



Licence 3 – Droit

GESTION PUBLIQUE
DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Distinction SPA SPIC

Notion EPA EPIC

Équipe pédagogique

Cours : Monsieur Frédéric INGELAERE

TD : Madame Marianne DRIEUX

Année universitaire 2018-2019

Introduction

Depuis 1921 et le célèbre arrêt du Bac d'Eloka, il existe deux catégories de services publics : les services publics administratifs (SPA) majoritairement soumis à un régime de droit public et à la compétence du juge administratif, et les services publics industriels et commerciaux (SPIC) relevant majoritairement du droit privé et du juge judiciaire. Ces deux catégories de services publics sont les seules qui existent à l'heure actuelle. En effet, la catégorie des services publics sociaux créée par le Tribunal des conflits le 22 Janvier 1955 dans son arrêt Naliato, catégorie de services qui relevait du juge judiciaire dans la mesure où ces services ne présentaient pas de différences notables par rapport aux organismes similaires relevant du droit privé, fut abandonnée par le juge des conflits le 4 Juillet 1983 par l'arrêt Gambini.

Quoiqu'il en soit la question de la distinction entre les SPA et les SPIC demeure déterminante dans la mesure où elle conditionne le droit applicable et la compétence juridictionnelle. Dès lors, il importe de déterminer les modalités de distinction entre ces deux catégories de services publics. Deux outils sont, alors, à la disposition du juge pour qualifier les services publics. Ainsi, le juge peut se baser sur la qualification donnée par le texte au service public (I). Bien que rares, ces qualifications textuelles sont parfois utilisées par le juge administratif pour déterminer la nature d'un service public. Leur portée à l'égard du juge varie, cependant, selon la nature, législative ou réglementaire, du texte qui prononce la qualification. Le juge administratif est, ainsi, uniquement lié par les qualifications législatives. Plus concrètement, les textes qualifient tantôt l'activité elle-même, tantôt, ce qui le cas le plus fréquent, l'organe en charge de l'activité. Mais, ces qualifications étant rares, le juge a donc plus fréquemment recours aux critères jurisprudentiels dégagés par le Conseil d'Etat en 1956 (CE, ass., 11/11/1956, USIA). L'idée de base qui guide le juge administratif est que tout service public est présumé administratif. Cette qualification ne peut être renversée que si du point de vue de l'objet, des modalités de financement et des modalités de fonctionnement, le service public ressemble à une entreprise privée. La question à se poser est donc de savoir si du point de vue de ces trois critères le service public ressemble à une Administration ou à une activité privée ordinaire. Dans l'affirmative, il s'agira d'un SPIC, et si l'un des trois critères n'est pas rempli, il s'agira d'un SPA.

Les méthodes de distinction des SPA et des SPIC

I - 1^o méthode : les qualifications textuelles

Bien que rares, ces qualifications textuelles sont parfois utilisées par le juge administratif pour déterminer la nature d'un service public. Leur portée à l'égard du juge varie, cependant, selon la nature du texte qui prononce la qualification. Ainsi, lorsque l'organe ou l'activité est qualifié par le pouvoir réglementaire, un décret par exemple, le juge ne s'estime pas lié par cette qualification, et peut, en conséquence, la renverser sans problème en appliquant les trois critères jurisprudentiels. Les choses sont plus complexes lorsque la qualification est opérée par la loi. Dans cette hypothèse, le juge administratif étant, dans l'ordonnement juridique, soumis au législateur, les qualifications données par ce dernier s'imposent à lui. Mais, même dans cette hypothèse, si le juge considère qu'une partie du service public en cause présente une nature différente de celle constatée par la loi, celui-ci ne s'interdira pas de distinguer, au sein d'un même service public, les deux activités. Les textes qualifient ainsi tantôt l'activité elle-même, tantôt, ce qui le cas le plus fréquent, l'organe en charge de l'activité.

