**Commentaire d’arrêt : Conseil d’Etat, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné-Cité**

 Dans son ouvrage, *Traité de droit constitutionnel,* le professeur *Léon Duguit* écrit : « *le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental* ». Ainsi, nous pourrions déduire de ces propos, que l’Administration n’a de légitimité certaine que si ses activités ont le caractère de service public.

 En l’espèce, le 19 janvier 2006, la société d’économie mixte « Palace Epinal » fait une demande à la commission départementale d’équipement cinématographique des Vosges pour avoir l’autorisation de remplacer le multiplexe de six salles par un multiplexe de dix salles.

 Le 24 avril 2006, la commission départementale d’équipement cinématographique des Vosges lui octroie cette autorisation.

 La *société UGC-Ciné-Cité Pourquoi c’est en italique ?* saisit le tribunal administratif d’une requête tendant à ordonner à la ville d’Epinal d’organiser une procédure de passation de la délégation du service public de spectacle cinématographique tout en respectant les obligations de publicité et de mise en concurrence sur le fondement de l’article L.551-1 du code de justice administrative.

 Par une ordonnance du 26 octobre 2006, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy rejette sa demande.

Par une requête de la *société UGC-Ciné-Cité*, enregistré les 13, 27 novembre et 4 décembre 2006 est demandé d’annuler l’ordonnance délivrée par le juge des référés du tribunal administratif du 26 octobre 2006. La société requérante demande également ~~à ce~~ que soit mis à la charge de la commune une somme de 2 500 euros en application de l’article L.761-1 du code de justice administrative.

Par une ordonnance rendue le 5 octobre 2007, le juge des référés du Conseil d’Etat rejette la requête.

Quels sont les critères déterminant si oui ou non l’activité de cinéma est une activité service public ?

La problématique est maladroite : si oui ou non… ça ne convient pas.

Le Conseil d’Etat commence par rappeler les critères d’identification du service public lorsque l’activité est prise en charge par une personne privée et dotée de prérogatives de puissance publique. Ensuite, il continu son raisonnement en énonçant qu’un faisceau d’indices permett~~ant~~ d’identifier un service public lorsque l’activité est prise en charge par une personne privée ne disposant pas à cette fin de prérogatives de puissance publique. Enfin, il termine sa solution en expliquant qu’en l’espèce la société exploitante assure en effet une mission d’intérêt général, mais son activité, ~~pour l’exercice de laquelle −~~ dont elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique, ~~−~~ n’est cependant ni soumise à un objectif, ni soumise à un contrôle par la personne publique. Pour ces raisons, le Conseil d’Etat affirme qu’il ne s’agit pas d’un service public et qu’il n’y a donc pas de cas de délégation du service public. Le Conseil d’Etat rejette la requête de la Société UGC-Ciné-Ciné et met à sa charge la somme de 3 000 euros à remettre à la ville d’Epinal.

Le Conseil d’Etat fait ainsi un rappel des critères d’identification du service public quand ce dernier est pris en charge par une personne privée (I), mais vient ~~tout de même~~ souligner des critères d’identification non remplis justifiant la non-existence d’un service public (II).

1. Un rappel jurisprudentiel nécessaire des critères d’identification d’un service public en cas de prise en charge par la personne privée

Le Conseil d’Etat va rappeler les positions qu’il avait auparavant vis-à-vis des prérogatives de puissance publiques admises comme critère d’identification d’un service public (A), tout en restant à l’ordre du jour en évoquant le revirement jurisprudentiel n’admettant plus les prérogatives de puissance publiques comme critère d’identification d’un service public (B).

1. Une La détermination des critères d’identification en présence de prérogatives de puissance publique

C’est avec l’école de Bordeaux, représentée par *Duguit, Jèze* et *Bonnard*, constituant les sources principales de la doctrine en droit public, qu’est apparue l’idée que le droit administratif est fondé sur la notion de service public. Ce dernier était défini selon trois critères : un critère finaliste, c’est-à-dire une mission d’intérêt général ; un critère organique, à savoir être assuré par la personne publique ; enfin un critère matériel, étant la soumission à un régime exorbitant, ici le droit administratif. Selon eux, le critère organique est fondamental dans la création du service public.

Désormais, cette approche est obsolète puisque la jurisprudence admet qu’une activité de service public puisse être assurée par une personne privée. C’est notamment l’apport de l’arrêt *Société des établissements Vezia* du 20 décembre 1935 rendu par le Conseil d’Etat, admettant pour la première fois que les personnes privées puissent exercer et assurer l’activité d’un service public, ~~Cet arrêt fut directement suivi~~ Confirmé par l’arrêt Caisse et protection du 13 mai 1938 ~~qui résultait le même apport~~. Néanmoins, c’était des arrêts d’opportunité permettant au Conseil d’Etat de s’étendre sur d’autres secteurs. Cependant, les arrêts rendus en assemblée ; *Monpeurt* du 31 juillet 1942 et *Bouguen* du 2 avril 1943 viennent confirmer que les services publics ??? , en l’espèce dans ces arrêts, des services publics à caractère industriel et commercial, peuvent être confiés à des personnes privées.

