

Collection « Exhumation d'épuisés »

-o-O-o-

-o-O-o-

UNE INTRODUCTION AU
DROIT DU SERVICE PUBLIC

-o-O-o-

Gilles J. GUGLIELMI

Professeur à l'université Paris-II (Panthéon-Assas)

ATTENTION : Ce document n'a pas été mis à jour depuis 1994

Utilisation strictement réservée à l'université Panthéon-Assas

Préliminaire

État et société

La problématique des rapports entre l'État et la société est passablement usée. D'excellentes remarques et de pénétrantes études ont été faites à ce sujet et il n'est pas souhaitable ici de tenter de la renouveler. Il paraît simplement nécessaire de poser d'entrée de jeu un certain nombre d'axiomes sans lesquels il n'est guère possible de mener une étude positive et humaniste du droit des services publics.

Premier axiome : Même si le premier est une émanation de la seconde, l'État et la Société sont et doivent être distingués. Si l'on peut admettre en effet, que l'État n'est que la cristallisation d'un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés, cela n'est qu'en raison 1°) de l'existence d'une différenciation claire entre ces gouvernants et gouvernés, 2°) de l'acceptation de cette situation temporaire par les gouvernés qui y trouvent un avantage relatif, 3°) de la possibilité d'un contrôle permanent sur les gouvernants et sur l'ensemble de leur activité.

Deuxième axiome : L'Administration publique n'est pas une notion unitaire. Elle n'est pas - est-ce utile de le rappeler ? - une personne morale. Certaines de ses composantes sont des personnes morales, d'autres ne le sont pas. Certaines de ses parties sont nationales, d'autres locales; et il n'est à cet égard pas possible d'assimiler dans tous les cas une autorité administrative locale à une branche d'une autorité administrative nationale.

Troisième axiome : Les notions juridiques ne sont ni fixes, ni susceptibles de délimitation absolue. Sous le même terme de service public, les juristes d'époques différentes recouvrent des réalités différentes, et pour un usage différent.

L'État et les autres personnes publiques ont pour but essentiel la réalisation d'un optimum social. Elles se livrent pour cela à deux grand types d'activités. Le premier est la production de normes juridiques, c'est-à-dire de prescriptions destinées à ordonner les relations sociales en imposant des comportements précis dont le respect est assuré par une menace de sanction garantie par l'autorité publique. Le second est la production de services concrets destinés à satisfaire les besoins collectifs de la Société. L'étude des conditions de production des normes et de leur cohérence relève à la fois de la théorie du droit et de la science politique et administrative. Celle des modalités de production des services collectifs relève plutôt du droit administratif positif, dont il est possible de faire également la théorie, à condition de ne lui accorder jamais qu'une portée relative dans la vie sociale.

L'intervention

Face à un phénomène social, l'État ou les autres personnes publiques ont à choisir entre deux attitudes. La première consiste à laisser se développer ce phénomène dans le cadre juridique existant, par la seule impulsion et sous la seule responsabilité des particuliers. La deuxième attitude consiste à intervenir dans le développement de ce phénomène.

Les raisons de l'intervention, d'une part, sont multiples. Le phénomène social peut être destructeur, néfaste, dangereux, porteur de déséquilibres, ou simplement risqué. Il peut présenter ces caractères pour la Société dans son ensemble ou seulement pour une catégorie sociale ou professionnelle. L'intervention, d'autre part, peut prendre des **formes** variées. L'intervention exclusivement normative : les personnes publiques encadrent le phénomène social dans de nouvelles normes (interdiction, limitation, surveillance, contrôle). L'intervention matérielle (et accessoirement normative): les personnes publiques prennent en charge le phénomène social, en l'intégrant dans les fonctions administratives, en le plaçant sous la dépendance d'organes administratifs, en assurant elles-mêmes ou en maîtrisant la production de biens et services.

Le cœur de la notion d'intervention publique ne peut pas être compris à la fin du XXème siècle, si l'on demeure dans les cadres de pensée, dans les catégories juridiques, dans les principes qui ont été élaborés à la fin du XIXème siècle. Ces cadres, catégories et principes doivent être connus pour être dépassés, pour permettre de comprendre et de forger de nouveaux outils.

Le problème fondamental qu'ont à résoudre les gouvernants est de pratiquer l'intervention avec discernement. D'une part, quand intervenir ? A partir de quels critères de demande sociale une intervention des gouvernants est-elle justifiée ? Il s'agit d'un problème principalement politique qui trouve sa traduction juridique de manière dispersée dans la jurisprudence constitutionnelle et dans l'appréhension par le droit administratif des notions

d'intérêt général, d'intérêt et d'utilité publique. D'autre part, comment intervenir ? Quels sont les modes possibles et aussi quels sont les plus simples, les plus efficaces et les plus économes de moyens ? La réponse est largement conditionnée par une évaluation, qui reste à faire, d'institutions bien connues du droit administratif.

Une introduction au droit des services publics, c'est ce que propose le présent ouvrage. En raison de son volume limité, il ne peut en effet s'agir que d'une introduction. Consacré au droit des services publics, le point de vue en sera principalement mais non exclusivement juridique. Enfin, services publics est au pluriel pour indiquer l'irréductibilité organique des différentes composantes de l'action publique, même si leur fondement, la notion de service public, conserve une certaine unité fonctionnelle.

Aussi, les développements qui vont suivre ont pour but d'étudier les personnes publiques non dans leur aspect organique - qui relèverait, pour la description, d'un cours d'Institutions et, pour l'explication, de la science politique et administrative -, mais dans leur aspect fondamental de régulation sociale : l'intervention des services publics. Pour l'appréhender dans ses fondements juridiques et en comprendre les modalités actuelles, seront synthétisés les éléments acquis d'une théorie de l'intervention.

Quant à la méthode suivie, pour la résumer et en souligner la cohérence avec le problème pratique et réaliste de l'intervention, on pourrait la qualifier de positive-dialectique. Positive, car elle s'attachera à donner en tout point l'état du droit applicable à l'intervention; dialectique parce qu'elle considère que les institutions juridiques sont le résultat précaire de la résolution de contradictions sociales, et qu'elles sont explicables par l'histoire de ces contradictions.

L'intervention publique a connu depuis la période révolutionnaire bien des fluctuations, mais elle peut sans heurter le sens commun des publicistes, être caractérisée par l'émergence progressive de la notion de service public (Première partie). L'étude de cette apparition permettra notamment de placer la notion de service public dans le contexte de la formation du droit administratif et de marquer sa relativité en tant que réponse à la question de la pertinence de l'intervention. Dans un deuxième temps, on précisera les réponses que la technique juridique a pu apporter à la question des moyens d'intervention par les modes de gestion des services publics (Deuxième partie), étant entendu qu'il s'agit de méthodes concernant la gestion globale du service public. Dans un troisième temps, seront enfin rappelées d'autres modalités d'intervention qui, pour être liées aux services publics, n'en constituent pas des modes de gestion, mais des techniques d'association, objet d'un récent regain d'intérêt (Troisième partie).

Première partie

LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

La notion de service public est une notion centrale du droit administratif, mais elle est aussi par contrecoup une notion abondamment critiquée. C'est une notion centrale parce qu'elle touche aux buts des institutions publiques et de l'organisation sociale. Pour Duguit par exemple, l'État n'existe pas. Il n'est qu'un faisceau de services publics. L'existence du pouvoir d'État ne se justifie que ponctuellement en vue de garantir la possibilité de rendre des services à la collectivité. C'est aussi une notion soumise à de fortes critiques. Tout d'abord, pour certains elle semble inséparable de la notion de puissance publique (Hauriou). Ensuite, la présentation théorique générale du service public comme critère unique du droit administratif est trop optimiste. Le service public fonderait à la fois la spécificité des règles de droit administratif et la compétence des juridictions administratives. Or, la réalité et la jurisprudence ont très vite démenti cette vision. La gestion des services publics n'a jamais cessé d'utiliser des règles et des situations de droit privé (Cf. G. Quiot, *Aux origines du couple gestion publique/gestion privée*, th. Nice, 1992). Dès le début du XX^{ème} siècle, le Conseil d'État valide la distinction entre gestion publique et gestion privée des services publics.

Les échecs successifs d'une théorie totalisante du service public ont en fait abouti à la discréditer (Chapitre 1 : L'impossible définition du service public). Pourtant cet échec n'est pas dirimant, car l'élaboration historique de la notion de service public permet de dégager des constantes, dont l'application est encore vérifiable aujourd'hui, à travers la jurisprudence administrative et les décisions constitutionnelles récentes. En particulier, certains principes de fonctionnement ont une valeur juridique si particulière qu'on les connaît sous le nom de "lois" du service public (Chapitre 2 : Les lois du service public). Enfin, ces constantes concernent aussi bien la création, la suppression, l'organisation que le fonctionnement des services publics (Chapitre 3 : La vie du service public).

Chapitre 1

L'IMPOSSIBLE DÉFINITION DU SERVICE PUBLIC

La notion de service public n'a pas été reçue de toute éternité dans le droit administratif français. L'étude de son évolution historique révèle que la notion de service public a fortement varié et que son rôle dans la théorie juridique a connu des fortunes diverses compromettant ainsi pour un temps tout espoir de définition (Section I). Le point d'aboutissement de cette évolution semble limiter la notion de service public à une dimension essentiellement fonctionnelle (Section II). Cependant, cette seule certitude ne permet pas de régler la question, pourtant éminemment pratique, de la classification des différents services publics en droit positif (Section III).

Section I : L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Le législateur, les juges, les administrateurs, les usagers et les théoriciens du droit n'ont pas la même notion du service public. L'administration du royaume sous l'Ancien Régime fait apparaître l'existence matérielle de nombreux services publics sans que ceux-ci soient conceptuellement regroupés. La Révolution et l'Empire, et même l'État libéral du XIX^{ème} siècle pratiquent abondamment l'intervention, que les juristes cherchent d'ailleurs à systématiser, mais ce n'est pas sous l'emblème du service public. La notion de service public apparaît en tant que telle dans la jurisprudence administrative, mais elle est surtout reprise par Duguit dans sa construction idéologique d'une théorie de l'État, et par l'École de Bordeaux dans une construction scientifique du droit administratif.

§ 1. - Préhistoire et histoire

A. L'Ancien Régime, ou le service public sans science

L'existence de services publics au sens fonctionnel est attestée sous l'Ancien Régime, de l'époque médiévale jusqu'à la Révolution, mais elle est caractérisée par des moyens juridiques différents. Il s'agit surtout de pratiques sociales coordonnées par une autorité commune, qui n'est pas forcément, notamment au début de la période, l'État.

Les banalités. Au moyen âge, la propriété du sol est celle du seigneur. Elle est un fondement du pouvoir fiscal, car elle permet au seigneur de percevoir des taxes, et en contrepartie de certaines d'entre elles, il y a fourniture d'un service commun : les banalités. Les fours, les moulins, les pressoirs sont un monopole du seigneur qui perçoit, à l'occasion de leur utilisation, une redevance élevée. En contrepartie, les banalités doivent être en état permanent de fonctionnement, chaque habitant dispose d'un droit égal à en user, la sécurité des abords est assurée par les troupes seigneuriales.

Les communautés urbaines. A partir du XI^{ème} siècle, l'extension des échanges amène la formation d'agglomérations, de bourgs. Les autorités municipales se substituent aux seigneurs, mais le principe d'organisation sociale et les pouvoirs d'organisation ne sont pas modifiés. Outre les fours, moulins et bans de boucherie, les municipalités assurent un monopole au maître d'école, fondent des léproseries. Elles imposent des corvées pour la construction et la réparation des fortifications, l'entretien des routes et des ponts, les services de guet et de ronde, voire la participation à la défense de la commune.

La notion de police. A partir du XV^{ème} siècle, le terme de police se répand dans les ordonnances royales. Il semble qu'il puisse signifier à la fois "politique" et "gestion" de la chose publique. Au XVII^{ème} siècle, la police est définitivement devenue un pouvoir réglementaire, ce qui explique peut-être la connotation négative que le mot a pris jusqu'à aujourd'hui. « La police consiste à assurer le repos public et celui des particuliers, à procurer l'abondance et à faire vivre chacun suivant sa condition », dit une ordonnance royale de 1669. A la fin du siècle, la Police universelle englobe, pour Domat, le droit public et le droit privé. Enfin, au XVIII^{ème} siècle, fleurissent des dictionnaires de Police qui sont en réalité de véritables codes de droit et de pratique administrative. Le plus célèbre d'entre eux, le Traité de la Police de De Lamare, prend pour subdivision la santé, les vivres, la voirie, le commerce les manufactures et les arts mécaniques. Autant de domaines d'intervention des services publics contemporains.

B. Le XIX^{ème} siècle libéral, ou le service public sans conscience

La Révolution n'est pas le point de départ de la domination du service public sur l'intervention publique. Seulement, le terme même de service public commence à faire son apparition. Il peut signifier plusieurs aspects de cette notion. Le service public est parfois assimilé à la fonction publique au sens de service du public. De temps en temps, ce terme qualifie une tâche d'intérêt général (le service ecclésiastique est un service public), une prestation fournie à un citoyen, un organe fournissant la prestation (les postes, un service public susceptible d'amélioration). Pourtant, c'est de cette époque que naît l'idée que l'ensemble des institutions publiques constitue un, ou des services publics.

Au cours du XIX^{ème} siècle, les interventions de l'État se multiplient et se pérennisent, mais le statut du service public, comme le terme même, n'apparaissent pas. La notion de service public est surtout intuitive et opératoire. Elle ne joue quasiment aucun rôle dans la théorie de l'État. Les textes constitutionnels n'en font d'ailleurs pas état. Le rôle principal est occupé dans la théorie juridique de l'époque par la notion d'Administration publique. C'est cette notion qui permet tous les rattachements juridiques nécessaires à l'intervention et à la constitution d'un droit spécial de l'intervention.

C'est d'ailleurs sous l'effet de la notion d'Administration publique que se constitue le "delta lumineux" du service public, que se figent les liens constitutifs de la notion de service public jusqu'à aujourd'hui : une activité de l'État (ultérieurement, d'une personne publique) - élément organique -; une prestation de service public, c'est-à-dire la production d'un service au profit non d'un individu en particulier mais de tout citoyen en général qui entend en bénéficier - élément fonctionnel -; une relation de droit public, régime spécial dérogeant sur certains points, sinon sur tous, au droit privé.

§ 2. - Service public et droit administratif

A. Duguit, la conscience du service public

Léon Duguit (1859 -1928) développe une théorie de l'État qui, face à l'accroissement de ses activités, a pour but de le limiter. Duguit constate tout d'abord que la limitation naturelle de l'État a échoué. Elle consistait à dire que l'État pouvait utiliser la puissance publique pour interdire, mais devait s'insérer dans les droits et obligations de type privé pour entreprendre (distinction de l'État puissance publique et de l'État personne civile). Il constate ensuite que l'autolimitation subjective est porteuse de dangers et créatrice de byzantinisme jurisprudentiel. Elle consiste en effet à légitimer l'intervention des personnes publiques en leur laissant le choix d'intervenir par des procédés de puissance publique ou en concurrence avec les personnes privées (distinction entre gestion publique et gestion privée).

Or, la méthode de Duguit peut être qualifiée de positivisme sociologique. Elle ne tient pour règles de droit que celles qui sont effectivement appliquées, c'est-à-dire matérialisées par un comportement social. Par conséquent, la limitation de l'État par le service public doit être objective. « Le principe de tout le système du droit public moderne se trouve résumé dans la proposition suivante : ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont pas un droit subjectif de puissance publique; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics et à contrôler le fonctionnement » (*Les transformations du droit public*, 1913).

Le service public est ainsi conçu comme le fondement d'une théorie de l'État. Il est un système de légitimation de l'État et aussi un système de production de l'État. Mais sa définition n'a pas vocation à expliquer le droit administratif ni dans son ensemble, ni dans son application.

Pour Duguit, le service public est une donnée **objective et matérielle** (il ne se crée pas, il se constate) : « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est d'une telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par les gouvernants » est un service public (*Traité*, t. III, 3ème éd., p. 61).

C'est aussi une notion **abstraite**, presque transcendante : « la notion de service public n'aura de réalité que dans la mesure où nous trouverons dans les sociétés modernes des faits dont elle sera la synthèse et qui seront comme la substructure des institutions positives ». Les institutions peuvent être service public, ou perdre cette qualité au gré de l'état social, l'idée de service public n'en demeure pas moins.

Cette objectivité et cette abstraction entraînent enfin que le service public chez Duguit **n'est pas une catégorie juridique**. Les institutions et activités publiques qualifiées temporairement de service public ne réclament pas l'application d'un régime juridique particulier ou constant.

B. L'École de Bordeaux, échec de la science du service public

L'École de Bordeaux est souvent présentée comme reprenant à son compte la notion de service public. En réalité les successeurs de Duguit (Jèze, Rolland, Bonnard, de Laubadère) souhaitent lui donner la valeur scientifique d'un critère de technique juridique. Ce faisant, ils transforment complètement cette notion. On peut en venir à douter qu'il s'agisse de la même.

1. Identification du service public. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, Louis Rolland réalise la synthèse des vues de l'École de Bordeaux en exposant trois conditions.

1. Le service public suppose la direction ou la haute direction des gouvernants. C'est l'aspect organique, mais il est nuancé par la distinction entre la maîtrise du service (choix de création, choix du mode de gestion, contrôle de la gestion) et la gestion du service proprement dite par les personnes publiques.

2. Le service public suppose la satisfaction à donner à un besoin d'intérêt général. C'est l'aspect fonctionnel. Certains tenants de l'École de Bordeaux comme Jèze estiment que c'est le législateur qui détermine le besoin d'intérêt général; d'autres juristes, comme Hauriou, pensent que la notion de service public est objective et qu'elle résulte de la nature du service. Il y aurait des services publics par nature (note Hauriou sous CE, 7 avril 1916, *Astruc*, Rec.163, S 1916.3.49 : le théâtre n'est pas un service public par nature; TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec.91, D 1921.3.1. concl. Matter : certains services se rattachent par nature au fonctionnement de l'État, à la différence d'autres qui sont de nature privée; TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, Rec.1237, concl. Rouchon-Mazerat, RDP 1933.426, note Jèze, S 1933.3.97, note Alibert, D 1933.3.65, note Blaevoet: il existe des « fonctions ne rentrant point dans les attributions exclusives de la puissance publique »).

3. Le service public suppose la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée. C'est une particularité fonctionnelle destinée à limiter l'intervention des collectivités territoriales. Cette limitation ne s'applique pas à l'État car le Parlement représentant la nation souveraine ne saurait mal faire (CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, Rec.638).

Le point culminant de la confusion est atteint par Gaston Jèze qui confère à la notion de service public un caractère pleinement subjectif : « sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ». Le service public devient un procédé technique que peut utiliser le législateur. Cette position prive la notion de service public de son unité essentielle qu'est la limitation de l'État.

2. Conséquences de l'identification du service public. L'École de Bordeaux introduit dans une théorie unitaire des germes de division que développera la jurisprudence. Trois conséquences posent problème. Tout d'abord, la notion subjective de service public permet de voir des services publics là où l'État et les personnes publiques ne les assument pas effectivement : c'est une possibilité de divergence entre les caractères organique et fonctionnel. Ensuite, la référence à l'intérêt général ne fait que repousser le problème un peu plus loin, car l'intérêt général est aussi ce que définissent les gouvernants : cela engage l'analyse juridique à donner un caractère de technique juridique à une notion encore plus proche de la politique. Enfin, et c'est probablement l'effet le plus néfaste, la notion de service public, développée par l'École du même nom, fait du service public le critère central de compétence du juge administratif et, par conséquent, de l'application d'un régime de droit administratif.

- La jurisprudence administrative avait semblé justifier l'interprétation des théoriciens du service public. Le point de départ de cette jurisprudence est, bien sûr, l'arrêt Blanco (TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec.1er sup.61), qui doit beaucoup aux conclusions du commissaire du gouvernement David (*D* 1873.3.1). Ce dernier expose en effet que l'État puissance publique est celui qui est chargé d'assurer la marche des divers services publics qui constituent l'ensemble des opérations des corps administratifs, et que l'exercice de l'activité administrative d'intérêt général appelle un régime juridique spécifique et ne peut être soumis au Droit civil. La jurisprudence administrative admet donc la spécificité de la notion de service public et du régime de droit public applicable à ce service.

Elle va d'ailleurs étendre de plus en plus l'application de règles de droit public aux services publics qu'elle découvre. Première extension, le droit public et la compétence administrative sont applicables à l'activité des personnes publiques autres que l'État. Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, en effet, ces personnes étaient soumises, sauf texte contraire, au droit privé. La compétence administrative et régime de droit public s'appliquent ainsi successivement aux relations entre les collectivités territoriales et leurs agents (CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec.1148, concl. Jagerschmidt, *S* 1892.3.17, note Hauriou), ou à leur responsabilité extra-contractuelle (TC, 29 février 1908, *Feutry*, Rec.208, concl. Teissier, *S* 1908.3.97). Deuxième extension, alors que les contrats des personnes publiques constituaient des contrats civils relevant des tribunaux judiciaires, le Conseil d'État décide que l'exécution d'un service public est un contrat administratif et relève donc de la juridiction administrative (CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec.193, concl. Pichat, *RDP* 1910.249, note Jèze, *S* 1911.3.17, note Hauriou).

- Pourtant, d'autres tendances de la jurisprudence administrative de la même époque commencent simultanément à démentir les assertions de la théorie du service public par l'acceptation de la **gestion privée des services publics**. L'arrêt Terrier (CE, 6 février 1903, Rec.94, *S* 1903.3.25, concl. Romieu), marque apparemment la même victoire du critère du service public. Pourtant, le commissaire du gouvernement tout en reconnaissant dans l'affaire le caractère administratif du contrat en raison de la présence d'un service public, tient à signaler qu'« il peut se faire que l'administration tout en agissant non comme personne privée mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de la situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public ... en passant un de ces contrats de droit commun ». Cela signifie clairement que le service public n'est plus le critère de la compétence et du régime administratifs puisque les personnes publiques peuvent, dans l'exercice d'un service public, s'en écarter.

Le Tribunal des conflits marque très rapidement ses distances par rapport à la théorie du service public. Il reconnaît le caractère privé d'un contrat passé par une commune avec l'autorité militaire pour loger des réservistes dans un immeuble municipal au motif que l'accord « par sa nature et ses effets rentre dans les contrats de droit civil » (TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'Assurances Le Soleil*, Rec.446, concl. Feuiloley, *D* 1912.3.89). Deux ans plus tard, les conclusions de Léon Blum, alors commissaire du gouvernement sur l'arrêt CE, 31 juillet 1912, *Soc. des Granits porphyroïdes des Vosges*, Rec.909, concl. Blum, *RDP* 1914.145, note Jèze, citent expressément la phrase de Romieu : « il peut se faire que l'Administration tout en agissant dans l'intérêt d'un service public se place volontairement dans les conditions du droit privé », pour qualifier l'acte en cause de contrat de droit privé.

Les résultats obtenus par l'École de Bordeaux dans sa tentative de construction du droit administratif sur la seule notion de service public, déjà fragiles au début du siècle, n'iront que se délitant jusqu'à la période contemporaine. L'évolution de la jurisprudence et les critiques de la théorie juridique ont, quelquefois avec excès, masqué les avantages pourtant certains de la notion, pour la cantonner dans un domaine strictement fonctionnel.

Section II : LA NOTION FONCTIONNELLE DE SERVICE PUBLIC

§ 1. - Les impasses de l'analyse juridique contemporaine

A. L'éclatement du critère organique

En raison des éléments de définition donnés, le service public est avant tout « une organisation qui dépend d'une collectivité publique » (de Corail). Mais autant il est simple de le constater lorsque une personne publique gère elle-même directement le service, autant le développement de la gestion des services publics par des personnes privées menace la notion de service public.

1. La gestion du service public par une personne publique. C'est le procédé public le plus pur. L'État et les personnes publiques entretiennent spécialement un certain nombre d'organes pour assurer les prestations de service public. C'est le schéma de l'arrêt Blanco et aussi de l'arrêt CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles du VIème arrondissement de Paris*, Rec.390, concl. Romieu, *D* 1904.1, dans lequel la nature d'établissement public découle de ce que les caisses « sont des branches d'une administration publique ».

2. La gestion du service public par une personne privée.

Ce cas n'était pas inconnu de la théorie juridique puisque la concession, largement pratiquée pour satisfaire des besoins économiques généraux (éclairage, transports) au XIXème siècle, en est un mode reconnu. Cependant, elle constituait l'exception. Au contraire, depuis le début du siècle, cette situation est devenue de plus en plus fréquente. Certes, il faut qu'un lien demeure entre la personne privée gestionnaire et la personne publique. La qualification de service public d'un théâtre avait ainsi été écartée dans l'arrêt Astruc (préc.) parce que l'activité se pratiquait sans aucune intervention de la personne publique. Au contraire, dans l'arrêt Gheusi (préc.), la qualité de service public a été reconnue à l'opéra-comique parce qu'il existait une concession assurant le contrôle d'une personne publique sur la gestion de l'activité.

La loi peut tout d'abord confier à une personne privée la gestion d'un service public, soit expressément, soit implicitement. Dans cette dernière circonstance, la jurisprudence peut reconnaître l'intervention publique et qualifier l'activité de service public. Le point de départ de cette évolution est donné dans l'arrêt *Caisse primaire Aide et protection* (CE, 13 mai 1938, Rec.417, *D* 1939.3.65, note Pepy, concl. Latournerie, *RD* 1938.830). Elle s'est développée ensuite avec les ordres professionnels ou corporatifs chargés par la loi du 2 décembre 1940 "d'assurer la gestion d'un service public relatif à l'organisation et au contrôle de la profession" (CE Sect., 20 juin 1946, *Morand*, Rec.183, *S* 1947.3.19, note P.H.). Nombreux sont aujourd'hui les organismes privés chargés de gérer un service public : centres techniques industriels, fédérations sportives, fédérations de chasseurs, sociétés d'aménagement foncier et d'équipement rural, etc.

