



La référence du droit en ligne



**La méthode du faisceau d'indices en
matière d'identification du service public
(CE,5/10/2007, So. UGC-Ciné-Cité)**

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
I – La méthode classique de qualification des activités gérées par des personnes privées	5
A – Une activité d'intérêt général exercée sous le contrôle de l'Administration	5
1- Une activité d'intérêt général	5
2 - Une activité exercée sous le contrôle de l'Administration	5
B – La question des prérogatives de puissance publique.....	6
1 - La notion de prérogatives de puissance publique.....	6
2 – Les prérogatives de puissance publique traduisent la présence d'un service public.....	6
II – La nouvelle méthode du faisceau d'indices retenue par le Conseil d'Etat.....	7
A – Les prérogatives de puissance publique ne sont plus indispensables	7
1 – Un précédent : l'arrêt Ville de Melun	7
2 – La nouvelle approche issue de l'arrêt du 22 février 2007	7
B – La solution d'espèce rendue le 5 octobre 2007	9
1 – Les éléments favorables à la qualification de service public.....	9
2 – La solution négative rendue le 5 octobre 2007	9
CE, 5/10/2007, So. UGC-Ciné-Cité.....	10

Introduction

Longtemps, les services publics furent définis comme des activités d'intérêt général gérées par des personnes publiques. Mais, avec l'arrêt Caisse primaire « Aide et protection » du 13 mai 1938, le Conseil d'Etat admit qu'une personne privée pouvait gérer un service public en dehors de toute délégation contractuelle. La définition du service public se trouvait ainsi privée de l'un de ses éléments de définition. Surtout, une nouvelle question se posait : comment identifier les services publics gérés par des personnes privées. C'est à une telle question que l'arrêt UGC apporte des réponses.

Reprenons les faits. La société d'économie mixte « Palace Epinal exploite dans cette ville un cinéma composé de dix salles. Le 19 janvier 2006, cette société demande à la commission départementale d'équipement cinématographique des Vosges l'autorisation d'ouvrir un nouveau multiplexe de 10 salles. Cette autorisation lui est accordée le 24 avril 2006. La société UGC, estimant qu'il s'agit là d'une délégation de service public, saisit le juge des référés du tribunal administratif de Nancy d'un référé précontractuel pour qu'il ordonne à la personne publique de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Celui-ci rejette la demande le 26 octobre 2006. La société UGC se pourvoit, alors, en cassation contre ce jugement. Le 5 octobre 2007, le Conseil d'Etat confirme la décision rendue en premier ressort.

On l'a compris, le problème principal de l'arrêt est de déterminer si l'activité consistant à exploiter des cinémas est ou non un service public, pour savoir si les règles de publicité et de mise en concurrence applicable aux délégations de service public doivent s'appliquer. Pour le déterminer, l'on peut se baser sur la loi créant l'activité. Le législateur peut avoir entendu reconnaître ou exclure cette qualification. Dans ce cas, cela s'impose au juge administratif. Mais, si aucune qualification textuelle n'existe, ce qui est le cas le plus souvent, il faut se baser sur trois critères. L'arrêt étudié remet en cause l'un des trois principes habituellement retenus. Ainsi, depuis l'arrêt *Narcy* du 28 juin 1963, une activité gérée par un organisme de droit privé est qualifiée de service public si trois conditions sont remplies. L'activité doit, tout d'abord, être d'intérêt général. La personne privée doit être, ensuite soumise au contrôle de l'Administration. Surtout, l'organisme privé doit être titulaire de prérogatives de puissance publique, détention qui traduit l'importance que la personne publique accorde à l'activité en cause. C'est ce dernier point que l'arrêt rendu le 5 octobre 2007, reprenant une solution rendue en février 2007, remet en cause en institutionnalisant une solution rendue en 1990. En effet, le Conseil d'Etat a déjà qualifié une activité gérée par une personne privée sans que celle-ci ne dispose de prérogatives de puissance publique (CE, 20/07/1990, *Ville de Melun*). Il en va, ainsi, lorsque l'Administration exerce un contrôle très poussé sur l'activité en cause. Cette nouvelle appréciation du critère organique se substitue, alors, à la détention de prérogatives de puissance publique. L'arrêt étudié délaisse le contrôle opéré par l'Administration pour une appréciation plus générale de l'intention de l'Administration. Si cette dernière peut être interprétée comme ayant entendu confié la gestion d'un service public, alors l'activité sera regardée comme un service public, même si la personne privée ne dispose pas de prérogatives de puissance publique. Plusieurs critères servent de faisceaux d'indices. Ainsi, le juge tient compte de l'intérêt général de l'activité, des conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, des obligations imposées à la personne privée, ainsi que des mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints. Tous ces éléments permettent de relever l'intention de l'Administration de confier la gestion d'un service public, quand bien même la personne privée ne disposerait pas de prérogatives de puissance publique. Bien entendu, cette nouvelle méthode vient en complément de la méthode traditionnelle : elle s'y substitue en cas d'absence de prérogatives de puissance publique.

