

**DROIT ADMINISTRATIF**

M. le Professeur Jean-François BRISSON  
L2 Droit, série 2  
Année universitaire 2020-2021

**SEANCE 9 : L'USAGER DU SERVICE PUBLIC ET LA DISTINCTION SPA/SPIC**

**Documents :**

1. T. confl., 21 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, (**GAJA**)
2. CE 26 janv. 1923, *De Robert Lafrègyre*, (extraits)
3. CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques (U.S.I.A.)*
4. CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*
5. CE, Sect., 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey*
6. TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier* (**GAJA**)
7. CE, avis, 10 avril 1992, *SARL Hoffmiller*
8. T. confl. 6 avr. 2009, *Ferry c/ Syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières*
9. TC 21 mars 2005 Mme Alberti – Scott c/ Commune de Tournefort, note JF LACHAUME, « L'identification d'un service public industriel et commercial : la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service », *RFDA*, 2006, p. 119. ,
10. CE, 9 février 2018 Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)
11. Léon Duguit, note sous Conseil d'Etat, 3 février 1905, Storch et Conseil d'Etat, 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, S. 1907.3.33
12. TA Besançon, 30 mai 2013, *Syndicat des copropriétaires de la copropriété du 43 avenue Carnot et société mutuelle d'assurance de Bourgogne*, requête numéro 1200671
13. T. confl., N° C4135 8 octobre 2018 A c/ Commune de Malroy
14. Cour Cass., chambre civile 1, 13 mars 2019, MAIF, n° 18-13232
15. : T. confl. 6 avril 2009, *Ferry c/ Syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières*, req. n° 3684
16. Conseil d'État, 03 octobre 2018, n°410946, la société Sonorbois c/ l'Office national des forêts

**Exercice (Commentaire combiné) :**

- TC 21 mars 2005 Mme Alberti – Scott c/ Commune de Tournefort
- CE 3 octobre 2018, n°410946, la société Sonorbois c/ l'Office national des forêts
- TC 8 octobre 2018 A c/ Commune de Malroy

---

**Documents**

Vu l'arrêté, en date du 13 octobre 1920, par lequel le lieutenant-gouverneur de la colonie de la Côte-d'Ivoire a élevé le conflit d'attributions dans l'instance pendante, devant le juge des référés du tribunal civil de Grand-Bassam, entre la Société commerciale de l'Ouest africain et la colonie de la Côte-d'Ivoire ;

Considérant que si le lieutenant-gouverneur de la Côte-d'Ivoire a, par un télégramme du 2 octobre 1920, sans observer les formalités prévues par l'ordonnance du 1er juin 1828, déclaré élever le conflit, il a pris, le 13 octobre 1920, un arrêté satisfaisant aux prescriptions de l'article 9 de ladite ordonnance ; que cet arrêté a été déposé au greffe dans le délai légal ; qu'ainsi le tribunal des conflits est régulièrement saisi ;

Sur la compétence :

Considérant, d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ;

**d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac. Que, - si donc c'est à tort qu'au vu du déclinatoire adressé par le lieutenant-gouverneur, le président du tribunal ne s'est pas borné à statuer sur le déclinatoire, mais a, par la même ordonnance désigné un expert contrairement aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828, - c'est à bon droit qu'il a retenu la connaissance du litige ;**

Considérant que le sieur de Robert-Lafrégeyre demande au Conseil d'Etat de lui allouer, pour la rupture du contrat qui le liait à la Colonie de Madagascar, une indemnité plus élevée que celle que lui a accordée l'arrêté attaqué ; que cette colonie conclut au rejet de la requête, et, par la voie du recours incident, à la réformation dudit arrêté, en tant qu'il l'a condamnée à payer au sieur de Robert-Lafrégeyre des dommages-intérêts qu'elle estime ne pas lui être dus, ainsi qu'à la condamnation du sieur de Robert-Lafrégeyre à lui rembourser la somme de 5.903 francs 33 payée en vertu de la décision du Conseil du Contentieux administratif ; qu'enfin le sieur de Robert-Lafrégeyre a opposé au recours incident une fin de non-recevoir tirée de l'acquiescement qu'aurait donné la Colonie à l'arrêté qu'elle critique aujourd'hui devant le Conseil d'Etat ;

Sur la compétence :

**Considérant que, eu égard au caractère des fonctions de direction auxquelles le sieur de Robert-Lafrégeyre a été appelé par arrêté du Gouverneur général de la Colonie de Madagascar, les difficultés soulevées entre la Colonie et le requérant touchant les droits résultant pour ce dernier du contrat qui le liait à la Colonie sont de celles sur lesquelles il appartient à la juridiction administrative de statuer, et que, s'agissant de fonctions publiques coloniales, le Conseil du Contentieux administratif de Madagascar était compétent pour en connaître ;**

**CE, Ass., 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques***

Sur la légalité du décret attaqué

Cons. qu'aux termes de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 «les matières relevant de la compétence du pouvoir réglementaire en vertu de l'article 6 sont les suivantes : ... organisation, suppression, transformation, fusion, règles de fonctionnement et contrôle de l'ensemble des services de l'Etat ou des services fonctionnant sous son contrôle ou dont les dépenses sont supportées en majeure partie par lui et des établissements publics de l'Etat...» ; qu'il s'ensuit qu'à la différence des établissements publics de l'Etat à caractère industriel ou commercial, pour lesquels ni l'article 2 ni l'article 7, alinéa 5, ni aucune autre disposition de la loi du 17 août 1948 ne confèrent un tel pouvoir au gouvernement, les établissements publics de l'Etat ne présentant pas un caractère industriel ou commercial peuvent être légalement supprimés par un décret pris dans les conditions prévues à l'article 6 de la loi susmentionnée :

**Cons. que la Caisse de Compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, instituée par l'article 105 de la loi du 31 mars 1931 et dont le domaine d'activité avait été étendu par le décret du 24 mai 1938, avait essentiellement pour objet de subventionner des opérations d'intérêt général ; qu'elle tirait la plus grande partie de ses ressources d'une retenue de nature parafiscale, précomptée sur toutes les factures afférentes à des marchés passés par le Ministre de l'Air ou pour son compte, en vue de la livraison de matériels volants ou des fournitures nécessaires auxdits matériels ; que ses modalités de fonctionnement présentaient un caractère purement administratif ; que, dans ces conditions, ladite caisse ne constituait pas un établissement public à caractère industriel ou commercial ; que, dès lors, elle était au nombre des établissements publics qui sont visés par la disposition susrappelée de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 et qui, par suite, peuvent être supprimés par un décret pris dans les conditions prévues à l'article 6 de ladite loi ;**

Cons. qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier qu'en prenant le décret du 11 mai 1953 portant suppression de la caisse susmentionnée le gouvernement ait usé des pouvoirs qu'il tient de la loi du 17 août 1948 pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils lui ont été conférés : que l'opportunité de la mesure prise par le gouvernement dans la limite des pouvoirs qui lui ont été dévolus par la loi ne saurait être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ; ...

Rejet.

**CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau***

« Requête du sieur Jalenques de Labeau (Guy) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté du Ministre de l'Information, en date du 20 novembre 1950, mettant fin, à compter du 1er décembre 1950, à ses fonctions de directeur de l'administration de l'Agence France-Presse et, en tant que de besoin, de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par ce ministre sur le recours gracieux à lui adressé tendant au retrait de l'arrêté susvisé :

Vu l'ordonnance du 30 septembre 1944 ; les décrets du 30 septembre 1944 et du 9 août 1947 ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Considérant qu'il résulte des termes mêmes du décret du 9 août 1947, qui a modifié le décret du 30 septembre 1944 pris par application de l'article 5 de l'ordonnance du 30 septembre 1944 portant création à titre provisoire de l'Agence France-Presse, que cette agence présente les caractères d'un établissement public industriel et commercial ; que, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents dudit établissement à l'exception de celui desdits agents qui est chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement, ainsi que du chef de la comptabilité, lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public ;

**Considérant que le sieur Jalenques de Labeau occupait le poste de direction de l'administration de l'Agence France-Presse ; qu'à ce titre, en vertu des dispositions de l'article 1er de l'ordonnance précitée du 30 septembre 1944 et de l'article 1er du décret du 30 septembre 1944 modifié par le décret du 9 août 1947, le requérant était placé sous les ordres du directeur général de l'agence, chargé d'assurer, sous le contrôle du Ministre de l'Information, le fonctionnement général des services de cet établissement ; qu'il suit de là que le litige que soulève le pourvoi dirigé contre l'arrêté, en date du 20 décembre 1950, par lequel le Ministre de l'Information a mis fin aux fonctions susmentionnées du sieur Jalenques de Labeau et contre la décision implicite dudit ministre refusant de rapporter cet arrêté, relève de la compétence des tribunaux judiciaires ; que, dès lors, la requête n'est pas recevable ; »**

**CE, Sect., 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey***

[...] Considérant qu'aux termes de l'article 1er du décret du 29 septembre 1935, les opérations d'achat et de vente d'alcools par l'État, telles qu'elles sont définies par la législation en vigueur, sont effectuées par une régie commerciale qui prend la dénomination de service des alcools ; **que ce service présente le caractère d'un service public industriel et commercial : qu'il en résulte que les rapports entre ledit service et ses usagers sont des rapports de droit privé; qu'il n'appartient dès lors qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges auxquels ils peuvent donner lieu, quelles que soient d'ailleurs les clauses insérées par le service dans les contrats passés entre les intéressés** ;

Cons. que le litige qui oppose la Société « Les Établissements Campanon-Rey » au service des alcools est né à la suite d'une décision du directeur de ce service refusant de livrer à ladite société, au tarif spécial d'exportation, d'une part 148 hectolitres d'alcool en remplacement de quantités d'alcool acquises au tarif normal et incorporées dans des produits exportés, et d'autre part 80 hectolitres correspondant à l'application d'un tarif prétendument erroné sur une quantité de 150 hectolitres d'alcool cédé antérieurement à la société requérante ;

Cons. que le litige ainsi défini concerne les rapports de la Régie des Alcools avec l'un de ses usagers; que, par suite, il ne relève pas de la juridiction administrative; que, dès lors, c'est à tort que le Tribunal administratif de Montpellier s'est reconnu compétent pour en connaître; [...]