Il arrive aussi que la gestion d'un service public soit conférée par un acte administratif à une personne privée. Il s'agit rarement d'un acte administratif unilatéral. On peut citer l'exemple du service public de la Comédie-française, en application des décrets du 15 octobre 1812 (Trib. civ. Seine, 8 octobre 1952, *Gaz. Trib.* 1952.2.542) et du 1er avril 1995. Mais beaucoup plus fréquemment les personnes publiques ont recours à un acte contractuel (dont le régime détaillé sera étudié *infra*). Dans ce dernier cas, le contrat est administratif en raison de son objet (CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec.167, *AJ* 1956.2.272, concl. Long, chr., *RD* 1956.869, note Waline, *D* 1956.433, note de Laubadère, *RA* 1956.496, note Liet-Veaux). Il n'y a donc plus de concordance absolue entre service public organique et service public fonctionnel.

3. Résultat de cette dissociation.

Si le service public ne peut plus être défini de manière simplement organique, il subsiste cependant des éléments organiques dans la définition du service public. Le rattachement à une personne publique demeure un élément de définition du service public. **Dans un sens**, en cas de doute sur la nature publique ou privée d'une personne juridique, le fait qu'elle soit chargée d'un service public tend à la faire qualifier de personne publique (CE, 11 mai 1987, *Divier c/ Association pour l'information municipale*, Rec.168, *RD* 1988.264, note J.-M. Auby, où une association a été, pour ce motif, considérée comme transparente et fondue dans la commune). **Au contraire**, une personne reste privée dans la mesure où elle n'est pas « un organe préposé par l'État à l'exécution d'un service public » (CE, 21 juin 1912, *Delle Pichot*, Rec.712, concl. Blum; TC, 31 mai 1913, *Pichot*, Rec.605, *S* 1916.3.43).

B. Le flou de la mission de service public

L'expression est fixée en jurisprudence par un arrêt (TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec.617), qui affirme qu'une association accomplissait « dans l'œuvre de reconstruction immobilière une mission de service public ». L'emploi de cette expression est courant en théorie juridique comme en jurisprudence. Cependant, il ne faut pas s'y tromper. La notion de mission de service public n'est qu'une conséquence de la dissociation entre notion organique et notion fonctionnelle de service public. Elle constitue une variété particulière de la notion fonctionnelle. On peut en effet distinguer, dans la fonction, ce qui relève de l'activité, de ce qui relève de la finalité. La mission de service public n'est en fait, au sens strict, que le but de service public.

On peut alors caractériser la mission de service public en disant qu'elle consiste à satisfaire les besoins d'intérêt général. Mais en raison de la conception subjective de la théorie du service public depuis l'Ecole de Bordeaux, cette précision n'en est pas une, l'intérêt général n'étant pas déterminable de l'extérieur, de manière objective. Il faut donc ici renvoyer à l'étude de la prestation de service public et du droit positif en matière de création des services publics.

§ 2. - L'essence fonctionnelle du service public

A. La prestation de service public

La notion de service est difficile à cerner parce qu'elle est résiduelle. Les services sont les produits d'une activité qui ne se concrétise pas par l'apparition d'un bien matériel. Si l'on cherche à identifier le service public par le **contenu** de la prestation fournie, deux constatations s'imposent : tout d'abord, ce contenu est varié il couvre tout le domaine de l'activité humaine (enseignement, transports, santé, communication, etc.); ensuite, dans la plupart des cas il est susceptible d'être produit aussi bien par des personnes privées que par des personnes publiques. On conclut donc qu'il n'existe pas de prestation de service qui serait en elle-même de nature publique ou de nature privée. Si l'on cherche à identifier la prestation de service public par le **régime** juridique sous lequel elle est assurée, on s'engage dans un raisonnement circulaire, et l'on fait passer les moyens avant les fins.

La seule analyse féconde reste donc celle des **buts** de la prestation de service public. Pour être qualifiée de service public, l'activité doit avoir un but d'intérêt général. Cette exigence est constante dans la jurisprudence administrative (concl. Laurent sur CE Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec.434, *D* 1956.759, *AJ* 1956.2.489, chr., *JCP* 1957.2.9968, note Blaevot; CE, 25 mai 1925, *Décatoire*, Rec.535; TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Rec.614, pour les colonies de vacances). *A contrario*, l'absence d'intérêt général empêche toute qualification de service public (CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec.466, *RD* 1954.178, note Waline, pour les courses hippiques; CE, 20 janvier 1971, *Comptoir fr. des produits sidérurgiques*, Rec.49, *AJ* 1972.230, note Moulié). Depuis peu, la jurisprudence constitutionnelle a fourni un élément nouveau : l'appréciation des buts d'intérêt général est ancrée dans la Constitution (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, *JO* 27 juin 1986, « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle »; M.-P. Deswarte, "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *RFDC* 1993.23).

Une caractéristique très ancienne des services publics était d'exclure le profit financier, mais aujourd'hui l'intervention de l'État utilise des modes de gestion qui ne sont pas intrinsèquement différents de ceux du secteur privé (C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, th. Paris-I, 1978). Les activités industrielles et commerciales justifient, comme critère même de leur existence économique et de leur efficacité sociale, des préoccupations marchandes incluant la réalisation d'un bénéfice. Cependant, ces préoccupations ne doivent pas, en principe, l'emporter sur la satisfaction des besoins du public. A titre d'exception, on peut considérer que certaines activités servent à satisfaire l'intérêt proprement financier des personnes publiques qui l'exercent, mais à la condition que ce soit en vue d'assurer ou d'améliorer le financement de certains services publics (Tabacs et allumettes : santé publique; Française des Jeux : ordre public et budget).

B. Eléments d'identification

En définitive, quels sont, en droit positif, les éléments d'identification du service public ? En application des points préalablement développés, on peut affirmer que ces éléments sont au nombre de deux. Pour qu'une activité soit un service public, il est nécessaire 1°) qu'il existe un lien particulier entre cette activité et une personne publique; 2°) que cette activité ait un but d'intérêt général. Ces deux éléments sont des conditions cumulatives. L'absence de l'un d'entre eux interdit la qualification de service public. Ainsi exposée, l'identification du service public traduit bien la nature fonctionnelle de la notion de service public. Elle n'en constitue pas une définition.

On doit enfin souligner quelques particularités quant aux limites admises par la jurisprudence administrative française relativement à l'intervention par voie de service public.

La jurisprudence et une partie de la théorie juridique considèrent que la gestion du domaine privé des personnes publiques n'est pas un service public (TC, 24 novembre 1894, *Loiseur*, Rec.631, *D* 1896.3.3, *S* 1896.3.487, CE, 26 septembre 1986, *Epoux Herbelin*, Rec.221, *AJ* 1986.714, obs. Moreau). Cette considération semble justifiée par le seul fait que le critère dominant du but d'intérêt général cède le pas à un critère spécial au régime du domaine et des travaux publics : l'usage public (V. en sens inverse, Chapus, *DA I*, p. 407; J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, *EDCE* 1958.35; J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t. I, n° 484. J. Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics*, LGDJ, 1960, p. 379).

De même, ces autorités respectent le principe non écrit selon lequel l'état des personnes échappe à la compétence du juge administratif. Tout ce qui concerne le nom patronymique, l'état-civil, les incapacités, la nationalité et la propriété subit une attraction de la compétence judiciaire sans considération pour le service public qui peut les toucher plus ou moins directement (TC, 8 décembre 1969, *SAFER de Bourgogne*, Rec.685, *RDP* 1970.166; TC, 26 juillet 1922, *Gastin*, Rec.651, pour l'inscription d'un nom au monument aux morts).

Enfin, les activités industrielles et commerciales des personnes publiques, qui peuvent être reconnues comme des services publics, sont quelquefois difficiles à différencier des activités purement privées. Outre le fait qu'elles sont soumises en principe à un régime de droit privé, les dérogations à ce régime par l'usage de prérogatives de puissance publique ou l'application de principes de droit public sont interprétées de manière stricte. Ainsi, les saisies-arrêt peuvent être pratiquées sur les biens des personnes privées chargées d'un service public industriel et commercial sous la seule réserve que cette procédure « ne compromette pas le fonctionnement régulier et continu du service public » (CA Paris, 11 juillet 1984, *SNCF c/ GARP*, *D* 1985.2.174).

Section III : LA CLASSIFICATION DES SERVICES PUBLICS

§ 1. - Les catégories introuvables

A. La diaphane catégorie des services publics à caractère industriel et commercial

Il s'agit d'une catégorie de service public provenant d'une interprétation particulière de l'arrêt Société commerciale de l'Ouest africain, et des propos du commissaire du gouvernement Matter qui avait conclu sur cette affaire. Matter avait en effet séparé les services « qui sont de la nature même de l'État ou de l'administration publique » de ceux qui sont assurés par l'État « occasionnellement ou accidentellement » parce que de nature privée. La théorie du service public en tira l'interprétation suivante : le Tribunal des conflits, en confiant le contentieux de ce service de nature privée au juge judiciaire, aurait validé cette séparation et institué deux catégories : les services publics administratifs et les services à caractère industriel et commercial.

Il faut remarquer que le Conseil d'État dans un arrêt d'Assemblée peu connu (CE, 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, Rec.136, concl. Blum, *D* 1913.3.25), avait déjà lié la notion d'activité à caractère industriel et commercial à celle de gestion privée. Il s'agissait de savoir si l'éclairage électrique des communes serait considéré comme un service privé ou comme un service public. Pour trancher la question, Blum cherche à définir les activités à caractère commercial par la possibilité de produire un bénéfice, et déclare que dès lors, l'activité en question relève du droit privé. C'est donc faire de la nature du service public un critère de gestion privée et donc d'application d'un régime juridique de droit privé.

Il est vrai que le Conseil d'État avait également utilisé la locution malheureuse "services industriels publics". CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, Rec.333, *RDP* 1922.75, concl. Rivet. Mais il ne lui avait conféré aucune valeur juridique précise, ni dans l'absolu, ni par rapport au service public. Simplement, dans cette affaire, pour que les services industriels publics relèvent du droit privé, il faut que « lesdits services fonctionnent dans les mêmes conditions que s'ils étaient dirigés par un particulier ». C'est donc la gestion privée du service public qui détermine la compétence et le droit applicables.

C'est en fait une construction doctrinale de P. Laroque (note sous CE, 6 mai 1931, *Tondut*, Rec.477, *S* 1931.3.81; *Les usagers des services publics industriels*, th. Paris 1933) qui accrédite l'idée que d'une part, en tant que service public, l'activité industrielle et commerciale assumée par une personne publique doit être soumise à un régime de droit public, mais que d'autre part, en raison des rapports avec ses usagers, les contrats qui s'élaborent

entre le service et l'usager sont soumis au droit privé. La théorie juridique ultérieure (J. Delvolvé, note sous CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, Rec.115, S 1932.3.97; R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935, p. 6) donnera à cette coexistence une explication plus large : le service public peut être défini par sa nature, qui indiquera le régime juridique applicable. Cette solution a l'avantage de préserver la notion de service public en tant que critère central du droit administratif. Elle oblige la personne publique à utiliser le droit privé dès qu'il y a activité industrielle et commerciale, ce qui correspond à une justification idéologique classique : lorsque l'intervention publique se fait sur le terrain du marché et de la libre concurrence, elle doit être réalisée sur un pied d'égalité avec les particuliers, selon les règles du droit privé.

L'analyse du droit positif permet d'affirmer qu'il n'existe pas aujourd'hui de service public par nature. Une activité de service public peut être, selon les époques, selon ses modalités de gestion, soit administrative, soit industrielle et commerciale. Les assurances maritimes pendant la guerre de 1914-1918 excluaient le risque de guerre. Une loi était intervenue en 1915 pour organiser un service d'assurance ayant cette finalité. La juridiction administrative reconnut un service public dont le fonctionnement relevait du droit privé (CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, Rec.333, RDP 1922.75, concl. Rivet). Mais ce service ne récupérant que les plus mauvais risques, une nouvelle loi rendit en 1917 le service public obligatoire et l'organisa de manière dérogatoire au droit des assurances. Alors, la jurisprudence estima que le contentieux entre l'État et les assurés devenait administratif (CE, 23 mai 1924, *Soc. Les affréteurs réunis*, Rec.498, S 1926.3.10, concl. Rivet).

Les mêmes fluctuations se reproduisirent fréquemment. Le service des télécommunications fut ainsi qualifié de service public à caractère administratif (TC, 24 juin 1968, *Ursot*, Rec.798, D 1969.416, note du Bois de Gaudusson, AJ 1969.1.139, art. Lemasurier) par le Tribunal des conflits alors que ce service public était, par rapports aux autres, le plus proche d'une activité privée. La loi du 2 juillet 1990 a finalement renversé le régime juridique de ce service et le régime contentieux des relations avec les usagers. Il existe aussi des organismes qui sont qualifiés d'établissements publics à caractère industriel et commercial par leur texte institutif, mais qui gèrent en réalité un service public administratif. Si le texte fondateur est un décret, la juridiction administrative peut requalifier l'établissement et le service (TC, 24 juin 1968, *Soc. Distilleries bretonnes* et *Soc. d'approvisionnements alimentaires* (2 arrêts), Rec.801, concl. Gégout, AJ 1969.311, note de Laubadère, D 1969.117, note J. Chevallier, JCP 1969.15764, note J. Dufau, pour le FORMA, qualifié d'E.P.I.C. par le décret du 29 juillet 1961, supprimé par celui du 29 janvier 1986). Si ce texte est une loi, le juge ne peut que constater la qualification et en tirer les conséquences (TC, 24 avril 1978, *Soc. Boulangerie de Kourou*, Rec.645, D 1978.584, note P. Delvolvé).

Le regroupement de certaines activités par un ensemble de constantes "industrielles et commerciales" ne déclenchant pas l'application d'un régime juridique homogène, il faut se résigner à l'absence d'une véritable **catégorie juridique** de service public à caractère industriel et commercial. La seule conclusion qui s'impose est que certaines activités des personnes publiques, qui ressemblent à des activités privées par leur domaine d'intervention ou leur logique de gestion, mais qui ont un caractère fonctionnel de service public, relèvent du droit privé, sauf en ce qui concerne les fondements de l'activité de service public.

B. Le fantôme des services publics sociaux

Entre 1955 et 1983, une catégorie de service public avait émergé, que l'on désignait comme "service public à caractère social". Elle provenait d'un arrêt (TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Rec.614, D 1956.58, note Eisenmann, RDP 1955.720, note Waline), dans lequel le Tribunal des conflits donnait compétence au juge judiciaire pour connaître de l'action en dommages et intérêts exercée contre l'État en raison d'un accident survenu dans une colonie de vacances organisée par un ministère avec des procédés de gestion privée.

Cette solution ne connut pas de postérité, malgré l'interprétation doctrinale résultant des conclusions du commissaire du gouvernement Chardeau et de la note de Waline, et qui tendait à en faire une catégorie comparable à celle des services publics à caractère industriel et commercial. A peine deux ans plus tard, le Conseil d'État retint sa compétence dans une affaire voisine (CE, 21 mars 1958, *Salin*, Rec.187, RDP 1959.122, au motif que les œuvres sociales en cause possédaient des particularités qui les distinguaient des œuvres privées). De manière cohérente, la Cour de cassation déclina sa propre compétence (Cass. civ., 3 octobre 1957, *Vve Raduz c/ Ville d'Asnières*, D 1958.423).

Finalement dans un arrêt dont la rédaction n'est pas explicite mais sur lequel le commissaire du gouvernement avait conclu à l'abandon de la jurisprudence Naliato, le Tribunal des conflits donne compétence à la juridiction administrative pour connaître des conséquences d'un accident survenu dans un village de vacances géré par une

personne publique, sans faire la moindre allusion au caractère social du service public (TC, 4 juillet 1983, *Gambini*, Rec.540, *RDP* 1983.1381, note J.-M. Auby).

§ 2. - L'imparfait classement fonctionnel

Le classement fonctionnel consiste à regrouper les services publics en raison de leur finalité et de leur type d'activités. Il est imparfait car les préoccupations purement fonctionnelles ne permettent pas en réalité de réaliser ce classement. Il s'y mêle des considérations matérielles (de contenu) et de domaine d'intervention, et l'on se rend compte à cette occasion que les nécessités de l'intervention l'emportent sur le choix de la forme juridique, ce qui tend à montrer que la notion de service public est seconde par rapport aux autres critères de classement. Pour le prouver, sont reprises ici les classes canoniques qui séparent les services publics dans leurs finalités de protection et les services publics qui ont un but de progression de la société.

A. Les services publics de protection

1. Régulation des activités privées et maintien de l'ordre

Il faut réserver le cas général de la production de normes par les personnes publiques. Lorsque cette production normative a pour but de réglementer l'activité privée avec un but d'intervention directe (interdiction, réglementation), on est en présence à n'en point douter d'un service public. L'exemple le plus clair en est fourni par l'arrêt *Monpeurt* qui constate que l'activité normative des comités d'organisation est « l'exécution d'un service public » (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239, *RDP* 1943.57, concl. Ségalat, note Bonnard).

Dans cette fonction générale, se subdivisent de nombreuses fonctions particulières. La défense nationale, la police, la justice et l'administration pénitentiaire sont les plus connues et les plus classiques. Il est souhaitable de ne pas omettre la lutte contre les incendies, la protection civile,

2. L'action sanitaire et sociale

Les activités sociales de service public sont très anciennes. On en trouve trace dès les premiers ouvrages de droit administratif au XIX^{ème} siècle, où ils sont désignés par les termes de "secours publics", "établissements d'humanité" ou "de bienfaisance", "régime sanitaire". Aujourd'hui, ces activités correspondent à de véritables droits sociaux, en application de textes constitutionnel (Déclarations de droits de l'Homme, Préambules des Constitutions). Cela ne veut pas dire qu'elles doivent être gratuites, ni totalement assurées par les personnes publiques, mais que chaque individu doit pouvoir y accéder également.

L'exemple le plus célèbre est la Sécurité sociale, érigée en service public depuis l'arrêt *Caisse primaire Aide et protection* (CE, 13 mai 1938, Rec.417, *D* 1939.3.65, note Pepy, concl. Latournerie, *RDP* 1938.830). Cette organisation comprend les branches assurance-maladie, allocations familiales, assurance vieillesse. Il n'existe pas en France de service national de santé (contrairement à la Grande-Bretagne), mais un service public hospitalier a été expressément déclaré par la loi du 31 décembre 1970 et précisé par la réforme hospitalière contenue dans la loi du 31 juillet 1991.

Les services d'aide sociale ont pour finalité de remédier à des situations sociales, familiales, ou individuelles difficiles (enfants en danger, orphelins, victimes de guerre, handicapés, personnes âgées, étudiants). Ils font l'objet d'une organisation nationale, sous l'égide du ministère de la Santé, et d'une organisation départementale car l'aide sociale entre dans les missions reconnus à cette collectivité par les lois de décentralisation.

Enfin, l'existence d'un service public de l'emploi doit être soulignée. Son fondement est constitutionnel, car le préambule de la Constitution de 1946 proclame le droit pour tout individu d'obtenir un emploi (droit à l'emploi), ou des moyens d'existence dans le cas où la société ne peut le lui fournir. Les organes chargés de gérer ce service public sont l'ANPE (établissement public) et les ASSEDIC (associations).

B. Les services publics de progression

Ils sont en très forte croissance et constituent un domaine d'intervention privilégié des personnes publiques.

1. L'intervention éducative et culturelle

L'enseignement, qu'il soit général ou technique, agricole, supérieur, est plus qu'un service public. En vertu du préambule de la Constitution de 1946, « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». Mais il n'existe pas de monopole de l'enseignement, car le principe de liberté de l'enseignement permet la fondation d'établissements privés sous réserve d'un contrôle minimal de l'État. Ceux-ci peuvent même depuis la loi du 31 décembre 1959, recevoir des subventions publiques.

La recherche est un complément indispensable de l'enseignement. Elle est attribuée aux établissements d'enseignement supérieur, ainsi qu'à certains établissements à caractère scientifique et technologique (CNRS, INSERM).

La culture est devenu progressivement au XX^{ème} siècle un domaine d'intervention des personnes publiques. Selon la jurisprudence administrative, elle constitue un service public lorsque les considérations d'intérêt artistique l'emportent sur l'intérêt commercial. En liaison avec l'écologie naissante, l'État a considérablement multiplié ses actions dans le domaine du patrimoine artistique ou naturel.

La communication est venue prolonger et porter la culture. L'intervention a d'ailleurs connu depuis la Libération une évolution heurtée en raison du caractère stratégique, et politique des moyens de communication. En 1945, la radio-télévision a été considérée comme un monopole, géré tout d'abord par les PTT, puis par l'ORTF, enfin par plusieurs personnes publiques spécialisées à partir de 1974. Depuis 1982, il existe un service public de la communication auquel peuvent participer des personnes privées. Seule la diffusion reste un monopole et justifie l'existence d'un organe de régulation dont le nom et les attributions ont varié au gré des lois (Lois du 29 juillet 1982, 30 septembre 1986, 17 janvier 1989).

2. L'intervention économique

D'existence constante depuis le XIX^{ème} siècle, mais d'amplitude accrue depuis la première guerre mondiale, l'intervention des personnes publiques dans l'économie nationale prend des formes variées. La fondation de services publics n'est pas à cet égard obligatoire : l'État peut simplement réglementer les activités économiques; les personnes publiques peuvent produire des biens et services dans les mêmes conditions qu'une personne privée; et ces activités n'en constituent pas pour autant des services publics. Ainsi, les entreprises publiques et sociétés d'économie mixte assujetties au droit des sociétés commerciales, qui interviennent dans les secteurs de la banque, de l'assurance, de l'automobile, de la recherche et de l'exploitation pétrolière, ne sont nullement des services publics. L'intervention de l'État est ici régie par des principes éminemment contingents : nécessités politiques, chocs économiques, stratégie internationale, opportunités financières. Il s'y ajoute l'incertitude précédemment décrite à propos de la catégorie juridique des services publics à caractère industriel et commercial.

Le domaine concret de l'intervention est très large. Certains services publics à caractère industriel et commercial classiques sont pour l'instant incontestés (Imprimerie nationale, Monnaie et médailles, Poudres et explosifs) probablement en raison de leur faible impact économique. Au contraire, d'autres connaissent une remise en question due en partie à l'intervention du droit communautaire et à la pression des agents économiques privés (transports, énergie).

Chapitre 2

LES "LOIS "DU SERVICE PUBLIC

Les activités qui sont qualifiées de services publics, qu'elles soient exercées par des personnes publiques ou par des personnes privées, quel que soit leur caractère, administratif ou industriel et commercial, sont soumises à un ensemble de règles de droit, à un régime juridique. En quelle manière peut-on alors parler d'un régime juridique de service public ? A l'évidence, il n'existe pas un régime juridique commun à tous les services publics. C'est de cette constatation que résulte d'ailleurs la preuve de l'échec de l'École de Bordeaux. Les services publics à gestion publique se distinguent fondamentalement à cet égard des services publics à gestion privée. Mais il est légitime de se demander s'il existe des points communs entre les différents services publics, des principes généraux qui s'appliqueraient sans distinction de leur mode d'exercice. L'observation fait en effet apparaître des principes fondamentaux qui correspondent à la nature essentielle du service public. Ils ont été formalisés par le Professeur Louis Rolland et sont présentés sous l'expression commode de "lois du service public" ou "lois de Rolland".

Ces principes ont vocation à s'appliquer à tous les services publics, mais il faut dès maintenant en marquer les limites. L'existence de lois du service public ne signifie pas qu'elles reçoivent obligatoirement une traduction juridique concrète dans tous les cas de fondation des services publics; cela ne signifie pas non plus que leur traduction juridique soit homogène dans tous les services publics. Une remarque fondamentale en donnera l'explication : les lois du service public sont avant tout une découverte jurisprudentielle, elles sont assimilables en cela à des principes généraux du droit. Les trois lois du service public sont l'égalité, la continuité, la mutabilité.

Section I : L'ÉGALITÉ DEVANT LE SERVICE PUBLIC

Le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics est une conséquence du principe d'égalité devant la loi, inscrit dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (art. 1er « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »). Ce principe d'égalité est au minimum une garantie d'égalité juridique, c'est-à-dire une égalité de statut entre usagers, et éventuellement entre contractants. Le principe d'égalité devant le service public est en même temps un principe général du droit consacré par la jurisprudence administrative indépendamment de toute référence à un texte.

§ 1. - Affirmation solennelle mais application nuancée du principe

Le statut du service public est le même pour tous. L'origine de ce principe se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'État. Déjà implicite dans l'arrêt CE, 29 décembre 1911, *Chomel*, Rec.1265, RDP 1912.36, il est expressément affirmé par les arrêts CE, 10 février 1928, *Chambre syndicale des propriétaires marseillais*, Rec.222, et CE, 6 mai 1931, *Tondut*, Rec.477, S 1931.3.81, note Laroque). Les conséquences de ce principe sont nombreuses.

A. Les usagers des services publics

1. Le principe d'égalité est directement applicable aux usagers des services publics.

• Quant à l'accès aux services publics :

Le Conseil d'État annule les discriminations injustifiées entre usagers (CE Ass., 1er avril 1938, *L'alcool dénaturé de Coubert*, Rec.337, RDP 1939.487, concl. Latournerie, à propos de discriminations dans le prix de vente des alcools; CE Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec.151, Dr. Soc. 1951.368, concl. Letourneur, note Rivero, à propos de l'accès des associations musicales à la retransmission radiophonique de leurs concerts; TA Amiens, 31 octobre 1978, *Hosten*, AJ 1979.32, note Richer, à propos de l'accès d'un journal à l'information municipale; TA Paris, 19 mars 1986, *Lévy*, Rec.308, AJ 1986.389, note Richer, et CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c/ Lévy*, Rec.157, Dr. Soc. 1989.767, note Prétot, à propos d'une distinction, pratiquée par la ville de Paris, et fondée sur la nationalité, en matière d'attribution d'une allocation sociale).

