

Essai sur la notion juridique de service public *

par Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université d'Amiens

Pour la plupart des auteurs, la crise du service public résulte en tout premier lieu de son imprécision conceptuelle : il serait désormais impossible de donner à une notion fluctuante et dépourvue de points de référence stables un rôle important en droit administratif. Si l'on admet cette analyse, l'origine de la crise de la notion de service public est facile à déceler : faute d'intervention expresse du législateur, la qualification de service public dépend essentiellement de l'appréciation formulée par le juge administratif ; et c'est l'attitude souple, variable et évolutive adoptée par celui-ci qui entretient toutes les équivoques. On ne trouve pas actuellement de définition claire du service public en jurisprudence et le juge ne cherche nullement à combler cette lacune : il considère en effet qu'en donnant une définition précise du service public il risquerait de se lier les mains pour l'avenir et s'empêcherait de pratiquer une politique jurisprudentielle, dosant les solutions concrètes d'espèce en espèce. Cette attitude n'est pas surprenante ; on constate que le juge administratif se comporte de la même façon dans bien d'autres domaines du droit administratif où il évite de se laisser enfermer dans des définitions rigides qui réduiraient son pouvoir d'appréciation. En procédant ainsi, il ne fait d'ailleurs qu'appliquer un principe du droit français, qui interdit au juge de se prononcer par voie de dispositions générales. Cet aspect essentiel de la crise de la notion de service public a été bien mis en lumière par la doctrine :

— *B. Chenot* (« la notion de service public dans la jurisprudence économique du conseil d'Etat » EDCE 1950 pp. 77 ss) a, le premier, clairement dit ce qui inspire le juge administratif ; Dans cet article B. Chenot entend répondre aux critiques qui reprochent au juge administratif de ne pas « dégager une notion abstraite du service public, s'imposant au législateur comme au juge ». Les « notions a-priori », constate-t-il, « n'exercent guère d'influence sur l'évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat ». Pourquoi ? Parce que « le juge est ennemi de la « chose en soi ». Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions... Il doit dire quelles sont les règles qui régissent, dans un cas déterminé, le comportement juridique d'une personne publique ou privée... La jurisprudence... s'est attachée aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l'existence sociale de celles-ci. C'est dans cette perspective que la jurisprudence du service public fait écho à certains thèmes de la philosophie d'aujourd'hui... » = C'est la thèse dite de l'existentialisme juridique.

— La doctrine française du droit public n'a pas manqué de réagir à cette conception, dans laquelle elle a cru déceler un recul du droit administratif :

Réponse brillante de *J. Rivero* (« Apologie pour les faiseurs de systèmes », D. 1951, I, pp. 99 ss). « Un juge « ennemi de la chose en soi », dosant et nuancant selon l'appréciation qu'il ferait « des circonstances concrètes », les éléments de sa solution, glisserait vite de l'existentialisme à l'impressionnisme... L'impressionnisme juridique, le jugement rendu au seul vu de l'ambiance d'une affaire, aboutissent à la mort du Droit. A tout le moins, des formules ondoyantes et chatoyantes à l'excès, où la nuance ne permettrait plus de discerner la couleur, où la part laissée à l'appréciation subjective du juge étoufferait la part de « l'objectivement connaissable » par l'assujetti, ferait reprendre au droit le chemin des sanctuaires et le ramènerait à sa forme première ; l'ésotérisme aristocratique... La stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité pour l'homme de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes. »

* Cette étude reproduit le texte de Conférences dont on a conservé le style oral.

— Et pourtant, l'attitude du juge administratif n'a pas changé et l'analyse de M. Chenot demeure toujours valable, si on ne trouve plus de défenses et illustrations aussi retentissantes. Ce dont témoignent les analyses dépitées de la doctrine, qui s'acharne à courir derrière la jurisprudence pour y déceler une certaine logique :

M. Waline (« Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », Mélanges Dabin 1963, I, pp. 355 ss) : « Nous ne savons pas ce qu'est exactement (le service public) parce que la jurisprudence ne veut pas le dire. Je dis bien : ne veut pas le dire, car son abstention est consciente et systématique. A l'heure actuelle, on ne peut pas, en France, donner d'autre définition du service public que l'une de celles-ci : toute activité que la jurisprudence du tribunal des conflits, du conseil d'Etat et de la cour de cassation sont d'accord pour qualifier service public, ou que ces mêmes juridictions estiment devoir être régies par le droit public ».

L. Nizard (« A propos de la notion de service public : un juge que veut gouverner » D. 1964, I, Chron. XXI) : « C'est la conviction du juge qui fait le service public... une conviction fondée sur une pesée éminemment subjective d'éléments quantitatifs et qualitatifs... L'imprécision de la notion... n'est ni tolérée, ni subie par le juge, mais bien voulue par lui... Il y a service public quand, et dans la mesure où, le juge estime nécessaire à l'intérêt public d'appliquer un régime juridique spécial, à l'application du droit administratif à des espèces où le juge l'estime opportune et où la référence au critère traditionnel ne permettrait pas d'obtenir un tel résultat »

On ne peut dès lors s'étonner de la crise de la notion de service public, et de l'impossibilité apparente de trouver une définition stable. A notre avis, cependant, ce diagnostic est erroné : non seulement il est possible de donner une définition claire et opérationnelle du service public, mais encore cette définition est calquée sur la définition ancienne, qui demeure pratiquement inchangée ; l'évolution de l'administration française a seulement eu pour effet de transformer ses implications concrètes. *Si crise il y a, c'est celle de l'administration française, et non celle de la définition du service public qui reste valable dans ses grandes lignes.*

— Selon la doctrine, la crise de la notion de service public résulterait de la transformation de la définition ancienne, qui associait étroitement des éléments organique et matériel, en une définition d'ordre exclusivement matériel : au lieu d'être une activité prise en charge par l'administration, le service public ne serait plus qu'une activité d'intérêt général présentant quelques traits originaux — l'importance de ces traits au regard du service public dépendant de l'appréciation in concreto du juge administratif —.

— Cette présentation de la crise de la notion de service public n'est pas conforme à la réalité des choses :

- D'une part, la notion de service public a toujours été une notion d'ordre matériel, c'est-à-dire *une activité* : le changement, si changement il y a, concerne seulement les conditions particulières exigées de cette activité quant à ses modalités d'exercice : et ces conditions ne sont au sens propre que des critères (un critère, c'est un caractère, un signe qui permet de distinguer une chose, une notion). La notion elle-même reste, comme par le passé, d'ordre matériel.

- D'autre part, l'inflexion des critères est pour le moins relative. Sans doute, les mutations subies par l'administration française ont-elles modifié sensiblement les conditions de qualification de l'activité de service public : l'intervention accrue des personnes privées dans les tâches administratives, et à l'inverse le développement de l'emprise publique sur la vie sociale, ont rendu moins claire la ligne de démarcation entre le secteur public et le secteur privé et rendent indispensable une analyse plus attentive de l'intention des Pouvoirs Publics. Mais cette évolution ne se traduit pas par une remise en cause des critères anciens, qui demeurent toujours valables, sous réserve d'un déplacement de leur ordre d'importance.

I. — UNE DÉFINITION INCHANGÉE

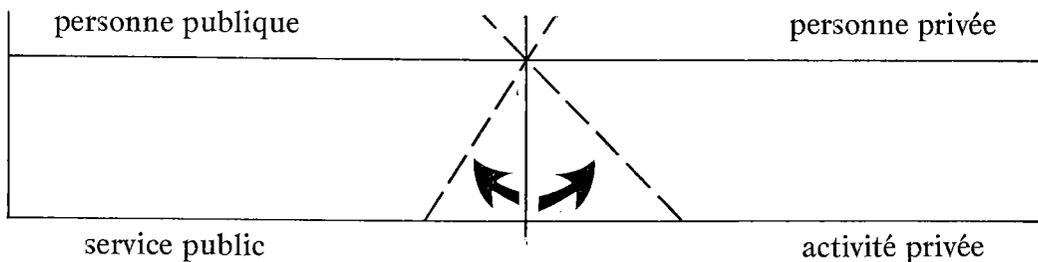
D'après sa définition originare, le service public était l'activité d'intérêt

général prise en charge par l'administration. Cette définition aurait été infléchie en deux sens différents et opposés :

— dans un sens restrictif, la gestion d'une activité par l'administration ne serait pas dans tous les cas inspirée par l'intérêt général et ne présenterait donc pas toujours les caractères d'une activité de service public ;

— dans un sens extensif, il serait désormais impossible de lier le statut de droit public à la gestion d'un service public : des personnes privées ont en effet la possibilité d'assurer cette gestion en dehors du cadre du droit public.

Compte tenu de ces deux éléments, le service public paraît ne plus coïncider avec l'activité des personnes publiques : il est à la fois plus restreint et plus étendu qu'elle. D'où, disparition du critère organique, qui ne serait plus d'aucune utilité pour savoir s'il y a ou non service public.



———— situation ancienne

- - - - - situation actuelle

A. — LA DÉFINITION ORIGINAIRE

La théorie du service public s'est développée au début du XX^{ème} siècle, à partir du célèbre ouvrage du conseiller d'Etat Teissier, « la responsabilité de la puissance publique » (1906). S'inspirant de l'arrêt « Blanco » de 1873, G. Teissier trouve dans la notion de service public la notion-clé pour fonder la compétence de la juridiction administrative. La théorie est ensuite systématisée

— sur le plan de la philosophie politique par Duguit, qui y voit le fondement et la limite du pouvoir des gouvernants.

— sur le plan juridique, par l'école de Bordeaux (Bonnard) et par Jèze, qui y trouvent l'explication générale du régime administratif.

Coïncidence assez exceptionnelle : on possède une notion qui fournit la clé de l'ensemble du droit public. Le service public :

— fonde et limite les pouvoirs des gouvernants :

Duguit (« Traité de droit constitutionnel » II, 1928, pp. 59-66) : « L'Etat n'est pas... une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants ».

— donne un critère d'application du droit administratif :

G. Jèze (« Principes généraux de droit administratif » 1914 p. X) : « Aux dogmes périmés, la jurisprudence du conseil d'Etat a substitué la notion fondamentale - essentielle aujourd'hui - du service public... C'est une révolution véritable. Le service public est aujourd'hui la pierre angulaire du droit administratif français. Cette notion sert à remodeler toutes les institutions du droit public ».

Or, cette notion est d'une remarquable clarté conceptuelle :

1. La présentation classique.

Le droit de l'État est le droit des services publics, et donc, non seulement toute activité administrative constitue en principe un service public, mais encore seule l'activité administrative peut constituer un service public. La notion de service public est aussi étendue que l'activité des Pouvoirs publics : elle coïncide exactement avec elle. L'activité de service public implique la gestion par un organe administratif :

— *L. Duguît* (op. cit) : le service public : « C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention des gouvernants ».

Dans cette conception, les deux sens du service public semblent coïncider : le service public-institution correspond au service public-activité ; l'un ne va pas sans l'autre.

Cette coïncidence entraîne une conséquence importante quant à la démarche utilisée pour savoir s'il y a ou non service public : le critère organique va devenir prépondérant, parce qu'il est le plus opérationnel :

— Il est en effet difficile de déterminer si une activité est intrinsèquement d'intérêt général. Ceci renvoie au problème du contenu de l'intérêt général, qui est contingent.

