

Fiche n° 3 : la notion de service public

Dissertation

La distinction SPA/SPIC

Accroche.

Définition.

- **1) Définir le service public.**

- Si exercée par une personne publique : présomption d'activité de service public
- Si exercée par une personne privée : alors l'identification de l'activité de SP doit se faire en plusieurs étapes, conformément à la JP **CE sect., 2 février 2007, APREI**.
- Il faut d'abord vérifier s'il n'existe pas une qualification légale.
 - Ex. : fédérations sportives délégataires : les fédérations sportives agréées participent à la mise en oeuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives (art. L. 131-9 Code du sport).
 - Ex. 1 : Art. 2 de la loi du 2 juin 1891 sur les courses de chevaux : Les sociétés de course de chevaux « participent, notamment au moyen de l'organisation des courses de chevaux, au service public d'amélioration de l'espèce équine et de promotion de l'élevage, à la formation dans le secteur des courses et de l'élevage chevalin ainsi qu'au développement rural » (CE, 12 octobre 2018, Boutin, n°410998).
- En l'absence de qualification légale, on se reporte aux critères jurisprudentiels de l'arrêt **CE sect., 28 juin 1963, Nancy** d'identification du SP, il est parfois nécessaire de procéder en deux étapes.
 - 1) Mission d'intérêt général
 - Qualification législative d'activité d'intérêt général
 - Qualification jurisprudentielle
 - Qualification génèreuse : tout type d'activité peut se voir reconnaître cette qualification :
 - Ex. 1 : TC, 19 déc. 1988, Ville de Cannes / Ponce : l'exploitation du palais des festivals et des congrès
 - 2) Contrôle de la personne publique sur la personne privée
 - Utiliser un faisceau d'indices :
 - L'origine de la création de l'activité ou de l'entité privée
 - Contrôle des organes de l'entité ou de son activité (ex. négatif : CAA Marseille, 14 juin 2021, Soc. Nouvelle entreprise de spectacles, n°20MA02803)
 - Financement de l'activité ou de l'institution
 - Mise à disposition de moyens humains ou matériels
 - Détention de prérogatives de puissance publique (ex. : adhésion obligatoire)
 - Principe : l'initiative de la création de l'activité matérialisée par un contrat ou un acte unilatéral montre la volonté de la personne publique de confier une activité de service public à une personne privée.
 - Exception : **CE sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence** (droit de regard de l'administration)
- 3) Présence de PPP
 - En l'absence de PPP (**CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun, et APREI**) :
 - Intérêt général de l'activité
 - Condition de sa création, de son organisation, de son fonctionnement
 - Des obligations imposées, mesures prises pour vérifier que les objectifs sont atteints

• 2) Définir le SPIC et le SPA

- **TC, 22 janvier 1921, Soc. commerciale de l'Ouest africain (= Bac d'Eloka)** : En cause un bac géré par l'Etat en Côte d'Ivoire qui coule. Qui du juge compétent pour connaître de l'action en responsabilité ?
 - **Critère de l'industriel ordinaire** : « En effectuant moyennant rémunération les opérations de passage des piétons les opérations de passage de piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué »
- -> **Qualification législative SPIC/SPA : lie le juge**
 - Ex. : 1 : art. L. 342-13 Code du tourisme : l'exploitation des remontées mécaniques et l'exploitation des pistes d'une station de ski est un SPIC
 - Ex. 2 : art. L. 2224-11 CGCT : « Les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial ».
- -> **Qualification réglementaire ne lie pas le juge**
- -> **Critères JP d'identification des SPIC** : selon une méthode théorisée par le commissaire du gouvernement Laurent dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée du 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques (Lebon p. 434), **CE Ass., 16 décembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques**.
 - **L'objet** : la nature de l'activité doit être susceptible d'être prise en charge par une personne privée certaines activités sont censées relever par nature des collectivités publiques : la sécurité aérienne (TC, 23 février 1981, Crouzel), la santé publique (CE avis, 27 oct. 2000, Torrent)
 - **Origine des financements** : essentiellement les redevances pour services rendus acquittées par les usagers
 - **Modalité et organisation de fonctionnement** : FAISCEAU D'ELEMENTS / régime comptable, la détention ou non de PPP, le statut des personnels, la recherche ou non de rentabilité