**TC, 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier***

Vu, enregistrée au Secrétariat du Tribunal des Conflits le 21 juillet 1967 une expédition de l'arrêt en date du 7 juin 1967 par lequel la Cour de Cassation, Chambre sociale, saisie du pourvoi formé par la Compagnie nationale Air-France, dont le siège est ..., en cassation d'un arrêt rendu le 30 avril 1963 par la Cour d'appel de Paris au profit des époux X..., demeurant à la Laiterie par Moisenay Seine-et-Marne, défendeurs à la cassation, a renvoyé au Tribunal des Conflits le soin de décider si les Tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour apprécier la légalité du règlement par lequel la Compagnie nationale Air-France a, le 20 avril 1959, fixé les conditions de travail du personnel navigant commercial,

et notamment a prévu, à l'article 72 de ce règlement, que le mariage des hôtesses de l'air entraînait, de la part des intéressées, cessation de leurs fonctions ;

**Considérant que si la Compagnie nationale Air-France, chargée de l'exploitation de transports aériens, est une société anonyme c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du Conseil d'administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif ;** qu'aux termes du décret n° 50-835 du 1er juin 1950 et de l'article 143 du Code de l'aviation civile et commerciale alors en vigueur, le personnel de la Compagnie Air-France est soumis à un statut réglementaire, arrêté par le Conseil d'administration et approuvé par le Ministre chargé de l'aviation civile et commerciale et par le Ministre des finances et des affaires économiques ; que, dès lors, en application de ces dispositions, combinées avec celles de l'article 31 du Livre 1er du Code du travail, les conditions de travail de ce personnel ne sont pas fixées par voie de convention collective ;

Considérant que le règlement, établi le 20 avril 1959, dans le cadre des prescriptions ci-dessus analysées, par la Compagnie nationale Air-France pour fixer les conditions de travail du personnel navigant commercial, comporte, notamment en son article 72 - lequel dispose que le mariage des hôtesses de l'air entraîne, de la part des intéressées, la cessation de leurs fonctions - des dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ; que ces dispositions confèrent audit acte dans son intégralité un caractère administratif et rendent compétentes les juridictions administratives pour apprécier sa légalité ;

<b>CE, avis, 10 avril 1992, SARL Hoffmiller</b>
---

[... transmettre le dossier de cette requête au Conseil d'Etat en soumettant à son examen les questions suivantes :

Lorsqu'une redevance d'enlèvement des ordures, déchets et résidus a été légalement instituée par une commune en application de l'article L.233-78 du code des communes et est calculée en fonction de l'importance du service rendu, la juridiction administrative est-elle compétente pour connaître des litiges auxquels donne lieu le paiement de cette redevance, y compris lorsque ladite redevance est recouvrée par la commune au profit d'un concessionnaire de service public ?

Dans l'hypothèse d'une compétence de la juridiction administrative, les personnes desservies peuvent-elles, en renonçant à l'utilisation dudit service de ramassage et d'élimination des ordures, déchets et résidus, être exonérées de la redevance et, dans l'affirmative, cette exonération peut-elle être subordonnée à la preuve d'une élimination des ordures, déchets ou résidus selon un procédé régulier ?

La possibilité, pour les communes, leurs groupements ou les établissements publics locaux qui assurent l'enlèvement des ordures, déchets et résidus, d'instituer une redevance pour service rendu, dont l'institution entraîne la suppression de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, résulte des dispositions du II de l'article 14 de la loi n° 74-1129 du 30 décembre 1974 codifiées à l'article L.233-78 du code des communes.

La faculté ainsi ouverte aux collectivités susvisées est directement liée à celle qui leur est simultanément ouverte par le I du même article 14, codifié à l'article 260 A du code général des impôts, d'opter pour l'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée des opérations relatives au service d'enlèvement et de

traitement des ordures, déchets et résidus, lorsque ce service donne lieu au paiement de la redevance ainsi instituée. La même faculté d'assujettissement est d'ailleurs ouverte par cette disposition en ce qui concerne les opérations relatives à des services industriels et commerciaux tels que la fourniture de l'eau et l'assainissement.

**Il résulte de ces dispositions, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu permettre à ces collectivités publiques, en substituant une rémunération directe du service par l'usager à une recette de caractère fiscal, de gérer ce service comme une activité industrielle et commerciale. Par suite, lorsqu'une commune décide de financer son service d'enlèvement des ordures ménagères par la redevance mentionnée à l'article L.233-78 du code des communes et calculée en fonction de l'importance du service rendu, ce service municipal, qu'il soit géré en régie ou par voie de concession, doit être regardé comme ayant un caractère industriel et commercial. Dès lors, il appartient à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs au paiement des redevances qui sont réclamées aux usagers du service.**

Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil d'Etat d'examiner la seconde question posée par la cour administrative d'appel et concernant la possibilité, pour un usager desservi par le service susmentionné d'enlèvement des ordures ménagères, d'être exonéré de la redevance au motif qu'il aurait renoncé aux prestations fournies par ledit service.

Le présent avis sera notifié à la cour administrative d'appel de Nancy, à la SARL Hofmiller et au ministre du budget. Il sera publié au Journal officiel de la République française.

**TC, 6 avr. 2009, *Ferry c/ Syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières***

Vu, enregistrée à son secrétariat le 17 janvier 2008, l'expédition de l'arrêt du 7 janvier 2008 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille, saisie de la demande de Mme A tendant à la réparation des dommages corporels qu'elle a subis à la suite d'un accident de télésiège survenu le 30 décembre 1996 sur une piste de la station de l'Audibergue à Andon (06), a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Considérant que Mme A sollicite du syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières, venant aux droits du syndicat intercommunal de l'Audibergue et de la Lane, la réparation du préjudice qu'elle a subi à la suite d'un accident de télésiège survenu le 30 décembre 1996 sur une piste gérée et exploitée par le syndicat et qu'elle impute notamment à la mise en fonctionnement d'une remontée mécanique en l'absence d'un enneigement suffisant et au manque de certains dispositifs de sécurité ;

**Considérant que l'article L.342-13 du code du tourisme issu de l'article 47 de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne dispose que l'exécution du service des remontées mécaniques et pistes de ski est assurée soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme de service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente ; qu'en regard à la nature juridique du service industriel et commercial assuré en l'espèce par le syndicat intercommunal, l'action engagée par Mme A, usager de ce service, relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;**

Décide :

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant Mme A au syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières.

**TC, 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott**

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

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

Considérant que la commune de Tournefort, qui exploite en régie un service de distribution d'eau non doté d'un budget annexe, prélève à ce titre sur les usagers une redevance tenant compte de leur consommation d'eau mesurée par les compteurs installés à l'initiative de la commune ; qu'ainsi, ce service présente un caractère industriel et commercial, nonobstant la circonstance que ces redevances ne couvriraient qu'une faible partie du coût annuel du service ; que, par suite, le litige opposant Mme X à la commune de Tournefort au sujet du remboursement de la pose d'un compteur d'eau concerne les rapports entre un service public industriel et commercial et un usager et relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;

**D E C I D E** : Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant Mme X à la commune de Tournefort.

**Note J.-F. LACHAUME, « L'identification d'un service public industriel et commercial : la neutralisation du critère fondé sur les modalités de gestion du service », *RFDA*, 2006, p. 119.**

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

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

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

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

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

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

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

A) Or, par la décision Alberti-Scott, le Tribunal des conflits, s'agissant d'un service public communal de distribution de l'eau tout au moins, reconnaît à ce service un caractère industriel et

commercial - ce qui ne rompt pas avec la jurisprudence la mieux établie - mais par un raisonnement qui semble s'écarter de celui élaboré à partir des conclusions de P. Laurent précitées.

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

Ainsi, pour bien situer la décision Alberti-Scott dans la jurisprudence du Tribunal des conflits relative à l'affirmation du caractère industriel et commercial du service public de distribution de l'eau, il faut brièvement faire état de cette jurisprudence depuis 1990, date de la décision Thomas. Il apparaît que le juge des conflits, sur cette période, utilise trois démarches. La première, celle rencontrée dans la décision Epoux Laperrouze du 14 mai 1990 (Lebon, p. 618) et Berger du 22 juin 1992 (Lebon, p. 840) consiste à affirmer que les services publics de distribution d'eau potable en cause dans ces affaires présentent, eu égard à leur objet et aux conditions de leur fonctionnement, un caractère industriel et commercial. Ces décisions ne font pas référence à la troisième condition normalement nécessaire pour identifier le service public industriel et commercial, à savoir les modalités de financement qui, dans l'affaire Thomas, auraient dû faire obstacle au renversement de la présomption d'administrativité (l'utilisateur acquittant une somme forfaitaire inférieure au coût réel du service). La seconde démarche utilisée dans les autres décisions, consiste à affirmer purement et simplement, sans autre précision, le caractère industriel et commercial (T. confl., 14 janv. 1998, Commune de Toulon, Lebon, p. 8 ; 19 janv. 1998, Association syndicale des propriétaires du lotissement ERIMA, Lebon, p. 824 ; 20 janv. 2003, Fernandes, Lebon, p. 567 ; du même jour, Société Isomir, Lebon, p. 568 ; 21 juin 2004, Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier « Grand Boucle », Lebon, p. 631). Enfin, la troisième démarche apparaît dans la décision Alberti-Scott du 21 mars 2005 donc postérieure à toutes les autres.

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

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

d'être gérée par des entreprises privées en vertu des contrats de délégation de service public. Il est évident que le service public de l'eau entre dans ces prévisions, a contrario en quelque sorte, si l'on songe qu'une grande partie de l'eau potable distribuée en France l'est pas des entreprises privées.

