

Service public et intérêt privé

Laurent RICHER

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

RÉSUMÉ. — Le postulat d'une différence de nature entre l'**intérêt** public et l'intérêt privé est à la base du droit public. Pourtant, est également à l'œuvre dans ce droit une conception « **smithienne** », selon laquelle la libre poursuite des intérêts individuels est la forme la plus achevée de l'intérêt général. Cette tension peut déboucher, paradoxalement, sur une **revalorisation** de l'idée de fonction essentielle **de l'État**.

Le droit français distingue trois sortes d'activités, en fonction à la fois des finalités et du mode de fonctionnement :

- l'activité d'intérêt général assurée ou assumée, selon l'expression du professeur Chapus, par une personne publique, c'est-à-dire le service public ;
- l'activité d'intérêt privé qui peut être plus ou moins réglementée ;
- l'activité d'intérêt général assurée par une personne privée sans être assumée par une personne publique, qui ne constitue pas un service public (AFPA, organisation de producteurs agricoles etc.). La question est posée de savoir si, l'État se cantonnant au rôle de « régulateur », des activités de service public ne devraient pas être transférées dans cette catégorie.

Un doute existe quant à la possibilité de reconnaître une quatrième sorte d'activité : l'activité d'intérêt privé des personnes publiques.

La qualification d'une activité par rapport à ces catégories a des conséquences juridiques importantes ; elle est selon les cas le fait du législateur ou du juge. Il s'agit donc d'une qualification *juridique*.

Cela n'empêche pas que ces catégories de l'intérêt général et du service public sont loin d'être purement juridiques. Si tel était le cas on comprendrait d'ailleurs mal pourquoi les syndicats descendent dans la rue afin de défendre la conception française du service public.

Réside sans doute là une des causes de la « crise » - permanente - de la notion juridique de service public.

Le problème le plus ancien, mais qui continue à susciter la discussion est celui de la délimitation des frontières.

Pour la plupart des juristes du début du siècle, comme Hauriou ou Jèze, il était possible de tracer une frontière entre la sphère publique et la sphère privée, mais cette frontière n'était pas respectée dans la pratique, d'où les critiques plus ou moins virulentes contre la qualification comme service public de l'entretien de canaux d'irrigation ou de la gestion de théâtres et casinos. Ces critiques n'ont pas arrêté le mouvement et aujourd'hui chacun s'accorde à reconnaître l'imbrication entre le public et le privé, dont la meilleure illustration est l'économie mixte. Pour autant, certaines des réflexions du début du siècle conservent leur intérêt et sont même très actuelles. Ainsi Jèze écrit, à propos des casinos :

« Il ne suffit pas pour qu'il y ait service public proprement dit, qu'une organisation soit faite par l'administration en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général. Il faut plus que cela. Il faut que le fonctionnement régulier et continu du service soit tellement essentiel qu'il justifie l'application de règles propres exorbitantes du droit privé »¹.

On retiendra de ce texte l'idée d'intérêt général à *caractère essentiel*, liée à celle de régime exorbitant.

La conception de ce père de la doctrine française du service public procède donc de la très ancienne préoccupation de définir les fonctions essentielles de l'État. Cette préoccupation est loin d'avoir disparu ; elle est même particulièrement vivace, dans un cadre nouveau qui est celui du droit communautaire.

Mais les évolutions et réflexions récentes ne portent pas seulement sur le périmètre du service public, sur la frontière public-privé.

À l'intérieur de la frontière, du côté du service public, la distinction entre l'intérêt général, but du service public et l'intérêt privé soulève aussi des problèmes, au point qu'il est parfois possible de s'interroger : le service public ne devient-il pas d'intérêt privé ?

I. — SERVICE PUBLIC ET LIBRE RECHERCHE DE L'INTÉRÊT PRIVÉ

En dépit de l'accroissement du poids de l'État, l'idée qu'il existe des fonctions essentielles auxquelles il devrait se cantonner ou, du moins réserver le meilleur de ses forces, est restée très présente dans le droit contemporain, mais elle prend des formes nouvelles qui l'éloignent de la pensée libérale dont elle est issue.

