



La référence du droit en ligne



---

Le service public : de la notion aux méthodes d'identification (cours)

# Table des matières

---

|  |    |
|--|----|
| Table des matières .....   | 2  |
| Introduction.....  | 3  |
| I – La notion de service public .....  | 4  |
| 1° moment : l’âge d’or du service public.....  | 4  |
| 2° moment : la crise du service public durant l’entre-deux-guerres.....                      | 5  |
| 3° moment : le renouveau de la notion de service public .....                                | 6  |
| Le service public « à la française » confronté à l’Union européenne .....                    | 7  |
| II – Les méthodes d’identification des services publics gérés par des personnes privées..... | 8  |
| La méthode issue de la jurisprudence Nancy .....   | 8  |
| 1 - Une activité d’intérêt général .....   | 8  |
| 2 - Une activité exercée sous le contrôle de l’Administration .....                          | 8  |
| 3 - Les prérogatives de puissance publique .....   | 8  |
| La méthode du faisceau d’indices issue de la jurisprudence APREI.....                        | 10 |
| 1 - Un précédent : l’arrêt Ville de Melun.....   | 10 |
| 2 - Une systématisation : la jurisprudence APREI.....  | 10 |
| 3 - Un complément à la jurisprudence APREI : l’arrêt Ville d’Aix-en-Provence .....           | 10 |

# Introduction

---

La notion de service public est une notion fondamentale en droit administratif à tel point, qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, elle constitua la pierre angulaire du droit administratif en servant de critère pour déterminer la compétence du juge administratif. A cette époque, la notion de service public se définissait à partir de trois éléments : c'est, ainsi, une activité d'intérêt général gérée par une personne publique et relevant d'un régime exorbitant du droit commun. Cependant, durant l'entre-deux-guerres, cette notion connut une crise qui affecta deux de ses éléments de définition : il fut, en effet, admis que des services publics entiers puissent relever du droit privé et que des personnes privées puissent gérer de telles activités. Ce n'est que dans la seconde moitié du siècle dernier que cette notion connaît un certain renouveau. Ainsi, de multiples arrêts maintiennent à la notion de service public son rôle d'élément clé dans la définition de concepts fondamentaux en droit administratif. Surtout, l'idée qui préside à cette refondation de la notion de service public est que les trois critères traditionnels n'ont pas complètement disparu, mais ont, au contraire, fait l'objet d'une adaptation, d'un remodelage. Ainsi, à côté du critère relatif à l'intérêt général, seul critère à ne pas avoir été remis en cause, le critère organique et celui tiré du régime juridique subsistent, mais doivent faire l'objet d'une appréciation renouvelée. De nos jours, ce sont les rapports du service public « à la française » avec les conceptions communautaires qui occupent le cœur des débats.

La question de la définition de la notion de service public demeure en conséquence toujours cruciale en ce qu'elle continue de constituer l'un des concepts utilisés par le juge administratif pour déterminer sa compétence (I). Il importe, alors, puisque c'est la question la plus compliquée, de déterminer comment octroyer la qualification de service public aux activités gérées par des personnes privées (II). A ce propos, pendant de longues années, la jurisprudence Nancy était la seule à expliciter les conditions pour qu'une activité gérée par une personne privée se voit reconnaître la qualification de service public : il fallait, ainsi, que l'activité soit d'intérêt général, qu'elle soit soumise au contrôle d'une personne publique et que le gestionnaire privé dispose de prérogatives de puissance publique. Récemment, en 2007, le Conseil d'Etat est venu déterminer une voie alternative d'identification des services publics gérés par des personnes privées lorsque ces dernières ne disposent pas de prérogatives de puissance publique : le juge se base, alors, sur divers indices caractérisant l'intention de l'Administration de confier une mission de service public à la personne privée.