Il convient donc d'analyser, dans une première partie, la méthode classique de qualification des activités gérées par des personnes privées (I), pour ensuite analyser la nouvelle méthode du faisceau d'indices retenue par le Conseil d'Etat en l'espèce (II).

I – La méthode classique de qualification des activités gérées par des personnes privées

Cette méthode repose sur trois critères. Les deux premiers concernent le caractère d'intérêt générale de l'activité et le contrôle opéré par l'Administration (A). Le dernier critère concerne les prérogatives de puissance publique (B).

A – Une activité d'intérêt général exercée sous le contrôle de l'Administration

Il faut d'abord retenir le caractère de l'activité en cause (1), puis s'attacher au contrôle exercé par l'Administration (2).

1- Une activité d'intérêt général

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

L'appréciation du second critère est beaucoup plus simple.

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

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

Pour que l'activité soit qualifiée de service public, il faut, en plus, que le gestionnaire privé détienne des prérogatives de puissance publique.

B – La question des prérogatives de puissance publique

Il faut d'abord s'attacher à mieux cerner cette notion de prérogatives de puissance publique (1), puis démontrer en quoi la présence de telles prérogatives traduit l'existence d'un service public (2).

1 - La notion de prérogatives de puissance publique

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

En quoi la détention de prérogatives de puissance publique traduit-elle la présence d'un service public ?

2 – Les prérogatives de puissance publique traduisent la présence d'un service public

La détention de tels pouvoirs traduit donc la présence d'un service public. En effet, transmis par l'Administration à la personne privée, ils démontrent, une nouvelle fois, l'importance que la personne publique accorde à cette activité. Pour mener à bien sa mission, le gestionnaire privé doit donc, tout comme l'Administration, pouvoir agir avec des moyens accrus. De plus, la détention de tels pouvoirs n'est légitime qu'à partir du moment où l'activité en cause est importante.

Dit d'une autre façon, en possédant de telles prérogatives, l'organisme de droit privé acquiert quelque chose d'une personne publique qui le rend apte à assurer pour le compte de celle-ci une partie de ce qui est sa mission naturelle, à savoir le service public.

Pourtant, dans cette affaire, le Conseil d'Etat énonce que même sans prérogatives de puissance publique, une activité gérée par une personne privée peut être qualifiée de service public. Cette nouvelle approche repose sur une appréciation d'indice traduisant la volonté de l'Administration de créer un service public.

II – La nouvelle méthode du faisceau d’indices retenue par le Conseil d’Etat

Depuis 1990, le critère relatif aux prérogatives de puissance publique tend à perdre de l’importance. Ainsi, une activité gérée par une personne privée ne disposant pas de prérogatives de puissance publique peut être qualifiée de service public, dès lors que l’Administration a eu l’intention de déléguer un service public (A), cette nouvelle appréciation venant en complément de la méthode classique. C’est sur la base de cette nouvelle méthode que le Conseil d’Etat dénie la qualité de service public à l’activité en cause (B).

