

L'identification d'un service public industriel et commercial : la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service

Observations sous Tribunal des conflits, 21 mars 2005, *M^{me} Alberti-Scott* 📅

Jean-François Lachaume, Professeur émérite de l'Université de Poitiers

Pas plus qu'une hirondelle ne suffit pour annoncer le printemps, de simples variantes de rédaction dans une décision juridictionnelle n'annoncent nécessairement un revirement ou une évolution de la jurisprudence. On remarquera pourtant dans la décision du Tribunal des conflits *Alberti-Scott*, ci-dessous rapportée et rendue le 21 mars 2005, une rédaction du second considérant relatif à l'identification du service public industriel et commercial (SPIC) de la distribution de l'eau, qui mérite, peut-être, de retenir l'attention.

En l'espèce la requérante contestait un titre exécutoire émis à son encontre par le maire de la commune de Tournefort et relatif aux frais engagés pour la pose d'un compteur d'eau. En 1998, le Tribunal de grande instance de Nice avait décliné sa compétence en la matière ; saisi à son tour, le Tribunal administratif de Nice, par référence à la jurisprudence sur les services publics industriels et commerciaux estima, au contraire, que c'était bien au juge judiciaire de trancher le litige et, pour prévenir la naissance d'un conflit négatif, il renvoya, sur le fondement de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, au Tribunal des conflits le soin de déterminer la juridiction compétente. Sept ans après que le juge judiciaire s'est déclaré incompétent, le Tribunal des conflits décida, au contraire, qu'il appartenait bien à ce juge de connaître du litige opposant la requérante à la commune de Tournefort.

Dans sa décision, le juge des conflits commence par rappeler un principe jurisprudentiel bien établi selon lequel « les litiges nés des rapports entre un service public industriel et commercial et ses usagers, qui sont des rapports de droit privé, relèvent de la compétence des juridictions judiciaires... ». A cet égard le juge reprend ici une solution dégagée notamment par le Conseil d'Etat au début des années soixante en vue de mettre un terme à une scission du contentieux engendré par les rapports service public industriel et commercial/usagers entre les deux ordres de juridictions (CE, Sect., 13 janv. 1961, *Département du Bas-Rhin*, Lebon, p. 38 ; AJDA 1961, p. 235, concl. J. Fournier). Cette affirmation n'apporte donc, en elle-même, rien de nouveau, même si l'étendue de l'application du droit privé et de la compétence judiciaire en matière de service public industriel et commercial soulève encore des difficultés.

Il reste que souvent les principes les mieux établis, surtout en droit administratif, engendrent de sérieuses difficultés d'application dans la mesure où ils sont construits à partir d'éléments dont l'identification isolée n'est pas toujours évidente. Affirmer que les rapports entre un service public industriel et commercial et un usager relèvent du droit privé et du juge judiciaire est un principe simple tout au moins en apparence, mais qui suppose dans son application à une affaire donnée que soit identifié le caractère industriel et commercial du service public en cause et l'on sait, depuis la célèbre décision du « Bac d'Eloka » (T. confl., 21 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, GAJA, 15^e éd., p. 225 ; Grandes décisions, 13^e éd., p. 353), qu'une telle identification, dans le silence du législateur, soulève quelquefois de sérieuses difficultés (V. pour une analyse récente et rigoureuse de celles-ci, B. Seiller, L'érosion de la distinction service public administratif-service public industriel et commercial, AJDA 2005, p. 417 📅).

Or la décision du Tribunal des conflits intervenue dans l'affaire *Alberti-Scott c/ Commune de Tournefort* qui fait l'objet du présent commentaire est, compte tenu des difficultés ci-dessus mentionnées, intéressante notamment en ce qui concerne le critère d'identification du service public industriel et commercial, qui semble s'écarter de celui utilisé jusqu'ici, encore que la portée du changement, si changement il y a, reste à préciser.

I - Selon la présentation doctrinale la plus fidèle des données jurisprudentielles d'identification du service public industriel et commercial, constitue un tel service, en l'absence de qualification législative dépourvue d'ambiguïtés lui conférant un tel caractère, celui qui « aux trois points de vue -objet, origine des ressources, modalités de fonctionnement - ressemble à une entreprise privée » (R. Chapus, Droit administratif général, I, 15^e éd., 2001, n° 767). L'éminent auteur ajoute : « il suffit qu'il en diffère à l'un de ces trois points de vue pour qu'il soit tenu pour administratif ».

