

Introduction au droit français

Droit Public

Séance n°4: Service public

Clara Coursier, LL.M.

Le droit administratif est d'abord le droit de l'action administrative, et le service public est l'un des procédés de l'action de l'administration.

La notion de service public n'est pas une notion qui aurait été inventée un jour et dont la définition serait fixée définitivement. C'est une notion évolutive, ce qui explique que des interrogations accompagnent en permanence le service public. Dès ses origines, le service public recélait une double définition qui a été retenue et sa finalité peut justifier que de nombreuses activités puissent être qualifiées de service public.

A- La définition organique du service public

Traditionnellement, on fait valoir que le service public peut se définir à partir d'un *double pôle*, le pôle organique et le pôle matériel.

Le pôle organique, improprement appelé **critère organique**, est le plus simple à définir, il fait référence aux institutions, aux structures qui assurent une activité, ainsi que les agents qui animent ces structures. Parler de services publics, c'est donc parler avant tout des services des personnes publiques qui assurent un certain nombre de missions.

§1- Les personnes publiques

Les personnes publiques sont d'abord représentées, dans notre pays, par l'État, qui est la personne publique par excellence. L'État dispose de **services centraux**, très développés en France et qui présentent une « visibilité » largement voulue (par exemple: le ministère des finances appelé « Bercy »).

L'État dispose également de **services à l'échelon local**. Ce sont des services que l'on a appelés, jusqu'en 1992, « *services extérieurs* » et qui, depuis cette date, sont appelés plus justement « *services déconcentrés* », ces services déconcentrés pouvant être établis - choix premier et toujours de principe - à l'échelon départemental (ex. les services de l'architecture) ou à l'échelon régional (ex. les directions régionales de l'action culturelle, DRAC) ou bien encore aux deux échelons : par exemple, les services sociaux (directions départementales de l'action sanitaire et sociale (DDASS) et directions régionales de l'action sanitaire et sociale (DRASS)).

Les personnes publiques sont représentées également par les collectivités territoriales avec, principalement, **les communes, les départements et les régions**. Toutes ces collectivités disposent de services qui se sont considérablement accrus avec le développement de la décentralisation et elles ont cherché, elles aussi, à se donner une plus grande visibilité, notamment avec la création d'imposants « hôtel du département » et « hôtel de la région ». Le transfert de certaines compétences de l'État aux collectivités territoriales s'est accompagné du transfert d'un certain nombre de services.

Il faut noter que le seul fait qu'une collectivité territoriale intervienne n'implique pas automatiquement la qualification de service public.

Par exemple: Arrêt *Commune de Six-Fours-les-plages*

Une commune avait créé un festival de musique de variétés, qui avait connu un succès croissant au point de devenir un événement majeur de la politique culturelle et touristique de la commune. La commune avait entendu en confier l'organisation et la gestion à un professionnel du spectacle.

La question s'est posée de savoir quelle était la nature de la convention passée par la commune, **nature qui dépendait de la qualification donnée à l'activité**. Le juge s'est prononcé finalement en faveur de la nature de service public. (CAA Marseille 17 juin 2010, Commune de Six-Fours-les-plages). Toutefois, le Conseil d'Etat, en cassation, a considéré dans cette affaire de festival qu'il n'y avait pas service public mais marché public de service (CE 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-Plages, req. n° 345520)

§2- Les agents

Pour faire fonctionner ces services, les personnes publiques disposent d'**agents**, qui ont souvent le statut d'**agents publics**. La plupart de ces agents publics sont des fonctionnaires, et l'on distingue trois fonctions publiques :

- 1) la **fonction publique de l'État** (services centraux des ministères, services régionaux ou départementaux de l'Etat),
- 2) la **fonction publique territoriale** (commune, département, région et établissements publics rattachés),
- 3) et la **fonction publique hospitalière** (établissements d'hospitalisation publics, maisons de retraite publiques, services départementaux de l'aide sociale à l'enfance, établissements publics pour mineurs ou adultes handicapés ou inadaptés, centres d'hébergement et de réadaptation sociale publics ou à caractère public).

