

TRAVAUX DIRIGÉS DE
DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL

Licence 2

Cours assuré par M. le Professeur Jean-François BRISSON

Année universitaire 2022/2023

SEANCE 8 : EXAMEN BLANC
Le service public (1) : La distinction SPA/SPIC

Dossier documentaire à l'appui de l'examen blanc :

Jurisprudence :

- **Document 1** : TC, 21 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain* ou « *Bac d'Eloka* », (GAJA) ;
- **Document 2** : CE 26 janvier 1923, *De Robert Lafrègère*, (extraits) ;
- **Document 3** : CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques (U.S.I.A.)* ;
- **Document 4** : CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ;
- **Document 5** : CE, Sect., 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey* ;
- **Document 6** : TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Epoux Barbier* (GAJA) ;
- **Document 7** : CE, Avis, 10 avril 1992, *SARL Hoffmiller* ;
- **Document 8** : TC, n° C4135, 8 octobre 2018, *A c/ Commune de Malroy* ;
- **Document 9** : C.Cass., 1^{ère} ch. civ., n° 18-13232, 13 mars 2019, *MAIF* ;

Doctrine :

- **Document 10** : J-F Lachaume, *La création d'un site internet par une CCI : activité privée ou service public ?*, AJDA 2011 p.2355
- **Document 11** : 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 , note sous TC, 21 mars 2005, *Mme Alberti – Scott c/ Commune de Tournefort*,

- **Document 12** : B. Seiller, « *L'érosion de la distinction SPA-SPIC* », *AJDA*, 2005, p.417.
- **Document 13** : **J-F. Lachaume**

Références complémentaires (à consulter sur le site : www.conseil-etat.fr/arianeweb)

- Conseil d'Etat, 8 juin 2015, n°362783
- Conseil d'Etat, 29 avril 2013, n°357373
- Conseil d'Etat, 19 février 2009, n°293020
- Tribunal des conflits, 18 mai 2015, n°4004
- Tribunal des conflits 17 novembre 2014, n°3965
- Tribunal des conflits, 4 juillet 2011, n°3793
- Tribunal des conflits, 12 février 2007, n° 3592

Lecture conseillée : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, note sous l'arrêt TC 22 janvier 2021

Document

Document 1 : TC, 22 janv. 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, (GAJA)

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 déclinaire adressé par le lieutenant-gouverneur, le président du tribunal ne s'est pas borné à statuer sur le déclinaire, 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 ;

Document 2 : CE, 26 janv. 1923, De Robert Lafrègyre, (extraits)

Considérant que le sieur de Robert-Lafrègyre 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 ;

Document 3 : CE, Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques (U.S.I.A)

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.

Document 4 : 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 ; »

Document 5 : 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; [...]

Document 6 : 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 ;

Document 7 : CE, Avis, 10 avril 1992, SARL Hoffmiller

[...] 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.

**Document 8 : 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 9 : C.Cass., 1^{ère} ch. civ., n° 18-13232, 13 mars 2019, MAIF

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

Document 11 : Jean-François Lachaume, La création d'un site internet par une CCI : activité privée ou service public ?, AJDA 2011 p.2355

Un publiciste trouve toujours intérêt à prendre connaissance des décisions du juge judiciaire où sont en cause des notions clefs du droit administratif. C'est le cas avec l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, en date du 4 mai 2011, qui sera publié au Bulletin, et qui statue sur un litige opposant la société Neologis « spécialisée dans la création de sites, pages internet, publicité en ligne et promotion commerciale » à la chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Nouvelle-Calédonie à propos de la création par cette dernière d'un site internet gratuit, destiné à rompre la fracture numérique sur la totalité du territoire néo-calédonien.

La société Neologis considérait que la création et la mise en ligne du site internet par la CCI, ayant pour objet l'élaboration d'un annuaire des entreprises installées sur le territoire, qui devait être gratuit, lui faisait une concurrence illicite et déloyale, et elle saisit, à ce titre, le tribunal de première instance de Nouméa. La CCI souleva alors l'incompétence du juge judiciaire au motif, d'une part, qu'il n'appartient pas au juge judiciaire civil d'apprécier la légalité de l'acte administratif à portée réglementaire créant le site internet de la CCI, et, d'autre part, que n'entre pas dans l'office de ce juge la recherche de l'éventuelle responsabilité d'un établissement public au titre d'une mission de service public administratif résultant, selon la CCI, de la fonction dévolue à ce site (réduire la fracture numérique) et des procédés de gestion utilisés (mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique).

En première instance, le juge de la mise en état (ordonnance du 22 juin 2009) ne fit pas droit à l'exception d'incompétence du juge judiciaire soulevée par la CCI et cette dernière demanda alors et en vain à la cour d'appel de Nouméa de censurer cette solution (arrêt du 26 octobre 2009) et la CCI n'eut pas plus de chance devant la Cour de cassation, la première chambre civile (arrêt du 4 mai 2011) décidant que les motifs retenus par la cour d'appel pour fonder la compétence judiciaire justifiaient la solution retenue et, en conséquence, entraînaient le rejet du pourvoi de la CCI.

Or, l'activité qui se trouve à l'origine du litige a été créée par une personne publique (un établissement public administratif : T. confl. 18 déc. 1995, Institut de formation pour les entreprises de la région parisienne, n° 2987, Lebon 687) et, eu égard à son origine, le site internet est donc présumé avoir en charge une mission de service public. Certes, cette présomption n'est pas irréfragable et peut être renversée dans le cas de quelques activités de personnes publiques. Si bien que, eu égard à la compétence judiciaire retenue par la Cour suprême en l'espèce, il est intéressant de rechercher si la solution de l'arrêt de la première chambre civile est compatible avec une éventuelle qualification de service public de l'activité en cause. A priori, il semble qu'une réponse négative constitue une interprétation juridiquement défendable de l'arrêt. Il reste qu'il existe des arguments de nature à justifier une solution différente de celle de l'arrêt et liée à la présence d'un véritable service public.

La portée de la solution retenue

La Cour de cassation confirme, quant à la compétence juridictionnelle, la solution retenue par la cour d'appel de Nouméa dans le litige opposant la société Neologis à la CCI de Nouvelle-Calédonie, la première reprochant à la seconde des pratiques anticoncurrentielles illicites par la création d'un annuaire électronique gratuit. Elle le fait dans les termes suivants : « Attendu qu'ayant relevé que, par son financement et les moyens mis en oeuvre, l'activité du site internet créé par la CCI s'exerçait dans les mêmes conditions que celles de nombreux sites privés offrant un service gratuit financé par la publicité ou le partenariat d'entreprise, la cour d'appel a justement décidé que la juridiction de l'ordre judiciaire était compétente pour en connaître ».

La première chambre civile ne fait référence à aucun moment à la notion de service public pour caractériser l'activité créée par la CCI et la solution retenue, quant à la compétence juridictionnelle, découle très logiquement de cette absence de référence.

L'absence de référence à la notion de service public

Cette absence de référence à la notion de service public est d'autant plus remarquable que, dans ses écritures devant la cour d'appel de Nouméa, la CCI, en situation d'appelante, entendait placer le débat juridique sur la présence en l'espèce d'une mission de service public. Cette présence découle nécessairement, selon la CCI, de la création par une personne publique, qui possède le statut d'établissement public administratif, d'un annuaire internet dont la gratuité, nécessitant un appel à des ressources de nature fiscale, confère un caractère administratif au service public en cause. Et si besoin était, pour faire bonne mesure, la CCI fait état de l'exorbitance du régime juridique de l'activité en cause, créée par un acte administratif réglementaire, dont la CCI peut, à tout moment, modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement, voire la supprimer. Il y a ici, toujours selon la CCI, de véritables prérogatives de puissance publique qui confortent la qualification de service public administratif, et non industriel et commercial, qu'elle a entendu donner à l'activité en cause. A l'évidence, pour l'établissement consulaire, seule la juridiction administrative est compétente pour connaître du litige car l'annuaire internet ainsi créé ne fonctionne pas comme des activités analogues créées et gérées par des personnes privées.

Désirant faire confirmer la compétence judiciaire retenue en première instance, la société Neologis, en position d'intimée, soutient au contraire que, peu importe la nature d'établissement public de la CCI qui mérite d'ailleurs, selon elle, la qualification d'industriel et de commercial, ce qui est déterminant c'est la nature de l'activité litigieuse qu'il exerce. En effet, selon la société Neologis, en droit français, la création de sites internet est libre, elle n'est pas spécialement réglementée ; par ailleurs, la gratuité de l'activité se rencontre également dans les sites privés lorsqu'ils sont financés par la publicité ou le partenariat d'entreprise. Ensuite, les rapports juridiques entre le site internet créé par la CCI et ses usagers sont, toujours selon l'intimée, identiques à ceux gouvernant les relations entre les sites privés et leurs clients, etc. Si bien qu'en conclusion, la société Neologis soutient que si l'activité créée par la CCI mérite la qualification d'industrielle et commerciale, « elle ne correspond pas à une mission de service public ». Ce qui revient à soutenir qu'il n'y a, en l'espèce, ni service public administratif, ni service public industriel et commercial, mais simplement une activité privée pour le contentieux de laquelle il n'existe aucune raison de faire jouer, en faveur de la compétence de la juridiction administrative, la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III.

Si l'on confronte les arguments des parties en présence avec la solution retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation, il faut constater, sauf erreur d'interprétation, que la Cour entend bien placer sa solution hors de la notion de service public. Elle n'y fait référence à aucun moment et elle déduit la compétence judiciaire de la seule comparabilité - eu égard à ses conditions de fonctionnement et de financement - du site internet créé par la CCI avec de nombreux sites privés.

Il est vrai qu'en se référant dans son attendu à cette comparabilité, la Cour utilise un vocabulaire que l'on rencontre dans les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits relatives à l'identification, dans l'activité des personnes publiques, des services publics industriels et commerciaux et pas très éloigné de celui utilisé par le juge des conflits dans l'arrêt fondateur - ou considéré comme tel - de la notion de service public industriel et commercial où l'on lit que la compétence judiciaire, à propos de l'affaire du Bac d'Eloka, se fonde sur le fait que la personne publique en cause « exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire [...] » (T. confl. 22 janv. 1921, Société commerciale de l'ouest Africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire, n° 0706, GAJA, 18e éd., 2011, n° 36; GDJDA, 15e éd., p. 372). On pourrait ajouter, qu'en utilisant le mot service et non pas activité, la Cour a peut-être voulu, mais sans employer l'expression complète, faire référence, discrètement alors, au service public.

