

DISSERTATION

« De l'exercice d'une activité de service public par une personne privée »

« L'État n'est pas comme on a voulu le faire croire et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté. Il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. » - Léon Duquít

Tout d'abord, en son sens organique, le service public vise une institution avec ses personnels, ses biens et ses matériels. On parle ainsi du service public de l'Éducation nationale ou de la Justice par exemple. Par ailleurs, René Chapus, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas, spécialisé en droit public, définissait le service public, en son sens matériel comme une « activité d'intérêt général assurée ou assumée par l'Administration ». Quant à elle, la personne privée est une notion juridique qui peut représenter une personne physique autant qu'une personne morale de droit privé, par exemple, une société privée, une association.

Le service public est au cœur d'un vaste débat idéologique. Cependant, une distinction est à faire entre l'institution administrative et le service public, quelques rares activités des organes administratifs ne relèvent pas du service public et à l'inverse, de nombreuses missions de service public sont prises en charge par des personnes privées. Le service public administratif (SPA) est la vision traditionnelle du service public. Cependant, l'arrêt Bac d'Eloka (Tribunal des conflits, 22 janvier 1921) donne naissance à la notion de service public industriel et commercial (SPIC) qui relève d'un régime de droit privé et de la compétence du juge judiciaire. Depuis l'arrêt Caisse primaire Aide et protection (Conseil d'État, 13 mai 1938), il est admis qu'en dehors même du procédé de la concession, un service public peut être géré par une personne privée quand elle y est habilitée unilatéralement ou contractuellement. On peut certes, dire que ce mode de gestion d'un service public est devenu commun de nos jours, et concerne aussi bien le service public administratif que le service public industriel et commercial. Le recours à une personne privée et non publique a une portée symbolique évidente, le lien avec l'administration est moins net, et l'intervention publique moins avérée, en apparence.

Quelles sont les conditions pour qu'une activité de service public soit exercée par une personne privée et quel est leur régime applicable ?

Afin qu'une personne privée exerce une activité de service public il faut qu'elle y soit habilitée (I) et qu'elle respecte le régime qui lui est applicable (II).

I – L'habilitation d'une institution spécialisée privée à exercer une activité de service public

A – L'habilitation unilatérale des personnes privées

- Arrêt Commune d'Aix-en-Provence (CE, 6 avr. 2007) fait une exception : en principe les collectivités publiques qui entendent confier la gestion du service public à un tiers doivent passer avec lui un contrat. Mais ce principe ne vaut que sauf texte contraire et il est fréquent en réalité que des textes opèrent ou permettent une habilitation unilatérale. Dans ce cadre, toutes sortes d'organismes publics ou privés interviennent.
- Arrêt Caisse primaire Aide et protection (CE, 13 mai 1938) dans lequel il est admis qu'en dehors même du procédé de la concession, un service public peut être géré par une personne privée quand elle y est habilitée unilatéralement
- Est soumise au régime du service public l'activité privée préexistante d'une communauté de personnes. Les ordres professionnels permettent par exemple, à certaines professions libérales de s'auto-administrer sous le contrôle de la puissance publique.

- Dans le domaine sportif, une seule fédération (association loi 1901) reçoit délégation pour organiser les compétitions sportives.
- Le recours à ce procédé est aussi lié à des considérations de « souplesse », ou une certaine désengagement de la puissance publique.
- Le service étant pris en charge par une personne privée, le droit privé s'applique plus largement qu'en cas de gestion par une personne publique même s'il faut prendre en compte le minimum de droit public présent et du caractère du SPA ou SPIC.
- Le plus souvent, la loi donne compétence à l'administration pour autoriser une personne privée à exploiter le service public.
- Parfois, la délégation est consentie à des personnes privées qui prennent réellement en charge le service public, ce qui permet aux citoyens de participer à l'action administrative. Mais parfois, il s'agit d'une simple apparence où des personnes privées gèrent le service public sans aucune liberté.

B – Les concessions de service public et délégations de service public

- L'administration étatique ou locale confie parfois, par contrat, l'exécution d'un service public à une autre personne.
- Une concession de service public est un contrat qui pour objet de concéder la gestion d'un service public.
- L'opérateur économique auquel la gestion du service public est concédée est, en général, une personne privée.
- Permet à l'administration de répondre au problème de financement des interventions publiques, tout en externalisant la gestion du service public.

Pour les délégations de service public :

- Application des règles strictes de passation du contrat
- Il faut que le risque économique de l'opération, liée à l'exploitation du service doit peser sur le délégataire et pas à l'administration
- Surveillance de ces contrats par le législateur via deux textes :
- **Loi SAPIN du 29/01/1993** : sur la transparence des procédures publiques.
- **Ordonnance du 29 janvier 2016** : sur les contrats de concession qui a été codifié dans le CCP.

II – Le régime applicable aux personnes privées exerçant une activité de service public

A – Une distinction entre le service public administratif (SPA) et le service public industriel et commercial (SPIC)

- TC, 22 janvier 1921, Bac d'Eloka fait émerger la distinction en donnant naissance à la notion de SPIC relevant d'un régime de droit privé et de la compétence du juge judiciaire.

B – Une activité devant faire l'objet d'un contrôle public, l'intérêt général comme finalité de la mission assumée ou assurée