# I – La notion de service public

---

Trois moments ont caractérisé la notion de service public : notion clé du droit administratif et de la compétence du juge administratif au début du XX<sup>e</sup> siècle, le service public connaît une crise durant l'entre-deux-guerres. Ce n'est qu'à partir des années 1950 que cette notion connaît un renouveau. De nos jours, ce sont les rapports du service public « à la française » avec les conceptions communautaires qui occupent le cœur des débats.

## 1<sup>o</sup> moment : l'âge d'or du service public

L'essor de la notion de service public à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec l'arrêt Blanco (TC, 8/02/1873) et au début du XX<sup>e</sup> s'explique par deux facteurs. Le premier est d'ordre idéologique : en effet, à ce moment de l'histoire de France, l'Etat connaît de profondes mutations qui l'amènent à plus intervenir dans les domaines économiques et sociaux. La notion de service public apparaît, alors, comme la mieux à même de rendre compte de ces transformations. L'autre facteur concerne la politique juridictionnelle du Conseil d'Etat qui, devenue une véritable juridiction en 1872, cherche un critère pour fonder et élargir son champ de compétence. Ce critère est trouvé dans la notion de service public qui devient le critère d'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif : c'est la liaison de la compétence et du fond. Notion à la fois idéologique et juridique, le service public fera l'objet d'une théorisation par Léon Duguit et l'Ecole de Bordeaux qui au travers elle élaboreront une véritable doctrine de l'Etat. A cette époque, la notion de service public se caractérise, ainsi, par trois éléments : c'est une activité d'intérêt général gérée par une personne publique et relevant d'un régime exorbitant du droit commun. Cette construction juridique va, cependant, très rapidement être ébranlée par l'évolution des domaines et des modes d'intervention de la puissance publique, données qui finiront par se traduire au niveau jurisprudentiel.

## 2° moment : la crise du service public durant l'entre-deux-guerres

Durant l'entre-deux-guerres, deux coups décisifs sont portés à la notion de service public. Le premier l'est par l'arrêt Société commerciale de l'ouest africain, dit arrêt Bac d'Eloka, du Tribunal des conflits du 22 Janvier 1921. Avec cette décision, le juge des conflits divise les services publics en deux catégories : l'on distingue, ainsi, les services publics administratifs majoritairement soumis au droit administratif et à la compétence du juge administratif, et les services publics industriels et commerciaux relevant majoritairement du droit privé et du juge judiciaire. En créant cette distinction, le Tribunal des conflits considérait que certains services publics étaient de par leur objet proches des activités privées ordinaires, il fallait donc leurs appliquer le même régime juridique. L'idée était d'adopter un régime juridique plus souple que le régime de droit public classique afin de faciliter la gestion de ce type d'activités, et ainsi de tenir compte de la diversification des missions assurées dorénavant par l'Etat. Mais, ce faisant, la notion de service public se voyait privé de l'un de ses trois éléments définition, à savoir le critère relatif au régime juridique applicable : ainsi, dans la mesure où certains services publics sont majoritairement soumis au droit privé et à la compétence du juge judiciaire, la notion de service public ne peut plus servir de fondement à la compétence du juge administratif.

Il ne faudra pas bien longtemps pour qu'un second élément de définition du service public soit mis à mal. En effet, le service public se définissait jusqu'à présent comme une activité gérée par une personne publique, cette activité pouvant faire l'objet d'une délégation contractuelle par la voie de la concession à une personne privée. Mais, par un arrêt d'assemblée Caisse primaire « Aide et protection » du 13 mai 1938, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une personne privée peut gérer un service public en dehors de toute délégation contractuelle : est ainsi consacré la possibilité pour une personne publique de déléguer la gestion d'un service public par la voie de l'acte unilatéral. Désormais, il est admis que les services publics peuvent être gérés tant par des personnes publiques que par des personnes privées. Cette jurisprudence porte, ainsi, un coup décisif au service public puisqu'elle le prive de son éléments de définition le plus fiable à savoir le critère organique. Ne reste plus à ce moment là que le critère le plus flou, à savoir celui tiré de l'intérêt général. Il faudra attendre les années 1950 pour que la notion de service public connaisse un certain renouveau.