§3- Personnalité juridique du Service public

Tant à l'échelon de l'État qu'à l'échelon des collectivités territoriales, **un service peut ou non être personnalisé, c'est-à-dire recevoir ou non la personnalité juridique.** La plupart des services n'ont pas la personnalité juridique, les décisions qu'ils prennent le sont au nom de la collectivité dont ils relèvent :

- un service d'urbanisme, un service des ponts et chaussées relèvent, selon les cas, de la commune ou de l'État,
- un service social relève du département, de la commune ou de l'État.

Lorsqu'un service est personnalisé, c'est-à-dire qu'il est doté de la *personnalité morale*, on dit qu'il s'agit d'un **établissement public.**

Exemple : le Centre communal d'action sociale, un hôpital, un musée, les collèges, les lycées

B- Définition matérielle: l'intérêt général

Un service public est une activité qui est assurée dans un **intérêt général**. Celui-ci appelle quelques précisions, car c'est une notion qui peut paraître relativement vague.

- 1) Les personnes publiques **doivent poursuivre l'intérêt général**. Le moyen du *détournement de pouvoir*, dans le contentieux, est destiné à sanctionner la personne publique qui ne poursuivrait pas l'intérêt général.
- 2) La terminologie utilisée peut varier : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen parlait de « **l'utilité commune** » ; dans certains domaines, on parle aujourd'hui de « **l'utilité publique** » ; on parle également d' « **intérêt public** » (distinction entre l'intérêt public national et l'intérêt public local).
- 3) lorsque l'on parle d'intérêt général, on ne se trouve pas uniquement, et peut-être pas d'abord, sur le terrain juridique. Car l'intérêt général est d'abord celui qui est **défini par les gouvernants désignés démocratiquement par la Nation**. Il faut également tenir compte, à côté de l'idéologie, du facteur temps : **ce qui est d'intérêt général à un moment donné peut ne plus l'être quelques décennies ou un siècle après**. Cela explique que des services publics peuvent disparaître. – Exemple: le service des cultes qui furent un service public (issu du concordat de 1801) et ont disparu depuis la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905.

C- La consécration jurisprudentielle du service public

Si, aujourd'hui, le thème du service public a dépassé le cercle du droit pour devenir un thème de société, la notion de service public est d'abord une notion juridique, une notion inventée et développée par le juge, notamment avec l'affaire *Blanco*.

§1- Les origines jurisprudentielles du service public : étude de la décision *Blanco*

Faits – Une fillette, Agnès Blanco, est renversée par un wagonnet d'une manufacture de tabacs. L'affaire se présente comme une banale affaire de responsabilité. Mais devant le tribunal saisi, le préfet décide d'*élever le conflit* (demander au **tribunal des conflits** de dessaisir d'une affaire un tribunal judiciaire au profit d'une juridiction administrative). Le Tribunal des conflits va rendre une décision extrêmement importante pour la suite.

L'idée de service public avait déjà été utilisée auparavant, mais c'est dans la décision *Blanco* que toutes les conséquences juridiques en sont tirées.

Décision – Dans un « *considérant de principe* » (*prinzipieller Erwägungsgrund*), le **Tribunal des conflits** déclare :

« la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ». Il ajoute: *« cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; (...) elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »* ([TC 8 févr. 1873, Blanco](#) , Rec. 1er suppl. p. 61, concl. David).

Le Tribunal des conflits écarte la compétence des juridictions judiciaires pour se prononcer sur des litiges relatifs aux services publics, quel que soit leur objet.

L'affirmation de **l'incompétence des juridictions judiciaires** pour connaître de tout ce qui est relatif aux services publics a une conséquence très importante : le service public va devenir le critère de la compétence de la juridiction administrative, autrement dit le service public va devenir le critère de l'application du droit administratif. Le droit administratif n'est plus seulement le droit applicable aux services publics, ou à certains services publics, c'est le droit du service public.

On comprend ainsi toute l'importance de la décision Blanco.

§2- Confirmation de la solution Blanco

Une jurisprudence, issue cette fois du Conseil d'État, va reprendre et conforter la solution apportée par la décision *Blanco*. Elle sera à la source d'un approfondissement et d'un enrichissement constant de la notion de service public. Parmi les nombreuses décisions rendues au tout début du XXe siècle par le Conseil d'État, on peut en retenir plus particulièrement deux : *l'affaire Terrier* et *l'affaire Thérond*.

