

L'érosion de la distinction SPA-SPIC

Bertrand Seiller, Professeur à l'université Paris II

L'essentiel

La distinction des services publics en deux catégories aux régimes juridiques et contentieux fortement différenciés illustre depuis plus de quatre-vingts ans les subtilités de la conception française de la séparation des pouvoirs. L'apparition d'une nouvelle dichotomie, moins exclusivement juridique et plus réceptive aux aspects économiques, ajoute encore aux incertitudes conceptuelles et pratiques originelles mais pourrait paradoxalement fournir l'occasion d'un salutaire retour aux sources.

S'interrogeant sur la pérennité de la structure binaire du droit administratif, Didier Truchet notait d'emblée et sans ambages que « les services publics sont administratifs ou industriels et commerciaux » (D. Truchet, *La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ?*, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 443). Il constatait également que le Tribunal des conflits échoua dans sa tentative d'introduire une troisième catégorie, les services public sociaux (T. confl. 22 janvier 1955, *Naliato*, Lebon p. 694 ; RPDA 1955, p. 53, concl. Chardeau). La dichotomie consacrée dans la célèbre affaire du bac d'Eloka (T. confl. 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Lebon p. 91 ; D. 1921, III, p. 1, concl. P. Matter) au sein de l'ensemble, jusqu'alors homogène, des services publics est donc exhaustive.

Depuis 1921, le pluriel a supplanté le singulier : hormis le respect des « lois de Rolland », la notion de service public ne déploie par elle-même que fort peu de conséquences juridiques. En revanche, la jurisprudence confère à la qualification des services publics une importance considérable. Le caractère administratif ne sera pas attribué dans les mêmes conditions aux actes unilatéraux ou contractuels selon qu'ils se rapportent à la gestion d'un service public administratif (SPA) ou d'un service public industriel et commercial (SPIC). Le constat est identique pour l'attribution de la qualité d'agent public ou pour l'engagement de la responsabilité des personnes publiques... La dichotomie des services publics constitue un élément si fondamental de l'étude du droit administratif qu'un colloque fort intéressant fut organisé à Poitiers à l'occasion du quatre-vingtième anniversaire de l'apparition des SPIC (*Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, coll. Décentralisation et développement local, 2003).

Le dualisme des services publics français procède indirectement du dualisme juridictionnel, construit sur la base de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, et directement du dualisme juridique, corollaire circonstanciel du premier. L'opposition entre les services publics repose sur l'idée que le droit administratif, droit spécifique à l'action administrative, ne saurait régir tous les services publics. Certains d'entre eux n'appellent pas l'application de ce droit exorbitant, compte tenu de leur parenté avec les activités similaires du secteur privé. Leur caractère « industriel ou commercial » incline, au contraire, à les soumettre pour l'essentiel aux mêmes règles de droit que celles-ci. Le droit privé s'impose alors et, par contrecoup, la compétence du juge judiciaire. Les autres services publics bénéficient, quant à eux, de la protection particulière conférée aux activités administratives par le principe de séparation des autorités. Le droit administratif les régit principalement, sous le contrôle du juge administratif. La distinction des deux catégories de services publics concourt donc à l'identification du droit applicable et, en cas de litige, du juge compétent.

Cela n'autorise pas pour autant à affirmer qu'une opposition au sein des services publics ne peut apparaître que dans un régime de dualisme juridictionnel. En effet, indépendamment de l'organisation du système juridictionnel et juridique, la richesse et la diversité des services publics contemporains incitent à les soumettre à des régimes différenciés. Limitée à des variations de la règle de droit applicable, la catégorisation des services publics dans une structure juridictionnelle moniste déploie cependant des effets relativement réduits.