— En revanche, il est beaucoup plus facile de savoir si telle personne est publique ou privée : les éléments d'appréciation nécessaires se trouvent en effet dans son statut.

Comme toute personne publique gère un service public, il suffit de chercher si une personne publique est en cause pour découvrir par le fait même s'il y a service public. De la qualification du gestionnaire découle la nature de l'activité. Grâce à cette référence organique, la notion de service public est dotée d'une très grande précision conceptuelle.

2. Les correctifs à apporter.

Les analyses des théoriciens de l'école du service public sont cependant beaucoup plus nuancées qu'on le croit généralement : les critères organique et matériel ne coïncident que de manière partielle ; deux types d'atténuations annoncent déjà les nouveaux contours de la définition du service public.

a) D'abord, et dans un sens restrictif, certains auteurs attachent une grande importance au **régime** de droit public, ce qui les amène à penser que les personnes publiques ne gèrent pas dans tous les cas un service public, parce qu'elles n'ont pas toujours recours à des procédés exorbitants du droit commun

— Pour *G. Jèze*, par exemple, l'activité des Pouvoirs Publics doit, pour être qualifiée de service public, mettre en jeu des procédés de droit public ; le régime est pour lui un élément de la définition du service public : dire qu'il y a service public, c'est dire que :

« Pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, les agents publics peuvent appliquer les procédés du droit public, c'est-à-dire un régime juridique spécial »
 (« Revista de drept public » 1926 p. 167)

— De même *Hauriou*, qui a toujours admis l'importance de la notion de service public (c'est même lui qui en a parlé le premier en 1892 ; il est donc faux de parler d'une opposition : Duguît-service public / Hauriou-puissance publique, comme on le prétend généralement. Les deux auteurs ne considéraient pas que la question du service public les divisait), a insisté parallèlement sur l'utilité de la notion de puissance publique. Télécopage

entre les deux notions : ne sont services publics pour Hauriou, que les activités inhérentes à la puissance publique et qui ne peuvent être exercées par les particuliers.

Pour Jèze comme pour Hauriou, il y a donc toute une frange de l'activité administrative qui ne relève pas du service public parce qu'elle n'est pas exercée suivant des modalités exorbitantes du droit commun. Le critère organique, sous son premier aspect, est donc pour eux très relatif. Et pourtant, ils sont considérés, Jèze surtout, comme des théoriciens du service public.

b) Ensuite, et surtout - parce que cette correction est faite par tous les auteurs et parce qu'elle annonce tout-à-fait la définition actuelle du service public -, le principe de la **gestion** du service public par une personne publique doit être singulièrement nuancé. Tous les auteurs admettent en effet que la gestion du service public puisse être confiée à des personnes gardant un statut privé.

L. Duguit exprime très clairement cette doctrine en ces termes qui sont parfaitement valables de nos jours. Selon lui, « Dire qu'un service devient ou doit devenir un service public, cela veut dire que ce service sera organisé par les gouvernants et qu'il fonctionnera sous leur contrôle. Mais cela ne veut pas dire nécessairement que les agents qui en seront chargés et les richesses qui y seront effectuées seront placées sous la dépendance immédiate et directe des gouvernants. Au contraire, l'augmentation du nombre des services publics implique une décentralisation de plus en plus grande de ces services » (Traité, op. cit)

Tout est dans cette citation :

— L'idée que l'élément organique est un *lien* qui peut s'exprimer par le contrôle et non par la prise en charge directe.

— L'annonce de l'évolution de l'administration française vers une délégation de plus en plus accentuée des responsabilités publiques sur des personnes privées.

Or, cette analyse de Duguit n'est pas seulement prospective. Elle rend compte d'une série de situations importantes et connues. Et d'abord, de l'existence de la *concession*. Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, des particuliers se sont trouvés associés à l'action administrative, notamment dans le secteur économique, par le technique de la concession. Cette dérogation contractuelle au principe de la gestion publique des services publics est donc ancienne ; elle s'explique par les réticences des Pouvoirs Publics à s'engager en tant que tels dans la gestion d'activités économiques :

D'un point de vue politique, cette gestion est contraire au principe du libéralisme économique.

D'un point de vue technique, l'administration traditionnelle est considérée comme peu outillée pour ce genre de tâches. D'où la pratique d'une délégation systématique sur les entreprises privées.

Bien entendu, l'école du service public connaît cette exception et elle l'estime parfaitement compatible avec sa thèse, dans la mesure où le concessionnaire est soumis au contrôle de l'administration et est censé agir pour son compte :

L. Duguit (op. cit) « La concession implique l'exploitation du service par un simple particulier sous le contrôle des gouvernants... Les services publics concédés restent bien des services publics »

R. Bonnard (« Précis élémentaire de droit administratif » 1926 p. 59) « Le service concédé se présente comme une entreprise de caractère intermédiaire : il procède à la fois de l'entreprise privée et de l'entreprise d'Etat... Mais... les autorités administratives, auxquelles il se rattache, conservent le pouvoir d'organiser le service, de l'attribuer aux particuliers de leur choix, d'en contrôler et même, dans une certaine mesure, d'en diriger le fonctionnement. Par là, le service public concédé reste un service public ».

De même, au début du XX^{ème} siècle, les deux *arrêts Terrier* (1903) et *Thérond* (1910) qui, rétrospectivement, apparaissent précurseurs en ce qu'ils semblent admettre la gestion des services publics par des personnes privées

sont reçus sans émotion par la doctrine qui les juge parfaitement conformes à la jurisprudence traditionnelle. Pour remettre aux tribunaux administratifs le contentieux des contrats passés par les collectivités locales avec des particuliers et confiant à ces derniers une mission d'intérêt public, le conseil d'Etat se contente de constater que les contrats sont conclus dans l'intérêt du service public : ce sont des actes d'exécution du service qui est confié à une personne privée mais sous la surveillance et la responsabilité des collectivités locales en cause. (Dans un cas, il s'agit d'un crédit voté par un conseil général en faveur des destructeurs de vipères ; dans l'autre, il s'agit d'un marché passé par la ville de Montpellier avec Théron pour la capture et la mise en fourrière des chiens errants).

Ce principe d'interprétation est bien mis en lumière par les conclusions des commissaires du gouvernement dans ces deux affaires :

Romieu (conclusions sur Terrier R. p. 94) les rapports entre le département et les chasseurs de vipères ne sont pas des rapports de droit privé : il y a là une opération d'intérêt général, obligatoire pour le département ; « c'est un service public, pour lequel le conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré procéder par voie de primes offertes aux particuliers » = la qualité de ceux qui assurent les opérations d'exécution matérielle du service ne change pas la nature intrinsèque de ce service.

Pichat (conclusions sur Théron D. 1912, III, p. 57) « Il s'agit d'un contrat communal de louage de service, sous forme de concession, ayant pour objet l'exécution d'un service public. Le litige entre la commune concédante et le concessionnaire est donc de la compétence du conseil d'Etat, comme juge ordinaire du contentieux administratif ».

L'école du service public était donc très nuancée en ce qui concerne le lien entre l'élément organique et matériel. Ces nuances expliquent que l'analyse à laquelle elle se ralliait demeure valable de nos jours.

B. — LA DÉFINITION ORIGINALE A L'ÉPREUVE DES MUTATIONS DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE.

Selon la doctrine actuelle, la thèse ancienne de la coïncidence entre le statut public du gestionnaire et l'activité de service public n'est plus défendable : d'une part, parce que certaines activités publiques ne paraissent pas relever de l'intérêt général d'autre part, et en sens inverse, parce que certaines activités privées se révèlent essentielles pour l'intérêt collectif. D'où déclin et disparition du critère organique et crise du service public. - Cette présentation est erronée :

. D'abord, et n'y revenons pas, parce qu'elle déforme la thèse défendue par l'école du service public au début du siècle.

. Ensuite, et c'est ce que nous allons voir, parce que le diagnostic qu'elle établit sur la situation actuelle du droit administratif est inexact.

Il s'agit de démontrer que le critère organique, tel qu'il avait été avancé par l'école du service public, garde en fait toute son importance.

1. Personnes publiques et service public.

La thèse selon laquelle les personnes publiques ne poursuivent pas l'intérêt général dans toutes leurs activités et n'exercent donc pas toujours une mission de service public se fonde sur deux séries d'illustrations : dans certains cas, la nature de l'activité ou les conditions de la gestion excluraient toute idée de service public ; dans d'autres cas, le but poursuivi ne serait pas d'intérêt général. La première série d'hypothèses peut être éliminée assez facilement ; en revanche, la deuxième série exige des explications plus détaillées.

a) La nature de l'activité et les conditions de la gestion.

1° Les auteurs ont fréquemment cru découvrir dans *la nature de l'activité* prise en charge par l'administration des « résistances objectives » (pour reprendre l'expression d'Hauriou) interdisant de reconnaître qu'il s'agit d'activités de service public.

Cette thèse a été formulée au moment où l'Etat a commencé à développer considérablement ses interventions, dans le domaine économique puis dans le domaine social et culturel. C'est la thèse dite du « **service public par nature** » avancée notamment, au moment de la création des services publics industriels et commerciaux,

Matter (concl. sur Bac d'Eloka) « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun » (S. 1924, III, p. 36).

puis étendue au secteur distractif ou culturel :

Hauriou (note sous arrêt Astruc S. 1916, III, p. 49)

« La définition du service public par l'intention subjective de l'administration qui organise l'entreprise serait éminemment dangereuse, s'il devait en résulter que l'administration pourrait ériger en services publics toutes sortes d'entreprises. Il y a évidemment, dans la nature même des entreprises, des obstacles, des résistances, des limites objectives... Ainsi la question de l'exploitation théâtrale et du service public se trouve replacée sur son véritable terrain, qui est, non pas celui de l'intention subjective de l'administration, mais celui des exigences objectives du service public : le théâtre est une activité immorale que l'administration ne peut ériger en service public.

D'après ces auteurs, la qualification de service public peut seulement être attribuée aux activités inhérentes aux fonctions des Pouvoirs Publics, à l'exclusion de celles qui peuvent être exercées par un simple particulier. La jurisprudence a été un moment influencée par cette thèse (T.C. 11 juillet 1933, dame Mélinette, R. P. 1237 : compétence des tribunaux judiciaires pour déclarer une administration responsable pour des délits « commis par ses préposés dans l'exercice ou à l'occasion de fonctions ne rentrant point... dans les attributions exclusives de la Puissance Publique »). Mais elle l'a maintenant nettement abandonnée en n'hésitant pas à reconnaître comme services publics des activités économiques ou distractives (théâtre, sport, loisirs...)