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

En premier lieu, cette affirmation n'est pas nouvelle : on la trouve, sous une forme à peine différente dans la décision précitée du Tribunal des conflits Thomas du 19 janvier 1990. C'est d'ailleurs à propos de la solution adoptée par cette décision, qui juge que le service de l'eau est un service public industriel et commercial même si la somme forfaitaire demandée à l'utilisateur « est inférieure au coût réel du service assuré », que R. Chapus avait constaté que « si le Tribunal des conflits a voulu étonner, il a certainement réussi... » (Droit administratif général, I, 15<sup>e</sup> éd., n° 771). Il est vrai, qu'entre les décisions Thomas et Alberti-Scott, est venue s'intercaler la décision Préfet de Mayotte (T. confl., 24 oct. 1994, Lebon, p. 607) qui semblait revenir à l'utilisation orthodoxe du critère de distinction service public administratif/service public industriel et commercial en refusant de reconnaître un caractère industriel et commercial à des distributions de pétrole lampant à la population de Mayotte par les autorités de la République dès lors qu'elles « sont faites à un prix de vente sensiblement inférieur à leur coût ». Le juge des conflits, tout au moins s'agissant du service public de distribution de l'eau, n'a donc pas abandonné sa jurisprudence Thomas en admettant, à nouveau, dans la décision Alberti-Scott qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre le caractère industriel et commercial du service et une sous-tarifification de la fourniture à l'utilisateur. Alors qu'une telle situation est de nature à différencier fortement le service public en cause des modes de financement des entreprises privées, même si le Tribunal exclut expressément, ce que ne faisait pas la décision Thomas, qu'un service public de distribution d'eau puisse être industriel et commercial « lorsque son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'utilisateur », c'est-à-dire que sont maintenus d'une part le principe de l'incompatibilité entre gratuité totale et caractère industriel et commercial d'un service public (V. infra 2<sup>e</sup> partie) et, d'autre part, l'exigence que le prix payé par l'utilisateur, si modeste soit-il, prenne en compte, d'une façon ou d'une autre, le volume de la consommation de celui-ci.

Ensuite, en découplant le caractère industriel et commercial du service public de distribution de l'eau et l'exigence d'une redevance payée par l'utilisateur correspondant au coût réel de la prestation ou s'en approchant, le juge des conflits, tout en majorant bien évidemment le rôle de l'objet dans l'identification du service public industriel et commercial, a peut-être pris acte du fait qu'il n'y a pas après tout incompatibilité radicale entre service public industriel et commercial et sous-tarifification à l'utilisateur. Il suffit de songer aux nombreux transports publics dont la qualification de service public industriel et commercial n'est pas contestée et qui sont très largement sous-tarifés, puisque le prix facturé à l'utilisateur

ne représente quelquefois que 40 % du coût réel du service rendu (30 % pour les TER). D'ailleurs, lorsque le code général des collectivités territoriales impose un équilibre des budgets des services publics industriels et commerciaux locaux sans subvention versée par la collectivité de rattachement (sous réserve des exceptions prévues justement, dans certains cas, pour les services publics de l'eau et de l'assainissement : art. L. 2224-2), il n'exige pas que les dépenses soient exclusivement couvertes par le prix payé par les usagers. De même d'ailleurs que, dans la délégation de service public, qui porte le plus souvent, sur des services publics industriels et commerciaux, le juge admet que les résultats de l'exploitation ne soient pas systématiquement liés aux redevances perçues sur les usagers.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Néanmoins, il conviendrait de s'entendre sur ce qu'est l'objet du service public et ne pas, ou ne plus, confondre l'objet d'un service public et son but ou sa finalité, ce qui arrive quelquefois. Le but de tout service public est d'assurer la satisfaction d'un intérêt général caractérisé. Ainsi, et pour ne prendre que ces exemples, les services publics de l'eau, de l'assainissement, de l'enlèvement des déchets, etc. ont notamment pour but la préservation de la santé, de l'hygiène publique, il n'en reste pas moins qu'ils se matérialisent en quelque sorte par des activités industrielles et commerciales. Leur but peut donc apparaître administratif alors que la prestation considérée en elle-même relève d'une activité de fourniture de prestations et de services possédant un caractère industriel et commercial (V. concl. J. Arrighi de Casanova sur CE, avis, 10 avr. 1992, SARL Hofmiller, RFDA 1994, p. 160 ). Il suffit, à propos du service public des pompes funèbres, de rapprocher deux décisions l'une du Tribunal des conflits, l'autre du Conseil d'Etat pour se convaincre de l'existence de difficultés. Pour le premier le service en cause a un objet (pour l'essentiel la police des funérailles) qui fait obstacle au renversement de la présomption d'administrativité (V. note L. Richer sous T. confl., 20 janv. 1986, Ville de Paris c/ SA Roblot, AJDA 1968, p. 267), alors que le Conseil d'Etat a considéré que la loi du 8 janvier 1993, qui ne modifie pourtant pas l'objet du service, imprime désormais à celui-ci un caractère industriel et commercial (CE, avis, 19 déc. 1995, EDCE, n° 47, p. 427) en l'immergeant dans un secteur concurrentiel. Le Tribunal des conflits n'avait-il pas ici confondu l'objet du service et le but de celui-ci ? De même, lorsque les bacs maritimes de transport, après avoir été considérés comme des services publics industriels et commerciaux eu égard notamment à l'analogie de leur objet avec celui d'une entreprise privée, sont désormais qualifiés de service public administratif parce qu'ils assurent la continuité territoriale (CE, 10 juill. 1989, Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime, RFDA 1991, p. 180, note

J.-F. Lachaume ), on est en droit de s'interroger si en raisonnant ainsi le juge ne confond pas - volontairement peut-être - l'objet du service public et son but.

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

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

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

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

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

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

A supposer que cette solution soit transposable à d'autres services publics, elle aurait pour elle le mérite du réalisme car, nous l'avons vu (supra), une telle sous-tarification n'est pas inconnue de services publics industriels et commerciaux incontestés et surtout la solution retenue est de nature à faire obstacle à ce qu'un même service public change de caractère selon que la contribution financière demandée à une catégorie d'utilisateurs correspond au coût réel de la prestation, alors qu'elle est inférieure à ce coût pour une autre catégorie d'utilisateurs de ce même service. Sans compter que la compatibilité entre la qualification de service public industriel et commercial et une sous-tarification de la prestation permet également, au sein des services d'intérêt économique général, de reconnaître le même caractère industriel et commercial aux prestations et fournitures relevant du service universel car le prix réputé abordable au titre de ce service peut être inférieur, dans certains cas, au coût réel de la prestation.

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

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

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

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

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

A supposer que la décision Alberti-Scott établisse bien, principalement à partir de l'objet d'un service public et dans le silence du législateur, une présomption de son caractère industriel et commercial, se posera inévitablement le sort du critère traditionnel de distinction service public administratif/service public industriel et commercial. Pourquoi, après tout, ne pas considérer que, parallèlement à la solution Alberti-Scott, il est possible d'admettre que, par leur objet, certains services publics sont présumés administratifs sans avoir ensuite à prendre en compte leurs modalités de financement et de gestion, sous réserve qu'il faudrait également reconnaître un caractère administratif aux services publics présumés industriels et commerciaux par leur objet dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une facturation périodique à l'usager.

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

---

### **Conseil d'État, 9 février 2018 Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF)**

1. Considérant que, par un courrier en date du 7 juillet 2016, le président de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération a demandé au Premier ministre d'abroger les annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention, approuvée par décret du 29 octobre 1990, passée entre l'État et la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes, au motif que ces annexes ne prévoient pas la réalisation du barreau de liaison entre l'autoroute A4 et la RN 36 déclarée d'utilité publique par un arrêté préfectoral du 27 juillet 2012 ; que les dispositions de ces annexes, relatives à la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers, ont été introduites par le douzième avenant à cette convention, lui-même approuvé par décret du 21 août 2015 ; que la présente requête tend à l'annulation pour excès de pouvoir du refus implicite opposé par le Premier ministre à cette demande ;

2. Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, un tiers à un contrat est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts ; qu'il est également recevable à demander, par la même voie, l'annulation du refus d'abroger de telles clauses à raison de leur illégalité ; que, d'autre part, il appartient à toute personne y ayant intérêt de contester par la voie de l'excès de pouvoir une décision autorisant l'exécution de travaux autoroutiers ;

3. Considérant, d'une part, que revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public ; que, s'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé ; qu'en revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ;

4. Considérant que les stipulations contestées des annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention de concession autoroutière en cause, qui portent sur la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers et déterminent les conditions de réalisation d'un aménagement complémentaire à cet échangeur, et sont ainsi relatives à la réalisation d'ouvrages, ne présentent pas un caractère réglementaire ; que, dès lors, les conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger ces dispositions sont irrecevables ;

5. Considérant, d'autre part, que si les stipulations de l'avenant à la convention de concession litigieuse révèlent, au plus tard à la date à laquelle cet avenant a été approuvé par le décret du 21 août 2015, la décision par laquelle la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a autorisé la SANEF à exécuter les travaux nécessaires à la réalisation d'une bretelle de sortie de l'autoroute A4 au niveau de l'échangeur n° 14, une telle mesure, qui ne constitue pas une décision réglementaire et ne présente pas davantage le caractère d'une décision administrative individuelle, ne

pouvait être contestée par la voie contentieuse au-delà du délai de recours de droit commun de deux mois à compter de sa publication ; que le décret approuvant l'avenant litigieux a été publié au Journal officiel le 23 août 2015 ; que dès lors, si la présente requête, qui est dirigée contre le rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande que lui a adressée le président de la communauté d'agglomération le 7 juillet 2016, tend également à contester la décision ministérielle d'autorisation de travaux, de telles conclusions ne peuvent qu'être rejetées comme tardives ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération doit être rejetée, y compris ses conclusions à fin d'injonction et celles présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : La requête de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération, au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire et à la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France.

Copie en sera transmise au Premier ministre et à la Société des autoroutes Paris-Normandie.