Le dualisme juridictionnel amplifie évidemment les conséquences attachées à la distinction, puisque aux différences de régime s'ajoutent des différences de compétence juridictionnelle. L'enseignement de cette composante essentielle de la répartition des compétences s'avère particulièrement délicat. Loin d'être le pont aux ânes que laisse supposer sa notoriété, la fameuse distinction « SPA-SPIC » s'avère plutôt un achoppement pour bien des étudiants. Encore ne soupçonnent-ils pas toujours l'importance des difficultés éprouvées par les responsables des services dans sa mise en oeuvre. L'ignorance dans laquelle ils se trouvent, quant à eux, à son sujet, épargne à la plupart des usagers bien des affres... tant qu'aucun litige ne les oppose au service.

Le nombre de conflits de juridiction liés à la division des services publics en deux catégories fournit un excellent révélateur de la complexité de la matière. Or, pour le seul premier semestre 2004, cette distinction était en cause dans un tiers des arrêts rendus par le Tribunal des conflits.

Malgré les efforts indéniables de cette juridiction pour simplifier l'état du droit en la matière, des questions que l'on croyait définitivement résolues ressurgissent. Tel est le cas de la jurisprudence *Berkani*, par laquelle le juge des compétences avait mis un terme à certains errements (v. T. confl. 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, Lebon p. 792 ; JCP 1964, II, 13466, note R. L.), en posant que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi » (T. confl. 25 mars 1996, *Berkani*, Lebon p. 535, concl. Martin  ; AJDA 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ). Deux arrêts récents en soulignent les limites. Le premier concerne le cas particulier des agents contractuels des établissements publics administratifs à double visage (T. confl. 24 mai 2004, *Préfet de Seine-et-Marne*, JCP 2004, I, 165, obs. Ondoua), à l'égard desquels, si le principe est conservé, l'analyse des activités exercées par l'intéressé redevient nécessaire. Le second se rapporte à la délicate application de l'article L. 122-12 du code du travail aux agents des SPA repris en régie par une personne publique (CE sect. 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, AJDA 2004, p. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica ). L'une des branches de l'alternative ouverte par le Conseil d'Etat à l'employeur public (le maintien du contrat de droit privé préexistant) déroge au principe simplificateur de la jurisprudence *Berkani* et a été de ce fait immédiatement dénoncée (v., M.-C. de Montecler, Question sur un arrêt surprenant, AJDA 2004, p. 2241  ; JCP 2004, II, 10200, note Jean-Pierre).

L'incidence des considérations organiques n'explique pas seule le raffinement des solutions. Même nuancée, la présentation théorique de la distinction entre les SPA et les SPIC semble de moins en moins rendre compte de la réalité. Trop fondamentalement liée à la conception française de la séparation des pouvoirs, elle réduit la nécessaire subdivision des services publics à des éléments exclusivement juridiques, voire contentieux. Elle néglige le phénomène contemporain de dilution de la frontière entre les secteurs public et privé qui, sans la vouer à disparaître, engage à la faire évoluer.

Une conception discutable

L'apparition des SPIC marqua l'achèvement d'un lent processus de reconnaissance de cas de gestion privée dans l'action administrative. Sous-jacente dans les conclusions de David sur l'arrêt *Blanco* (T. confl. 8 février 1873, Lebon p. 61 ), développée par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier* (CE 6 février 1903, Lebon p. 97 ), S. 1903, III, p. 25, concl. et note M. Hauriou), cette réflexion avait déjà conduit à admettre que certains contrats conclus dans l'intérêt du service public pouvaient revêtir un caractère de droit privé (CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Lebon p. 909, concl. Blum). Il est compréhensible que la charge de consacrer l'existence de services publics à gestion intégralement (ou presque) privée revint au Tribunal des conflits.

Premier à avoir défendu la gestion privée dans une brochure intitulée *La gestion administrative* parue en 1899,

Maurice Hauriou expliquait ainsi les raisons de sa reprise en droit positif : « le développement de l'activité administrative, pendant et depuis la guerre, a montré qu'il pouvait être utile, pour le fonctionnement des services publics ou des entreprises d'intérêt public, d'user, d'une façon plus large, parallèlement aux moyens et procédés de gestion publics, de moyens et de procédés de gestion privés » (*Précis de droit administratif*, Sirey, 1933, 12^e éd., p. 1064). La volonté d'adapter le droit applicable aux nouvelles formes de l'action administrative triompha malgré une certaine ambiguïté théorique de la notion de SPIC et ne fut pas ébranlée par les incertitudes qu'elle suscitait en pratique.