La décision *Terrier*

Une première grande décision est la décision *Terrier* ([CE 6 févr. 1903, Terrier](#) , Rec. p. 94, concl. Romieu), l'affaire de « la chasse aux vipères ».

A cette époque, un conseil général avait décidé d'attribuer une prime pour toute vipère qui serait tuée. Une personne, le sieur Terrier, ayant rapporté un certain nombre de vipères qu'il avait tuées, se vit refuser la prime pour la simple raison que des crédits qui avaient été prévus à cet effet étaient épuisés. Mécontent, l'intéressé saisit le Conseil d'État en faisant valoir qu'il y avait eu violation du contrat conclu, selon lui, entre le département et les chasseurs.

Le Conseil d'État se reconnut compétent pour se prononcer sur ce litige et prit à cette occasion « *l'une des décisions les plus importantes du droit administratif* », selon les auteurs des « *Grandes décisions de la jurisprudence administrative* ». Les conclusions du commissaire du gouvernement sont particulièrement éclairantes. Selon Romieu : « *Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative* ». On peut donc dire que, d'une part, la gestion publique entraîne la compétence de la juridiction administrative, d'autre part, que cette gestion concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics.

La décision *Thérond*

Une seconde grande décision est la décision *Thérond* ([CE 4 mars 1910, Thérond](#), Rec. p. 193, concl. Pichot), l'affaire des « chiens errants ».

En l'espèce une commune, la ville de Montpellier, avait passé un contrat avec le sieur Thérond pour la mise en fourrière des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes. Certaines stipulations du contrat n'ayant pas été respectées, le sieur Thérond forma un recours en résiliation avec demande de dommages intérêts devant le conseil de préfecture.

Dans l'affaire *Terrier*, le juge s'était prononcé, mais seulement sur le plan contractuel, il n'avait pas réglé la question sur le plan de la responsabilité. Dans cette affaire, le Conseil d'État se reconnaît compétent et déclare : « *La ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public* ».

D- Principes fondamentaux du Service public

Ces règles et principes sont des critères de ressemblance à tous les services publics. Ainsi, certains principes ne peuvent constituer une de ces lois. C'est le cas de la gratuité, qui ne s'applique que lorsque la loi a prescrit cette gratuité à un service public en particulier (ex : l'éducation).

On distingue donc trois principes communs à tous les services publics :

- 1) le principe de ***continuité*** ;
- 2) le principe de **mutabilité** ;
- 3) et le principe d'**égalité**.

§1- Principe de continuité (*Kontinuitätsprinzip*)

Les services publics doivent satisfaire de façon continue **les besoins collectifs**. Afin de ne pas provoquer de coupure soudaine et néfaste au bon fonctionnement du service public, il est nécessaire que celui-ci soit exercé de façon continue. Puisque l'activité a pour objet d'œuvrer dans l'intérêt général, elle ne peut être interrompue qu'en cas de force majeure, et conformément aux dispositions régies par la loi ou le règlement.

Le **droit de grève** doit précisément être défini, et placé sous le contrôle d'un juge, afin que cela ne perturbe pas durablement le bon fonctionnement des services ; le droit fondamental à la grève peut ainsi s'exprimer à condition d'assurer, s'il est besoin, un "*service minimum*".

§2- Principe de mutabilité (*Anpassungsgebot*)

Les services publics doivent s'adapter aux **évolutions de l'intérêt général** et donc aux besoins de la collectivité. Les évolutions qui s'opèrent avec le temps doivent ainsi être prises en compte par le service public, qui doit s'adapter à chacune de ces mutations.

Le principe de mutabilité, ou d'adaptation, est lié à celui de continuité : l'administration doit continuellement s'adapter aux changements. Le service devant être continu, il doit nécessairement évoluer en fonction des nouvelles circonstances d'exercice. Cette nécessité d'évolution s'applique aux cocontractants de l'administration mais aussi aux usagers, qui doivent accepter les modifications des services publics. Cependant, les usagers ont droit au "*fonctionnement normal du service*", ce qui implique que les règles soient respectées au moment où elles existent. De plus, les modifications apportées au service public ne peuvent jouer que pour l'avenir, conformément au **principe de non-rétroactivité**.