La thèse est cependant réapparue depuis sous d'autres formes, par exemple pour refuser à certaines **entreprises publiques** le statut de gestionnaires de services publics. Les Houillères de bassin, les Charbonnages de France, l'Entreprise minière et chimique, la Régie Renault sont les exemples le plus souvent cités de ces entreprises publiques non gestionnaires de service public : l'extraction du charbon, l'industrie chimique, la production de voitures ne pourraient en aucun cas être considérés comme des activités de service public. Cette analyse apparaît comme une nouvelle mouture de la thèse du service public par nature et doit en tant que telle être rejetée. Dès lors que les Pouvoirs Publics ont créé un établissement public pour gérer une activité, c'est bien parce que cette activité était considérée comme indispensable ou simplement utile pour l'intérêt général. Au moment de la création de ces établissements, le législateur n'a d'ailleurs pas fait mystère de sa volonté de redonner à la Nation la maîtrise des activités en cause. Et la Régie Renault elle-même, bien que provenant d'une nationalisation-sanction a été chargée dès l'origine, compte tenu du rôle pilote qui lui était assigné dans le développement du secteur automobile et dans la réalisation de réformes sociales, d'une mission d'intérêt général.

De façon plus générale, le couple d'arrêts Canal de Gignac-Effmieff est de nature à régler le problème en montrant l'évolution des conceptions jurisprudentielles sur la question.

L'arrêt Canal de Gignac est en fait le fondement de la thèse affirmant la possibilité d'une dissociation entre les qualités de personne publique et de gestionnaire de service public.

Les associations syndicales de propriétaires autorisées sont des groupements ayant pour but la réalisation de certains travaux utiles au point de vue agricole (irrigation, assèchement des marais, lutte contre les inondations...) Apparemment, il ne s'agit pas là d'une mission de service public, car les travaux aboutissent à la mise en valeur de propriétés privées et le but poursuivi paraît relever de l'utilité privée. Cependant les associations possèdent des prérogatives de puissance publique (forcer les propriétaires à adhérer, lever des taxes, exproprier des immeubles...). Compte tenu de l'existence de ces prérogatives, le trib. des conflits décide que « lesdites associations présentent les caractères essentiels des établissements publics » : il s'agit donc de personnes publiques bien qu'elles ne semblent pas agir dans un but d'intérêt général. (T.C. 9 décembre 1899, S. 1900. III. p. 49, note Hauriou).

Inspirée par Hauriou, qui a annoté l'arrêt, la doctrine classique déduit de cette jurisprudence que des établissements publics peuvent exercer des activités qui n'ont pas les caractères d'activités de service public.

Cette interprétation est pour le moins contestable. En fait, la doctrine a été conditionnée par la réaction d'Hauriou et elle a été incapable de lire l'arrêt sans référence au cadre d'interprétation défini par le célèbre annotateur :

Dans sa note, Hauriou (et il est logique avec lui-même puisqu'il défend la thèse du service public par nature) s'élève contre l'amalgame des intérêts économiques et de la chose publique » opéré par l'arrêt ; voyant dans les associations syndicales « la première institution collectiviste » du fait de la qualification d'établissement public qui leur est accordée, il se plaint de voir « changer son État » et il se refuse à admettre que l'activité de ces associations puisse être considérée comme d'« intérêt public ».

Mais cette interprétation d'Hauriou relève d'une appréciation critique de la décision et non d'un véritable commentaire. La vigueur de la réaction d'Hauriou ne peut au contraire se comprendre que dans la mesure où on admet que l'arrêt est novateur en ce qu'il qualifie un intérêt privé économique d'intérêt public. Si le tribunal des conflits ne parle pas de service public, ce silence ne peut surprendre en raison de la date de l'arrêt : en 1899, la théorie du service public n'était pas encore élaborée en doctrine et en jurisprudence et la distinction des actes d'autorité et de gestion étant alors prédominante, c'est très logiquement que le tribunal des conflits prend soin de relever les prérogatives de puissance publique présentes en l'espèce.

Si quelques doutes existaient encore sur le bien-fondé de cette interprétation, l'arrêt « Effimieff » du 28 mars 1955 aurait dû les avoir définitivement levés. Cet arrêt est vraiment la contre-épreuve de la jurisprudence « Canal de Gignac » et il montre de façon évidente l'erreur d'interprétation d'Hauriou.

L'espèce, et c'est ce qui fait son intérêt, est tout-à-fait comparable à celle de l'affaire Canal de Gignac. Pour favoriser la reconstruction d'immeubles sinistrés à la suite de la 2^e G.M. le législateur a institué, à côté de stés coopératives de reconstruction, des associations syndicales qui sont d'après les termes de la loi du 16 juin 1948 des établissements publics : il s'agit donc ici encore d'associations syndicales ayant le statut public, bien qu'assumant une tâche de défense d'un intérêt économique privé. Le tribunal des conflits estime « que l'art. 17 de la loi du 16 juin 1948 a attribué aux associations syndicales de reconstruction le caractère d'établissements publics ; que le législateur a ainsi expressément manifesté son intention d'assigner à ces organismes, dans l'œuvre de la reconstruction immobilière, une mission de service public ». Le mot important est « ainsi » car il assure un lien de cause à effet entre les deux propositions ; puisqu'il s'agit d'un établissement public, il y a gestion d'un service public. Cette affirmation contient un principe théorique, valable de façon générale : l'établissement public a toujours la qualité de gestionnaire de service public. (R. p. 617).

Tous les autres cas dans lesquels l'activité de l'administration paraît ne pas répondre à une préoccupation d'intérêt général sont à la limite de la légalité et font souvent l'objet à ce titre d'une sanction juridictionnelle. Exemples :

— Travaux exécutés dans l'intérêt privé de la commune ou du maire (C.E. 2 juin 1961, office départemental des anciens combattants de la Dordogne, p. 304)

— Agents publics mis à la disposition d'organisme privés (C.E. 8 décembre 1926, Crespin R. p. 1074)

— Entreprise devenue la propriété de l'État par voie de désherence (C.E. 12 juillet 1955, Clément R. p. 415).

— Entreprise dont l'administration assure la liquidation (C.E. 18 juin 1954 Basseix R. p. 361)

— Administration agissant pour le compte d'une personne privée : maire sciant du bois pour l'institutrice (T. A. Clermont 13 février 1956, Fabre D. 57 p. 118).

— Transport par un véhicule communal des membres d'une association sportive privée (T.A. Lille 11 mai 1955 King Chia Hong D. 56 p. 407).

Toutes ces hypothèses ne semblent pas effectivement répondre à l'idée de service public ; mais il s'agit répétons-le de cas exceptionnels, parfois accidentels, à la limite de la légalité.

2° *Les conditions de la gestion*

On retrouve ici la thèse que nous avons déjà évoquée de Jèze et Hauriou selon laquelle le domaine du service public devrait être cantonné aux seules hypothèses dans lesquelles l'administration utilise des prérogatives de puissance publique. L'adoption de cette thèse entraîne logiquement l'exclusion des services publics industriels et commerciaux du cadre du service public, puisqu'il s'agit de services « à gestion privée », gérés dans les conditions du droit commun. Telle était bien l'intention de Jèze et d'Hauriou. Mais le conseil d'Etat a rejeté cette thèse sans appel en considérant les services industriels et commerciaux comme de véritables services publics, soumis seulement à des règles de gestion analogues à celles des entreprises privées.

Toutes les activités peuvent donc être érigées par les Pouvoirs Publics en services publics et l'application d'un droit spécifique n'est pas un élément substantiel de la définition du service public. Reste en revanche, le problème du but poursuivi.

b) **Le but poursuivi**

La notion de service public implique qu'il s'agisse d'une activité d'intérêt général, utile pour la collectivité. Or, il existe une série d'activités administratives qui semblent ne pas répondre à cet impératif, bien qu'elles soient certainement légales : ce sont les activités par lesquelles l'administration entend se procurer des ressources ; la gestion est tournée vers la recherche d'un profit sans que les administrés en bénéficient. Ces hypothèses peuvent cependant être facilement intégrées dans le champ du service public, sous réserve du problème irritant posé par la gestion du domaine privé.

1° *Service et profit*

Les auteurs admettent que la présomption selon laquelle l'administration situe toujours son activité dans le cadre du service public puisse être renversée quand l'administration ne donne pas satisfaction à un besoin d'intérêt général. Tel serait le cas dans toutes les hypothèses de gestion animée par des préoccupations patrimoniales ou de rentabilité.

Cette exception a fait l'objet d'une théorisation par M. Chapus. Selon M. Chapus (« Le service public et la puissance publique » RDP 1968 pp. 235 ss) :

— L'activité publique n'est un service public qu'à condition de satisfaire à l'intérêt public.

« Cette seconde condition concerne ce que doit être le but de l'activité publique : la satisfaction d'un intérêt public ; elle n'est évidemment pas plus importante que la première, mais elle est plus significative, en ce que c'est à elle que se rattache la distinction des activités publiques selon qu'elles constituent ou non des services publics et aussi, et surtout, en ce sens qu'elle manifeste ce qu'est fondamentalement la notion de service public : une notion de but »

— Il faut dès lors distinguer dans l'activité des personnes publiques les

activités dites « de plus grand service » exercées pour satisfaire aux intérêts de tiers et les activités « de plus grand profit » exercées dans l'intérêt propre de l'organisme en cause. Seules auront la qualité de services publics, les activités de plus grand service et les activités de plus grand profit destinées à servir au financement des activités précédentes, car dans cette hypothèse le plus grand profit ne se sépare pas du plus grand service.

Cette formulation doctrinale est peut-être séduisante ; elle ne donne pas pour autant satisfaction. M. Chapus est en effet pris dans une contradiction insurmontable :

- S'il réservait la qualité de service public aux seules activités de plus grand service, ce qui avait le mérite de la logique, il se mettrait en contradiction totale avec la jurisprudence qui considère les services fiscaux, la loterie nationale, activités de plus grand profit-type, comme des services publics.

- Pour rendre compte du droit positif il est donc amené à opérer dans les activités de plus grand profit une distinction parfaitement arbitraire : le critère qu'il utilise - le financement des activités de plus grand service - est en effet applicable à toutes les activités de plus grand profit, et il ne peut servir à tracer une ligne de démarcation logique en leur sein. Même si l'intérêt public ne bénéficie pas toujours d'une affectation directe des profits réalisés, il en bénéficie toujours indirectement, ou alors il faudrait admettre que les administrateurs gardent certains profits par de vers eux !!! Les ressources que l'administration se procure servent dans tous les cas au financement de services d'intérêt collectif. Et donc il n'y a pas d'activités de plus grand profit à l'état pur. Les activités publiques poursuivent toujours, directement ou indirectement, la finalité de l'intérêt général sans qu'il soit possible de distinguer entre elles selon leur système de financement.

2° *La gestion du domaine privé*

La gestion du domaine privé est en réalité la seule hypothèse à poser problème. D'après une jurisprudence traditionnelle, qui date cependant seulement, il faut le noter, du milieu du XIX^{ème} siècle, la gestion du domaine privé est considérée comme étant effectuée dans un but patrimonial et non dans une fin d'intérêt général : le domaine privé serait destiné à procurer aux personnes publiques des revenus et des services ; il constituerait pour elles une propriété ordinaire, de même nature que la propriété privée des particuliers, et soumise en principe aux règles du droit privé et à la compétence judiciaire. De fait le principe de l'application d'un régime juridique de droit privé au domaine privé a été maintes fois affirmé par la jurisprudence tant administrative que judiciaire. Mais cette conception classique ne paraît pas être établie sur des bases incontestables.