On reconnaît ici la systématisation doctrinale des solutions jurisprudentielles issues notamment des conclusions du commissaire du gouvernement P. Laurent sur l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, (D. 1956, p. 759 ; S. 1957, p. 38). Malgré des décisions prenant quelques libertés avec le critère de distinction service public administratif/service public industriel et commercial ainsi dégagé (T. confl., 19 févr. 1990, *Thomas*, Lebon, p. 618 ; AJDA 1990, p. 558, obs. J.-P. Thérond : service public de distribution de l'eau qualifié de service public industriel et commercial alors que la somme forfaitaire acquittée par les usagers est inférieure au coût réel de la prestation fournie), ce critère reste cependant la technique de référence pour identifier, dans le silence des lois, le caractère industriel et commercial d'un service public ou pour lui dénier un tel caractère (ainsi la Cour administrative d'appel de Nantes dans un arrêt du 29 juillet 2005, JCP A 2005, n° 1326, p. 1479, refuse de reconnaître un caractère industriel et commercial à une épicerie-buvette exploitée en régie par une commune, soumise aux règles de la comptabilité publique et dont la rémunération de l'agent qui la gère est assurée par une ristourne sur le prix des marchandises vendues, les clients achetant les produits à leur coût réel).

A) Or, par la décision *Alberti-Scott*, le Tribunal des conflits, s'agissant d'un service public communal de distribution de l'eau tout au moins, reconnaît à ce service un caractère industriel et commercial - ce qui ne rompt pas avec la jurisprudence la mieux établie - mais par un raisonnement qui semble s'écarter de celui élaboré à partir des conclusions de P. Laurent précitées.

Le service public de distribution de l'eau en cause dans la décision commentée ici était susceptible de soulever une difficulté quant à la détermination de son caractère dès lors qu'on lui appliquait le critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial. Si l'objet du service public en cause ne fait pas obstacle au renversement de la présomption d'administrativité, il n'en va pas de même de l'origine des ressources (le prix facturé à l'usager ne couvre que faiblement le coût annuel du service) et surtout des modalités de fonctionnement (le service est géré en régie par la commune et il ne dispose pas d'un budget annexe alors que normalement tout service public industriel et commercial communal doit être doté d'un tel budget afin d'assurer le respect des exigences législatives relatives à la gestion de ce type de service : V. art. L. 2224-1 et s. CGCT). Il semblait donc *a priori* difficile de renverser en l'espèce la présomption d'administrativité du service public en cause, encore que, s'agissant du service de l'eau, le Tribunal des conflits n'hésitait pas, dans certaines décisions, à prendre des libertés avec le critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial ; la jurisprudence *Thomas* précitée le montre bien à propos justement du service public de l'eau (non-prise en considération des modalités de financement) et, comme le soulignait J.-P. Thérond dans sa note sous cet arrêt (ADJA 1990, p. 560, préc.), les incertitudes quant à la mise en oeuvre de la distinction service public administratif/service public industriel et commercial dont l'arrêt *Thomas* est porteur ne résultent-elles pas d'abord « d'une certaine inaptitude de la distinction dualiste à rendre compte de la complexité des régimes juridiques, éminemment variables, des services publics » ?

Ainsi, pour bien situer la décision *Alberti-Scott* dans la jurisprudence du Tribunal des conflits relative à l'affirmation du caractère industriel et commercial du service public de distribution de l'eau, il faut brièvement faire état de cette jurisprudence depuis 1990, date de la décision *Thomas*. Il apparaît que le juge des conflits, sur cette période, utilise trois démarches. La première, celle rencontrée dans la décision *Epoux Laperrouze* du 14 mai 1990 (Lebon, p. 618) et *Berger* du 22 juin 1992 (Lebon, p. 840) consiste à affirmer que les services publics de distribution d'eau potable en cause dans ces affaires présentent, eu égard à leur objet et aux conditions de leur fonctionnement, un caractère industriel et commercial. Ces décisions ne font pas référence à la troisième condition normalement nécessaire pour identifier le service public industriel et commercial, à savoir les modalités

de financement qui, dans l'affaire *Thomas*, auraient dû faire obstacle au renversement de la présomption d'administrativité (l'usager acquittant une somme forfaitaire inférieure au coût réel du service). La seconde démarche utilisée dans les autres décisions, consiste à affirmer purement et simplement, sans autre précision, le caractère industriel et commercial (T. confl., 14 janv. 1998, *Commune de Toulon*, Lebon, p. 8 ; 19 janv. 1998, *Association syndicale des propriétaires du lotissement ERIMA*, Lebon, p. 824  ; 20 janv. 2003, *Fernandes*, Lebon, p. 567 ; du même jour, *Société Isomir*, Lebon, p. 568 ; 21 juin 2004, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier « Grand Boucle »*, Lebon, p. 631). Enfin, la troisième démarche apparaît dans la décision *Alberti-Scott* du 21 mars 2005 donc postérieure à toutes les autres.

B) Dans cette dernière décision, le Tribunal des conflits affirme le caractère industriel et commercial d'un service public communal de distribution d'eau en se fondant sur deux éléments.