Le Conseil d'État apprécie même assez finement les discriminations tarifaires qui pourraient entraver l'accès au service public de certaines catégories d'usagers (CE Sect., 19 décembre 1979, *Meyet*, Rec.475, RDP 1980.1192, à propos d'une tarification différenciée en matière de télécommunications; CE Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, Rec.119, AJ 1985.409, concl. contr. Lasserre, chr., RFDA 1985.707, à propos de discriminations fondées sur les ressources pour l'accès à une école de musique).

- Quant à la situation de l'usager :

L'usager d'un service public à caractère administratif est dans une situation légale et ou réglementaire de droit public. De cette constatation, on tire que l'usager peut se voir imposer unilatéralement des modifications de sa situation juridique mais qu'en retour, il a le droit de demander l'annulation de décisions illégales qui lui feraient grief (CE Ass., 1er avril 1949, *Chaveneau*, Rec.161, *D* 1949.531, concl. Gazier, note Rolland).

Au contraire, l'usager des services publics à caractère industriel et commercial est dans une situation contractuelle de droit privé, même si dans certains cas (*Cf. infra*) les rapports contractuels sont accompagnés de clauses réglementaires. De là découle qu'en général l'usager du service public à caractère industriel et commercial doit supporter les modifications unilatérales des conditions des prestations à venir (Cass. req., 4 mai 1921, *D* 1922.1.41, à propos de modifications de polices d'abonnement en cours pour des prestations d'assurance futures). En revanche, lorsque la prestation est effectuée et que l'usager est devenu débiteur de sa valeur, aucune modification ne peut plus lui être imposée (CE, 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, Rec.189, *S* 1948.3.69, concl. Letourneur).

Dans tous les cas, les usagers qui remplissent les mêmes conditions ont droit aux mêmes prestations (CE, 16 mars 1977, *Association Loisirs et Défense*, Rec.139; CE Sect., 19 décembre 1979, *Meyet*, Rec.475).

2. Cependant, ce principe connaît des tempéraments.

D'une part, l'égalité d'accès et de traitement est proportionnelle, c'est-à-dire que l'égalité ne s'applique qu'à des usagers qui se trouvent dans la même situation. D'autre part, les exigences du principe d'égalité devant le service public cèdent quelquefois devant certaines considérations d'intérêt général (ces deux conditions figurent dans les conclusions du commissaire du gouvernement Braibant sur CE, 14 juin 1968, *Synd. nat. des médecins des hôpitaux privés*, Rec.362).

- Quant à l'égalité de traitement dans des situations comparables :

L'exemple le plus connu est celui de la différenciation tarifaire du bac de l'île de Ré. Le Conseil d'État, appelé à se prononcer sur la légalité d'un tarif réduit au profit des habitants de l'île de Ré, en avait accepté le principe. En revanche, il estimait insuffisante la différence de situation entre les habitants de la partie continentale de la Charente-Maritime et le reste des français continentaux pour fonder un tarif intermédiaire (CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec.274, *AJ* 1974.298, chr., *RDP* 1975.467, note Waline). La loi du 12 juillet 1979 déterminant le régime des bacs et des ponts à péage, au contraire, a prévu le cas de tarifs propres aux usagers « ayant leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés ». Il se trouve que cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel, qui a jugé que le législateur n'avait pas usé de critères contraires au principe d'égalité (CC, 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec.31, *AJ* 1975.46, *RDP* 1979.1726).

- Quant aux exigences de l'intérêt général :

Souvent invoquées à propos des tarifications différenciées, les "nécessités d'intérêt général" doivent être, selon la formule jurisprudentielle, "en rapport avec les conditions d'exploitation du service" ou avec "l'objet du service" (CE Sect., 19 décembre 1979, *Meyet*; CE Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*; CE Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, préc.). La rupture d'égalité, justifiée au regard de ces critères peut également résulter d'une action positive (CE, 29 juin 1951, *Synd. de la raffinerie du soufre français*, Rec.377, *D* 1951.661, note Waline; CE, 12 novembre 1958, *Synd. de la raffinerie du soufre français*, Rec.544, *AJ* 1959.13, concl. Fournier, à propos de subventions ou d'avantages), ou résulter d'une intervention graduée, l'application d'une taxe variant suivant la taille de l'entreprise (CE Sect., 13 octobre 1967, *Peny*, Rec.365).

B. Les personnels des services publics

La première conséquence du principe d'égalité dans le fonctionnement des services publics est l'égal accès aux emplois publics sans discrimination pour d'autres motifs que les compétences du candidat (CE Ass., 28 mai 1954, *Barel et autres*, Rec.308, *D* 1954.594, note Morange, *RDP* 1954.509, concl. Letourneur, note Waline, excluant les discriminations fondées sur les opinions politiques, en l'occurrence communistes, de candidats à l'ENA). Le juge est particulièrement rigoureux dans l'appréciation des conditions matérielles des épreuves du concours (CE, 4 février 1983, *Liffra*, Rec.761, *AJ* 1983.558, chr.527, annulation du concours d'entrée à l'ENM en raison de l'autorisation donnée à une partie seulement des candidats d'utiliser certains documents).

La seconde conséquence est l'égalité de traitement entre les fonctionnaires assurant le service public (CC, 15 juillet 1976, *Statut général des fonctionnaires*, Rec.35, *JCP* 1977.18760, note Nguyen Quoc Vinh; CE Sect., 26 octobre 1979, *Millan*, Rec.396, *AJ* 1980.99, en ce qui concerne du moins les fonctionnaires titulaires). Il faut rappeler que les agents publics contractuels peuvent user du recours pour excès de pouvoir contre les décisions concernant la situation réglementaire dans laquelle le contrat les place (CE Sect., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, Rec.231, concl. Genevois, *D* 1979.IR.388, obs. Delvolvé).

C. Les fournisseurs des services publics

Toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent se trouver régies par les mêmes règles, y compris les cocontractants actuels ou potentiels du service public (CE, 9 juillet 1975, *Ville des Lilas*, Rec.904, *AJ* 1976.91, à propos d'un candidat à l'adjudication). Les régimes légaux récents applicables aux contrats de délégation de service public sont tout entiers animés par cet esprit (*Cf. infra*).

§ 2. - Les corollaires du principe

A. La neutralité du service public

Le principe d'égalité devant le service public a un corollaire : la neutralité du service public. D'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141, *AJ* 1987.102, note Wachsmann), ce principe interdit que le service public soit assuré de façon différenciée en fonction des convictions politiques ou religieuses du personnel ou des usagers du service public (pour la laïcité en milieu scolaire, CE Avis, 27 novembre 1989, *AJ* 1990.39, note J.-P. C.; J. Rivero, "Laïcité scolaire et signes d'appartenance religieuse", *RFDA* 1990.1; Circulaire du 12 décembre 1989, *JO* du 15 décembre, *RFDA* 1990.10, note Durand-Prinborgne).

En conséquence, comme en contrepartie de la neutralité dont chacun bénéficie dans ses rapports avec le service public, il peut être imposé aux usagers et au personnel de limiter les manifestations de leurs opinions dans les établissements accueillant des services publics (CE, 28 novembre 1985, *Rudent*, Rec.316, *AJ* 1985.712, chr., *RDP* 1986.244, note Llorens, *RFDA* 1986.630, concl. Laroque). On en arrive à considérer que les locaux même du service public doivent être des espaces neutres (TA Nice, 30 mars 1984, *Caressa*, Rec.656, *RFDA* 1985.552, note Baldous, s'agissant d'une interdiction de distribuer des écrits politiques dans les locaux d'un service public). C'est en ce sens que doivent être interprétés l'avis, puis l'arrêt du Conseil d'État à propos de l'affaire dite du foulard islamique. La laïcité est certes interprétée comme une acceptation des différences, mais elle implique que les manifestations d'appartenance religieuse ne soient pas excessives, c'est-à-dire qu'elles ne constituent pas un acte de prosélytisme (CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa et autres*, Rec.389, *RFDA* 1993.112, concl. Kessler, *AJ* 1992.833, chr., *RDP* 1993.220, note Sabourin).

B. L'égalité par le service public

Des nuances apportées précédemment au principe d'égalité dans le fonctionnement du service public, on peut inférer que la jurisprudence reconnaît comme parfaitement légale la réalisation d'une égalité par le service public, c'est-à-dire la recherche d'une égalité de fait au prix de restrictions à l'égalité de droit.

Certains services publics sont donc fondamentalement inégalitaires parce qu'ils excluent des catégories d'usagers. L'aide sociale ne s'adresse ainsi qu'aux nécessiteux, les zones d'éducation prioritaire concentrent sur certains établissements des moyens qui pourraient être répartis sur tous le territoire. De telles interventions ne sont nullement contraires au droit puisqu'elles correspondent à une demande sociale et se réalisent par voie législative. Cependant, elles posent un problème d'application du droit et vont dans une certaine mesure contre l'unité du droit ou des principes juridiques. Il est donc nécessaire de les cerner très précisément et de ne pas les présenter comme constituant le régime juridique de principe de l'intervention.

Section II : LA CONTINUITÉ DU SERVICE PUBLIC

Le principe de continuité était dans la théorie juridique du début du siècle d'une importance exceptionnelle. C'est d'ailleurs le seul que Rolland désigne expressément du terme de "loi". Aujourd'hui ce principe semble passer au second plan, probablement parce que cette continuité ne pose plus, dans les faits, en raison de l'extension de l'intervention publique, du niveau économique et de l'expérience de gestion, de véritable problème. Il ne faudrait pas cependant oublier sa nature profonde, ni l'utilisation que l'on en a relativement à d'autres principes du droit public.

§ 1. - La nature du principe

A. Sources du principe de continuité

Le principe de continuité des services publics est le versant administratif du principe de continuité de l'État. Pour la théorie du service public qui ne considérait l'État que comme un faisceau de services publics, la valeur de ce principe est fondamentale. Le commissaire du gouvernement Tardieu affirmait ainsi « la continuité est de l'essence du service public » (CE, 7 août 1909, *Winkell*, Rec.826, S 1909.3.145, note Hauriou qui en accepte l'idée; cet arrêt justifie une révocation pour fait de grève par le principe de continuité des services publics).

Aujourd'hui, le principe de continuité des services publics est un principe à valeur constitutionnelle (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, Rec.33; AJ 1980.191, note Legrand; D 1980.101, note Paillet; Dr. soc. 1980.7, note Leymarie; JCP 1981.19457, note Béguin).

Le Conseil d'État a également souligné son importance en le qualifiant de « principe fondamental » (CE, 13 juin 1980, *Dame Bonjean*, Rec.274, justifiant lui aussi une retenue sur traitement pour absence de service fait) ce qui signifie, bien sûr, qu'il s'agit d'un principe général du droit (ce que l'on savait déjà, mais sous le terme de simple "principe", CE Sect., 30 mars 1979, *Secr. d'État aux universités*, Rec.141, AJ 1979.10.18, chr.)

B. Contenu du principe de continuité

Une personne publique est tenue de faire fonctionner régulièrement les services publics dont elle a la charge sans autres interruptions que celles prévues par la législation en vigueur. Dans le cas où cette personne publique manquerait à son obligation, et en présence d'un préjudice, il pourrait y avoir lieu à engagement de la responsabilité publique. Ce principe est d'application générale dans la mesure où, en ce qu'il concerne les collectivités territoriales et les établissements publics, les autorités de tutelle sont tenues de les substituer, dans les conditions prévues par la loi, pour assurer la continuité des services publics.

Le principe de continuité peut être aussi apprécié en terme de consistance du service public à condition qu'un texte la définisse explicitement. Ainsi la continuité du service public de l'enseignement n'est pas assurée si les élèves ne bénéficient pas de la totalité des enseignements prévus dans le programme (CE, 27 janvier 1988, *Giraud*, Rec.40, AJ 1988.352, note Moreau). Le service public hospitalier ne serait pas continûment assuré en l'absence d'un de ses éléments constitutifs, sécurité physique des personnes, continuité des soins dispensés, et des services hôteliers fournis aux hospitalisés (CE, 7 janvier 1976, *CHR d'Orléans*, Rec.10; CE, 4 février 1976, *Sect. synd. CFDT du centre psychothérapique de Thuir*, Rec.970, AJ 1978.50, note F.H.).

§ 2. - Les rapports avec d'autres principes de droit public

La continuité du service public justifie l'exercice d'un pouvoir réglementaire d'organisation du service public (*Cf. infra*) qui ne se distingue pas, dans son exercice, du pouvoir réglementaire de tout chef de service (CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec.172, S 1937.3.113, note Rivero).

A. Le régime des contrats

Dans le domaine des contrats administratifs, par exemple, la continuité est garantie par trois éléments : la mutabilité des contrats permet à la personne publique de modifier unilatéralement les clauses du contrat pour les besoins du service; la théorie des sanctions reconnaît comme la faute la plus grave, l'interruption du service et autorise la personne publique responsable à y remédier par sequestre (concession ou affermage), ou par mise en régie ou marché de substitution (marchés publics); enfin, le principe de continuité du service public est le fondement principal de la théorie de l'imprévision qui prévoit que, si des événements imprévus bouleversent l'équilibre du contrat au point que le cocontractant ne puisse continuer à assurer le service sans ruine, la personne publique est tenue de lui allouer des fonds compensatoires (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec.125, RDP 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèze, pour une concession; CE, 5 novembre 1982, *Soc. Propétrol*, Rec.381, AJ 1982.552, concl. Labetoulle, D 1983.245, note Dubois, JCP 1984.2.20168, note Paillet, pour un marché public).

B. Le régime de la grève

Jusqu'à la seconde guerre mondiale, le principe de continuité des services publics constituait un empêchement juridique à l'exercice du droit de grève dans les services publics. L'acte de grève constituait pour les agents du service public une faute, comme d'ailleurs à l'époque pour les salariés titulaires d'un contrat de travail.

Depuis la Constitution de 1946, le droit de grève est reconnu aux agents des services publics. Cela pose immédiatement un problème de conciliation entre ce droit, constitutionnellement reconnu, et le principe de continuité des services publics. Le problème de fait n'a pas été vraiment résolu, le plus souvent la grève entraîne en effet l'interruption du service. Le problème de droit peut être ainsi exposé. Le Conseil constitutionnel a reconnu que le législateur peut limiter le droit de grève pour assurer la continuité des services publics (CC, 25 juillet 1979, *Continuité du service public de la radio-télévision*, préc.). Cependant, le législateur n'est pas à ce jour intervenu de manière générale dans ce domaine, et ses dispositions spéciales à certains agents publics restent rares. Le Conseil d'État a donc reconnu un principe général du droit autorisant le gouvernement, en l'absence de loi, à réglementer l'exercice du droit de grève afin d'assurer le "bon fonctionnement des services publics" (CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec.426, RDP 1950.691, concl. Gazier, note Waline, RA 1950.366, concl., note Liet-Veaux, D 1950.538, note Gervais, S 1950.3.109, note J.D.V.; la juridiction judiciaire a une position opposée, Cass. soc. 7 juin 1995, D 1996.75, note Mathieu). Cette compétence gouvernementale ne peut cependant pas aller jusqu'à supprimer le droit de grève à certaines catégories d'agents.

Plus que les techniques procédurales (conciliation, préavis, monopole syndical, obligation de négocier), le service minimum et la réquisition constituent deux moyens licites d'assurer la conciliation entre droit de grève et principe de continuité des services publics. Le service minimum est utilisé dans certains services publics dont l'arrêt complet serait inadmissible en l'état de la société pour assurer les fonctions minimales de l'État (service public hospitalier, police, justice, navigation aérienne et... radio-télévision). Cette possibilité a été admise en jurisprudence (CE Ass., 4 février 1966, *Synd. nat. des fonctionnaires du groupement des contrôles radio-électriques*, Rec.80, RDP 1966.324, concl. Bernard). Elle a été ensuite imposée par la loi dans certains domaines (Loi du 31 décembre 1984, navigation aérienne; loi du 30 septembre 1986, audiovisuel). Selon le Conseil constitutionnel, il n'est pas contraire à la Constitution que le contenu du service minimum soit renvoyé à un acte administratif (CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141, AJ 1987.102, note Wachsmann). Le contrôle appartient alors au Conseil d'État qui se livre à de subtiles distinctions. Le service minimum peut, bien entendu, en vertu du pouvoir réglementaire du chef de service, résulter d'une de ses circulaires (CE, 13 novembre 1992, *Synd. nat. des ingénieurs des études*, Rec.966, AJ 1993.221, obs. Mathieu). Le minimum de continuité est ainsi défini par la sécurité lorsque le service public touche à la santé des individus (CE, 4 février 1976, *Sect. synd. CFDT du centre psychothérapique de Thuir*, Rec.970, AJ 1978.50, note F.H.); par la préservation des intérêts vitaux de la France lorsqu'il touche aux services publics de souveraineté (CE, 8 novembre 1989, *Synd. gén. de la navigation aérienne CFTC*, Rec.461, DA 1990.4); par la conservation des matériels d'exploitation, gage de la continuité future (CE Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec.484, RDP 1965.700, note Waline et 1210, concl. Bertrand) lorsque le juge accepte de prendre en considération les besoins propres du service.

La réquisition est utilisée en cas d'atteinte grave à la continuité du service public (CE Sect., 26 octobre 1962, *Le Moutl*, Rec.580, pour des pilotes d'avions). L'autorité organisatrice du service public peut notamment la décider en cas de dépassement des limites légales du droit de grève. Cependant, une réquisition ne pourrait avoir pour but de porter au droit de grève une atteinte injustifiée (CE, 24 février 1961, *Isnardon*, Rec.150, AJ 1962.204).

Dans cet ordre d'idées, le principe de continuité ne saurait en aucun cas justifier des moyens illégaux de lutte contre la grève. L'utilisation d'entreprises de travail temporaire pour remplacer des agents publics grévistes est exclue (CE, 18 janvier 1980, *Synd. CFDT des PTT du Haut-Rhin*, Rec.31, AJ 1980.89), tout comme d'ailleurs pour les entreprises privées en droit du travail ou l'infraction est passible de sanctions pénales. Cela dit, hors d'un contrat avec une entreprise de travail temporaire, une personne publique a le droit de recruter des agents temporaires dans le même but, de même que la théorie des circonstances exceptionnelles l'autorise à assurer par tout moyen la continuité du service public.

De manière identique, les sanctions pécuniaires pour fait de grève sont interdites. Seules les retenues sur traitement pour absence de service fait peuvent être prélevées, et le législateur ne pourrait conférer à cette retenue, par ses règles de calcul, le caractère d'une sanction (CC, 28 juillet 1987, *Loi DDOS, RFDA 1987.807*). Cependant, la règle du trentième indivisible et l'édiction législative de mesures destinées à éviter des grèves de courte durée portant une atteinte anormale au fonctionnement régulier des services publics, ne sont pas contraires à la Constitution.

Il faut remarquer en contrepartie que, depuis une période récente, le juge judiciaire des référés a accepté d'intervenir dans ces conflits, pour décider si l'exercice du droit de grève dans les services publics amenait des troubles manifestement illicites (Cass. Ass. plén., 4 juillet 1986). Simultanément, la juridiction administrative a tendance à engager de plus en plus facilement la responsabilité de l'État lorsque l'inertie des autorités administratives face à une grève est fautive (CE, 6 novembre 1985, *Cie Touraine Air Transport*, Rec.312, AJ 1986.84, chr., et bien que cela soit peut-être une décision isolée, CE, 17 janvier 1986, *Duvinage*, Rec.10, RFDA 1986.824).

Section III : LA MUTABILITÉ DU SERVICE PUBLIC

Le principe de mutabilité (ou d'adaptation) signifie que le statut et le régime des services publics doivent pouvoir être adaptés, chaque fois que l'imposent l'évolution des besoins collectifs et les exigences de l'intérêt général. On peut songer à l'amélioration quantitative, qualitative des prestations, en fonction des améliorations de la technique, du progrès économique ou de l'aménagement de l'ordre juridique. L'exemple en fut donné, au tournant du siècle par le remplacement de l'éclairage au gaz des voies publiques, par l'éclairage électrique.

A la différence de la continuité qui est présentée comme une véritable "loi", et de l'égalité, qui dans son application aux services publics est un principe général du droit, la mutabilité n'a fait l'objet d'aucune reconnaissance jurisprudentielle expresse. C'est un simple principe, non juridique, qui inspire les solutions de la jurisprudence, et certains régimes juridiques posés par le législateur. On peut presque considérer qu'il résulte de la nature fonctionnelle de la notion de service public : lorsque l'intérêt général, la finalité, change, le service public se modifie *ipso facto*; lorsque l'activité change, les principes généraux du droit administratif, à vocation instrumentale, favorisent la modification du service.

§ 1. - Conditions d'application

Le principe de mutabilité trouve à s'appliquer en cas de changement des circonstances de fait. La personne publique responsable du service public peut aménager le service en conséquence, et pour ce faire, modifier la réglementation ou les conditions d'exécution des contrats (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec.5, S 1902.3.17, note Hauriou).

Il s'applique également en cas de changement de l'état du droit. La personne publique responsable peut alors procéder de même, à condition de supporter en matière contractuelle les conséquences de ces changements. C'est ainsi que peuvent être supprimés des services inutiles dont le fondement juridique aurait disparu (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, RDP 1933.117, concl. Josse, note Jèze).

§ 2. - Régime de l'adaptation

Les usagers du service n'ont pas de droit au maintien en vigueur du régime des services publics. Les usagers des services publics à caractère administratif ne peuvent donc s'opposer à la nécessaire adaptation (CE, 12 février 1982, *Université de Paris-VII*, Rec.70, à propos du prétendu droit à terminer ses études à l'endroit du service public de l'enseignement supérieur où on les a commencées, un régime transitoire n'est même pas obligatoire). Il en est de même des usagers des services publics à caractère industriel et commercial (Cass. req., 4 mai 1921, *D* 1922.1.41, note Appleton, à propos de modifications de polices d'abonnement en cours pour des prestations d'assurance futures). Les usagers n'ont, sauf exception législative de service public obligatoire, aucun droit au maintien de l'existence du service (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec.60, concl. Kahn, *AJ* 1961.74, chr., pour la suppression de certains standards d'émission en télédiffusion; CE Sect., 18 mars 1977, *Chambres de commerce de La Rochelle, Belfort, Lille*, Rec.153, concl. Massot, pour la suppression de dessertes aériennes; TA Strasbourg, 21 juin 1993, *Soc. des transports automobiles des Hautes-Vosges*, *AJ* 1993.657, concl. Louis, pour la desserte ferroviaire).

En contrepartie, les usagers du service public ont droit au fonctionnement normal du service tant qu'il n'a pas été modifié (CE, 27 janvier 1988, *Giraud*, Rec.40, *AJ* 1988.352, note Moreau; et CE, 17 octobre 1986, *Erhardt*, Rec.240, *AJ* 1986.694, chr.). Les modifications ne sont pas rétroactives (CE Ass., 25 juin 1948, *Soc. du journal L'Aurore*, Rec.189, S 1948.3.69, concl. Letourneur)

Les personnels du service public n'ont, pas plus que les usagers, la possibilité d'invoquer un droit acquis au maintien d'une situation ou d'un avantage, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou d'agents contractuels (CE, 4 novembre 1942, *Association nat. des officiers de réserve*, Rec.302, dans ce cas les contractuels peuvent prétendre à indemnité compensatrice), qu'il s'agisse d'un service public à caractère administratif ou d'un service public à caractère industriel et commercial (CE Sect., 1er mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, Rec.150, *Dr. Soc.* 1969.33).

Chapitre 3

LA VIE DES SERVICES PUBLICS

Les services publics sont régis, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs le principe de mutabilité, par une loi d'évolution. Il y a d'abord fondation du service public, puis organisation de celui-ci, et dans certains cas, suppression. Quelques précisions sont d'emblée nécessaires. D'une part, puisque la notion de service public est essentiellement fonctionnelle, l'étude de la fondation, de l'organisation et de la suppression des **organes** du service public ne sera pas abordée, en ce qu'ils ne sont pas spécifiques de l'intervention. D'autre part, fondation et suppression du service public peuvent constituer une rupture totale par rapport à la situation antérieure, mais le cas reste très rare (constitution du réseau de chemin de fer au XIX^{ème} siècle, loi du 9 décembre 1905 organisant la suppression du service public des cultes); le plus souvent, la fondation du service public est réalisée par la reprise d'activités privées et sa suppression entraîne le retour de la prestation au secteur privé.

Section I : LA FONDATION ET LA SUPPRESSION DES SERVICES PUBLICS

Ces opérations peuvent être vues de deux manières différentes. Tout d'abord, quelles autorités peuvent fonder, et le cas échéant supprimer, les services publics ? C'est une question de compétence. Ensuite, existe-t-il un droit qu'auraient les citoyens à voir fonder et supprimer certains services publics ? C'est une question de fond. A ces questions s'ajoutent des limitations à l'intervention des personnes publiques par la fondation ou la suppression des services publics.

§ 1. - Les autorités compétentes

A. La compétence de principe des personnes publiques

La caractéristique de cette compétence est d'être générale. Seules des personnes publiques peuvent, en principe, fonder et supprimer des services publics.

Avant 1958, il était admis sans texte qu'un service public ne pouvait être fondé que par la loi, soit qu'elle en décide explicitement l'existence, soit qu'elle autorise une autorité administrative à procéder à une création (CE Sect., 13 novembre 1953, *Chambre synd. des industries et du commerce des cartouches de chasse*, Rec.487, D 1954.553, note Reuter, où la création d'un service de fabrication et de vente par les poudreries nationales est jugée illégale en raison de l'insuffisance des crédits ouverts par la loi de finances).