Les contrats administratifs peuvent donc être unilatéralement modifiés par l'administration, qui se réserve le droit de changer les dispositions du contrat si l'intérêt général l'exige. C'est également le cas du statut des fonctionnaires, qui est aussi modifiable en fonction des évolutions externes.

§3- Principe d'égalité (*Gleichheitsgebot*)

Tous les usagers doivent disposer des **mêmes avantages**, qu'il s'agisse d'un SPA ou d'un SPIC ; il ne peut exister de systèmes préférentiels.

Néanmoins, l'application uniforme de règles égalitaires ne doit pas avoir pour effet d'accroître les inégalités sociales. En effet, les prix ne doivent pas être les mêmes pour tous ; les plus démunis doivent bénéficier de tarifs avantageux pour que l'égalité face aux services publics soit garantie. Ainsi, les services publics doivent adapter leur offre à chaque usager pour garantir l'égalité de tous. Il ne peut donc exister aucune discrimination au sein d'un service public (**exigence de neutralité et d'impartialité**). Tous les usagers qui se trouvent dans la même situation objective peuvent réclamer les mêmes avantages.

Le juge administratif sanctionne les discriminations pratiquées dans les services publics (inégalités de traitement, discriminations tarifaires, etc.). Néanmoins, il est des cas dans lesquels des discriminations sont possibles ; c'est le cas en matière de stationnement sur le domaine public (possibilité d'emplacements privatifs).

E- La gestion du Service public

La question de savoir si l'État peut étendre les services publics, créer de nouveaux, transformer une activité privée en un service public est une question non pas juridique mais politique, et le juge administratif ne peut que s'incliner devant la loi.

Il en est différemment lorsqu'il s'agit de l'application de la loi et des principes en vigueur, dont le juge est chargé de vérifier la bonne application. La question qui se pose en ce qui concerne le service public est celle de l'aptitude à créer ou gérer un service public. Et cette question s'est posée à propos des collectivités territoriales et des personnes privées.

§1- L'aptitude des collectivités territoriales à créer ou gérer un service public

Les collectivités territoriales sont des collectivités publiques, mais elles ne se situent pas sur le même plan que l'État : la loi de l'État peut être changée si le Parlement le décide (et, naturellement, sous réserve de respecter les normes constitutionnelles), **les collectivités territoriales sont soumises à la loi**, telle qu'elle est interprétée par le juge ; par ailleurs **ces collectivités sont des institutions administratives, ce qui explique qu'elles soient soumises au contrôle du juge administratif.**

La question de savoir si les collectivités territoriales peuvent ou non créer un service public est donc réglée, ou bien par la loi, ou bien par la jurisprudence.

Les textes légaux et réglementaires

Il n'existe pas de texte général et, notamment, pas de loi déterminant de manière précise si les collectivités territoriales peuvent créer un service public. **Le législateur a fait confiance au juge pour apprécier si les collectivités territoriales intervenaient dans un cadre légal.**

Cependant , des textes particuliers ont été adoptés par le législateur dans des circonstances qui appelaient de telles dispositions. Les temps de crise, les circonstances exceptionnelles se prêtent naturellement à l'adoption de textes de cette nature, parce qu'il faut faire face aux nécessités et, plus particulièrement, répondre aux besoins de la population.

Exemples

- 1) En temps de guerres: le législateur a quelquefois donné des pouvoirs étendus aux collectivités territoriales, les communes étant les collectivités les plus concernées – la **loi du 16 avril 1916** déclare qu' « *il pourra être pourvu à l'approvisionnement de la population civile par voie d'achats amiables ou de réquisitions en vue de cessions, aux communes, des denrées* ».
- 2) En dehors des périodes de guerre et de crises: certains lois ou décrets ont admis la gestion d'un service public aux collectivités locales et leur ont conféré un véritable monopole – les **décrets du 17 mars 1790 et 17 brumaire de l'an IX** sur les halles de marchés et les bureaux de pesage, différentes lois sur les abattoirs, la **loi du 28 décembre 1904** sur le service extérieur des pompes funèbres (le monopole des communes ayant été supprimé en 1993).
- 3) D'autres textes ont porté sur les entreprises de bains publics (**loi du 3 février 1851**), sur l'exploitation des mines (**ordonnances du 8 novembre 1829 et 31 mai 1833**), de tourbières (**loi du 26 décembre 1814**) ; de salles de spectacles (**décret du 11 frimaire, an VII**), d'habitations bon marché (HBM, qui existaient avant les HLM, **loi du 23 décembre 1912**), etc.