Une série de **correctifs** doivent d'abord être apportés au principe exposé ci-dessus :

— L'affirmation de la compétence judiciaire pour le contentieux du domaine privé n'est pas en elle-même décisive.

- Il y a toute une série de chefs de compétence administrative (mesures réglementaires concernant le domaine privé, contentieux des services publics fonctionnant sur le domaine privé, travaux publics effectués sur une dépendance du domaine privé...)

- La gestion du domaine privé pourrait parfaitement être considérée comme un service public « à gestion privée ».

— Le régime applicable au domaine privé ne comporte pas application pure et simple des règles du droit privé : on trouve de nombreuses règles

dérogatoires (insaisissabilité, application de la déchéance quadriennale pour les dettes nées à l'occasion de sa gestion...). Il y a en réalité une échelle de la domanialité, dont on trouve l'illustration inverse pour le domaine public, et non une séparation tranchée entre deux catégories de biens.

— Le domaine privé peut être et est souvent le siège d'activités de services publics :

- Les immeubles affectés aux services publics ne font pas tous partie du domaine public ; un bon nombre fait partie du domaine privé.
- Un service public peut fonctionner occasionnellement sur le domaine privé (lutte contre un incendie de forêt domaniale).

Le problème a bien été mis en lumière dans C.E. 20 juillet 1971, Consorts Bolusset, concl. Kahn.

Une voiture heurte un cerf dans la forêt de Fontainebleau, donc sur le domaine privé. Cet accident s'est produit parce que l'État prend des mesures pour conserver dans un état de semi-liberté le grand gibier. N'y a-t-il pas en l'espèce service public (protection de l'environnement) s'exerçant sur le domaine privé ? Le commissaire du gouvernement Kahn le pensait. Le conseil d'État ne l'a pas suivi. Solution pouvant s'expliquer parce qu'en 1965 il n'y avait pas de plan de chasse, ni de ministère de l'environnement. (AJDA 1971, p. 527 chron. Labetoulle et Cabanes).

L'apparition d'un véritable service public de protection de l'environnement était susceptible de transformer le régime juridique applicable aux forêts domaniales et d'atténuer le principe de privation de la gestion. La voie a été tracée à cette évolution par le conseil d'État (3 mars 1975, Courrière AJDA 1975 p. 233)

L'assiette des coupes de bois dans les forêts appartenant à l'État est autorisée par le ministre de l'agriculture ou par délégation par les directeurs régionaux de l'ONF. D'après le C.E. ces décisions se rattachent à l'exécution d'une mission de service public de protection de la forêt présentant un caractère administratif : ce sont des actes administratifs détachables des opérations de gestion du domaine privé.

Cependant, le Tribunal des conflits a confirmé la compétence judiciaire (6 janvier 1975, Consorts Apap. AJDA 1975, p. 241) dans une hypothèse fort proche de l'espèce Bolusset :

Des dommages avaient été causés par la divagation de sangliers provenant des forêts domaniales. Selon le tribunal des conflits, la demande « dans la mesure où elle met en cause la gestion du domaine privé ressortit à la compétence exclusive des tribunaux judiciaires ».

— L'administration du domaine privé n'est pas exclusive de la poursuite d'objectifs d'intérêt général et de toute façon les produits financiers tirés du domaine privé sont affectés à l'intérêt général. Le rapprochement s'impose sur ce plan avec les nombreuses activités financières publiques qui ont été considérées comme services publics :

- Pour les services fiscaux (C.E. 27 mai 1949, Blanchard, R. p. 245)
- Pour la Loterie nationale (C.E. 17 décembre 1948, Angrand, R. p. 485).
- Pour le monopole des tabacs (C.E. 12 novembre 1937, Garnero, R. p. 928).
- Pour l'exploitation de salles de jeux dans les casinos - si cela contribue à financer des activités d'intérêt général (C.E. 25 mars 1966, Ville de Royan, R. p. 237).

Pourquoi ces activités et pas le domaine privé ?

La remise en cause du principe de privatisation.

Les controverses doctrinales autour du domaine privé sont importantes. De nombreux auteurs soutiennent maintenant que la gestion du domaine privé s'analyse en une activité de service public. En reprenant la démonstration de Duguit et en partant du principe qu'« il n'y a pas d'intérêt privé de

l'administration » (Rivero, 1953), on tend à faire du domaine privé une activité « à fin d'intérêt général » (Eisenmann, 1953) ou « tendant à la satisfaction des besoins collectifs » (Vedel, 1954).

La thèse a été systématisée par M. Auby en 1958 (« Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration » EDCE/1958 p. 35), pour qui : « la gestion du domaine privé peut être considérée comme un service public et non comme une activité privée de l'administration ». Thèse reprise dans le traité d'Auby et Drago.

Seuls MM. de Laudadère et Odent préfèrent s'en tenir à la thèse traditionnelle.

L'attitude de la jurisprudence est ambiguë : il a semblé un moment que le conseil d'État souhaitait une certaine remise en cause de la jurisprudence traditionnelle, alors que le tribunal des conflits restait ferme sur ses positions. Ceci a été bien mis en lumière dans une affaire récente : T.C. 25 juin 1973, ONF c/Béraud, AJDA 1974, p. 30 :

Le conseil d'État a décidé le 1 décembre 1972 de renvoyer du trib. des conflits de soin de décider de la juridiction compétente pour statuer sur la demande d'indemnité formée par un propriétaire dont les terrains avaient été endommagés par un éboulement de rochers survenu au cours de la construction d'une route forestière dans une forêt domaniale de l'État.

Ces travaux ne pouvaient être considérés comme des travaux publics que s'il y avait « intérêt général », c'est-à-dire s'ils avaient été faits dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public. Or, on sait qu'une forêt domaniale fait partie du domaine privé de l'administration. Donc la solution du problème de compétence supposait de trancher le point de savoir si l'ouverture d'une route sur le domaine privé de l'État (acte de gestion de ce domaine) est un service public. Suivant le trib. des conflits, les travaux ont pour objet « l'ouverture d'une route forestière exclusivement destinée à l'exploitation de forêts comprises dans le domaine de l'État » ; « ces travaux exécutés pour la gestion d'un bien faisant partie du domaine privé de l'État n'avaient pas le caractère de travaux publics ». C'est la confirmation de la jurisprudence classique selon laquelle la gestion du domaine privé n'est pas une activité de service public.

Et pourtant l'attitude ainsi adoptée par le tribunal des conflits apparaît très critiquable :

— On peut se demander s'il ne faudrait pas considérer les forêts domaniales de l'État comme faisant partie du domaine public. Elles servent en effet de plus en plus à l'usage du public (activités de loisirs, de repos et de détente) et il y a fréquemment des aménagements spéciaux (aires de stationnement ou de jeux, chemins banalisés) : elles semblent répondre aux critères de la domanialité publique. Cependant, la jurisprudence continue à considérer qu'elles font partie du domaine privé des collectivités publiques.

— Même dans ce cadre juridique, la construction d'une route forestière paraît bien répondre à l'intérêt général :

· elle peut être utile à la lutte contre l'incendie.

· La forêt joue un rôle économique, social, écologique de plus en plus important (dans l'arrêt « Consorts Grimouard », le conseil d'État avait d'ailleurs estimé que la conservation, le développement, la mise en valeur d'une forêt et l'écoulement de ses produits constituaient une mission de service public.

· On assiste à la multiplication des mesures d'intervention publique et des structures administratives : c'est notamment la création de l'ONF par la loi du 23 décembre 1964.

Or, paradoxe incroyable, par application de la jurisprudence Grimouard, l'ONF gère un service public lorsqu'elle agit sur des terrains appartenant à un particulier : l'ONF a donc une mission de service public lorsqu'il agit sur des terrains privés, mais non lorsqu'il gère le domaine privé des collectivités publiques...

Cette jurisprudence doit être remise en cause le plus vite possible. Il ne semble pas que le tribunal des conflits en prenne le chemin comme le montre la décision de janvier 1975.

Mais, dans un arrêt du 28 Novembre 1975, O.N.F. c/Abamonte (R.A. 1976 n° 169), Le Conseil d'État a confirmé nettement la jurisprudence traditionnelle en refusant d'étendre la domanialité publique aux forêts ouvertes au public et ayant fait l'objet à cet effet d'aménagements spéciaux.

Il s'agissait en l'espèce d'un accident survenu dans une carrière désaffectée située dans une forêt domaniale. Or, la forêt en question était ouverte au public et elle contenait des installations spécialement aménagées à cette fin, notamment des sentiers forestiers tracés et entretenus à l'intention des promeneurs : on trouvait donc en l'espèce les éléments dont la jurisprudence administrative fait usage pour identifier les dépendances du domaine public et qu'elle a retenus en particulier pour ranger les promenades publiques dans le domaine public (jurisprudence Berthier, dame Lauriau...). Or, le Conseil d'État estime que « les mesures prises par l'O.N.F. pour ouvrir la forêt du Banney au pu public, notamment par la réalisation d'aménagements spéciaux, n'étaient pas de nature à les faire regarder comme émanant d'un service public administratif, ni à faire regarder ladite forêt comme faisant partie

du domaine public ». Loin d'étendre la domanialité publique, le Conseil d'État semble faire prévaloir une conception beaucoup plus restrictive que dans les hypothèses précédentes.

Est-ce à dire que la solution implique que toutes les parcelles forestières sont désormais exclues du domaine public ? Il ne faut pas aller jusque là. Il semble que le Conseil d'État ait estimé en l'espèce que l'affectation au public n'était qu'une destination secondaire d'une forêt faisant essentiellement l'objet d'une exploitation économique ; par ailleurs il aurait dû dissocier le régime des parcelles ouvertes au public et aménagées (domaine public) et des parcelles non aménagées (domaine privé), ce qui aurait été délicat. En revanche quand la forêt est essentiellement à usage du public, il la considère comme une dépendance du domaine public (C.E. 14 juin 1972, Eidel, AJDA 1973 p. 495 note Dufau) à propos du bois de Vincennes).

En conclusion, on peut donc dire que les activités publiques ont en principe le caractère d'activités de service public, à la seule exception de la gestion du domaine privé dont la survivance apparaît peu logique et est de plus en plus controversée. Sous réserve de cette exception,

— L'administration est toujours censée agir dans le sens de l'intérêt général.

— Les prérogatives qu'elle met en oeuvre sont sans influence sur la qualification de la nature de son activité.

— Aucune activité n'est par elle-même interdite à l'intervention de la puissance publique : les besoins collectifs changent ; la conception de l'étendue du service public aussi.

Cette première conclusion montre que le critère organique garde sur ce plan au moins toute son importance :

G. Vedel : « mis à part le cas de la gestion du domaine privé, les missions dont sont investies les personnes morales de droit public sont des missions d'intérêt général. La coïncidence du critère fonctionnel ou matériel et du critère organique ou formel aboutit ainsi à la certitude que l'on est en présence d'un service public » (« Droit administratif », PUF 1973 p. 812)

2. Personnes privées et service public.

La reconnaissance par la jurisprudence de la possibilité pour les personnes privées d'assurer une mission de service public aurait provoqué un déclin beaucoup plus évident du critère organique tout en exprimant une évolution importante du droit administratif et des structures administratives : c'est la fin du cloisonnement étanche entre un appareil d'État majestueux et indépendant et un secteur privé dominé par les intérêts particuliers et la recherche du profit. La traduction juridique de cette évolution paraît détruire la cohérence du droit administratif en marquant l'abandon de la référence à la qualité de la personne en cause.