« L'examen de votre jurisprudence comme de celle du Tribunal des conflits ne confirme ni les positions doctrinales selon lesquelles un des critères l'emporterait sur tous les autres, ni la position du président Odent selon laquelle seule la conjonction des trois critères en faveur de la nature industrielle et commerciale permet d'écarter la qualification administrative du service public. Vous procédez en effet selon une technique de faisceau de critères, appliquant parfois les trois critères énoncés et retenant parfois que l'un d'eux présente une fonction primordiale, dans les circonstances de l'espèce. »

« L'objet du service peut certes, à lui seul, suffire à établir sa nature administrative (voyez, pour qualifier l'Etablissement français du sang de service public administratif : CE Avis, 5/7 SSR, 7 octobre 2000, Mme G..., n°222672, A). Les autres critères ne nous paraissent donc déterminants que lorsque l'objet de service n'y suffit pas. Ainsi, le choix de financer par une redevance ou par une taxe le service public d'enlèvement des ordures ménagères suffit à déterminer la qualification (TC, 28 mai 1979, Syndicat d'aménagement de Cergy-Pontoise, 2120, A ; CE, 10 avril 1992, Sté Hoffmiller, 132539, A) et, pour le service de distribution d'eau, vous avez jugé que la mise en place d'une gestion financière « comme un service public industriel et commercial » suffit à justifier une qualification en ce sens (CE, 20 janvier 1988, SCI la Colline, 70719, A). »

• 3) Définir ce qu'on entend par « distinction »

Dictionnaire de l'Académie française :

- **xiie siècle, distinctions**, « état de ce qui est distingué, différencié ». Emprunté du latin *distinctio*, « action de distinguer, différence, séparation, honneur ».
1. Action de distinguer par un des sens ; résultat de cette action (rare).

Histoire.

- **Essor des SPIC** : Démontrait une nouvelle pratique, idéologie de l'administration et du service public
 - « 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, 12e 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. » in *L'érosion de la distinction SPA-SPIC Bertrand Seiller, Professeur à l'université Paris II*

- Distinction SPIC/SPA : 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.

Théorie.

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.

Intérêt du sujet.

La distinction des deux catégories de services publics concourt donc à l'identification du droit applicable et, en cas de litige, du juge compétent.

Limites du sujet.

Problématique.

- En quoi la distinction SPIC/SPA se réduit à instaurer « les limites étreintes d'un subtil jeu de répartition des compétences »¹ ?

Annonce de plan.

I. Une distinction idéologique érodée

A. Une qualification non pérenne

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 ».

Document n°1 : TC, 8 juillet 2024

- Thématique : déterminer la compétence de la juridiction admin
- Qualification de SPIC : en raison de l'objet/origine des ressources/modalités de fonctionnement
- Loi du 28 décembre 1904, TC, 20 janvier 1986, Ville de Paris c/ S.A. Roblot et autre, n° 02413, p. 298.
- **Sur l'objet** : Tribunal des conflits N° 02413 : « Compte tenu tant de son objet que de son mode de financement et des modalités de son fonctionnement, le **service extérieur des pompes funèbres** présente un caractère administratif. »
- Jusqu'à la loi du 8/01/1993, le service extérieur des pompes funèbres était financé par des taxes dont le montant était voté par le conseil municipal. Plus précisément, le Code des communes prévoyait « que, sauf pour les personnes dépourvues de ressources, pour lesquelles le service est gratuit, les fournitures comprises dans le service extérieur donnent lieu à la perception de taxes, dont les tarifs sont votés par le conseil municipal. » Ce mode de financement conférerait à ce service un caractère administratif. **En effet, lorsque les ressources d'un service public proviennent, au moins principalement, de recettes fiscales ou de subventions publiques, le service public en cause constitue un service public administratif.** Cette solution s'explique par le fait que la source de financement est la même que celle de l'ensemble des administrations publiques : c'est le contribuable qui paie.