La jurisprudence du Conseil d'Etat

Le Conseil d'État a adopté une décision de principe en 1930 ([CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers](#), Rec. p. 583). Le Conseil d'État commence par rappeler que les décrets du 5 novembre et du 28 décembre 1926, « *n'ont eu ni pour objet, ni pour effet, d'étendre en matière de création de services publics communaux les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure* ».

Le considérant de principe est le suivant : « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et (...) des conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ».

Cette décision du Conseil d'État donne une interprétation très restrictive des possibilités d'intervention des communes en matière économique. Cette jurisprudence permet au moins de comprendre que les interventions économiques des communes aient été beaucoup moins développées en France que dans les pays voisins. Cependant, l'interdiction posée par le juge n'est pas absolue, des « ***circonstances particulières*** » peuvent justifier la création, par une collectivité locale, d'un service public dans un domaine normalement réservé à l'initiative privée. Quelques illustrations peuvent être données de ces circonstances.

Le juge évoque d'abord les « circonstances particulières de temps ». Celles-ci sont de nature à justifier l'**intervention de la collectivité locale s'il y a carence ou insuffisance manifeste de l'initiative privée.**

Il est rare que l'on puisse parler de véritable carence, qui signifie que rien n'existe pour faire face à un besoin (un exemple, d'autant plus intéressant qu'il concerne un département, ce qui est rarement le cas, est la couverture de risques refusée par les compagnies d'assurances privées : CE Sect. 15 oct. 1965, *Département du Var c/Compagnie l'Abeille*, Rec. p. 516).

L'« insuffisance », ou l'« insuffisance manifeste » est plus fréquente, elle est également plus difficile à apprécier.

- L'insuffisance peut être **quantitative**: le juge admet la création, par une commune, d'un terrain de camping municipal parce que l'initiative privée existante ne permet pas, à elle seule, de satisfaire les besoins (CE Sect. 17 avr. 1964, *Commune de Merville-Franceville*, Rec. p. 251).
- L'insuffisance peut être **qualitative**: le juge a admis, en 1933, la création par la ville de Reims de boucheries municipales en vue de favoriser « la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité » (crise mondiale qui avait touché la France, CE Ass. 24 nov. 1933, *Zénard*, Rec. p. 1100) ou encore la constatation par le juge de l'insuffisance de praticiens privés de soins dentaires ayant justifié la création par la ville de Nanterre d' « un cabinet dentaire ouvert à l'ensemble de la population locale » (CE Sect. 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. p. 563).

Extras

- En premier lieu, aujourd'hui, il convient d'associer à la **liberté du commerce et de l'industrie**, rattachée traditionnellement par le juge administratif aux deux textes précités de 1791 *la liberté d'entreprendre*. Celle-ci a été dégagée par le juge constitutionnel dans sa décision [81-132 DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations](#). Elle trouve sa source, selon le Conseil constitutionnel, dans les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et elle a valeur constitutionnelle, la liberté du commerce et de l'industrie ayant une valeur législative confirmée par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.
- En deuxième lieu, la position du Conseil d'État a beaucoup évolué parce que le monde lui-même a beaucoup changé, et que la situation d'aujourd'hui n'est plus celle de 1930. Les deux références qui ne changent pas sont, d'une part **l'intérêt public**, qui doit toujours commander les interventions des personnes publiques, et d'autre part **le respect de l'initiative privée** ([CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris](#), RFDA 2006, p. 1048, concl. Casas)
- En troisième lieu, il convient de parler, avec les acquis communautaires, du **respect du droit de la concurrence**. Ce respect est celui, par les personnes publiques, des personnes privées. Mais il faut également souligner que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que les collectivités publiques se portent elles-mêmes candidates à un marché public. Dans un avis contentieux important, le Conseil d'État a déclaré que « *aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* » ([CE Sect. avis contentieux 8 nov. 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants](#), Rec. p. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal)