L'ambiguïté théorique

La contestation de l'idée même de services publics à gestion privée fut immédiate et trouve encore des soutiens.

Les champions de l'Ecole du service public ne pouvaient évidemment admettre que le droit privé puisse s'introduire dans la gestion des services publics, ce qui revenait à abattre l'édifice minutieusement bâti sur la notion de service public. « De deux choses l'une, ou une activité est un service public ou elle ne l'est pas. Si elle est un service public, elle a toujours les mêmes caractères ; toutes les conséquences qui se rattachent à ce qu'elle est un service public doivent s'appliquer et toute distinction entre de prétendus services publics d'autorité et de gestion doit être définitivement écartée sous peine de tomber dans la confusion ou l'erreur » (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 1928, 3^e éd., tome II, p. 81 ; v. également, G. Jèze, note sous T. confl. 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, RD publ. 1933, p. 426).

Plus récemment, Pierre Sandevor a fait valoir « que le SPIC est à lui seul une authentique contradiction. Par l'utilisation de cette notion, il est demandé à un organisme quelconque [...] de protéger l'intérêt général tout en agissant selon les méthodes du secteur privé. A cet organisme, il faut donc réaliser oeuvre altruiste avec des moyens égoïstes, il faut se révéler puissance publique sous une allure de simple citoyen » (P. Sandevor, *Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial*, *Mélanges Stassinopoulos*, p. 317). Jean Rivero notait également que la poursuite simultanée de la satisfaction d'un besoin d'intérêt général et de la rentabilité, voire du profit, « est le problème essentiel posé par la notion de service public industriel et commercial » (J. Rivero, *Les deux finalités du service public industriel et commercial*, CJEG, 1994). L'analyse classique de René Chapus au sujet des activités de plus grand service et de plus grand profit (Le service public et la puissance publique, RD publ. 1968, p. 235) lui permettait néanmoins de résoudre la difficulté en estimant que « la recherche du profit permet de répondre aux besoins publics dont le service doit assurer la satisfaction ».

Même s'il ne contesta pas explicitement la jurisprudence *Bac d'Eloka*, Maurice Hauriou semble avoir répugné à admettre que des services publics soient à gestion privée. La dernière édition de son ouvrage (*Précis de droit administratif*, préc.) citait, en effet, l'arrêt *Bac d'Eloka* parmi les illustrations de ce qu'il appelait les « services privés des administrations publiques », qui se caractérisent selon lui par la « mise en oeuvre par une administration non seulement de moyens de gestion, mais aussi de procédés de gestion privés ». Il est vrai que l'arrêt en cause qualifie l'exploitation du bac de service de transport et non de service public. Si cette dernière expression apparaît peu après en jurisprudence (CE 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Lebon p. 1109), il s'agirait de la première étape de la construction du mythe de l'arrêt *Bac d'Eloka* (A.-S. Mescheriakoff, *L'arrêt du Bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RD publ. 1988, p. 1058). Selon cette analyse, l'arrêt *Bac d'Eloka* aurait seulement confirmé la possibilité de recourir à la gestion privée dans l'exécution des services publics. L'idée selon laquelle il aurait consacré des services publics à gestion privée apparut ultérieurement sous l'influence de l'Ecole du service public qui y vit le seul moyen d'empêcher les personnes publiques de choisir le régime applicable à leurs activités, et donc une nouvelle méthode de limitation objective de ces personnes.