SPIC et compétence du juge judiciaire

La solution selon laquelle la Cour de cassation aurait analysé l'annuaire internet créé par la CCI de Nouméa comme étant un service public d'abord, industriel et commercial ensuite, tout en ne l'affirmant pas expressément, nous paraît difficilement compatible avec la jurisprudence relative, s'agissant de cette catégorie de service public, à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. En effet, la compétence judiciaire en la matière est beaucoup moins étendue que pourraient le faire croire des affirmations rapides selon lesquelles le contentieux des SPIC relève du juge judiciaire. Amorçées au début des années 1960, les solutions jurisprudentielles actuelles relatives au contentieux des SPIC, notamment avec les tiers - et la société Neologis est en situation de tiers par rapport à la création du site internet par la CCI de Nouméa, car elle n'est ni usager ni agent - sont plus nuancées. Le professeur Chapus les synthétise ainsi : « le contentieux n'est judiciaire que si le litige n'est dû, ni à un acte d'organisation du service ou à l'exercice de prérogative de puissance publique, ni au fait d'un ouvrage public ou à un fait assimilé [...] » (Droit administratif général, I, 15e éd., Montchrestien, p. 840).

Et, pour illustrer positivement un cas de compétence judiciaire, il cite les litiges opposant les SPIC à des entreprises concurrentes (T. confl. 4 nov. 1991, CAMIF, n° 2676, Lebon 476), tout en soulignant que cette décision réserve la compétence de la juridiction administrative si l'action tend à contester la légalité d'un acte administratif relatif à la nature, à l'organisation et aux conditions d'exploitation de l'établissement ou du service. Même à supposer que le litige au fond relève de la compétence judiciaire, le juge appartenant à cet ordre doit alors surseoir à statuer si la solution de ce litige suppose l'appréciation « de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation de ce service... » (T. confl. 19 janv. 1998, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Tribunal de commerce de Paris, le Syndicat français de l'Express international, devenu l'Union française de l'Express et cinq sociétés, n° 3084, AJDA 1998. 530 ; D. 1998. 329, concl. J. Arrighi de Casanova ; RFDA 1999. 189, note B. Seiller ; RTD com. 1999. 76, obs. G. Orsoni). En un mot, le contentieux est, en la matière, judiciaire si n'est pas en cause une

prérogative de puissance publique (Cass., ass. plén., 18 juin 1999, n° 97-12.651, D. 2000. 248, note R. Libchaber; Bull. n° 5, p. 9). Or l'acte administratif unilatéral édicté par une personne publique, fût-ce un établissement public, même industriel et commercial d'ailleurs, et qui a pour objet la création ou l'organisation d'un service public révèle, de façon emblématique, la mise en oeuvre d'une prérogative de puissance publique (parmi une abondante jurisprudence : CE ass. 7 juill. 1995, Damiens et autres, req. n° 146028, Lebon 291 ; AJDA 1995. 692, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, et 757 ; D. 1996. 230, obs. D. Chelle et X. Prétot) et ces actes sont en plus considérés comme réglementaires.

Si l'on s'attache maintenant aux moyens présentés par la société Neologis tels qu'ils ont été développés devant les juges du fond, « c'est la création et la mise en ligne d'un site internet gratuit dénommé Jeco qui lui fait directement concurrence et ce, d'une manière déloyale compte tenu de la gratuité du service rendu ». Ce qui est donc en cause, en définitive, ce n'est pas un litige donné survenu entre la CCI et la société Neologis et lié au fonctionnement quotidien du site internet créé, mais la contestation par la seconde de la légalité, au regard des règles de la concurrence, de la création du service, donc nécessairement de l'acte administratif unilatéral et réglementaire servant de support juridique à cette création. En conséquence, si la Cour de cassation avait analysé la création du site internet par la CCI comme se rattachant à une mission de service public, peu importe qu'elle soit administrative ou industrielle et commerciale, elle devait décliner la compétence judiciaire pour apprécier la légalité de l'acte de création et d'organisation du service, ou, à tout le moins, prévoir le recours à une question préjudicielle afin que, par la voie de l'exception, le juge administratif puisse se prononcer sur la régularité de la délibération de la CCI créant le site et l'organisant. Ne l'ayant pas fait, on est en droit d'estimer que la Cour de cassation n'a pas voulu analyser le site en cause comme relevant d'une mission de service public, ce qu'argumentait d'ailleurs la société Neologis devant les juges du fond.

Si cette interprétation est la bonne, le site internet de la CCI de Nouméa constitue, pour la Cour de cassation, un exemple - et ils ne sont pas si nombreux - d'activités créées par des personnes publiques qui ne constituent pas des missions de service public faute de répondre à un intérêt général caractérisé et dont le contentieux appartient en principe au juge judiciaire. C'est le cas de la vente de sable par un port autonome, donc un établissement public (CE 21 oct. 1988, SARL Cetra c/ Port autonome de Nantes Saint-Nazaire, req. n° 78489, RD publ. 1989. 225 ; Rev. adm., 1988. 529, note Terneyre), de l'exploitation d'un restaurant appartenant à une personne publique (CE 12 mars 1999, Ville de Paris, req. n° 186085, Lebon 779 ; AJDA 1999. 439, note M. Raunet et O. Rousset ; RDI 1999. 231 et 250, obs. F. Llorens, et 629, obs. C. Laviolle), de l'organisation par une commune d'une fête dépourvue de tout caractère traditionnel (CE 12 avr. 1972, Sieur Chatelier, req. n° 80983, Lebon 262 ; D. 1973. 545, note Duprat), de la gestion de leur domaine privé par les personnes publiques propriétaires, dès lors que ne sont pas en cause ni le périmètre, ni la consistance de ce domaine (T. confl. 22 nov. 2010, SARL Brasserie du Théâtre, n° 3764, AJDA 2010. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; Dr. adm. 2011, comm. n° 20, obs. F. Melleray), de l'entretien d'une église par la commune propriétaire (CE 10 juin 1921, Commune de Monségur, req. n° 45681, GAJA, 18e éd., p. 228 ; GDJDA, 15e éd., p. 670), de la création par une commune d'un festival sur lequel elle n'exerce pas ou plus un véritable contrôle (CE 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-plages, req. n° 342520, AJDA 2011. 1059 et 1515, note J.-D. Dreyfus ; AJCT 2011. 467, obs. D. Fausser; JCP A 2011. Actu. 402 ; Dr. adm. 2011, comm. n° 79, obs. S. Pugeault ; LPA 2011, n° 198, p. 9, note Guignard), ce qui ne fait pas obstacle à ce que le contrat par lequel la commune confie cette activité à un professionnel constitue un marché public.

La critique de la solution retenue

A supposer donc que la mission de service public soit absente de la solution retenue par la Cour de cassation, pour laquelle le site internet Jeco créé par la CCI de Nouvelle-Calédonie ne serait que l'activité privée d'un établissement public, il est tentant, dès lors que cette solution aboutit à tenir en échec la présomption, il est vrai non irréfragable, selon laquelle les activités créées et gérées par les personnes publiques sont des activités de service public, d'essayer de vérifier s'il n'existe pas, en l'espèce, et au regard des solutions de la jurisprudence administrative, d'arguments faisant obstacle au renversement de cette présomption.

On peut soutenir l'existence d'un service public...

Si, dans une première approche, on prend en considération les données brutes de l'espèce, on peut estimer qu'il n'existe pas de raisons imposant, à l'évidence, le renversement de la présomption précitée. Le site Jeco a été créé par une personne publique, sauf erreur elle le gère elle-même et il a pour but la satisfaction de l'intérêt général puisque l'objet du site est la réduction de la fracture numérique sur l'ensemble du territoire néo-calédonien dans la mesure notamment où il est le support d'un annuaire gratuit des entreprises du territoire leur permettant ainsi de s'informer sur leurs activités respectives. Si l'on part de cette hypothèse, il faut maintenant vérifier que les arguments, qui nourrissent le raisonnement de la cour d'appel de Nouméa en date du 26 octobre 2009 et non censuré par la Cour de cassation, justifient le renversement de la présomption précitée.

D'abord, la cour de Nouméa fait valoir « que la création des sites internet destinés aux entreprises privées est une activité soumise au principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui n'est pas spécialement réglementée ni protégée par un monopole public ». Si l'on comprend bien l'argument, l'absence en la matière d'un monopole public imposé par les textes constituerait un obstacle à ce que le site Jeco de la CCI soit rattachable à une mission de service public. Or, la jurisprudence administrative, dans ses solutions les plus récentes, admet que les personnes publiques puissent légalement prendre en charge des activités économiques du secteur concurrentiel, dès lors qu'elles le font dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie (CE 3 mars 2010, Département de la Corrèze, req. n° 306911, AJDA 2010. 469, 957, concl. N. Boulouis, et 1246, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; RDSS 2010. 341, note G. Koubi et G. J. Guglielmi ; JCP A 2010, n° 2203, note Idoux ; v. également CE ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, req. n° 275531, AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica, et 2008. 911, étude J.-J. Israël ; RDI 2006. 480, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2006. 1048, concl. D. Casas ; RTD com. 2006. 774, obs. G. Orsoni). Ces activités, donc librement créées et prises en charge par les personnes publiques, c'est-à-dire indépendamment des missions de service public que les textes leur confient, ne sont pas, du seul fait qu'elles se situent dans le secteur des libertés économiques et donc soumises aux règles de la concurrence, « exclues du champ du service public » (concl. N. Boulouis, AJDA 2010. 957, préc.). Peu importe d'ailleurs qu'il y ait ou non, à propos de la prestation érigée en service public, carence de l'initiative privée, car si une telle carence est une justification possible de l'intervention publique, elle n'est plus aujourd'hui la seule (v. la rédaction de l'arrêt Département de la Corrèze, préc.). Sans compter que la création d'un annuaire internet des entreprises industrielles et commerciales de Nouvelle-Calédonie entre sans difficulté, puisque la CCI est un établissement public, dans la spécialité de celle-ci et que la création du site s'y rattache donc facilement.