---

Léon Duguit, note sous Conseil d'Etat, 3 février 1905, Storch et Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, S. 1907.3.33

Décision(s) commentée(s):

- Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, requête numéro 19167, publié au recueil •  
Conseil d'Etat, 3 février 1905, Storch, publié au recueil

Voici deux arrêts relatifs à des recours pour excès de pouvoir intentés par les habitants d'un quartier associés ou syndiqués, et ce à propos de l'organisation défectueuse, à leur avis, du service des tramways. Ces arrêts soulèvent deux questions, celle de la recevabilité du recours d'un syndicat d'habitants d'un quartier, et celle, plus importante, de savoir comment les habitants d'un quartier peuvent s'y prendre pour saisir un juge de réclamations contre la mauvaise organisation d'un service ou pour rappeler un concessionnaire à l'observation de son cahier des charges. Autrement dit, première question : A supposer qu'une voie contentieuse existe au profit des habitants d'un quartier pour rappeler un concessionnaire de tramways à l'observation de son cahier des charges, le syndicat de ces habitants a-t-il qualité pour intenter cette action? Deuxième question : Existe-t-il une voie contentieuse à la disposition des habitants pour l'objet indiqué, et quelle est-elle? Nous ajouterons une troisième question sur la nature du droit que l'on peut reconnaître aux habitants d'un quartier sur les services publics qui existent dans ce quartier.

### § 1er

I. — La question de recevabilité du recours intenté par le syndicat des habitants du quartier ne nous retiendra pas longtemps, bien que la solution soit fort importante. Dans l'arrêt Storch (1<sup>o</sup> espèce), le Conseil d'Etat n'avait pas voulu se prononcer : « Sans qu'il soit besoin d'examiner si le sieur Storch aurait qualité pour agir en justice au nom et comme président du Syndicat des négociants, habitants et propriétaires de la rue Réaumur et des rues adjacentes; — Considérant que le sieur Storch est commerçant et propriétaire d'un immeuble situé en bordure de la rue Réaumur; qu'il a un intérêt direct et personnel à demander l'annulation de l'arrêté attaqué; qu'ainsi sa requête est recevable. » Le Conseil

avait donc écarté la qualité de président du syndicat chez le requérant et n'avait voulu le prendre que comme commerçant et propriétaire en son nom individuel; il avait ainsi esquivé la difficulté. Dans l'arrêt *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (2<sup>o</sup> espèce), à la demande de M. le commissaire du gouvernement Romieu, le Conseil aborde de front la question et la résout affirmativement et dans les termes suivants : « Sur la fin de non-recevoir tirée de ce que le syndicat requérant ne constituerait pas une association capable d'ester en justice; — Considérant que le Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli s'est constitué en vue de pourvoir à la défense des intérêts du quartier, d'y poursuivre toutes les améliorations de voirie, d'assainissement et d'embellissement; que ces objets sont au nombre de ceux qui peuvent donner lieu à la formation d'une association, aux termes de l'art. 1er de la loi du 1er juillet 1901; qu'ainsi l'association requérante, qui s'est conformée aux prescriptions des art. 5 et s. de la loi du 1er juillet 1901, a qualité pour ester en justice. » Ce dispositif appelle plusieurs observations :

1<sup>o</sup> Le Conseil d'Etat ne statue explicitement que sur la qualité qu'aurait le syndicat des habitants du quartier d'ester en justice; il y avait une autre prétention élevée par les adversaires, et qui consistait à dire que le syndicat, fût-il capable d'ester en justice, n'aurait pas qualité pour intenter un recours qui, en somme, devait être considéré comme personnel à chacun de ses adhérents; en d'autres termes, on soulevait la querelle de l'action collective et de l'action individuelle. Le Conseil d'Etat se prononce, mais seulement de façon implicite : « Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres fins de non-recevoir opposées par la Compagnie des tramways au pourvoi du syndicat. » Il admet donc que le pourvoi du syndicat représente une action collective pour la défense d'un intérêt collectif des adhérents. C'était le sens dans lequel M. le commissaire du gouvernement l'invitait à statuer, et c'est d'ailleurs le sens dans lequel se prononce de plus en plus la jurisprudence à propos des syndicats professionnels. Dès le moment qu'un groupement est constitué en vue d'un certain objet, dans les limites de cet objet, l'intérêt individuel de chacun des membres est toujours accompagné de l'intérêt collectif du groupe (V. sur le droit pour les syndicats professionnels d'agir en justice, Cass. 5 janv. 1894, S. et P. 1895.1.382 et les renvois; 5 janv. 1897, S. et P. 1897.1.212; Aix, 26 juin 1906, S. et P. 1906.2.95 et les renvois. V. aussi la note de M. Hauriou sous Cons. d'Etat, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, S. et P. 1903.3.1, et les autorités citées). Le Conseil d'Etat lui-même, après certaines hésitations, a admis les syndicats professionnels à défendre les intérêts collectifs du groupe (V. Cons. d'Etat, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires de bains de Paris*, S. 1889.3.7; P. chr.; 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec*, S. et P. 1901.3.108; 2 févr. 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris*, S. 1907.3.1; 9 févr. 1906, *Syndicat des chirurgiens dentistes*, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 117; 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, S. 1907.3.19, les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu et les renvois de la note).

2<sup>o</sup> Le Conseil d'Etat prend le syndicat des habitants d'un quartier constitué pour la défense des intérêts du quartier pour une association de droit commun régie par la loi du 1er juillet 1901; il remarque qu'elle s'est formée conformément à cette loi, et notamment qu'elle a fait la déclaration prescrite par les art. 5 et s. Il affirme que la défense des intérêts d'un quartier, la poursuite des améliorations de voirie, d'assainissement et d'embellissement, sont des objets qui peuvent donner lieu à une association de cette espèce. La solution est d'une grande importance. D'abord elle signifie que des groupements de ce genre ne sont ni des associations syndicales de la loi de 1865, ni des syndicats professionnels de la loi de 1884. Ce ne sont pas des associations syndicales de la loi de 1865, parce que, bien que constituées par des propriétaires, et même souvent par les propriétaires d'un certain périmètre, ces propriétaires n'ont pas pour but d'exécuter des travaux, mais seulement d'étudier des questions et de défendre des intérêts; c'est ce que le commissaire du gouvernement avait fait remarquer fort justement. Ce ne sont pas davantage des syndicats professionnels, parce que, être habitant d'un certain quartier ou bien propriétaire d'une maison ce n'est pas exercer une profession, c'est-à-dire un mode d'activité déterminé; c'est plutôt avoir une certaine situation à défendre ou à protéger (Comp. la note sous Cons. d'Etat, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, précité). Mais, quoique n'étant ni des associations syndicales, ni des syndicats professionnels, ces groupements vaudront comme associations déclarées de la loi du 1er juillet 1901. De

plus, des groupements de ce genre pourront être constitués en certaines occasions à côté de véritables syndicats professionnels pour augmenter la capacité de ceux-ci ; à moins que, par la combinaison des formalités de la loi de 1901 et de celles de la loi de 1884, le même groupement ne puisse être considéré comme étant à la fois un syndicat professionnel et une association de défense de propriétaires. Nous faisons allusion ici à la situation particulière des syndicats agricoles et des syndicats de la propriété bâtie. Le Conseil d'Etat, dans un certain nombre de décisions, a semblé considérer qu'il ne rentrerait pas dans leur spécialité, en tant que syndicats professionnels, de défendre les intérêts de leurs membres à l'encontre de l'Administration ou au sujet de certaines entreprises administratives, parce que cela n'était point relatif à leur activité fonctionnelle (V. Cons. d'Etat, 1er mai 1896, *Boucher d'Argis*, S. et P. 1898.3.67 ; 9 mars 1900, *Boucher d'Argis*, S. et P. 1901.3.1 ; 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, précité, et la note). Mais cela rentrera dans leur spécialité en tant qu'associations de la loi de 1901, s'ils s'arrangent de façon à valoir aussi en cette qualité.

Il ne faut pas se dissimuler que, dans l'avenir, l'Administration se trouvera souvent aux prises ainsi, soit avec des associations de quartier, soit avec des syndicats de la propriété bâtie ou des syndicats agricoles, transformés en associations de la loi de 1901, permettant la défense de la propriété contre ses propres agissements. C'est une nouvelle transformation de recours contentieux qui se prépare. Jusqu'ici individuels, ils seront de plus en plus collectifs par l'intermédiaire d'associations ou de syndicats. En ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, la nouveauté ne sera pas bien grande, en ce sens que l'annulation d'une décision administrative, obtenue sur un recours individuel, vaut déjà *erga omnes* (V. Hauriou, *Précis de dr. Admin.*, 11<sup>e</sup> éd., p. 434) ; mais, pour les recours contentieux ordinaires, il y aura des solutions plus nouvelles le jour où des indemnités seront accordées au syndicat pour préjudice collectif causé par l'Administration au groupement. De plus, des associations de défense ou des syndicats montreront plus de hardiesse et plus d'esprit de suite dans les réclamations contentieuses ; ils auront moins à redouter les risques pécuniaires d'un procès ; il feront juger des questions qui ne l'ont jamais été : telle cette question du droit pour l'Administration de créer des champs d'épandage dans les environs des villes vidangées par le tout-à-l'égout, qui était posée au fond dans l'affaire précitée du *Syndicat agricole d'Herblay*, et qui n'a pas été tranchée parce qu'alors le recours du syndicat n'a pas été déclaré recevable.

Nous devons saluer avec satisfaction ces perspectives d'élargissement du contrôle contentieux. C'est une ère nouvelle qui commence. La juridiction administrative donne là un grand et salutaire exemple, qui devrait bien être suivi par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière criminelle ou par le législateur si la jurisprudence n'y suffit pas. On réclame depuis longtemps, au profit des associations privées qui ont un but de moralité publique ou de patronage, le droit de citation directe pour la répression de certains crimes ou délits. Voilà que, sans effort, sans campagne de presse, sans congrès, le Conseil d'Etat nous donne, au profit d'associations de défense de la propriété, le droit de citation directe en matière d'excès de pouvoir.