A. — Pérennité de l'idée de fonctions essentielles

Certaines règles classiques du droit des services publics apparaissent presque comme la transcription de la doctrine libérale, telle qu'elle a été formulée, par exemple, par A. Smith et G. de Humboldt.

¹ *Les contrats administratifs*, t. 1, 1927, p. 123.

En 1776 Smith expose pourquoi l'État n'est pas capable d'être un entrepreneur et ne doit donc pas l'être ; c'est parce que le caractère du marchand et celui du souverain sont incompatibles et conduisent l'État à être un mauvais entrepreneur : « I have never known much good done by those who affected to trade for the public good »². La meilleure façon de garantir l'intérêt général est de laisser l'individu rechercher librement son intérêt privé : « by pursuing his own interests he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it »³.

En 1792 G. de Humboldt⁴ explique que l'État ne doit s'occuper que de la sécurité intérieure et extérieure, il ne doit pas intervenir en matière d'éducation, d'art, de science ; son domaine est celui du « bien négatif », non celui du « bien positif ».

À ces sources se sont alimentées les publications des libéraux français comme Laboulaye et Leroy-Beaulieu (P.), qui, à leur tour, ont influencé la jurisprudence.

En droit administratif la notion de fonctions essentielles est sous-jacente à une partie du régime juridique des activités économiques publiques et du régime de la concession de service public.

En matière de création de services à caractère économique, et en dépit du développement de ce type d'activités, la jurisprudence fait toujours place à un principe de subsidiarité selon lequel l'intervention publique n'est légale qu'en cas d'insuffisance de l'initiative privée : le critère de l'intérêt général est la non-concurrence.

De même, la soumission au droit privé des services publics industriels et commerciaux reposait à l'origine sur l'idée qu'il ne s'agissait pas d'une activité « naturelle » de l'administration.

En matière de concession on retrouve la notion de service public par nature aussi bien dans la jurisprudence *Ville de Castelnaudary*⁵ que dans la jurisprudence *Entreprise Peyrot*⁶.

Il existe donc en droit positif ce qu'un auteur a appelé une « conception essentialiste » du service public⁷. Elle n'a cependant qu'une portée limitée ; elle fonde un certain nombre de règles juridiques, mais il n'apparaît pas qu'elle ait été utilisée, de manière générale, pour établir la frontière entre service public et activité privée.

Cela n'empêche pas que cette conception connaît un regain d'actualité et ce principalement sous l'influence du droit communautaire.

« L'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics »⁸. Pour remédier à cette situation plusieurs initiatives ont été prises depuis 1989⁹ en vue de faire prendre en considération les nécessités du service public par le droit communau-

² A. Smith, *Richesse des Nations*, L. IV, chap. 2.

³ *Richesse des Nations*, L. IV, chap. 9.

⁴ *Idées en vue d'un essai pour déterminer les limites de l'action de l'État*, publié en 1851, traduit en 1867.

⁵ CE 17 juin 1932, *D.* 1932. 3. 26, concl. Josse.

⁶ T. confl. 8 juillet 1963, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 615.

⁷ Conseil d'État *Rapport public*, 1994, *EDCE* n° 46, p. 66.

⁸ Conseil d'État *Rapport public*, 1994, *EDCE* n° 46, p. 38.

⁹ *V. Rev. aff. eur.*, 1994, n° 2, p. 90.

taire. À travers les nombreuses publications concernant ce sujet revient régulièrement une constatation et une question.

La constatation est qu'« on retrouve partout une forme universelle de régulation et d'organisation exceptionnelle dans les secteurs de l'énergie, des transports, des communications etc. organisés en réseaux »¹⁰. Il existe donc, au moins pour les services économiques, un « noyau dur » commun à tous ou presque tous les pays d'Europe.

La question est celle de savoir si, à partir de ce constat d'une convergence, il est possible de dégager des critères communs d'identification du service public ou de son équivalent, sachant qu'« il est inconcevable que les États membres aient pleine licence d'identifier hors de tout contexte communautaire les services relevant de l'intérêt économique général »¹¹.