Cependant, cette analyse est inexacte sous cette forme : certes l'appareil administratif s'ouvre et le juge administratif reconnaît que des personnes privées peuvent être chargées de la gestion d'intérêts collectifs ; mais la chose n'est pas nouvelle sur le plan juridique et le lien organique ne disparaît pas pour autant.

a) L'ouverture de l'appareil administratif.

Les personnes privées vont faire irruption dans l'appareil administratif à partir des années 1940. Certes, le phénomène n'est pas nouveau et l'administration s'était déjà déchargée, dans le passé, de tâches notamment économiques sur les personnes privées ; mais l'hypothèse demeurait malgré tout relativement exceptionnelle et liée au cadre restreint de la concession. Une véritable mutation, d'ordre quantitatif, va se produire qui change les contours de l'appareil administratif. Cette mutation affecte le domaine social et le domaine économique.

1° Dans le domaine social.

Le point de départ de l'évolution, c'est 1938 et l'arrêt « Caisse primaire Aide et protection ». Cet arrêt a été préparé par l'arrêt du 20 décembre 1935,

Ets Vèzia, dans lequel le commissaire du gouvernement Latournerie, sans aller jusqu'à proposer que les sociétés indigènes de prévoyance soient considérées comme des gestionnaires de service public n'en estimait pas moins qu'il s'agissait d'une catégorie intermédiaire, les « services d'intérêt public » :

Latournerie (concl.) « Les activités privées ou publiques présentent trois types distincts. Elles constituent, en effet, ou bien un service public, ou bien un service purement privé sans prérogatives de puissance publique, ou bien un service intermédiaire, qui, sans être un service public, est doté cependant de certaines des prérogatives de puissance publique et qui pourrait être qualifié de service d'intérêt public » (R.D.P. 1936, p. 119).

Le pas est franchi en 1938, sur les conclusions du même M. Latournerie, à propos des caisses d'assurances sociales. Il est vrai que l'espèce s'y prêtait particulièrement bien. Ces Caisses sont qualifiées d'organismes privés par le législateur, et pourtant elles exercent sans discussion possible une activité d'intérêt général et possèdent des prérogatives exorbitantes du droit commun. Suivant le conseil d'Etat le service des assurances sociales est un service public bien que sa gestion soit assurée par des organismes privés. Le conseil d'Etat prend, sur les conseils de M. Latournerie, acte de l'évolution du droit public français :

Latournerie (conclusions RDP 1938 p. 830) « L'aspect que notre droit offre à présent... n'est plus celui d'une séparation absolue et tranchée entre le domaine du droit public et celui du droit privé, mais celui d'une gradation, d'une hiérarchie des services, où, d'échelon en échelon, les deux droits se combinent et s'entrepénétrant... Le service public, c'est celui dont l'exécution régulière est réputée par le législateur présenter, pour l'utilité publique un intérêt assez important pour être assurée par l'ensemble des procédures de droit public, du moins par l'ensemble de celles que demande le but assigné à ce service, réserve qui explique que, par exemple, les services industriels et commerciaux ne soient pas munis de la totalité de ces prérogatives »

Le service public se définit sans référence à l'organe qui le gère Cet arrêt est important parce qu'il prend acte d'une évolution mais aussi parce qu'il annonce une remise en cause profonde des principes de fonctionnement de l'administration française. Le juge administratif admet le changement des formes de gestion, mais il entend maintenir une certaine cohérence à l'administration en étendant le régime de droit administratif aux personnes privées qui se trouvent associées aux tâches administratives : ainsi il les intègre dans l'ordre administratif, au prix d'un assouplissement des concepts anciens.

Depuis 1938, on peut constater l'extension considérable des formes de gestion par des personnes privées dans le secteur social : la jurisprudence « Caisse primaire Aide et protection » a été appliquée successivement :

— Aux caisses de sécurité sociale créées en 1946. C'est le prolongement de la jurisprudence de 1938 : la mission confiée aux organismes de sécurité sociale est considérée comme une mission de service public.

Voir les conclusions *Braibant* sur C.E. 13 novembre 1964, Union nationale des associations familiales : si elle est gérée par des organismes de droit privé, la sécurité sociale n'en est pas moins un service public en raison : de son objet, même, du monopole conféré aux organismes qui la gèrent, du caractère obligatoire de l'affiliation, du système de cotisations.

Cette jurisprudence a été confirmée récemment dans un arrêt du tribunal des conflits du 22 avril 1974, Blanchet AJDA 1974, p. 439 :

La Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs non salariés (CANAM) est une personne morale de droit privé chargée de l'exécution d'un service public.

— aux ordres professionnels : C.E. 2 avril 1943, Bouguen, R. p. 86.

« Le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de la profession médicale un service public ; si le conseil supérieur de l'ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement dudit service »

— Aux centres de lutte contre le cancer (T.C. 20 novembre 1961, Centre régional « Eugène Marquis », R. p. 879)

— Aux cliniques privées (Loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière) Art. 40 :

« Les établissements d'hospitalisation privés participent dans les conditions prévues aux articles 41 et 42 ci-après, sur leur demande ou sur celle de la personne morale dont ils dépendent, à l'exécution du

service public hospitalier, sous réserve qu'ils s'engagent à respecter les obligations de service imposées aux établissements d'hospitalisation publics de même nature ».

— A des établissements sociaux divers (C.E. 20 avril 1956, Epoux Bertin, R. p. 167) :

« Considérant... que, par un contrat verbal passé avec l'administration le 24 novembre 1944, les époux Bertin s'étaient engagés... à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie ; que ledit contrat a eu pour objet de confier à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ».

— A des activités sportives accomplies par des personnes privées. Admise pour les fédérations de chasseurs (C.E. 4 avril 1962, Chevassier, R. p. 244), cette solution vaut de manière plus générale pour l'ensemble des fédérations sportives lorsqu'elles organisent les compétitions sportives : C.E. 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises de sport AJDA 1975 p. 45 :

« En confiant aux fédérations sportives la mission d'organiser les compétitions nationales ou régionales, le législateur leur a confié l'exécution d'un service public administratif ».

— A des activités culturelles (maisons de la culture régies par des associations de la loi de 1901)...

On pourrait multiplier les exemples. Il s'agit d'une tendance très générale dans le secteur social, qui doit d'ailleurs prendre une nouvelle ampleur : les Pouvoirs Publics entendent en effet développer la participation des habitants pour la gestion du cadre de vie (environnement, urbanisme, ensembles immobiliers) en déléguant systématiquement les responsabilités publiques à des associations, qui sont appelées à jouer un rôle accru et à servir de cadre de participation.

2° Dans le domaine économique.

La tendance est tout aussi nette, encore que moins nouvelle puisque depuis très longtemps les Pouvoirs Publics ont préféré se décharger sur des personnes privées du soin d'accomplir les tâches économiques : le procédé de la concession était la règle en ce domaine. La concession existe toujours et a même pris récemment une nouvelle importance ; mais elle est désormais complétée par d'autres formes d'association des personnes privées.

Depuis la 2^e G.M. des groupements professionnels se sont vus confier des tâches d'encadrement économique relevant normalement de la compétence des Pouvoirs Publics et présentant les caractères d'une mission de service public.

Le point de départ jurisprudentiel de cette nouvelle mutation, c'est l'arrêt Montpeurt du 31 juillet 1942 (R. p. 239) rendu à propos des célèbres comités d'organisation :

« Considérant qu'en raison des circonstances qui nécessitaient impérieusement l'intervention de la puissance publique dans le domaine économique, la loi du 16 août 1940 a aménagé une organisation provisoire de la production industrielle... ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que ladite loi a entendu instituer à cet effet un service public ; que, pour gérer le service en attendant que l'organisation professionnelle ait reçu sa forme définitive, elle a prévu la création de comités... ; qu'ainsi les comités d'organisation, bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, sont chargés de participer à l'exécution d'un service public, et que les décisions qu'ils sont amenés à prendre... constituent des actes administratifs ».

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Ségalat affirmait que la solution n'était pas nouvelle et qu'il y avait bien en l'espèce les éléments indispensables pour caractériser le service public, à savoir la mission d'intérêt général et les prérogatives de puissance publique.

Depuis, la jurisprudence Montpeurt s'est appliquée à bien des organismes professionnels, tels que les organismes corporatifs agricoles (C.E. 28 juin 1946, Morand), les groupements de défense contre les ennemis des cultures (C.E. 13 janvier 1961, Magnier, R.p. 33), des organismes d'intervention économique dans le secteur industriel (C.E. 6 octobre 1961, Fédération nationale des huileries métropolitaines, R. p. 544) ou agricole (C.E. 30 mars 1962, Associa-

tion nationale de la meunerie, D. 62 p. 360 ; T.C. 3 mars 1969, Sté Interlait, AJDA 1969 p. 686), les centres techniques industriels (C.E. 28 juin 1963, Narcy, AJDA 1964 p. 491), les groupements forestiers (C.E. 20 octobre 1967, Epoux Dommée, AJDA 1967 p. 665), les SAFER (C.E. 13 juillet 1968, Capus, D. 1968, II, p. 674) etc... Un problème juridique et politique délicat se pose sur ce point. Il y a eu en effet après la 2^{de} G.M. prolifération de ces groupements professionnels investis par les Pouvoirs Publics d'une mission d'organisation économique. Ces organismes doivent-ils être dans tous les cas, considérés comme gestionnaires d'un service public, ou leur activité est-elle au contraire, en principe, de nature privée ?

Cette question est délicate, car les organismes professionnels agissent toujours dans l'intérêt des membres de la profession. Ils passent sous l'empire du droit public quand l'État estime que cet intérêt professionnel met aussi en cause l'intérêt général : en chargeant l'organisme de certaines tâches, il érige l'activité en service public. Mais le processus est souvent progressif et évolutif et il est difficile d'apprécier à son terme quelle est la mission prépondérante : est-ce la défense des intérêts professionnels ou l'intérêt collectif (professionnalisation de l'intérêt général) ?

Le problème s'est curieusement posé de manière très concrète par le biais fiscal : la détermination du régime fiscal applicable dépend de la réponse à la question de savoir s'il y a ou non gestion d'un service public :

D'après l'administration (instruction du 5 mars 1958) les remboursements de frais correspondant à une activité imposée par les Pouvoirs Publics ne doivent pas être soumis aux taxes sur le chiffre d'affaires.

D'après la jurisprudence, il y a exonération des activités d'intérêt général correspondant à une mission de service public et soumission des activités consistant en des services professionnels.

En général seront exonérées les opérations dont l'exercice est imposé par les Pouvoirs Publics dans les textes institutifs et donne lieu à un simple remboursement de frais sous forme de subventions, taxes parafiscales ou cotisations professionnelles. Par contre, seront imposées les opérations qui ouvrent la possibilité de réalisation de bénéfices pour l'organisme professionnel ou qui présentent un intérêt financier pour les entreprises adhérentes.