Depuis la Constitution de 1958, et l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait du bloc de constitutionnalité, cette compétence législative est apparemment fondée sur les dispositions plaçant les libertés sous la protection de la loi (Déclaration des droits de l'Homme, art. 4, et Constitution de 1958, art. 34), lorsque la création du service public a pour effet de limiter certaines libertés. On peut concevoir en effet que, par nature, la fondation d'un service public à caractère administratif impose l'existence de certaines sujétions, et que celle d'un service public à caractère industriel et commercial porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (CC, 3 mars 1976, Rec.50). De plus, la forme de cette fondation en réserve souvent la décision institutive au législateur : c'est le cas lorsque le service public est assuré par un ou des établissements publics constituant une catégorie d'établissements publics (Comp. CC, 25 juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*, Rec.45, D 1980.201, note L. Hamon; et CE, 11 octobre 1985, *Synd. général de la recherche agronomique CFDT*, Rec.278, AJ 1985.718, chr., RDP 1987.828) ou par la nationalisation d'entreprises privées. De même, le domaine matériel d'intervention entraîne la compétence du législateur en application de l'article 34 de la Constitution : défense nationale, justice, enseignement (CC, 20 janvier 1984, *Indépendance des enseignants-chercheurs*), marché de l'emploi, sécurité sociale (CC, 17 novembre 1970, *Mutualité sociale agricole*, Rec.47).

C'est pourquoi l'autorité réglementaire n'est compétente qu'en application de dispositions législatives, explicites ou générales. On pourrait soutenir l'hypothèse théorique de la compétence de principe du pouvoir réglementaire national, lorsque ni la nature du service public ni les modalités de sa fondation ne portent atteinte aux libertés et ne relèvent d'une obligation formelle de l'article 34 de la Constitution (art. 37 et loi du 17 août 1948 qui autorise la suppression de services publics nationaux par le gouvernement). Les situations pratiques répondant à ces critères semblent cependant assez rares et limitées à la mise en jeu du domaine public et au pouvoir de substitution d'action. Mais dans tous les cas, l'exercice du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales pour fonder des services

publics ne saurait être que la conséquence d'une habilitation législative car ces collectivités ne reçoivent de compétence d'action qu'en vertu des lois de décentralisation, l'État conservant une compétence générale (art. 72 de la Constitution, lois des 2 mars 1982 et 7 janvier 1983). Enfin, comme en d'autres domaines, il est impossible qu'une autorité compétente pour fonder un service public renonce pour l'avenir à exercer sa compétence (CE, 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône*, Rec.144).

B. L'exclusion du "service public virtuel"

Il est arrivé dans la jurisprudence administrative qu'une activité soit qualifiée, par le juge, de service public, sans qu'une personne publique n'ait explicitement entendu l'assurer en tant que tel. L'expression de service public virtuel fut alors utilisée (CE, 6 février 1948, *Soc. Radio-Atlantique*, Rec.65, *RD*P 1948.244, concl. Chenot, note Jèze) dans le sens où certaines activités privées pourraient être considérées en elles-mêmes, en l'absence d'intervention d'une personne publique, comme des services publics potentiels en raison de leur caractère d'intérêt général. De la matière dans laquelle intervenait les arrêts, on a pu déduire durant un temps qu'une autorité réglementaire pouvait transformer en services publics des activités d'intérêt général exercées sur le domaine public, grâce à l'octroi d'une autorisation faisant état d'obligations de service public (il s'agissait surtout de transports en commun, CE Sect., 5 mai 1944, *Comp. maritime de l'Afrique orientale*, Rec.129, *D* 1944.164, concl. Chenot).

Cette théorie du service public virtuel est pour l'instant abandonnée, ce qui tend à confirmer l'un ou l'autre de deux principes. Le premier est que la qualification de service public est inséparable de l'intervention fondatrice, et non recognitive, d'une personne publique. Un service public ne saurait être découvert et assuré à l'initiative d'une personne privée (CE, 13 juillet 1966, *Leygues*, Rec.475). Le second est que la compétence des autorités réglementaires pour fonder un service public est étroitement limitée (par les principes législatifs s'il y a atteinte à une liberté ou application de l'art. 34, par le contrôle du Conseil d'État dans l'exercice de cette compétence).

C. L'exception des collaborateurs occasionnels et bénévoles

La jurisprudence administrative admet que, dans certains cas exceptionnels, des personnes privées puissent collaborer spontanément, de leur propre initiative à un service public, voire se substituer à lui en cas de défaillance du service. Cette exception, destinée à résoudre surtout des problèmes de responsabilité, est très strictement encadrée.

Le principe en a été reconnu par l'arrêt CE Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec.279, *D* 1947.375, note Blaevoet, où les intéressés avaient accepté bénévolement à la demande du maire de tirer un feu d'artifice à l'occasion d'une fête locale. La reconnaissance de services publics assurés occasionnellement par des collaborateurs bénévoles est néanmoins limitée par la qualité des personnes privées concernées.

Il peut s'agir de fonctionnaires de fait, personnes qui ne sont pas investies de fonctions administratives, mais dont les actes sont assimilés à des décisions administratives (CE, 5 mars 1948, *Marion*, Rec.113, *D* 1949.147, *S* 1948.3.53, où un comité d'habitants avait décidé de réquisitions en mai 1940 après le départ des autorités communales). La continuité du service public doit être assurée même dans des circonstances exceptionnelles.

Il peut s'agir aussi de sauveteurs bénévoles qui, volant au secours d'une personne en danger, suppléent les services publics de sauvetage, généralement municipaux. Ces sauveteurs doivent agir de manière purement désintéressée, à titre exclusivement privé (sont exclus les liens privés avec la victime : CE Sect., 9 octobre 1970, *Gaillard*, Rec.565, concl. Rougevin-Baville, *AJ* 1971.37, chr., *RD*P 1970.1438; les liens familiaux s'ils sont déterminants dans le sauvetage : CE Sect., 1er juillet 1977, *Commune de Coggia*, Rec.301, *AJ* 1978.286, *RD*P 1978.1141; un agent public ne doit pas avoir agi dans l'exercice de ses fonctions : CE Ass., 27 novembre 1970, *Consorts Appert-Collin*, Rec.709, *AJ* 1971.37, chr., *D* 1971.270, note Moderne).

Dans les deux cas, le dénominateur commun qui permet de qualifier d'activité de service public des agissements de personnes privées hors de toute décision d'une autorité publique, c'est l'urgence. Si le service public normalement compétent s'abstient volontairement d'intervenir parce que la situation ne présente pas, selon lui, de caractère d'urgence, la jurisprudence ne reconnaîtra pas la qualité de collaborateur bénévole (CE, 16 juin 1989, *Pantaloni*, Rec.144, *AJ* 1989.648, chr.).

§ 2. - Un droit au service public ?

L'existence de certains services publics est prévue et imposée par les normes constitutionnelles, par les conventions internationales ou par la loi. La Déclaration des droits de l'Homme prévoit en effet (art. 13) les dépenses d'entretien d'une force publique, donc le maintien de l'ordre et la défense extérieure, ainsi que d'une

structure de gestion (administration). Le préambule de la Constitution de 1946 envisage la gestion publique des entreprises privées ayant le caractère de service public national, la fourniture par l'État de prestations en matière de santé, aide sociale, sécurité sociale, enseignement.

Cependant, même si le Conseil constitutionnel déclare depuis 1986 que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle » (CC, 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, Rec.61; CC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec.141) ou que ces services publics seraient « exigés par la Constitution », il n'a jamais été amené à préciser de quels services publics il s'agit précisément (dans les décisions citées, aucune des entreprises à privatiser n'exerçait une activité de service public exigée par la Constitution, la télévision par voie hertzienne ne constituait pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle). En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il faut donc considérer que des services publics constitutionnellement obligatoires tiennent leur existence implicite du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire éventuellement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'évolution jurisprudentielle est potentiellement porteuse de limitations considérables pour l'action du gouvernement comme du Parlement. La juridiction administrative tente cependant de minimiser la portée de cette interprétation car, lorsqu'une loi interdit au gouvernement le transfert au secteur privé des entreprises publiques « dont l'exploitation présente le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait », termes pourtant identiques à ceux du Préambule, le Conseil d'Etat recherche d'abord si l'entreprise transférée constitue ou non un service public (CE, 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts*, CJEG 1996.23, concl. Bonichot, à propos du CLF).

Certains services publics français sont un droit pour leurs usagers en raison de conventions internationales. Le service public de la navigation aérienne découle de la convention de Chicago de 1941. Il doit être assuré par chaque État signataire et le service public existe quelle que soit la forme de gestion des aéroports et aérodromes (TC, 23 février 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Périgueux*, Rec.81). Le service public de l'admission des demandeurs d'asile politique résulte de la convention de Genève du 28 juillet 1951. Il est, en France, géré par l'OFPRA (Office français pour la protection des réfugiés et apatrides).

De même que les usagers ont le droit au fonctionnement normal d'un service public dans les conditions existantes, lorsque la fondation d'un service public a été décidée par le législateur ou l'autorité réglementaire compétente, la décision doit être suivie d'effet. Les usagers potentiels ont droit à l'édition de mesures d'application permettant la mise en œuvre matérielle et effective du service (CE Sect., 6 juillet 1934, *Soc. van Outryve*, Rec.786, S 1934.3.166).

Quant à la suppression, les usagers d'un service public n'ont aucun droit à son maintien, sauf si ce service public est obligatoire. L'autorité compétente pour fonder un service public l'est aussi pour le supprimer (CE Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec.60, concl. Kahn, AJ 1961.74, chr., suppression de certains standards d'émission en télédiffusion). Cependant, l'exercice du pouvoir de l'autorité administrative est, en ce domaine, surveillé par le Conseil d'Etat qui lui applique un contrôle restreint, comprenant donc la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation (CE Sect., 25 avril 1980, *Institut technique privé de Dunkerque*, Rec.196, AJ 1980.591, concl. Théry, D 1980.481, note Kerninon).

§ 3. - Les limites de la fondation et de la suppression

A. Limites générales

Une fois rappelées les limites, actuelles ou potentielles (C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1982), assignées aux compétences du gouvernement et du Parlement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il y a lieu d'examiner les limites résultant de la conciliation entre l'intervention juridique de ces pouvoirs publics et d'autres principes juridiques qui soutiennent le droit public.

Une limitation demeure toujours présente face à la fondation de services publics : le respect de la liberté d'entreprendre. Il s'impose à l'autorité réglementaire, tout comme au législateur qui ne sauraient ni l'un ni l'autre y apporter des restrictions « arbitraires ou abusives », ou qui méconnaîtraient simplement les dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme (CC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Rec.18, AJ 1982.209, note Rivero). Cependant, lorsque les activités de service public s'accomplissent sur le domaine public, l'autorité réglementaire reste fondée à refuser des autorisations nécessaires à l'occupation de ce domaine à toute entreprise privée concurrente, ce qui de fait, garantit un monopole et porte donc directement atteinte à la liberté d'entreprendre (CE, 29 janvier 1932, *Soc. des autobus antibois*, Rec.117, D 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet; CE Sect., 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, Rec.570, AJ 1961.20, concl. Heumann, Dr. Soc. 1961.141, note Teitgen; CAA

Paris (2ème ch.), 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service*, Rec.535, *AJ* 1993.140, chr., *CJEG* 1993.331, note Delpirou).

D'autres limitations pourraient résulter de grands principes constitutionnels. Par exemple, l'article 2 de la Constitution proclamant que la France est une république laïque s'oppose au rétablissement d'un service public culturel. Il interdit aussi toute distinction d'origine, de race ou de religion, ce qui rend impossible la création de multiples services publics réservés chacun à une religion.

Une limitation résulte de la jurisprudence administrative. Il s'agit de l'interdiction de fonder des services publics dans un intérêt exclusivement financier. Le Conseil d'État a toujours été prompt à faire jouer l'incompatibilité entre besoin collectif et usage public d'une part, et besoin financier de la personne publique d'autre part (CE, 19 mai 1933, *Blanc*, Rec.540, S 1933.3.86, note Alibert, où la création d'une buanderie annexée à un établissement de bains avait pour but essentiel de compenser le déficit probable des installations). Cependant, certains services publics peuvent avoir pour but sinon de rapporter de l'argent du moins d'en économiser (CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec.280, *AJ* 1970.430, concl. Braibant, *RDP* 1970.1423, note Waline, et le cas de l'UGAP). La réalisation de bénéfiques n'est pas interdite, c'est le mobile financier, but exclusivement lucratif qui l'est (CE Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec.434, D 1956.759, concl. Laurent, *AJ* 1956.2.489, chr., *JCP* 1957.2.9968, note Blaevoet). De même, le mobile financier s'il ne justifie pas la fondation de services publics, est admis pour leur extension (CE, 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec.692, *AJ* 1960.3.213, concl. Mayras, D 1960.3.371, note Lesage). Au contraire, la suppression d'un service public peut reposer sur des considérations financières (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, *RDP* 1933.117, concl. Josse, note Jèze; CE, 26 janvier 1973, *Soc. Leroi et Lardereau*, Rec.74, *AJ* 1973.252, abattoirs de la Villette), sauf si le service public concerné est obligatoire, auquel cas, c'est le principe même de sa suppression qui n'est pas admis.

B. Limites propres aux services publics locaux

Il faut rappeler que depuis la mise en œuvre de la décentralisation « les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence » (loi du 7 janvier 1983, art. 1er). Il s'agit là d'une clause générale de compétence, mais elle est délicate à mettre en œuvre, en raison de la méfiance traditionnelle du législateur qui reste toujours libre de préciser ou de transférer ces compétences (art. 34 et 72 de la Constitution), sous réserve du contrôle que le Conseil constitutionnel exerce sur la notion de libre administration des collectivités locales (CC, 12 décembre 1967, Rec.39; CC, 13 novembre 1970, Rec.43; CC, 6 octobre 1976, *Centre de formation des personnels communaux*, Rec.63; CC, 25 février 1982). Il faut y ajouter la circonspection non moins traditionnelle du juge administratif.

Il existe au plan local, bien plus clairement qu'au plan national, des services publics obligatoires, ce qui limite d'autant les possibilités de suppression par les collectivités territoriales. Cette obligation ne peut provenir que de la loi, et des règlements pris pour son application. Par exemple, pour les communes, le service public des pompes funèbres (C. communes, art. L. 362-1, et loi du 8 janvier 1993), celui de l'entretien des voies publiques (C. communes, art. L. 221-2 21°), de l'enlèvement des ordures ménagères (C. communes, art. L. 373-4), des archives communales (C. communes, art. L. 317-1). Par exemple, pour les départements, l'aide médicale et sociale constitue un service public obligatoire, ainsi que celui de lutte contre l'incendie (loi du 22 juillet 1987, compétence exclusive du département depuis la loi du 6 février 1992, art. 89), du transport scolaire (loi du 22 juillet 1983). En revanche, il ne semble pas exister de service public obligatoire pour les régions.

En dehors de ces cas, les collectivités territoriales peuvent intervenir, facultativement, en application de la notion d'affaires locales. Par exemple, pour les communes, la distribution de gaz, le chauffage urbain, les transports publics urbains, les abattoirs, bien que fréquents, sont facultatifs. Pour les départements, ces services publics optionnels sont plus rares : musées, transports publics interurbains, ports fluviaux et voies d'eau. Pour la région, ils sont essentiellement économiques : formation professionnelle, aménagement du territoire. La loi du 6 février 1992, sur l'administration territoriale de la République, contient d'importantes potentialités de création et de d'organisation de services publics, en raison des formes de coopération inter-collectivités qu'elle institue. De plus, l'article 92 de cette loi dispose que "les communes, départements et régions financent par priorité les projets relevant des domaines de compétence qui leur ont été dévolus par la loi". Mis en relation avec la coopération locale, cela peut permettre à une collectivité territoriale de participer au financement de services publics relevant d'autres collectivités.

Le problème essentiel se pose lorsqu'une collectivité territoriale souhaite fonder un service public à caractère industriel et commercial. Tout comme l'intervention de l'État, celle des collectivités infra-étatiques se heurte au principe de la liberté d'entreprendre et à son corollaire spécialisé, la liberté du commerce et de l'industrie. La

jurisprudence avait, au tournant du XX^{ème} siècle, adopté une attitude restrictive face au "socialisme municipal", c'est-à-dire à la tendance des communes à fonder des services publics en matière industrielle et commerciale. L'arrêt CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec.333, S 1901.3.73, note Hauriou, exigeait des circonstances exceptionnelles pour justifier la création de services publics locaux risquant de concurrencer l'initiative privée. Puis, sous l'influence de l'évolution sociale et des décrets-lois de 1926, le Conseil d'État accepta que les communes puissent fonder des services publics lorsqu'en raison de circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt public justifie cette intervention (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec.583, RDP 1930.530, concl. Josse, ce n'était pas le cas en l'espèce pour une épicerie municipale).

Les services publics locaux sont donc considérés comme légaux lorsqu'ils pallient l'insuffisance quantitative ou qualitative que l'initiative privée apporte à satisfaire les besoins d'intérêt général. Ainsi, peuvent être fondés par les collectivités territoriales, une boucherie municipale (CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec.1100, S 1934.3.105, concl. Detton, note Mestre, établissement destiné à entraîner une baisse de prix chez les bouchers privés), un cabinet dentaire municipal (CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec.562, AJ 1964.686, chr., les dentistes privés pratiquaient des tarifs dissuasifs pour la clientèle modeste), un café-hôtel-restaurant municipal (TA Clermont-Ferrand, 21 octobre 1983, *Tay*, AJ 1984.166, note Madec et Marillia). Cependant, le Conseil d'État tient à rappeler que les entreprises ayant un caractère commercial restent en général réservées à l'initiative privée (CE, 4 juillet 1984, *Département de la Meuse*, RDP 1985.199, note de Soto). Les collectivités territoriales disposent d'une certaine marge de manœuvre. L'intérêt général est apprécié largement : il ne se confine pas dans la commune et peut être celui des touristes ou vacanciers (CE Sect., 17 avril 1964, *Commune de Merleville-Franceville*, Rec.231, AJ 1964.288, chr.). Un service public peut être fondé s'il constitue le complément naturel d'un service public existant (CE Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec.692, AJ 1960.3.213, concl. Mayras, D 1960.3.371, note Lesage). Quand à la suppression de services publics, qui doit être réalisée lorsque l'initiative privée s'est développée de manière suffisante, elle peut être différée pour permettre l'amortissement des investissements opérés lors de la création (CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, Rec.677, S 1933.3.81, concl. Rivet, note Alibert).

A titre exceptionnel cependant, la prise en considération de la faiblesse de l'initiative privée peut n'être pas nécessaire, l'intérêt public seul justifiant la prise en charge des besoins collectifs à satisfaire. Le premier type d'exception est celui où le service public est assuré avec usage du domaine public (CE Sect., 2 juin 1972, *Féd. franç. des synd. professionnels de pilotes maritimes*, Rec.407, AJ 1972.647, concl. Rougevin-Baville). Le second type est celui où une personne publique satisfait par ses propres moyens les besoins de ses services ou ceux d'une autre personne publique (CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec.280, AJ 1970.430, concl. Braibant, RDP 1970.1423, note Waline; mais alors ces activités peuvent tomber dans le champ d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Conseil de la concurrence, 29 mai 1991, DA 1991, n° 471, note Israël). Enfin, le troisième type d'exception résulte d'une jurisprudence des années 1970, tendant à reconnaître aux collectivités territoriales un domaine d'intervention "naturel" (CE Sect., 23 décembre 1970, *Commune de Montmagny*, Rec.788, AJ 1971.153, chr., RDP 1971.248, concl. Kahn; CE Sect., 23 juin 1972, *Soc. la plage de la forêt*, Rec.477, AJ 1972.452, chr., RDP 1972.1259, concl. Bernard).

Bien des doutes subsistent cependant quant à la compétence des collectivités territoriales pour créer certains services publics. On peut citer l'exemple de la fondation de services locaux de distribution de gaz en régie. Cette fondation portait atteinte au monopole de G.D.F. (loi du 8 avril 1946), mais il est vrai que les communes restaient juridiquement les concédantes et que G.D.F. refusait parfois de desservir certaines communes. La jurisprudence administrative avait rappelé que les régies antérieures à la nationalisation de 1946 étaient licites, mais qu'une création postérieure était illégale (CE, 28 mars 1990, *Commune de La Réole*, D 1991.4, note Lachaume, CJEG 1990.261, concl. Toutée, AJ 1990.468, note Pontier). Certaines régies par ailleurs avaient étendu leur activité au dehors du ressort d'une commune pour en desservir d'autres. La loi du 6 février 1992 a finalement réglé la question en validant les services existants au 1er juillet 1991, même illégalement créés, mais en interdisant l'extension de leur activité.

Section II : L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS

Le fonctionnement des services publics est tout entier dominé par les trois principes évoqués sous le nom de lois de Rolland. Il est donc inutile de les répéter (Cf. *supra*) mais il est profitable de rappeler les particularités relatives au régime de droit public applicable à ce fonctionnement. Quant à l'organisation des services publics, elle est régie à la fois par des principes généraux du droit administratif et par les conséquences des principes qui régissent la fondation ou la suppression des services publics.

§ 1. - Le fonctionnement des services publics

Une fois appelées les "lois" du service public, qui traversent la totalité de la vie des services publics, et mis à part les problèmes de distinction entre organisation et fonctionnement (dans l'exemple du cahier des charges, le fait de le fixer dans son ensemble est certainement un problème d'organisation, mais les dispositions de son contenu concernent en fait le fonctionnement matériel du service public), le fonctionnement des services publics est caractérisé par certains traits de droit public qui constituent précisément la particularité, et quelquefois la raison, du recours au procédé de service public. Il faut également faire une place spéciale aux obligations relatives au fonctionnement des services publics locaux.

A. Les prérogatives de puissance publique

Les moyens de droit public mis à la disposition des personnes juridiques assumant ou assurant un service public, qui possèdent la caractéristique d'être exorbitantes du droit privé sont appelées couramment prérogatives de puissance publique.

La traduction en est courante dans l'activité des personnes publiques : l'expropriation, la réquisition de biens et personnes, l'occupation temporaire des propriétés privées, la préemption, le pouvoir de sanction, le pouvoir d'exécution d'office, celui d'émettre des états exécutoires ou des arrêtés de *debet* à l'encontre de leurs débiteurs présumés. Elle est également présente dans l'existence même de ces personnes : intangibilité de l'ouvrage public, insaisissabilité des biens et deniers publics, prescription quadriennale. A ce titre, tout service public directement géré par une personne publique se trouve placé sous un régime juridique de droit public et bénéficie pour son accomplissement des prérogatives de puissance publique.

Lorsque le service public est géré par une personne privée, il peut aussi bénéficier de certaines prérogatives de puissance publique. L'utilisation de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique peut ainsi profiter à une personne privée poursuivant un but d'intérêt général (CE Ass., 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, Rec.1212, RDP 1936.119, concl. Latournerie), qui acquerra ainsi des biens immobiliers par des moyens exorbitants du droit de la propriété privée. L'utilisation de la procédure de réquisition est également possible sur le fondement de textes généraux (Ord. du 6 janvier 1959) ou spéciaux (loi du 8 avril 1946, en matière de production d'électricité ou de gaz). La jurisprudence administrative reconnaît par exemple cette possibilité à une association (CE, 21 novembre 1947, *Institut des hautes études cinématographiques*, Rec.433).

Les prérogatives de puissance publique sont aussi, mais à l'inverse, des indices même du service public. Pour qu'un service public existe, il faut qu'il ait reçu un statut comportant un minimum de prérogatives et de sujétions (CE, 27 juillet 1984, *Kessler*, Rec.275, AJ 1984.632, concl. Pauti). Ceci n'est pas un moyen direct de qualification du service public. On se souvient, en effet (*Cf. supra*), qu'une activité est un service public si elle est d'intérêt général (but fonctionnel) et si elle est assumée ou assurée par une personne publique (rattachement organique). Mais la présence de prérogatives de puissance publique est un indice intense du rattachement à une personne publique (CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec.401, AJ 1964.91, note A. de L., RDP 1963.1186, note Waline, où la reconnaissance d'utilité publique par la loi ne nécessitant pas une recherche complexe de l'intérêt général, le juge administratif s'est concentré sur 1°) le droit de regard que la personne publique conserve sur les modalités d'accomplissement du service; 2°) l'existence de prérogatives de puissance publique; 3°) le pouvoir de tutelle exercé par la personne publique sur les organes de gestion de la personne privée). Il peut arriver qu'une personne privée gérant un service public administratif, parce qu'elle agit en l'absence de prérogative de puissance publique, soit considérée comme hors du service public et que, en conséquence, ses actes soient purement privés (TC, 5 juillet 1982, *Melle Nicolet*, Rec.565; CE, 17 février 1992, *Soc. Textron*, Rec.66, AJ 1992.450, note Devès : incompétence du Conseil d'État pour connaître de normes simplement enregistrées par l'AFNOR).