### 3° moment : le renouveau de la notion de service public

C'est à l'occasion d'arrêtés portant sur des domaines fondamentaux du droit administratif que la notion de service public connaît un retour en grâce : ainsi, cette notion redevient fondamentale en ce qui concerne les travaux publics (CE, 1955, Effimieff), le domaine public (CE, 1956, So. Le Béton) ou encore les contrats administratifs (CE, 1956, Epx. Bertin). L'idée qui préside à cette refondation de la notion de service public est que les trois critères traditionnels n'ont pas complètement disparu, mais ont, au contraire, fait l'objet d'une adaptation, d'un remodelage. Ainsi, à côté du critère relatif à l'intérêt général, seul critère à ne pas avoir été remis en cause, le critère organique et celui tiré du régime juridique subsistent, mais doivent faire l'objet d'une appréciation renouvelée.

S'agissant du critère organique, lorsque le service public est géré par une personne privée, la jurisprudence va tenter de déceler dans les relations que cette dernière entretient avec une personne publique un lien de rattachement. Ce peut être le contrôle qu'exerce l'Administration sur l'activité ou la délégation par cette dernière de prérogatives de puissance publique afin que la personne privée mènent à bien sa mission (jurisprudence Nancy) ou plus récemment l'intention de l'Administration de déléguer une mission de service public, intention qui s'observe au travers, notamment, des conditions de sa création, de son organisation ou encore de son fonctionnement (jurisprudence APREI). Ce faisant, le critère organique n'a pas disparu. Il fait soit l'objet d'une appréciation pure et simple lorsque le service est géré par une personne publique, soit d'une appréciation adaptée lorsque le service est géré par une personne privée. Dans cette dernière hypothèse, le critère organique subsiste, alors, par différents éléments qui attestent du rattachement de l'activité à une personne publique. Le lien avec une personne publique, même indirect, demeure en conséquence.

En ce qui concerne le critère relatif au régime juridique, le problème résidait dans le fait que les services publics industriels et commerciaux sont majoritairement soumis au droit privé. Mais, malgré ce constat, subsistent s'agissant de cette catégorie de services publics, un cœur de règles de droit administratif du fait de la finalité d'intérêt général associée à ce type d'activités, telles que notamment les lois du service public. Aussi, le contrôle exercé par l'Administration est de nature à publiciser leur régime juridique. De même, lorsque l'activité est gérée par une personne privée, cette dernière disposera souvent de prérogatives de puissance publique, ce qui est de nature à rendre administratif un certain nombre de ses actes. Au final, le critère relatif au régime juridique, bien que largement atténué, demeure : il n'y a, en effet, entre le régime applicable aux services publics administratifs et celui afférent aux services publics industriels et commerciaux plus une différence de degré dans la soumission au droit public qu'une différence de nature.

En conclusion, l'on peut dire que la notion de service public conserve une place essentielle pour caractériser le droit administratif. Mais, elle n'est plus, comme elle l'était au début du XX<sup>e</sup> siècle, exclusive. Elle doit, en effet, se combiner avec d'autres notions, telles notamment que celle de prérogatives de puissance publique. Est ainsi clos un débat vieux de plus d'un siècle, débat qui avait opposé Léon Duguit, défenseur de la notion de service public, et Maurice Hauriou, chef de file de l'École de la puissance publique : en effet, il n'y a pas à choisir entre l'une ou l'autre de ces deux notions pour caractériser le droit administratif, c'est au contraire une combinaison de ces deux éléments qui permet de déterminer la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif.