Un élément conforte ces contestations récurrentes et diverses. Il fallut attendre 35 ans pour que les critères de la distinction des deux catégories de service public soient arrêtés, ce qui accuse encore son ambiguïté conceptuelle. A l'opposition initiale, formulée par Paul Matter entre les services relevant de l'essence même de l'Etat et ceux qu'il n'entreprend qu'occasionnellement parce que nul particulier ne s'en est chargé, il fut

successivement proposé de substituer le critère de la poursuite d'un but spéculatif (Bonnard, *Droit administratif*, LGDJ, 1935), celui de la réalisation d'actes de commerce (Chavanon, *Essai sur la notion et le régime juridique des SPIC*, Thèse Bordeaux, 1938) ou une combinaison de critères objectifs et subjectifs (Charlier, *La notion juridique de service public industriel et commercial*, JCP 1955, I, 1210). Jusqu'à ce qu'un arrêt de 1956 apporte quelques précisions (CE Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Lebon p. 434 ; D. 1956, Jur. p. 759, concl. Laurent), la jurisprudence écarta « tout esprit de système et témoigna d'un souci particulier des nuances » (Laurent, concl. préc.), qui trouble au regard des enjeux de la distinction.

Encore convient-il de modérer l'apport de la jurisprudence *Union syndicale des industries aéronautiques* : reposant sur une combinaison de critères dont l'analyse n'est pas dépourvue de subjectivité, elle n'offre pas vraiment de certitude. Cela se comprend à son seul énoncé : « un service public n'est industriel et commercial, quand il n'a pas été défini comme tel par une loi, qu'à la triple condition que les opérations formant son activité soient identiques à celles auxquelles se livrent ou pourraient se livrer des particuliers ou des entreprises privées, que son financement soit assuré pour l'essentiel par les recettes provenant des redevances versées par les usagers comme prix des prestations fournies, et qu'enfin sa gestion soit assurée selon les règles du droit privé » (CE 26 janvier 1968, *Dame Maron*, AJDA 1968, p. 293, concl. Bertrand).

La médiocre fiabilité de ces critères cumulatifs explique peut-être que les juges s'écartent parfois de la solution que devrait dicter leur application rigoureuse. C'est ainsi que le service des postes et télécommunications fut qualifié de SPA au regard de son seul mode d'organisation (T. confl. 24 juin 1968, *Ursot*, Lebon p. 798 ; AJDA 1969, p. 139, chron. Lemasurier) ou qu'une régie des eaux fut rangée parmi les SPIC bien que les redevances des usagers soient forfaitaires et inférieures au coût réel du service (T. confl. 19 février 1990, *Thomas*, Lebon p. 618 ; AJDA 1990, p. 558, obs. J.-P. Théron ).

L'incertitude pratique

L'ambiguïté théorique de la distinction des deux catégories de services publics serait éventuellement tolérable si, concrètement, elle favorisait une identification simple du régime juridique applicable. Or, tout étudiant en droit, même versé dans les subtilités du principe de séparation des autorités, avouera sans nul doute sa perplexité devant les savants distinguos qu'appelle la matière.

Cela tient tout d'abord au fait que le caractère du service public géré ne suffit à établir le droit applicable à ce dernier. Bien d'autres questions sont susceptibles de se poser : le service est-il géré par une personne publique ou une personne privée ? Si un acte unilatéral ou contractuel est à l'origine du litige, s'agit-il d'un acte administratif ou de droit privé ? En cas d'action en responsabilité, est-elle exercée par un usager du service, un tiers et met-elle en cause un fait du service ou un fait d'un ouvrage public utilisé par le service public ? Si le litige concerne un agent, celui-ci exerce-t-il la direction de l'ensemble des services ?

Selon la réponse apportée à chacune de ces questions, le droit applicable variera. L'état du droit ne présente évidemment plus la belle simplicité que Paul Matter évoquait en 1921. Chacun sait l'erreur consistant à associer sans nuance le droit public aux SPA et le droit privé aux SPIC. Il est plus exact d'affirmer que les uns et les autres relèvent d'un régime mixte. Seule la part respective du droit public et du droit privé, et corrélativement la compétence respective des juges administratif et judiciaire, varie.

Le droit public domine certes largement la gestion des SPA gérés par des personnes publiques et le droit privé celle des SPIC gérés par des personnes privées. Mais les services publics administratifs gérés par des personnes privées relèvent pour une part importante du droit privé et les services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes publiques pour une part non négligeable du droit public. Il n'est pas jusqu'au fameux bloc de compétence judiciaire pour le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers qui ne connaisse des fissures ! « Par exception, le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations » (CE 3 octobre 2003, *M. Peyron*, RFDA 2003, p. 1256 ; Lebon p.