1) Tout d'abord, il considère que ce service public est « en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial ». S'agissant de ce service, pour non surprenante qu'elle soit quant à la solution retenue, cette affirmation mérite de retenir l'attention. N'est-ce pas, en effet, admettre qu'à la limite, le service public en cause est présumé industriel et commercial par son objet et que, pour lui, le raisonnement traditionnel selon lequel en l'absence de qualification législative tout service public est présumé de caractère administratif doit être écarté ? Il y a, en tout cas, dans l'affirmation du Tribunal des conflits une incontestable promotion de l'objet dans l'identification du caractère du service public en cause qui, après tout, est dans la logique, s'agissant d'un service public communal, des dispositions du code général des collectivités territoriales selon lesquelles (art. L. 2221-1) les services publics communaux considérés comme industriels et commerciaux sont ceux dont l'exploitation est susceptible d'être gérée par des entreprises privées en vertu des contrats de délégation de service public. Il est évident que le service public de l'eau entre dans ces prévisions, *a contrario* en quelque sorte, si l'on songe qu'une grande partie de l'eau potable distribuée en France l'est pas des entreprises privées.

2) En affirmant que « le service de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial », le Tribunal des conflits laissait cependant la porte ouverte à la neutralisation dudit principe et à ce que le service en cause soit considéré comme administratif. En effet, par référence à la clef traditionnellement utilisée pour distinguer les deux catégories de services publics, on pouvait imaginer que l'affirmation de principe liée à l'objet soit tenue en échec par l'origine des ressources du service. Pour qu'un service public puisse être qualifié de service public industriel et commercial, dès lors que son objet n'y fait pas obstacle, il faut normalement que ses ressources financières proviennent pour une part importante des redevances acquittées par les usagers en contrepartie directe de la prestation, ce qui implique que le prix ainsi payé corresponde au coût réel de la prestation ou tout au moins s'en approche. L'exigence d'équilibre des budgets des services publics industriels et commerciaux locaux (art. 2224-1 CGCT) qui doit, sauf exceptions, être réalisée en dehors de toute subvention de la collectivité de rattachement, est liée à l'idée que les recettes du budget du service public industriel et commercial doivent provenir pour l'essentiel des sommes acquittées par les usagers, en théorie tout au moins. C'est à cette condition que l'on peut établir une similitude entre le service public industriel et commercial et les activités industrielles et commerciales des personnes privées. Or, en l'espèce, le Tribunal des conflits neutralise largement l'élément tiré de l'origine des ressources en considérant que le caractère en principe industriel et commercial du service public de distribution de l'eau n'est pas altéré par le fait « que le prix facturé à l'usager ne couvre que partiellement le coût du service ».

En premier lieu, cette affirmation n'est pas nouvelle : on la trouve, sous une forme à peine différente dans la décision précitée du Tribunal des conflits *Thomas* du 19 janvier 1990. C'est d'ailleurs à propos de la solution adoptée par cette décision, qui juge que le service de l'eau est un service public industriel et commercial même si la somme forfaitaire demandée à l'usager « est inférieure au coût réel du service assuré », que R. Chapus avait constaté que « si le Tribunal des conflits a voulu étonner, il a certainement réussi... » (Droit administratif général, I, 15^e éd., n° 771). Il est vrai, qu'entre les décisions *Thomas* et *Alberti-Scott*, est venue s'intercaler la décision *Préfet de Mayotte* (T. confl., 24 oct. 1994, Lebon, p. 607) qui semblait revenir à l'utilisation orthodoxe du critère de distinction service public administratif/service public industriel et commercial en refusant de reconnaître un caractère industriel et commercial à des distributions de pétrole lampant à la population de Mayotte par les autorités de la République dès lors qu'elles « sont faites à un prix de vente sensiblement inférieur à leur coût ».

Le juge des conflits, tout au moins s'agissant du service public de distribution de l'eau, n'a donc pas abandonné sa jurisprudence *Thomas* en admettant, à nouveau, dans la décision *Alberti-Scott* qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre le caractère industriel et commercial du service et une sous-tarification de la fourniture à l'usager. Alors qu'une telle situation est de nature à différencier fortement le service public en cause des modes de financement des entreprises privées, même si le Tribunal exclut expressément, ce que ne faisait pas la décision *Thomas*, qu'un service public de distribution d'eau puisse être industriel et commercial « lorsque son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'usager », c'est-à-dire que sont maintenus d'une part le principe de l'incompatibilité entre gratuité totale et caractère industriel et commercial d'un service public (V. *infra* 2^e partie) et, d'autre part, l'exigence que le prix payé par l'usager, si modeste soit-il, prenne en compte, d'une façon ou d'une autre, le volume de la consommation de celui-ci.