B. Les décisions administratives émanant des personnes privées gérant un service public administratif

Il est donc établi que, lorsque le service public est géré par une personne privée, il peut bénéficier de certaines prérogatives de puissance publique. Leur **conséquence** la plus remarquable est d'autoriser les personnes de droit privé assurant un service public **administratif** à prendre des décisions "administratives", des décisions "qui s'imposent". C'est la jurisprudence Monpeurt (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239, RDP 1943.57, concl. Ségalat, note Bonnard) qui a marqué le départ de cette solution. Le Conseil d'État reconnaît que des comités d'organisation, qui ne sont qualifiés expressément ni de personnes publiques ni de personnes privées, peuvent être amenés à prendre dans l'exercice de leur activité de service public administratif, des décisions administratives, d'ordre individuel ou par voie de règlements. La jurisprudence Magnier (CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec.32, RDP 1961.155, concl. Fournier, AJ 1961.142, note C.P; s'agissant de la fixation d'une participation financière obligatoire) reconnaissant explicitement la qualité de personnes privées des groupements contre les ennemis des

cultures, précise que les décisions prises pour l'accomplissement du service public sont administratives **en raison de** l'existence d'une prérogative de puissance publique. Cette jurisprudence est confirmée de manière constante (TC, 2 mai 1988, *Soc. Georges Maurer*, Rec.488; CE, 8 juin 1988, *Gradone*, Rec.231, *RFDA* 1988.737).

Mais, en revanche, le pouvoir de décision mis en œuvre par des personnes privées pour leur organisation interne, qui ne concerne pas l'activité de service public **administratif**, ne constitue pas une prérogative de puissance publique et relève du droit privé normalement applicable à la personne privée (CE, 20 juin 1946, *Morand*, Rec.183, *S* 1947.3.19, note P.H.; CE Sect., 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell*, Rec.268, *AJ* 1977.42, concl. Grévisse). Cette solution a une application importante dans les rapports entre la personne privée et son personnel, qui se trouve donc dans une situation de droit privé (TC, 20 novembre 1961, *Centre rég. de lutte contre le cancer Eugène-Marquis*, Rec.879, *AJ* 1962.17, chr., *RDP* 1962.964, note Waline, *D* 1962.389, note de Laubadère). Mais elle est quelquefois délicate dans l'appréciation des actes pris en dehors de toute prérogative de puissance publique (CE, 21 juillet 1989, *Houvert*, Rec.431, *DA* 1989.485, pour la délivrance de cartes de membres et la fixation de cotisations par les associations communales de chasse).

Il en est de même des décisions, prises par un ordre professionnel, de mise en recouvrement des cotisations impayées : elles ne traduisent pas de prérogatives de puissance publique, la compétence est donc judiciaire (Cass. civ. 1ère, 21 décembre 1982, *JCP* 1983.4.79; Ass. plén., 7 novembre 1986, *JCP* 1987.2.20750, concl. Gauthier, note J. Penneau -sol. impl.-). Tout comme sont des actes relevant du droit privé les sanctions que prononcent les fédérations sportives simplement agréées (CE, 19 décembre 1988, *Madame Pascau*, Rec.459, *AJ* 1989.271, note Moreau, pouvoir disciplinaire inhérent à l'organisation de toute association).

Lorsque, au contraire, les personnes privées sont amenées à gérer un service public à caractère **industriel et commercial**, la jurisprudence administrative estime que toutes les décisions individuelles même prises en vue du fonctionnement du service public, sont des actes de droit privé. Cependant, certains actes réglementaires peuvent être qualifiés d'actes administratifs. Cela n'est pas en vertu de l'existence de prérogatives de puissance publique, mais parce qu'ils sont relatifs à l'organisation du service public (*Cf. infra* § 2).

C. Les obligations propres aux services publics locaux

En application de la loi du 6 février 1992, les autorités locales doivent assurer la transparence et la participation dans le fonctionnement du service public. Pour atteindre ces objectifs, d'une part, tous les élus locaux doivent pouvoir être informés et associés au fonctionnement des services publics locaux. Ainsi, les différentes commissions, commissions spécialisées du conseil municipal, commissions d'appel d'offres et bureaux d'adjudication, doivent être composées à la représentation proportionnelle dans les communes de plus de 3500 habitants (loi du 6 février 1992, art. 33). Il en est de même au niveau régional et départemental (art. 34). La représentation proportionnelle est également rendue obligatoire pour la désignation des représentants du conseil municipal au sein du conseil d'administration des centres communaux d'action sociale.

D'autre part, les usagers doivent être associés dans certaines formes de participation. La loi du 6 février 1992 offre ainsi aux conseils municipaux la possibilité d'ouvrir une consultation par votation sur les décisions que les autorités communales sont appelées à prendre pour régler les affaires de la commune (art. 21, "référendum"), de créer des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal (art. 22). Enfin, l'art. 26 fonde, sous forme d'une commission consultative, un organisme compétent pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une convention de gestion déléguée. Elle doit comprendre parmi ses membres des représentants d'associations d'usagers. Elle est obligatoire dans les communes de plus de 3500 habitants.

§ 2. - L'organisation des services publics

A. Compétence d'organisation et contrôle

La notion d'organisation des services publics semble empreinte d'une assez faible spécificité. Quant aux services publics nationaux, l'article 37 de la Constitution est traditionnellement considéré comme fondant la compétence exclusive du pouvoir réglementaire « pour pourvoir, par toutes les mesures appropriées, à l'organisation des services publics », que ceux-ci soient institués par le législateur ou exceptionnellement par le gouvernement lui-même (CE, 24 janvier 1973, *Synd. nat. des conseillers du développement agricole*, Rec.59). Le caractère général, mais non exclusif, de cette compétence était déjà reconnu avant la Constitution de 1958 pour tout chef de service par la jurisprudence *Jamart* (CE, 7 février 1936, Rec.172, *S* 1937.3.113, note Rivero). Quant aux services publics locaux, il appartient aux autorités exécutives des assemblées locales d'exécuter, d'une manière générale leurs décisions (pour

les maires, C. communes art. L. 122-19, et L. 122-20 par délégation; pour les présidents de conseils généraux, loi du 2 mars 1982, art. 25; pour les présidents des conseils régionaux, art. 3 de la loi du 5 juillet 1972 modifiée par la loi du 2 mars 1982).

Il faut rappeler que les mesures d'organisation du service public constituent toujours des actes réglementaires (CE Sect., 13 juin 1969, *Commune de Clefcy (Vosges)*, Rec.308, AJ 1969.428, chr.; CE, 26 février 1975, *Garrigou*, Rec.154), tout comme les clauses essentielles des contrats types transférant la gestion d'un service public (CE Sect., 23 février 1968, *Picard*, Rec.131).

Enfin, on peut considérer que le choix du mode de gestion du service public relève de l'organisation même du service public. Ce choix est effectué en opportunité par l'autorité administrative compétente. Le contrôle juridictionnel de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc restreint (concl. Romieu sur CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec.363). L'autorité publique peut ainsi choisir d'assurer elle-même le service public ou de le confier à un tiers. De même, lorsqu'un cahier des charges est prévu, la compétence de sa conception et de son édicition revient à la personne publique délégante (CE, 17 décembre 1986, *Synd. de l'armagnac et des vins du Gers*, Rec.359, AJ 1987.125, *RFDA* 1987.25).

B. Le critère de la nature administrative des actes réglementaires émanant des personnes privées gérant un service public à caractère industriel et commercial

Le rôle le plus important joué par cette notion d'organisation du service public semble, en fin de compte, relatif aux actes réglementaires édictés par les personnes de droit privé assurant un service public à caractère **industriel et commercial**. En effet, la jurisprudence du Tribunal des conflits reconnaît un caractère pleinement administratif à ces actes réglementaires. Cette solution est la conséquence de la jurisprudence Barbier (TC, 15 janvier 1968, *Epoux Barbier*, Rec.789 concl. Kahn, *RD*P 1968.193, note Waline, AJ 1968.225, chr. Massot et Dewost : le règlement établi par le Conseil d'administration exigeant le célibat pour les hôtesses de l'air contient des dispositions qui sont des « éléments de l'organisation du service public exploité », en conséquence il s'agit d'un acte administratif). L'évolution ultérieure a permis de préciser ce critère jurisprudentiel de l'organisation du service public pour qualifier un règlement privé d'acte administratif : par exemple, « le statut des relations collectives entre la SNCF, personne privée à l'époque, et son personnel touche à l'organisation du service public » (TC, 26 octobre 1981, *Grostin*, *RD*P 1982.1139); mais les règlements pris par la SNCF relativement aux régimes de retraite de son personnel ne sont pas des actes administratifs parce qu'ils ne concernent pas l'organisation du service public (TC, 12 juin 1961, *Rolland*, Rec.866, AJ 1961.606, chr. Galabert et Gentot, *RD*P 1962.725, note Waline).

Deuxième Partie

LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS

La gestion des services publics met en œuvre deux composantes indissociables : les organes chargés de la gestion, et la manière dont ils pratiquent cette gestion. Les organes chargés de la gestion sont toujours en dernier ressort ceux d'une personne publique, puisque le service public est une activité d'intérêt général, assurée ou assumée par une personne publique. Mais l'encadrement organique de la gestion des services publics ne pose pas de question juridique particulière et relève d'une étude des institutions administratives (Cf. F. DREYFUS et F. D'ARCY, *Les Institutions politiques et administratives de la France*, Economica, 1993 ou J.-M. AUBY et J.-B. AUBY, *Institutions administratives*, Dalloz (Précis), 1992).

La manière dont est pratiquée cette gestion, fréquemment qualifiée "mode de gestion des services publics", soulève au contraire des problèmes juridiques délicats et révèle les difficultés de la théorie juridique à maîtriser la diversité de l'intervention publique. C'est elle qui est donc examinée ici sous un angle critique.

Titre premier

LE CHOIX DU MODE DE GESTION

L'expression "modes de gestion" est une locution polysémique en raison sans doute de l'imprécision de la définition de la gestion en général et de la diversité des situations juridiques que l'on entend désigner ainsi. Une fois éclairées quelques constantes de l'appréhension de la gestion des services publics par le droit, il faut affirmer le principe du libre choix du mode de cette gestion.

Section I : LA GESTION SAISIE PAR LE DROIT

§ 1. - Définitions de la gestion

Le plus souvent, la gestion est définie comme le fait de gérer, et gérer est assimilé à administrer. Ce que la plupart des juristes désigne sous le terme de gestion des services publics n'est en fait que l'exercice de l'activité de service public et comprend à la fois des questions d'organisation, de fonctionnement, et parfois de direction (gestion stratégique), bien que, en principe, par rapport à cette dernière, la gestion se situe à un niveau inférieur (gestion opérationnelle).

Il faut en effet distinguer plusieurs fonctions dans l'activité de service public. La première fonction, la plus concrète, (exécution) concerne l'exécution matérielle de la prestation. Elle est plutôt aisée à identifier, puisqu'elle dépend d'une constatation de fait : quelle personne juridique réalise, sur le terrain, les opérations de prestation de service ? La troisième fonction, la plus élevée, (gestion stratégique) concerne la direction du service public, sa stratégie, sa maîtrise. Son identification est simple pour deux raisons : il appartient obligatoirement à une personne publique; il s'analyse comme la réponse à la question "à qui revient le dernier mot quant au choix des objectifs ?". Le problème le plus important est posé par la deuxième fonction qui concerne les tâches courantes de régulation et d'optimisation (gestion opérationnelle). Il s'agit de s'assurer de la continuité du service, la logistique, le traitement des conflits, des écarts et des urgences (régulation), mais aussi de réaliser les opérations au meilleur coût, de réaliser les adaptations prévues dans le cadre juridique existant (optimisation). Cette fonction concerne donc le fonctionnement et une partie de l'organisation du service; elle est profondément hétérogène puisque dans certains cas, des régulations sont effectuées par la personne juridique chargée de l'exploitation, et des optimisations sont décidées par la personne publique qui possède la maîtrise des objectifs.

Au plan purement juridique, on peut essayer de regrouper les compétences par fonction dans le service public. La fonction la plus élevée, la gestion stratégique du service public, comprend certainement les cinq compétences suivantes : 1°) la compétence de fondation et de suppression du service public; 2°) la compétence de choix du gestionnaire opérationnel du service public; 3°) la compétence de fixation des principes d'organisation et de fonctionnement du service public; 4°) la compétence de contrôler le respect de ces principes; 5°) la compétence de sanctionner leur violation, au besoin par le choix d'un nouveau gestionnaire.

La fonction intermédiaire, la gestion opérationnelle du service public comprend au moins trois compétences : 1°) la compétence de réglementer les liens avec les usagers du service public, qui sont ses clients; 2°) la compétence de réglementer les liens avec les agents du service public, qui sont ses employés; 3°) la compétence de maîtrise d'ouvrage des installations du service public, ou au moins de disposition de ces installations.

La fonction terminale, l'exécution matérielle du service public n'est pas caractérisée par des compétences, car la personne exécutante n'est pas normalement en situation de produire des actes juridiques pour les besoins du service public. Elle est plutôt définie par des éléments négatifs : 1°) la fourniture matérielle de prestations qui ne constituent pas le service public dans son entier, mais des éléments ou des tâches annexes du service public; 2°) l'absence de lien contractuel avec les usagers du service public (ce qui ne signifie pas l'absence de lien juridique car des rapports quasi-délictuels peuvent surgir, sinon des actes juridiques exclus par principe, du moins des faits juridiques); 3°) l'absence de régime administratif, car les rapports nés de la simple participation à un service public ne sont pas soumis à un régime de droit public quand bien même l'exécutant aurait un contrat avec une personne publique.

§ 2. - Diversité des situations juridiques

Elle doit être constatée de deux points de vue. Le premier est relatif au degré d'intégration de l'activité de service public dans la personne publique qui en est chargée. Cette dernière a en effet le choix entre *faire* et *faire faire*. Si le degré d'intégration est élevé, et que la deuxième fonction de service public est entièrement assurée par la personne publique on dit que le service public est en régie. Dans le cas contraire, tous les autres procédés relèvent d'une même idée : la personne publique se décharge de la part technique de gestion sur une autre personne juridique, soit par application d'un statut légal et réglementaire, soit par contrat. On dit classiquement que l'autorité publique assume le service public mais qu'elle ne l'assure pas.

Le deuxième point de vue consiste à distinguer les cas où le service public est géré par une personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public) de ceux où il est géré par une personne privée (personne morale, société nationale, société d'économie mixte, ordre professionnel, autre personne morale ou même personne physique). Ces deux points de vue se recoupent et des situations croisées peuvent apparaître.

En conséquence de ces deux remarques sur la nature de la gestion, et sur la diversité des situations juridiques, il apparaît nécessaire d'étudier de manière centrale la gestion opérationnelle des services publics, et d'adopter comme critère de classement la nature publique ou privée de la personne assurant cette gestion.

Section II : LE LIBRE CHOIX DU MODE DE GESTION

§ 1. - Principe du libre choix du mode de gestion

Si l'on réserve l'hypothèse où la loi se prononcerait expressément sur la méthode de gestion à adopter relativement à un service public, il appartient exclusivement à la personne publique qui en a la charge de choisir la manière dont le service public doit être assuré, c'est-à-dire de choisir d'en réaliser elle-même la gestion ou au contraire de la confier à un tiers. Sur cette appréciation d'opportunité, le contrôle juridictionnel est restreint (concl. Romieu sur CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec.363; CE, 18 mars 1988, *Loupias*, Rec.975, *RDP* 1988.1460, *DA* 1988.289, s'agissant d'un affermage; CE, 28 juin 1989, *Synd. du personnel des ind. électriques et gazières du centre de Grenoble*, *RFDA* 1989.929, concl. Guillaume, note Lachaume, à propos d'une société d'économie mixte).

Le fondement du libre choix des modes de gestion du service public est différent selon la personne publique concernée. S'agissant de l'État, il n'est que la conséquence de la clause générale de compétence du pouvoir réglementaire (art. 37 de la Constitution). En ce qui concerne les collectivités infra-étatiques, le libre choix résulte du principe de libre administration des collectivités territoriales (art. 72). La loi confirme souvent ce principe dans des domaines particuliers (par ex. loi du 22 juillet 1983 sur les transports scolaires; loi du 8 janvier 1993 sur le service extérieur des pompes funèbres). La jurisprudence administrative le reconnaît également (CE, 1er avril 1960, *Guanter*, Rec.249, *S* 1960.3.239, note Sirat; CE, 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, Rec.155, TC, 7 juillet 1975, *Commune des Ponts-de-Cé*, Rec.795. En raison des fondements précédemment évoqués, la compétence de choix appartient au même organe que celui qui est compétent pour décider de la fondation ou de la suppression du service public.

Depuis quelques années, la jurisprudence administrative ne fait plus de distinction entre les services publics à caractère industriel et commercial, qui avaient autrefois vocation à être gérés par transfert aux personnes privées, et les services publics à caractère administratif, qui étaient prioritairement gérés en régie. Par exemple, le même service public, indépendamment de sa qualification administrative ou industrielle et commerciale, peut être géré *simultanément* en gestion directe par une personne publique et en gestion déléguée, par une personne privée (CE, 20 janvier 1988, *SCI la Colline*, Rec.21, AJ 1988.407, obs. J.-B. Auby, *CJEG* 1988.328, concl. de la Verpillière, note Delpirou).

§ 2. - Limites au libre choix du mode de gestion

Il existe des limites au libre choix du mode de gestion des services publics. Les plus anciennes de ces limites sont jurisprudentielles, les plus récentes sont législatives.

A. Limites jurisprudentielles

Tout d'abord, certains services publics ne peuvent être délégués à une personne privée. Par exemple, la police administrative générale est par nature exclue de toute délégation non expressément autorisée (CE Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec.595, D 1932.3.26, concl. Josse; CE Sect., 28 mai 1958, *Consorts Amoudruz*, Rec.301, AJ 1958.309, chr.; CE, 23 octobre 1974, *Valet*, Rec.500, AJ 1975.363, note Vier).

Ensuite, des services publics délégués par une première personne publique à une seconde personne publique ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle délégation par la seconde personne publique au profit de quelque personne que ce soit sans l'avis de la première. Pour ce qui est des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, une circulaire du 7 août 1987 rappelle que les autorités centrales de l'État s'opposent à toute subdélégation de ce type, pour ce qui est des services publics de l'État dont l'exécution est confiée aux collectivités infra-étatiques (exemples déjà cités : l'état-civil, le recensement, la surveillance des élèves dans les écoles publiques).

Enfin, des services publics attribués par la loi aux collectivités territoriales ne peuvent en totalité être délégués à des personnes privées (CE, 17 mars 1989, *Synd. des psychiatres franç.*, Rec.94, AJ 1989.407), surtout lorsqu'ils comportent des prérogatives de puissance publique (TA Amiens, 1er décembre 1987, *Braine et Vantomme*, AJ 1988.394, habilitation donnée à une association pour réaliser par voie de subventions l'essentiel de l'intervention économique départementale). Une délégation partielle d'une certaine envergure n'est même pas envisageable lorsque le service public transféré, par sa nature ou par détermination législative, fait partie de ceux qui ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même (CE, 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, req. n° 108696, AJDA 1995.921, note C. Braud).

B. Limites législatives

De manière générale, la loi du 29 janvier 1993 apporte une limitation aux délégations **contractuelles** de services publics, quelles que soient les personnes, publiques ou privées, auxquelles ils sont dévolus. Le libre choix des personnes publiques délégantes est alors contraint par les procédures concernant soit la passation du contrat (publicité, mise en concurrence, contrôle de légalité, réduction des prorogations), soit, dans une certaine mesure, son économie générale (*Cf. infra*). En fondant et en réglemant une nouvelle catégorie de contrats administratifs, les contrats de délégation de service public, cette loi constitue certes une remise en question radicale du principe du libre choix du cocontractant (J.-C. Douence, "Les contrats de délégation de service public", Commentaire de la loi du 29 janvier 1993, *RFDA* 1993.936; J.-B. Auby, "Les conventions de délégation de service public", *JCP* 1994.I.3743), mais elle n'est qu'une limite indirecte au libre choix du mode de gestion.

Des limites techniques et spéciales, d'ailleurs peu nombreuses, sont imposées par d'autres lois, en fonction des spécificités de certains services publics. Par exemple, le service d'enlèvement des ordures ménagères ne peut être concédé ou affermé à un gestionnaire privé que dans le respect de conditions précises : l'enlèvement doit être financé par la redevance prévue à l'art. L. 233-78 du Code des communes; si elle est perçue directement par le gestionnaire privé sur les usagers, ce dernier doit assurer à la fois la collecte et le traitement. Cependant, lorsque de semblables conditions, ajoutant aux dispositions légales, sont imposées par voie de règlement, sous forme de circulaire, leur légalité peut être contestée (CE, 23 juillet 1993, *C.G.E.*, Req. 138504, *RFDA* 1993.1026).

Titre deuxième

GESTION DU SERVICE PUBLIC PAR DES PERSONNES PUBLIQUES

La gestion opérationnelle du service public par des personnes publiques est sujette à des variantes. La gestion opérationnelle du service public peut tout d'abord être assurée par la même personne publique que celle qui en détient la gestion stratégique. Dans ce cas, le mode de gestion employé est qualifié de régie. Mais il est également concevable que cette gestion opérationnelle soit confiée à une autre personne publique que celle qui a la charge du service public au niveau le plus élevé. Ce mode de gestion est majoritairement réalisé par le recours à des établissements publics, mais il est tout à fait possible que d'autres personnes publiques interviennent.

Section I : LA RÉGIE

Elle peut tout d'abord s'accompagner de l'exécution matérielle du service par la même personne publique que celle qui en a la charge. C'est le cas de la régie totale homogène (par exemple les renseignements généraux). Elle peut aussi confier l'exécution matérielle du service public à une personne publique différente. C'est un cas de régie totale mais avec collaboration de personnes publiques (par exemple, l'état-civil, le recensement, les listes électorales). Elle peut enfin faire participer une personne privée à des activités élémentaires de service public. C'est le cas de la régie avec exploitant privé (ordures ménagères, cantines du primaire).

§ 1. - Définition

Un service public est géré en régie si la personne publique, assume non seulement la gestion stratégique mais aussi la gestion opérationnelle du service. C'est le cas d'une grande quantité de services publics. On peut cependant distinguer les cas où la gestion opérationnelle est en régie directe de ceux où elle est en régie indirecte.

Dans la régie directe, le service public assuré ne se distingue pas, notamment au plan organique, des autres services, ni de la compétence administrative générale dont la personne publique a la charge.

Dans la régie indirecte, certains organes disposent d'une relative autonomie administrative et financière. Par exemple, quelques organes de l'État sont dotés d'un budget annexe (Ordres de la Légion d'Honneur, de la Libération, Monnaies et médailles, Prestations sociales agricoles, Journaux officiels, Navigation aérienne). Certains services industriels et commerciaux des collectivités territoriales sont dotés d'un conseil d'exploitation, d'un directeur, d'un budget propre, et d'un agent comptable (C. communes, art. L. 123-10, R. 323-75 ss.) et qualifiés de régies à seule autonomie financière ("régies autonomes", mais la locution est contradictoire).

En revanche, la régie doit être différenciée d'autres méthodes de gestion. Elle ne saurait par exemple être assimilée à la gestion publique dans son entier, ou à la gestion directe que pourraient assurer des personnes privées. La régie est à la fois publique et directe. On doit également se garder d'user d'un vocabulaire imprécis. La régie nationale des usines Renault, la Régie autonome des transports parisiens ne sont pas des régies, mais respectivement une société anonyme et un établissement public. Les régies municipales prévues par l'art. L. 323-9 du Code des communes étant dotées de la personnalité morale, se distinguent de la personne publique chargée du service public et ne sont pas des régies mais des établissements publics. Enfin, la régie intéressée est un mode contractuel de gestion privée qui sera étudié à ce titre, mais n'est pas une régie.

En réalité, la régie pose un problème de fond. Sa caractéristique est de ne pas pouvoir être dissociée du reste de la personne publique qui l'assume. C'est un critère négatif : une régie n'existe que si elle n'est pas individualisable au sens organique. Son contenu est donc exclusivement fonctionnel et matériel. Comme, de plus, les personnes publiques chargées du service public ne peuvent être que l'État ou des collectivités territoriales, elles disposent d'une compétence générale d'intervention. La fondation et la suppression des régies ne posent aucun problème particulier. On en vient alors à se demander si la régie au lieu d'être un mode de gestion du service public, ne se confond pas avec l'activité fonctionnelle de service public, sans autre spécificité.

§ 2. - Régime

Trois éléments classiques caractérisent les régies. Le personnel est recruté directement par la personne publique chargée du service public, que ce personnel soit fonctionnaire, simple agent public ou contractuel de droit privé. Les biens utilisés par le service appartiennent à la personne publique considérée, que ce soit sous le régime de la domanialité publique ou sous celui de la domanialité privée. Le financement est assuré par le budget de la personne publique concernée.

A. Les régies directes

En ce qui concerne les administrations centrales de l'État, toute tâche nouvelle peut être prise en charge avec ou sans création d'une structure organique correspondante. Dans cette dernière hypothèse, la compétence d'organisation des services est réglementaire. En ce qui concerne les administrations locales, l'organe délibérant de la collectivité territoriale est toujours compétent pour fonder, par une délibération expresse, une régie. Mais une décision de l'organe exécutif organisant les services peut quelquefois suffire, sous réserve de respecter la législation applicable à l'activité, et les règles budgétaires régissant les emplois. Il peut d'ailleurs exister exceptionnellement des éléments d'individualisation de la régie au sein de la personne publique. Par exemple en matière de transports publics de personnes, une régie peut être organisée et dotée d'un directeur, désigné par l'organe exécutif de la collectivité territoriale, et qui agit en vertu d'une délégation de celle-ci.

Le fonctionnement de ces régies est soumis au régime administratif de l'État ou de la collectivité territoriale qui assure le service public. C'est un élément de souplesse important quant à la gestion du personnel, et au contrôle de l'activité. Cependant, quelques obligations, principalement financières, pèsent sur la collectivité publique. Pour les collectivités territoriales, par exemple, le Code des communes (art. L. 322-5) exige le respect du principe de l'équilibre budgétaire chaque fois qu'un service public à caractère industriel et commercial est assuré en régie ou qu'il est géré financièrement dans les mêmes conditions. Ce n'est d'ailleurs pas tant l'équilibre financier absolu qui est recherché que la connaissance et la transparence des conditions financières d'exploitation. Elle se traduit par exemple, par l'obligation de tenir une comptabilité séparée, et d'amortir les immobilisations. L'ensemble du plan comptable applicable aux collectivités territoriales est en train d'être revu à cet effet.