Il est tout de même important de rappeler que nous ne somme pas dans un cas d’identification d’un service public par la loi. En effet, le législateur peut toujours identifier un service public indépendamment de la réunion des critères jurisprudentiels. Pour citer un exemple, la *loi sur l’eau du 3 janvier 1992* précise que les services communaux d’assainissement sont gérés par des services publics.

Dans le silence de la loi, le juge peut faire appel à ses critères d’identification, c’est ce que dit clairement le Conseil d’Etat dans cet arrêt du 5 octobre 2007 en disant : *« considérant qu’indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaitre ou, à l’inverse, exclure l’existence d’un service public ».*

Le Conseil d’Etat rappelle les critères d’identification autrefois cités par l’arrêt *Narcy* du 28 juin 1963 rendu en section par le Conseil d’Etat, qui lui-même confirmait la première prise de position à l’occasion de l’arrêt *Gignac* du 9 décembre 1899, rendu par le tribunal des conflits. Cette prise de position concernait le fait que les prérogatives de puissance publique étaient considérées comme indispensable dans l’identification d’un service public.

L’arrêt *Narcy* en effet apposait les trois critères permettant à une personne privée de gérer une mission de service public, à savoir : faire une activité d’intérêt général, être sous le contrôle d’une personne publique, et disposer de prérogatives de puissance publique. Les prérogatives de puissance publique correspondent au pouvoir de commandement qui permettent à l’Administration d’imposer sa volonté aux personnes privées.

 Le Conseil d’Etat ainsi en disant : « *qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique »* rappelle cette notion considérée comme critère d’identification par la jurisprudence de *Narcy*.

Que dit le CE sur ces critères dans l’affaire ?

Tout de même, le Conseil d’Etat n’en reste pas là puisqu’il va rajouter des précisions qui sont aujourd’hui à l’ordre du jour et ainsi écarter l’aspect des prérogatives de puissance publique tel qu’exprimé autrefois.

1. Une détermination des critères d’identification en l’absence de prérogatives de puissance publique

Après avoir admis l’hypothèse de la présence de prérogatives de puissance publique, le Conseil d’Etat va préciser que même en leur absence il est tout de même possible d’identifier un service public.

Cette précision, il la tient de l’arrêt du 20 juillet 1990 rendu par le Conseil d’Etat, *Ville de Melun* et Association faisant un revirement de jurisprudence qui a déclaré pour la première fois que les prérogatives de puissance publique ne sont plus indispensables quant à l’identification d’un service public.

En effet, dans l’arrêt *UGC-Ciné-Cité* il dit clairement qu’il ne se basera pas sur les critères confirmés par *Narcy* mais bien sur l’arrêt de *Melun* : *« même en l’absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée doit également être regardé […] comme assurant une mission de service public ».*

En l’espèce, la société d’économie mixte « Palace Epinal » n’est pas dotée de prérogatives de puissance publique, mais pourtant il va continuer à analyser si nous sommes bien dans le cas d’un service public.

Le Conseil d’Etat dans cet arrêt va rappeler l’arrêt rendu en section par le Conseil d’Etat, le 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (*APREI*). Dans l’arrêt *APREI* va préciser l’arrêt *Melun* en remplaçant les prérogatives de puissance publique par un faisceau d’indices pour déterminer si une activité constitue ou non une activité de service public. Ce faisceau d’indices et donc ainsi rappelé par l’arrêt *UGC-Ciné-Cité* et est constitués d’exactement quatre indices : « *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 ».* Donc, il faut que l’activité exerce une activité d’intérêt général ; qu’il y ait des conditions quant à sa création, son organisation, son fonctionnement ; qu’il y ait 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 des obligations imposées ; et qu’il y ai des mesure prises pour vérifier la satisfaction des objectifs.

Ainsi, le Conseil d’Etat après avoir donné tous les critères d’identification, va pouvoir opérer et donner sa solution quant à l’existence d’un service public ou non.

1. La justification de la non-présence d’un service public : des critères déterminants et des modes de gestion absents

Le Conseil d’Etat va justifier sa décision en expliquant que l’activité de cinéma n’est pas sous le contrôle de la personne publique, et que de plus, cette activité n’est pas assignée de mission de service public (A). Le Conseil d’Etat finira sa décision par dire qu’une procédure de délégation n’a pu avoir lieu (B).