Ensuite, pour que l'on soit en présence, toujours à propos du site internet Jeco, d'une mission de service public, il est nécessaire que l'activité de ce site réponde à un but d'intérêt général caractérisé. Il y a donc, de ce point de vue, une sorte d'échelle de l'intérêt général, mais il n'existe pas, hélas, au sein de celle-ci d'instrument de mesure définissant avec précision un niveau au-dessus duquel l'intérêt général débouche sur le service public et en dessous duquel le service public ne peut être caractérisé (CE 12 mars 1999, Ville de Paris c/ Société Stella Maillot, préc. : l'activité du restaurant de l'Orée du Bois, compte tenu notamment de son intérêt propre, ne présente pas le caractère d'un service public même s'il contribue au rayonnement touristique de Paris). Il reste, qu'à propos du site Jeco, force est de reconnaître que l'intérêt général en cause ne peut pas apparaître à l'évidence comme révélateur de la présence d'un service public, mais ce qui n'est pas évident à première vue peut très bien résulter d'une recherche plus approfondie. L'objet du site Jeco étant notamment justifié par la réduction de la fracture numérique sur l'ensemble du territoire néo-calédonien, il se rattache par là même à un objectif que le législateur a lui-même pris le soin de promouvoir et pour la réalisation duquel il a prévu d'ailleurs des initiatives publiques (art. L. 1425-2 CGCT issu de l'art. 23 de la loi n° 2009-1572 du 17 déc. 2009 ; v. également art. 24 de la loi préc.). Le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas hésité à souligner l'importance prise par les services de communication en ligne dans la vie économique et sociale, reconnaissant que le choix et l'usage « des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre » (Cons. const. 6 oct. 2010, Mathieu P., n° 2010-45 QPC, JO 2010, p. 18156).

On pourra contester cet argument en soutenant que les sites créés et exploités par des personnes privées ont le même objet (analyse retenue par la cour de Nouméa dans son arrêt) et ne constituent pas pour autant des activités d'intérêt général caractérisé. Il reste que lorsqu'une personne publique crée une activité donnée, c'est qu'en principe elle considère qu'elle apporte ainsi une valeur ajoutée par rapport aux activités privées ayant un objet similaire sinon, sauf à prouver le détournement de pouvoir, son intervention n'aurait guère d'intérêt. En un mot, l'intervention d'une personne publique n'est jamais neutre et elle influence nécessairement le degré d'intérêt général de l'activité créée et gérée. C'est ainsi que le Conseil d'Etat n'hésite pas à rattacher à une mission de service public industriel et commercial un guide édicté par un office du tourisme, ayant la forme d'un établissement public industriel et commercial, sur lequel figure, moyennant rémunération, les hôtels et restaurants de la commune (CE 31 mai 2006, Office du tourisme de Luchon, req. n° 287501, Lebon 789 ; AJDA 2006. 1132). Il suffit d'ailleurs que la personne publique se désintéresse de l'activité créée pour que celle-ci, alors que son objet n'a pas changé, perde sa qualification de service public (CE 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-les-Plages, préc.).

La cour de Nouméa prend également en considération, pour dénier au site Jeco la qualité de service public, le fait que sur le plan financier la gratuité n'est pas l'apanage de ce site, car cette gratuité se rencontre également dans des sites privés financés par la publicité ou le partenariat d'entreprise et que le régime juridique de l'activité du site Jeco est analogue à celle des sites privés et « s'exerce donc dans les mêmes conditions que celles du droit privé ». Cet élément du raisonnement de la cour - compte tenu de l'utilisation qu'en fait celle-ci - n'emporte pas la conviction. D'abord, la cour d'appel utilise, pour identifier une mission de service public dans l'activité d'une personne publique, l'élément tiré du régime juridique de celle-ci qui n'est vraiment pertinent que pour identifier la présence d'une mission de service public dans l'activité des personnes privées. En second lieu, la comparabilité du régime juridique d'une activité publique avec des activités privées à objet

similaire n'exclut pas que la première soit une activité de service public, puisque justement cette comparabilité est l'un des éléments permettant de caractériser au sein des services publics ceux possédant un caractère industriel et commercial. Sans compter qu'à supposer que le régime juridique de l'activité joue ici un rôle, l'existence de la comparabilité évoquée ci-dessus supposerait une étude approfondie des différents points du régime en cause, d'autant que la création du site Jeco, la définition du régime de son fonctionnement, les modifications apportées à celui-ci, la suppression de ce site, etc., nécessitent autant d'actes administratifs unilatéraux et réglementaires dont l'appréciation de la légalité relève ici de la seule juridiction administrative par la voie de l'action ou de l'exception.

En un mot, il est possible de soutenir que la création du site Jeco par une personne publique confère à celui-ci, eu égard à son objet, le caractère d'un service public.

... Peu importe qu'il soit ou non à caractère industriel et commercial

Mais si service public il y a, se pose alors le problème de la qualification de celui-ci au regard des deux catégories regroupant l'ensemble des services publics, à savoir la catégorie des services publics administratifs (SPA) et celle des services publics industriels et commerciaux (SPIC) et, 90 ans après l'arrêt Bac d'Eloka, il n'est pas toujours facile de ventiler entre elles les différents services publics (B. Seiller, L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005. 417).

On sait que la présomption d'administrativité, qui joue à propos des services publics créés par les personnes publiques, peut être renversée - dans le silence des textes - en faveur de la qualification industrielle et commerciale, si le service public en cause est par son objet, son mode de financement et les modalités de son fonctionnement, comparable à une activité prise en charge par des personnes privées, ces trois éléments étant cumulatifs. A propos du site Jeco, l'élément relatif à l'objet est rempli puisqu'il y a des sites privés qui fournissent ou sont susceptibles de fournir la même prestation que Jeco. De même, s'agissant des modalités de fonctionnement, la cour de Nouméa, nous l'avons vu, mentionne dans ses attendus un certain nombre de points communs entre le fonctionnement du site Jeco et celui des sites privés. Il reste alors le problème des modalités de financement. Le site objet du litige est gratuit, donc il n'est pas à l'évidence financé par ses usagers, mais il l'est par des ressources fiscales provenant de la CCI de Nouvelle-Calédonie selon les propres affirmations de cette dernière.

La gratuité d'un service public géré par une personne publique, et donc profitant aux usagers, constitue normalement un obstacle à sa qualification de SPIC, surtout lorsque cette gratuité a comme contrepartie le financement du service par des recettes de nature fiscale. Par ailleurs, les juges administratifs, judiciaires et des conflits n'hésitent pas, à partir d'une jurisprudence bien connue (v. J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, Droit des services publics, 3e éd., 2004, éd. Armand Colin, p. 66 et s.), à casser l'unité de la qualification d'un service même public en fonction des différents modes de financement qui lui sont appliqués : ainsi, le service public d'enlèvement des déchets est un SPA lorsqu'il est financé par la taxe d'enlèvement de nature fiscale, et un SPIC lorsque l'utilisateur acquitte une redevance calculée - avec des approximations d'ailleurs - en fonction du coût réel du service rendu. A ce titre, le site Jeco, dans la mesure où il constituerait un service public, devrait être qualifié de SPA et le contentieux opposant la société Neologis à la CCI relèverait sans discussion de la compétence de la juridiction administrative.

Il nous semble cependant qu'une autre approche est possible dans la mesure où la gratuité d'un service public n'apparaît pas dans la jurisprudence comme un obstacle insurmontable à la reconnaissance de son caractère industriel et commercial. Il existe, en effet, des arrêts où ce dernier caractère est affirmé par rapport à l'objet du service en cause sans considération des modalités de son financement (T. confl. 19 févr. 1990, Thomas c/ Commune de Francazal, n° 2589, AJDA 1990. 558, obs. J.-P. Théron ; T. confl. 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott c/ Commune de Tournefort, n° 3413, AJDA 2005. 964 ; RFDA 2006. 119, obs. J.-F. Lachaume ; RTD com. 2006. 48, obs. G. Orsoni). Il est vrai, qu'en l'espèce, le service public en cause est celui de la distribution d'eau potable dont le caractère industriel et commercial peut trouver un fondement dans les dispositions du code général des collectivités territoriales (art. L. 2224-1 et s.). Il reste que l'objet du service public apparaît, dans la qualification du service public par la jurisprudence récente, comme étant un élément majeur (T. confl. 2 mai 2011, Société Mona parfums Holding c/ Société Centre départemental de télésurveillance sécurité, n° 3776, AJDA 2011. 928 : télésurveillance de locaux privés assurée par une commune), ne serait-ce que parce qu'il est le premier révélateur de la similitude entre un service public donné et une activité privée et qu'il n'est pas possible de faire entrer cet objet dans les fonctions normales des personnes publiques. C'est bien le cas en l'espèce où personne ne conteste - même pas la CCI de Nouvelle-Calédonie - la ressemblance quant à l'objet entre le site public et les sites privés.

La prise en compte, à titre principal, de l'objet du site Jeco pour le qualifier de SPIC sans considération de son mode de financement, pouvait donc, après tout, se justifier. Mais, même si l'on veut, dans ce cas, réintégrer le mode de financement du service dans le critère de distinction SPA/SPIC, n'est-il pas possible de considérer qu'un service public gratuit est un SPIC dès lors que les activités privées similaires le sont généralement ? Après tout, il est dans la logique du critère de distinction SPA/SPIC de comparer un service public donné et les activités privées analogues. Un élément de comparaison peut alors être tiré du mode de financement et la Cour de cassation relève dans son attendu final que le fonctionnement du site Jeco « s'exerçait dans les mêmes conditions que celles de nombreux sites privés offrant un service gratuit financé par la publicité ou le partenariat d'entreprise ». La gratuité ici n'oppose pas le service public à l'activité privée, au contraire elle les rapproche. Elle ne constitue donc pas un obstacle à ce que le service public soit qualifié de SPIC, bien au contraire.

Il serait possible de nous faire remarquer que cette solution n'est pas adaptée au cas où, face à ce service public gratuit, on rencontre un site privé payant et, en l'espèce, la société Neologis fait état d'une concurrence déloyale liée à la gratuité du site Jeco, ce qui suggère que son propre site est payant et le premier devrait en conséquence être qualifié de SPA. Mais, alors il faudrait établir une nouvelle distinction au sein de la gratuité. En effet, si le site public est financé par la publicité et par le partenariat d'entreprise, il l'est par un mode privé et rien n'empêche, après tout, la société privée de tenter de mettre en oeuvre un tel financement et ici la qualification de SPIC du site public se justifie. Il n'y a guère, en définitive, que dans l'hypothèse où le financement du site public serait intégralement assuré par la fiscalité que la qualification de SPA apparaîtrait défendable dès lors, encore une fois, que les sites privés concurrents ne seraient pas gratuits. La meilleure solution, pour éviter des difficultés de nature à déconsidérer, dans ce cas, la distinction SPA/SPIC, n'est-elle pas d'admettre que par son objet le site internet créé par la CCI est un SPIC ?