La jurisprudence sur ce point est importante. Il y a non-imposition :

— d'une association interprofessionnelle ayant pour objet l'étude des problèmes relatifs à la collecte, transformation ou utilisation des produits fermiers et fonctionnant par cotisations annuelles couvrant les frais de fonctionnement (C.E. 12 octobre 1956, S.E. au budget)

— des opérations accessoires non prévues par le texte institutif effectuées par une sté participant à l'exécution du service public du ravitaillement (C.E. 25 janvier 1961, section des représentants et agents commerciaux en beurre et fromages des Landes)

— des opérations de répartition de scories faites par une sté suivant un plan préparé par les Pouvoirs Publics, sans faciliter les buts commerciaux des producteurs et touchant de simples redevances pour faire face à ses dépenses administratives (C.E. 13 juillet 1963, Sté Nat. pour la vente des scories Thomas).

Il y a au contraire imposition :

— des activités d'une fédération de syndicats d'importateurs qui s'était complètement substituée aux membres de la profession pour assurer en son propre nom l'achat, le stockage et la revente des produits importés (C.E. 9 décembre 1959, Fédération nationale d'importation de produits alimentaires).

— Des études, rémunérées de manière à procurer des bénéfices, faites par un organisme professionnel (C.E. 22 décembre 1958, Centre d'études techniques des industries de l'habillement) etc...

Un problème exemplaire s'est posé pour le Comptoir français des produits sidérurgiques :

— Il s'agissait d'une soc. anonyme chargée par un arrêté du ministre de la production industrielle du 28 juin 1947 de vendre les produits sidérurgiques, de répartir les commandes entre les usines, d'établir et de contrôler les factures des entreprises sidérurgiques. Le Conseil d'Etat a jugé qu'il s'agissait là d'une activité de service public justifiant une exonération.

— Puis, après 1953 (CECA), le comptoir cesse de remplir ces fonctions : il se voit chargé d'établir et de distribuer à ses membres et à l'administration des informations statistiques mensuelles sur la sidérurgie à partir de la centralisation des factures ainsi que de recouvrir les créances de ses membres sur les clients. Le conseil d'Etat décide le 20 janvier 1971, Ministre de l'économie et des finances que bien que des statistiques soient envoyées à l'administration, « ces circonstances ne sont pas de nature à conférer à l'activité de ladite société le caractère d'une activité de service public non lucrative ; que par suite l'ensemble de l'activité de ladite société doit être regardée comme une activité professionnelle exercée

principalement dans l'intérêt de ses membres » (AJDA 1972 p. 230). Le conseil d'Etat se rallie en l'espèce à une interprétation stricte de l'exonération.

L'hypothèse des organismes professionnels n'est pas la seule qui révèle la prise en charge par des personnes privées de tâches économiques. On a assisté par exemple, depuis les années 1960 à un développement systématique de l'association des capitaux publics et des capitaux privés dans des entreprises qui, tout en conservant un statut privé, peuvent cependant gérer un véritable service public. Une grande partie des sociétés d'économie mixte, et notamment toutes celles qui sont compétentes en matière d'aménagement urbain, sont considérées comme gestionnaires de service public. Dans ce cas le statut privé est souvent factice et s'explique par la volonté de faire échapper certaines activités aux règles trop contraignantes du droit administratif. Là encore ce calcul est mauvais dans la mesure où le juge administratif, en faisant prévaloir pour l'application du droit administratif le critère fonctionnel de la mission de service public impose à ces SEM un certain nombre d'obligations exorbitantes du droit commun.

b) L'exigence du lien organique.

Tout en prenant acte de l'évolution de l'administration française, cette jurisprudence n'en maintient pas moins un élément organique très analogue à celui qui avait été dégagé par les théoriciens de l'école du service public. Le critère organique n'a donc pas perdu de son importance. S'il n'est pas nécessaire d'être une personne publique pour remplir une mission de service public, le statut juridique du gestionnaire de l'activité en cause n'est pas indifférent. Son importance apparaît à deux niveaux :

— D'abord, l'activité de toute personne privée est soumise à une présomption de privatisation (tout comme l'activité des personnes publiques est soumise à une présomption de publicisation) : elle est en principe considérée comme étant de nature privée, et donc soumise aux règles du droit commun. Cette présomption ne pourra être renversée que par la présence d'éléments contraires exprès.

— Ces éléments contraires consistent en l'existence d'un lien de dépendance organique vis-à-vis des Pouvoirs Publics : la personne privée doit se trouver placée sous la dépendance des Pouvoirs Publics, et cette dépendance doit s'exprimer par des liens suffisamment étroits, par exemple l'existence d'un droit de regard sur l'organisation et le fonctionnement du service :

G. Vedel : quand on est en présence d'un organisme privé investi d'une mission d'intérêt général, « il conviendra d'examiner jusqu'où l'administration se préoccupe de suivre le fonctionnement du service public ainsi confié à un organisme privé, pour déterminer s'il y a ou non véritable service public »

A. de Laubadère : Présomption de privatisation : « Une tâche poursuivie par des particuliers ou organismes appartenant au secteur privé ne doit, à notre avis, être qualifiée « mission de service public »... que si de solides indices permettent de renverser la présomption contraire. Les éléments exorbitants du droit commun qui... constituent des indices, seront soit des prérogatives ou sujétions exorbitantes, soit des pouvoirs, également exorbitants de contrôle et d'intervention de l'administration sur l'activité en cause, soit encore naturellement les uns et les autres cumulés ».

L'importance de ce lien organique a bien été mis en évidence par le Conseil d'État dans l'arrêt du 22 novembre 1974 sur les fédérations sportives précité :

Le Conseil d'État a refusé dans cet arrêt d'étendre la qualification de service public à l'ensemble de l'activité des fédérations sportives, en constatant qu'il n'existait pas de pouvoir de tutelle et de contrôle en dehors des compétitions sportives. L'application de ce critère organique a amené le conseil d'État à rejeter l'idée d'un grand service public du sport. Les données du problème doivent cependant être quelque peu modifiées depuis l'adoption de la loi Mazeaud, qui étend les pouvoirs des fédérations - et donc les contrôles qui pèsent sur elles - à l'organisation et au contrôle de la qualité de la formation sportive.

La gestion d'un service public par une personne privée implique donc que cette personne soit sous le contrôle et la surveillance de l'autorité administrative. Il s'agit bien là d'un élément de nature organique, rapprochant le statut du gestionnaire privé du service public de celui des organismes publics

de celui des organismes publics autonomes et décentralisés que sont les établissements publics. Sans doute, des différences importantes existent-elles entre un organisme privé et un établissement public, mais ces différences sont plutôt de nature quantitative : le saut qualitatif est fait avec l'affirmation de l'exigence d'un contrôle de tutelle. Et ce contrôle est commun aux gestionnaires privés des services publics et aux établissements publics. La différence concrète est donc tenue, comme on l'a vu dans le cas du FORMA et de la Sté Interlait.

Si on relie cette constatation à la présomption inverse selon laquelle l'activité des personnes publiques doit être considérée en principe comme un service public, on voit toute l'importance que continue d'avoir l'élément organique dans la définition du service public. En définitive, quand il y a service public, l'administration prend en charge l'activité, soit en la gérant directement, soit en contrôlant la manière dont elle est gérée. Une relation étroite doit toujours exister entre l'activité de service public et une personne publique. Lorsque M. Waline définit le service public comme l'activité sur laquelle l'administration se réserve des pouvoirs généraux d'organisation et de contrôle, et lorsque M. Chapus qualifie le service public d'« activité assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public », ils ne font qu'exprimer la force du lien organique, débarrassé seulement de son formalisme statutaire. Et cette conception du lien organique n'est pas nouvelle puisque nous avons vu que c'était déjà celle de l'école du service public.

II. — LE RECOURS AU CRITÈRE FORMEL

La référence au lien organique n'épuise pas tous les problèmes posés par la définition du service public, pour deux raisons :

— d'une part, il existe de nombreuses activités privées d'intérêt général, contrôlées étroitement par l'autorité administrative - par le biais d'une autorisation ou d'un agrément - mais qui ne peuvent être considérées comme des activités de service public (sauf à donner à l'appareil administratif une extension considérable, peu conforme à l'inspiration de notre régime politico-administratif). La reconnaissance de la possibilité pour les personnes privées de gérer un service public impose donc la recherche d'un critère permettant de différencier les phénomènes de contrôle et de délégation de service public.

— D'autre part, le lien organique ne peut être établi que par une analyse du statut juridique de l'organisme en cause et des contraintes qui pèsent sur son activité.

Si le lien organique est donc un *élément de la définition du service public*, il ne peut servir en tant que tel de *critère* lorsqu'un doute existe sur la situation d'un organisme donné au regard du service public. Il convient donc de rechercher d'autres éléments susceptibles de servir de critères.

A vrai dire, sur ce plan, ce n'est pas de recherche qu'il s'agit mais de choix, car les critères proposés par la doctrine sont nombreux et variés : l'intention de l'autorité qui a créé le service, le but de l'activité, les prérogatives de puissance publique, la nature d'entreprise, les conditions d'organisation et de fonctionnement du service, la fourniture de prestations sont quelques-uns de ces critères, qui sont associés et regroupés de manière diverse selon les définitions et les auteurs.

Certains d'entre eux ne présentent aucun intérêt :

— La fourniture de prestations n'est pas un élément spécifique du service public, ni même nécessaire puisque certains services - l'armée et la justice par

exemple - n'ont pas cet objet, à moins de donner à l'expression un sens très général, qui lui enlève toute portée.

— De même, la notion d'entreprise est, ou trop large si on la rend synonyme d'activité, ou trop précise si on l'entend au sens strict.

— Enfin, les règles d'organisation et de fonctionnement du service ne sont intéressantes à étudier qu'en tant qu'elles manifestent l'existence d'un régime exorbitant du droit commun, ou le contrôle de l'administration, ce qui les ramène à ces deux critères.

Compte tenu de ces exclusions, la définition la plus intéressante du service public (sous l'angle des critères) a été donnée en 1960 par M. Latournerie (« Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ? » EDCE 1960 pp. 116 ss). Reprenant les idées essentielles qu'il avait émises à ce sujet dans ses conclusions de 1935 et de 1938, M. Latournerie retient une définition en quatre points : le service public est selon lui une activité d'intérêt général, placée sous la dépendance d'une autorité publique et soumise à un régime exorbitant du droit commun, du fait de la volonté du législateur.

