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires.

Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre ».

Par cette loi, le législateur permet aux collectivités locales et à leurs groupements de créer des sociétés anonymes dont le capital social leur appartient intégralement. Ces nouvelles sociétés dites sociétés publiques locales (SPL), basées sur le modèle des sociétés d'économie mixte locales (SEML), s'en distinguent au niveau du capital social. Alors que pour les SEML, une part minoritaire du capital, qui ne peut toutefois être inférieure à 15%, doit obligatoirement appartenir à des personnes privées ou publiques autres que les collectivités territoriales et leurs groupements qui les créent, le capital des SPL est entièrement détenu par ceux-ci.

Cette différence est déterminante pour l'application des règles de publicité, de transparence et de mise en concurrence posées par la loi Sapin. En effet, dans sa décision rendue sur cette loi (CC, 20 janvier 1993, Décision n° 92-316 DC - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques), le Conseil constitutionnel a jugé que les sociétés ayant un capital en partie détenu par une personne autre que la collectivité délégante ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, figurer sur la liste des délégataires dispensés du respect des règles de passation imposées par la loi. Il en résulte que les SEML ne peuvent se voir confier la gestion d'un service public qu'après la mise en œuvre de ces règles, ce qui peut être gênant lorsque ces sociétés ont été créées par les collectivités précisément pour gérer ledit service public.

C'est donc pour contourner cette difficulté que le législateur a permis la création des SPL. Dans la mesure où leur capital appartient intégralement à la collectivité délégante, ces sociétés constituent des quasi-régies et bénéficient alors de l'exception dite "in house" qui leur permet d'obtenir la gestion d'un service public en dehors des règles de publicité et de mise en concurrence. L'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales a d'ailleurs été modifié en ce sens. Il dispose désormais que ces règles ne sont pas applicables aux délégations de service public « *lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société* ».

Les modes de gestion des services publics sont divers et sont soumis à des règles différentes au moment de leur mise en place. Cependant, les divergences s'amenuisent au stade du fonctionnement du service public puisqu'il existe en la matière un socle commun de principes.

2.2 Les lois du service public

Le fonctionnement des services publics, quelque soit leur nature et leur mode de gestion, est régi par un ensemble de principes juridiques traditionnellement appelés "lois du service public" ou "lois de Rolland" en hommage au Professeur Louis Rolland qui les a théorisés dans les années 1930.

Parmi ces principes régissant le fonctionnement des services publics figure le principe de continuité qui a reçu valeur constitutionnelle en 1979 (CC, 25 juillet 1979, Décision n° 79-105 DC - Loi relative au droit de grève à la radio et à la télévision). Parce qu'il impose que le service ne soit pas interrompu et qu'il soit assuré de manière régulière, ce principe se heurte au droit de grève des agents publics. Par son arrêt du 11 juin 2010, le Conseil d'Etat a dû, une fois de plus, se pencher sur la conciliation de ces deux principes (CE, 11 juin 2010, *Syndicat Sud RATP*, Req. n° 333262).

En l'espèce, la haute juridiction administrative était saisie d'une instruction générale fixant les modalités de participation à la grève émise en 2009 par le président-directeur général de la RATP. La question était alors de savoir si une telle instruction pouvait légalement intervenir alors que le droit de grève des agents du service public de transports terrestres est régi depuis peu par la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (*JO*, n° 193, 22 août 2007, p. 13956, texte n° 2).

Par sa célèbre décision *Dehaene*, le Conseil d'Etat a reconnu un droit de grève aux agents publics et a donné compétence aux autorités administratives pour régler ce droit en lieu et place du législateur si celui-ci n'est pas intervenu en ce sens comme l'exige l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 (CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426, *GAJA*, p. 395).

En cas de réglementation législative existante, il maintient la compétence des autorités administratives s'il s'avère que la législation est partielle et qu'elle ne peut «

constituer à elle seule l'ensemble de la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution » (CE, Ass., 4 février 1966, Syndicat unifié des techniciens de la RTF, Rec., p. 81).

Dans son arrêt du 11 juin 2010, le Conseil d'Etat rappelle donc qu'*« en l'absence de la complète législation annoncée par la Constitution, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état de la législation, il appartient ainsi aux organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, de déterminer les limitations qui doivent être apportées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».*

Puis, il estime que la loi du 21 août 2007 *« ne traite que de points particuliers »* si bien qu'elle ne constitue pas, pour le secteur du service public de transports terrestres, *« l'ensemble de la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution »*. Dès lors, le président-directeur général de la RATP pouvait valablement intervenir pour fixer les modalités d'exercice du droit de grève en sus de celles prévues par la loi de 2007.

Sur le fond, l'instruction litigieuse prévoit que les agents de la RATP ne peuvent rejoindre une grève qu'au début d'une des prises de leur service. Pour juger légale cette disposition, le Conseil d'Etat explique que celle-ci vise à *« prévenir les risques de désorganisation qui résulteraient de l'interruption du travail en cours de service par des agents décidant de rejoindre la grève après le début de leur service »* et ajoute que *« la limitation apportée à l'exercice du droit de grève qui en résulte est justifiée par les nécessités du fonctionnement du service public de transport assumé par la RATP et vise à prévenir un usage abusif du droit de grève ».*

Par la référence faite aux nécessités du fonctionnement du service, le Conseil d'Etat recourt implicitement au principe de continuité pour valider l'instruction. En interdisant aux agents de rejoindre un mouvement de grève pendant leur service,

l'instruction permet d'éviter qu'un train transportant des voyageurs soit immobilisé en raison du départ soudain du conducteur. C'est donc bien le principe de continuité, lequel s'oppose à une telle interruption, qui fonde la légalité de cette interdiction.

En guise de conclusion, on rappellera que le service public irrigue l'ensemble du droit administratif français. Le juge administratif en a fait un élément de définition de nombreuses notions telles que celles d'acte administratif, de contrat administratif ou encore de domaine public. La notion d'ouvrage public vient de s'ajouter à cette liste. A l'occasion d'un avis portant sur la nature des biens appartenant à la société Electricité de France, le Conseil d'Etat a expliqué que « *la qualification d'ouvrage public peut être déterminée par la loi* », puis a ajouté que « *présentent aussi le caractère d'ouvrage public notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public* » (CE, Avis, 29 avril 2010, Req. n° 323179). Cet avis mérite d'être signalé car le Conseil d'Etat n'avait jusqu'alors jamais défini la notion d'ouvrage public sous la forme d'un considérant de principe si bien que la doctrine avait du se contenter de décisions d'espèces pour en dégager les contours. Il ressort de la définition nouvellement posée que l'affectation au service public suffit, outre le critère du caractère immobilier du bien et celui de son aménagement, à emporter la qualification d'ouvrage public, indépendamment de la nature privée ou publique du propriétaire. Bref, le service public est bien vivace.