Les qualifications directes : la qualification du service

Il arrive que les textes qualifient le service public qu'ils viennent de créer. Mais, les qualifications expresses sont très rares et le plus souvent peu explicites : ainsi s'agissant des établissements et services d'utilité agricole, la loi précise qu'ils sont « gérés conformément aux lois et usages du commerce ». En pareille hypothèse, la qualification textuelle ne suffit pas et nécessite un travail d'interprétation du juge administratif qui peut se servir des critères de la jurisprudence USIA, ou même des travaux préparatoires du texte.

Un autre exemple permettra de confirmer cette impression. Celui-ci concerne les services communaux d'assainissement : la loi du 3 janvier 1992 indique qu'ils sont « financièrement gérés comme de services industriels et commerciaux ». Cette ébauche de qualification ne permet pas d'éviter l'interprétation du juge pour rechercher quelle a été l'intention de l'autorité créatrice du service. Ainsi, le Conseil d'Etat ne les qualifie de SPIC qu'après avoir relevé qu'ils sont financés par des redevances perçues sur les usagers et ayant le caractère de prix (CE, 20/01/1988, SCI La Colline).

Mais, il arrive plus fréquemment que les textes qualifient l'organe.

I. Les qualifications indirectes : la qualification de l'organe

Lorsque les textes créant un service public apposent une qualification, celle-ci concerne la plupart du temps l'organe qui gère le service et non ce dernier ; cette hypothèse concerne le plus fréquemment les services gérés par des établissements publics. Ce sont ces derniers qui sont qualifiés d'EPA ou d'EPIC. Précisons tout de suite, que les textes optent plus souvent pour la qualification d'EPIC que d'EPA, cette situation s'expliquant par le fait que l'Administration entend faire échapper l'établissement aux règles du droit administratif et surtout aux contraintes de la comptabilité publique. Mais, cette qualification ne sera retenue que si la qualification de l'établissement coïncide avec la qualification de l'activité. Autrement dit, s'il n'y a pas correspondance entre la qualification de l'organe et la nature véritable du service public, par exemple si un établissement qualifié d'EPIC gère véritablement un SPA, le juge qualifiera l'activité en fonction de sa véritable nature et la qualification donnée à l'organe n'aura aucune incidence, sauf bien sûr si la qualification a été donnée par la loi. La non coïncidence entre la qualification donnée à l'établissement public et celle de l'activité recouvre deux hypothèses : les établissements publics « à double visage », et les établissements publics « à faux visages ».

1 – Les établissements publics « à double visage »

Ici, la qualification donnée à l'établissement public n'exclut pas qu'il puisse exercer des activités de nature différente. L'établissement cumule, alors, l'exercice d'activités administratives et d'activités industrielles et commerciales. Ainsi, et par exemple, l'Office national des forêts, qualifié d'EPIC par la loi, gère bien une mission de SPIC telle que la vente des coupes de bois, la gestion de la chasse dans les forêts domaniales, mais exerce une mission de SPA lorsqu'il assure la protection, la conservation et la surveillance de la forêt (TC, 9/06/1986, Com. De Kintzheim). Ici, bien que d'origine législative, la qualification donnée par le texte peut être contournée s'il existe au sein du même service public des activités administratives et des activités industrielles et commerciales. En effet, le juge considère implicitement que la qualification textuelle n'a d'autorité qu'à l'égard de l'activité qui est effectivement en adéquation avec elle, ce qui laisse le juge libre de qualifier la partie de l'activité qui présente une nature différente.

Pour citer un exemple inverse, les chambres de commerce sont qualifiées d'EPA, mais gère une mission de SPIC lorsqu'elles assurent le service d'entretien des avions (TC, 24/02/1992, Miotto).

Il arrive même que des établissements publics sans qualification expresse, gèrent des activités des deux types : par exemple, les ports autonomes gèrent un SPA en ce qui concerne l'aménagement,

l'entretien et la police du port, mais assurent une mission de SPIC en ce qui concerne l'exploitation des ouillages du port.