Ensuite, en découplant le caractère industriel et commercial du service public de distribution de l'eau et l'exigence d'une redevance payée par l'usager correspondant au coût réel de la prestation ou s'en approchant, le juge des conflits, tout en majorant bien évidemment le rôle de l'objet dans l'identification du service public industriel et commercial, a peut-être pris acte du fait qu'il n'y a pas après tout incompatibilité radicale entre service public industriel et commercial et sous-tarification à l'usager. Il suffit de songer aux nombreux transports publics dont la qualification de service public industriel et commercial n'est pas contestée et qui sont très largement sous-tarifés, puisque le prix facturé à l'usager ne représente quelquefois que 40 % du coût réel du service rendu (30 % pour les TER). D'ailleurs, lorsque le code général des collectivités territoriales impose un équilibre des budgets des services publics industriels et commerciaux locaux sans subvention versée par la collectivité de rattachement (sous réserve des exceptions prévues justement, dans certains cas, pour les services publics de l'eau et de l'assainissement : art. L. 2224-2), il n'exige pas que les dépenses soient exclusivement couvertes par le prix payé par les usagers. De même d'ailleurs que, dans la délégation de service public, qui porte le plus souvent, sur des services publics industriels et commerciaux, le juge admet que les résultats de l'exploitation ne soient pas systématiquement liés aux redevances perçues sur les usagers.

3) Dans la mise en oeuvre du critère jurisprudentiel traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial, le caractère industriel et commercial d'un service public suppose, une fois que l'objet et les modalités de financement n'y font pas obstacle, que les modalités de fonctionnement du service soient comparables à celles d'une entreprise privée. On doit admettre que, dans la décision *Alberti-Scott*, ce troisième élément du critère d'identification est quelque peu malmené, voire, tout au moins s'agissant du service public de l'eau, neutralisé.

Le Tribunal des conflits considère que le caractère industriel et commercial du service public en cause, dévoilé par son objet et une facturation périodique, même sous évaluée, de la prestation à l'usager, résiste alors même que les modalités de fonctionnement du service ne sont guère comparables à celles rencontrées dans une entreprise privée. En effet, le service public est en l'espèce géré en régie directe par la commune, il ne dispose pas d'un budget annexe, ce qui implique que ses dépenses et ses recettes sont intégrées dans le budget communal, ce qui entraîne l'application au fonctionnement du service en cause des règles de la comptabilité publique, et on est alors vraiment loin des règles de gestion rencontrées au sein des entreprises privées.

Il est vrai que le Tribunal des conflits dans sa jurisprudence antérieure n'a pas hésité à reconnaître un caractère industriel et commercial à un service public de l'eau géré en régie (14 mai 1990, *Laperrouze*, précité), mais dont rien n'indique qu'il n'était pas pourvu d'un budget annexe avec les conséquences que cela implique, alors que dans la décision commentée ici on a l'impression que le juge des conflits prend un malin plaisir à marginaliser l'élément du critère de distinction service public administratif/service public industriel et commercial relatif aux conditions de fonctionnement du service, sauf à considérer que le caractère périodique de la facturation se rattache à ce fonctionnement et non à l'origine des ressources et que cette facturation faite à un coût inférieur au coût réel de la prestation relève, elle, de l'origine des ressources. On court le risque, en raisonnant ainsi, de tomber dans des subtilités dont il faut se garder dans la mise en oeuvre de la distinction service public administratif/service public industriel et commercial.

II - A première vue donc le raisonnement suivi par le Tribunal des conflits dans la décision *Alberti-Scott* s'écarte

de celui traditionnellement suivi par les juges pour, dans le silence des lois, distinguer les deux catégories de services publics, tout en débouchant sur une solution confirmant une jurisprudence qui, pour l'essentiel, a toujours considéré le service public de distribution de l'eau comme industriel et commercial, ce qui correspond d'ailleurs à la façon dont le code général des collectivités territoriales traite ce service, sans compter que le législateur finira bien par lui reconnaître un jour cette qualité. En tout cas, la décision commentée ici stabilise, si besoin était, cette qualité en évitant de la rendre également tributaire d'autres conditions, sous réserve de l'exigence d'une facturation périodique.

Cependant, au delà de son application au service public de l'eau, la décision *Alberti-Scott* suscite une interrogation relative au point de savoir si le raisonnement qu'elle met en oeuvre est opérationnel pour qualifier d'autres services publics. Car, quitte à modifier le critère de distinction service public administratif/service public industriel et commercial élaboré notamment à partir des conclusions Laurent sur l'arrêt précité du 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, ne convient-il pas de chercher à « rentabiliser » la modification en l'étendant à d'autres services publics que celui de l'eau.

La réponse, obligatoirement prudente, que cette question appelle nécessite que l'on s'interroge sur ce qu'est, à titre principal, un service public industriel et commercial par son objet et ce que l'on doit entendre par facturation périodique à l'usager, même inférieure au coût réel de la prestation, puisqu'il s'agit des deux éléments mis en oeuvre dans la décision *Alberti-Scott*.

A) Le premier élément de la question est simple à énoncer, ce qui ne signifie nullement que la réponse soit facile à établir. Existe-t-il, en dehors du service public de l'eau, d'autres services pour lesquels leur caractère industriel et commercial découlerait par principe de leur objet ?