De toute façon, pour déterminer en l'espèce la compétence juridictionnelle pour connaître de l'action de la société Neologis, peu importe que le site Jeco soit un SPA ou un SPIC. Dès lors que

se trouve en cause, au regard des exigences du droit de la concurrence, la régularité juridique des actes administratifs unilatéraux et à portée réglementaire créant le site Jeco et organisant son fonctionnement (la société Neologis fait référence à la création et à la mise en ligne d'un site internet gratuit) et que ces actes sont contestés par un tiers, on ne voit pas comment, pour les raisons exposées dans la première partie, on pourrait échapper à la compétence de la juridiction administrative. Sous réserve, qu'au vu de la jurisprudence récente du Tribunal des conflits, il est possible de se demander si, dans l'avenir, le juge judiciaire n'aura pas compétence pour apprécier la légalité d'actes administratifs unilatéraux organisant un service public et ayant comme fondement juridique exclusif une norme issue du droit de l'Union européenne (T. confl. 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau c/ INAPORC, n° 3828, AJDA 2011. 2041).

Document 11 : 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, ci-dessous 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. Thérond 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'usager 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, 15e 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-tarification 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 2e 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-tarification 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'utilisateur (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'utilisateur 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'utilisateur 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'utilisateur.

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.

Document 12 : B. Seiller, « *L'érosion de la distinction SPA-SPIC* », *AJDA*, 2005, p.417.

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

S'interrogeant sur la pérennité de la structure binaire du droit administratif, Didier Truchet notait d'emblée et sans ambages que « les services publics sont administratifs ou industriels et commerciaux » (D. Truchet, *La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire?*, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 443). Il constatait également que le Tribunal des conflits échoua dans sa tentative d'introduire une troisième catégorie, les services publics sociaux (T. confl. 22 janvier 1955, *Naliato*, Lebon p. 694 ; RPDA 1955, p. 53, concl. Chardeau). La dichotomie consacrée dans la célèbre affaire du bac d'Eloka (T. confl. 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Lebon p. 91 ; D. 1921, III, p. 1, concl. P. Matter) au sein de l'ensemble, jusqu'alors homogène, des services publics est donc exhaustive. Depuis 1921, le pluriel a supplanté le singulier : hormis le respect des « lois de Rolland », la notion de service public ne déploie par elle-même que fort peu de conséquences juridiques. En revanche, la jurisprudence confère à la qualification des services publics une importance considérable. Le caractère administratif ne sera pas attribué dans les mêmes conditions aux actes unilatéraux ou contractuels selon qu'ils se rapportent à la gestion d'un service public administratif (SPA) ou d'un service public industriel et commercial (SPIC). Le constat est identique pour l'attribution de la qualité d'agent public ou pour l'engagement de la responsabilité des personnes publiques... La dichotomie des services publics constitue un élément si fondamental de l'étude du droit administratif qu'un colloque fort intéressant fut organisé à Poitiers à l'occasion du quatre-vingtième anniversaire de l'apparition des SPIC (*Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, coll. Décentralisation et développement local, 2003). Le dualisme des services publics français procède indirectement du dualisme juridictionnel, construit sur la base de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, et directement du dualisme juridique, corollaire circonstanciel du premier. L'opposition entre les services publics repose sur l'idée que le droit administratif, droit spécifique à l'action administrative, ne saurait régir tous les services publics. Certains d'entre eux n'appellent pas l'application de ce droit exorbitant, compte tenu de leur parenté avec les activités similaires du secteur privé. Leur caractère « industriel ou commercial » incline, au contraire, à les soumettre pour l'essentiel aux mêmes règles de droit que celles-ci. Le droit privé s'impose alors et, par contrecoup, la compétence du juge judiciaire. Les autres services publics bénéficient, quant à eux, de la protection particulière conférée aux activités administratives par le principe de séparation des autorités. Le droit administratif les régir principalement, sous le contrôle du juge administratif. La distinction des deux catégories de services publics concourt donc à l'identification du droit applicable et, en cas de litige, du juge compétent.

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

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

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

Malgré les efforts indéniables de cette juridiction pour simplifier l'état du droit en la matière, des questions que l'on croyait définitivement résolues ressurgissent. Tel est le cas de la jurisprudence *Berkani*, par laquelle le juge des compétences avait mis un terme à certains errements (v. T. confl. 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, Lebon p. 792 ; JCP 1964, II, 13466, note R. L.), en posant que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi » (T. confl. 25 mars 1996, *Berkani*, Lebon p. 535, concl. Martin ; AJDA 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux). Deux arrêts récents en soulignent les limites. Le premier concerne le cas particulier des agents contractuels des établissements publics administratifs à double visage (T. confl. 24 mai 2004, *Préfet de Seine-et-Marne*, JCP 2004, I, 165, obs. Ondoua), à l'égard desquels, si le principe est conservé, l'analyse des activités exercées par l'intéressé redevient nécessaire. Le second se rapporte à la délicate application de l'article L. 122-12 du code du travail aux agents

des SPA repris en régie par une personne publique (CE sect. 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, AJDA 2004, p. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica). L'une des branches de l'alternative ouverte par le Conseil d'Etat à l'employeur public (le maintien du contrat de droit privé préexistant) déroge au principe simplificateur de la jurisprudence *Berkani* et a été de ce fait immédiatement dénoncée (v., M.-C. de Montecler, Question sur un arrêt surprenant, AJDA 2004, p. 2241; JCP 2004, II, 10200, note Jean-Pierre).

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

Une conception discutable

L'apparition des SPIC marqua l'achèvement d'un lent processus de reconnaissance de cas de gestion privée dans l'action administrative. Sous-jacente dans les conclusions de David sur l'arrêt *Blanco* (T. confl. 8 février 1873, Lebon p. 61), développée par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier* (CE 6 février 1903, Lebon p. 97, S. 1903, III, p. 25, concl. et note M. Hauriou), cette réflexion avait déjà conduit à admettre que certains contrats conclus dans l'intérêt du service public pouvaient revêtir un caractère de droit privé (CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Lebon p. 909, concl. Blum). Il est compréhensible que la charge de consacrer l'existence de services publics à gestion intégralement (ou presque) privée revint au Tribunal des conflits. Premier à avoir défendu la gestion privée dans une brochure intitulée *La gestion administrative* parue en 1899, Maurice Hauriou expliquait ainsi les raisons de sa reprise en droit positif : « le développement de l'activité administrative, pendant et depuis la guerre, a montré qu'il pouvait être utile, pour le fonctionnement des services publics ou des entreprises d'intérêt public, d'user, d'une façon plus large, parallèlement aux moyens et procédés de gestion publics, de moyens et de procédés de gestion privés » (*Précis de droit administratif*, Sirey, 1933, 12^e éd., p. 1064). La volonté d'adapter le droit applicable aux nouvelles formes de l'action administrative triompha malgré une certaine ambiguïté théorique de la notion de SPIC et ne fut pas ébranlée par les incertitudes qu'elle suscitait en pratique.

L'ambiguïté théorique

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

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

Même s'il ne contesta pas explicitement la jurisprudence *Bac d'Eloka*, Maurice Hauriou semble avoir répugné à admettre que des services publics soient à gestion privée. La dernière édition de son ouvrage (*Précis de droit administratif*, préc.) citait, en effet, l'arrêt *Bac d'Eloka* parmi les illustrations de ce qu'il appelait les « services privés des administrations publiques », qui se caractérisent selon lui par la « mise en oeuvre par une administration non

seulement de moyens de gestion, mais aussi de procédés de gestion privés ». Il est vrai que l'arrêt en cause qualifie l'exploitation du bac de service de transport et non de service public. Si cette dernière expression apparaît peu après en jurisprudence (CE 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Lebon p. 1109), il s'agirait de la première étape de la construction du mythe de l'arrêt *Bac d'Eloka* (A.-S. Mescheriakoff, L'arrêt du Bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique, RD publ. 1988, p. 1058). Selon cette analyse, l'arrêt *Bac d'Eloka* aurait seulement confirmé la possibilité de recourir à la gestion privée dans l'exécution des services publics. L'idée selon laquelle il aurait consacré des services publics à gestion privée apparut ultérieurement sous l'influence de l'École du service public qui y vit le seul moyen d'empêcher les personnes publiques de choisir le régime applicable à leurs activités, et donc une nouvelle méthode de limitation objective de ces personnes.^[17] Un élément conforte ces contestations récurrentes et diverses. Il fallut attendre 35 ans pour que les critères de la distinction des deux catégories de service public soient arrêtés, ce qui accuse encore son ambiguïté conceptuelle. A l'opposition initiale, formulée par Paul Matter entre les services relevant de l'essence même de l'Etat et ceux qu'il n'entreprend qu'occasionnellement parce que nul particulier ne s'en est chargé, il fut successivement proposé de substituer le critère de la poursuite d'un but spéculatif (Bonnard, *Droit administratif*, LGDJ, 1935), celui de la réalisation d'actes de commerce (Chavanon, *Essai sur la notion et le régime juridique des SPIC*, Thèse Bordeaux, 1938) ou une combinaison de critères objectifs et subjectifs (Charlier, La notion juridique de service public industriel et commercial, JCP 1955, I, 1210). Jusqu'à ce qu'un arrêt de 1956 apporte quelques précisions (CE Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Lebon p. 434 ; D. 1956, Jur. p. 759, concl. Laurent), la jurisprudence écarta « tout esprit de système et témoigna d'un souci particulier des nuances » (Laurent, concl. préc.), qui trouble au regard des enjeux de la distinction.