On retrouve donc le thème du « noyau dur », mais le contexte est très différent de celui de la doctrine libérale, puisque la légitimité de l'intervention publique (ou dans le cadre de règles spéciales) en matière économique est postulée, mais la problématique et la méthode sont analogues : il s'agit de définir un « noyau dur ».

Une telle démarche n'est pas étrangère au droit communautaire lui-même.

B. — *Utilisation de l'idée de fonctions essentielles en droit communautaire*

Dans la conception la plus restrictive les fonctions essentielles de l'État sont celles qui ont un caractère régalien, qui mettent en jeu le monopole de la force. La diffusion des prérogatives de puissance publique dans l'activité économique a fait perdre de son acuité à la distinction autorité-gestion. Le droit communautaire la ravive.

Ainsi, pour définir le champ d'application des règles de concurrence les organes d'application doivent dire si une activité a ou non le caractère d'une entreprise, sachant que même une activité gérée par un État peut être une entreprise. Dans cette opération de qualification une certaine place est faite à des « conceptions essentialistes ».

C'est évident lorsqu'il est décidé que ne sont pas des entreprises les entités qui ont le caractère d'autorités publiques parce qu'elles sont chargées des « attributions essentielles de la puissance publique dans des secteurs tels que l'administration générale et fiscale, la justice, la sécurité et la défense nationale »¹². En ce cas, l'activité n'a pas un caractère économique.

Si une activité a un caractère économique, la question peut se poser de savoir s'il s'agit d'un « service d'intérêt économique général » au sens de l'article 90-2 du traité européen.

En ce domaine aussi la notion de fonction essentielle est présente.

Le problème posé a été jusqu'ici celui des limites de l'application des règles de la concurrence à certaines activités.

Pour mettre en place un marché commun deux techniques sont employées :

¹⁰ C. Stoffaers, in *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ISUPE, 1994, p. 12.

¹¹ Conseil d'État *Rapport public*, 1994, *EDCE* n° 46, p. 118.

¹² Concl. Mayras, *CJCE* 21 juin 1974 *Reyners*, rec. 631, V. aussi : *CJCE* 19 janvier 1994 *Eurocontrol*, *D.* 1995. 33, note Lhullier ; CE 1 juin 1994, *AJDA* 1994. 633.

- le transfert du pouvoir de régulation à la communauté (charbon, acier, agriculture) ;
- la régulation par le marché, qui suppose la liberté de la concurrence, d'où le caractère fondateur et fondamental des règles de concurrence.

Il en résulte que l'intérêt général communautaire consiste primordialement en la préservation de la libre poursuite de l'intérêt privé de chacun – conception éminemment « smithienne » de l'intérêt général.

Néanmoins, l'article 90-2 fait place à une autre sorte d'intérêt général en admettant que « les entreprises chargées de la gestion de services économiques d'intérêt général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du... traité, notamment aux règles de concurrence », mais seulement « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

Dans la mise en œuvre de cette définition la notion de service essentiel intervient.

L'arrêt *Corbeau*¹³ admet que peuvent être soustraites à la concurrence des activités (rentables) accessoires au service universel (non rentable) dès lors que cette soustraction apparaît nécessaire à l'accomplissement de la mission particulière.

Une distinction est faite entre un « noyau dur » correspondant aux activités traditionnellement monopolisées et des activités complémentaires, souvent nouvelles.

La notion d'activité essentielle n'est donc pas utilisée pour tracer la frontière entre activité publique et activité privée, mais elle sert à délimiter de nouvelles frontières soit à l'intérieur du secteur public, soit – plus rarement – à l'intérieur du secteur privé.

Si l'on revient à Jèze et à sa conception d'un intérêt général de caractère essentiel, force est de constater certaines perturbations apportées au service public.

