

Paris, le 29 mai 2018

**Objet : avis sur l'application ou la non-application du principe de neutralité aux prestataires extérieurs de l'administration publique ou des services publics.**

1. Saisine et contexte :

Le 15 mars 2018, la direction des affaires juridiques du secrétariat général des ministères chargés des affaires sociales (SGMAS)<sup>1</sup> a saisi l'Observatoire de la laïcité « sur l'application des principes de laïcité et de neutralité aux prestataires de l'administration (personnel d'entretien, informaticien, dépanneur, etc.) » et sur les critères permettant de qualifier leurs missions de « service public ». Dans l'attente d'un avis de l'Observatoire de la laïcité, il a été rappelé à l'occasion de cette saisine la position de la direction des affaires juridiques du SGMAS : « seule l'exercice d'une mission de service public conditionne l'application du principe de laïcité. »

Le recours à des prestataires extérieurs s'est considérablement accentué ces trente dernières années pour des tâches et des missions d'une très grande diversité, avec, selon leur nature, l'attribution ou non de prérogatives de puissance publique.

2. Analyse :

Pour répondre à cette saisine, il faut prendre en compte la qualification de la mission exercée et les exigences liées au bon fonctionnement du service. L'étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 19 décembre 2013 est utile dans l'analyse de la question posée. Cet avis en reprend donc des raisonnements essentiels.

a. Les principes de laïcité et de neutralité de l'Etat et des services publics :

La loi du 9 décembre 1905<sup>2</sup> concernant la séparation des Eglises et de l'Etat met fin au régime concordataire et des articles organiques (cf. annexes) et fonde la neutralité de l'Etat en matière religieuse (la jurisprudence du Conseil constitutionnel et le régime général de la fonction publique étendent cette neutralité à tous les champs, notamment philosophique et politique<sup>3</sup>). La laïcité et l'exigence de neutralité de l'Etat sont consacrées à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958<sup>4 5</sup>. Le Conseil d'Etat a qualifié la laïcité de principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Ministère de la Cohésion des Territoires, ministère des Solidarités et de la Santé, ministère du Travail, ministère des Sports, secrétariat d'Etat chargé de l'Egalité entre les femmes et les hommes.

<sup>2</sup> Son article 2 dispose : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte (...) »

<sup>3</sup> Décision n°2013-353 QPC du 18 octobre 2012, *M. Franck M. et autres (célébration du mariage – Absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil)*. Article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires après avis du 3 février 2015 de l'Observatoire de la laïcité : « Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité. Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité. Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses. Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité. Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service. »

<sup>4</sup> « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

<sup>5</sup> La laïcité est également consacrée à propos de l'enseignement dans le 13<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui fait de « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés un devoir de l'Etat. »

<sup>6</sup> CE, 6 avril 2001, Syndicat national des enseignants du second degré, n°219379.

Deux principes sont la source d'une exigence particulière de neutralité religieuse des services publics : le principe de laïcité de l'État, qui s'applique aux relations entre les collectivités publiques et les particuliers<sup>7</sup> (les rapports entre personnes privées n'en relèvent donc pas directement), et le principe de neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité<sup>8</sup> qui régit le fonctionnement des services publics et implique notamment l'égal accès des usagers au service public<sup>9</sup> et leur égal traitement quelles que soient leurs convictions<sup>10</sup>.

b. L'identification des services publics :

À l'inverse d'une idée largement répandue, la mission de service public (à laquelle s'appliquent les principes de laïcité et de neutralité) se distingue de la mission d'intérêt général. Cette distinction découle de son rattachement à une ou plusieurs personnes publiques : la mission de service public associe ainsi une activité d'intérêt général (critère matériel) à une ou plusieurs personnes publiques (critère organique). Il en résulte que toutes les activités assurées nécessairement par des personnes publiques sont des services publics. En dehors de rares exceptions, il en va ainsi, plus généralement, de l'ensemble des activités des personnes publiques, qui répondent, en principe, à un but d'intérêt général.

Qualifier des activités d'intérêt général de « service public » en recourant à un rattachement imprécis à une personne publique pour appliquer le principe de neutralité n'est pas légale. Qui plus est, il est à rappeler que faire d'une activité un service public emporte des conséquences importantes. Cela conduit à appliquer à la structure en cause l'ensemble des règles et principes généraux, textuels ou jurisprudentiels, propres aux services publics, tels les principes d'égalité et de continuité du service, les règles de tarification des services publics, les règles de transparence<sup>11</sup> ou encore les règles de préavis de grèves<sup>12</sup>.

Il existe des activités d'intérêt général qui, selon qu'elles sont ou non prises en charge par une personne publique, sont un service public ou ne le sont pas (cf. annexes).

i. La qualification textuelle d'un service public :

L'existence d'un service public peut résulter de garanties constitutionnelles, ou avoir été prévue par des dispositions législatives.