1) Il est possible, à première vue, d'apporter une réponse positive en reprenant ici l'un des éléments du critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial, à savoir que, pour que puisse être renversée la présomption d'administrativité, il faut nécessairement que l'objet du service en cause corresponde à une activité prise en charge par une entreprise privée ou susceptible de l'être. C'est d'ailleurs cette façon de raisonner que consacre l'article L. 2221-1 du code général des collectivités territoriales en liant le caractère industriel et commercial d'une exploitation communale au fait qu'elle est susceptible d'être gérée par une entreprise privée. Mais si la démarche est simple dans sa formulation, elle l'est moins dans sa mise en oeuvre, tout au moins dans certains cas.

Il est incontestable d'abord, mais le phénomène est d'une importance très relative, que sont des services publics industriels et commerciaux par leur objet les activités relevant normalement de l'initiative privée, donnant lieu à des opérations d'achat et de vente, et qui sont prises en charge par une personne publique du fait de la carence de l'initiative privée et de l'existence d'un besoin de la population (commerces de proximité par exemple) érigé en service public dans le cadre du socialisme municipal.

De même, il devrait être ensuite possible de considérer comme industriels et commerciaux par leur objet, si l'on se réfère à l'élément de comparabilité ou d'analogie avec des entreprises privées, les services publics régulièrement confiés par les personnes publiques à des entreprises privées, démontrant ainsi, comme on prouve le mouvement en marchant, conformément à la lettre de l'article L. 2221-1 précité, que de telles activités sont, par définition, de celles susceptibles d'être confiées à des personnes ou entreprises privées et que leur objet ne peut être qu'industriel et commercial. Mais les limites du raisonnement apparaissent vite. Les textes et la jurisprudence font en effet apparaître que la gestion d'un service public par une personne privée n'en fait pas nécessairement pour autant, au niveau de son objet, une activité de service public industriel et commercial, alors même que l'entreprise gestionnaire peut appartenir à la catégorie des sociétés commerciales (autoroutes concédées, bacs et ponts à péage par exemple). Sans compter, en sens inverse, que sont qualifiées de services publics industriels et commerciaux des activités monopolisées par des personnes publiques (électricité et gaz de 1946 à 2005 ; transports ferroviaires depuis 1982), ce qui exclut qu'elles puissent être prises en charge par des personnes privées, non du fait, il est vrai, de la nature de l'activité mais de la volonté du législateur. En tout cas, la comparabilité ou l'analogie de l'objet d'un service public avec celui d'une entreprise privée ne fournissent pas

une indication totalement fiable quant à sa qualification d'industriel et de commercial.

On arrive ainsi à l'idée que la démarche à suivre, si l'on se place dans ce qui semble être la logique de la décision *Alberti-Scott*, est de considérer l'objet du service en lui-même : l'activité en cause relève-t-elle normalement par son objet, dans le système politico-administratif français, des missions traditionnelles de la puissance publique, auquel cas elle se rattache à un service public administratif (d'où la jurisprudence sur les autoroutes, les ponts à péage) ou au contraire, cette activité est-elle de nature économique donnant lieu à des opérations de production, d'achat, de vente de biens et de services ? N'est-ce pas, d'ailleurs, le critère utilisé par l'article L. 410-1 du code de commerce pour caractériser les activités soumises aux règles typiquement commerciales de la liberté des prix et de la concurrence, y compris lorsqu'elles sont le fait des personnes publiques.

On reconnaît bien volontiers que cette technique de raisonnement, pour identifier le caractère industriel et commercial par l'objet d'un service public, n'est pas, notamment dans les cas limites, facile à mettre en oeuvre et qu'elle n'est pas dépourvue d'une certaine parenté avec la distinction présentée par le commissaire du gouvernement A. Matter dans ses conclusions sur la décision dite du « Bac d'Eloka » (T. confl., 22 janv. 1921, D. 1921, 3, p. 1), consistant à distinguer les services qui « sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique... » (les services publics administratifs) et les services de nature privée pris en charge occasionnellement par les personnes publiques (lorsqu'il y a carence de l'initiative privée) et dont l'accomplissement correspond à un intérêt général (les services publics industriels et commerciaux). Or une telle distinction ne serait opérationnelle que si les fonctions des personnes publiques étaient figées dans le temps et dans l'espace, ce qui n'est pas le cas, les tribulations affectant le caractère du service public des bacs maritimes de transport le montrent bien.

Il n'en reste pas moins que si l'on admet qu'un service public peut, par son objet, être présumé industriel et commercial, il appartiendra au juge, notamment au Tribunal des conflits, de nous dire dans le silence des lois quels sont les services publics concernés. Il pourrait éventuellement s'inspirer des solutions retenues par le droit communautaire en matière de services d'intérêt économique général. Certes, service d'intérêt économique général et service public industriel et commercial ne sont pas deux notions se recouvrant exactement (V. B. Seiller, AJDA 2005, p. 421, préc. ) mais ils ont un dénominateur commun: leur caractère marchand. Par exemple, on pourrait très bien admettre que sont notamment présumés industriels et commerciaux par leur objet les services publics ouverts par le droit communautaire à la concurrence et notamment ceux relevant des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des postes. Ce qui n'exclut nullement, qu'au sein des services ainsi qualifiés, certains soient soumis à des obligations de service universel sans perdre, pour autant, leur caractère industriel et commercial.