2 – Les établissements publics « à visage inversé »

La nature véritable du service public est ici en contradiction totale avec la qualification donnée à l'établissement public qui le gère. Par exemple, le FORMA (fonds d'orientation et de régulation des marchés agricoles) est qualifié par son décret institutif du 29 juillet 1961 d'EPIC. Mais, pour le Tribunal des conflits, il exerce en réalité une mission purement administrative, donc une mission de SPA (TC, 24/069/1968, So. « Distilleries bretonnes »).

Le juge est même allé jusqu'à requalifier l'établissement public lui-même : ainsi, le Centre national du commerce extérieur est qualifié par le texte qui l'a créé d'EPIC, mais le Conseil d'Etat passe outre cette qualification et va jusqu'à requalifier l'établissement d'EPA (CE, 4/07/1986, Berger).

II - 2° méthode : les critères jurisprudentiels

L'idée de base qui guide le juge administratif est que tout service public est présumé administratif. Cette qualification ne peut être renversée que si du point de vue de l'objet, des modalités de financement et des modalités de fonctionnement, le service public ressemble à une entreprise privée. La question à se poser est donc de savoir si du point de vue de ces trois critères le service public ressemble à une Administration ou à une activité privée ordinaire.

L'objet du service

Il faut ici se demander si les opérations auxquelles donnent lieu le service sont de celles qu'une entreprise privée pourrait effectuer. Si c'est le cas, il s'agira d'un SPIC. Et, inversement. Pour être plus précis, les SPIC correspondront aux activités de production, de vente de biens ou de services. Alors que dans le cas des SPA, il s'agira d'activités qu'une entreprise privée n'a pas coutume d'exercer : par exemple, l'octroi désintéressé de prêts sur gage, le service extérieur des pompes funèbres, l'exploitation des routes et des ponts qui les relient, la restauration scolaire, ou plus généralement les services qui correspondent aux missions traditionnelles de l'Etat. Ce critère de l'objet doit être distingué de celui relatif à la finalité du service. Ainsi, par exemple, le service de ramassage des ordures ménagères a pour but de garantir l'hygiène et la salubrité publiques, mais il s'agit là de la finalité du service et non de son objet. Ce qu'il faut donc analyser est le coeur même de l'activité, et, s'agissant de notre exemple, cette dernière est identique à celle de n'importe quelle entreprise privée effectuant le nettoyage des bureaux par exemple.

Le mode de financement du service

En vertu des critères dégagés en 1956, lorsque les ressources proviennent, au moins principalement, de redevances perçues sur les usagers, la qualification de SPIC se trouve favorisée, alors que lorsque les ressources proviennent, au moins principalement, de recettes fiscales ou de subventions publiques, il s'agit d'un SPA. Si la définition des recettes fiscales ou des subventions publiques ne pose pas de problème, celle des redevances méritent quelques observations. Ainsi, la notion de redevance peut se définir comme un prix perçu sur les usagers et calculé en fonction de l'importance du service rendu. Deux grands traits caractérisent donc la redevance. En premier lieu, il doit y avoir une correspondance entre le prix et la valeur des prestations. Le montant de la redevance doit, ainsi, correspondre au coût réel du service rendu, être calculé en fonction des dépenses réelles du service, ce qui exclut le service gratuit et le cas où le service fonctionne à perte. En second lieu, le prix doit être calculé en fonction de la nature du service rendu. Par exemple, la redevance pour enlèvement des ordures ménagères doit être calculée en fonction du volume de déchets récoltés et non à partir

du volume de consommation d'eau. Dans ce dernier cas, il n'existe aucun rapport entre le service rendu et le mode de calcul. Le cas le plus extrême est celui où la redevance est exigée d'une personne qui n'est pas desservie par le service, puisque dans ce cas il n'y a pas de service rendu.