Des services publics peuvent également être créés par l'administration de l'Etat ou par les collectivités territoriales ou assumés par elles.

Les services publics susceptibles d'être délégués peuvent être confiés de deux manières à des organismes de droit privé, qui pour l'accomplissement de ces missions sont soumis aux principes et règles fondamentaux du service public :

- Ils peuvent d'une part faire l'objet d'une dévolution par voie contractuelle (cf. annexes).
- Ils peuvent d'autre part être confiés à un organisme de droit privé de manière unilatérale (cf. annexes).

ii. La qualification jurisprudentielle d'un service public :

En l'absence de qualification textuelle, l'identification d'un service public suppose de rechercher si des activités d'intérêt général sont assurées sous le contrôle de l'administration et que les personnes privées qui en sont chargées sont dotées à cette fin de prérogatives de puissance publique. Trois critères doivent ainsi se trouver réunis :

- l'intérêt général attaché à l'activité ;
- le contrôle de l'administration ;
- la détention par la personne privée de prérogatives de puissance publique.

<sup>7</sup> Décision n°2004-505 DC du 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* ; décision n°2012-297 QPC du 21.02.2013.

<sup>8</sup> Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

<sup>9</sup> CE, Ass., 1er avril 1938, *Société L'Alcool dénaturé*, rec. p. 337.

<sup>10</sup> Cette exigence se traduit notamment par l'interdiction des subventions publiques pour l'exercice des cultes et l'encadrement de la liberté de religion des agents publics. En l'espèce, c'est ce deuxième point qui retient ici l'attention de l'Observatoire de la laïcité.

<sup>11</sup> Prévu par la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs.

<sup>12</sup> Définis par les articles L. 2512-1 et suivants du code du travail.

La notion de prérogatives de puissance publique renvoie aux moyens propres à l'administration, dont l'organisme de droit privé ne disposerait pas s'il n'était soumis qu'aux règles de droit privé<sup>13</sup>.

Cependant, même en l'absence de prérogatives de puissance publique,

- un organisme de droit privé est chargé d'une mission de service public lorsque, « 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 »<sup>14</sup>.

Dans ce cas, l'identification du service public repose sur un « faisceau d'indices » qui conduit à mesurer le degré d'implication de la personne publique d'une part dans les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement de l'organisme de droit privé et, d'autre part, dans la fixation d'obligations spécifiques et la conduite d'un contrôle des objectifs assignés (cf. annexes).

c. La neutralité des agents des services publics :

i. La neutralité des agents publics :

Le Conseil d'État a précisé que le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses<sup>15</sup>. Le principe de neutralité des services publics étend cette interdiction à toutes les convictions, notamment politiques (cf. annexes).

ii. La neutralité des employés des personnes morales de droit privé qui exercent une mission de service public :

Le fait que le service public soit confié à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public<sup>16</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rappelé dans un arrêt de 2013 que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé »<sup>17</sup>. Elle en a déduit qu'un agent qu'il soit ou non en contact direct avec le public, est soumis à l'exigence de neutralité.

d. La portée de l'exigence de neutralité dans les services publics :

Les agents du service public sont soumis, indépendamment de leur qualité d'agent public ou de salarié de droit privé, à une stricte obligation de neutralité. Les exigences relatives à la laïcité de l'État et à la neutralité des services publics ne doivent cependant pas conduire à la négation de la liberté de conscience dont les agents du service public peuvent se prévaloir au même titre que les autres administrés. La liberté d'opinion notamment religieuse est rappelée par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

e. Le droit au respect des convictions religieuses des agents publics et des employés des personnes morales de droit privé qui exercent une mission de service public :

L'avis contentieux du Conseil d'État, *Mlle Marteaux*, du 3 mai 2000 prohibe toute discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions et le déroulement de carrière. Les convictions religieuses doivent être indifférentes au recrutement des fonctionnaires et agents publics. Le juge administratif veille également au respect de ces principes dans le cadre de la carrière des agents publics. Le Conseil d'État juge que ni l'appartenance à une religion, ni sa pratique à titre privé, même connue par les autres agents du service, ne peut justifier une mesure défavorable à l'encontre d'un agent comme une mauvaise appréciation sur une feuille de notation<sup>18</sup>, une sanction<sup>19</sup> ou, a fortiori, un licenciement<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Par exemple : la capacité d'adopter certains actes réglementaires, d'infliger certaines sanctions, d'instituer certaines redevances, d'exercer certains droits de préemption ou encore de sélectionner les sportifs amenés à composer une équipe nationale.

<sup>14</sup> CE, Section, 22 février 2007, *APREI*.

<sup>15</sup> CE avis contentieux, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n°217017.

<sup>16</sup> CE, Sect., 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, Rec. p.76.

<sup>17</sup> Cass. Soc., *CPAM Seine-Saint-Denis*, 19 mars 2013, n°12-11.690, publié au bulletin.