## § 2.

La question de fond avait été ainsi posée par M. le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'affaire *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (2<sup>e</sup> espèce) : « Les intéressés, habitants du quartier, isolés ou associés, ont-ils le droit d'intenter une action contentieuse à l'effet d'obtenir que l'Administration use de ses pouvoirs pour contraindre la concessionnaire d'un service à la stricte exécution de son contrat de concession ? La question se rattache à une autre beaucoup plus générale, qui pourrait se formuler ainsi : lorsqu'une commune (ou toute autre personne publique) crée un service public industriel, et spécialement lorsqu'elle le concède, quelle est la situation juridique des citoyens vis-à-vis de ces services publics, en tant que consommateurs, usagers, bénéficiaires du service, en tant que constituant ce qu'on appelle le public ? Quelles garanties la loi donne-t-elle à l'individu en

présence d'un service public, au point de vue de la prestation qu'il est en droit d'en attendre? » (*Journ. le Droit*, 24 févr. 1907).

Dans l'affaire *Storch* (1<sup>o</sup> espèce), il s'agissait de la substitution indûment opérée par une Compagnie de tramways de la traction par trolley aérien à des modes de traction par appareils souterrains, qui seuls étaient prévus par le cahier des charges dans l'intérieur de Paris.

Dans l'affaire du *Syndicat Croix-de-Seguey-Tivoli* (2<sup>o</sup> espèce), les faits étaient un peu plus compliqués; avant 1901, le réseau des tramways de Bordeaux, concédé par la ville à une société, comprenait notamment une ligne n<sup>o</sup> 5, partant du centre (place Richelieu), qui, arrivée aux boulevards circulaires extérieurs, continuait à gauche par le boulevard de Caudéran et droite par le boulevard du Bouscat jusqu'au dépôt de Tivoli. En 1901, une convention et un décret nouveaux substituèrent la traction mécanique à la traction animale et effectuèrent un remaniement des réseaux. La Compagnie, en novembre 1903, fit annoncer une modification de service qui, d'après elle, était la conséquence de divers remaniements, et qui supprimait un itinéraire fort utile aux habitants du quartier Croix-de-Seguey.

Ainsi, d'un côté, une modification dans le système de traction ; de l'autre, une modification dans les itinéraires suivis, voilà les faits contre lesquels les habitants du quartier voulaient réclamer par la voie contentieuse. Comment allaient-ils s'y prendre?

M. le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses observations a envisagé plusieurs hypothèses dont nous détacherons seulement les deux suivantes, de beaucoup les plus intéressantes :

**A.** Le moyen juridique dont l'usager ou le consommateur puisse user, a dit M. Romieu, est le recours contre l'exploitant devant l'autorité judiciaire pour inexécution du contrat individuel qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie ; l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les rapports contractuels et pour faire application des actes qui les régissent qu'il s'agisse de fournitures d'eau, de gaz ou du transport des voyageurs ou des marchandises. A ce dernier point de vue, notamment, elle a souvent à interpréter les tarifs et leurs conditions d'application arrêtées par le ministre des travaux publics. Mais cette action devant les tribunaux civils ne semble pas, du moins en l'état actuel de la jurisprudence, pouvoir fournir aux usagers le moyen d'obtenir d'une Compagnie concessionnaire l'exécution des stipulations insérées au contrat de concession dans leur intérêt; on pourrait, semble-t-il, concevoir que le public soit admis à se prévaloir des dispositions insérées dans le cahier des charges et puisse saisir le juge civil d'une action en indemnité fondée sur la faute commise à son égard par l'exploitant, en n'observant pas ces dispositions. Mais, jusqu'ici, il ne paraît pas que l'autorité judiciaire se soit décidée à entrer dans cette voie; elle se contente d'interpréter les articles du Code de commerce sur le contrat de transport ou les tarifs régulièrement homologués; en ce qui concerne les stipulations du cahier des charges, elle se déclare purement et simplement incompétente et ne retient pas l'action au fond, sauf à renvoyer à l'autorité administrative pour l'interprétation du cahier des charges (V. Bordeaux, 13 mars 1882, S. 1882.2.209; P. 1882.1.582; Cass, 23 mai 1905, *Comp. gén. paris. de tramways*, *Bull. civ.*, n. 57).

Nous examinerons dans un instant cette jurisprudence de la Cour de cassation, et nous verrons comment sa réserve se justifie. Nous ajouterons ceci, c'est que, dans le cas particulier du transport en tramway, on ne voit pas trop quelle violation initiale du contrat de transport l'habitant du quartier pourrait prétexter pour intenter son action en indemnité. On conçoit bien un abonné à l'année de l'eau ou du gaz se plaignant de la façon dont il est servi ou n'est pas servi au cours de l'année. On conçoit encore un voyageur monté dans un tramway, se plaignant de ce que, dans sa course actuelle, la voiture n'arrive pas au bout de son itinéraire, ou n'y arrive qu'en retard. Mais un habitant d'un quartier, tant qu'il n'est pas actuellement monté dans un tramway, n'a pas fait de contrat de transport, et, s'il y est monté, il savait

que le tramway ne suivait qu'un certain itinéraire qu'il a accepté, et il ne peut pas, à cette occasion, se plaindre de ce que la voiture ne suive pas un autre itinéraire. Il faudrait admettre une action judiciaire directe, en dehors de tout fait actuel, basée simplement sur le droit qu'auraient eu les habitants du quartier à ce que le concessionnaire ne modifiât pas ses itinéraires. Nous verrons que cela est très risqué, parce qu'on n'aperçoit pas de lien juridique entre les habitants et le concessionnaire.

**B.** Le second moyen juridique consiste à réclamer, non plus directement contre le concessionnaire qui exploite le service, mais contre l'Administration qui a organisé le service, qui l'a concédé, envers laquelle le concessionnaire est juridiquement lié, et qui a conservé contre lui des moyens d'action. Peut-être peut-on s'en prendre à elle, soit par la voie du recours pour excès de pouvoir, s'il s'agit simplement de faire juger la légalité de la situation créée, soit par le recours contentieux ordinaire, s'il s'agit d'obtenir indemnité pour un préjudice causé. En somme, l'Administration s'est chargée d'organiser le service pour le public, elle est responsable de cette organisation, car il faut bien admettre qu'entre l'Administration et les administrés, il existe un lien juridique, ou une situation juridique.

La voie du recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives intervenues est celle qu'ont suivie les intéressés dans nos deux affaires, et cela délibérément dans la seconde, sur les conseils éclairés de notre savant collègue Duguit, président du *Syndicat Croix-de-Seguey* ; c'est la voie que le commissaire du gouvernement Romieu a examinée avec soin, celle sur laquelle nos deux arrêts se prononcent affirmativement, la déclarant possible. Dans l'affaire *Storch* (1<sup>o</sup> espèce), la décision administrative avait été posée d'avance par le préfet de la Seine, dont un arrêté avait autorisé la substitution du trolley aérien à tout autre mode de traction; il avait suffi d'attaquer cet arrêté. Dans l'affaire *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey* (2<sup>o</sup> espèce), il avait fallu provoquer la décision; les intéressés avaient demandé au préfet de la Gironde d'intervenir pour obliger le concessionnaire de tramways à rétablir l'itinéraire antérieur à 1901, par application du cahier des charges et en usant des pouvoirs qu'il tient des art. 21 et 39 de la loi du 11 juin 1880. Le préfet avait répondu au syndicat par une décision de refus motivée; il n'y avait eu qu'à attaquer cette décision de refus. Si le préfet avait gardé le silence, il n'y aurait eu qu'à appliquer la loi du 17 juillet 1900, et à attaquer la décision implicite résultant du silence gardé pendant quatre mois. Il n'y avait aucune objection sérieuse à faire à ces recours pour excès de pouvoir, à une condition, c'est que les habitants du quartier fussent considérés comme ayant une sorte de droit acquis au service, car la seule ouverture qui pût être invoquée était celle de la violation de la loi et des droits acquis.

A la vérité, dans l'affaire *Storch*, il y avait, en un certain sens, grief d'incompétence : « Attendu, disait la requête, que l'art. 1er du cahier des charges, annexé au décret du 30 mars 1899, qui a déclaré d'utilité publique la ligne Noisy-le-Sec-Opéra, dispose que les conducteurs électriques ne pourront être admis qu'à l'intérieur de Paris; que cette disposition, stipulée dans l'intérêt des tiers, forme titre en leur faveur et qu'ils peuvent s'en prévaloir; que l'art. 1er du cahier des charges ne pouvait être modifié qu'en vertu d'un décret rendu après enquête; *que le préfet était incompétent* pour autoriser une modification à ce cahier des charges, même provisoire... » Et le dispositif de l'arrêt répond à ce grief de la requête : « Il appartenait au préfet de la Seine de prendre cette mesure, tant en vertu des pouvoirs spéciaux, etc... » On est donc bien sur le terrain de la compétence ou de l'incompétence. C'est bien le vieux chef d'incompétence : le préfet aurait statué à la place du chef de l'Etat, et, dans ce cas, suivant la doctrine classique, un simple intérêt lésé suffit pour justifier le recours; il n'est pas besoin d'invoquer un droit.

Mais, dans l'affaire *Syndicat Croix-de-Seguey*, la compétence du préfet n'est pas discutée. Au contraire, ce sont les intéressés eux-mêmes qui l'ont saisi de leurs réclamations. S'ils attaquent ensuite sa décision, c'est qu'ils estiment qu'au fond, elle contient une fausse application de la loi, appuyée sur une fausse interprétation du contrat de concession. Nous sommes donc en présence d'un cas de violation de la loi, qui exige comme condition, suivant la doctrine classique, la justification d'un droit acquis. (V. la note de M. Hauriou sous Cons. d'Etat, 11 déc. 1903 [2 arrêts], *Lot et Molinier*, S. et P. 1904.3.113, avec les

renvois) (V. sur ce point l'évolution de la jurisprudence dans Hauriou, *Précis de dr. adm.*, 11<sup>o</sup> éd., p. 424 et s.). Au reste, M. le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions, n'a point dissimulé cette conséquence; il l'a exposée au contraire ouvertement. Et le Conseil d'Etat accepte implicitement cette doctrine, car il ne rejette la requête du syndicat que parce que, « en l'absence d'une décision rendue par la juridiction compétente et donnant au contrat de concession une interprétation différente de celle admise par le préfet, le syndicat n'est pas fondé à soutenir que le refus qui lui a été opposé, par les termes où il a été motivé, est entaché d'excès de pouvoir ».