Ces différentes considérations sur la notion de redevance mettent en avant la proximité des services ainsi financés avec les entreprises privées. En effet, il suffit de considérer que lorsqu'il y a paiement d'une redevance, l'utilisateur du SPIC se retrouve dans la même situation qu'un client ordinaire. La situation est, en effet, analogue à celle où un prix est payé contre l'achat d'un produit quelconque. Le paiement de la redevance apparaît, alors, comme un échange commercial classique où un prix est payé en contrepartie du service rendu et calculé en fonction de l'importance de celui-ci. Ce type de financement traduit la volonté de financer le service dans des conditions similaires à celles des activités privées commerciales. Alors que s'il s'agit de taxes ou de subventions publiques, le mode de financement est le même que celui des Administrations traditionnelles. En d'autres termes, avec la redevance c'est l'utilisateur qui paie, alors qu'avec les recettes fiscales ou les subventions publiques c'est le contribuable qui assure le financement du service.

Les modalités de fonctionnement du service

En la matière, le juge utilise la méthode du faisceau d'indices pour déterminer si le service fonctionne comme une entreprise privée ou comme une Administration. Plusieurs indices sont utilisés : ainsi, en cas de recours aux techniques de la comptabilité privée, aux usages du commerce, de recherche de l'équilibre financier du service ou de bénéfice, de gestion par une personne privée, de soumission à la TVA, il s'agit d'un SPIC. En revanche, s'il y a soumission à la comptabilité publique, exclusion de bénéfices, gratuité, monopole ou encore gestion directe par une personne publique, le juge tendra vers la qualification de SPA. Ce qu'il faut retenir est que chaque indice pris individuellement n'est pas déterminant pour renverser la présomption d'administrativité, mais l'addition de plusieurs indices peut y aboutir. Aussi, le poids d'un indice doit être apprécié en fonction du contexte d'ensemble de l'affaire. Par exemple, en matière d'enlèvement des ordures ménagères, le juge considère que ce service public, lorsqu'il est financé par une redevance, reste administratif même s'il est géré en régie. Cette décision peut surprendre quant l'on sait que la régie constitue le gage d'une présomption d'administrativité. En effet, dans le cadre de la régie, la collectivité publique assure directement le fonctionnement du service avec ses biens et son propre personnel. Il n'y a donc pas de dissociation entre le service et l'Administration dont il relève, ce qui semble privilégier la qualification de SPA. Mais, le Conseil d'Etat appréhende cet indice en fonction des données d'ensemble de l'affaire, c'est-à-dire que le juge peut écarter un indice, tel que, par exemple, celui du mode de gestion, si d'autres éléments semblent plus déterminants, tel que, par exemple, le mode de financement.

Les **EPA** et **EPIC** sont les deux régimes juridiques possibles d'un établissement public (EP). Ils se distinguent par leur activité : **service public** administratif, pour les EPA, ou service public industriel et commercial, pour les EPIC.

Pour différencier ces activités et en déterminer le caractère éventuellement marchand, **trois critères** sont examinés :

- l'objet de l'établissement (missions traditionnelles de souveraineté ou d'action sociale pour les EPA, production et commercialisation de biens et services pour les EPIC) ;
- ses ressources (surtout redevances payées par les usagers pour les EPIC) ;
- ses modalités de fonctionnement (identiques à ceux d'une entreprise privée ou non).

Sont ainsi des EPA, les caisses nationales de la sécurité sociale, Pôle Emploi ou quelques musées nationaux (ex : le musée du Louvre, le musée d'Orsay, le château de Versailles) et des EPIC, la RATP ou encore les théâtres nationaux.

Les EPA et les EPIC ne sont **pas soumis de la même façon au droit public**. Ainsi, un **EPA** relève en principe du droit public administratif : son personnel est composé d'agents publics, ses décisions sont des actes administratifs et les conflits relèvent de la justice administrative sauf exception.

En revanche, un **EPIC** est largement régi par le droit privé : son personnel est soumis en principe au Code du travail et s'assimile très largement aux salariés du secteur privé, et les contrats qu'il passe avec ses usagers relèvent du droit privé. Néanmoins, les frontières sont moins étanches qu'il n'y paraît.

Enfin, pour distinguer les EPA et les EPIC, certains auteurs ont créé la distinction entre « activités de plus grand service » et « activités de plus grand profit ». Néanmoins, ces expressions ne sont pas par elles-mêmes très révélatrices.