<sup>18</sup> CE, 16 juin 1982, *Époux Z.*, n°23277.

<sup>19</sup> CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, au recueil p. 379.

Certains aménagements du temps de travail des agents publics sont également autorisés au nom de la liberté religieuse dans la mesure où ces aménagements restent compatibles avec le bon fonctionnement du service public<sup>21</sup>. Une circulaire peut ainsi légalement déterminer la liste des fêtes religieuses pour lesquelles les agents peuvent solliciter une autorisation d'absence sans que cette dernière puisse être regardée comme exhaustive<sup>22</sup> (cf. annexes).

f. Les exceptions au principe de neutralité des services publics :

L'étude adoptée le 19 décembre 2013 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat rappelle qu'il existe des exceptions aux exigences découlant des principes de laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics. Certaines ont un fondement ou une reconnaissance constitutionnels. C'est le cas de l'enseignement privé, en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'enseignement<sup>23</sup> (cf. annexes). C'est également le cas du régime des cultes en Alsace-Moselle, déjà évoqué.

D'autres exceptions à l'exigence de neutralité religieuse sont fondées sur l'obligation d'assurer le libre exercice du culte des personnes qui, comme dans les hôpitaux ou dans les prisons, ne peuvent l'exercer librement par elles-mêmes.

Enfin, des raisons historiques ainsi que l'intérêt général et le principe d'égal accès à la commande publique expliquent que des structures à vocation religieuse ou défendant des valeurs religieuses, très présentes dans certains secteurs, aient pu se voir confier des missions de service public (service public hospitalier ou pénitentiaire par exemple) sans se voir appliquer toutes les obligations qui découlent des principes de laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics. Si l'on ne peut exiger de ces structures et de leurs membres qu'ils renoncent à tout affichage d'une identité religieuse, ils sont soumis à l'obligation de traiter également tous les usagers du service et de ne faire aucun prosélytisme<sup>24</sup>.

g. La situation des autres acteurs du service public au regard de l'exigence de neutralité (en dehors des prestataires extérieurs de l'administration publique) :

S'agissant des autres acteurs du service public, en tant que tel, l'utilisateur du service public n'est pas soumis à l'exigence de neutralité. Une obligation de neutralité ou des restrictions à la liberté de manifestation des opinions religieuses ou des convictions de tous ceux qui n'exercent pas une mission de service public peuvent résulter soit de textes particuliers, soit de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service (cf. étude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013 et annexes).

h. Les prestataires extérieurs de l'administration publique ou des services publics ne sont soumis à l'exigence de neutralité religieuse qu'au regard de la mission exercée et de l'éventuelle représentation de l'administration publique :

L'exigence de neutralité religieuse de l'administration publique, des services publics et de ceux qui exercent une mission de service public résulte de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat. Le principe de neutralité — au-delà de la seule matière religieuse — des services publics est le corollaire du principe d'égalité<sup>25</sup> qui régit leur fonctionnement et implique notamment leur égal accès par les usagers quelles que soient leurs convictions (politiques, religieuses, philosophiques, syndicales, etc.) et leur égal traitement. L'administration publique a pour première fonction le service public. Celui-ci associe une activité d'intérêt général (critère matériel) à sa prise en charge par une ou plusieurs personnes publiques (critère organique). Il s'en déduit que les activités des personnes publiques, qui répondent en principe à un but d'intérêt général, sont dès lors, à quelques rares exceptions, toutes des services publics. Par ailleurs, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (précitée), adoptée après avis du 3 février 2015 de

---

<sup>20</sup> CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*.

<sup>21</sup> Ordonnance, juge des référés, Conseil d'Etat (JRCE), 16 février 2004, *M. B.*

<sup>22</sup> CE, 12 février 1997, *Melle H.*, n°125893.

<sup>23</sup> Décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, Loi complémentaire à la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n°71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté d'enseignement.

<sup>24</sup> CE, 27 juillet 2001, Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière – Direction et autre n°215550, 220980, rec. p. 393, à propos des membres d'une congrégation religieuse apportant leur concours à l'administration pénitentiaire.

<sup>25</sup> Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

l'Observatoire de la laïcité, a consacré les principes de laïcité et de neutralité des fonctionnaires. Il s'en déduit que tout agent public est soumis au principe de neutralité quelle que soit l'activité exercée.

Les prestataires privés à qui a été externalisée ou simplement sous-traitée une tâche par l'administration, quant à eux, n'ont pas le statut d'agents publics, ne représentent pas toujours l'administration publique neutre religieusement au sens de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, ni n'exercent nécessairement une mission de service public, toujours soumise au principe de neutralité. Dès lors, pour savoir si un prestataire privé d'une administration est soumis ou non au principe de neutralité, il importe d'examiner la mission qu'il exerce et la représentation effective d'une administration publique qu'il assume éventuellement.