En premier lieu, certaines activités que Jèze aurait certainement considérées comme essentielles, notamment les services éducatifs et sociaux, sont quelque peu marginalisés dans le débat européen sur le service public. L'article 92 ne visant que les services économiques, la réflexion se concentre sur les réseaux, sur les « monopoles naturels ». Rien de plus normal dès lors qu'est en jeu la concurrence sur un marché unique et que les services éducatifs et sociaux ne sont pas des entreprises.

Pourtant, cette situation est paradoxale par certains aspects. En effet, les autorités européennes mettent progressivement en place un régime juridique du service d'intérêt économique général caractérisé par le principe d'universalité, le principe d'efficacité, le principe de transparence, la séparation entre le régulateur et l'opérateur, etc. Ces règles sont, à certains égards, plus rigoureuses que celles qui s'appliquent à l'ensemble des services publics en droit français : ces services ne risquent-ils pas, à terme, de faire figure de « laissés pour compte » ?

En second lieu, la soumission du service public-entreprise aux règles de la concurrence applicables aux entreprises privées amène nécessairement la question de la compatibilité avec la soumission à des obligations de service public. Ne faut-il pas rendre ces

¹³ *CJCE* 19 mai 1993, *AJDA* 1993. 865.

services au secteur privé, éventuellement dans le cadre d'une réglementation d'intérêt général ?

II. — SERVICE PUBLIC ET CONTREPARTIE

La doctrine juridique étudie plus volontiers les fonctions de l'intérêt général que son contenu. L'insaisissabilité de la notion en est la cause.

En dehors de quelques obligations constitutionnelles limitées et peu claires, la définition de l'intérêt général est affaire de politique plus que de droit, le droit est ici surtout instrumental.

Néanmoins, le droit fournit des indications sur la nature de l'intérêt général.

En théorie il existe une différence de nature entre l'intérêt général et l'intérêt privé. Mais la question se pose de savoir si cette différence subsiste toujours.

A. — *Différence de nature*

Dans la conception utilitariste l'État doit réaliser le bonheur de la collectivité, c'est-à-dire la plus grande somme totale de satisfaction des individus. Tout est dans le « total » : le bonheur de tous peut passer par l'insatisfaction de chacun.

Cette différence de nature est prise en compte par le droit.

Ainsi s'explique, par exemple, que le commissaire-enquêteur désigné pour formuler un avis au sujet du caractère d'intérêt général d'une opération doit donner son appréciation personnelle, qui peut être favorable alors même que l'ensemble de la population serait opposé au projet.

Ainsi s'expliquent aussi des solutions jurisprudentielles relatives aux relations avec les usagers du service public. Par exemple, à plusieurs reprises, au XIX^e siècle, la juridiction civile a été saisie de demandes de communes tendant au remboursement des frais occasionnés par des incendies ; elles prétendaient être indemnisées pour avoir géré l'affaire du propriétaire. Ces réclamations ont été rejetées au motif que la commune « accomplit un devoir légal et doit être regardée comme faisant moins l'affaire de l'incendié que celle des habitants »¹⁴.

Symétriquement, la Cour de cassation juge qu'une activité qui profite à un particulier ne peut être d'intérêt général¹⁵.

De son côté, le Conseil d'État a développé une jurisprudence sur l'individualisation des prestations : lorsqu'un service public dont les prestations bénéficient normalement à la collectivité dans son ensemble fournit à titre accessoire une prestation à un administré en particulier, il est possible de faire payer cet « usager privatif »¹⁶. *A contrario*, il en

¹⁴ Cass. civ. 3 mars 1880, S. 1880.1. 219.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 14 juin 1972, *Bull. civ.* 1. n° 155, p. 136 : le contrat de location-vente à une entreprise privée de bâtiments construits par une commune en vue d'obtenir la création d'emplois a pour objet d'assurer un intérêt particulier, en conséquence les travaux ne sont pas publics.

¹⁶ J. de Gaudusson *L'usager du service public administratif*, 1974, p. 175.

ressort que normalement le service rendu à la collectivité ne peut être assimilé au service rendu à l'individu, même en cas de « retombées » pour une personne déterminée.