## Le service public « à la française » confronté à l'Union européenne

La construction européenne est profondément marquée par le dogme de la libre concurrence. Il ne fallu donc pas beaucoup de temps pour comprendre que la situation de certains publics français allaient à l'encontre d'une telle doctrine libérale. Si les services publics régaliens et ceux qui concernent la solidarité nationale, comme la sécurité sociale, échappent au respect de la règle de libre concurrence, d'autres au contraire ont du s'adapter. C'est ainsi que de grands services publics français disposant traditionnellement d'un monopole, dans des domaines tels que l'énergie, les transports ou encore les télécommunications, ont du évoluer en passant du statut d'établissement public à celui d'une entreprise privée classique soumise au libre jeu de la concurrence. Le but de ce mouvement était censé favoriser la prospérité économique.

Mais très vite, d'autres exigences se firent entendre au niveau communautaire ; elles visaient en prendre en compte la cohésion sociale et territoriale, données de nature à poser des limites au dogme de la libre concurrence. Différents concepts ont donc été élaborés au niveau communautaire pour prendre en compte spécifiquement les activités d'intérêt général. C'est sur cette base que fut d'abord adopté le concept de service d'intérêt économique général (SEIG), concept préféré à celui de service public tel qu'il est traditionnellement pensé en France. Ainsi, les traités prévoient que les SEIG sont soumis aux règles communautaires, notamment à celle sur le libre jeu de la concurrence, mais des limites au respect de ces règles peuvent être posées si l'application pleine et entière de celles-ci nuirait à l'accomplissement en droit ou en fait à l'accomplissement de cette mission. Deux critères sont utilisés par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) pour qualifier ces SEIG : ainsi, le juge communautaire se base sur la volonté des pouvoirs publics de confier une telle mission à une entreprise et sur le caractère nécessaire de l'activité pour la satisfaction de l'intérêt général. Mais, ces services sont aussi caractérisés par les obligations exorbitantes en quelques sortes qui s'imposent à eux; et ce sont ces obligations qui justifient les restrictions apportées au droit de la concurrence (CJCE, 29/05/1993, Paul Corbeau).

Plus récemment, les compétences de l'Union européenne ayant évolué hors du champ économique, les SEIG ont été englobés sous la catégorie des services d'intérêt général, catégorie qui inclue, outre les SEIG, les services non économiques d'intérêt général (SNEIG). Ces derniers correspondent aux activités régaliennes de l'Etat, ou à des activités locales telles que les bibliothèques. Ont aussi été créés les services sociaux d'intérêt général qui sont, eux, caractérisés notamment par le principe de solidarité, l'absence de but lucratif ou encore la relation asymétriques entre prestataires et bénéficiaires. Ils concernent les régimes légaux et complémentaires de protection sociale.

Doit enfin être noté le concept, d'origine nord-américaine, de service universel inséré dans l'Acte unique européen de 1986. Ces services correspondent à un service de base offert à tous les citoyens à un prix abordable et avec un niveau de qualité standard. Ce type de services existe en France dans le domaine postal, et en matière de télécommunications.

Mais, quelle que soit les catégories de services d'intérêt général créées au niveau communautaire, la conception française du service public demeure : elle recoupe la plupart du temps les concepts communautaires, les dépassent parfois. Cette conception probablement plus extensive doit, ainsi, être défendue en tant qu'elle manifeste une prise en charge exigeante des besoins collectifs, peut-être plus exigeante que celle de nos voisins. Il y a donc lieu, au niveau communautaire, à niveler la question des services publics par le haut.

# II – Les méthodes d'identification des services publics gérés par des personnes privées

---

Pendant de longues années, la jurisprudence *Narcy* (CE, 28/06/1963) était la seule à expliciter les conditions pour qu'une activité gérée par une personne privée se voit reconnaître la qualification de service public : il fallait, ainsi, que l'activité soit d'intérêt général, qu'elle soit soumise au contrôle d'une personne publique et que le gestionnaire privé dispose de prérogatives de puissance publique. Récemment, le Conseil d'Etat est venu déterminer une voie alternative d'identification des services publics gérés par des personnes privées lorsque ces dernières ne disposent pas de prérogatives de puissance publique: le juge se base, alors, sur divers indices caractérisant l'intention de l'Administration de confier une mission de service public (CE, sect., 22/02/2007, Association des personnels relevant des établissements pour inadaptés).