386⁽¹⁾). Par ailleurs, ce bloc de compétence opère au détriment d'autres principes auxquels il apporte des dérogations, à l'exemple de la loi du 28 pluviôse an VIII ou du critère de la clause exorbitante dans les contrats. La simplification recherchée paraît alors bien ambivalente.

A cela s'ajoutent des hésitations ou divergences quant à la qualification de certains services publics.

Les unes sont paradoxalement imposées par la mise en oeuvre même des critères de la distinction : ces derniers conduisent à ce qu'une même activité soit administrative ou industrielle et commerciale, au gré des décisions prises par l'autorité compétente quant à l'origine des ressources et/ou aux modalités d'organisation. Les piscines et les théâtres municipaux en offrent l'illustration la plus classique. Il faut ajouter que le jeu des critères produirait parfois des dédoublements curieux dans la mesure où le même service public changerait de caractère en fonction de ses usagers (J.-F. Lachaume, Brèves remarques sur les services publics à double visage, RFDA 2003, p. 362⁽²⁾).

Les autres résultent au contraire d'une méconnaissance, volontaire ou non, des critères. Elles sont le plus souvent le fait des autorités créatrices du service public à l'occasion, notamment, de la qualification de l'établissement public auquel il est confié. Bien moins que la confirmation de l'excessive difficulté d'application des critères, il faut y voir des cas d'instrumentalisation de la distinction. Il en va ainsi lorsque l'autorité compétente, indifférente à la réalité des activités concernées, impose une qualification pour faire bénéficier l'établissement public du régime juridique correspondant. La souplesse supposée des règles juridiques, comptables et financières applicables dans le secteur privé incline évidemment à l'abus de la qualité d'établissement public industriel et commercial.

Respectueux du principe de séparation des autorités, le juge administratif ne saurait se laisser abuser par ces qualifications erronées et procède aux corrections nécessaires. Mais il n'a compétence pour requalifier l'organe lui-même qu'en présence d'un acte réglementaire (CE 4 juillet 1986, *Berger*, Lebon p. 564 ; D. 1988, Jur. p. 91, note E. Fatôme et J. Moreau). En revanche, tenu par les qualifications législatives, il n'a d'autre solution que de lier sa compétence à l'activité réellement à l'origine du litige et non à la qualité officielle de l'organe qui l'exerce (CE Ass. 29 janvier 1965, *L'Herbier*, Lebon p. 60 ; AJDA 1965, p. 93, chron. Puybasset et Puissochet et p. 103, concl. Rigaud). Il enrichit ainsi la tératologie juridique, pourtant déjà bien fournie, de deux espèces effrayantes, les établissements publics à double visage et à visage inversé. Les premiers conservent leur qualification textuelle malgré l'exercice d'activités relevant des deux catégories de service public, les seconds perdent leur qualification textuelle qui ne correspond pas au type de service public essentiellement exercé. Rien n'interdit d'ailleurs qu'un même établissement public ne cumule les tares.

Cette évocation rapide des redoutables difficultés pratiques nées de la distinction des services publics administratifs et industriels et commerciaux encourage à s'interroger sinon sur sa pertinence, du moins sur l'adéquation de sa formulation au contexte actuel. Aux observations qui précèdent, s'ajoutent divers éléments qui inclinent à penser qu'une évolution est concevable, qui ne modifierait pas substantiellement la portée attribuée à l'arrêt *Bac d'Eloka*.

Une évolution concevable

La fragilité contemporaine de la dualité des services publics ne résulte pas seulement des multiples écueils identifiés précédemment et qui tiennent à ses faiblesses intrinsèques. Ambiguë, source d'incertitudes, instrumentalisée, l'opposition entre les services publics administratifs et industriels et commerciaux apparaît également dépassée. Elle est, en effet, parfois ignorée sous l'influence de l'effacement progressif de la frontière entre le droit public et le droit privé. Loin de tendre pourtant à sa disparition, ce mouvement lui substitue une nouvelle opposition qui pourrait suggérer un retour aux sources.

