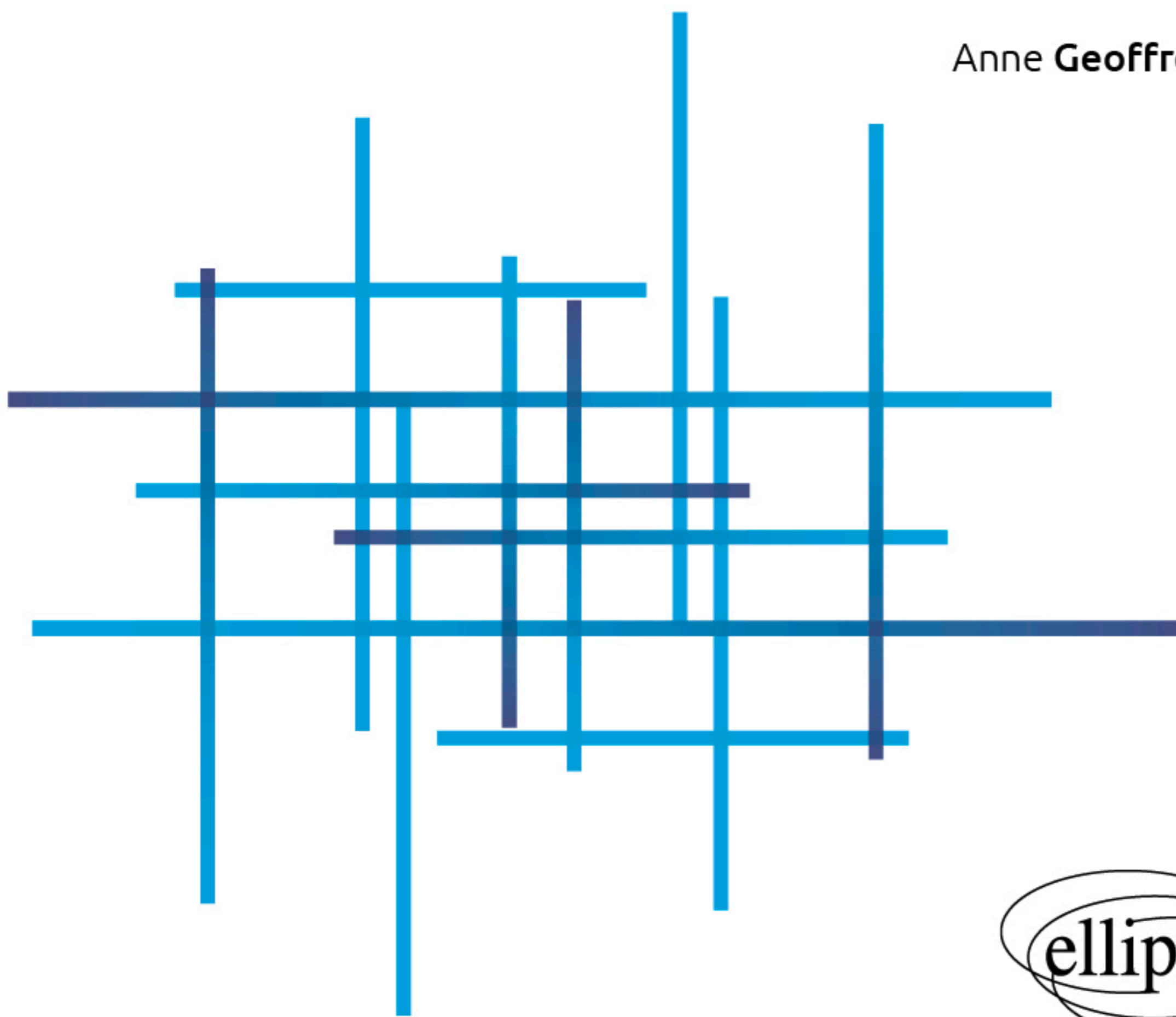


LE DROIT EN FICHES ET EN TABLEAUX

Le droit administratif général en tableaux

2^e édition

Anne Geoffroy



Chapitre 1. La satisfaction de l'intérêt général par l'activité de service public

À l'issue de ce chapitre, vous saurez :

- Identifier un service public,
- Distinguer les SPA (services publics administratifs) des SPIC (services publics industriels et commerciaux)
- Définir les lois de Rolland et leurs modalités d'application.

Selon les penseurs de l'École du service public, et plus particulièrement son fondateur Léon Duguit, le droit administratif est le droit des services publics. Il convient donc de présenter cette notion (Section I) puis d'en préciser le régime (Section II).

Section I. La notion de service public

La jurisprudence administrative regorge de décisions qui permettent d'identifier un service public (§1), puis de le classer parmi les SPA ou les SPIC (§2). Néanmoins, il est important de rappeler que ces critères jurisprudentiels ne valent que si aucune loi (ou texte de valeur supra législative) n'a qualifié l'activité. En effet, si la loi a identifié une activité comme étant un service public ou a, au contraire, exclu cette qualification, alors elle prime sur l'application des critères jurisprudentiels (le juge administratif est le serviteur de la loi).