## La méthode issue de la jurisprudence *Narcy*

Cette méthode repose sur trois critères : l'intérêt général de l'activité, le contrôle opéré par l'Administration et les prérogatives de puissance publique.

### 1 - Une activité d'intérêt général

Élément central de la notion de service public, l'intérêt général est aussi le critère le plus difficile à appréhender. S'il ne s'oppose pas toujours à l'intérêt particulier, sa définition ne peut se ramener à la simple somme des intérêts particuliers. Ce qui le caractérise est son caractère fortement malléable qui lui permet de s'adapter à l'évolution de la société. L'intérêt général apparaît, alors, comme une notion caractérisant les activités auxquelles la société dans son ensemble attache de l'importance. Et c'est au juge qu'il revient, à défaut d'intervention législative, de décider quelle activité est digne de cette reconnaissance. Il tient compte pour cela des aspirations de la société et de l'évolution croissante des besoins collectifs. Autant de considérations qui expliquent qu'aujourd'hui cette notion recouvre des activités beaucoup plus nombreuses et variées qu'il y a un siècle. Ainsi, en va-t-il du théâtre ou des activités sportives.

### 2 - Une activité exercée sous le contrôle de l'Administration

Il s'agit ici, pour le juge, de relever la présence indirecte d'une personne publique dans la gestion de cette activité. En effet, le contrôle opéré par la puissance publique permet d'attester de l'importance que la puissance publique attache à cette activité. Le critère organique n'a donc pas disparu. Il fait simplement l'objet d'une appréciation indirecte. Les modalités de ce contrôle peuvent concerner la constitution de la personne privée par le biais d'un agrément, son organisation par la désignation de certains de ses membres, ou encore son fonctionnement (intervention d'un commissaire du gouvernement, approbation de certaines mesures, droit de véto).

### 3 - Les prérogatives de puissance publique

Elles peuvent être définies comme des pouvoirs exorbitants du droit commun, et plus précisément comme des pouvoirs qui dépassent par l'ampleur et l'originalité de leurs effets ce qui



est courant dans les relations de droit privé. Elles donnent à celui qui les possède un pouvoir de contrainte lui permettant, par exemple, d'imposer unilatéralement des obligations aux administrés. Le monopole est la prérogative de puissance publique par excellence dans la mesure où la personne qui en bénéficie est titulaire d'un droit qu'un simple particulier ne saurait posséder : elle est la seule à pouvoir intervenir sur un marché donné. D'autres exemples de tels pouvoirs peuvent être donnés : possibilité pour l'organisme privé d'édicter des actes unilatéraux exécutoires par eux-mêmes, de bénéficier de véritables impositions ou cotisations obligatoires, ou encore d'exercer d'importants pouvoirs disciplinaires à l'égard de ses membres.

La détention de tels pouvoirs traduit la présence d'un service public dans la mesure où, transmis par l'Administration à la personne privée, ils démontrent, une nouvelle fois, l'importance que la personne publique accorde à cette activité. Pour mener à bien sa mission, le gestionnaire privé doit donc, tout comme l'Administration, pouvoir agir avec des moyens accrus. De plus, la détention de tels pouvoirs n'est légitime qu'à partir du moment où l'activité en cause est importante. Dit d'une autre façon, en possédant de telles prérogatives, l'organisme de droit privé acquiert quelque chose d'une personne publique qui le rend apte à assurer pour le compte de celle-ci une partie de ce qui est sa mission naturelle, à savoir le service public.