Ces solutions procèdent de la même inspiration que la théorie des biens collectifs dans la définition qu'en a donnée Samuelson. Le bien collectif se caractérise notamment par la non-rivalité, c'est-à-dire que l'utilisation par les uns n'exclut pas l'utilisation par les autres. Il n'y a pas consommation, il n'y a pas individualisation, alors que les biens privés sont individualisables et exclusifs.

Lorsque le service public « produit » un bien collectif, comme la sécurité, les administrés bénéficient de cette activité sans avoir à en payer le prix, sans contrepartie directe. Mais, le service public peut aussi fournir un bien privé ; puisqu'il y a service public cette prestation reste d'intérêt général ; puisqu'il y a individualisation, une contrepartie existe.

Il existe donc une distinction entre les services à contrepartie et les services sans contrepartie.

Dans la théorie des biens publics la contrepartie est définie au niveau de l'individu, mais il est également possible de la rechercher à l'échelon du groupe.

Ainsi, A. Smith¹⁷ estime que les dépenses de police d'une ville doivent être prises en charge localement ; mais, ajoute-t-il, certaines dépenses doivent être partagées : les routes, l'éducation, les travaux publics profitent à des bénéficiaires directs aussi bien qu'à la société, il faut donc qu'elles soient payées à la fois par les bénéficiaires et sur le « revenu général de la société ».

Quant à la dépense du gouvernement les individus doivent y contribuer « à proportion de l'intérêt qu'ils ont respectivement dans ce domaine. Observer cette maxime ou s'en écarter constitue ce qu'on nomme égalité ou inégalité dans la répartition de l'impôt ».

La recherche systématique de la contrepartie qui est à la base de cette conception de l'égalité remet en cause la conception selon laquelle une différence de nature existe entre intérêt privé et intérêt général : au lieu d'être la chose de tous, le service public devient celle de chacun.

B. — Recherche de contrepartie

Une des caractéristiques de l'évolution contemporaine des services publics consiste dans la systématisation de la recherche de contrepartie. Les causes de ce phénomène sont multiples : difficultés financières, contractualisation de l'action publique, quête de nouvelles formes de légitimité.

La contrepartie est recherchée soit au niveau de l'individu, soit à celui du groupe.

Lorsque la contrepartie est individualisée, le service rendu prend le pas sur le service public. Va manifestement dans ce sens toute l'évolution vers un rapprochement entre l'utilisateur et le consommateur. Cette évolution concerne non seulement les usagers des services publics industriels et commerciaux, mais aussi, avec des fortunes diverses, les

¹⁷ *Richesse des Nations*, L. V, chap. 1, sect. 4.

usagers de certains services administratifs. La question est posée des limites de cette évolution et de la spécificité de la situation de l'usager-citoyen.

Mais, si l'usager veut en avoir pour son argent, symétriquement, le service public a tendance à vouloir de l'argent pour sa peine.

Compte tenu de la pression fiscale, les collectivités locales substituent autant que faire se peut l'usager au contribuable et l'administration se met en quête de « gisements » de rentabilité, y compris dans les services publics les plus traditionnels comme la police (ex. : secours en montagne ; accords avec assureurs ; compétitions sportives).

La contrepartie peut aussi se trouver au niveau d'un groupe, intermédiaire entre l'individu et la collectivité nationale.

N'est-ce pas le sens des transferts de service publics vers les collectivités locales ?

De même, les textes sur la transparence et l'évaluation de l'action administrative procèdent, au moins partiellement, d'une volonté de faire apparaître aux utilisateurs du service la valeur de la prestation fournie.

Par exemple encore, les différentes réformes de l'enquête publique ont pour but de convaincre le plus grand nombre possible de personnes concernées, c'est-à-dire de rapprocher l'intérêt général et l'ensemble des intérêts privés.

Ces phénomènes s'inscrivent dans le vaste courant du contractualisme dont le slogan a été donné par Sieyès : « l'intérêt général n'est rien s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un »¹⁸.

12 place du Panthéon
75005 Paris

¹⁸ Cité par B. Manin *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, p. 240.