« Un point est nettement hors de conteste ; l'intérêt public doit être au premier rang des composantes de la notion. Mais ce serait perdre son temps que de démontrer que cet élément, si important qu'il soit, n'en épuise pas le contenu. On peut tenir pour non moins certain qu'il ne peut y avoir service public que lorsque l'activité considérée se trouve, d'une manière appropriée, dans la dépendance des autorités publiques... D'autre part, c'est défigurer la notion de service public que de ne pas faire place dans sa définition - c'est le troisième de ses ingrédients - à la spécialité de son régime. Encore ne suffit-il pas que celui-ci soit, à certains égards spécial pour qu'il y ait service public... L'usage de la notion de service public n'étant pas ainsi le seul moyen dont dispose la puissance publique pour atteindre les buts qui lui sont assignés, même dans le cadre de ses activités propres, il importe, en chaque cas, de discerner de quel procédé juridique elle a entendu faire usage. Une telle appréciation implique la recherche de l'intention des autorités qui ont institué l'activité à caractériser. Il faut donc voir, dans cette intention, un quatrième élément de la définition, ou, tout au moins un élément complémentaire du troisième »

Cette définition, défendue également au même moment par le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt « Magnier »,

La lutte contre les ennemis des cultures a un caractère d'intérêt général ; elle est menée sous le contrôle des services compétents du ministère de l'agriculture dans des conditions qui impliquent l'emploi de prérogatives de puissance publique (cotisations obligatoires, agrément pour les groupements, monopole d'action, ressources de caractère fiscal) : « Tous ces éléments permettent d'affirmer que ces groupements sont investis par le législateur d'une mission de service public » = les quatre critères y sont bien.

a été critiquée par plusieurs auteurs : il serait en effet difficile d'évaluer à quel moment la prise en charge par l'administration (critère du contrôle) est suffisamment nette pour faire de l'activité un service public, mais encore l'incorporation du régime spécial exorbitant dans la définition rendrait celle-ci inutilisable (A. de Laubadère, AJDA 1961 p. 591 ; P. Weil AJDA 1961 p. 593 ; M. Waline RDP 1961 p. 709). Pour ce dernier par exemple, « on ne peut reconnaître un service public au régime qui lui est applicable, puisque ce que l'on demande à sa définition c'est justement de nous indiquer les traits auxquels on reconnaîtra les institutions ou les activités auxquelles ce régime doit s'appliquer. Il est donc absolument nécessaire que l'on donne du service public une définition excluant l'idée du régime applicable ». D'ailleurs M. Latournerie ne donne pas la moindre indication sur les parts respectives du droit public et du droit privé dans le régime de service public : le recours au principe de proportionnalité des moyens aux fins et l'appel fait à un jeu de présomptions laissent entières les difficultés pratiques en matière de délimitation des compétences.

— Cependant, dans l'arrêt « Nancy » du 28 juin 1963 le Conseil d'État a semblé reprendre les éléments proposés par M. Latournerie :

Les centres techniques industriels institués pour améliorer la qualité de l'industrie ont reçu une mission d'intérêt général ; le législateur les a soumis à divers contrôles de l'autorité de tutelle et leur a conféré certaines prérogatives de puissance publique (un seul centre dans chaque branche, cotisations obligatoires, les ministres de tutelle nomment les membres du conseil d'administration, un commissaire du

gouvernement a un droit de veto suspensif) « en édictant l'ensemble de ces dispositions... Le législateur a entendu, sans leur enlever pour autant le caractère d'organismes privés, charges lesdits centres de la gestion d'un véritable service public ».

Et la clarté de cet arrêt a apaisé pour un moment les controverses doctrinales : *mea culpa* de M. Waline (RDP 1963 p. 1186) :

« Un de nos dadas est, depuis de trop longues années, de déplorer que le tribunal des conflits, le conseil d'État et la cour de cassation, qui emploient quasi quotidiennement la notion de service public pour justifier leurs décisions sur la compétence voire sur d'autres questions, n'aient jamais daigné éclairer la lanterne et nous donner une définition de ce qu'ils entendent par service public. Aussi devons-nous marquer d'une pierre blanche cette journée du 28 juin 1963 où a été lue au Palais-Royal la décision Narcy. Non point qu'elle donne une définition en forme du service public. Ce serait trop beau. Mais enfin le conseil s'est donné la peine d'énumérer un certain nombre d'indices auxquels on peut s'attacher pour en reconnaître le caractère à une activité donnée. Et c'est déjà infiniment précieux... Nous y trouvons quatre éléments (mission d'intérêt général, droit de regard de l'administration, prérogatives de puissance publique, contrôle de tutelle) » = C'est la définition de M. Latournerie.

Mais la jurisprudence ultérieure a montré que les difficultés n'étaient pas pour autant complètement résolues et la définition des critères du service public reste assez fluctuante et approximative.

Dans l'arrêt « Capus » du 13 juillet 1968 (D. 1968 II p. 674), le conseil d'État estime que l'existence d'un droit de préemption au profit des SAFER prouve qu'elles possèdent des prérogatives de puissance publique. En fait le droit de préemption est prévue par le droit privé, et la solution de l'arrêt Capus va être remise en cause par le Trib. des conflits.

La définition de M. Latournerie est un bon point de départ, mais son erreur essentielle est qu'elle mélange une série d'éléments qui ne sont pas sur le même plan : l'intérêt général, le lien de dépendance organique sont des éléments de la *définition* du service public, mais qui ne peuvent servir en tant que tels de critère ; les prérogatives de puissance publique sont des *indices*, non des critères du service public. En réalité le seul *critère* opératoire pour distinguer ce qui est service public de ce qui ne l'est pas est *l'intention du législateur*. Il s'agit d'un élément d'ordre formel parce que reposant sur une analyse des textes institutifs.

Cette analyse pourra recourir, en cas de besoin, à une série d'*INDICES*, parmi lesquels le régime juridique occupe une place de choix.

A. — LE CRITÈRE : L'INTENTION DU LÉGISLATEUR

1. — Un critère exclusif

Le critère de l'intention du législateur était déjà utilisé par les tenants de l'école du service public :

— *Michoud* (« Personnalité morale » 2e ed 1924, I, p. 250) « Pour savoir si le groupement appartient au droit public, l'interprète n'a pas à se demander si, en lui-même, le but est d'intérêt général ; cette appréciation purement subjective serait des plus incertaines ; il a seulement à se demander si l'État l'a considéré comme tel »

— *Duguit* (op. cit) on ne peut pas déterminer a priori ce qui est activité de service public de ce qui ne l'est pas. Ceci dépend de la conscience collective et du développement de la solidarité sociale (obligation pour les gouvernants)

— *Corneille* (concl. sur C.E 7 avril 1916, Astruc R. p. 164) « L'émunération des services publics ne peut être donnée ex cathedra, et de façon absolument précise ;... La notion ne comporte point un criterium fixe et immuable... La notion du service public est une notion en quelque sorte subjective ; elle dépend pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service ».

Pour les théoriciens de l'école du service public le domaine du service public est contingent ; ce sont les Pouvoirs publics qui le déterminent librement, ou sous la contrainte du droit objectif (Duguit). Ce critère va être systématisé par G. Jèze, ce qui n'est pas surprenant quand on sait que Jèze se réclamait du positivisme juridique et entendait coller le plus possible au droit positif. Pour Jèze, il y a service public dès lors que l'intention des gouvernants de créer une telle entreprise n'est pas douteuse. La question de savoir si cette création est utile ou légitime (Hauriou) n'a pas à être posée : il suffit que les gouvernants aient exprimé leur intention de satisfaire aux besoins d'intérêt général par le procédé du service public pour admettre qu'il y a bien service public :

« A quel criterium faut-il s'attacher ?... A mon avis, il faut rechercher uniquement l'intention des gouvernants, touchant l'activité administrative considérée. Sont uniquement, exclusivement, services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer ».

Cette façon d'envisager le problème de l'étendue du service public est admise à l'heure actuelle par la plupart des auteurs. C'est à l'État, seul juge des exigences de l'intérêt général, qu'il appartient d'apprécier s'il est nécessaire, ou non, de créer un service public. Saisi du problème de la qualification d'une activité le juge doit toujours se demander quelle a été, en l'espèce, l'intention des Pouvoirs Publics. Le domaine du service public est contingent, variable ; il dépend de la volonté de l'État :

A. de Laubadère (Traité « Ce sont les Pouvoirs Publics qui décident qu'à tel moment tel besoin public doit être satisfait par ce procédé et donner lieu à la création d'un service public ; cet élément fournit le critère du service public... Le critère du service public se trouve dans l'intention des gouvernants »).

Dès lors qu'on admet qu'il faut avant tout chercher à déceler l'intention des Pouvoirs Publics, ce critère ne peut être qu'un critère *exclusif* : la démarche du juge devra être de découvrir ce qu'ont voulu les Pouvoirs Publics, et seulement cela. Il est donc contradictoire de faire de l'intention des Pouvoirs Publics, seulement *un des critères* du service public comme le fait M. Latournerie : ou l'intention du législateur a été créer un service public, et l'analyse des autres critères est inutile ; ou l'intention du législateur n'a pas été de créer un service public, et le juge ne pourra s'arroger le droit de corriger cette intention, en décelant par exemple l'existence de prérogatives de puissance publique (autrement ce serait « un juge qui gouverne »). Le choix du critère de l'intention du législateur donne un principe d'interprétation qui exclut tout autre ; et c'est le seul principe concevable dans la mesure où le juge n'entend pas sortir de son rôle de juge.

2. Un critère reconnu

La détermination classique du service public par l'intention des Pouvoirs Publics a été mise en doute dans deux sens et pour deux motifs opposés ; mais la jurisprudence a écarté sans équivoque ces deux interprétations.

a) La thèse du service public par nature

On a d'abord prétendu, avec l'objectif avoué de limiter l'extension des services publics, définir abstraitement le domaine naturel et objectif du service public. C'est la thèse dite du « service public par nature » : seuls seraient services publics, les activités relevant de l'essence même de l'État. Les insuffisances et l'inexactitude de cette analyse ont déjà été relevées. Le domaine du service public est en réalité variable suivant l'époque et l'idéologie dominante, et il est vain de prétendre limiter pour l'avenir et pour toujours l'extension de l'intervention publique.

La thèse a été avancée, on l'a vu, essentiellement pour exclure les activités économiques et distractives du champ du service public. Mais :

— Le conseil d'État a toujours considéré, et cela depuis 1921, les services industriels et commerciaux comme de véritables services publics.

— Il en a été de même, plus récemment pour les activités distractives. Dès 1923, dans l'arrêt Gheusi, le conseil d'État montrait que l'activité théâtrale n'était pas, contrairement à ce que prétendait Hauriou, par nature contraire au service public.

Pour le sport, l'évolution est en cours :

Le conseil d'État a d'abord eu à se prononcer sur la nature des activités

sportives par le biais de problèmes d'affectation ou de gestion d'installations sportives :

- . 13 juillet 1961, Ville de Toulouse : stade utilisé par la ville pour développer les activités sportives. Il y a utilité publique, et donc service public = le stade fait partie du domaine public.
- . 14 juin 1963, Époux Hébert (piscine municipale)
- . 23 janvier 1959, Commune D'Huez (exploitation de remontées mécaniques dans une station de sports d'hiver).
- . 30 octobre 1953, Bossuyt (courses de chevaux).

. Dans l'affaire du 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, le conseil d'État a dû aborder le problème de la qualification juridique des activités sportives en elles-mêmes (décision de la fédération française de tennis de table modifiant les conditions d'agrément des marques de balles de compétition). Il a jugé qu'il y avait en l'espèce service public parce que l'ord. du 28 août 1945 permet au ministre de déléguer aux fédérations sportives le pouvoir d'organiser les compétitions, et la décision en cause est liée à cette organisation.