§2- Le service public et les personnes privées

Pour comprendre les développements qui suivent, il faut partir du constat que l'on ne peut pas opposer d'un côté les personnes publiques qui poursuivraient l'intérêt général et l'assureraient donc par le biais des services publics et, de l'autre, les personnes privées qui seraient guidées par le seul intérêt personnel lié généralement au profit. La réalité n'est guère conforme à ces oppositions tranchées, elle est beaucoup plus complexe, ce qui va expliquer la reconnaissance progressive par le juge de la possibilité, pour une personne privée, de gérer un service public.

Deux séries de considérations ont pu conduire à la reconnaissance d'une aptitude des personnes privées à gérer des services publics.

- Les premières sont les considérations d'ordre historique : avant que l'on ne parle de service public, sous l'Ancien Régime, **la plupart des services que nous considérerions aujourd'hui comme des services publics étaient assurés par des personnes privées.** C'était le cas de tous les services que nous appelons sociaux ou médico-sociaux, ou de santé, et qui étaient assurés, soit directement par l'Église catholique, soit par des ordres religieux.

- Une deuxième série de considérations est constituée par la logique de l'évolution jurisprudentielle : le fait que la Nation décide de prendre en charge des actions qui étaient jusque-là assurées par des personnes privées ne supprimait pas pour autant le caractère d'intérêt public de certaines de leurs interventions. Cette reconnaissance n'a été rendue possible qu'à partir du moment où l'on a admis qu'une personne publique pouvait intervenir un peu de la même manière que le ferait un simple particulier.

L'étape décisive est représentée par l'affaire Terrier, dans laquelle le commissaire du gouvernement envisage cette possibilité qu'une personne publique puisse agir comme une personne privée. A partir du moment où l'on admettait ce découplage, il était inévitable et logique, d'admettre que des personnes privées puissent aussi poursuivre un intérêt général. Comment aurait-on pu soutenir que seul l'État pouvait poursuivre cet intérêt général ? A. Mestre avait bien résumé la question en déclarant : « *L'État n'a pas le monopole du bien public* ».

La reconnaissance par le juge administratif de l'aptitude des personnes privées à gérer un service public va s'effectuer en plusieurs étapes :

- La décision *Établissement Vézia* ([CE 20 déc. 1935, Établissement Vézia](#), Rec. p. 212) est un arrêt annonciateur, sans représenter la véritable reconnaissance. Le juge reconnaît dans cette affaire le « caractère d'intérêt public » qui s'attache aux opérations de prévoyance, de secours et de prêts mutuels agricoles qui avaient été instituées dans certaines colonies africaines de la France.
- La décision *Caisse primaire « Aide et protection »* ([CE Ass. 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection »](#), D.1939.365, concl. R. Latournerie) est la **décision de principe**, celle qui consacre véritablement cette possibilité. Il s'agissait en l'espèce d'une loi relative, notamment, aux cumuls de retraite et de rémunérations. Selon le Conseil d'État, cette disposition vise tous les agents rattachés à un organisme chargé de l'exécution d'un service public, même si cet organisme a le caractère d'un « établissement privé ».

Cette décision est extrêmement importante car elle reconnaît, pour la première fois explicitement, qu'une personne privée peut gérer un service public. Par là, elle opère une dissociation entre la nature de la personne et la nature de l'activité poursuivie par celle-ci et donc le régime juridique qui lui est applicable : une personne, même privée, peut gérer un service public et être soumise à un régime juridique de droit public.

Un exemple récent est intéressant, il concerne un **organisme d'accréditation**, le Comité français d'accréditation (COFRAC), association régie par la loi de 1901.