Ainsi la requête n'est rejetée que parce que la fausse application de la loi ne peut être démontrée en l'état de la cause, et la fausse application de la loi ne peut être établie parce qu'elle ne saurait résulter que d'une fausse interprétation du contrat de concession, et que les requérants n'ont pas suivi la procédure qu'il aurait fallu pour faire ressortir cette fausse interprétation. Elle n'est pas évidente, et, dans ces conditions, le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, ne peut en faire état. La fausse interprétation du contrat de concession est de nature à donner lieu à un contentieux de l'interprétation, lequel, en matière de travaux publics, relève du conseil de préfecture. Les requérants auraient dû greffer, sur leur recours en excès de pouvoir qui aurait constitué litige né et actuel, un recours en interprétation. M. le commissaire du gouvernement Romieu le leur a dit dans ses conclusions, tout en constatant qu'il n'y avait pas de précédent, mais que cette combinaison lui paraissait admissible. L'arrêt confirme très discrètement cette doctrine, et ce n'est pas le côté le moins intéressant. Nous devons nous attendre, dans l'avenir, à voir des demandes en interprétation de contrats administratifs greffées sur des recours pour excès de pouvoir et formant question préjudicielle.

Mais, pour en revenir à l'existence d'un droit acquis des réclamants par rapport à l'organisation du service des tramways, on voit bien qu'elle est admise implicitement par le Conseil d'Etat, du moment qu'il statue ainsi au fond et ne rejette le recours que par des moyens tirés du fond.

### §3.

De quelle nature va être le droit reconnu aux habitants d'un quartier sur les services concédés, ou plus exactement sur les services de distribution par canalisation existant dans le quartier (eau, gaz, électricité), destinés à l'éclairage, à la force motrice, à l'exploitation des transports en commun ? La question ainsi posée est déjà vaste; peut-être ne l'est-elle pas encore assez. Ne s'agit-il pas au fond de la question des droits de l'administré sur l'ensemble des services administratifs, ou du moins sur les bénéfiques qu'il tire de l'organisation des services administratifs ? D'abord, on accordera bien que la circonstance que les services sont concédés ou sont exploités en régie est indifférente ; le service de l'eau, suivant les localités, est tantôt concédé, tantôt exploité en régie; il y a des services d'éclairage au gaz et d'éclairage à l'électricité exploités en régie; il n'y a pas de raison pour que les habitants d'un quartier aient moins de droits sur un service s'il est exploité en régie que s'il est concédé; la circonstance de la concession ne modifie pas la nature du service public ; elle doit être sans influence sur le droit qu'aurait l'administré sur le service. Croit-on qu'il faille attacher plus d'importance à la circonstance que le service serait industriel ou appartiendrait à la catégorie des services de distribution par canalisation? On ne voit pas trop ce qui particulariserait ces services au point de vue des droits que les administrés auraient sur eux. Ce sont des services de quartier, parce qu'ils supposent des canalisations dans les rues, et ainsi ils deviennent un élément territorial du quartier. Mais tous les services publics, étant établis dans des circonscriptions territoriales, supposent des installations de quartier, qui sans doute ne sont pas des canalisations, mais qui deviennent quand même un élément de la vie du quartier. Un bureau de poste, un commissariat de police, une justice de paix, une caserne d'infanterie ou d'artillerie, deviennent une des éléments territoriaux d'une circonscription au même titre qu'une ligne de tramways. Les habitants du quartier en retirent des avantages de quartier. Les immeubles eux-mêmes en reçoivent une plus-value. Il n'y a donc point de ligne de démarcation à établir entre les divers services administratifs à ce point de vue; d'une façon plus ou moins apparente, ils ont tous la même nature juridique.

C'est donc bien la question générale du droit des administrés aux bénéfices des services publics qui est posée. Elle est grave, en ce sens qu'il y a des erreurs à éviter dont les conséquences sociales seraient fâcheuses.

La première précaution à prendre est d'écarter les grands systèmes sociaux, les idées préconçues, telles que le contrat social ou le quasi-contrat, etc. Tenons-nous prudemment près des faits, et marchons à pas comptés.

Un premier point certain est que l'organisation d'un service public entraîne des avantages positifs au profit des administrés, et leur confère un intérêt légitime à ce que l'organisation existante ne soit pas modifiée à leur détriment par des décisions qui seraient entachées d'excès de pouvoir. Le droit administratif a toujours reconnu ce minimum. Les habitants d'une commune, qui sont en dehors du périmètre de l'octroi et qui bénéficient de cette situation, ont un intérêt légitime à la conserver et sont recevables à critiquer les décisions qui tendraient à les englober dans une extension du périmètre; les habitants d'une localité qui a été chef-lieu de la commune ont un intérêt légitime à conserver cette situation et sont recevables à critiquer la décision qui tendrait à transporter le chef-lieu dans une autre localité (V. en ce sens, Cons. d'Etat, 28 déc. 1854, *Rousset*, S. 1855.2.363; P. chr.; 22 juill. 1892, *Samuel*, S. et P. 1894.3.67). Cet intérêt légitime permet de critiquer l'acte au nom de la pure discipline administrative, c'est-à-dire pour incompétence, violation des formes ou détournement de pouvoir. C'est ce même intérêt légitime dont il s'agit de savoir si on pourra le considérer comme un droit, afin de permettre à l'intéressé de critiquer les décisions administratives *au nom de la légalité*. On confond trop souvent, dans la théorie de l'excès de pouvoir, le point de vue de la discipline administrative et celui de la légalité; il arrive même que l'on voie dans tous les emplois du recours pour excès de pouvoir un contrôle de la légalité. C'est un tort. Il y a historiquement et réellement deux catégories distinctes : celle de la discipline administrative et celle de la légalité. L'incompétence, le vice de forme, le détournement de pouvoir n'ont pas été considérés historiquement comme des violations de la loi, mais comme des manquements à une discipline intérieure que l'Administration doit s'imposer et qu'elle devrait s'imposer alors même qu'il n'y aurait pas de loi, en sa qualité d'institution hiérarchique possédant une autonomie. La légalité est un élément imposé du dehors à l'Administration par l'autorité législative qui lui est étrangère et au nom du pays. Un intérêt légitime suffit pour mettre en mouvement le contrôle purement disciplinaire; un droit est nécessaire pour mettre en mouvement le contrôle de la légalité, parce que, dans le système juridique ordinaire, les idées de loi et de droit sont associées. Nous ne discutons pas, nous constatons. L'ouverture de la violation de la loi a été annexée dans le recours pour excès de pouvoir aux anciennes ouvertures fondées sur la violation de la seule discipline administrative; mais jusqu'ici l'exigence du droit violé a été conservée comme condition spéciale de recevabilité dans le cas de violation de la loi.

Nous disons jusqu'ici. Car le temps, qui estompe tout et rapproche tout, doit nécessairement amener une simplification. Fatalement, le *simple intérêt*, qui rend le recours pour excès de pouvoir recevable dans les trois premières ouvertures, et le droit acquis, qui le rend recevable dans la quatrième, doivent se rejoindre, et il est à prévoir que l'avantage, qui, dans les trois premières ouvertures, est considéré comme un simple intérêt, parce que cela est suffisant, sera considéré comme un droit dans la quatrième, parce que cela est nécessaire; mais ce sera au fond *le même intérêt*. Déjà les décisions du Cons. d'Etat du 11 décembre 1903, *Lot et Molinier*, du 18 mars 1904, *Savary* (S. et P. 1904.3.113), du 1er juin 1906, *Alcindor* (*Rec. des arrêts du Cons. d'Etat*, p. 515), en assimilant à des droits acquis les droits simplement éventuels que peuvent avoir à l'avancement les fonctionnaires d'un certain corps, avaient singulièrement rapproché le droit acquis du simple intérêt (V. la note de M. Hauriou sous Cons. d'Etat, 11 déc. 1903 et 18 mars 1904, précités). Nous estimons que notre décision, *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey*, fait un pas de plus et qu'elle consacre la confusion de la notion du simple intérêt et de celle du droit acquis, du moins dans la théorie de l'excès de pouvoir. Désormais, dès qu'un simple intérêt sera envisagé par rapport à la légalité d'une mesure, il deviendra *ipso facto* un droit, en vertu de ce postulat qu'à la loi correspond le droit.

Nous retombons donc dans cette constatation que le droit aux bénéfices des services publics, ce n'est pas autre chose que l'intérêt à conserver les bénéfices des services publics organisés et à empêcher leur modification par des décisions administratives nouvelles qui seraient entachées d'excès de pouvoir.

Analysons cette notion :

1° Le droit aux bénéfices des services publics est de nature spécialement administrative et non point de nature civile, et cela est vrai non seulement du service exploité en régie, mais aussi bien du service concédé. Si l'exploitation du service suppose des contrats de guichet passés d'une façon actuelle, ces contrats peuvent être de nature civile, et cela aussi bien pour les services exploités en régie que pour les services concédés, par exemple pour le service des postes aussi bien que pour celui des tramways. Mais, quant à l'organisation du service, qu'il ne faut point confondre avec l'exploitation, elle reste une opération administrative. Aussi lorsque la jurisprudence civile refuse d'entrer dans la voie, qui consisterait à affirmer sa compétence pour l'application des clauses du cahier des charges stipulées dans l'intérêt du public, nous ne pouvons que l'approuver, car elle se saisirait de la question d'organisation, et, par conséquent, d'une matière spécialement administrative (Cf. Cass. 2. mai 1905, précité).