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

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

L'incertitude pratique

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

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

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

Le droit public domine certes largement la gestion des SPA gérés par des personnes publiques et le droit privé celle des SPIC gérés par des personnes privées. Mais les services publics administratifs gérés par des personnes privées relèvent pour une part importante du droit privé et les services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes publiques pour une part non négligeable du droit public. Il n'est pas jusqu'au fameux bloc de compétence judiciaire pour le contentieux des relations entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers qui ne connaisse des fissures ! « Par exception, le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations » (CE 3 octobre 2003, *M. Peyron*, RFDA 2003, p. 1256 ; Lebon p. 386). Par ailleurs, ce bloc de compétence opère au détriment d'autres principes auxquels il apporte des dérogations, à l'exemple de la loi du 28 pluviôse an VIII ou du critère de la clause exorbitante dans les contrats. La simplification recherchée paraît alors bien ambivalente.^{[L'71]A cela s'ajoutent des hésitations ou divergences quant à la qualification de certains services publics.^{[L'71]Les unes sont paradoxalement imposées par la mise en oeuvre même des critères de la distinction : ces derniers conduisent à ce qu'une même activité soit administrative ou industrielle et commerciale, au gré des décisions prises par l'autorité compétente quant à l'origine des ressources et/ou aux modalités d'organisation. Les piscines et les théâtres municipaux en offrent l'illustration la plus classique. Il faut ajouter que le jeu des critères produirait parfois des dédoublements curieux dans la mesure où le même service public changerait de caractère en fonction de ses usagers (J.-F. Lachaume, Brèves remarques sur les services publics à double visage, RFDA 2003, p. 362. Les autres résultent au contraire d'une méconnaissance, volontaire ou non, des critères. Elles sont le plus souvent le fait des autorités créatrices du service public à l'occasion, notamment, de la qualification de l'établissement public auquel il est confié. Bien moins que la confirmation de l'excessive difficulté d'application des critères, il faut y voir des cas d'instrumentalisation de la distinction. Il en va ainsi lorsque l'autorité compétente, indifférente à la réalité des activités concernées, impose une qualification pour faire bénéficier l'établissement public du régime juridique correspondant. La souplesse supposée des règles juridiques, comptables et financières applicables dans le secteur privé incline évidemment à l'abus de la qualité d'établissement public industriel et commercial. Respectueux du principe de séparation des autorités, le juge administratif ne saurait se laisser abuser par ces qualifications erronées et procède aux corrections nécessaires. Mais il n'a compétence pour requalifier l'organe lui-même qu'en présence d'un acte réglementaire (CE 4 juillet 1986, *Berger*, Lebon p. 564 ; D. 1988, Jur. p. 91, note E. Fatôme et J. Moreau). En revanche, tenu par les qualifications législatives, il n'a d'autre solution que de lier sa compétence à l'activité réellement à l'origine du litige et non à la qualité officielle de l'organe qui l'exerce (CE Ass. 29 janvier 1965, *L'Herbier*, Lebon p. 60 ; AJDA 1965, p. 93, chron. Puybasset et Puissochet et p. 103, concl. Rigaud). Il enrichit ainsi la tétalogie juridique, pourtant déjà bien fournie, de deux espèces effrayantes, les établissements publics à double visage et à visage inversé. Les premiers conservent leur qualification textuelle malgré l'exercice d'activités relevant des deux catégories de service public, les seconds perdent leur qualification textuelle qui ne correspond pas au type de service public essentiellement exercé. Rien n'interdit d'ailleurs qu'un même établissement public ne cumule les tares.}}

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

Une évolution concevable

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

Une distinction ignorée

D'origine prétorienne, la division des services publics en deux catégories ne jouit apparemment pas de la pleine adhésion des autorités normatives. Malgré le développement constant du droit écrit, un nombre peu élevé de textes y attachent des conséquences particulières.

En droit interne certes, quelques lois y font référence à l'image de l'article L. 421-1 du code du travail (à propos de l'élection de délégués du personnel) ou des articles L. 2221-1 et suivant du code général des collectivités territoriales (à propos des régies locales). Mais de telles dispositions posent en général des règles propres à l'une ou l'autre catégorie sans que les raisons de cette spécificité s'imposent d'évidence. Tel est, par exemple, le cas de la loi du 12 avril 2000 qui réserve la réduction du délai d'apparition des décisions implicites de rejet aux services publics administratifs. Les interrogations que suscitent ces textes respectueux de la distinction expliquent peut-être que les autorités normatives préfèrent plutôt l'ignorer. Les mêmes dispositions régissent alors les services publics administratifs et industriels et commerciaux. Par exemple, la loi du 31 juillet 1963 fixant certaines modalités d'exercice du droit de grève et la loi du 29 janvier 1993 organisant la passation des conventions de délégation de service public s'appliquent indifféremment aux uns et aux autres. L'ordonnance du 17 juin 2004 a, quant à elle, simultanément posé les principes des nouveaux contrats de partenariat public-privé et, pour simplifier les règles de répartition des compétences, leur a attribué un caractère administratif indépendamment du caractère du service public à l'exécution duquel le partenaire privé est éventuellement associé.

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

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

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

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

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

Une révolution suggérée

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

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

Le droit fiscal et le droit de la concurrence, qu'il soit d'origine interne ou communautaire, font prévaloir pour leur part la logique économique, tant dans l'objectif poursuivi d'instauration d'une libre concurrence que dans les méthodes et concepts utilisés pour y parvenir. Le pragmatisme de ces deux branches du droit commande de saisir l'action publique dans son environnement économique et social et de ne pas s'enfermer dans une analyse purement juridique et, de ce fait, abstraite et statique. Il s'agit d'adapter le droit aux contraintes de la réalité économique et non l'inverse. Malgré ces objectifs apparemment opposés, les deux conceptions de la dichotomie des services publics se rejoignent par leur logique commune. L'une et l'autre reposent sur l'idée que la satisfaction de l'intérêt général recherchée par l'organisation de services publics ne saurait en toute hypothèse justifier la soustraction à la loi générale, au régime juridique des activités « ordinaires ». Tandis que la jurisprudence *Bac d'Eloka*, élaborée dans le contexte particulier de la séparation des autorités administratives et judiciaires, en tire des conséquences absolues (principe de soumission au droit privé et à la compétence judiciaire) au terme d'une analyse principalement juridique, les droits fiscal et de la concurrence en déduisent, plus modestement, que seules les règles qu'ils posent s'appliqueront aux services publics au gré de leur impact économique et indépendamment du juge chargé de les contrôler. Il n'en reste pas moins qu'« il y a dans les deux démarches une volonté de limiter strictement [le domaine naturel d'intervention des personnes publiques] et de banaliser tout ce qui n'est pas administratif au sens strict du terme » (J.-F. Lachaume, Introduction, in *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, préc., p. 8).

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

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

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

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

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

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

Document n°13 : J-F Lachaume, Détermination du caractère industriel et commercial d'un service public par le juge judiciaire, AJDA 2014 p.2082

Les chambres professionnelles, et plus particulièrement les chambres de commerce et d'industrie, appartiennent à cette catégorie de personnes publiques spécialisées qui fournissent aux juristes s'intéressant aux difficultés engendrées par la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction une importante matière première, notamment dans les litiges relatifs au personnel de ces chambres. Nous en avons un nouvel exemple avec l'arrêt du 24 juin 2014 de la chambre sociale de la Cour de cassation relatif à la détermination de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître d'un litige engendré par la résiliation avant terme, par la chambre de commerce et d'industrie du Var (CCI), d'un contrat à durée déterminée (trois ans) la liant, dans le cadre d'une convention industrielle de formation (CIFRE), à une personne recrutée en vue du développement de l'opération Var cap international. Cette personne était chargée, en sa qualité de chef de projet du site internet de l'opération précitée, d'aider les entreprises varoises à développer leurs actions commerciales à l'échelle internationale.

On notera que les CIFRE, auxquelles se rattache celle liant le salarié évincé et la CCI du Var, sont régies par la loi n° 85-1376 du 23 décembre 1985 et les articles L. 1243-3 et D. 1243-3 du code du travail. Leur objet est d'aider financièrement les entreprises lorsqu'elles embauchent un jeune (21-26 ans) titulaire d'un diplôme (bac +5), celui-ci étant chargé de la réalisation d'un projet de recherche et d'une thèse, et signant à ce titre avec l'entreprise un contrat à durée déterminée de trois ans, c'était le cas en l'espèce, ou un contrat à durée indéterminée. Les agents ainsi recrutés ne sont pas considérés comme des stagiaires.

La CCI du Var ayant résilié le contrat de travail de son chef de projet quelques mois après son recrutement, le salarié évincé, estimant la rupture abusive, saisit le conseil de prud'hommes (jugement du 6 juin 2011). Tant devant cette dernière juridiction qu'en appel, la CCI contesta la compétence judiciaire pour connaître du litige en faisant valoir sa qualité d'établissement public administratif dont les services publics sont présumés administratifs. Et rien, toujours selon la CCI, ne permettait en l'espèce, s'agissant de sa direction de l'appui aux entreprises à laquelle le salarié évincé était affecté, de renverser la présomption précitée. Ce salarié, devait donc, selon la CCI du Var, être considéré, puisqu'employé par une personne publique pour le

compte d'un service public administratif (SPA), comme agent contractuel de droit public et ce en vertu de la célèbre jurisprudence Berkani (T. confl. 25 mars 1996, n° 3000, Lebon 533; AJDA 1996. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, et 399 ; D. 1996. 598, note Y. Saint-Jours ; AJFP 1996. 4 et 5, note P. Boutelet ; Dr. soc. 1996. 735, obs. X. Prétot ; RFDA 1996. 819, concl. P. Martin ; T. confl. 25 mars 1996, Lebon 535, concl. P. Martin). La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 11 décembre 2012 (n° 2012/904), rejeta l'exception d'incompétence judiciaire soulevée par la CCI pour connaître du litige. La CCI, persistant dans son raisonnement, demanda à la chambre sociale de la Cour de cassation de casser la décision du juge d'appel, ce que celle-ci a fait par l'arrêt ci-dessus rapporté estimant, en deux attendus, que les juges du fond n'avaient pas légalement démontré que le service d'affectation de l'agent était bien industriel et commercial.

I - Premier attendu : une affirmation exacte mais de portée limitée

Exact, mais de portée limitée : c'est ainsi qu'il est possible de caractériser le premier attendu de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation selon lequel « il appartient au juge, saisi d'un litige opposant un établissement public à l'un de ses agents contractuels, de rechercher s'il s'agit d'un établissement public administratif ou d'un établissement public à caractère industriel, ce caractère s'appréciant au regard de son objet, de l'origine de ses ressources et de ses modalités de fonctionnement [...] ».

On ne contestera guère, au regard des principes fondamentaux de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, l'exactitude de l'affirmation ; il reste néanmoins que cette dernière est d'une portée limitée s'agissant des litiges opposant un établissement public à l'un de ses agents contractuels.