¹ S. Braconnier, Droit des services publics, Puf, Thémis, 2003, p. 218

- Depuis la loi du 8/01/1993, en raison de la fin du monopole, ce service est financé par les redevances perçues sur les usagers. **Ce n'est plus le contribuable qui paie, mais l'usager.** Ce changement de mode de financement ouvre la voie à une nouvelle qualification. En effet, en vertu de la jurisprudence USIA, lorsque les ressources d'un service proviennent, au moins principalement, de redevances perçues sur les usagers, ledit service présente un caractère industriel et commercial. Il en va ainsi dans la mesure où la redevance constitue un prix perçu sur les usagers qui est calculé en fonction de l'importance du service rendu, soit un mode de financement proche de celui des entreprises privées. L'utilisateur du SPIC se trouve, alors, dans la même situation qu'un client ordinaire qui paie un prix contre l'achat d'un produit ou d'un service.²

Document n°2 : CE, 6 février 2024 [Sujet de l'examen 2023-2024]

Dans cette décision, le Conseil d'Etat se prononce sur la nature du service effectué par la direction de l'information légale et administrative. Cette direction est « est garante de l'accès au droit. Elle veille à ce que les citoyens disposent des informations nécessaires à leurs démarches administratives ainsi qu'à la connaissance de leurs droits et de leurs obligations. Elle contribue à la transparence de la vie publique, économique et financière. »

Ici, le Conseil d'Etat semble ne se fonder que sur la nature des missions confiées à la direction de l'information légale pour en conclure qu'il s'agissait d'un service public administratif. Il s'ensuit que l'électricien du service de cette direction, est un agent de droit public et ne peut donc pas se prévaloir des dispositions relatives aux agents de droit privé.

Le service public qui a été confié à cette direction présente la caractéristique assez rare, d'avoir connu une évolution historique en sens inverse que celle que biens des services publics ont connu au cours des 30 dernières années dans le sens d'une plus grande reconnaissance de leur dimension industrielle et commerciale, notamment sous l'influence de l'ouverture à la concurrence imposée par le droit de l'Union.

A l'origine (sans remonter au-delà de la Révolution) la publication des lois et décrets relève d'initiatives privées : le Moniteur universel à compter de 1789 qui a coexisté avec le Bulletin des lois à compter de 1793. C'est en 1869 qu'a été constitué un monopole d'édition du Journal officiel d'abord confié par adjudication à un éditeur privé puis repris en régie par l'Etat à compter de 1880, confié au ministère de l'Intérieur puis, à la Libération, au chef du Gouvernement.

Dans ses attributions principales d'éditeur, d'imprimeur et de diffuseur du Journal officiel ainsi que des bulletins d'annonces légales, la Direction des Journaux officiels a longtemps présenté les caractéristiques d'un service public industriel et commercial financé par les ressources acquittées principalement par les personnes recourant à ses services et par les personnes abonnées aux publications. D'ailleurs, lorsque M. B... a été recruté à la fin des années 1990, la DJO employait une dizaine de fonctionnaires et plus de 600 salariés sous contrat de droit privé.

Cela explique qu'au tournant des années 2000, il avait été envisagé de créer un EPIC fusionnant la DJO et la SACI-JO, société anonyme de composition et d'impression du Journal officiel qui fournit, depuis la reprise en régie en 1880, une partie importante du personnel employé à l'édition des journaux officiels.

Ce n'est toutefois pas l'orientation qui a été retenue. La création de la DILA par le décret du 11 janvier 2010 manifeste le choix de confier à cette direction non seulement les missions traditionnelles d'édition et de diffusion des textes juridiques, des débats parlementaires et des annonces légales, mais aussi d'assumer une mission régalienne pour garantir « l'accès au droit », de participer à une politique d'information des citoyens et des entreprises sur les démarches administratives et d'assurer un rôle de conception, d'animation et de proposition des mesures utiles pour coordonner l'action des administrations de l'Etat en ces domaines. La création de la DILA marque en réalité une étape dans la profonde évolution que ce service public a connu depuis une vingtaine d'année à la faveur notamment de la transition vers le numérique des journaux officiels et bulletins d'annonces légales avec, en particulier, la création du site Legifrance, en 1999.