2° Le droit aux bénéfices des services publics a pour objet essentiel la conservation de situations acquises, telles qu'elles résultent des décisions administratives antérieures, et par conséquent des services publics organisés en vertu de ces décisions. D'une part, les administrés n'ont aucun droit à réclamer des services dont l'organisation n'a pas été décidée par l'Administration; le refus opposé par l'autorité administrative à une réclamation de ce genre ne sera sûrement pas annulé pour excès de pouvoir. D'autre part, même si la création d'un service nouveau a été décidée en principe, mais n'a pas été réalisée en fait, il ne semble pas que les administrés soient recevables à réclamer par la voie contentieuse l'organisation de fait du service pour laquelle se pose une question d'opportunité entièrement laissée à la discrétion de l'administration active. La situation acquise, qui seule crée l'intérêt légitime de l'administré, est donc à la fois de droit et de fait, elle suppose une décision exécutoire exécutée et dont l'exécution ait procuré un bénéfice.

C'est à la *conservation de ce bénéfice* que l'administré a un intérêt légitime ou un droit. Dans la matière de l'organisation des services, le droit administratif n'a jamais été plus loin. Il y a d'autres matières où l'administré a une sorte de droit à obtenir des décisions administratives nouvelles facilitant l'acquisition de bénéfices nouveaux, mais ce sont des cas fort différents. Il s'agit de l'exercice de certains droits civils pour lesquels des autorisations administratives sont nécessaires : exercice du droit de bâtir sur une propriété privée riveraine de la voie publique, pour lequel une délivrance d'alignement est nécessaire; exercice du droit individuel de chasse, pour lequel la délivrance d'un permis de chasse est nécessaire; exercice du droit de riveraineté sur l'eau courante, pour lequel l'autorisation d'un barrage est nécessaire. Il n'y a pas de rapprochement à opérer entre le rôle de police de l'Administration autorisant l'exercice de droits individuels et le rôle de l'Administration organisatrice de services publics.

3° Le droit aux bénéfices des services publics entraîne les sanctions suivantes : D'abord, certainement, la possibilité d'user du contentieux de l'excès de pouvoir pour faire annuler les décisions administratives nouvelles portant atteinte à la situation acquise. Peut-être, en outre, en certains cas où le préjudice sera saisissable, la possibilité d'user du contentieux de la pleine juridiction pour obtenir une indemnité lorsque l'exécution de la mesure entachée d'excès de pouvoir aura eu lieu; car c'est l'exécution qui engage la responsabilité pécuniaire des administrations.

Dans quelle catégorie rangera-t-on des droits de cette nature, si l'on tient à les faire rentrer dans la classification générale des droits réels et des droits de créance? Assurément ce ne sont pas des droits de créance; il n'y a en eux rien qui ressemble à la possibilité d'exiger de l'Administration une prestation.

Au contraire, on est frappé de l'analogie avec le droit réel, puisque l'administré bénéficie d'une situation de fait et de droit à laquelle il est interdit à l'Administration (et d'ailleurs à tout le monde) de toucher. Etre riverain d'une rue dans laquelle passe un tramway, cela ne confère aucun droit de créance sur le service du tramway, mais cela crée un statut réel avantageux, auquel l'Administration ne peut plus porter atteinte, si ce n'est dans l'intérêt public.

Ainsi, les services publics nous apparaissent comme des institutions organisées qui créent autour d'elles des statuts réels plus ou moins avantageux. Nous pourrions tirer argument de la matière des fonctions publiques, où l'on voit très nettement les avantages particuliers et personnels que les fonctionnaires retirent de l'organisation de leur carrière se cristalliser en un statut réel, et, comme on dit, en un état des fonctionnaires, qui est un certain droit de possession ou de propriété sur des grades, des titres, des sièges, des chaires qui sont des éléments de la fonction; mais cette matière est obscurcie par des controverses et par la très fallacieuse théorie du contrat de service public (V. sur les traits essentiels de la situation du fonctionnaire public, la note de M. Hauriou, § 3, sous Cons. d'Etat, 6 août 1898, *Fontin*, et 24 févr. 1899, *Viaud*, dit *Pierre Loti*, et autres S. et P. 1899.3.105). Nous préférons invoquer le rapprochement des services de l'assistance publique. Tout se tient. On ne peut pas avoir un système sur le droit des administrés ordinaires aux bénéfices des services ordinaires et un autre système sur le droit des indigents aux bénéfices des services de l'assistance médicale gratuite ou de l'assistance aux vieillards. Or, il suffit d'un peu de réflexion pour se rendre compte que le droit des indigents aux services d'assistance se ramène, en France, à la création d'un statut réel d'indigent qui permet à celui qui le possède de participer en fait au service dans la mesure où celui-ci est organisé et dans la mesure où il fonctionne, mais qui ne lui donne aucun droit de créance pour réclamer une prestation déterminée de la commune ou du département. Observons la loi du 15 juillet 1893, sur l'assistance médicale gratuite et la loi du 14 juillet 1903, sur l'assistance aux vieillards; le mécanisme est le même; l'indigent a un statut composé de deux éléments, le domicile de secours et l'inscription sur la liste d'assistance. L'inscription sur la liste d'assistance est une opération administrative; c'est elle qui place l'indigent dans la situation avantageuse; tous les droits qu'il a, c'est elle qui les lui confère; or ces droits se réduisent à être maintenus ou rétablis ou inscrits sur la liste : tout le contentieux organisé, qui d'ailleurs est un contentieux de l'excès de pouvoir (V. Cons. d'Etat, 12 mai 1903, *Comm. de Portiragnes*), se réduit à la sanction de ce statut réel (V. Hauriou, *Précis de dr. admin.*, 11<sup>o</sup> éd., p. 563).

Il n'y a rien de plus dans le droit qu'ont les administrés aux bénéfices des services publics ordinaires. Mais, dira-t-on, dans le cas des services publics concédés, il y a bien un cahier des charges stipulé dans l'intérêt du public, ce cahier des charges contient bien des droits contractuels. Oui et non. Dans les rapports de l'Administration et du concessionnaire, il y a contrat (V. sur la question, les observations contenues dans la note de M. Hauriou sous Cons. d'Etat, 14 févr. 1902, *Blanleuil et Vernaudon*, S. et P. 1904.3.81); vis-à-vis des administrés, il y a une situation réglementaire; le cahier des charges, à ce point de vue, comme les tarifs, n'est qu'un règlement. Il n'y a pas à invoquer ici la stipulation pour autrui (V. pour l'application de la stipulation pour autrui dans le cas de concession en vue des services publics, Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, p. 322 et s.; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, 3<sup>o</sup> éd., t. II, n. 1243). Jamais la jurisprudence n'est entrée dans cette voie, qui d'ailleurs est mauvaise. Vis-à-vis du public, un service public, concédé ou non, n'est qu'une institution légale ou réglementaire et ne crée que du statut réel.

---

## Conseil d'État 30 décembre 2015 Compagnie méridionale des cafés de Malongo, N° 387666

1. Considérant que par un jugement du 21 avril 2010, rendu dans l'instance opposant la société CMC Malongo à la société des eaux de Marseille, le tribunal de commerce de Marseille a renvoyé les

parties à saisir le tribunal administratif de Marseille de la question de savoir si le second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements des services de l'eau contient des clauses abusives au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation et a sursis à statuer jusqu'à la décision du tribunal administratif ; que la société des eaux de Marseille fait appel du jugement du 16 décembre 2014 par lequel le tribunal administratif de Marseille a déclaré ces dispositions illégales ;

2. Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge administratif, dès lors qu'il est lui-même compétent pour en connaître, de répondre à la question préjudicielle posée par le juge judiciaire, sans que puisse être discutée devant lui la question de l'applicabilité de l'article L. 132-1 du code de la consommation au litige ;

3. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. (...) Les clauses abusives sont réputées non écrites. " ; que le caractère abusif d'une clause au sens de ces dispositions s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'aux termes du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau : " L'abonné n'est jamais fondé à solliciter une réduction de consommation en raison de fuites dans ses installations intérieures car il a toujours la possibilité de contrôler lui-même la consommation indiquée par son compteur. " ; que si ces dispositions présentent un caractère abusif en ce qu'elles ont pour effet d'exonérer de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service, elles n'ont en revanche ni pour objet ni pour effet d'exclure la possibilité, pour un abonné, de rechercher la responsabilité d'un tiers pour obtenir réparation des dommages qu'il a subis du fait d'une facturation excessive dont il estimerait qu'elle lui est imputable ; qu'ainsi c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille s'est fondé, pour juger que ces dispositions constituent une clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, sur le motif tiré de ce qu'elles peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences d'un dommage qui ne lui serait pas imputable, sans réserver le cas des dommages résultant des agissements des tiers ;

5. Considérant qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner l'ensemble des moyens soulevés en première instance et en appel par la société CMC Malongo ; que, pour les motifs énoncés ci-dessus, les dispositions du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau constituent une clause abusive et doivent être déclarées illégales en tant seulement qu'elles exonèrent de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service ;

6. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

#### DECIDE :

Article 1er : Il est déclaré que les dispositions du second paragraphe de l'article 23-3 du règlement des abonnements du service de l'eau de la convention de délégation de service public conclue entre la commune de Marseille et la société des eaux de Marseille soulevée par la société CMC Malongo devant le tribunal de commerce de Marseille sont illégales en tant qu'elles exonèrent de toute responsabilité le service des eaux dans le cas où une fuite dans les installations intérieures de l'abonné résulterait d'une faute commise par ce service.

Article 2 : Le jugement du 21 avril 2010 du tribunal administratif de Marseille est réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.