A. Une affirmation exacte..

L'affirmation est exacte, d'abord, mais sur ce point il n'y avait pas de difficultés ni dans les textes, ni en jurisprudence, quant à la nature juridique de la CCI du Var que la chambre sociale dans l'arrêt qualifie d'établissement public. Une telle nature résulte, en effet, des textes en vigueur, même s'il faut en chercher l'affirmation dans l'article L. 710-1 du code de commerce dont la limpidité n'est pas la vertu première. La nature d'établissement public avait déjà été reconnue d'ailleurs aux CCI par la jurisprudence en se fondant sur les dispositions de la loi du 9 avril 1898 (CE 20 nov. 1908, CCI de Rennes, S. 1910. III. 17, note M. Hauriou). Il n'y a donc pas de difficultés sur ce point.

La vraie difficulté en l'affaire était de déterminer l'ordre juridictionnel compétent pour trancher le litige opposant la CCI à l'agent licencié.

1. Un élément constant et un élément variable

En matière de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, la compétence suit la notion ou la combinaison des notions. Cette grille de répartition, appliquée aux établissements publics, amène à prendre en considération successivement la nature de l'établissement : c'est ici une personne publique, et, ensuite comme c'est un mode de gestion des services publics, le caractère du service public géré : SPA ou service public industriel et commercial (SPIC). Il y a donc un élément constant, à savoir une personne publique et un élément variable, à savoir le caractère du service public, et l'on sait, depuis que la décision dite du Bac d'Eloka (T. confl. 22 janv. 1921, n° 0706, Société commerciale de l'ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire, Lebon 91 ; D. 1921. 3. 1, concl. P. Matter) a abouti à la remise en cause de l'unité du régime juridique des services publics, que la distinction SPA/SPIC joue un rôle majeur dans la détermination du droit (privé ou public) applicable aux différents services publics et partant de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des litiges les concernant.

Par ailleurs, dès lors qu'il existe des SPA et des SPIC et que la formule de l'établissement public peut être utilisée pour la gestion de l'une ou l'autre de ces catégories, il n'est guère surprenant que de la conjonction de l'établissement public et du caractère, SPA ou SPIC, du service public géré, naissent des établissements

publics administratifs (EPA) et des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC). L'on était en droit de considérer ainsi que la qualification donnée à un établissement public était le point de passage unique et automatique pour connaître du régime juridique des notions en cause dans un litige où cet établissement était impliqué. D'autant que le critère de distinction EPA/EPIC, rappelé par le premier attendu de notre arrêt, reproduit les éléments de distinction SPA/SPIC synthétisés par la jurisprudence administrative (CE, ass., 16 nov. 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Lebon 434 ; AJDA 1956. II. 489, chron. J. Fournier et G. Braibant ; D. 1956. 759, concl. P. Laurent). Ainsi, s'agissant de l'agent d'un service public donné, dans la mesure où il est employé par un EPIC gérant le service, il devrait être, en principe, considéré comme uni à l'établissement par un lien de droit privé, entraînant en cas de litige la compétence judiciaire.

Depuis la jurisprudence de Robert Lafreygère (CE 26 janv. 1923, n° 62529, Lebon 67) et Jalenques de Labeau (CE, sect., 8 mars 1957, Lebon 158 ; D. 1957. 378, concl. C. Mosset, note A. de Laubadère ; AJDA 1957. II. 184, chron. J. Fournier et G. Braibant ; GAJA, n° 38 : un EPIC était en cause), à l'exception du directeur général de l'établissement et du comptable s'il possède la qualité de comptable public, les agents des SPIC sont individuellement unis à l'établissement par un lien, en principe contractuel, de droit privé et seul le législateur peut déroger à cette solution (CE, sect., 15 déc. 1967, n° 65807, Level, Lebon 501 ; AJDA 1968. 228, chron. J. Massot et J.-L. Dewost et concl. G. Braibant ; D. 1968. 387, note C. Leclercq). Mais, on le voit bien, ce qui est déterminant, une fois prise en compte la qualité de personne morale de droit public de l'établissement public, c'est le caractère industriel et commercial du service public en cause. La même remarque vaut pour les relations entre le SPIC et ses usagers et très largement entre le SPIC et les tiers.

2. EPA = SPA ?

Lorsque, dans l'arrêt ci-dessus rapporté, la Cour de cassation précise que, pour déterminer le juge compétent afin de connaître d'un litige opposant un agent contractuel à l'établissement public qui l'emploie, il faut rechercher s'il s'agit d'un EPA ou d'un EPIC, on doit bien admettre que la marche à suivre ainsi décrite ne peut être, tout au moins à s'en tenir au strict plan des principes, qu'approuvée. Après tout, si un établissement public est expressément qualifié d'industriel et commercial c'est que, toujours sur le plan des principes, l'autorité qui l'a créé a entendu lui confier la gestion d'un SPIC et que la qualification donnée à l'établissement devrait renseigner à elle seule sur le caractère du ou des services publics qu'il gère, ce dernier, déterminant par ricochet le droit applicable et la juridiction compétente en cas de litige. Il y a quelque chose de cartésien dans le premier attendu de la Cour en ce sens qu'il donne à penser que la qualification de l'établissement est automatiquement et nécessairement l'indication du caractère du ou des services publics qu'il gère. Et on se prend à rêver qu'il en soit toujours ainsi... Hélas ce n'est pas toujours le cas car le législateur ou le pouvoir réglementaire, pour les raisons les plus diverses, voire par inadvertance, adoptent quelquefois des solutions fantaisistes en donnant à des établissements publics des qualifications qui sont sans rapport avec le ou les services publics gérés.

Il convient ainsi de faire preuve de prudence par rapport à l'affirmation du premier attendu de l'arrêt et dont la portée n'est pas aussi générale que cette affirmation pourrait le laisser croire.

B. ...mais de portée limitée

1. La qualification d'EPA des CCI avant la loi de 2010

Tout d'abord, et si l'on interprète bien ce premier attendu, notamment en ce qu'il se réfère aux éléments qui permettent, selon la Cour, d'identifier la qualification - administrative ou industrielle et commerciale - de l'établissement public (objet de l'activité, origine des ressources, modalités de fonctionnement), cette démarche s'impose afin de déterminer le droit - privé ou public - applicable à la solution du litige et, par voie de conséquence, l'ordre juridictionnel compétent pour le trancher. Et, en principe elle n'a lieu d'être que

si aucune qualification n'a été donnée à l'établissement public en cause.

Il est vrai, qu'en l'espèce, les dispositions législatives issues de la loi du 23 juillet 2010 (art. L. 710-1 et s. C. com.) relatives aux CCI, tout en reconnaissant à celles-ci la qualité d'établissement public, sont muettes sur leur qualification au regard de la distinction EPA/EPIC. Or, avant la loi précitée, celle du 9 avril 1898 avait permis à la jurisprudence de faire preuve d'une grande unanimité quant à la qualification des CCI. Le Conseil constitutionnel (30 déc. 1987, n° 87-239 DC, Loi de finances rectificative pour 1987, JO 31 déc. 1987 ; Rec. jurisprudence constitutionnelle, 1959-1993, p. 328), le Tribunal des conflits (23 janv. 1978, n° 2063, Marchand et Syndicat CFT du Languedoc-Roussillon, Lebon 643 ; D. 1978. 589, note P. Delvolvé ; T. confl. 28 mai 1979, n° 2117, Chambre de commerce et d'industrie d'Angers c/ Gaudin, Lebon ; D. 1980. 391, note R. Chapus), la Cour de cassation (Crim. 20 nov. 1980, D. 1982. 246, note W. Jeandidier ; Com. fin. 28 janv. 1982, CCI de Granville, Bull. civ. V, n° 58) et le Conseil d'Etat (v., not., CE, avis, 16 juin 1992, n° 351654, EDCE 1992, n° 44, p. 419 ; CE 18 déc. 1995, Préfet de la région Ile-de-France, Lebon 700) les considéraient comme des établissements publics administratifs.

2. Une qualification conservée

Cette qualification peut être conservée sous l'empire des nouveaux textes, comme le soutient dans ses écritures la CCI du Var pour décliner dans le litige en cause la compétence judiciaire et comme le décide dans son arrêt du 11 décembre 2012 la cour d'appel d'Aix-en-Provence, puisqu'en utilisant les données rappelées par la Cour de cassation dans son premier attendu, les CCI par leur objet principal (représentation auprès des pouvoirs publics et des acteurs locaux des intérêts de l'industrie, du commerce et des services), par l'origine de leurs ressources (elles bénéficient d'impositions de toute nature que la loi leur affecte), par leurs modalités de fonctionnement (notamment la soumission pour leurs dettes aux règles de la comptabilité publique, la qualité d'agents publics des agents statutaires ; l'existence d'une tutelle et d'un contrôle de l'Etat, etc.) (art. L. 710-1 et s. C. com.) doivent être considérées comme des EPA.

Si bien que, par une application automatique de la procédure décrite par la Cour de cassation dans son premier attendu, si la CCI du Var est bien un EPA, la qualification donnée à l'établissement devrait suffire à faire considérer les agents contractuels de celui-ci comme des agents de droit public en application de la jurisprudence Berkani précitée. Or, tout en affirmant une démarche à suivre, la chambre sociale n'y attache pas une importance majeure car, avec raison, elle néglige, en la matière, la qualification de l'établissement pour fonder sa censure de la compétence judiciaire retenue par les juges d'appel sur le fait qu'ils n'ont pas régulièrement établi le caractère industriel et commercial du service auquel l'agent était affecté au sein de la CCI lorsque son contrat a été résilié.

A vrai dire, comme ce qui était en cause en l'espèce ce n'était pas l'établissement public considéré en lui-même, dans son statut, mais un litige né dans son activité impliquant des agents, la seule voie possible, en l'état du droit positif, était de rechercher l'ordre juridictionnel compétent en fonction de la qualification - SPA ou SPIC - de l'activité en cause. Le service public concerné se détachant en quelque sorte de la qualification de l'établissement. Cela ne signifie pas d'ailleurs que la qualification de l'établissement soit totalement dépourvue d'intérêt, car, par exemple, s'agissant des CCI, leur qualification jurisprudentielle d'EPA fait que la distinction, au sein de leurs activités, des missions de SPA ou de SPIC est indifférente, quant à leur exonération de la participation au développement de la formation professionnelle continue (CE 29 janv. 2003, n° 242658, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, Lebon T. 692) ou en matière d'élection des délégués du personnel (T. confl. 23 janv. 1978, Marchand, préc.). Cependant, l'importance de la distinction SPA/SPIC réapparaît en matière d'assujettissement à la taxe professionnelle (CE 23 avr. 1997, n° 157850, Chambre de commerce et d'industrie de Nice-Côte d'Azur, Lebon T. 723 ; D. 1997. 133). Sans compter que le juge déduit quelquefois la qualification de l'établissement du caractère (SPA ou SPIC) des missions qui lui sont confiées (CE 23 juill. 2014, n° 363522, SUD travail-affaires sociales, Lebon T. ; AJDA 2014. 1587 : Pôle emploi doit être

qualifié d'EPA à partir de ses missions ; solution confirmée par le décret n° 2014-524 du 22 mai 2014).