2) La consécration d'une présomption du caractère industriel et commercial de certains services publics aurait, bien évidemment, l'avantage de stabiliser la liste jurisprudentielle de ces services, d'autant plus qu'elle se conjuguerait avec une neutralisation des modalités d'organisation et de fonctionnement du service qui sont, dans le critère traditionnel de distinction, l'élément qui varie le plus, pour les services publics locaux, dans le temps et dans l'espace, et qui fait qu'un même service public peut être ici un service public administratif et là un service public industriel et commercial.

Néanmoins, il conviendrait de s'entendre sur ce qu'est l'objet du service public et ne pas, ou ne plus, confondre l'objet d'un service public et son but ou sa finalité, ce qui arrive quelquefois. Le but de tout service public est d'assurer la satisfaction d'un intérêt général caractérisé. Ainsi, et pour ne prendre que ces exemples, les services publics de l'eau, de l'assainissement, de l'enlèvement des déchets, etc. ont notamment pour but la préservation de la santé, de l'hygiène publique, il n'en reste pas moins qu'ils se matérialisent en quelque sorte par des activités industrielles et commerciales. Leur but peut donc apparaître administratif alors que la prestation considérée en elle-même relève d'une activité de fourniture de prestations et de services possédant un caractère industriel et commercial (V. concl. J. Arrighi de Casanova sur CE, avis, 10 avr. 1992, *SARL Hofmiller*, RFDA 1994, p. 160 ) . Il suffit, à propos du service public des pompes funèbres, de rapprocher deux décisions l'une du Tribunal des conflits, l'autre du Conseil d'Etat pour se convaincre de l'existence de difficultés. Pour le premier le

service en cause a un objet (pour l'essentiel la police des funérailles) qui fait obstacle au renversement de la présomption d'administrativité (V. note L. Richer sous T. confl., 20 janv. 1986, *Ville de Paris c/ SA Roblot*, AJDA 1968, p. 267), alors que le Conseil d'Etat a considéré que la loi du 8 janvier 1993, qui ne modifie pourtant pas l'objet du service, imprime désormais à celui-ci un caractère industriel et commercial (CE, avis, 19 déc. 1995, EDCE, n° 47, p. 427) en l'immergeant dans un secteur concurrentiel. Le Tribunal des conflits n'avait-il pas ici confondu l'objet du service et le but de celui-ci ? De même, lorsque les bacs maritimes de transport, après avoir été considérés comme des services publics industriels et commerciaux eu égard notamment à l'analogie de leur objet avec celui d'une entreprise privée, sont désormais qualifiés de service public administratif parce qu'ils assurent la continuité territoriale (CE, 10 juill. 1989, *Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime*, RFDA 1991, p. 180, note J.-F. Lachaume ) , on est en droit de s'interroger si en raisonnant ainsi le juge ne confond pas - volontairement peut-être - l'objet du service public et son but.

Après tout, la promotion de l'objet dans l'identification du service public industriel et commercial ne s'impose-t-elle pas si l'on considère que la présomption selon laquelle, dans le silence des textes, tout service public est présumé administratif est, à bien des égards, artificielle dans la mesure où elle joue même à l'égard de services publics pour lesquels elle est presque toujours renversée ? Une présomption n'a, en droit, d'intérêt que si elle offre une certaine résistance à la preuve contraire.

Pour que la jurisprudence *Alberti-Scott* puisse prospérer, il faut donc ne prendre en compte que l'objet brut du service public, d'autant que la finalité de celui-ci a vocation indirectement à réapparaître au stade du financement du service : il ne pourra pas être industriel et commercial s'il est gratuit ou ne fait pas l'objet d'une facturation périodique à l'utilisateur et cela souvent pour des raisons d'ordre social.

B) Dans le critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial, le renversement de la présomption d'administrativité, dont bénéficie tout service public dans le silence des lois, suppose que soient franchis trois obstacles pour établir la comparabilité avec les entreprises privées : celui de l'objet (V. *supra*), celui des modalités de financement et celui des modalités de gestion.

1) Il est admis que pour être industriel et commercial, un service public doit, s'agissant de ses modalités de financement, donner lieu à l'établissement d'une redevance perçue sur les usagers. S'agissant notamment des services publics locaux, les textes leur imposant par ailleurs d'équilibrer leurs dépenses par leurs propres recettes, il est dans la logique de cette exigence que la redevance soit calculée en fonction du coût de la prestation offerte et de telle façon qu'elle assure au service l'essentiel de ses ressources de fonctionnement mais aussi d'investissement (CE, Sect. 17 oct. 2003, *Bompard*, Lebon, p. 404 ). Il s'agit donc en réalité d'un véritable prix.