En revanche bien entendu, toutes les activités distractives et sportives ne sont pas des services publics : par exemple pour le sport, on ne peut déduire de l'ord. de 1945 que les Pouvoirs Publics aient voulu transformer l'ensemble des activités sportives en service public ; le service public ne recouvre pour le moment que l'organisation des compétitions : il n'y a pas de service public étendu du sport. On a vu, cependant, que la loi Mazeaud étend le service public à la formation et non plus seulement aux compétitions.

b) La thèse du service public virtuel

Cette thèse est née d'une volonté opposée de favoriser le développement de l'interventionnisme. Lorsqu'une activité présenterait un caractère évident d'intérêt général, il faudrait la considérer comme une activité de service public, soumise aux obligations afférentes à ce statut, même si le législateur ne s'est pas prononcé expressément en ce sens. Pour le service public, l'existence précéderait l'essence : *on ne naît pas service public, on est service public*.

Le commissaire du gouvernement *Chenot* est à l'origine de cette thèse.

Concl. sur C.E. 6 février 1948 (2 arrêts) RDP 1948 p. 248 : « Certaines activités d'intérêt général ne sont pas susceptibles d'être exercées dans des conditions satisfaisantes par le libre jeu d'une exploitation privée et présentent ainsi le caractère de services publics virtuels et peuvent être soumis à un régime de service public par une simple intervention de l'autorité administrative, et notamment par le biais d'une autorisation domaniale assortie d'obligations de service public. Il est donc possible de dire qu'en dehors de toute gestion administrative et de toute concession, un système d'autorisation préalable peut être le fondement d'un régime de droit public ».

Cette théorie paraît dangereuse sur le plan des libertés individuelles. Elle donne en effet à l'administration le droit d'imposer aux particuliers certaines obligations d'intérêt général, prérogative ordinairement réservée au pouvoir législatif. Du jour au lendemain, l'exploitant privé d'une entreprise peut se transformer en gestionnaire de service public, soumis à ce titre aux principes de continuité, d'égalité et d'efficacité, sous le contrôle de l'autorité administrative.

La jurisprudence a considéré cette thèse avec faveur en ce qui concerne les activités privées s'exerçant sur le domaine public et présentant un caractère suffisant d'intérêt général :

- . C.E. 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique orientale R. p. 129 (opérations dans les ports)
- . C.E. 6 février 1948, Cie carcassonnaise de transports en commun R. p. 69 (coordination des transports routiers et ferroviaires).
- . C.E. 6 février 1948, Sté Radio-Atlantique R. p. 65 (émissions diffusées par des postes privées)

En revanche, elle ne l'a pas admise de façon générale, en dehors de ces cas particuliers. Le juge administratif continue en principe à rechercher l'intention de l'autorité qui a créé l'activité à travers tous les éléments pouvant manifester cette intention. La jurisprudence précédemment citée s'explique par les conditions très particulières de l'exercice des activités privées sur le domaine pu-

blic. En dehors de cette hypothèse, le critère subjectif garde toute son importance.

— L'analyse de l'intention des Pouvoirs publics doit s'entendre exclusivement, dans le cas des services publics nationaux, par référence au législateur. L'intervention des Pouvoirs Publics visant à confier à une personne privée la gestion d'un service public s'opère logiquement en deux phases distinctes, mais qui sont en pratique souvent confondues : l'érection de l'activité en service public et la détermination du gestionnaire.

. Quand les deux phases sont confondues (le législateur donne à une personne privée la fonction de gérer une activité d'intérêt général qu'il qualifie de service public), aucune équivoque n'est possible puisqu'on est en face d'un seul texte législatif.

. Quand les deux phases sont distinctes (le législateur érige une activité en service public mais c'est l'autorité administrative qui établit les modalités de sa gestion et le confie à une personne privée par voie unilatérale ou contractuelle - concession -) le problème est plus complexe. Mais l'autorité administrative n'ayant pas la possibilité de créer un service public proprio motu, pour savoir si l'activité en cause est réellement un service public, il faut se référer au texte législatif. Le législateur ayant seul compétence pour créer des services publics, c'est uniquement sa volonté qu'il convient de décèler.

Lorsque le législateur s'est prononcé sans équivoque sur la qualification de l'activité, le problème est réglé : le critère de l'intention du législateur suffit. Malheureusement, il n'en va pas toujours ainsi. Il faut alors chercher à découvrir une intention que le législateur n'a pas expressément exprimée, à l'aide d'une série d'indices. Ces indices, et c'est là encore une différence importante par rapport à la définition de M. Latournerie, n'ont pas de valeur en eux-mêmes, mais seulement comme technique d'analyse et comme moyen de reconstituer l'intention du législateur.

B. — LES INDICES.

C'est dans le régime juridique applicable qu'on va découvrir les indices formels servant à démontrer l'intention du législateur de créer un véritable service public. On sait que la place du régime juridique dans la définition du service public a été controversée ; mais en utilisant ce régime exclusivement à titre d'indice, on peut parvenir à un compromis entre les thèses en présence.

1. Des indices variables.

Il est évident que le régime juridique auquel on va se référer ne se présente pas comme un tout cohérent, figé et homogène : les services publics sont en effet soumis à un régime nuancé suivant la nature de leur activité ; les prérogatives de puissance publique se retrouvent de manière variable selon les cas.

Cette affirmation contraste avec la thèse, un moment formulée par une partie de la doctrine, selon laquelle le régime de service public devait présenter un caractère nettement et globalement exorbitant du droit commun. Jèze par exemple estimait que l'expression « service public » devait être réservée aux cas où, pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, les pouvoirs publics recourent à des règles exorbitantes du droit privé, à des procédés de droit public : les services industriels et commerciaux ne mériteraient le nom de services publics que lorsque l'État les soumet à un régime spécial. Dans le même sens, les partisans de la thèse du service public virtuel ont défini le service public comme un ensemble de règles de droit public.

Mais la consécration par la jurisprudence de la notion de gestion privée a amené à nuancer cette appréciation. Une définition rigoureuse du régime exorbitant aboutirait, en rejetant les services industriels et commerciaux hors du champ des services publics, à se mettre en contradiction formelle avec la jurisprudence administrative. On estime désormais que le régime applicable aux services publics comporte en proportions variables, un alliage complexe de droit public et de droit privé. M. Latournerie a bien montré, en particulier que le régime exorbitant n'est applicable que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but assigné au service : il y a une corrélation étroite entre le but de l'activité et la dose de droit public qui caractérise son régime.

2. Des indices incomplets.

La controverse doctrinale, apparemment insurmontable, relative à l'utilité de l'analyse du régime pour la définition du service public peut également être dissipée.

Deux thèses irréductibles paraissent en présence :

— Celle de M. Latournerie selon laquelle le régime est un élément de définition du service public.

— Celle de M. Waline selon laquelle le régime, exorbitant dans certains de ses aspects, est une conséquence de la qualification de service public.

Ce genre de controverse (poule/œuf) est toujours suspect et effectivement la conciliation est facile :

— D'une part, il est évident que de l'attribution de la qualité de service public découle une série d'obligations pour le gestionnaire, et donc de conséquences juridiques (les principes de continuité, égalité et efficacité) qui, en principe, ne préexistent pas à cette attribution et donc ne peuvent servir d'indices ;

— Mais d'autre part, il est tout aussi évident que les textes applicables contiennent une série de dispositions concernant le régime applicable dont l'analyse est fort utile pour connaître l'intention du législateur. La réunion de certaines prérogatives de puissance publique, qui, isolées, ne sont jamais totalement pertinentes, peut être un indice très précieux : octroi du pouvoir d'expropriation, octroi du pouvoir de taxation, présence dans l'acte d'organisation de clauses dérogeant au droit privé, nomination des dirigeants par l'État ou octroi d'un monopole juridique sont des indices très significatifs. Le dernier d'entre eux notamment, et certains ont voulu en faire un indice à lui seul suffisant :

Concl. Kahn sur T.C. 8 décembre 1968, Arcival : « La possession d'un monopole est, dans la doctrine du conseil d'État, la prérogative de puissance publique par excellence... Nous ne connaissons pas d'exemple d'une entreprise d'intérêt général qui, titulaire d'un agrément exclusif dans une branche d'activité (Narcy) ou sur une partie du territoire (Magnier) n'ait pas été comptée au nombre des services publics »

La thèse est excessive, car il existe des personnes privées qui, grâce à un agrément, possèdent un privilège d'exclusivité sans être pour autant considérées comme gestionnaires de service public mais il est vrai que l'indice est intéressant. On a vu dans les arrêts Narcy ou Capus, le soin que le conseil d'État met à relever tous les éléments exorbitants du régime, « prérogatives de puissance publique » d'une part, « contrôles de l'autorité de tutelle » d'autre part.

3. Des indices relatifs.

L'étude attentive de la jurisprudence montre que ces éléments tirés du régime n'ont pas de valeur en eux-mêmes ; ce sont seulement des indices révélateurs de l'intention des Pouvoirs Publics, qui permettent, quand il s'agit

d'une activité assurée par une personne privée, de renverser la présomption de son caractère purement privé. Le régime ne constitue pas, contrairement à ce que disait M. Latournerie, un critère spécifique et distinct de celui de l'intention du législateur : il constitue seulement une preuve de cette intention.

Ce caractère second et relatif ressort nettement des arrêts que nous avons cités. Dans l'arrêt Capus, comme dans l'arrêt Narcy, le conseil d'État relève l'existence de prérogatives de puissance publique (droit de préemption dans un cas, privilège d'exclusivité et droit de percevoir des cotisations obligatoires dans l'autre) mais il s'en sert pour conclure à partir de là « qu'en édictant l'ensemble de ces dispositions... le législateur a entendu... charger (ces organismes) de la gestion d'un véritable service public ». Les prérogatives de puissance publique servent bien à prouver l'intention du législateur. Or, la formule que nous avons citée se retrouve telle quelle dans tous les arrêts sur la question.

La place ainsi accordée au régime entraîne une conséquence qui n'est pas dénuée d'importance : on reconnaîtra beaucoup plus facilement la possibilité pour une personne privée de gérer un service public s'il s'agit d'un service administratif, parce qu'alors les prérogatives exorbitantes du droit commun sont nombreuses et faciles à déceler ; la solution inverse prévaut quand il s'agit d'un service industriel et commercial, dans la mesure où la gestion privée est alors la règle. Cette opposition ne peut surprendre. C'est une survivance de la conception traditionnelle selon laquelle le secteur économique est en principe réservé aux personnes purement privées. Il faut que les Pouvoirs Publics aient formulé expressément leur intention de créer un véritable service public pour que cette présomption tombe.

* * *

La notion de service public n'est donc pas si obscure qu'on le prétend parfois et elle est demeurée à peu de choses près inchangée depuis le début du siècle :

1° Qu'est-ce que le service public ? (*définition*)

C'est une activité d'intérêt général gérée par l'administration ou par une personne privée, qui en a reçu délégation et qui est soumise au contrôle de l'administration.

2° A quoi reconnaît-on qu'une activité est un service public ? (*critère*)

A l'intention du législateur.

3° Comment démontrer cette intention ? (*indices*)

En examinant si le législateur a conféré à l'organisme en cause des prérogatives de puissance publique et l'a soumis à des contrôles de tutelle.