S'agissant, comme en l'espèce, des activités des CCI, la prise en compte nécessaire, pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent, de la qualification du service public au sein duquel est né le litige relatif à la situation d'un agent, ainsi d'ailleurs que pour d'autres différends (dans les relations individuelles CCI-usagers par exemple), est, en définitive, imposée ici par les textes. En effet, dans la présentation, quelque peu désordonnée, des éléments du régime juridique des CCI découlant des articles L. 710-1 et suivants du code de commerce, on rencontre des éléments qui font indiscutablement des CCI, malgré la qualification d'EPA que leur donne dans le silence de la loi la jurisprudence, des établissements publics à double visage.

Il suffit de se référer aux dispositions précitées du code de commerce, issues de la loi du 23 juillet 2010, qui, et cela n'est pas si fréquent, reconnaissent, qu'à côté de leurs missions incontestables de SPA (par ex. la représentation des intérêts de l'industrie, du commerce et des services auprès des pouvoirs publics), les CCI gèrent des SPIC, notamment, mais pas exclusivement, en matière d'infrastructures portuaires et aéroportuaires (art. L. 711-3, 4° C. com.). Si bien qu'une conclusion s'impose, le législateur, sans qualifier expressément les CCI d'EPA ou d'EPIC, en a fait incontestablement des établissements publics à double visage. Par son silence, il rejoint les solutions jurisprudentielles qui, tout en qualifiant d'EPA les CCI, admettent qu'elles sont à double visage (jurisprudences Marchand, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, préc. ; CAA Bordeaux, 30 déc. 1997, n° 97BX01383, Deleplace, Lebon 723). Encore faut-il déterminer le vrai visage du service en cause dans le litige, ce qui n'est pas quelquefois exempt de difficultés (v. infra II).

3. Elargir le champ

Au-delà de son intérêt direct en ce qu'il provoque la discussion sur la solution qu'il adopte, l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation est l'occasion d'élargir quelque peu la recherche et, sinon de faire le point sur celle-ci, car il faut savoir rester modeste, tout au moins de rassembler les derniers éléments glanés dans la jurisprudence récente quant aux relations souvent tourmentées entre établissement public et service public. Il y a bientôt une dizaine d'années que la matière a été réexaminée par la jurisprudence, ce qui ne signifie pas que l'on puisse soutenir aujourd'hui qu'elle en a été vraiment bouleversée, même s'il convient de distinguer, désormais et dans une certaine mesure, les cas où c'est la loi qui qualifie un établissement public des cas où cette qualification résulte d'un acte réglementaire, voire n'existe pas.

Par une décision du 12 décembre 2005, à propos de Voies navigables de France que la loi qualifie d'EPIC, le Tribunal des conflits, synthétisant une précédente jurisprudence (29 déc. 2004, n° 3416, M. et Mme Blanckeman c/ Voies navigables de France, Lebon 670 ; AJDA 2005. 685), a posé le principe selon lequel relèvent de la compétence du juge judiciaire « les litiges nés de l'activité d'un établissement public qualifié par la loi d'industriel et commercial, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, tels la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique » (12 déc. 2005, n° 3455, Croisières lorraines La Bergamote [EURL] c/ Voies navigables de France, Lebon 670 ; AJDA 2006. 1040, note F. Colly). Il devait réitérer cette solution par une décision du 16 octobre 2006 (n° 3506, Caisse centrale de réassurance [CCR] c/ Mutuelle des architectes français, Lebon 639 ; AJDA 2006. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2007. 284, concl. J.-H. Stahl, et 290, note B. Delaunay ; RTD com. 2007. 37, obs. G. Orsoni ; RJEP/CJEG 2007. 30, concl. J.H. Stahl ; JCP Adm. 2007, n° 2077, note B. Plessix ; dans le même sens : T. confl. 28 mars 2011, n° 3787, Groupement forestier de Beaume-Haie c/ Office national des forêts, Lebon 771 ; AJDA 2011. 714 ; Dr. adm. 2011. Comm. 59, note F. Melleray ; JCP Adm. 2011, n° 2386, note J. Martin).

On a pu voir dans cette façon de raisonner, et dans le cas d'établissements publics qualifiés par la loi d'EPIC, la mort de l'établissement public à double visage (gérant à la fois un ou des SPA, un ou des SPIC) dans la mesure où, désormais, les activités d'un EPIC relèveraient en principe lorsqu'elles engendrent des litiges de la compétence judiciaire, à l'exception de celles (réglementation, police, contrôle) qui « ressortissent par

leur nature de prérogatives de puissance publique ». L'application du droit public et l'intervention du juge administratif ne seraient plus, dans cette conception, rattachées à la notion de SPA, mais à la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique dans le cas d'une activité présumée industrielle et commerciale, et ce, du fait de la qualification législative de l'établissement. Or, on doit admettre que les notions de SPA et de prérogatives de puissance publique ne sont pas automatiquement liées et que l'on rencontre de telles prérogatives dans les SPIC (v. note F. Melleray et chron. C. Landais et F. Lenica, préc.).

Si bien, qu'ainsi comprise, la jurisprudence du Tribunal des conflits semble signer, dans le cas des EPIC ainsi qualifiés par la loi, la mort des établissements publics à double visage puisque ce n'est plus, au sein des différentes missions d'un EPIC, la qualification de la mission en cause dans le litige (SPA ou SPIC) qui permettrait de déterminer la nature du droit applicable et partant la compétence juridictionnelle. Une telle solution est d'ailleurs de nature à bousculer quelque peu des données bien établies. Par une simplification heureuse, intervenue au début des années 1960, le juge abandonnant la solution de l'arrêt Stein (CE 20 oct. 1950, Lebon 605) a privatisé les contrats conclus entre les SPIC (même gérés par des personnes publiques) et les usagers, même si le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit privé (CE, sect., 13 oct. 1961, Etablissements Campanon-Rey, Lebon 567 ; AJDA 1962. 98, concl. C. Heumann, note A. de Laubadère ; D. 1962. 506, note Vergnaud). A supposer désormais qu'un contrat, conclu entre un SPIC géré par EPIC qualifié par la loi et un usager, comporte une clause exorbitante du droit privé, révélant la mise en oeuvre d'une prérogative de puissance publique, doit-on considérer le contrat comme administratif ?

A vrai dire, il n'est pas sûr que la qualification d'EPIC donnée par la loi à un établissement ait sonné le glas des EPIC à double visage (v. note B. Plessix, préc.). Par ailleurs, dans la jurisprudence la plus récente, tout au moins du Conseil d'Etat, celui-ci, à propos d'un EPIC qualifié par la loi, en l'espèce l'ONF, rattache expressément les activités de réglementation, de police ou de contrôle de cet établissement à une mission de service public administratif (CE 31 mai 2013, n° 346876, Consorts Dejardin, Lebon T. 509 ; AJDA 2013. 1135). Et, comme pour couper court à toute contestation, le Conseil d'Etat précise que les missions précitées, qui font bien partie de celles de l'ONF, et qui ainsi prennent place à côté de celles de l'Office se rattachant à un SPIC, ne « peuvent donc être exercées que par un service public administratif ». Il reste ainsi fidèle à la solution retenue par son arrêt Blanckeman (CE 2 févr. 2004, n° 247369, Voies navigables de France, Lebon ; AJDA 2004. 1149), et ne reprend pas, à propos de l'ONF, la rédaction du Tribunal des conflits dans ses décisions précitées : Blanckeman du 29 décembre 2004, Caisse centrale de réassurance du 16 octobre 2006, Groupement forestier de Beaume-Haie du 28 mars 2011, dans lesquelles on recherche en vain un rattachement des activités de réglementation, de police ou de contrôle à une mission de SPA. Le Conseil d'Etat continue donc à maintenir un tel rattachement montrant ainsi que, pour lui, même qualifiés d'EPIC par la loi, l'ONF et Voies navigables de France (2 févr. 2004, n° 247369, Blanckeman, préc.) restent, selon leurs missions, des établissements publics à double visage. Il est peut-être contestable de saluer dans ce cas la disparition des EPIC à double visage, tout au moins s'agissant du Conseil d'Etat. La jurisprudence du Tribunal des conflits n'aboutit-elle pas à cet égard à « une simplification en trompe-l'oeil » (D. Truchet, Droit administratif, PUF, 5e éd., 2013, p. 349) ?

Il faut ajouter que la solution du Tribunal des conflits est quelquefois présentée comme exprimant la volonté du juge de s'incliner devant une qualification législative, celle d'EPIC, donc imposée par la loi. Mais, n'est-ce pas attacher trop d'importance à une qualification législative qui relève, constitutionnellement, du domaine du réglementaire (Cons. const. 17 mars 1987, n° 87-150 L, Rec. Cons. const. 32 ; 5 déc. 1989, n° 89-162 L, Rec. Cons. const. 100), sous réserve, il est vrai, de ne pas dénaturer les règles constitutives de l'établissement.

Pour les autres établissements publics, rien ne fait obstacle à ce qu'un établissement qualifié d'EPA par la loi soit considéré par le juge comme étant à double visage, chaque visage (SPA ou SPIC) déterminant le régime juridique de l'activité en cause. Lorsque la loi ne dit rien, ou lorsque la qualification résulte d'un acte réglementaire, le juge est libre de faire jouer la jurisprudence sur les établissements publics à double visage,

voire à visage inversé, et, encore une fois, c'est la nature de l'activité en cause qui détermine normalement le régime juridique qui lui est applicable et la compétence juridictionnelle en cas de litige.