A – Les prérogatives de puissance publique ne sont plus indispensables

La solution retenue le 5 octobre 2007, reprenant celle consacrée le 22 février 2007 (CE, sect., 22/02/2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*) (2) a été précédée par une première remise en cause du critère étudié en 1990 (1).

1 – Un précédent : l’arrêt Ville de Melun

Dans cette affaire, il s’agissait d’une association municipale, organisme de droit privé, gérant une activité d’intérêt général. Le problème était que cette association ne détenait pas de prérogatives de puissance publique. Son activité pouvait-elle, dès lors, être qualifiée de service public.

Le Conseil d’Etat jugea qu’une activité gérée par une personne privée ne détenant pas de prérogatives de puissance publique pouvait être qualifiée de service public dès lors, d’une part, que l’activité en cause représente bien un caractère d’intérêt général, et, d’autre part, que l’Administration contrôle très étroitement la personne privée (CE, 20/07/1990, *Ville de Melun*).

Ce qu’il faut retenir de cette solution est que la recherche de telles prérogatives n’est donc nécessaire que dans le cas où l’organisme privé est véritablement autonome. Dès lors que la personne privée constitue ce que l’on a appelé une association transparente, les prérogatives de puissance publique ne sont plus nécessaires.

La solution retenue par le Conseil d’Etat en 2007 va beaucoup plus loin.

2 – La nouvelle approche issue de l’arrêt du 22 février 2007

Pour déterminer si une activité gérée par une personne privée ne détenant pas de prérogatives de puissance publique est ou non un service public, le Conseil d’Etat se base sur l’intention de l’Administration de confier ou non à la personne privée la gestion d’un service public. Pour déterminer cette intention, le juge administratif se base sur la méthode du faisceau d’indices. Plusieurs éléments doivent retenir l’attention.

Le juge vérifie d’abord l’intérêt général de l’activité en cause. Rien de bien novateur jusque là. Plus intéressant est la suite de son considérant de principe. C’est, ainsi, que le juge retient les conditions de la création de l’activité, de son organisation ou de son fonctionnement. Il se base aussi

sur les obligations qui sont imposées à la personne privée, ainsi que sur les mesures prises pour vérifier que les objectifs assignés à la personne privée sont atteints. Si, au vu de tous ces éléments, l'Administration est considéré avoir entendu créer un service public, alors l'activité gérée par la personne privée sera qualifiée de service public, quand bien même ne disposerait-elle pas de prérogatives de puissance publique.

Quelques semaines plus tard, le Conseil d'Etat est venu préciser l'attitude à adopter face à une autre hypothèse de gestion d'un service public par une personne privée, en l'occurrence le cas ou l'initiative de l'activité a été prise par une personne privée sans rattachement initial à une personne publique. Ainsi, cette activité pourra se voir reconnaître la qualification de service public si elle est d'intérêt général, si la personne publique vient postérieurement exercer un droit de regard sur son organisation et si elle peut lui accorder des financements (CE, 6/04/2007 ; Commune d'Aix-en-Provence).

Qu'en est-il en l'espèce ?

B – La solution d’espèce rendue le 5 octobre 2007

Plusieurs éléments allaient dans le sens de la qualification de service public (1). Pourtant, ce n’est pas cette solution qui est retenue par le Conseil d’Etat (2).

1 – Les éléments favorables à la qualification de service public

Le Conseil d’Etat considère que l’activité consistant à exploiter localement des cinémas est bien une activité d’intérêt général. Si l’on reprend les considérations relevées au sujet de l’intérêt général, l’on peut dire que cette position résulte d’une évolution des mentalités. En effet, la solution n’aurait pas été la même au début du XX^e siècle. Mais, de nos jours, les activités culturelles sont devenues éligibles à l’appellation d’intérêt général.€

Pourtant , le juge administratif ne qualifie pas cette activité de mission de service public.