B. Les régies indirectes

Elles bénéficient traditionnellement de spécificités consécutives à leur histoire et à leur régime financier. Lorsque les services publics qu'elle gèrent sont des services publics à caractère industriel et commercial, leur personnel est normalement sous régime de droit privé, mais cette situation se double généralement d'un statut particulier garantissant la stabilité de l'emploi, des primes et avantages sociaux comparables et parfois supérieurs à ceux des fonctionnaires. Il devient alors très difficile d'identifier extérieurement ces régies indirectes par rapport à d'autres formes juridiques pourtant différentes dans leur fondement (exemple des Monnaies et médailles par rapport à la Banque de France). Il arrive également que soit en vertu d'une disposition législative, soit en application de la jurisprudence, les personnels d'une régie ayant la qualité de fonctionnaires puissent conserver leur statut au moment de la transformation de cette régie en société ou en établissement public (loi du 23 décembre 1964 pour l'Office national des forêts, ordonnance du 7 janvier 1959 pour le SEITA -E.P.I.C. après cette réforme-, ordonnance du 4 février 1959 pour la RTF, CE Ass. 29 février 1965, *L'Herbier*, Rec.60, AJ 1965.93, chr. et concl. Rigaud pour la Caisse nationale des marchés de l'État, loi du 6 janvier 1986 pour l'ONIC, loi du 13 juillet 1987 pour les caisses de crédit municipal). Il faut également rappeler l'individualisation très poussée des Télécommunications (Direction générale au sein du Ministère, budget annexe, statut des personnels) avant même que la loi du 2 juillet 1990 ne renonce à la régie pour la gestion des services publics concernés.

Quant à l'État, tout d'abord, certaines règles de droit budgétaire et de comptabilité publique viennent préciser le fonctionnement des régies indirectes. La loi de finances peut encadrer certaines activités industrielles et commerciales par un budget annexe. Les activités de service public en régie qui ne possèdent pas ce caractère relèvent en général d'un compte spécial du Trésor. Dans les deux cas, l'isolement des dépenses et des recettes permet de déterminer des prix de revient et l'affectation de ressources à la régie est possible. Mais le compte spécial du Trésor ne peut servir à payer les traitements de fonctionnaires, et son solde est reporté d'année en année, alors que le budget annexe permet tout les paiements et son solde est compensé ou reversé au budget général.

Quant aux collectivités territoriales ensuite, le régime particulier des régies locales à seule autonomie financière doit être signalé. Les services publics à caractère industriel et commercial susceptibles d'être gérés par des entreprises privées peuvent être pris en charge par une personne publique sous la forme de régies locales à seule autonomie financière en application des articles L. 123-10, R. 323-75 et suivants du Code des communes applicable aussi d'ailleurs aux départements. La fondation et la suppression de ces régies, ainsi que leur règlement intérieur, en

tant qu'il est le règlement du service public, et les moyens qui lui sont affectés dépendent d'une délibération de l'assemblée de la collectivité territoriale concernée. Les régies locales à seule autonomie financière sont composées d'un conseil d'exploitation, d'un directeur et d'un agent comptable. Le conseil d'exploitation, de trois à quinze membres dont la durée de mandat ne peut excéder celle du conseil municipal, élit en son sein un président. La participation des élus est plafonnée à un tiers de ses membres, et des incompatibilités sont édictées avec la qualité de fournisseur ou d'entrepreneur du service. Le directeur est désigné ou révoqué par l'organe exécutif de la collectivité territoriale après avis du conseil d'exploitation dont il ne peut être membre. Enfin, l'agent comptable est celui de la collectivité locale, mais un comptable spécial peut être affecté à la régie si ses recettes annuelles d'exploitation dépassent 500 000 F. Cette décision de principe est prise par l'organe délibérant de la collectivité territoriale après avis du conseil d'exploitation et du Trésorier-Payeur général; la nomination du comptable revient au Préfet sur proposition de l'organe exécutif. Cet agent comptable, qui a la qualité de comptable public, est contrôlé par le comptable de la commune, par le Trésorier-Payeur général et éventuellement par l'Inspection générale des Finances.

Conformément à leur dénomination, les régies locales à seule autonomie financière ne sont pas conçues pour disposer d'une autonomie administrative (on ne les différencierait pas des établissements publics). En réalité, l'organe délibérant de la collectivité territoriale possède les pouvoirs essentiels pour influencer le fonctionnement de la régie. Il fixe les conditions de recrutement et d'activité du personnel, les tarifs, vote le budget, affecte les résultats d'exploitation, approuve les investissements. Le conseil d'exploitation ne possède que des pouvoirs résiduels, ou se limite aux avis et propositions. En revanche, et c'est là leur finalité, les régies locales à seule autonomie financière disposent surtout d'un budget autonome à l'intérieur de celui de la collectivité territoriale qui assure le service public. Ce budget est séparé en section d'exploitation et section d'investissement. En cas d'excédent d'exploitation, l'organe délibérant de la collectivité territoriale l'affecte, soit à l'investissement, soit à un report à nouveau débiteur (en compensation de déficits antérieurs cumulés), soit au budget de la collectivité territoriale elle-même. En cas de déficit d'exploitation, en revanche, la collectivité territoriale doit le couvrir, soit par un report à nouveau créditeur (anciens excédents d'exploitation cumulés sans affectation), soit par ajout aux charges d'exploitation de l'exercice suivant. Ceci semble exclure toute couverture du déficit par une subvention interne quelle que soit sa provenance. De plus, l'organe délibérant de la collectivité territoriale est tenu en cas de déficit de prendre des mesures de redressement, soit en modifiant les tarifs, soit en réorganisant les services dans un esprit d'économie (C. Communes, art. R. 323-115).

Section II : L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC

L'intérêt principal de l'établissement public est de permettre à la personne publique responsable du service public de réaliser une délégation de la gestion à une autre personne publique tout en se réservant la possibilité de choisir le cadre d'une gestion publique ou d'une gestion privée, avec tous les instruments qui y sont attachés (de la simple utilisation des effets de commerce, jusqu'à la participation à une société par actions simplifiée de la loi du 3 janvier 1994, instituant un art. 262-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales), ainsi que des modalités particulières d'adaptation à l'activité.

L'établissement public est certainement un mode de gestion du service public, mais trois remarques liminaires doivent être faites. Premièrement, l'établissement public ne se limite pas à cette fonction. Parce qu'il est une personne morale, en effet, ce procédé public est analysable en termes d'institution, et la notion d'établissement public joue, dans la construction de la théorie juridique de droit public, un rôle qui dépasse le simple problème pratique de gestion des services publics. Deuxièmement, l'établissement public est un mode de gestion des services publics qui ne se limite pas à la fondation d'un régime légal et réglementaire. D'une part, le régime légal et réglementaire peut précéder la reconnaissance du statut d'établissement public à un organisme dont la nature juridique est incertaine (par exemple, établissement public corporatif); d'autre part, la personne publique responsable du service public peut en confier la gestion à un établissement public en vertu d'un contrat et non en application d'un régime légal et réglementaire. Troisièmement, il peut arriver que l'établissement public ne soit pas utilisé par une personne publique comme de mode de gestion opérationnelle déléguée, mais qu'il se voie confier directement par le législateur la gestion stratégique du service public. Cependant, dans ce dernier cas, une telle attribution de compétences ne se réalise que sous la tutelle d'une autre personne publique, et l'on peut soutenir que la compétence stratégique est alors partagée entre l'État ou les collectivités territoriales d'une part et l'établissement public d'autre part.

§ 1. - Définition

Les établissements publics sont des services publics dotés d'une personnalité morale de droit public. C'est du moins la définition historique que l'on pouvait en donner, même si la complexité de la situation contemporaine doit faire préférer une définition plus analytique, fondée sur des critères, lorsque se posent des problèmes d'identification; ou une définition plus catégorielle si l'on se propose de décrire le système du droit administratif.

Dès la Révolution et l'Empire en effet, l'intervention publique emprunte, hors de l'État et des collectivités territoriales, des formes juridiques personnalisées. Cependant, il faut attendre la moitié du XIX^{ème} siècle pour que la catégorie d'établissement public se distingue de celle de l'établissement d'utilité publique. Depuis la seconde guerre mondiale, malgré cette rationalisation des catégories juridiques, bien des organismes nouveaux et innomés ont été fondés auxquels, *a posteriori*, le juge administratif a donné la qualification d'établissement public. Le résultat actuel est une grande hétérogénéité du régime des établissements publics et corrélativement du mode de gestion des services publics qui leur sont délégués.

Le Code civil et le Code de procédure civile utilisent dès le début du XIX^{ème} siècle les termes d'établissement public, soit dans le sens de personne morale de droit public (mais sans les distinguer des collectivités territoriales), soit dans le sens de personne morale protégée par l'État ou par une collectivité territoriale (mais sans les distinguer des personnes morales de droit privé). Il faut attendre un arrêt de la Cour de cassation (Cass. 5 mars 1856, D 1856.1.121) et une loi du 21 février 1862 (sur les emprunts des personnes morales de droit public) pour séparer les deux notions d'établissement public et d'établissement d'utilité publique, la première pour désigner une personne publique, la seconde pour désigner une personne privée. Il en résulte immédiatement que les établissements d'utilité publique, même s'ils bénéficient d'une protection de la part des personnes publiques, sont placés sous un régime de droit privé exclusif de prérogatives de puissance publique, alors que les établissements publics, constitués de services publics dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent être placés sous un régime de droit public, et, lorsqu'ils demeurent sous un régime de droit privé, peuvent au moins bénéficier de prérogatives de puissance publique.

L'établissement public s'est donc affirmé dans un premier temps comme une personne publique, par opposition aux personnes privées, et dans un deuxième temps comme une personne différente de l'État et des collectivités territoriales. Comme point final de l'autonomie de cette forme juridique, les établissements publics qualifiés de territoriaux, et ceux qualifiés de corporatifs sont fréquemment désignés par la loi comme les responsables de la gestion stratégique du service public, à ce titre ils dépassent le simple mode de gestion du service public.

L'étude des modes de gestion du service public conduit donc à se concentrer sur certains types d'établissements publics : ceux qui, de manière classique, sont caractérisés par leur strict rattachement à une autre personne publique (établissements publics rattachés); ceux qui, plus récemment, ont été conçus pour s'adapter aux cas particuliers de services publics (régies locales dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, groupements d'intérêt public).

§ 2. - Les établissements publics rattachés

Il est loisible à chaque collectivité territoriale de confier la gestion opérationnelle de l'un des services publics dont elle est responsable à un établissement public. Cela ne signifie pas forcément que le champ d'action territorial de l'établissement public corresponde à sa collectivité de rattachement. Ainsi des établissements publics locaux gèrent-ils des services publics nationaux, comme les hôpitaux, les lycées et collèges. A l'inverse, des établissements publics nationaux gèrent parfois des services publics locaux, comme EDF ou la SNCF, mais c'est alors en vertu d'un contrat et pour des raisons plus historiques et politiques que juridiques.

A. Fondation et suppression

Quant à l'État, tout d'abord. La loi du 25 juillet 1925 réservait la fondation d'établissements publics nationaux au législateur. La Constitution de 1958 est venue limiter cette compétence législative à la fixation des règles concernant « la création de catégories d'établissements publics » (art. 34). Pour ce qui est de la fondation d'établissements publics appartenant à des catégories déjà constituées, le pouvoir réglementaire est compétent en application de l'article 37. Ce principe constitutionnel a été interprété d'une manière particulière par le Conseil constitutionnel. Selon celui-ci, pour relever d'une même catégorie les établissements publics doivent présenter une double ressemblance : ils doivent avoir le même rattachement territorial, ainsi qu'une spécialité analogue (CC, 25

juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*, Rec.45, D 1980.201, note L. Hamon; CC, 30 mai 1979, *Agence nationale pour la valorisation de la recherche*, Rec.44, D 1980.121, note Y. Gaudemet).

Il faut noter que le critère de la spécialité analogue, qui provient de la deuxième décision, facilite l'assimilation de certains établissements publics à une catégorie déjà existante, et réduit d'autant la compétence du législateur. Cette décision a aussi supprimé l'exigence d'un troisième critère qui était d'avoir le même caractère, administratif ou industriel et commercial. Sur ce point, le Conseil d'État se démarque du Conseil constitutionnel puisque l'appartenance d'un établissement public à une catégorie a toujours été appréciée en considérant un objet comparable, soit administratif, soit industriel et commercial (CE, 10 mai 1972, *Féd. nat. des synd. d'ingénieurs*, Rec.350, D 1973.353, note Comte (E.P.I.C.); CE, 16 octobre 1974, *Synd. nat. de l'éducation physique*, Rec.488 (E.P.A.); CE, 11 octobre 1985, *Synd. gén. de la recherche agronomique CFDT*, Rec.278, AJ 1985.718, chr., RFDA 1986.408, RDP 1987.828).

En application des critères du Conseil constitutionnel, rien n'empêche qu'un établissement public constitue à lui seul une catégorie. C'est le cas de la RATP (CC, 27 novembre 1959, Rec.67, D 1960.518, note Hamon, RDP 1960.1011, note Waline), du Centre national d'art et de culture Georges Pompidou (CC, 10 novembre 1982, Rec.103), de l'Institut national de la consommation (CC, 5 décembre 1989, Rec.100).

La répartition de la compétence entre pouvoir législatif et réglementaire peut être précisée. Il appartient à la loi de fixer les règles concernant la création de catégories d'établissements publics. Il s'agit des règles constitutives de chaque catégorie (CE, 11 octobre 1985, *Synd. gén. de la recherche agronomique CFDT*, préc.) par exemple, le cadre de la mission de l'établissement (CC, 12 décembre 1967, *Synd. des transports parisiens*, Rec.34), le type de ressources budgétaires (CC, 6 octobre 1976, *Centre de formation des personnels communaux*, Rec.63, RDP 1977.460), les rapports de l'établissement public avec l'État ou la collectivité de rattachement (CC, 17 et 19 mars 1964, *ORTF*, Rec.33, D 1965.189, note Hamon), la structure des conseils d'administration (CC, 27 novembre 1982, *Agences financières de bassin*, Rec.99). Il appartient au pouvoir réglementaire de concrétiser et d'appliquer les règles constitutives. Ainsi, la dénomination précise de l'établissement (CC, 24 novembre 1987, *Office nat. de l'immigration*, Rec.58), son caractère administratif ou commercial (CC, 17 mars 1987, *Caisse de crédit municipal*, Rec.32; CC, 5 décembre 1989, *Institut national de la consommation*, Rec.100, sous réserve bien sûr, d'une disposition législative expresse), le nombre des membres du conseil d'administration.

Quant aux collectivités territoriales, ensuite. La fondation d'un établissement public relève d'une décision de l'organe délibérant de la personne publique concernée. Malgré le peu d'innovation juridique des premières lois de décentralisation sur ce point, les collectivités territoriales se sont senties plus libres de recourir à la formule des établissements publics locaux, notamment en matière culturelle. La loi du 6 février 1992 a heureusement adapté un cadre juridique à ces initiatives en prévoyant des "ententes interrégionales", et des organismes interdépartementaux, sous forme d'*établissements publics de coopération* (art. 54 et ss., 65). Il en est de même des communes, qui peuvent se regrouper soit en communauté de communes, soit en communauté de villes (pour une agglomération de plus de 20 000 habitants). Ces établissements publics de coopération remplacent automatiquement les anciennes formes de coopération (syndicats à vocation unique ou multiple, districts, communautés urbaines) lorsqu'ils regroupent les mêmes communes que celles qui appartenaient à ces formes, ou à leur périmètre.

La coopération territoriale mérite une étude spécifique, qui est du domaine des institutions administratives et du droit administratif général, mais on peut en rappeler les principes essentiels concernant la fondation de ces établissements publics particuliers. En ce qui concerne les régions, l'entente interrégionale exerce les compétences énumérées dans la décision institutive, assure la cohérence des programmes des régions membres, et peut conclure avec l'État des contrats de plan à la place des régions qui la composent. Concrètement, il peut s'agir d'aménagement du territoire, de développement économique, de formation. En ce qui concerne les départements, l'organisme interdépartemental, qui peut associer des conseils régionaux, et municipaux, peut se tourner vers la gestion des eaux, et l'environnement. Quant aux communautés de communes ou de villes, elles reçoivent de plein droit les services publics correspondant aux compétences d'aménagement de l'espace et de développement économique. Mais elles doivent obligatoirement intervenir aussi dans un des quatre domaines suivants : protection de l'environnement, logement et cadre de vie, voirie, équipement culturels sportifs et d'enseignement préélémentaire et élémentaire (art. 71 et 72).

Il faut enfin signaler des établissements publics locaux dont la fondation et la suppression n'appartiennent plus aux collectivités territoriales, même si celles-ci continuent à en assurer la gestion stratégique. C'est le cas des centres communaux d'action sociale (anciens "bureaux d'aide sociale") qui existent de plein droit dans chaque commune en application de la loi du 6 janvier 1986, ou des offices de tourisme dont la fondation appartient au Préfet sur demande du conseil municipal.

B. Organisation

Les établissements publics sont marqués d'une ambiguïté originelle. D'un côté, ils sont dotés d'une organisation analogue à celle d'une personne morale, destinée à garantir leur autonomie. De l'autre, le rattachement de l'établissement public à une autre personne publique produit des atténuations à cette autonomie, notamment dans les rapports, juridiques et parfois non juridiques, entre les organes de l'établissement public et ceux de la collectivité de rattachement. En général, les organes des établissements publics, comme ceux des personnes morales, sont de deux types : délibérant et exécutif.

L'organe délibérant

Suivant les établissements, il peut être dénommé conseil (d'administration, de direction), ou comité (de direction, de gestion). Il peut arriver à titre exceptionnel que cet organe soit assisté d'autres organes. Ainsi en est-il des Universités pour lesquelles la loi du 26 janvier 1984 prévoit, en plus du conseil d'administration, un conseil scientifique et un conseil des études et de la vie universitaire. En principe, l'organe délibérant règle, par ses délibérations, les affaires de la compétence de l'établissement public. Par exemple, le conseil d'administration de la SNCF « définit la politique générale de la SNCF, détermine les orientations du groupe, met en œuvre les contrats de plan, délibère sur toutes les affaires relatives à l'objet de l'établissement » (décret du 18 février 1983). En réalité, c'est l'État qui nomme le président de ce conseil, qui, par décret, fixe l'organisation de l'établissement public et certaines des contraintes d'exploitation en vertu de l'intérêt général. La marge de décision de ce genre de conseils est donc extrêmement limitée. Les organes délibérants ou exécutifs ne disposent pas toujours d'une totale autonomie de gestion, notamment en raison de l'encadrement législatif du secteur (CE, 8 janvier 1992, *Kryzanski et Birtel*, Rec.6, *RFDA* 1992.875, concl. Pochard).

Le gouvernement ne peut pourtant pas aller jusqu'à méconnaître les dispositions statutaires qui attribuent compétence à ces organes. Ainsi, la modification du siège de l'établissement demeure une décision de l'organe délibérant (CE, 14 mai 1993, *Comité d'établissement de la Caisse centrale de coopération économique*, Rec.152, *AJ* 1993.576, chr.; CE Ass., 4 juin 1993, *Assoc. des anciens élèves de l'E.N.A.*, Rec.168, concl. Schwartz, *RFDA* 1993.657, *AJ* 1993.576, chr.; CE Ass., 4 juin 1993, *Union des groupements d'Achats publics*, Rec.166, concl. Denis-Linton, *RFDA* 1993.667, *AJ* 1993.576, chr.).

Le rattachement peut se traduire de diverses manières dans la composition de l'organe délibérant. Dans certains cas, tous les membres du conseil peuvent être nommés par la personne publique de rattachement. Il en va ainsi des CCAS (moitié élus par le Conseil municipal, moitié nommés par le Maire), selon la loi du 6 janvier 1986. Il en va de même dans les établissements publics locaux à caractère industriel et commercial où les membres du conseil d'administration sont désignés par l'organe délibérant de la collectivité territoriale (décret du 6 mai 1988). Dans d'autres, on essaie de respecter un tripartisme associant représentants de la personne publique, personnalités qualifiées désignées par cette personne publique et représentants du personnel. La formule est courante dans les entreprises publiques; depuis les nationalisations de 1946, la tendance est d'y nommer également des représentants des usagers, mais il n'existe pas de principe de quadripartisme, et par le biais des personnalités qualifiées, l'État est toujours assuré de disposer de la majorité. Il faut signaler à ce propos qu'aucun principe juridique n'impose que les membres des conseils d'administration des établissements publics soient élus par les personnes intéressées à sa gestion. Enfin, certains organes délibérants sont une mosaïque de représentation des intérêts concernés. Dans le cas des centres hospitaliers, par exemple, sont associés des représentants de la commune et du département, des universitaires, des médecins, des caisses d'assurances sociales, d'autres personnels, des personnalités extérieures. Dans ce dernier cas, les conseils ne peuvent être que des instances de rencontre, de concertation, d'information; ils ne sauraient pour des raisons pratiques réaliser une véritable gestion de l'établissement public.

L'organe exécutif

Les établissements publics sont dotés d'un organe exécutif constitué le plus souvent par un directeur unique ou par un président du conseil d'administration assisté d'un directeur général. Plusieurs procédés de nomination sont possibles.

Quant aux établissements publics administratifs nationaux, le principe est simple. Les emplois de direction de ces établissements sont des emplois supérieurs laissés à la discrétion du gouvernement (ord. du 28 novembre 1958). Cependant, il existe des règles de nomination : la nomination est effectuée en Conseil des ministres (ord. préc., décret du 29 avril 1969, décret du 6 août 1985), avec une limite d'âge de 65 ans (décret du 7 juillet 1976), et pour

une durée maximale de trois ans renouvelable (décret du 26 février 1979). Le détenteur du pouvoir exécutif est, en général, le président du conseil d'administration.

Ce régime est étendu à certains établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, en vertu de la loi organisant les services publics qui leur sont confiés (CC, n° 95-177 L, 8 juin 1995, *RD* 1995.1, note Luchaire, *RFDC* 1995.584, note Favoreu, *LPA* 1995, n°137, p. 26, note Camby). Le détenteur du pouvoir exécutif est soit le président du conseil d'administration (SNCF, RATP), soit le directeur général (EDF-GDF).

Quant aux établissements publics locaux à caractère industriel et commercial, c'est le directeur qui détient le pouvoir exécutif : exécution des délibérations du conseil, direction des services, embauche et licenciement du personnel, ordonnancement des dépenses (décret du 6 mai 1988). Le président possède une autorité de principe sur le directeur ainsi qu'un pouvoir de contrôle.

Hormis ces régimes généraux, d'autres modes de nomination peuvent être prescrits par les textes. On citera, par exemple, la nomination par la personne publique de rattachement sur proposition de l'organe délibérant de l'établissement public (SNCF, IEP), ou encore l'élection par le conseil d'administration de son propre président (Universités). Mais ces cas demeurent très exceptionnels.

C. Régime de droit public applicable

Le fait que les établissements publics rattachés soient des personnes publiques leur permet de recourir à des techniques juridiques de droit public (possibilité, et non application automatique). Les actes des établissements publics bénéficient d'une présomption de leur caractère public. Les actes des personnes publiques sont en principe des actes administratifs unilatéraux, sauf exception. Pour ce qui est des contrats, la présence identifiable d'une personne publique ne rend nécessaire que l'examen du deuxième critère (exécution même du service public, ou clause exorbitante). Les biens des établissements publics appartiennent au domaine public, soit en vertu d'une loi pour les établissements publics territoriaux, soit en vertu de la jurisprudence pour les autres établissements publics, qu'ils soient ou non à caractère industriel et commercial (CE, 21 mars 1984, *Mansuy*, Rec.616, *CJEG* 1984.274, concl. Dondoux, *RD* 1984.1059, note Y. Gaudemet, *D* 1984.510, note F. Moderne, J. Arrighi de Casanova, "Établissements publics et domanialité publique", *AJ* 1985.347, *JCP* 1985.2.20393, note Hervouet). Les travaux qu'ils réalisent peuvent être des travaux publics si les critères habituels sont reconnus, que les travaux soient réalisés par l'établissement public lui-même (travail immobilier, but d'intérêt général), ou pour son compte (travail immobilier, accomplissement d'une mission de service public).

Il existe également un noyau minimal du régime de droit public qui est toujours applicable aux établissements publics. Premièrement, la personne physique chargée de la direction des établissements publics a toujours la qualité d'agent public, ainsi que le chef de la comptabilité s'il est comptable public (CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec.158, *D* 1957.378, concl. Mosset, note de Laubadère, *AJ* 1957.2.184, chr., *JCP* 1957.2.9987, note Dufau; CE, 15 décembre 1967, *Level*, Rec.501, *AJ* 1968.228, concl. Braibant et chr., *D* 1968.287, note Leclercq). Deuxièmement, les établissements publics ne peuvent recourir à l'arbitrage (C. civ., art. 2060; CE, 13 décembre 1957, *Soc. nat. de vente des surplus*, Rec.677, *D* 1958.517, concl. Gazier, note L'Huillier, *JCP* 1958.10800, note Motulsky), sauf si une disposition législative les y autorise (loi du 30 décembre 1982, pour la SNCF; loi du 2 juillet 1990, pour la Poste et France Télécom) ou si un droit étranger est applicable (Cass. civ. 14 avril 1964, *D* 1964.637, note Robert). Troisièmement, les voies d'exécution sont exclues à leur rencontre, (Cass. Com, 9 juillet 1951, *D* 1952.141, note Blaevoet, *S* 1952.1.125, note Drago; puis, après remise en question, confirmation par Cass. civ. 1ère, 21 décembre 1987, *RFDA* 1988.771, concl. Charbonnier, note Pacteau, *CJEG* 1988.107, note Richer, *JCP* 1989.21183, note Nicod, *RTD civ.* 1989.1445, chr. Perrot; P. Amselek, "Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques", *JCP* 1986.1.3236).