Une distinction ignorée

D'origine prétorienne, la division des services publics en deux catégories ne jouit apparemment pas de la pleine

adhésion des autorités normatives. Malgré le développement constant du droit écrit, un nombre peu élevé de textes y attachent des conséquences particulières.

En droit interne certes, quelques lois y font référence à l'image de l'article L. 421-1 du code du travail (à propos de l'élection de délégués du personnel) ou des articles L. 2221-1 et suivant du code général des collectivités territoriales (à propos des régies locales). Mais de telles dispositions posent en général des règles propres à l'une ou l'autre catégorie sans que les raisons de cette spécificité s'imposent d'évidence. Tel est, par exemple, le cas de la loi du 12 avril 2000 qui réserve la réduction du délai d'apparition des décisions implicites de rejet aux services publics administratifs.

Les interrogations que suscitent ces textes respectueux de la distinction expliquent peut-être que les autorités normatives préfèrent plutôt l'ignorer. Les mêmes dispositions régissent alors les services publics administratifs et industriels et commerciaux. Par exemple, la loi du 31 juillet 1963 fixant certaines modalités d'exercice du droit de grève et la loi du 29 janvier 1993 organisant la passation des conventions de délégation de service public s'appliquent indifféremment aux uns et aux autres. L'ordonnance du 17 juin 2004 a, quant à elle, simultanément posé les principes des nouveaux contrats de partenariat public-privé et, pour simplifier les règles de répartition des compétences, leur a attribué un caractère administratif indépendamment du caractère du service public à l'exécution duquel le partenaire privé est éventuellement associé.

Plus radicalement, il est des matières qui ignorent délibérément la distinction entre les services publics. Le droit fiscal pose en principe que les personnes publiques doivent « acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et les taxes de toute nature auxquelles seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations » (art. 1654 du code général des impôts). La combinaison des articles 206-1 et 207-1-6° du code général des impôts amène toutefois à distinguer entre les services publics pour la soumission à l'impôt sur les sociétés. Mais tous acquittent la taxe sur la valeur ajoutée à moins que le non-assujettissement des SPA n'entraîne de distorsion dans les conditions de la concurrence (art. 256 B du code général des impôts).

Cette préoccupation d'imposer le respect de l'égale concurrence à tous les services publics inspire l'article L. 410-1 du code de commerce, aux termes duquel les règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Il permet de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles commises à l'occasion d'activités de service public industriel et commercial ou administratif et confirme ce que le droit fiscal laisse entrevoir : la distinction entre les deux catégories de services publics s'estompe lorsque est en cause l'impact économique de l'activité en cause.

Le droit communautaire n'est pas étranger à cette érosion. L'article 86, paragraphe 2, du traité de Rome n'autorise à déroger au principe de libre concurrence au profit des services d'intérêt économique général que si son application ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, et à condition que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Pour déterminer le champ d'application de cette disposition, la Cour de justice des Communautés européennes se réfère à la notion d'entreprise qu'elle définit comme « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE 23 avril 1991, *Höffner*, aff. C-41/90 , Rec. I.1979). Echappent ainsi à la qualification de services d'intérêt économique général les activités par lesquelles s'exercent des prérogatives de puissance publique (CJCE 19 janvier 1994, *SAT*, aff. C-364/92 , Rec. 1992, p. I-43 : à propos d'Eurocontrol ; AJDA 1997, p. 772, Actualité du droit communautaire ) , ou qui remplissent une fonction de caractère exclusivement social fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif (CJCE 17 février 1993, *Poucet-Pistre*, aff. C-15 et 160/91, Rec. 1993, p. I-637 : à propos de l'assurance maladie obligatoire ; AJDA 1997, p. 772, Actualité du droit communautaire ) .