2 – La solution négative rendue le 5 octobre 2007

Ne disposant pas de prérogatives de puissance publique, il faut rechercher l’intention de l’Administration. Cette dernière a-t-elle entendu déléguer un service public ? Le Conseil d’Etat relève, alors, plusieurs éléments attestant que l’Administration n’a pas entendu créer un service public.

D’abord, aucune obligation n’est imposée à la société d’économie mixte par la ville d’Epinal. De plus, aucun contrôle n’est imposé à la SEM. Ces considérations traduisent le fait que la ville n’a pas entendu déléguer une mission de service public.

Puisqu’il ne s’agit pas d’une mission de service public, l’Administration n’avait pas à respecter les règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux délégation de service public. Le jugement rendu en premier ressort est donc confirmé.

CE, 5/10/2007, So. UGC-Ciné-Cité

Vu la requête sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 13 novembre, 27 novembre et 4 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE UGC-CINE-CITE, dont le siège est 24, avenue Charles de Gaulle, à Neuilly sur Seine (92522), représentée par ses dirigeants ; la SOCIETE UGC-CINE-CITE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance en date du 26 octobre 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nancy, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant, en premier lieu, à ce qu'il enjoigne à la commune d'Epinal de différer la signature de tout document contractuel avec la société d'économie mixte « Palace Epinal » se rapportant à l'exploitation du service public du spectacle cinématographique à Epinal, en deuxième lieu, à ce que soit ordonnée la suspension de la procédure de passation de la délégation du service public du spectacle cinématographique de la ville, et enfin, à ce qu'il ordonne à la commune d'Epinal d'organiser une procédure de passation de ladite délégation respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence ;

2°) de mettre à la charge du département une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) et des conventions de délégation de service public./ Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.../ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours... ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la société d'économie mixte « Palace Epinal » , qui exploite à Epinal un cinéma composé de six salles, a demandé le 19 janvier 2006 à la commission départementale d'équipement cinématographique des Vosges l'autorisation d'ouvrir un nouveau multiplexe de dix salles, pour remplacer le précédent, autorisation qui lui a été délivrée le 24 avril 2006 ; que la SOCIETE UGC-CINE-CITE se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 26 octobre 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nancy a rejeté sa demande tendant, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à ce qu'il soit ordonné à la ville d'Epinal d'organiser une procédure de passation de la délégation du service public de spectacle cinématographique respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence préalable ;

Considérant qu' indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure

une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que si la société d'économie mixte « Palace Epinal », qui n'est pas dotée de prérogatives de puissance publique, a, en vertu de ses statuts, une mission d'intérêt général en vue d'assurer localement l'exploitation cinématographique, son activité, eu égard notamment à l'absence de toute obligation imposée par la ville d'Epinal et de contrôle d'objectifs qui lui auraient été fixés, ne revêt pas le caractère d'une mission de service public confiée par la commune, qui n'avait ainsi à consentir aucune délégation à cet égard ; qu'il suit de là que le juge des référés n'a pas entaché d'erreur de droit son ordonnance, laquelle est suffisamment motivée, en jugeant que le projet de création de salles de la société d'économie mixte ne relevait pas de la procédure de délégation de service public ;

Considérant que le juge des référés n'a pas considéré qu'il ne pouvait être saisi dans la mesure où la personne publique s'est abstenue de mettre en oeuvre une procédure de délégation conforme aux exigences légales mais a jugé, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le projet de la société d'économie mixte «Palace Epinal » n'était pas réalisé dans le cadre d'une délégation de service public ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait méconnu les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE UGC-CINE-CITE n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance du 26 octobre 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Nancy ;

D E C I D E :

Article 1er : La requête de SOCIETE UGC-CINE-CITE est rejetée.