En guise de **conclusion** sur les établissements publics rattachés, on ne peut que constater la permanence du rattachement en rappelant deux grands principes. Le premier garantit, en quelque sorte négativement, que l'établissement public n'empiètera pas sur les compétences des autres personnes publiques. C'est le principe de spécialité. L'établissement public est fondé afin de gérer un service public et ne peut sortir de sa mission, de son but initial. Certes, la mutabilité du service public exige parfois des activités annexes, complémentaires ou accessoires. Certes, la prestation de service public peut connaître des problèmes de définition. Certes, la mission du service public peut être exprimée par la loi de manière très extensive (loi du 24 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur). Mais quoi qu'il arrive, la spécialité de l'établissement public demeure la limite légale de son action (CE Ass., 4 juin 1954, *ENA*, Rec.338, l'école ne défend pas les intérêts de la carrière future de ses élèves; CE, 3 juillet 1974, *Dame Hurter*, Rec.390, *JCP* 1975.2.18078, note Durupty; CE, 19 novembre 1975, *Commune de Thaon-les-Vosges*, Rec.577; CE, 28 septembre 1984, *Cons. rég. de l'ordre des architectes de Bourgogne*, Rec.309, à propos d'une chambre d'agriculture; CE, 23 octobre 1985, *Commune de Blaye-les-Mines*, Rec.297, s'agissant d'un syndicat de

communes). Ce principe connaît des atténuations du fait de l'utilisation de la forme d'établissement public pour regrouper des collectivités territoriales dans l'accomplissement de tâches multiples (SIVOM, districts, communautés), mais elles sont explicables par le fait que l'établissement public ne fait que représenter des collectivités territoriales non limitées par le principe de spécialité matérielle, et que ses attributions multiples sont énumérées par ses statuts.

Le second principe garantit qu'en l'absence de rattachement exprès (comme c'est le cas pour les chambres de commerce par exemple), les établissements publics ne sauraient être livrés à eux-mêmes. Il sont toujours potentiellement soumis à la tutelle de l'État. C'est le principe de subordination des établissements publics. Par exemple, et contrairement à ce qu'il en est des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, la tutelle de l'État s'exerce même en l'absence de texte (CE, 13 janvier 1965, *Caisse des écoles du 10ème arrondissement*, Rec.27, AJ 1965.97, chr., RDP 1965.970, note Waline). La plupart des établissements publics locaux sont de toute façon soumis aux textes prévoyant leur rattachement aux collectivités territoriales. C'est pourquoi il est vain de chercher à reconnaître un principe prétendument général d'autonomie qui irait au-delà des conséquences habituellement attachées à la personnalité morale, alors que l'essentiel de l'organisation des établissements publics concerne son rattachement à la collectivité territoriale responsable du service public, et que toute maîtrise interne est niée dans son régime de fonctionnement (nomination de l'exécutif, fixation du règlement intérieur, des tarifs, choix des secteurs d'activité sont extérieurs à l'établissement public). Ce principe ne saurait aller cependant jusqu'à donner à l'exécutif de la collectivité de rattachement la compétence nécessaire pour prendre, en violation des statuts, des décisions qui sont normalement du ressort de l'organe délibérant ou exécutif de l'établissement public lui-même (CE, 14 mai 1993, *Comité d'établissement de la Caisse centrale de coopération économique*, préc.; CE Ass., 4 juin 1993, *Assoc. des anciens élèves de l'E.N.A.*, et *Union des groupements d'Achets publics*, préc.).

§ 3. - Les régies locales dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière

Pour mémoire. Voir CGCT

§ 4. - Les groupements d'intérêt public

A. Chronique d'une naissance annoncée

Dans la revue annuelle *Etudes et Documents du Conseil d'État*, la haute juridiction avait suggéré d'améliorer la coopération entre personnes publiques et personnes privées en constituant des groupements de personnes juridiques en vue d'un objet précis et pour une durée limitée (*EDCE*, 1982-1983, n° 34, p. 169).

La loi du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation de la recherche (art. 21, ultérieurement précisé par les décrets du 15 mars 1983, 14 janvier 1988, et 7 novembre 1988), a ainsi institué des "groupements d'intérêt public" en remplacement des "groupements d'intérêt scientifique" dont la structure juridique était inadaptée. La forme des groupements d'intérêt public a successivement été étendue à l'enseignement supérieur (loi du 24 janvier 1984, art. 45, décret du 13 juin 1985), au sport (loi du 16 juillet 1984, art. 50, et décret du 12 janvier 1989), à la montagne (loi du 9 janvier 1985, art. 6), au travail des détenus (loi relative au service public pénitentiaire du 22 juin 1987, art. 6), au mécénat (loi du 23 juillet 1987, art. 22), à l'action sanitaire et sociale (décret du 7 novembre 1988), à l'insertion professionnelle des jeunes (décret du 14 janvier 1988), à la protection de l'enfance (loi du 10 juillet 1989, art. 19), au développement urbain (décret du 28 octobre 1988), à la formation continue (loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989), aux œuvres sociales de la Poste et de France Télécom (loi du 2 juillet 1990, art. 33), à la culture (décret du 28 novembre 1991), au développement du tourisme (loi du 13 juillet 1992, art. 30), à la sécurité en matière de transfusion sanguine (loi du 4 janvier 1993). Une liste mise à jour figure dans la thèse de C. RÉCHARD-MOIROUD, "Le groupement d'intérêt public, nouvelle institution publique", Paris-I, 1994.

B. Fondation et suppression

La fondation d'un groupement d'intérêt public repose sur un contrat et comporte trois phases : le regroupement de membres fondateurs; la rédaction des statuts; leur approbation administrative.

Le regroupement des membres fondateurs est dominé par une double contrainte. D'une part, l'un au moins de ces membres doit être une personne publique. Dans certains cas, cette personne publique doit être un établissement public appartenant au secteur visé par la loi, recherche pour les groupements d'intérêt public relevant de la loi de

1982, enseignement supérieur pour les groupements d'intérêt public universitaires. Dans les autres cas, la personne publique n'est pas déterminée elle pourrait donc être l'État, une collectivité territoriale, ou un établissement public. D'autre part, les autres membres doivent être des personnes morales, quelle que soit leur nature, publique ou privée.

Les statuts du groupement d'intérêt public résultent d'un contrat, mais comme dans le contrat de société, la liberté conventionnelle comporte des limites légales. De plus, l'État a produit (pour l'instant dans le secteur de la recherche scientifique) une convention-modèle qu'il pourrait imposer par le simple fait qu'il maîtrise la mise en vigueur finale des groupements d'intérêt public. Les statuts doivent expressément régler les modalités de fondation et la dénomination du groupement d'intérêt public, la désignation de ses membres et sa durée obligatoirement limitée (dix ans est un maximum coutumier). Ils doivent en outre préciser les modalités de fonctionnement, c'est-à-dire la possession ou non d'un capital social, la répartition du capital éventuel entre les membres, la contribution de chaque membre aux charges, la responsabilité des dettes, l'option pour la comptabilité publique ou la comptabilité privée, la mise à disposition du groupement de personnel rémunérés par les membres. Les statuts doivent enfin prévoir la dissolution du groupement d'intérêt public : échéance du terme, réalisation de l'objet social, abrogation de l'autorisation administrative, liquidation du patrimoine. L'entrée en vigueur de ces statuts est subordonnée à l'accomplissement de la phase suivante.

L'approbation administrative. Le dossier de constitution du groupement d'intérêt public est transmis au ministre compétent. Le contrôle est d'une double nature. C'est d'abord un contrôle de l'existence des faits et de la conformité des statuts aux règles légales. Il porte sur le contenu des statuts, la réalité de l'engagement juridique et financier des membres déclarés. C'est aussi un contrôle d'opportunité. Par exemple, les groupements d'intérêt public de recherche scientifique doivent comporter un projet de recherche viable et opportun, un budget prévisionnel réaliste, un plan de recrutement du personnel équilibré. L'approbation du groupement d'intérêt public n'est donc pas obtenue de plein droit. Une autorité de l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, ce qui ne fait que traduire le fait que, dans les services publics concernés, c'est l'État qui possède la gestion stratégique du service public, donc le choix du mode de gestion opérationnelle. L'approbation administrative est matérialisée par la publication au Journal officiel d'un arrêté d'approbation, signé par le ministre compétent et par le ministre chargé du budget.

C. Organisation et fonctionnement

Le plus souvent, en application des textes législatifs et réglementaires, ou des conventions-modèles de l'État, le groupement d'intérêt public comprend un conseil d'administration, un directeur, une assemblée générale.

L'assemblée générale rassemble les membres du groupement d'intérêt public, qui sont dotés chacun d'un nombre de voix proportionnel à leur apport en capital ou en actif. Quoi qu'il en soit, les personnes publiques, entreprises nationales ou personnes privées chargées de la gestion d'un service public doivent y détenir la majorité des voix. Le fonctionnement de cette assemblée générale est assimilable à celui qui s'applique dans les personnes privées. L'assemblée générale prend les décisions les plus importantes : admission et retrait des membres, prise de participation, modification des statuts, de la durée, programme annuel d'activité (à l'unanimité), approbation des comptes, modalités financières d'admission ou de retrait (à la majorité).

Le conseil d'administration, composé de cinq à neuf personnes physiques désignées par l'assemblée générale, élit son président parmi les administrateurs. Ses décisions concernent le fonctionnement courant du groupement, notamment le budget.

Le directeur du groupement d'intérêt public est nommé par le conseil d'administration sur proposition de son président. Si le groupement d'intérêt public est exclusivement constitué de personnes publiques, le statut du directeur est le même que celui des directeurs d'établissements publics à caractère industriel et commercial. Il est le chef du personnel, l'ordonnateur des dépenses, il engage le groupement d'intérêt public dans les limites de sa compétence.

On doit ajouter que le contrôle des groupements d'intérêt public n'est pas laissé au hasard. Un agent comptable lui est désigné par arrêté ministériel, un commissaire du gouvernement par le ministre compétent, un contrôleur d'État par le ministre chargé de l'économie et des finances. Les groupements d'intérêt public sont également soumis au contrôle de la Cour des comptes. Au plan fiscal, le groupement d'intérêt public est transparent, comme pour certaines personnes morales de droit privé, les bénéficiaires éventuels ne peuvent être partagés, il faut les reporter ou les réinvestir.

D. Identification du groupement d'intérêt public

Les groupements d'intérêt public actuellement constitués sont d'une extrême diversité. Un peu plus d'une trentaine, ils ne présentent le plus souvent, ni le même objet, ni les mêmes modalités de fonctionnement.

Très probablement, les groupements d'intérêt public sont des personnes morales de droit public. En ce qui concerne les groupements d'intérêt public relatifs à l'enseignement supérieur, aucun doute n'est possible, la qualification leur est expressément donnée par la loi du 26 janvier 1984. En ce qui concerne les autres groupements d'intérêt public le Conseil d'État est d'avis de leur reconnaître cette nature (CE, Avis du 15 octobre 1985, *EDCE* 1986, n° 37, p. 189). Cela correspond à l'intention du législateur au moment de l'examen de la loi de 1982 sur la recherche (*JO déb.* AN, 22 juin 1982, p. 3753 : « il s'agit de renvoyer à plus tard la création de cette nouvelle catégorie de personnes publiques »; *JO déb.* Sénat, 13 mai 1982, p. 199 : « nous avons également prévu une nouvelle personne de droit public : le groupement d'intérêt public »), et pendant l'examen d'autres lois prévoyant des groupements d'intérêt public. C'est la présentation qu'en donne le gouvernement dans sa documentation administrative (Guide d'information sur les groupements d'intérêt public publié par le ministère de la Recherche). Rien ne justifierait qu'on n'étende pas cette qualification à tous les groupements d'intérêt public prévus par voie législative.

Très probablement aussi, les groupements d'intérêt public sont des établissements publics (ce qui explique leur traitement dans cette section). En effet, le groupement d'intérêt public est une structure qui a pour but l'accomplissement d'un service public. Certes, la prestation de service n'est pas assimilable à celle de la Poste ou de l'Enseignement, mais elle demeure caractérisée par un but d'intérêt général (progression de la recherche, insertion sociale, formation continue, développement urbain). Il s'agit bel et bien de gérer une activité de service public qui pourrait l'être autrement, par exemple en régie, mais avec moins d'efficacité ou moins de participation. On ne saurait affirmer que l'objet du groupement d'intérêt public se limite à offrir un cadre juridique à la coopération car ce serait là faire passer les moyens avant les fins, l'outil avant la matière. Quant à l'organisation et au mode de gestion, pour différents qu'ils soient des autres établissements publics classiques, rien n'empêche le législateur, qui est seul compétent pour fixer les règles concernant la création et la suppression des catégories d'établissements publics, de les adapter aux spécificités des domaines d'intervention. Les groupements d'intérêt public sont donc des établissements publics classables, sans doute, dans les catégories laissées à l'appréciation du législateur.

Section III : LA COLLECTIVITÉ PUBLIQUE CONCESSIONNAIRE (R.323-122)

Pour mémoire, il faut indiquer un cas où une collectivité territoriale, en l'occurrence une commune, peut se voir confier la gestion opérationnelle d'un service public en vertu d'une concession.

Il s'agit des "régies intercommunales" prévues à l'article R. 323-122 du Code des communes. Lorsqu'un ou plusieurs services publics à caractère industriel et commercial ont une utilité intercommunale, leur exploitation peut être attribuée à une commune agissant à l'égard des autres comme concessionnaire.

La régie intercommunale est fondée par une conférence intercommunale (art. L. 161-1 ss.). Chaque service public concédé donne lieu à une convention et à un cahier des charges qui, seuls, régissent les rapports entre la commune concessionnaire et les communes concédantes. La commune concessionnaire arrête le règlement intérieur de la régie intercommunale, et les principes de fonctionnement sont ceux de la régie locale dotée de la seule autonomie financière (*Cf. supra*).

Titre troisième

GESTION DU SERVICE PUBLIC PAR DES PERSONNES PRIVÉES

On se souvient que la loi (et parfois le règlement) peut confier à une personne privée la gestion d'un service public, soit expressément, soit implicitement. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a toujours la possibilité de reconnaître l'intervention publique et de qualifier l'activité de service public (point de départ : CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec.417, D 1939.3.65, note Pépy, concl. Latournerie; développement avec les ordres professionnels ou corporatifs : CE, 20 juin 1946, *Morand*, Rec.183, S 1947.3.19, note P.H.). L'originalité de cette solution jurisprudentielle est grande, mais elle ne se situe pas toujours là où l'on croit. La jurisprudence *Aide et protection* n'inaugure pas la participation des personnes privées à l'intervention publique. Pendant tout le XIX^{ème} siècle, des personnes privées, souvent des sociétés commerciales, gèrent en vertu d'un contrat nommé concession, des activités qui seront qualifiées pour la plupart de services publics à caractère industriel et commercial après l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain* (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec.91, D 1921.3.1. concl. Matter). La grande nouveauté de la jurisprudence *Aide et protection* est double : elle consiste à confier à une personne privée une mission de service public à caractère pleinement **administratif** (et non industriel et commercial), et de le faire non pas en vertu d'un contrat, mais d'un **statut** légal et réglementaire.

C'est pourquoi, s'agissant d'examiner la gestion du service public par les personnes privées, l'étude des modes de délégation **contractuels**, les plus anciens, mais qui bénéficient d'un récent regain d'intérêt, s'impose dès l'abord (chapitre I); dans un deuxième temps, il restera à exposer l'extrême diversité des modes de gestion consistant à confier, par délégation **unilatérale** d'une personne publique, un service public, éventuellement administratif, à un ou des organismes privés (chapitre II).

CHAPITRE I

Modes contractuels de gestion du service public par des personnes privées

Une remarque liminaire s'impose. Lorsqu'une entreprise privée prend en charge la gestion d'un service public en vertu d'un contrat, c'est volontairement et dans le but avoué de réaliser un profit, ainsi qu'il en va habituellement des activités privées. Dans cet ordre d'idées, les prérogatives et les sujétions qui peuvent entourer l'activité de service public concédée sont justifiées par des raisons techniques et financières : assurer le service public dans le respect des principes d'égalité, de continuité et de mutabilité; éviter au concessionnaire de supporter les risques qui résultent spécifiquement des particularités de l'activité de service public. A l'origine de cette attribution contractuelle, au XIX^{ème} siècle, l'Etat entendait intervenir le moins possible dans la réalisation des opérations et dans la gestion des services, puis les personnes publiques, au cours du XX^{ème} siècle ont progressivement affiné leur contrôle et leur degré d'intervention par la différenciation des différents modes contractuels et de leurs régimes juridiques.

Les contrats par lesquels des services publics sont confiés à des personnes privées sont ceux qui concernent la gestion opérationnelle du service, c'est-à-dire qui transfèrent, dans son ensemble, la réalisation même du service public et comprennent l'attribution d'au moins trois compétences : 1^o) réglementer les liens avec les usagers du service public, qui sont ses clients; 2^o) réglementer les liens avec les agents du service public, qui sont ses employés; 3^o) avoir la maîtrise d'ouvrage des installations du service public, ou au moins la disposition de ces installations. Il ne faut pas confondre ce mode contractuel de gestion opérationnelle des services publics avec le procédé technique qui consiste à assurer la fourniture de biens ou de services élémentaires qui seront ultérieurement utilisés par le service public. Dans ce deuxième cas, il n'y a pas là, normalement, un transfert de la gestion du service public à une personne privée, mais une modalité de l'exécution (premier niveau d'activité de service public). Ces contrats relèvent alors d'autres catégories juridiques : les marchés d'entreprise de travaux publics, ou marchés de prestation de service qui relèvent du droit des marchés publics. Mais un problème de frontière existe parfois.

Parmi les nombreux contrats confiant la gestion opérationnelle des services publics à des personnes privées, un type domine quantitativement les autres, puisqu'il en regroupe les trois quarts : c'est la concession. Le mode contractuel le plus utilisé après la concession est l'affermage (un contrat sur dix), les autres modes, régie intéressée, gérance, contrats innomés se partagent le reste. La diversité de ces contrats, due notamment aux liens financiers entre la personne publique et la personne privée, est mise en évidence dans les subdivisions qui suivent (sous-section II), mais elle ne doit pas faire oublier que ces contrats ont un point commun : ils sont des contrats administratifs (CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec.167, AJ 1956.2.272, concl. Long, chr., RDP 1956.869, note Waline, D 1956.433, note de Laubadère, RA 1956.496, note Liet-Veaux), auxquels les règles générales régissant la catégorie juridique du contrat administratif sont applicables (sous-section I).

Section I. RÈGLES COMMUNES À TOUS LES MODES CONTRACTUELS

§ 1. - Formation des contrats

A. Compétence

Les contrats entraînant transfert de la gestion opérationnelle d'un service public sont de la compétence des organes de décisions de la personne publique responsable du service. S'agissant de l'Etat, la conclusion de ces contrats relève du pouvoir réglementaire, puisque l'article 34 de la Constitution de 1958 ne prévoit pas que cette compétence soit attribuée à la loi. Seules des mesures d'accompagnement ou de protection du concessionnaire qui impliqueraient des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie seraient de la compétence législative. S'agissant des collectivités locales, la compétence de conclusion appartient à l'organe délibérant de la collectivité territoriale qui, en pratique, autorise l'organe exécutif à négocier et à signer le contrat. La délibération doit porter précisément sur le contrat et non pas faire état d'une habilitation générale à signer tout acte contractuel (CE, 8 avril 1911, *Commune de Ousse-Suzan*, Rec.468, concl. Pichat, S 1913.3.48). Depuis les lois de décentralisation, les contrats sont soumis non plus à la tutelle mais à une obligation de transmission au Préfet, qui possède la faculté de les soumettre à un contrôle de légalité en saisissant le juge administratif par la voie du déféré.

B. Forme

Aucune forme n'était imposée aux contrats confiant à des personnes privées la gestion opérationnelle d'un service public jusqu'à une date récente. N'étant pas de simples contrats de prestations élémentaires conclus pour les besoins du service, ils n'étaient pas soumis aux seules règles existant en la matière, celles des marchés publics, et notamment au formalisme relatif à leur formation (mise en concurrence) (CE, 6 novembre 1987, *Comité de défense de la basse vallée de l'Adour*, DA 1987.639). Depuis la loi du 29 janvier 1993, il est implicitement exclu que ces contrats ne soient pas écrits.

De façon usuelle, les contrats transférant la gestion d'un service public à une personne privée, même s'ils sont contenus dans un seul acte, se composent de deux parties : la convention proprement dite, et les cahiers des charges. La convention matérialise l'accord de volonté, et parfois fixe la durée et le mode de rémunération, et surtout renvoie au cahier des charges. Ce cahier des charges précise le contenu des obligations et les modalités des rapports entre la personne publique responsable et le cocontractant. Il contient la description de l'objet du service public, les sujétions imposées dans le fonctionnement du service, les obligations réciproques des parties, les conditions financières détaillées, les conditions de résiliation, les rapports de la personne publique et de son cocontractant avec les usagers.

§ 2. - Exécution des contrats

A. Obligations du cocontractant

L'exécution de tous les contrats de transfert de la gestion opérationnelle des services publics est régie par les lois de Rolland sur les grands principes du service public. Le cocontractant privé doit assurer la continuité du fonctionnement du service public même si l'exploitation en est déficitaire (CE, 5 novembre 1982, *Soc. Propétrol*, Rec.381, AJ 1982.552, concl. Labetoulle, D 1983.245, note Dubois, JCP 1984.2.20168, note Paillet) même s'il est en litige avec la personne publique responsable (CE, 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, Rec.723, RDP 1972.239, concl. Gentot et 1245, note Waline, AJ 1971.649, chr.).

Il doit également se soumettre à tous les contrôles de la personne publique qui, dans tous les cas, conserve la gestion stratégique du service public. Enfin, sauf disposition particulière, le cocontractant doit exercer lui-même la gestion du service. S'il fait appel à des prestataires de services, sous-traitants, ou s'il entend se faire remplacer, la personne publique est appelée à donner son accord.

Dans le cas où, en cours d'exécution, un désaccord intervient entre les parties sur les obligations du cocontractant, un recours en interprétation est possible. S'agissant d'un contrat administratif, il sera porté devant le juge administratif par un recours direct en interprétation (CE, 11 mars 1956, *Soc. de transp. en commun de la rég. de Douai*, Rec.203, AJ 1956.275, concl. Laurent, CJEG 1956.537).

B. Droits du cocontractant

Lorsque la gestion du service public est réalisée pour le compte de la personne publique (régie intéressée, gérance), le cocontractant possède un droit à être rémunéré. Lorsqu'elle est réalisée aux risques et profits de la personne privée (concession, affermage), cette dernière a le droit à l'équilibre financier du contrat (c'est-à-dire que toute sujétion nouvelle du service public donne lieu à compensation). Dans ce dernier cas surtout, la personne privée chargée contractuellement de la gestion d'un service public a le droit de conserver cette gestion jusqu'à l'échéance du terme prévu au contrat, et dans les conditions de protection fixées (CE, 9 octobre 1985, *SA des Pompes funèbres réunies*, Rec.275, *AJ* 1986.49, note Richer, *Dr. Soc.* 1986.142, note Llorens).

Dans tous les modes contractuels de transfert de la gestion opérationnelle des services publics, la théorie de l'imprévision est applicable. Les conditions de sa mise en œuvre exposées dans les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec.125, *RDP* 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note Jèze) sont les suivantes : 1°) le fait générateur a été imprévisible; 2°) il a eu comme conséquence de bouleverser l'équilibre financier du contrat de telle manière que la continuation de l'exploitation ruinerait le cocontractant privé; 3°) ces conséquences sont pas définitives, sinon il y aurait lieu d'appliquer le régime de la force majeure (CE Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec.1050, *RDP* 1933.117, concl. Josse, note Jèze, *S* 1933.3.9, concl., note Laroque, *D* 1933.3.17, concl., note Pelloux). Les résultats de la mise en œuvre de l'imprévision sont résumés par la constitution d'une situation extracontractuelle provisoire, dans laquelle la personne publique responsable verse une indemnité au cocontractant.

C. Droits et obligations de la personne publique responsable

L'obligation principale de la personne publique ayant transféré le service public se résume dans le respect des conditions d'exécution du contrat. Cependant, à la différence du droit privé, le cocontractant partie à un contrat administratif ne saurait opposer l'exception *non adimpleti contractus* à cette personne publique (CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Rec.11, *AJ* 1976.632; CE, 3 novembre 1982, *FORMA*, *RDP* 1983.1424). Au contraire, la mise en œuvre des droits de la personne publique est développée par la jurisprudence. Elle s'oriente dans deux directions : les sanctions; la modification unilatérale du contrat.

Les sanctions résultent du fait que le contrat par lequel est confié la gestion opérationnelle d'un service public, quelle que soit son espèce, appartient au genre des contrats administratifs. Elles sont justifiées par la nécessité d'assurer la continuité du service public en cas de défaillance du cocontractant privé. Il en existe plusieurs.

La mise sous séquestre consiste pour la personne publique, lorsque le cocontractant gère le service public à ses risques et périls (concession, affermage), à reprendre elle-même provisoirement la gestion du service, aux frais du cocontractant (CE, 29 octobre 1926, *Ville de Saint-Etienne*, Rec.911). La mise en régie est le nom de la même sanction lorsqu'elle est appliquée aux personnes privées assurant la gestion pour le compte de la personne publique (régisseurs, gérants) : leur rémunération, proportionnelle ou forfaitaire est alors suspendue. Enfin, les sanctions pécuniaires sont possibles même sans texte (CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, Rec.513, concl. Romieu, *RDP* 1907.678, note Jèze, *S* 1907.3.113, note Hauriou) dans tous les types de contrats administratifs. Ceux de ces contrats qui transfèrent la gestion d'un service public prévoient en général expressément les cas et le montant des sanctions.