Le Conseil d'Etat a considéré que « le COFRAC assure sous le contrôle de l'Etat une *mission d'intérêt général* d'attestation de la capacité des laboratoires de biologie médicale à réaliser des examens dans de bonnes conditions, pour l'exécution de laquelle il a été habilité à délivrer, suspendre ou retirer l'accréditation conditionnant la possibilité, pour un laboratoire de biologie médicale, d'exercer son activité ; (...) dans ces conditions, cette ordonnance (*ordonnance de 2009 concernant la biologie médicale*) a pour effet de charger le COFRAC de l'exécution d'une mission de service public administratif » (CE 23 décembre 2010, Conseil national de l'ordre des médecins, req. n° 337396).

La reconnaissance de la gestion de services publics par des personnes privées est particulièrement importante dans trois domaines, qui recouvrent pratiquement tout le champ possible d'intervention des personnes publiques: le **domaine social**, le **domaine culturel** et le **domaine sportif**.

F- Les critères d'identification du Service public

Puisque la nature de la personne ne permet pas de savoir si l'on se trouve en présence d'un service public (l'équation selon laquelle une personne publique gère un service public et une personne privée gère des activités privées est une présomption, mais qui supporte la preuve du contraire), on a cherché des critères qui permettraient d'identifier le service public. Si l'accord se fait sur certains critères, le doute a pu être permis sur le critère dit des *prérogatives de puissance publique*.

Le principal critère admis est **l'intérêt général** poursuivi par la personne, que celle-ci soit une personne publique ou une personne privée. La nature de la personne en cause ne soulève pas de difficultés, avec les différents arrêts que nous avons vus ou que, tout au moins, la réponse est relativement claire, mais qu'il est **moins facile de savoir ce qui est d'intérêt général**, même lorsque l'activité est poursuivie par une personne publique. Ici, nous nous interrogeons sur la nature de l'activité : **ce n'est pas parce qu'une activité est assurée par une personne publique qu'elle est nécessairement d'intérêt général.**

Dans le cadre des interventions des collectivités locales, la question s'est posée de savoir s'il s'agissait d'un service public, ce qui revenait à se poser la question de savoir si la collectivité avait bien poursuivi l'intérêt général. Ce que montre l'évolution, c'est **l'acceptation de plus en plus large de la qualification de service public**, ce que l'on peut montrer avec les quelques exemples suivants:

- les **services publics « culturels »**: une activité culturelle peut-elle être un service public ? Dans une décision de 1916 (CE 7 avr. 1916, Astruc), la réponse du juge est négative. S'agissant d'une demande d'indemnisation présentée à la ville de Paris à raison de l'inexécution d'une promesse de concession d'un emplacement situé sur les Champs-Élysées pour la construction d'un « Palais philharmonique », le Conseil d'État déclare que le « palais » en question « n'était pas destiné à assurer un service public ». Cette position recueille l'assentiment de la doctrine. Mais, sept ans plus tard à peine, le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence en admettant que le contrat conclu à propos de l'Opéra comique « présente le caractère d'une concession de service public » (CE 27 juill. 1923, Sieur Gheusi, Rec. p. 639). L'expression « **service public culturel** », trop audacieuse pour l'époque, n'apparaît pas, on la trouve seulement à partir de la décision Dauphin (CE 11 mars 1959, Dauphin, D.1959.J.315, concl. Mayras).
- la même observation pourrait être faite pour d'**autres activités**, par exemple le sport. Le juge a reconnu que l'exploitation d'une remontée mécanique par une commune, dans une station de sports d'hiver, pouvait être un service public (CE Sect. 23 janv. 1959, Commune d'Huez, Rec. p. 67, AJDA 1959, p. 165, concl. Braibant).

L'arrêt *Narcy*

La décision *Narcy* paraît synthétiser la jurisprudence antérieure et présente.

Une loi avait prévu la création dans toute branche d'activité où l'intérêt général le commande la création de « centres techniques industriels » ayant pour objet de promouvoir le progrès des techniques, de participer à l'amélioration du rendement et à la garantie de la qualité de l'industrie. Un litige s'étant élevé à propos de l'un de ces centres, le « centre technique des industries de la fonderie », le Conseil d'État déclare que « *en vue de les mettre à même d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est ainsi confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission, le législateur a conféré aux centres techniques industriels certaines prérogatives de puissance publique et les a soumis à divers contrôles de l'autorité de tutelle* ». Il en déduit que le législateur a entendu, sans leur enlever pour autant le caractère d'organismes privés, charger ces centres de la gestion d'un véritable service public (CE Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, Rec. p. 401, RDP 1963, p. 1963, p. 1186, note Waline).