La mission sera qualifiée ou non de service public selon les critères rappelés au point b) ci-avant. Dans le cas où il n'y a pas de qualification de mission de service public, il n'y a généralement pas non plus de représentation effective d'une administration, puisque les activités des personnes publiques, qui répondent en principe à un but d'intérêt général, sont comme dit ci-dessus, à quelques rares exceptions, toutes des services publics. Cependant, si l'intérêt général n'est pas identifié, et en l'absence de textes particuliers, il convient de vérifier qu'il n'y ait aucune représentation effective de l'administration publique par le prestataire à qui a été sous-traitée ou externalisée une tâche.

Cette représentation peut se constater par la détention par le prestataire de prérogatives de puissance publique. Ici, il est à noter que les prestataires exerçant pour le compte d'une administration ou d'un service public une activité privée de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds, de protection physique des personnes et de protection des navires ne disposent d'aucune prérogative de puissance publique (article L612-14 du code de la sécurité intérieure).

Faut-il en déduire que ces prestataires ne représentent pas l'administration publique ou le service public et ne sont pas soumis au principe de neutralité ? Tout dépendra alors si la mission de ces prestataires s'inscrit dans une mission de service public défini par les textes ou par la jurisprudence même en l'absence de prérogatives de puissance publique. Concernant un personnel d'entretien, il se voit sous-traiter une tâche qui ne relève a priori pas de la mission de service public de l'administration. Qui plus est, il ne dispose d'aucune prérogative de puissance publique et ne représente pas la personne publique donneuse d'ordre. Il en est de même pour tout prestataire extérieur intervenant pour une réparation ou un dépannage technique. Il en est également de même de prestataires informatiques gérant des serveurs et assurant leur maintenance, à l'exception bien sûr de ceux opérant directement pour assurer un service public en ligne dans le cadre de la numérisation de l'administration.

- i. Les prestataires extérieurs de l'administration publique qui ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité peuvent se voir appliquer des restrictions à la liberté de manifester des opinions religieuses ou des convictions qui résultent de textes particuliers, de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service ou de l'entreprise, ou de protection des individus :

Ces restrictions peuvent résulter de la nécessité de tenir compte des conditions d'organisation et de fonctionnement de certains services publics, ou de la particularité, dans certains cas, de la situation de prestataires extérieurs.

Les nécessités de l'ordre public et du bon fonctionnement du service pour lequel agit un prestataire extérieur peuvent fonder des restrictions à la liberté d'expression des convictions religieuses au sein de services publics. Elles impliquent de s'abstenir de toute forme de prosélytisme<sup>26</sup> (qui ne se caractérise pas par le seul port d'un signe mais par un comportement, des écrits ou des paroles) ou de tout comportement de nature à perturber le bon fonctionnement du service.

À noter que l'encadrement du port de signes religieux et de la manifestation d'opinions religieuses ou de convictions par des prestataires extérieurs, à l'intérieur d'établissements de l'administration publique dans lesquels ils exercent leurs missions, peut être justifié par des considérations d'intérêt général liées à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de l'administration, dès lors que la différence de traitement

<sup>26</sup> CE, 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière – Direction et autre*, n°215550, rec. p. 393.

qui serait faite à l'égard du port de tenues ou signes religieux et de la manifestation de convictions entre les agents publics et les prestataires extérieurs fréquentant les mêmes locaux pendant les mêmes périodes, serait susceptible de susciter de graves difficultés. Le fait que ces prestataires soient en contact avec les usagers dans les locaux de l'administration publique où exercent concomitamment des agents publics peut susciter de telles difficultés. Ainsi, certains prestataires extérieurs assurant une mission de sécurité en lien avec les usagers (notamment, tel que rappelé ci-dessus), autrefois assurée par l'administration elle-même, dans ses locaux, pourraient se voir appliquer des restrictions à la liberté de manifester une appartenance religieuse ou convictionnelle.

Enfin, si l'administration publique n'a pas le pouvoir d'intervenir directement dans le fonctionnement de l'entreprise prestataire en imposant des restrictions à la manifestation des convictions dans le règlement intérieur de cette dernière, elle peut le prévoir dans les stipulations du contrat qui la lie à l'entreprise prestataire sous certaines conditions. En effet, le code du travail permet à l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, d'apporter des restrictions aux libertés individuelles de ses salariés, notamment prestataires extérieurs de l'administration publique, si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché<sup>27</sup>. Les limites admises par la jurisprudence française concernent deux domaines :

- la protection des individus : la manifestation de la liberté de conscience ne doit pas porter atteinte aux règles d'hygiène, de sécurité et ne doit pas relever du prosélytisme ;
- la bonne marche de l'entreprise : la manifestation de la liberté de conscience en entreprise ne doit pas porter atteinte aux aptitudes nécessaires à l'accomplissement de la mission professionnelle, à l'organisation nécessaire à la mission et aux impératifs liés à l'intérêt commercial ou à l'image de l'entreprise.