Par conséquent, avant de qualifier une activité à l'aide des critères jurisprudentiels, il est nécessaire de vérifier au préalable s'il existe une qualification législative (ex: CE 22 fév. 2007, APREI).

§ 1. L'évolution des critères d'identification du service public

À l'origine, le service public est défini comme une activité d'intérêt général, de nature administrative, gérée par une personne publique qui dispose naturellement de prérogatives de puissance publique.

Cependant, la notion de service public va connaître diverses crises par la suite. Ce phénomène commence avec la décision du TC, Sté commerciale de l'Ouest africain du 22 janvier 1921, dite « Bac d'Eloka » dans laquelle apparaissent les SPIC, catégorie de services publics échappant partiellement au droit administratif. Puis la crise du service public se poursuit lorsque le juge administratif, dans les années 1930, admet que les services publics puissent être assumés par des personnes privées. Enfin, en 2007, nouvelle remise en cause de la définition originelle du service public : le CE admet expressément qu'il est possible d'identifier une mission de service public même lorsqu'aucune prérogative de puissance publique n'est mise à disposition du gestionnaire.

Désormais, le service public* est défini comme une activité reconnue d'intérêt général, assurée par une personne publique ou par une personne privée placée sous le contrôle d'une personne publique, bénéficiant de prérogatives de puissance publique ou soumise à un régime exorbitant du droit commun en raison d'obligations spécifiques et d'un contrôle renforcé de la part de la personne publique. Cette définition fait appel à trois critères : le critère finaliste (A), le critère organique (B) et le critère fonctionnel (C).

§ 1. L'évolution des critères d'identification du service public

L'évolution des critères d'identification du service public			
	Version classique	OU	Version moderne
Critère finaliste	Intérêt général de nature administrative	OU	Intérêt général pouvant être industriel ou commercial
Critère organique	Gestion par une personne publique	OU	Gestion par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique
Critère fonctionnel	Mise à disposition de prérogatives de puissance publique	OU	Faisceau d'indices (conditions de création et de fonctionnement, obligations spécifiques à la charge du gestionnaire, contrôle renforcé par la personne publique)

Les crises de la notion de service public		
Crise du critère finaliste	L'intérêt général peut être industriel ou commercial.	TC, Bac d'Eloka, 1921
Crise du critère organique	Une personne privée peut gérer un service public.	CE, Établissements Vézia, 1935
Crise du critère fonctionnel	Le service public peut exister sans prérogatives de puissance publique.	CE, APREI, 2007

A. Le critère finaliste : la poursuite de l'intérêt général

Le critère finaliste conduit à s'intéresser au but poursuivi par l'activité. Pour que celle-ci soit qualifiée de service public, elle doit être d'intérêt général. Parfois, c'est un texte qui indique que l'activité est d'intérêt général ; parfois les textes sont muets et il convient alors de se référer à la jurisprudence.

Définir l'intérêt général n'est pas simple car cette notion est évolutive et varie en fonction des circonstances de temps et de lieu. De plus, elle n'est pas uniquement juridique et relève de choix politiques (au sens premier du terme : en relation avec la vie de la « cité »).

Deux écoles de pensée définissent l'intérêt général : l'une, utilitariste, défend l'idée que l'intérêt général n'est autre que la somme des différents intérêts particuliers ; tandis que l'autre, plus volontariste, assimile l'intérêt général à la volonté nationale, qui dépasse les intérêts particuliers et que l'État doit chercher à satisfaire (Rapport public CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, 1999).

1. L'intérêt général, une notion évolutive

Certaines activités, comme les activités régaliennes, sont d'évidence d'intérêt général (ex : *défense, justice, police*), tandis que d'autres (s'apparentant plus à des prestations de services) présentent un intérêt public plus discutable. Cela pose des difficultés de qualification juridique, d'autant plus que la notion d'intérêt général est protéiforme. Ainsi, au fil du temps et de l'évolution des mœurs, ce que recouvre l'expression « intérêt général » évolue.

Prenons un exemple pour illustrer ce caractère évolutif : le théâtre. En 1916, Maurice Hauriou explique qu'il est impossible de lui reconnaître un caractère d'intérêt général car il a l'inconvénient « d'exalter l'imagination, d'habituer l'esprit à une vie factice et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse, et d'exciter les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celle du jeu et de l'intempérance » (note sous CE 7 avr. 1916, Astruc et S^{té} du Théâtre des Champs Élysées). Puis, au sortir de la guerre, les mentalités ont changé et le CE estime dans l'arrêt Gheusi du 27 juillet 1923 que le théâtre répond à un besoin d'intérêt général et constitue un service public.

- NB : La notion d'intérêt général n'exclut pas la réalisation de profits, mais la recherche exclusive de profits ne peut pas être une activité d'intérêt général.