Il s'ensuit que le juge a refusé de considérer comme présentant un caractère industriel et commercial, un service public gratuit (T. confl., 15 oct. 1973, *Barbou*, Lebon, p. 848 ; D. 1975, p. 184, note F. Moderne ; JCP 1975, II, n° 18046, note J.-F. Lachaume : service de bac maritime) ou quasi gratuit si on rapporte la somme demandée à l'utilisateur au coût réel de la prestation (T. confl., 15 janv. 1979, *M^{mes} Le Cachey et Guignère*, Lebon, p. 561, concl. M. Morisot) ou financé par l'impôt (T. confl., 28 mai 1979, *SCANV de Cergy-Pontoise*, Lebon, p. 658 ; D. 1979, IR p. 386, note P. Delvolvé ; CE, Sect., avis, 10 avr. 1992, *SARL Hofmiller*, précité).

Dans la suite de sa décision *Thomas* (T. confl., 19 févr. 1990, précitée) et gommant, en quelque sorte, la décision *Préfet de Mayotte* (24 oct. 1994, précitée), avec la décision *Alberti-Scott*, le Tribunal des conflits admet expressément que la facturation à l'utilisateur de la fourniture d'eau n'enlève pas au service public en cause un caractère industriel et commercial même si le prix demandé « ne couvre que partiellement le coût du service ».

A supposer que cette solution soit transposable à d'autres services publics, elle aurait pour elle le mérite du réalisme car, nous l'avons vu (*supra*), une telle sous-tarification n'est pas inconnue de services publics industriels et commerciaux incontestés et surtout la solution retenue est de nature à faire obstacle à ce qu'un même service public change de caractère selon que la contribution financière demandée à une catégorie d'utilisateurs correspond au coût réel de la prestation, alors qu'elle est inférieure à ce coût pour une autre catégorie d'utilisateurs de ce

même service. Sans compter que la compatibilité entre la qualification de service public industriel et commercial et une sous-tarification de la prestation permet également, au sein des services d'intérêt économique général, de reconnaître le même caractère industriel et commercial aux prestations et fournitures relevant du service universel car le prix réputé abordable au titre de ce service peut être inférieur, dans certains cas, au coût réel de la prestation.

La présomption du caractère industriel et commercial ne résistera ensuite que si le prix demandé à l'utilisateur (sous-tarifié ou non) donne lieu à une facturation périodique à ce dernier. La référence faite par le Tribunal des conflits à « un prix » et à une « facturation » montre la volonté du juge de faire appel ici à des notions commerciales et ainsi d'exclure que puisse être considéré comme industriel et commercial un service donnant lieu à la perception, même périodique, d'un impôt ou d'une taxe. Ce qui n'est pas sans inconvénient pour le service des ordures ménagères qui n'a pas la même qualification selon qu'il est financé par la redevance (service public industriel et commercial) ou la taxe (service public administratif) (*supra*, l'avis *Hofmiller*), encore qu'il ne serait pas à la limite déraisonnable d'assimiler pour ce service public la taxe à un prix, d'autant que le produit global de la taxe est voté en tenant compte de l'équilibre financier du service, donc, dans une certaine mesure, de son coût.

Il reste que la facturation doit être périodique, ce qui exclut que la présomption de service public industriel et commercial, dont peuvent bénéficier par leur objet certains services, résiste à une somme perçue en une seule fois et pour solde de tout compte sur l'utilisateur pendant toute la période pendant laquelle il sera abonné du service ou bénéficiera de ses prestations. La périodicité peut, en réalité, se comprendre comme une facturation intervenant à chaque fois que l'utilisateur accède à la prestation offerte par le service (dans le domaine des transports de personnes par exemple) ou lorsqu'il acquitte un abonnement à date fixe ou paie, trimestriellement, semestriellement ou annuellement, une redevance liée à l'usage du service. Bien d'autres services publics que celui de l'eau fonctionnent suivant ces règles.

2) La décision *Alberti-Scott* neutralise très largement enfin le troisième élément du critère classique de distinction service public administratif/service public industriel et commercial prenant en considération, pour renverser la présomption d'administrativité, les modalités de gestion du service public. Le fait que le service public en cause dans cette décision soit intégré administrativement et budgétairement dans la gestion communale ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse être considéré comme un service public industriel et commercial, alors même qu'à l'évidence il n'est pas géré comme une activité privée.

Mais, après tout, n'est-il pas inéluctable qu'il en soit ainsi dès lors qu'une activité donnée est érigée en service public, ce qui est de nature à entraîner, dans de nombreux cas, une intervention directe d'une personne publique dans la gestion de cette activité. La gestion en régie totalement directe n'est donc pas incompatible - la pratique le montre - avec la notion de service public industriel et commercial, encore qu'on puisse discuter de la régularité d'une telle gestion au regard des exigences du code général des collectivités territoriales (art. L. 1412-1).