² https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/images/files/Droit%20administratif%20-%20L2/9%20-%20Notion%20service%20public/Pompes_funebres_SPIC_-_TC20011986Roblot_CEavis29121995.pdf

B. Une distinction supplantée par la dichotomie entre les services publics marchands et non marchands

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).

En droit de l'Union, la définition d'« activité économique » est plus large que dans le système français. La Commission européenne a ainsi estimé que, « constitue une activité économique toute activité, même en dehors de la recherche de bénéfices, qui participe aux échanges économiques » (décision 92/521/CEE du 27 octobre 1992 relative à la procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990). La Cour de justice retient également une approche fonctionnelle, en considérant qu'une activité économique consiste à offrir des biens et des services sur un marché (CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. 118/85, pts 7 et 8 ; CJCE, 21 septembre 1999, Albany, aff. C-67/96, pts 82 à 85 ; CJUE, 11 juin 2020, Commission c/ Dôvera zdravotná poisťovňa, aff. C-262/18 P, pt. 29).

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).

Liberté limitée de création d'un SP local dans un secteur économique car il faut respecter les libertés économiques cad la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie :

- d'abord conditionné à l'existence de circonstances exceptionnelles CE, 29 mars 1901, Casanova
- Puis : dans des circonstances particulières de temps et de lieu si un intérêt public le justifie (un intérêt public local + carence de l'initiative privée) CE sect., 30 mars 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers
- CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris. : il faut que la personne publique soit compétente et qu'elle justifie d'un intérêt public (plus de nécessité de la carence de l'initiative privée)

Les activités non économiques nécessaires à la réalisation de mission de SP et avec PPP :

- LCI non applicable : CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris.
 - Ex : Activité à forte dimension sociale
 - Ex : Activité pour la satisfaction des besoins de la collectivité
 - Ex : idem pour une activité qui est le simple prolongement d'une activité de SP et a pour objet de permettre l'équilibre financier de l'activité en question: CE sect., 18 déc. 1959, Delansorne
 - Ex : les personnes publiques peuvent satisfaire leurs propres besoins (CE, 1970, Sté Unipain)

Article de Bertrand Seiller sur l'érosion de la distinction SPA/SPIC :

- « 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."

II. Une qualification étonnamment pérenne sur le plan contentieux

A) Deux régimes distincts toujours affiliés aux SPA et aux SPIC

	En principe	Usagers	Agents	Actes administratifs	Responsabilité extracontractuelle
SPA : régime	Régime de droit public	Situation de droit public ou de droit privé selon la nature de la personne gestionnaire Droit public si PPP	Selon la nature du gestionnaire	Selon la nature de la personne ayant pris l'acte Si dans l'exercice de PPP : acte admin (CE, 13 janvier 1961; Magnier)	Resp admin si Ppb Resp civile si Ppv Sauf si PPP ou ouvrage public
SPA : juge compétent	JA	JA ou JJ	JA ou JJ (TC, 25 mars 1996, Berkani).	JA ou JJ	JA ou JJ
SPIC: régime	Régime de droit privé	Toujours une situation de droit privé	Salariés de droit privé Sauf comptable et directeur général de service qui ont la qualité d'agents publics	Régime de droit privé : - sauf pour les actes relatifs à l'organisation du SP (TC, 15 janvier 1968, Barbier).	Resp civil sauf PPP et sauf travaux publics (TC, 17 déc. 2007, EDF / Soc. d'assurances Pacifica)
SPIC : juge compétent	JJ	JJ CE, sect. 13 oct. 1961, Etablissement Campanon-Rey. Appl. : TC, 4 déc. 2002, 61333	JA ou JJ CE, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau	JA ou JJ	JJ ou JA

B) Deux régimes fondés sur un raisonnement bancaire

Article de Bertrand Seiller sur l'érosion de la distinction SPA/SPIC :

- « 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. (...) 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. »
- (...) « Rien ne paraît certes rapprocher l'identification des activités d'intérêt général à soumettre au principe d'égale 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 érigées 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.). »