# La méthode du faisceau d'indices issue de la jurisprudence

## APREI

Avec l'arrêt APREI, le Conseil d'Etat reconnaît qu'une personne privée peut gérer une mission de service public même si elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique. Cette solution avait été précédée par un arrêt significatif mais resté longtemps isolé, à savoir la décision Ville de Melun. Elle sera aussi complétée par un arrêt relatif aux situations où l'initiative de l'activité a été prise par la personne privée elle-même.

### 1 - Un précédent : l'arrêt Ville de Melun

Dans cette affaire, il s'agissait d'une association municipale, organisme de droit privé, gérant une activité d'intérêt général. Le problème était que cette association ne détenait pas de prérogatives de puissance publique. Son activité pouvait-elle, dès lors, être qualifiée de service public ? Le Conseil d'Etat jugea qu'une activité gérée par une personne privée ne détenant pas de prérogatives de puissance publique pouvait être qualifiée de service public dès lors, d'une part, que l'activité en cause présente bien un caractère d'intérêt général, et, d'autre part, que l'Administration contrôle très étroitement la personne privée (CE, 20/07/1990, Ville de Melun). Ce qu'il faut retenir de cette solution est que la recherche de telles prérogatives n'est donc nécessaire que dans le cas où l'organisme privé est véritablement autonome. Dès lors que la personne privée constitue ce que l'on a appelé une association transparente, les prérogatives de puissance publique ne sont plus nécessaires.

### 2 - Une systématisation : la jurisprudence APREI

Pour déterminer si une activité gérée par une personne privée ne détenant pas de prérogatives de puissance publique est ou non un service public, le Conseil d'Etat se base sur l'intention de l'Administration de confier ou non à la personne privée la gestion d'un service public. Pour déterminer cette intention, le juge administratif se base sur la méthode du faisceau d'indices. Plusieurs éléments doivent retenir l'attention. Le juge vérifie d'abord l'intérêt général de l'activité en cause. Rien de bien novateur jusque là. Plus intéressant est la suite de son considérant de principe. C'est, ainsi, que le juge retient les conditions de la création de l'activité, de son organisation ou de son fonctionnement. Il se base aussi sur les obligations qui sont imposées à la personne privée, ainsi que sur les mesures prises pour vérifier que les objectifs assignés à la personne privée sont atteints. Le juge pèse, en conséquence, les éléments qui tendent vers la qualification de service public et ceux qui semblent aller vers la qualification d'activité privée ordinaire, et fait primer ceux qui lui semblent les plus déterminants. Si, les arguments qui tendent vers la qualification de service public sont les plus importants, alors le juge en déduira que l'Administration a entendu confier un service public à la personne privée, quand bien même ne disposerait-elle pas de prérogatives de puissance publique.

### 3 - Un complément à la jurisprudence APREI : l'arrêt Ville d'Aix-en-Provence

Quelques semaines après l'arrêt APREI, le Conseil d'Etat est venu préciser l'attitude à adopter face aux cas où l'initiative de l'activité a été prise par une personne privée sans rattachement initial à une personne publique (CE, 6/04/2007, Commune d'Aix-en-Provence). En pareille hypothèse, le principe est que l'activité en cause constitue une activité privée ordinaire. Mais, ce principe connaît une exception : ainsi, une activité créée initialement par une personne privée, en dehors de toute initiative d'une personne publique, peut être qualifiée de service public, si cette activité est d'intérêt général, si la personne publique exerce un droit de regard sur son organisation et si elle peut lui accorder des financements. Les deux premiers critères sont déjà connus, le troisième est nouveau. Le Conseil d'Etat vient, ainsi, reconnaître la légitimité de l'action de personnes privées qui, spontanément, face à la carence de la puissance publique, prennent en charge des activités d'intérêt général. La collectivité publique vient ensuite « valider, soutenir et contrôler cette initiative ». Cette

solution avait déjà été préconisée par le Conseil d'Etat dans un avis sur la Cinémathèque française en date du 18 Mai 2004.