Par ailleurs, lorsque les auteurs cherchent à étoffer ce que pourrait être l'essentiel de la consistance des modalités de gestion, certains mettent l'accent sur des points qui relèvent également des modalités de financement (financement par une redevance, proportionnelle au service rendu etc.) si bien que le troisième élément du critère n'apparaît guère substantiel (V. T. confl., 18 avr. 2005, *Mattern*, RFDA, p. 1056), d'autant que le droit communautaire n'y attache que peu ou pas d'importance pour l'identification des services d'intérêt économique général. Si bien que cet élément ne paraît pas, dans le silence des textes, de nature à empêcher la présomption du caractère industriel et commercial de jouer, d'autant que le régime des services publics industriels et commerciaux montre qu'il n'y a plus aujourd'hui d'antagonisme systématique entre ces services et une application non négligeable du droit public.

A supposer que la décision *Alberti-Scott* établisse bien, principalement à partir de l'objet d'un service public et dans le silence du législateur, une présomption de son caractère industriel et commercial, se posera inévitablement le sort du critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial. Pourquoi, après tout, ne pas considérer que, parallèlement à la solution *Alberti-Scott*, il est possible

d'admettre que, par leur objet, certains services publics sont présumés administratifs sans avoir ensuite à prendre en compte leurs modalités de financement et de gestion, sous réserve qu'il faudrait également reconnaître un caractère administratif aux services publics présumés industriels et commerciaux par leur objet dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une facturation périodique à l'utilisateur.

Si cette nouvelle façon, plus réformatrice que révolutionnaire, d'aborder la distinction service public administratif/service public industriel et commercial, devait se développer, elle consisterait essentiellement à neutraliser dans cette distinction les modalités de gestion ou d'organisation qui apparaissent, en définitive, artificielles par rapport à l'objet et dont la mise à l'écart peut s'avérer de nature à mieux rendre compte de ce qui au fond sépare vraiment les deux catégories de services publics.

Annexe

Tribunal des conflits, 21 mars 2005

M^{me} Alberti-Scott

Vu, enregistrée à son secrétariat le 12 février 2004, l'expédition du jugement du 10 octobre 2003 par lequel le Tribunal administratif de Nice, saisi d'une demande de M^{me} Olympia Alberti-Scott tendant à l'annulation du titre exécutoire émis à son encontre le 21 septembre 1996 par le maire de Tournefort (Alpes-Maritimes) pour obtenir remboursement des frais de pose d'un compteur d'eau, a renvoyé au tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu le jugement du 24 février 1998 par lequel le Tribunal de grande instance de Nice s'est déclaré incompétent pour connaître de ce litige ;

Vu, enregistré le 10 mars 2004, le mémoire présenté par M^{me} Alberti-Scott, qui s'en remet à la sagesse du Tribunal des conflits sur la question de compétence ;

Vu, enregistré le 16 juin 2004, le mémoire présenté par le ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales, tendant à ce que la juridiction judiciaire soit déclarée compétente, par le motif que le litige concerne les rapports entre un service public industriel et commercial et un usager de ce service ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal des conflits a été notifiée à la commune de Tournefort, qui n'a pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ; Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ; Vu la loi du 24 mai 1872 ; Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Considérant que les litiges nés des rapports entre un service public industriel et commercial et ses usagers, qui sont des rapports de droit privé, relèvent de la compétence des juridictions judiciaires ;

Considérant que le service public de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial ; qu'il en va ainsi même si, s'agissant de son organisation et de son financement, ce service est géré en régie par une commune, sans disposer d'un budget annexe, et si le prix facturé à l'utilisateur ne couvre que partiellement le coût du service ; qu'en revanche le service ne peut revêtir un caractère industriel et commercial lorsque son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'utilisateur ;

Considérant que la commune de Tournefort, qui exploite en régie un service de distribution d'eau non doté d'un budget annexe, prélève à ce titre sur les usagers une redevance tenant compte de leur consommation d'eau mesurée par les compteurs installés à l'initiative de la commune ; qu'ainsi, ce service présente un caractère industriel et commercial, nonobstant la circonstance que ces redevances ne couvriraient qu'une faible partie du

coût annuel du service ; que, par suite, le litige opposant M^{me} Alberti-Scott à la commune de Tournefort au sujet du remboursement de la pose d'un compteur d'eau concerne les rapports entre un service public industriel et commercial et un usager et relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;

Décide :

Article 1^{er} : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant M^{me} Alberti-Scott à la commune de Tournefort.

Article 2 : Le jugement du 24 février 1998 du Tribunal de grande instance de Nice est déclaré nul et non avenue. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.

Article 3 : La procédure suivie devant le Tribunal administratif de Nice est déclarée nulle et non avenue, à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 10 octobre 2003.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

(MM. Martin, *rapporteur* ; Duplat, *commissaire du gouvernement*).

Mots clés :

SERVICE PUBLIC * Définition du service public * Service public à caractère industriel et commercial