Il est donc possible d'encadrer la manifestation de la liberté de conscience si, et seulement si, il y a atteinte aux règles de sécurité ou de sûreté, aux conditions d'hygiène et de propreté, s'il y a prosélytisme, atteinte à la mission professionnelle pour laquelle la personne a été embauchée, à l'organisation du service dans lequel la personne travaille, ou aux intérêts de l'entreprise.

À la suite des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>28</sup>, en ce sens, la Cour de cassation a rappelé qu'un employeur peut, en raison des « intérêts de l'entreprise », prévoir dans le règlement intérieur d'une entreprise, ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, une « clause de neutralité » interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette « clause générale et indifférenciée » (c'est-à-dire visant toutes les convictions et tous les salariés sur le poste concerné) n'est appliquée qu'aux salariés du poste concerné se trouvant « en contact avec les clients » ; et dès lors qu'il appartient à l'employeur de rechercher si, « tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire », il lui est possible de proposer à un salarié qui refuserait cette clause « un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ». Mais le simple fait d'être au contact de la clientèle n'est pas en soi une justification légitime pour restreindre la liberté de religion du salarié<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Article L. 1121-1 du code du travail.

<sup>28</sup> CJUE 14 mars 2017 (affaire C-157/15 et C-188/15).

<sup>29</sup> Cour de cassation, chambre sociale, 22 novembre 2017 (13-19.855).

# ANNEXES

## **1. Régime concordataire et des articles organiques :**

Jusqu'en 1905, les rapports entre les Eglises et l'État étaient organisés en France par le régime concordataire, comprenant le traité de concordat signé à Paris le 26 messidor an IX (15 juillet 1801) avec le Saint-Siège, les articles organiques du 18 germinal an X (8 avril 1802) et les décrets du 17 mars 1808. Ce régime reposait sur la reconnaissance de quatre cultes : outre la religion catholique, qualifiée de « religion de la majorité des Français », étaient aussi reconnus les cultes réformé, calviniste et israélite. Ces cultes reconnus étaient érigés en services publics.

Le régime concordataire et des articles organiques reste en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. Les prêtres, pasteurs et rabbins qui y officient sont ainsi rémunérés sur les deniers publics. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point, le Conseil constitutionnel a jugé que le maintien du régime concordataire dans ces territoires ne méconnaît pas l'exigence constitutionnelle de laïcité (CC, 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité, n°2012-297 QPC). Cependant, le Conseil constitutionnel a rappelé « qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas élargi » (CC, 5 août 2011, Somodia, n° 2011-157 QPC).

## **2. Activités d'intérêt général et missions de service public :**

Des activités d'intérêt général, selon qu'elles sont ou non prises en charge par une personne publique, sont un service public ou ne le sont pas.

Il en va ainsi par exemple des activités de restauration qui selon le lieu, les conditions et le but dans lequel elles sont exercées sous un certain contrôle de l'administration sont regardées ou non comme des services publics (CE, 12 mars 1999, Ville de Paris, n°186085). Comme le rappelle l'étude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013, ces différences sont la résultante de la diversité des besoins locaux et de l'autonomie dont disposent les collectivités territoriales pour y répondre.

## **3. Qualification textuelle d'un service public :**

### **Services publics faisant l'objet d'une dévolution par voie contractuelle :**

Plusieurs types de contrats peuvent avoir un tel objet, le principal d'entre eux étant la délégation de service public, contrat prévu par l'article 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (« loi Sapin ») et l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT). Toute délégation de service public suppose l'existence d'un service public tel qu'il a été défini précédemment.

### **Services publics confiés à un organisme de droit privé de manière unilatérale :**

Notamment lorsque le législateur qualifie expressément une activité d'intérêt général exercée par un organisme de droit privé de service public. Ainsi, l'article L. 131-9 du code du sport prévoit que les fédérations sportives agréées participent à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives.

De même, en vertu de l'article L. 2223-19 du CGCT, le service extérieur des pompes funèbres, qui peut être exercé par les entreprises habilitées à cette fin, a le caractère d'un service public : les entreprises remplissant les conditions prévues par les textes qui obtiennent l'habilitation auxquelles elles ont droit se voient donc, de par cet acte, chargées d'une mission de service public pour l'exercice de cette activité.

C'est aussi le cas, même en l'absence de dispositions expresses du législateur (et en dehors de tout contrat), lorsque les conditions d'exercice d'une mission par un organisme de droit privé révèlent qu'il s'est vu confier un service public (cf. infra).