---

**TA Besançon, 30 mai 2013, Syndicat des copropriétaires de la copropriété du 43 avenue Carnot et société mutuelle d'assurance de Bourgogne, requête numéro 1200671**

1. Considérant que, le 4 octobre 2009 vers 00h16, le service d'incendie et de secours du Doubs est appelé pour la présence de fumées anormales dans la cage d'escalier au 43 de l'avenue Carnot à Besançon (Doubs) ; que les pompiers arrivés sur les lieux à 0h26 ont constaté avec un agent de la SA ERDF que le tableau électrique situé au rez-de-chaussée de l'immeuble avait noirci et qu'il n'y avait ni flammes, ni fumées, ni point chaud ; qu'après une reconnaissance dans les étages, les pompiers et l'agent ERDF ont quitté les lieux ; qu'à 01h52, le service d'incendie et de secours du Doubs est rappelé pour un incendie à la même adresse ; que les pompiers arrivés sur les lieux à 02h01 ont fait face à un incendie du bâtiment qui en a provoqué la destruction partielle ; que le syndicat des copropriétaires du 43 avenue Carnot et la SMAB entendent rechercher la responsabilité du SDIS du Doubs et de la SA ERDF à raison des préjudices qu'ils ont subis du fait de l'incendie survenu le 4 octobre 2009 ; Sur les conclusions à fin d'indemnisation dirigées contre la SA ERDF :

2. Considérant que les litiges nés des rapports de droit privé qui lient un service public industriel et commercial assurant la distribution d'électricité à ses usagers relèvent de la compétence des juridictions judiciaires ; qu'au nombre de ces litiges, figure la demande de réparation par un usager d'un dommage trouvant son origine dans le fonctionnement d'un ouvrage constituant son raccordement particulier au réseau public dès lors que ce litige n'est pas étranger à la prestation fournie par le service ;

3. Considérant qu'il ressort du rapport de l'expert que l'incendie qui a détruit partiellement l'immeuble sis au 43 de l'avenue Carnot à Besançon a pour origine la connexion des câbles électriques qui alimentent les compteurs U2 et U3 de l'armoire électrique située au rez-de-chaussée de l'immeuble ; qu'il est constant que ces compteurs sont la propriété de la SA ERDF ; que toutefois, ces compteurs constituent le raccordement particulier au réseau public de distribution d'électricité de deux copropriétaires de l'immeuble ; que, le syndicat requérant, représentant tous les copropriétaires de l'immeuble, doit être regardé dans son ensemble comme l'usager desdits compteurs électriques et non comme un tiers vis à vis de ces ouvrages ; que la SMAB étant subrogée dans les droits du syndicat requérant à hauteur des sommes qu'elle a pu lui verser en raison du sinistre, ne peut davantage avoir la qualité de tiers vis à vis de l'ouvrage appartenant à la SA ERDF ; qu'il en résulte que le Tribunal de céans n'est pas compétent pour statuer sur les conclusions de la requête dirigées contre la SA ERDF lesquelles relèvent de la compétence des juridictions judiciaires ;

---

**Cour de cassation, chambre civile 1, 13 mars 2019, MAIF, n° 18-13232 Publié au bulletin**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Attendu que, si l'action en responsabilité extra-contractuelle en réparation des dommages causés à un tiers par le fonctionnement d'un service public industriel et commercial relève, en principe, de la compétence de la juridiction judiciaire, il en va autrement lorsque les dommages allégués trouvent leur cause dans l'exécution de travaux publics ou dans l'existence ou le fonctionnement d'un ouvrage public ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, se plaignant d'infiltrations affectant leur logement et provenant, aux termes des conclusions de l'expert désigné en référé, d'un immeuble voisin, M. et Mme K... et leur assureur, la société Mutuelle d'assurance des instituteurs de France, ont assigné la société IAR transactions, propriétaire initial de cet immeuble, et l'office public de l'habitat Lille métropole habitat (l'OPH), qui en a fait l'acquisition, aux fins d'obtenir réparation de leurs préjudices ; que l'OPH a soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative ;

Attendu que, pour rejeter cette exception, après avoir relevé que le rapport d'expertise judiciaire énonce que l'humidité présente au domicile de M. et Mme K... trouve son origine dans un défaut d'étanchéité de la toiture de l'immeuble attenant, l'arrêt retient que l'OPH n'a pas été assigné en raison de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou en raison de l'exécution de travaux publics, mais en sa seule qualité de propriétaire d'un immeuble dépendant de son domaine privé ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à exclure que l'ouvrage dont l'OPH est propriétaire soit affecté au service public du logement et revêtu, par suite, le caractère d'ouvrage public, de sorte que la juridiction administrative serait seule compétente pour connaître de l'action tendant à la réparation des dommages causés aux tiers par cet ouvrage, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen

---

**Tribunal des Conflits, N° C4135 8 octobre 2018 A c/ Commune de Malroy**

#### **Mentionné dans les tables du recueil Lebon**

Considérant que M. et Mme A..., propriétaires d'une maison sur le territoire de la commune de Malroy, ont effectué en 2001 des travaux de raccordement de leur propriété au réseau public d'assainissement communal ; qu'ayant vainement demandé à la commune le remboursement des frais ainsi exposés, ils ont saisi le tribunal administratif de Strasbourg qui, par un jugement du 19 mai 2010 devenu définitif, s'est déclaré incompétent pour connaître de ce litige ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2015, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Metz a jugé que la juridiction judiciaire était compétente ; que cette décision a été confirmée par un arrêt du 30 mars 2017 de la cour d'appel de Metz ; que, saisi par un pourvoi de la commune de Malroy, la Cour de cassation, a, par un arrêt du 16 mai 2018, renvoyé au Tribunal, en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Considérant que, eu égard aux rapports de droit privé nés du contrat qui lie le service public industriel et commercial de l'assainissement à ses usagers, les litiges relatifs aux rapports entre ce service et ses usagers relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire ; qu'ainsi, il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs à la facturation et au recouvrement de la redevance due par les usagers, aux dommages causés à ces derniers à l'occasion de la fourniture du service, peu importe que la cause des dommages réside dans un vice de conception, l'exécution de travaux publics ou l'entretien d'ouvrages publics, ou encore à un refus d'autorisation de raccordement au réseau public ; qu'en revanche, un litige né du refus de réaliser ou de financer des travaux de raccordement au réseau public de collecte, lesquels présentent le caractère de travaux publics, relève de la compétence de la juridiction administrative ;

Considérant que la demande de M. et Mme A...tend à la condamnation de la commune de Malroy à rembourser les frais qu'ils ont exposés pour la réalisation de travaux qui ont le caractère de travaux publics ; que cette demande doit être regardée comme se rattachant à un refus d'exécution et de financement de travaux publics et non à un litige relatif aux rapports entre le service public industriel et commercial de l'assainissement et ses usagers ; que, par suite, le litige relève de la compétence de la juridiction administrative ;

---

***Document n°15 .TC. 6 avril 2009, Ferry c/ Syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières***

Considérant que Mme A sollicite du syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières, venant aux droits du syndicat intercommunal de l'Audibergue et de la Lane, la réparation du préjudice qu'elle a subi à la suite d'un accident de télésiège survenu le 30 décembre 1996 sur une piste gérée et exploitée par le syndicat et qu'elle impute notamment à la mise en fonctionnement d'une remontée mécanique en l'absence d'un enneigement suffisant et au manque de certains dispositifs de sécurité ;

Considérant que l'article L.342-13 du code du tourisme issu de l'article 47 de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne dispose que l'exécution du service des remontées mécaniques et pistes de ski est assurée soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme de service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente ; qu'eu égard à la nature juridique du service industriel et commercial assuré en l'espèce par le syndicat intercommunal, l'action engagée par Mme A, usager de ce service, relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ;

Décide :

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant Mme A au syndicat mixte des stations de l'Audibergue et de Gréolières.

***Document n°16 : Conseil d'État, 03 octobre 2018, n°410946, la société Sonorbois c/ l'Office national des forêts***

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 213-6 du code forestier : " Les coupes et produits des coupes dans les bois et forêts de l'Etat sont vendus par l'Office national des forêts soit par adjudication ou appel d'offres, soit de gré à gré, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat " ; qu'aux termes de son article R. 213-25 : " Un règlement des ventes est adopté par le conseil d'administration de l'Office national des forêts sur proposition du directeur général. Il précise le déroulement des ventes selon la procédure choisie par le représentant habilité de l'Office... " ; qu'aux termes de l'article R. 213-28 du même code, dans sa rédaction résultant du décret du 11 septembre 2015 susvisé : " Le droit de se porter acquéreur est ouvert à toute personne sous réserve que ses capacités financières soient jugées suffisantes par le bureau d'adjudication, par la commission d'appel d'offres ou par le représentant de l'Office habilité à signer le contrat de vente de gré à gré./ Le droit de se porter acquéreur peut être subordonné par le règlement des ventes à la présentation d'engagements permettant d'assurer la prise en compte effective des objectifs mentionnés à l'article L. 121-2-1 " ;

2. Considérant que, par une résolution n° 2015-06 du 14 septembre 2015, le conseil d'administration de l'ONF a modifié les règlements de vente de bois par appel d'offres et par adjudication afin de prévoir, jusqu'au 31 décembre 2016, d'une part, que les acheteurs de bois de chêne devraient disposer d'un label ou souscrire un engagement garantissant que les lots acquis alimenteraient la filière européenne de transformation et, d'autre part, que le non-respect des conditions d'obtention du label ou de l'engagement pourrait entraîner l'exclusion de l'acheteur, pour ce type de produit et pour une durée de cinq ans maximum, des ventes de l'ONF ; que la société Sonorbois et autres demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cette résolution ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 221-1 du code forestier : " L'Office national des forêts est un établissement public national à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle de l'Etat " ; que lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ;

4. Considérant que la résolution attaquée a pour objet de fixer les conditions auxquelles est subordonné l'accès aux ventes par adjudication et par appel d'offres de lots de bois de chêne de l'ONF ; que ces conditions répondent à l'objectif d'intérêt général, défini à l'article L. 121-2-1 du code forestier, de " renforcer le développement de la filière (...) de transformation et de commercialisation des produits forestiers " et de " fixer sur le territoire les capacités de transformation des produits forestiers et assurer le maintien de l'activité économique, notamment en zone rurale défavorisée " ; que leur non-respect entraîne l'exclusion de l'acheteur de ces ventes pour une durée maximale de cinq ans ; qu'ainsi la résolution, qui met en oeuvre le pouvoir réglementaire confié à l'ONF par le second alinéa de l'article R. 213-28 précité, relève des prérogatives de puissance publique de l'office ; que ce dernier n'est dès lors pas fondé à soutenir que la juridiction administrative ne serait pas compétente pour connaître des conclusions de la société Sonorbois et autres tendant à son annulation ;