L'opposition qu'opère le droit communautaire entre les services d'intérêt général marchands et non marchands pour préciser le champ de la libre concurrence se superpose à notre distinction interne sans la recouvrir exactement. Il existe certes une parenté entre la notion de service public industriel et commercial et celle de

service d'intérêt économique général (SIEG) : « le lien entre les deux notions est fondé sur la notion de service marchand. En effet ce qui caractérise aussi bien le SPIC que le SIEG, c'est le fait d'être constitué de prestations de services qui sont offertes sur un marché » (A.-S. Mescheriakoff, *SPIC locaux et droit communautaire*, in *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, préc., p. 15). Cette proximité conceptuelle aurait même permis que la définition du périmètre des services d'intérêt économique général assure une meilleure cohérence à la notion de service public industriel et commercial (*ibid.*). Toutefois le rapprochement allégué n'est pas absolu, dans la mesure où la notion communautaire semble plus large puisque la notion d'entreprise est susceptible de s'appliquer à des services que le droit français qualifie d'administratifs.

En tout état de cause, par l'usage d'une terminologie distincte et l'appel à des critères d'analyse différents, le droit communautaire souligne sa volonté sinon d'ignorer, du moins de ne pas reproduire l'opposition entre les services publics administratifs et industriels et commerciaux. La nécessité de dépasser celle-ci, auquel il amène parfois à conclure, pourrait cependant se réaliser par un simple retour au point de départ. Loin d'être une étoile filante, la distinction de catégories de services publics semble promise à briller encore longtemps au firmament du droit français. C'est à la condition néanmoins d'achever sa révolution.

Une révolution suggérée

Nombre des éléments précédents démontrent la pertinence d'une distinction au sein du service public mais remettent en cause celle adoptée par le droit français. Un examen plus approfondi révèle que la diversité apparente des objectifs assignés à une dichotomie des services publics n'exclut pas l'identité de l'inspiration. Elle se traduit logiquement par un critère commun de classification.

Rien ne paraît certes rapprocher l'identification des activités d'intérêt général à soumettre au principe d'égalité concurrence et la délimitation de celles d'entre elles à soustraire globalement au droit privé et dont le contentieux doit être attribué aux juridictions administratives. Les notions de SPA et de SPIC « contribuent à l'élaboration d'un système normatif, dans lequel chaque notion commande l'application de règles données, qu'un juge particulier est chargé de faire respecter. Elles s'inscrivent donc dans une dynamique essentiellement juridique, qui ne dépasse pas, au final, les limites étriquées d'un subtil jeu de répartition des compétences » (S. Braconnier, *Droit des services publics*, Puf, Thémis, 2003, p. 218). « Elle repose sur un socle purement normatif qui ignore, dans une très large mesure, les paramètres non juridiques, notamment économiques ou managériaux » (*ibid.*).

Le droit fiscal et le droit de la concurrence, qu'il soit d'origine interne ou communautaire, font prévaloir pour leur part la logique économique, tant dans l'objectif poursuivi d'instauration d'une libre concurrence que dans les méthodes et concepts utilisés pour y parvenir. Le pragmatisme de ces deux branches du droit commande de saisir l'action publique dans son environnement économique et social et de ne pas s'enfermer dans une analyse purement juridique et, de ce fait, abstraite et statique. Il s'agit d'adapter le droit aux contraintes de la réalité économique et non l'inverse.

Malgré ces objectifs apparemment opposés, les deux conceptions de la dichotomie des services publics se rejoignent par leur logique commune. L'une et l'autre reposent sur l'idée que la satisfaction de l'intérêt général recherchée par l'organisation de services publics ne saurait en toute hypothèse justifier la soustraction à la loi générale, au régime juridique des activités « ordinaires ». Tandis que la jurisprudence *Bac d'Eloka*, élaborée dans le contexte particulier de la séparation des autorités administratives et judiciaires, en tire des conséquences absolues (principe de soumission au droit privé et à la compétence judiciaire) au terme d'une analyse principalement juridique, les droits fiscal et de la concurrence en déduisent, plus modestement, que seules les règles qu'ils posent s'appliqueront aux services publics au gré de leur impact économique et indépendamment du juge chargé de les contrôler. Il n'en reste pas moins qu'« il y a dans les deux démarches une volonté de limiter strictement [le domaine naturel d'intervention des personnes publiques] et de banaliser tout ce qui n'est pas administratif au sens strict du terme » (J.-F. Lachaume, Introduction, in *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, préc., p. 8).