#### **4. Qualification jurisprudentielle d'un service public :**

##### **Identification d'un service public par la méthode du « faisceau d'indices » :**

Par application du faisceau d'indices a été regardé comme chargé d'une mission de service public le Centre d'études sur l'évaluation de la protection du domaine nucléaire, association créée par deux personnes publiques, qui a pour objet l'étude dans le domaine nucléaire de l'évaluation de la protection de l'homme, qui effectue des évaluations pour le compte d'Électricité de France (EDF) et du Commissariat à l'énergie atomique, et qui reçoit des subventions à ce titre (CE, 25 juillet 2008, Commissariat à l'énergie atomique, n°280163). À l'inverse, une société d'économie mixte chargée d'une mission d'intérêt général, non dotée de prérogatives de puissance publique, dont l'activité n'est soumise à aucune obligation fixée par une personne publique ni à aucun contrôle d'objectifs d'une personne publique n'est pas chargée d'un service public (CE, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné-Cité, n°298773). Il en va de même d'une société chargée par une commune d'organiser un festival de musique et subventionnée à ce titre lorsque la personne publique n'exerce aucun contrôle sur la programmation artistique et sur les tarifs de spectacles (CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-Plages, n°342520). Ne sont pas non plus chargés d'une mission de service public les centres de formation des associations ou sociétés sportives qui, bien qu'agréés, soumis à certaines obligations réglementaires et chargés d'une activité d'intérêt général, ne voient pas d'implication d'une personne publique dans leur création, leur organisation, leur fonctionnement et leur financement (CE, 8 mars 2012, Association Nice Volley-Ball, n°352959).

Aussi, l'identification d'une mission d'intérêt général comme la soumission à certaines obligations spécifiques dont le respect est vérifié par l'administration ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un service public. Encore faut-il, comme le rappelle l'étude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013, pouvoir constater que la personne publique assume cette activité, c'est-à-dire dispose, grâce aux pouvoirs de contrôle qui sont les siens sur celle-ci, des « moyens de définir les objectifs poursuivis, de préciser le contenu des prestations offertes, de vérifier la façon dont l'organisme privé assume la satisfaction des besoins ainsi identifiés, et d'adapter l'activité en conséquence » (C. Verot, conclusions sur la décision *APREI*). Tel n'est pas le cas d'un contrôle éventuellement doublé d'une réglementation sur les modalités d'exercice de l'activité. De nombreuses professions, qui satisfont incontestablement des besoins d'intérêt général, font aujourd'hui l'objet de telles réglementations (prestataires de services d'investissement, établissements de crédits, commissionnaires en douanes, etc.) sans pour autant que les intéressés exercent des missions de service public.

Il en va ainsi des structures d'accueil de jeunes enfants. Les articles L. 2324-1 et suivants du code de la santé publique soumettent à autorisation du président du Conseil départemental après avis de la commune d'implantation, la création, par des personnes de droit privé, des établissements et services accueillant des enfants de moins de six ans. Sur le fondement de ces dispositions, un décret (articles R. 2324-1 et suivants du code de la santé publique) a défini les exigences auxquelles les différents types de crèches ou haltes-garderies doivent satisfaire en termes de personnels, d'organisation et de fonctionnement. Des règles similaires existent s'agissant des assistants maternels et familiaux. Si le service de protection maternelle et infantile exerce un contrôle sur ces établissements et services qui peut aboutir à un retrait de l'autorisation, il ne s'en déduit pas que le département assume, comme un service public, l'activité des différents services et établissements dont il a autorisé la création. De tels établissements ou services peuvent également être créés par des personnes publiques, après avis du président du Conseil départemental. Il existe, on le sait, de nombreuses crèches créées par des



communes ou des intercommunalités. Ces structures sont soumises à des règles identiques. Ce sont alors des services publics car les personnes publiques qui les gèrent disposent de l'ensemble des moyens de gestion et de contrôle de l'activité. Elles restent des services publics si la personne publique en confie la gestion à un tiers et si elle exerce sur celui-ci, selon les conditions que fixe la convention de gestion, un contrôle de son activité.

Également, si l'action sociale et médico-sociale comporte de nombreuses « missions d'intérêt général et d'utilité sociale » (article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles), l'accomplissement de ces missions par des établissements privés ne fait pas de ce seul fait de ceux-ci des gestionnaires d'un service public. Au demeurant, en distinguant, au sein de cette catégorie les « établissements et services sociaux et médico-sociaux d'intérêt collectif », assumant ces missions dans certaines conditions, des autres établissements privés agissant dans ce secteur, le législateur a bien marqué la diversité des situations et des obligations, interdisant par là-même que la nature des missions exercées conduise nécessairement à l'identification d'un service public.

Pour les mêmes raisons, l'attribution d'une subvention à un organisme au titre d'une activité d'intérêt général, même lorsqu'elle fait l'objet d'une convention précisant les modalités selon lesquelles cet organisme s'engage à exercer son activité, ne peut pas, en elle-même, être regardée comme une dévolution de service public : le subventionnement, même conditionné, ne caractérise pas un contrôle suffisant de la personne publique sur son cocontractant. Il ne peut en aller autrement que lorsque les sommes versées, quelle que soit leur dénomination, n'ont pas le caractère d'une subvention mais consistent en la contrepartie du service rendu par le cocontractant de l'administration (CE, 26 mars 2008, *Région de La Réunion*, n°284412).