§ 1. L'évolution des critères d'identification du service public (suite)

Le critère finaliste : la poursuite d'un but d'intérêt général	
Qualification de l'activité par un texte	Qualification de l'activité à l'aide d'un faisceau d'indices

2. SP obligatoires et SP facultatifs

On distingue :

- les services publics obligatoires (prévus par la loi ou la Constitution) que les personnes publiques sont obligées de créer et d'assumer (ex : santé, justice, police, etc.);
- et les services publics facultatifs qui peuvent être créés par les personnes publiques
 - soit parce qu'un texte le prévoit (CE Sect. 5 oct. 1984, Commissaire de la République de l'Ariège pour le service de restauration scolaire dans les écoles primaires et maternelles, ou CE 24 juin 2019, Département d'Indre-et-Loire pour la restauration scolaire en collège),
 - soit parce qu'elles ont spontanément identifié un intérêt général qu'il convient de satisfaire.

Dans cette dernière hypothèse, une question se pose : comment concilier la liberté du commerce et de l'industrie bénéficiant aux particuliers et la possibilité reconnue aux personnes publiques de créer des services publics dans des domaines qui pourraient relever de l'initiative privée ? La réponse de la jurisprudence administrative a évolué sur ce point.

D'abord, le juge estime que la création d'un service public dans un domaine relevant normalement de l'initiative privée ne peut avoir lieu qu'en cas de circonstances exceptionnelles (CE 29 mars 1901, Casanova).

Puis, à l'occasion de l'arrêt CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, le juge adopte une position plus favorable à l'initiative publique. Il énonce : « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée » mais il poursuit en indiquant que, dans ces domaines, les personnes publiques ne peuvent ériger des activités en service public « que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». Par la suite, le juge a ainsi admis, par exemple, la création d'un cabinet dentaire (CE Sect. 20 nov. 1964, Ville de Nanterre) par une commune en se fondant sur la carence de l'initiative privée.

Cependant, le 3 mars 2010, le CE rend un arrêt encore moins protecteur de l'initiative privée. Le juge est saisi de la création d'un service public de téléassistance pour les personnes âgées par le département de la Corrèze. Il indique que la collectivité doit « justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ». En interprétant cet arrêt *a contrario*, on peut en déduire que, même lorsque l'initiative privée existe, il est possible d'identifier un autre intérêt général justifiant la création d'un service public par une personne publique dans le domaine marchand (CE 3 mars 2010, Département de la Corrèze).

§ 1. L'évolution des critères d'identification du service public (suite)

Services publics obligatoires et services publics facultatifs		
Services publics obligatoires	Services publics facultatifs	
	Sur habilitation textuelle	Dans le silence des textes
Leur caractère d'intérêt général se déduit de leur nature de service public énoncée par le texte les instituant.		La personne publique doit démontrer l'existence d'un intérêt public (CE, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, 1930), qui peut notamment résulter de la carence de l'initiative privée (CE, Département de la Corrèze, 2010).

B. Le critère organique : la présence directe ou indirecte d'une personne publique

Le critère organique est relatif à la personne qui gère l'activité d'intérêt général. Pour que l'activité soit qualifiée de service public, il faut que le gestionnaire soit une personne publique (1) ou une personne privée placée sous le contrôle d'une personne publique (2).

1. Un service public classiquement géré par une personne publique

À l'origine, le service public est géré par une personne publique. Ce peut être une personne publique à vocation générale (ex : *État, collectivité territoriale*) ou à vocation spécialisée (ex : *établissement public*). Dans ce dernier cas, le service public doit entrer dans l'objet statutaire de la personne publique en vertu du principe de spécialité.

2. Un service public possiblement géré par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique

La crise du critère organique se traduit par le fait qu'une activité assurée par une personne privée puisse également être qualifiée de service public. Dans l'arrêt *Établissements Vézia* du 20 décembre 1935, le CE reconnaît le caractère d'intérêt public des activités des sociétés de prévoyance, de secours et de prêts mutuels agricoles. Puis, à l'occasion de l'affaire *Caisse primaire Aide et protection* du 13 mai 1938, il qualifie explicitement de service public l'activité gérée par les caisses d'assurances sociales.

Ensuite, la jurisprudence a précisé qu'un contrôle public doit être exercé sur les personnes privées gestionnaires d'une activité d'intérêt général pour que celle-ci soit un service public. Dans l'arrêt *Monpeurt* du 31 juillet 1942, le CE souligne que l'organisme est placé sous l'autorité d'un secrétaire d'État ; dans l'arrêt *Magnier* du 13 janvier 1961, il relève que les fédérations chargées de la mission sont agréées par le préfet et soumises au contrôle de services déconcentrés de l'État.

§ 1. L'évolution des critères d'identification du service public (suite)

Critère organique du service public		
Version classique		Version moderne
Gestion du service par une personne publique	OU	Gestion du service par une personne privée placée sous le contrôle d'une personne publique