La parenté d'inspiration libérale n'est que trop évidente entre les conclusions de Paul Matter, qui proposait

d'opérer une distinction « entre les services de l'Etat agissant tantôt dans son fonctionnement nécessaire, tantôt dans un dessein d'intérêt général, mais sortant de son domaine naturel » (P. Matter, concl. préc.) et de priver ces derniers de la protection du principe de séparation, et l'article 86, paragraphe 2, du traité CE, aux termes duquel « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles [...] de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas obstacle à l'accomplissement [...] de leur mission ».

Même déformée par la suite, la pensée de Paul Matter commande encore les conditions de mise en oeuvre de la distinction entre les services publics administratifs et industriels et commerciaux. Or, Laurent, dans ses fameuses conclusions sur l'arrêt *Union syndicale des industries aéronautiques*, se référait à la même notion que celle utilisée par la Cour de justice des Communautés européennes. « A nos yeux, le développement de votre jurisprudence, comme ceux du droit positif d'ailleurs, conduisent à enrichir le critère tiré de la nature de l'activité considérée par l'adjonction de la notion d'« entreprise », inséparable du service industriel et commercial ».

La démonstration de l'existence d'une entreprise est au coeur des deux constructions juridiques. Mais aujourd'hui le SPIC doit plutôt être présenté comme une entreprise présentant les caractères d'un service public (sur ce point, v., P. Sandevor, préc.) que l'inverse.

Il est vrai que Laurent et la jurisprudence après lui procèdent à une analyse « interne » de la qualité d'entreprise (organisation, procédés de commandement, méthode de travail...) alors que le droit communautaire l'envisage de manière « externe » (existence d'un marché et caractères de celui-ci). Cette différence se justifie néanmoins aisément au regard des objectifs différents poursuivis par le droit interne et le droit communautaire. La prise en compte croissante par le premier de la dimension économique des activités publiques comme la reconnaissance explicite par le droit communautaire de la nécessité de protéger les activités d'intérêt général pourraient autoriser un rapprochement rapide des conceptions.

Point de départ en 1921, élément fondateur des critères identifiés en 1956, la notion d'entreprise semble devoir jouer à nouveau le premier rôle. Ce retour au point de départ, cette révolution sans révolution, éloignerait la menace sur la distinction entre les services publics administratifs et industriels et commerciaux. Cette dernière conserverait sa place et sa portée en droit interne mais s'insérerait de manière plus cohérente dans l'ensemble des règles gouvernant les services publics contemporains.

La structure binaire du droit des services publics se maintiendra assurément. Comme l'exposait en théorie Didier Truchet, « parfois, l'agencement binaire résistera ; parfois, après un temps de « crise », un autre se substituera à lui. Ailleurs, en revanche, c'est une autre architecture qui s'imposera, moins classique d'aspect, mais sans doute plus efficace et mieux adaptée à l'administration d'aujourd'hui » (art. préc.). La crise sévit depuis longtemps déjà au sein du service public ; le baroque national laissera sans doute place à une architecture tout aussi binaire mais de style néo-classique et d'influence anglo-saxonne.

Pour en savoir plus

- J.-B. Auby et S. Braconnier (sous dir.), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, coll. Décentralisation et développement local, 2003.
- S. Braconnier, *Droit des services publics*, Puf, Thémis, 2003.
- A.-S. Mescheriakoff, *L'arrêt du bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RD publ. 1988, p. 1059.
- J. Rivero, *Les deux finalités du service public industriel et commercial*, CJEG 1994, n° 500, p. 375.
- P. Sandevor, *Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial*, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 317.

Mots clés :

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction

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

Copyright 2026 - Dalloz – Tous droits réservés