#### **5. Portée de l'exigence de neutralité dans les services publics :**

Saisi de la question en matière de service public de l'enseignement, le Conseil d'Etat a affirmé, dans un avis contentieux *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000, que ce principe fait obstacle à ce que ces agents « disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses » et a précisé que « le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations », que cet agent soit ou non en charge de fonctions d'enseignement.

Ainsi, comme le rappelle l'étude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013, les membres des jurys de concours ou d'examens sont, en tant qu'agents publics agissant dans le cadre du service, soumis à l'exigence de neutralité. S'agissant du cas particulier des jurys de thèse et en l'absence de jurisprudence en la matière, cette exigence doit toutefois être conciliée avec les libertés propres à l'Université qui sont constitutionnellement garanties.

#### **6. Sanction en raison du non-respect par un agent public du principe de neutralité :**

Le juge administratif est généralement saisi de la question du droit à la manifestation des convictions et du principe de neutralité dans le cadre du contentieux disciplinaire. La légalité de la sanction dépendra de la nature de l'expression des convictions, du niveau hiérarchique de l'agent ainsi que des fonctions qu'il exerce ou encore des avertissements qui auraient déjà pu lui être adressés. La sanction doit également être proportionnée. Le Conseil d'Etat a ainsi confirmé la sanction prise à l'encontre d'un agent public qui faisait apparaître son adresse électronique professionnelle sur le site d'une association culturelle (CE, 15 octobre 2003, *M. O.*, n°244428) ou encore qui avait distribué aux usagers des documents à caractère religieux à l'occasion de son service (CE, 19 février 2009, *M. B.*, n° 311633). Le service public de l'enseignement fait l'objet d'une attention toute particulière compte tenu des risques de prosélytisme (CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, n°91.406, rec. p. 463 ; 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, n°98.284, Rec. p. 247 ; CE Ass., Avis, 21 septembre 1972, n°309354).

## **7. Droit au respect de leurs convictions religieuses des agents publics et des employés des personnes morales de droit privé qui exercent une mission de service public :**

L'avis du Conseil d'Etat, *Mlle Marteaux*, du 3 mai 2000 prohibe toute discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions et le déroulement de carrière. Les convictions religieuses doivent être indifférentes au recrutement des fonctionnaires et agents publics. Dans une décision célèbre (CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, n°46.027, Rec. p. 561), le Conseil d'Etat avait validé la décision du ministre d'écarter du concours d'agrégation de philosophie l'abbé Bouteyre, déclarant que les textes avaient pu légalement donner au ministre la possibilité de réserver ce concours aux candidats agréés par l'autorité administrative. Cette jurisprudence a été remise en cause par un avis de l'Assemblée du Conseil d'État du 21 septembre 1972 selon lequel aucun texte n'écarte plus désormais des fonctions de l'enseignement secondaire les personnels non laïcs.

De manière générale, la pratique d'une religion ne doit en aucun cas constituer un critère discriminant à l'encontre d'un candidat (CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, rec. p. 524) ou d'un agent contractuel prétendant à la titularisation (CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, précité). Un concours d'officiers de police a ainsi été annulé en raison des questions que le jury avait posées à un candidat sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse (CE, 10 avril 2009, *M. E.H.*, n°311888).

## **8. Établissements d'enseignement privés sous contrat : une exception au principe de neutralité des services publics :**

Si les établissements d'enseignement privés sous contrat (les établissements d'enseignement privé hors contrat obéissent quant à eux à d'autres règles) doivent accepter des élèves de toutes les confessions et garantir leur totale liberté de conscience, ils peuvent conserver un « caractère propre »<sup>30</sup>, notamment religieux, que les enseignants qu'ils emploient doivent respecter<sup>31</sup>, de même que les élèves qu'ils accueillent<sup>32</sup>.

## **9. Services d'aumôneries : une autre exception au principe de neutralité des services publics :**

Le deuxième alinéa de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, par dérogation, autorise dans ces cas particuliers les dépenses publiques relatives à des services d'aumônerie. Si les aumôniers des établissements pénitentiaires sont simplement agréés sur le fondement des articles R. 57-9-4 et D. 439 du code de procédure pénale, les aumôniers militaires, qui ont le statut de « militaires servant en vertu du contrat » en application de l'article 1<sup>er</sup> du décret n°2008-1524 du 30 décembre 2008, sont des agents publics, de même que ceux des établissements hospitaliers qui sont recrutés comme contractuels<sup>33</sup>.