Ainsi, dans cette décision Narcy, le Conseil d'État retient trois éléments pour caractériser un service public : **l'existence d'une mission d'intérêt général confiée à l'organisme ; des prérogatives de puissance publique qui lui sont attribuées ; les contrôles que l'administration peut exercer sur ces organismes.** La décision Narcy est claire, mais certaines décisions ultérieures le sont moins, en particulier en ce qui concerne les prérogatives de puissance publique.

Les **prérogatives de puissance publique** paraissent intimement associées à la personne publique, plus précisément l'État : celui-ci se définit par de telles prérogatives, il peut aussi confier certaines de ces prérogatives aux collectivités territoriales, aux autres personnes publiques, aux personnes privées. Mais l'absence de prérogatives de puissance publique n'exclut plus, désormais, la possibilité de la gestion d'un service public par une personne privée ([CE Sect. 22 févr. 2007, Assoc. du personnel des établissements pour inadaptés](#), AJDA 2007, p. 793, chron. Lenica et Boucher)

G- Les catégories de services publics

Les services publics peuvent être créés dans des domaines très variés, d'où les appellations elles aussi diversifiées, et dont nous avons vu quelques exemples, avec les services publics culturels, les services publics sportifs, les services publics sociaux, etc. Mais les appellations ne font pas pour autant les catégories. Juridiquement, il n'existe que **deux catégories de services publics**, la qualification entraînant un régime juridique propre, la seule difficulté étant de savoir dans quelle catégorie on peut ranger un service public déterminé.

Les deux catégories juridiques de services publics sont constituées par les **services publics administratifs (SPA)** et les **services publics à caractère industriel et commercial (SPIC)**.

SPA et SPIC

La catégorie des services publics administratifs ne mérite pas que l'on s'y attarde longuement car c'est la plus « naturelle ». En d'autres termes, **un service public va être présumé administratif**, sauf si l'on peut démontrer qu'il présente un caractère industriel ou commercial. Le service public administratif est également « naturel » en ce que le droit qui lui est applicable est normalement le droit administratif.

Le service public à caractère industriel ou commercial apparaît comme une sorte de **dérogation à ce régime naturel**.

La reconnaissance de la catégorie de service public à caractère industriel ou commercial est passée par trois étapes.

- La première étape est celle de *Terrier* (1903): si l'administration était normalement soumise au droit public, il fallait « réserver (...) les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. Cette distinction entre ce qu'on a proposé d'appeler la gestion publique et la gestion privée peut se faire, soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier ». L'idée défendue est que l'on peut avoir également, dans certains cas, une gestion privée du service public.
- La deuxième étape est la consécration par le juge de cette possibilité, pour une personne publique, de ne pas être soumise, ponctuellement, au droit public pour l'une de ses interventions. C'est la solution que retient le juge à propos du contrat passé entre une commune et une entreprise pour la fourniture de pavés. Le Conseil d'État relève que le contrat a pour « objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers » et que, par conséquent, la demande « soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître » ([CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges](#), Rec. p. 909). La nature de service public de l'activité n'a pas été contestée, mais le régime à appliquer a été le régime de droit privé.
- Dans cette logique, l'étape suivante a été la systématisation de la solution qui avait été dégagée en 1912. Cette systématisation a pris la forme d'une catégorisation, le Tribunal des conflits créant une nouvelle catégorie de services publics, la catégorie des SPIC. Dans une affaire relative à un bac qui avait coulé en faisant la liaison entre les deux rives du lac Ebrié, dans ce qui était la colonie de Côte d'Ivoire, le Tribunal des conflits a déclaré qu' « *en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; (...) par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué* » ([TC 22 janv. 1921, Société commerciale de l'Ouest africain](#), Rec. p. 91, concl. Matter ; cette affaire est plus couramment dénommée l'affaire du « Bac d'Eloka », du nom du bac concerné).

Séance suivante: La police administrative