En définitive, et pour revenir au premier attendu de l'arrêt de la chambre sociale, il suffirait de remplacer EPA par SPA et EPIC par SPIC pour être sur la bonne voie en vue de déterminer la nature du contrat liant l'agent licencié à la CCI du Var et partant l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du litige né de la résiliation avant terme du contrat. N'est-ce pas d'ailleurs ce que fait, en définitive, la chambre sociale dans son second attendu ?

II - Deuxième attendu : la présence d'un service public au caractère incertain

Ce qui peut surprendre dans l'arrêt de la Cour, c'est que le premier attendu ne prépare guère au second. Le premier est centré sur la qualification de l'établissement public, qui ne fournit pas en l'espèce la réponse précise à la question de la compétence juridictionnelle. Le second est centré - et c'est la bonne démarche - sur le caractère du service (SPA ou SPIC), ce qui ne signifie pas que toutes les difficultés soient pour autant surmontées.

A. La présence d'un service public

D'abord, on remarque que la chambre sociale ne qualifie pas le service de la CCI, dans lequel l'agent, dont le contrat a été résilié avant terme, était affecté, de service public. Tant dans cet arrêt que dans celui de la cour d'appel, on cherche en vain, tout au moins dans la rédaction des décisions, le qualificatif « public » accolé au mot service. Mais, le raisonnement suivi, tant par les juges d'appel que par le juge de cassation, implique nécessairement que l'activité à laquelle était affecté l'agent contractuel évincé s'analyse pour eux, mais sans l'écrire, en une mission de service public. L'expression « service public » provoque-t-elle la réticence du juge judiciaire à l'utiliser en ce qu'elle est par trop emblématique du droit administratif ?

D'abord, même si le premier attendu de l'arrêt de cassation n'est pas déterminant quant à la solution du litige (supra I), il suggère que pour le juge, par le critère de qualification de l'établissement public mis en oeuvre, l'activité de la CCI en cause dans le litige constitue bien une mission de service public. D'ailleurs, la qualité de personne morale de droit public des CCI ne le fait-elle pas présumer ?

Ensuite, la loi rattache bien l'activité de la CCI à laquelle est affecté l'agent, à savoir l'action en vue du développement international des entreprises et l'exportation de leur production à une mission de service public ou d'intérêt général (art. L. 710-1, 3°, al. 3 C. com.). Enfin, cette activité est gérée en régie, elle est financée pour partie par des subventions publiques, voire par des impositions affectées aux CCI, elle est soumise au contrôle des pouvoirs publics...

On rapprochera, sur ce point de l'arrêt ici commenté, celui de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation dans lequel un site internet créé par une CCI, en vue de constituer un annuaire des entreprises et consultable gratuitement (4 mai 2011, n° 10-10.989, AJDA 2011. 2355, note J.-F. Lachaume), n'est pas, semble-t-il, considéré comme une mission de service public, ce qui peut se discuter (v. note préc.).

B. ...au caractère incertain

Le caractère de service public, même si encore une fois les juges font référence à un service qu'ils ne qualifient pas de public, reconnu à la mission de la CCI à laquelle l'agent, dont le contrat a été résilié avant terme, était affecté, ne suffit pas à désigner l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du litige lié à cette résiliation. Il faut, ensuite et nécessairement, identifier le caractère du service public en cause : si c'est un SPA, l'agent licencié a la qualité d'agent public contractuel et le juge administratif est compétent en vertu de la jurisprudence Berkani. Si c'est un SPIC, cet agent ne possédant, ni la qualité de directeur général du service, ni celle de comptable public, la jurisprudence, issue de l'arrêt de Robert Lafreygère et de sa

descendance, impose, dans le silence de la loi, la compétence judiciaire pour les litiges relatifs aux situations individuelles.

La CCI du Var soutenait que sa qualité d'EPA fait présumer le caractère administratif de l'activité à laquelle l'agent était affecté, que les conditions cumulatives de renversement de la présomption d'administrativité en faveur du SPIC (objet de l'activité, origine des ressources, modalités de fonctionnement l'apparentant à une entreprise privée) n'étaient pas réunies en l'espèce, ne serait-ce que par l'origine publique d'une partie importante des ressources (subventions publiques, impôts bénéficiant aux CCI).

Les juges du fond ont, au contraire, estimé que la jurisprudence sur les agents des SPIC s'appliquait en l'espèce et, qu'en conséquence, le contrat conclu entre la CCI et l'agent était de droit privé et le litige né de sa résiliation avant terme revenait donc au juge judiciaire. La Cour de cassation censure, non pas le résultat en lui-même, mais les lacunes dans le raisonnement suivi par la cour d'appel d'Aix-en-Provence pour y arriver.

Il faut donc revenir aux fondamentaux. La présomption d'administrativité dont bénéficie, dans le silence de la loi, tout service public est renversée si du triple point de vue de son objet, de l'origine de ses ressources et de ses modalités de fonctionnement, l'activité constitutive du service est comparable à celle d'une entreprise commerciale ou industrielle privée. Le service en cause doit alors être considéré comme un SPIC. C'est donc par rapport aux trois éléments cumulatifs précités - que la CCI invoque d'ailleurs dans son pourvoi pour contester le renversement de la présomption d'administrativité - que la Cour de cassation contrôle le bien-fondé de la qualification d'industriel et de commercial retenue par les juges du fond à propos du service auquel l'agent licencié était affecté.

Le premier élément de la trilogie qui doit être examiné est celui de l'objet du service. Si cet objet fait obstacle au renversement de la présomption d'administrativité, parce qu'il ne peut donner lieu à une activité industrielle et commerciale, le service est et reste un SPA et point n'est besoin d'examiner les deux autres éléments. Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, la CCI du Var désirait ainsi que soit censurée la solution de la cour d'Aix-en-Provence qui affirmait que la mission confiée à l'agent licencié « revêt un caractère industriel et commercial » et se rattache aux programmes des formations prévues par l'opération Var cap international. La CCI considérait que l'argumentation n'était guère convaincante, et on pourrait ajouter un peu courte. La Cour de cassation ne s'attarde pas sur ce moyen estimant peut-être, et avec raison, que le caractère industriel et commercial de l'activité en cause est défendable puisqu'il s'agit, moyennant une rémunération versée par les entreprises, de les aider à se développer à l'international. L'obstacle vers la qualification de SPIC pouvait donc être, à ce stade, franchi.

Le second obstacle tient ensuite à l'origine des ressources. La présomption d'administrativité du service ne peut être renversée, dès lors que l'objet de celui-ci n'y fait pas obstacle que si, comme dans le cas d'une activité industrielle et commerciale, les ressources permettant le fonctionnement du service trouvent de façon prépondérante leur origine dans les prix ou les redevances acquittés par les usagers ou par les bénéficiaires de la prestation de service. La CCI soutenait, à cet égard, que très « majoritairement » les ressources du service d'affectation de l'agent provenaient « du conseil général et de l'impôt et que la participation financière des entreprises était très minime ». Il est vrai par ailleurs que la subvention versée au titre du dispositif CIFRE par l'Etat, soit 14 000 € annuels (valeur 2013), ne permet pas de couvrir totalement le salaire de la personne recrutée qui doit être égal ou supérieur à 23 484 € par an. Selon la CCI, le nécessaire appel à des ressources publiques fait donc obstacle à ce que le service puisse être assimilé à une entreprise privée.

Les juges d'appel avaient rejeté l'argument en soulignant que le service public en cause « propose des actions de formations facturées aux utilisateurs dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée ». A l'évidence, les juges d'appel n'ont pas répondu à l'argument de la CCI en ne recherchant pas si le financement du service

à partir de concours publics n'était pas prépondérant, excluant ainsi le renversement de la présomption d'administrativité. C'est ce que censure la Cour de cassation en cassant et annulant la décision d'appel, non pas en ce qu'elle conclut au caractère industriel et commercial du service, mais en ce qu'elle arrive à cette solution par une absence de vérification de la pertinence du moyen relatif à l'origine des ressources. Il sera intéressant de voir comment le juge de renvoi va fixer le curseur, lorsqu'un service public bénéficie à la fois de concours publics et de recettes provenant des usagers, afin de déterminer si ce sont les concours ou les recettes qui constituent « la plus grande part » des ressources du service.

Dès lors que l'élément relatif à l'origine des ressources n'était pas régulièrement évalué, la Cour de cassation n'avait pas à statuer sur la présence du troisième élément également nécessaire au renversement de la présomption d'administrativité, à savoir les modalités de fonctionnement du service. On notera simplement ici que, pour contester la réalisation de ce troisième élément, la CCI faisait notamment valoir que l'argument, consistant à soutenir que l'affiliation de l'agent, avant son licenciement, au régime de retraite des salariés du secteur privé était un élément déterminant de la comparabilité du fonctionnement du service public en cause avec celui des entreprises privées, n'était pas décisif, puisque l'ensemble des agents de la CCI - agents publics et salariés de droit privé - sont soumis à ce régime.

Quant au juge d'appel, il avait constaté la réalisation du troisième élément nécessaire à caractériser un SPIC, en remarquant que le contrat dont bénéficiait l'agent se rattachait à une CIFRE (v. supra) et que ce contrat était encadré par les articles L. 1242-3, D. 1242-3 et 1242-6 du code du travail qui permettent de conclure un contrat à durée déterminée pour les bénéficiaires d'une aide financière individuelle à la formation par la recherche, la durée du contrat ne pouvant être supérieure à celle de l'aide financière, soit trois ans pour les CIFRE.

Sans compter qu'il est difficile de soutenir que les contrats en cause liés au dispositif CIFRE, ne serait-ce que par leur objet, notamment la préparation d'un doctorat dans un cadre professionnel, et le fait que pour leur mise en oeuvre l'employeur signe un contrat avec l'Agence nationale pour la recherche technique représentant l'Etat, font obstacle à la comparabilité entre le fonctionnement du service de la CCI et une entreprise privée dès lors que le dispositif précité est utilisable certes par des personnes publiques, mais qu'il est surtout conçu en direction des entreprises privées qui constituent d'ailleurs la plus grande part des partenaires du dispositif en cause.

Il appartient désormais à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, désignée comme cour de renvoi mais autrement composée, de réexaminer l'exception d'incompétence du juge judiciaire soulevée par la CCI du Var et de le faire au regard des trois éléments cumulatifs précités dont on a pu écrire, non sans raison, qu'ils étaient d'une « médiocre fiabilité » (B. Seiller, L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005. 417). On peut souhaiter que la décision à intervenir atténue la sévérité, souvent justifiée, du propos.