## **10. Situation des autres acteurs du service public au regard de l'exigence de neutralité :**

S'agissant des autres acteurs du service public, l'étude précitée du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013 rappelle que l'état du droit peut être décrit par les trois propositions suivantes :

- En tant que tel, l'usager du service public n'est pas soumis à l'exigence de neutralité ;

<sup>30</sup> Article L. 442-1 du code de l'éducation.

<sup>31</sup> Article L. 442-5 du code de l'éducation.

<sup>32</sup> CE, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph*, n°85429, rec. p. 223 : l'obligation faite par le règlement intérieur d'un établissement privé à tous les personnels de respecter le caractère propre de l'établissement n'est légale que si celui-ci précise, d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des intéressés et, d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier eu égard à la nature des fonctions exercées par les personnels qui y sont soumis.

<sup>33</sup> Circulaire n°DHOS/P1/2006/538 du 20 décembre 2006 relative aux aumôniers des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°96-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ; circulaire n°DGOS/RH4/2011/356 du 5 septembre 2011 relative à la charte des aumôneries dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°96-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique.

- Il n'existe pas de catégorie juridique pertinente entre l'agent et l'utilisateur et dont les membres seraient soumis à l'exigence de neutralité ;
- Une obligation de neutralité ou des restrictions à la liberté de manifestation des opinions des usagers ou des tiers — dont font partie les « collaborateurs » ou les « participants » au service — peuvent résulter soit de textes particuliers, soit de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service. Le cas échéant, ils ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité ni à des restrictions particulières de leur liberté de manifester leurs convictions.

i. Les usagers des services publics ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité :

Le principe de laïcité garantit à tous ceux qui n'exercent pas un service public la liberté de manifester leurs opinions, dans les limites du respect de l'ordre public et du bon fonctionnement du service public. Les agents d'un service public personnifient un service qui doit être neutre, les usagers ne personnifient qu'eux-mêmes.

Ainsi, par exemple, les personnes assistant à une audience juridictionnelle ne sont pas soumises à l'exigence de neutralité du service. Il en va de même des personnes amenées à témoigner lors d'une telle audience. Cependant, en toutes circonstances, les usagers d'un service public ne peuvent « se prévaloir de leurs croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers » (décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC du 19 novembre 2004).

ii. Les « collaborateurs », « collaborateurs occasionnels » ou « participants » des services publics ne sont pas soumis *a priori* à l'exigence de neutralité :

Comme le rappelle l'étude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013, l'emploi par diverses sources et pour des finalités diverses, de la notion de « collaborateur », « collaborateur occasionnel » ou « participant » ne dessine pas une catégorie juridique dont les membres seraient, entre autres, soumis à l'exigence de neutralité religieuse.

La théorie des « collaborateurs occasionnels des services publics » est purement fonctionnelle et a pour seul objet d'indemniser des personnes qui, en prêtant un concours occasionnel, ont subi un dommage (CE, Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine* ; Cass. Civ., 23 novembre 1956, *Trésor Public / Giry*). De cette théorie fonctionnelle, le juge n'a déduit aucun statut auquel seraient soumises les personnes apportant leur concours au service public : ces personnes ne sont pas des agents du service public auxquels pourraient être imposées des sujétions statutaires ou des obligations, telle que l'exigence de neutralité. Cette théorie a été appliquée par exemple à la mère d'une élève, blessée à l'occasion d'une sortie pédagogique (CE, Sect., 13 janvier 1993, *Mme Galtié*, n°63044).

Par ailleurs, s'agissant du service public de l'éducation, en dehors de l'hypothèse du dommage subi du fait d'une collaboration bénévole qui s'inscrit dans la théorie précédemment décrite, le Conseil d'Etat regarde les parents d'élèves comme des usagers (CE, 22 mars 1941, *Union des parents d'élèves de l'enseignement libre*). Cependant, les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente, s'agissant des parents d'élèves qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses. Là encore, la règle est donc la liberté, l'exception la restriction.

L'emploi par de nombreux textes des expressions « collaborateurs », « collaborateurs occasionnels », « participants » ou de leurs synonymes, pour des raisons de commodité, ne révèle pas plus l'existence d'une catégorie homogène et pertinente de « collaborateurs du service public ».

Les textes qui emploient ces termes, soit appliquent les règles qu'ils prévoient à de véritables agents publics ; soit étendent à des tiers des règles généralement applicables à des agents publics mais, alors, cette assimilation ne vaut que pour la règle prescrite par le texte et n'entraîne en rien l'application de l'ensemble des sujétions imposées aux agents publics, dont l'exigence de neutralité.

Ces règles, prescrites dans un but purement fonctionnel, renvoient, dans les faits, à des modalités de règlement de frais exposés par les personnes concernées, ou à une obligation d'affiliation au régime générale de la sécurité sociale. Il en est ainsi des « personnes qui exercent à titre occasionnel pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un de leurs établissements publics administratifs, d'une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public à caractère administratif » énumérées à l'article L. 311-3 du code de la sécurité sociale.