1. La mise en exergue du caractère incontournable du contrôle de la personne publique dans l’identification d’un service public

Alors même qu’elle satisfait aux deux premiers indices, à savoir création en vue de satisfaire à l’intérêt général au niveau local, l’exploitation du cinéma ne peut être regardée comme un service public à défaut d’objectifs fixés par la commune et de contrôle de cette dernière.

Cela sera confirmé par le Conseil d’Etat dans l’arrêt du 23 mai 2011, *commune de Six Fours les Plages*, où en l’espèce il y avait création par la commune d’un festival accompagné, d’un subventionnement de l’exploitant, une mise à disposition d’une salle de spectacle, mais pourtant une absence de contrôle de la personne publique sur la programmation artistique et sur les tarifs des spectacles, le Conseil d’Etat ainsi a statué qu’il ne s’agissait pas d’un service public.

Un contre-exemple donné par une décision avant l’arrêt ici commenté rendu par le Conseil d’Etat le 25 mars 1988, *commune d’Hyères* dans le cas où il y’avait maitrise de l’activité par une personne publique et par conséquent présence d’un service public.

Les deux derniers indices sont ainsi des critères incontournables au même titre que l’intérêt général de l’activité. Pour citer un exemple du caractère incontournable de l’intérêt général, l’arrêt du 27 octobre 1999, *Rolin* rendu par le Conseil d’Etat, en l’espèce, la Française des jeux est soumise au contrôle de l’Etat et dispose de prérogatives exorbitantes, mais son activité n’est pas d’intérêt général car la circonstance qu’elle apporte des recettes à l’Etat traduit un intérêt financier pour l’Etat, mais pas un intérêt général donc ce n’est donc pas un service public.

Ainsi trois des quatre « indices » énoncés par la jurisprudence *APREI* constituent en définitive des critères indispensables à l’identification d’un service public. En effet, le critère d’intérêt général est indispensable, le critère d’objectif donnés au service public est indispensable, le critère de contrôle par la personne publique est indispensable, mais le critère de créations, d’organisation, de fonctionnement n’est pas forcément indispensable compte tenu des conclusions du Conseil d’Etat qui parle des trois critères indispensables précités sans justifier sa réponse en parlant des conditions de création, d’organisation et de fonctionnement constituant le quatrième critère. D’autant plus que cela semble s’avérer vrai dans le temps avec les mêmes justifications de l’arrêt de 2011 déjà cité où il y’avait bien cette condition de création remplie mais qui ne justifiait pas l’existence d’un service public.

Apres que le Conseil d’Etat ait identifié deux indices absents, à savoir les critères de maîtrise par la personne publique et de mise en place d’objectifs par la personne publique, il va mettre en œuvre des justifications prouvant qu’il n’y avait pas de procédure de délégation de service public.

1. La libre dévolution subséquente de l’activité d’exploitation du cinéma

Le mode de gestion déléguée, à savoir comme l’arrêt *APREI* l’avait expliqué, sont les collectivités publiques chargées de la création du service public, peuvent dès lors que la nature de ces services n’y fait pas obstacle, confier sa gestion à un tiers. C’est l’idée de pouvoir associer une entreprise dans un régime particulier à celui de la société mixte. C’est une obligation faite aux personnes publiques de procéder, préalablement à la passation de la majorité des contrats, à l’organisation d’une procédure de publicité de leurs offres et de mise en concurrence des candidats potentiels.

Ici, en l’occurrence, il s’agit de la société d’économie mixte « Palace Epinal » qui est visée par la société UGC Ciné-Cité d’être dans un cadre de gestion déléguée.

A défaut pour l’exploitation du cinéma d’être identifiée comme une mission de service public, la commune d’Epinal n’avait pas à procéder à une délégation de service public pour la confier à la société exploitante. Le Conseil d’Etat, le 6 avril 2007, dans l’arrêt *commune d’Aix-en-Provence* explique qu’une association qui avait été chargée de l’organisation d’un festival international, assurait une mission de service public pour le compte de la région Provence-Alpes-Côte d’Azur, il y’avait une délégation du service public.

Par suite, la société UGC Ciné-Cité n’est pas fondée d’organiser une procédure de passation préalable à la délégation d’un service public, respectant les obligations précitées.

Ainsi, en l’absence de prérogatives de puissance publique et en l’absence d’intention d’administration, l’activité exercée par la société « Palace Épinal » ne peut pas constituer une mission de service public. Son activité ne peut en conséquence pas avoir été *« réalisée dans le cadre d’une délégation de service public* ». Le Conseil d’Etat explique que le juge des référés a méconnu l’article L. 551-1 du code de justice administrative en admettant l’existence d’une délégation du service public.

Cet arrêt du Conseil d’Etat souligne la distinction entre mission d’intérêt général et délégation de service public. En outre, il s’inscrit dans une nouvelle tendance de la jurisprudence qui cherche à pouvoir qualifier de service public des activités prises en charge par des personnes privées exerçant un service d’intérêt général.