La modification unilatérale du contrat par la personne publique responsable du service public a été fortement contestée par la théorie juridique. Certains pensent que ce pouvoir existe de plein droit (de Laubadère), d'autres affirment qu'il n'existe que s'il est prévu par le contrat (J. Dufau), d'autres enfin ont soutenu qu'il n'existait pas (F.-P. Benoît). L'arrêt de principe pouvait en effet prêter à discussion (CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale des tramways*, Rec.216, *RDP* 1910.270, note Jèze, *S*. 1911.3.1, concl. Blum, note Hauriou). Le Conseil d'État semble avoir retenu la première solution (CE, 2 février 1983, *Union des transp. publics urbains rég.*, Rec.33, *RFDA* 1984.45, note Llorens, *RDP* 1984.212, note J.-M. Auby, légalité d'un décret prévoyant que l'autorité organisatrice des transports pourrait apporter des modifications unilatérales au motif qu'il « fait application des règles générales applicables aux contrats administratifs »). Quel que soit le fondement de ce pouvoir de modification unilatérale, interne au contrat ou en provenance externe d'un pouvoir réglementaire, il ne peut provenir que du principe de mutabilité du service public. En tant que tel, il est limité par son objet (la consistance, l'organisation, les modalités de fonctionnement du service); par les circonstances (apparition de sujétions imprévisibles); par la portée des modifications (impossibilité de changer de mode contractuel, compensation des augmentations de charges consécutives par une indemnité : CE Sect., 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec.401, *D* 1979.366, note Joly).

§ 3. - Fin des contrats

A. Fin normale du contrat

La fin normale du contrat est l'échéance du terme. Dans le silence de la personne publique à ce moment, l'ancien cocontractant peut cependant continuer l'exploitation du service public soit en vertu d'un contrat tacite, soit comme une gestion d'affaires (CE, 20 mars 1942, *Dame Veuve Bastit*, Rec.92). Si la personne publique se manifeste, le cocontractant bénéficie souvent d'une préférence (qui peut être un droit en application d'une disposition contractuelle) pour reprendre le même type de contrat, et parfois un autre, portant sur les mêmes installations ou le même service public.

Lors de la fin normale du contrat de concession, par exemple, les sort des biens de la concession doit d'ailleurs être réglé. Les biens de retour, affectés au service public et considérés comme incorporés au domaine public, seront, en vertu du cahier des charges, cédés gratuitement à la personne publique concédante. Les biens de reprise, affectés au service, eux aussi, peuvent être achetés par la personne publique concédante au concessionnaire, qui ne peut alors s'y opposer. Enfin, les biens propres (fonds de roulement et installations accessoires), qui sont la propriété du seul concessionnaire, peuvent faire l'objet de cession dans les conditions de droit commun.

B. Fin anticipée du contrat

La fin anticipée du contrat se produit dans quatre cas : une sanction ayant ce but, l'intérêt du service, l'accord des deux parties, la détermination de la loi.

La résiliation-sanction

Dans le cas de la concession et de l'affermage elle est appelée déchéance. La déchéance est une mesure unilatérale de la personne publique concédante ou affermante prise en cas de faute grave du cocontractant, surtout si elle ne met pas en cause la continuité ou la mutabilité du service public (si c'était le cas la résiliation interviendrait non seulement en vertu d'une sanction mais le plus souvent en invoquant l'intérêt du service). Elle doit cependant être prévue par le contrat pour pouvoir être prononcée d'office après mise en demeure. Dans le cas contraire, la personne publique doit demander la déchéance au juge du contrat (CE, 21 juin 1980, *Synd. intercom. d'organisation des sports d'hiver de Peyresourde-Balestas*, Rec.438, *AJ* 1981.271; CE, 20 janvier 1988, *Soc. d'ét. et de réal. des applications du froid*, Rec.29). De plus, la gravité de la faute doit dépasser celle à laquelle on pourrait remédier par une simple mise sous séquestre (CE, 30 mars 1928, *Ville de Louhans*, Rec.481).

Dans le cas des autres contrats confiant la gestion opérationnelle d'un service public à une personne privée, la sanction de la résiliation obéit aux mêmes principes, mais les conséquences sont difficiles à apprécier en raison de la diversité des situations et des solutions jurisprudentielles.

Il est rare, mais pas impossible, que la résiliation à titre de sanction soit prononcée à l'inverse par le juge administratif à l'encontre de la personne publique, sur demande de son cocontractant (CE, 27 septembre 1985, *Compagnie franç. d'irrigation*, Rec.686).

La résiliation dans l'intérêt du service

La personne publique contractante peut à tout moment décider de la résiliation d'un contrat transférant la gestion d'un service public en invoquant l'intérêt du service, c'est-à-dire, en réalité, l'intérêt général. La jurisprudence reconnaît ce pouvoir à la personne publique « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation » du contractant (CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec.246, *AJ* 1958.2, p. 282, concl. J. Kahn, *D* 1958.730, note de Laubadère, pour tout contrat administratif, en l'occurrence marché de fournitures; CE Ass., 2 février 1987, *Soc. TV6*, Rec.28, *AJ* 1987.314, chr., *RFDA* 1987.29, concl. Fornacciari; CE, 22 avril 1988, *Soc. France 5*, Rec.157, *AJ* 1988.540, note B.D., *RA* 1988.240, note Terneyre, pour des concessions), la tendance étant à l'extension puisque selon l'expression aujourd'hui utilisée la personne publique peut en décider « alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle » ne l'aurait prévu.

Les mesures de résiliation dans l'intérêt du service semblent ainsi inaccessibles à l'annulation par la juridiction administrative dans la plupart des cas (CE Sect., 10 mai 1963, *Soc. coop. La prospérité fermière*, Rec.288, *AJ* 1963.344, chr., *RDP* 1963.584, concl. Braibant, CE, 19 avril 1989, *Soc. des transp. urbains d'Angers*, Rec.780,

RDP 1989.1794, pour un affermage). Cependant, la résiliation dans l'intérêt du service rencontre des limites quant aux contrats nécessitant de lourds investissements : concession (CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des Eaux*, Rec.54, concl. Romieu), marchés d'entreprise de travaux publics (CE Sect., 26 novembre 1971, *Soc. de fertilisants humiques*, Rec.723, AJ 1971.649, chr., RDP 1972.239, concl. Gentot, note Waline), et concessions de voirie, ou ceux conclus entre personnes publiques (CE Sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec.105, RFDA 1989.466, concl. Fornacciari, AJ 1989.315, chr., RDP 1989.1171, note Llorens, RA 1989.341, note Terneyre). Dans ces cas, le cocontractant peut être fondé à obtenir l'annulation des décisions ayant pour objet de mettre fin définitivement aux relations contractuelles et seulement de celles-ci (CE Sect., 9 décembre 1983, *Soc. d'études, de participation et de développement*, Rec.498, RFDA 1984.39, note Genevois).

L'accord des parties

Ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire. Les contrats de transfert de la gestion opérationnelle des services publics, quoique administratifs, restent avant tout des contrats (CE, 2 février 1983, *Union des transp. publics urbains rég.*, Rec.33, RFDA 1984.45, note Llorens, RDP 1984.212, note J.-M. Auby). L'indemnité - ou son absence - est alors le fruit d'une négociation. Certaines dispositions des contrats de concession prévoient par exemple que la personne publique pourra reprendre la gestion du service dans une période précédant l'échéance du terme. On utilise quelquefois pour décrire cette situation le terme impropre de rachat contractuel.

La détermination de la loi

Ce cas de figure est toujours possible. La loi peut permettre à l'une des parties de déclencher une résiliation en dehors des cas précédemment évoqués (loi du 30 juillet 1947; loi du 8 janvier 1993, sur le service public des pompes funèbres). Il doit être distingué du changement de législation qui motive une résiliation régulière dans l'intérêt du service (CE, 22 avril 1988, *Soc. France 5*, Rec.157, AJ 1988.540, note B.D., RA 1988.240, note Terneyre).

Section II. LES DIFFÉRENTS CONTRATS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

§ 1. - La concession de service public

Au sens large, la concession de service public est le mode de gestion par lequel une personne publique, dite concédante, confie par contrat la gestion opérationnelle d'un service public à une personne, physique ou morale, privée ou publique, dite concessionnaire, qu'elle a librement choisie.

Au sens strict qui est celui de la théorie juridique du début du XX^{ème} siècle (concl. Chardenet sur CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec.125, RDP 1916.206 et 388, note Jèze) il est ajouté comme éléments nécessaires de la définition précédente que le concessionnaire assure le service public à ses frais et risques, dans le respect d'un cahier des charges, et se rémunère grâce à des redevances perçues sur les usagers.

Très fréquemment, la concession de service public est associée à une concession de travaux publics puisque le concessionnaire a d'abord pour mission de construire les ouvrages immobiliers nécessaires au service (CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, Rec.243, pour les parcs de stationnement). Mais les deux formes ne se confondent pas. Il peut y avoir concession de travaux publics sans concession de service public (TC, 8 novembre 1967, *Soc. des Bois du Sud*, Rec.655, AJ 1968.234, note P.L.). Il peut y avoir concession de service public sans concession de travaux publics (CE, 3 août 1917, *Compagnie des Messageries maritimes*, Rec.620, S 1917.3.33, note Hauriou, ou la jurisprudence de 1986 sur la télévision).

A. Historique

L'utilisation de la concession a permis d'équiper la France en réseaux modernes de voies ferrées, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité. L'avantage principal de ces concessions de service public et de travaux publics, est que la charge d'investissement initiale est supportée par une personne privée qui immobilise dans tous les cas des capitaux propres et des fonds d'emprunt dont ne pourraient disposer les finances publiques. Un avantage non négligeable, qui s'y ajoute en cas de concession de travaux publics simultanée, est que la propriété des ouvrages et installations revient gratuitement, à l'expiration d'un délai assez long (entre 25 et 75 ans), à la personne publique concédante qui n'a plus qu'à en assurer l'entretien. Le système a bien fonctionné au XIX^{ème} siècle en raison de la remarquable

stabilité économique et monétaire qui permettait au concessionnaire, sur une période suffisamment longue, d'amortir ses immobilisations et de réaliser des bénéfices, sans imposer pour autant des tarifs trop élevés pour les usagers.

L'instabilité économique et monétaire issue de la guerre de 1914 a bouleversé l'équilibre du système. En 1916, la jurisprudence de l'imprévision autorise les concessionnaires à faire supporter les difficultés temporaires dues à l'environnement économique aux personnes publiques concédantes. Mais la situation se prolonge et les collectivités publiques se trouvent chargées de supporter la charge financière qu'elles entendaient précisément éviter par l'usage de la forme de la concession. De plus, les premières concessions comportaient plus de potentiel de rentabilité par ce qu'il s'agissait de fournir un service nouveau à des usagers nombreux. Plus l'équipement et le service public se développent, plus le maillage du territoire se complète, moins les nouvelles installations sont rentables. Le rapport de forces entre les concessionnaires et les concédants tourne au désavantage des seconds qui, même en l'absence d'obligation juridique, couvrent certaines pertes d'exploitation pour ne pas compromettre l'ensemble du service. La concession confirme de manière trop voyante la prééminence du capitalisme privé sur les structures d'intervention des personnes publiques. Entre 1918 et 1939, certaines concessions ne sont pas renouvelées, d'autres sont résiliées par voie législative, les compagnies concessionnaires de chemin de fer sont nationalisées.

Le procédé de la concession connaît aujourd'hui un regain de faveur. La loi ou le règlement prévoient à nouveau la possibilité de recourir à la concession avec des personnes privées dans de nombreux cas. Les autoroutes peuvent, depuis le décret du 12 mai 1970, être concédées à des sociétés privées (et non exclusivement à des sociétés d'économie mixte, comme le prévoyait la loi du 18 avril 1955), telle Cofiroute. L'exploitation des transports publics d'intérêt local (loi du 19 juillet 1979, décret du 29 octobre 1980) peut être réalisée par concession à des personnes privées (avec une classification légèrement différente qui semble regrouper concession et affermage). Il en est de même des ponts et bacs à péage (loi du 12 juillet 1979, loi du 19 août 1986) ou du tunnel sous la manche (traité de Cantorbery conclu entre la France et la Grande-Bretagne le 12 février 1986). Au plan local, la distribution de l'eau dont le régime normal est la régie ou l'affermage, est fréquemment confiée à une société privée (ce qui explique la puissance de la Lyonnaise des eaux-Dumez ou de la Générale des Eaux); ainsi que le service extérieur des pompes funèbres dont le monopole communal (assoupli par la loi du 9 janvier 1986 et aménagé par celle du 8 janvier 1993), n'a jamais interdit qu'il soit l'objet d'une concession.

Cependant, le législateur comme le gouvernement se réservent la faculté de revenir assez rapidement sur le choix de la concession si la réalisation pratique s'avère ne pas atteindre les buts initialement fixés. Le procédé de concession prévu par la loi du 31 décembre 1970 et le décret du 9 mai 1974 pour le service public hospitalier, jamais appliqué, a été supprimé par la dernière réforme hospitalière (loi du 31 juillet 1991), qui ne laisse subsister qu'une autorisation ministérielle. La concession à des personnes privées en matière de télévision, qu'imposait la loi du 22 juillet 1982 a été remplacée par un régime d'autorisation (loi du 30 septembre 1986, par la CNCL; loi du 27 novembre 1989, par le CSA).

B. Nature juridique de la concession

La concession est, avant tout autre considération de détail, un contrat administratif. La théorie juridique et la jurisprudence ont parfois qualifié la concession d'acte mixte, mais cette expression n'a pour but que de qualifier la présence, à l'intérieur d'un acte contractuel, de clauses dont la nature est réglementaire (concl. Odent sur CE, 5 mai 1943, *Compagnie générale des eaux*, Rec.62, D 1944.J.121, note Blaevoet; où les dérogations contractuelles aux clauses réglementaires du cahier des charges sont jugées illégales).

Les clauses réglementaires sont celles qui traduisent directement que la gestion stratégique du service public appartient à la personne publique concédante. Certains éléments fondamentaux du cahier des charges de la concession (règles de sécurité, principes d'organisation, des rapports du concessionnaire avec les usagers) sont ainsi réglementaires, ce qui permet à la personne publique concédante de les modifier en fonction des intérêts des usagers ou de l'intérêt général. En conséquence, le contentieux de ces clauses est inspiré par les mêmes principes que celui de tout acte réglementaire.

Les tiers ou les usagers peuvent invoquer les clauses réglementaires pour demander dans un recours pour excès de pouvoir l'annulation des décisions du concessionnaire qui méconnaîtraient ces clauses (CE, 21 décembre 1906, *Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec.962, concl. Romieu, S 1907.3.33, note Hauriou; même le refus de l'autorité concédante de contraindre le concessionnaire à appliquer le cahier des charges prévoyant la desserte de certains quartiers est attaquant par la voie du recours pour excès de pouvoir). Les mêmes requérants peuvent aussi agir par le recours de plein contentieux pour se faire indemniser des préjudices naissant de telles décisions (CE Sect., 7 novembre 1958, *Soc. Électricité et Eaux de Madagascar*, Rec.530, concl. Heumann, CJEG 1959.113, note Renaud).

Les tiers ou les usagers peuvent, inversement, arguer de l'illégalité de certaines clauses réglementaires pour fonder un recours pour excès de pouvoir contre une décision détachable du contrat (CE, 12 juillet 1918, *Lefèvre*, Rec.698, clause prévoyant un droit exclusif au concessionnaire; CE Sect., 24 avril 1964, *Soc. an. de Livraisons industrielles et commerciales*, Rec.239, AJ 1964.293, chr., et 308 concl. Combarnous, D 1964.665, note C. Debbasch, clause prétendument contraire à l'égalité entre usagers). Enfin, en application des lois de décentralisation, le préfet peut former un déféré contre les contrats des collectivités territoriales soumis à transmission, c'est-à-dire contre les conventions relatives aux marchés et aux emprunts (loi du 2 mars 1982, art. 2, 45, 68), ainsi que les conventions de délégation de services publics locaux (loi du 29 janvier 1993).

Par une étrangeté jurisprudentielle, les usagers et les tiers ne peuvent pas, en revanche, attaquer directement les clauses réglementaires par la voie du recours pour excès de pouvoir en vue d'en obtenir l'annulation (CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, RDP 1986.847, concl. Dutheillet de Lamothe, AJ 1986.284, chr., RFDA 1987.2, notes Delvolvé et Moderne, JCP 1986.20617, note M. Guibal, « le contrat de concession et le cahier des charges qui y est annexé ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »). On ne saurait pourtant prendre argument de la nature contractuelle du cadre de la concession, et de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats, pour faire écran aux dispositions réglementaires qui en sont détachables, ni dénier le caractère réglementaire de telles clauses tout en acceptant par ailleurs que des recours pour excès de pouvoir soient fondées sur elles.

C. Controverse sur la rémunération du concessionnaire

Une particularité du contrat de concession est négative. La rémunération du concessionnaire n'est pas assurée par la personne publique concédante. Si cette dernière rémunère elle-même le cocontractant, la jurisprudence exclut que la situation juridique en cause soit une concession (CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec.812; CE, 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, Rec.723, RDP 1972.239, concl. Gentot et 1245, note Waline, AJ 1971.649, chr.; CE, 8 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec.246, RFDA 1986.231, concl. Dandelot).

La définition classique de la concession comportait une particularité positive : la rémunération du concessionnaire était assurée par des redevances perçues sur les usagers du service public (concl. Chardenet, préc.; CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, préc.; TC, 4 février 1974, *Époux di Vita*, Rec.789). Malgré les critiques pénétrantes d'une petite partie de la théorie juridique (G. Dupuis, "Sur la concession de service public", D 1978.chr.222), le Conseil d'État a confirmé ce critère de définition dans un avis du 14 octobre 1980 (CE, Avis 14 octobre 1980, EDCE 1980-1981, n° 32, p. 196) en déclarant que « le versement des redevances par les usagers en contrepartie des prestations qui leur sont fournies » est un « élément caractéristique essentiel de la concession ». Mais en 1986, cette certitude a été quelque peu troublée. En effet, dans l'arrêt de 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, la rémunération du concessionnaire peut ne résulter ni d'une dotation de la personne publique concédante, ni d'une redevance perçue sur l'utilisateur, mais de la simple « exploitation du service, notamment de la diffusion de messages et d'écrans publicitaires ». Le fait que ce régime de concession ait été imposé par détermination de la loi ne suffit pas tout à fait à faire considérer la dernière solution jurisprudentielle comme une décision d'espèce, car il est vrai que dans d'autres cas, tel celui des parcs de stationnement, les ressources proviennent de l'exploitation du service, c'est-à-dire au-delà des redevances, des produits annexes (publicité et exploitation de commerces dans le périmètre du parc).

Cette particularité positive est donc moins rigide aujourd'hui. Elle se limite à ce que « le concessionnaire tire sa rémunération d'une manière ou d'une autre, de l'exploitation du service » (concl. Dutheillet de Lamothe sur CE Ass., 16 décembre 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, préc.). Ainsi, les modalités de cette rémunération sont variables. Le plus souvent, le concessionnaire se rémunère en fonction d'un tarif qui devrait être considéré comme une clause réglementaire de la concession (jurisp. contr. cependant lorsque le tarif fixé par un texte législatif ou réglementaire est intégré ensuite dans une concession : CE, 18 novembre 1983, *Duhayoum*, Rec.650, à propos du service extérieur des pompes funèbres, les clauses de tarif sont alors de nature contractuelle). Quoi qu'il en soit, le tarif est toujours une redevance pour service rendu, même si elle est qualifiée de prix lorsque le service public possède un caractère industriel et commercial. Dans les cas où le concessionnaire ne se rémunère pas directement sur l'utilisateur, le cahier des charges de la concession doit donner les moyens au concessionnaire de retirer des produits de l'exploitation du service. C'est la seule justification du régime assoupli des "coupures publicitaires" pour les concessionnaires audiovisuels, ou de la mobilisation de surfaces réservées à des fonds de commerce dans le périmètre des parcs de stationnement.

La durée de la concession doit être assez longue pour permettre au concessionnaire de se rémunérer. Mais aucune durée minimale n'est fixée par les textes. Certaines durées avaient été conseillées, pour les services publics locaux, par une circulaire du 7 août 1987 (JO du 20 décembre, p. 14863). Sans fixer ces durées, leur renouvellement a été étroitement encadré par la loi du 29 janvier 1993.

Le concessionnaire peut aussi bénéficier d'une protection ou d'avantages distinctifs contre la concurrence. Il possède en général la disposition exclusive du domaine public, ou même privé, que le service public exige pour son accomplissement (CE, 29 janvier 1932, *Soc. des autobus antibois*, Rec.117, D 1932.3.60, concl. Latournerie, note Blaevoet). Il peut se voir conférer un droit à être protégé (CAA Paris (2ème ch.), 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service*, Rec.535, AJ 1993.140, chr., CJEG 1993.331, note Delpirou) : droit de priorité (par exemple, pour une chaîne de télévision, la couverture prioritaire du territoire par TDF), la garantie d'un alignement minimal sur le concurrent le mieux traité.

D. Remarques sur la pratique actuelle de la concession

La technique de la concession n'est pas réservée à des sociétés purement privées. Elle peut également avoir pour but de confier le service public à d'autres personnes publiques. Ainsi, EDF et GDF établissements publics issus de la nationalisation de sociétés privées, en application de la loi du 8 avril 1946, sont concessionnaires des personnes publiques pour la distribution du gaz et de l'électricité. De même, les chambres de commerce sont les exploitants naturels des installations portuaires et aéroportuaires. Enfin, on peut rappeler les régies intercommunales confiées par concession à une collectivité territoriale.

Le procédé de la concession est d'ailleurs surtout utilisé pour confier la gestion des services publics à des sociétés d'économie mixte. Ainsi, la SNCF, nationalisée en 1937 sous forme de société d'économie mixte, avait été constituée en concessionnaire de l'Etat pour la gestion du réseau ferré (depuis l'obtention de sa qualité d'établissement public en 1982, elle n'est plus concessionnaire). La plupart des sociétés gestionnaires d'autoroutes, sont des sociétés d'économie mixte, ainsi que celles qui exploitent les tunnels du Mont-Blanc, du Fréjus, de Sainte-Marie-aux-Mines (Vosges), et le pont à péage de Saint-Nazaire/Saint-Brévin.

Une jurisprudence, peu justifiable au plan logique, a été interprétée comme qualifiant les concessions d'autoroutes de concessions de service public à caractère administratif (CE Ass., 14 février 1975, *Epoux Merlin*, Rec.110, AJ 1975.229, chr., RDP 1975.1705, note Waline, D 1976.144, note Boivin, CJEG 1975.128, note Virole; CE, 13 mai 1977, *Soc. Cofiroute*, Rec.219, JCP 1978.18904, note Davignon, et s'agissant du pont à péage précité, CE, 2 octobre 1985, *SEM du pont Saint-Nazaire/Saint-Brévin*, AJ 1986.38, concl. Jeanneney). Cela ne saurait signifier qu'il existe un principe général selon lequel les services publics à caractère administratif peuvent être normalement donnés en concession. La situation serait plutôt explicable par la présence simultanée d'une concession de travaux publics et par le caractère spécial des règles de cette matière.

Le principe qui voulait que le concessionnaire privé exploite le service à ses frais et risques est remis en question par la pratique fréquente de la participation financière des personnes publiques concédantes.

§ 2. - L'affermage

L'affermage est un transfert de la gestion opérationnelle d'un service public que l'on peut estimer très proche de la concession. L'affermage de service public est un contrat par lequel la personne publique responsable du service public charge un tiers, appelé fermier, de gérer le service public, éventuellement grâce à des ouvrages qu'elle lui remet, moyennant le versement à cette personne publique d'une rémunération prélevée sur les redevances versées par les usagers. La différence entre affermage et concession est donc double. D'une part, le mode de rémunération du fermier est résiduel par rapport aux recettes. D'autre part, lorsque l'utilisation d'ouvrages est nécessaire pour l'exploitation du service public, leur construction n'est jamais à la charge du fermier, puisqu'il les reçoit de la personne publique responsable.

A. Objet du contrat d'affermage

La ferme comporte le plus souvent l'utilisation d'ouvrages publics. L'affermage s'applique par exemple à la distribution de l'eau potable (CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, Rec.153, RFDA 1987.525, concl. Robineau, AJ 1987.543, obs. X. Prétot), aux transports publics urbains de voyageurs (CE, 19 avril 1989, *Soc. des transports urbains d'Angers*, Rec.780, RDP 1989.1784). Dans ce cas, l'organisation du service public de distribution de l'eau n'est pas considérée comme une activité de production de distribution ou de services au sens de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et n'y est donc pas soumise (CE, 23 juillet 1993, *C.G.E.*, req.138504, RFDA 1993.1025).

En l'absence d'exploitation d'ouvrages publics, l'affermage peut être utilisé pour la perception des droits de place dans les halles et marchés (CE, 15 mai 1953, *Commune de Nogent-sur-Marne*, Rec.235). Il s'agit certes d'un cas particulier : la perception de taxes municipales est à l'évidence un service public, comme l'est aussi la perception des

impôts au niveau national, simplement ce service public ne fournit pas de prestations aux usagers, mais consiste à percevoir des contributions au profit d'une personne publique. Ce qui est étonnant c'est que ce service public, habituellement assuré en régie, soit confié à des personnes privées. Le service public fiscal semble ainsi ne pas être assimilable à la police administrative, insusceptible, elle, de délégation. Ce principe de solution n'est d'ailleurs pas nouveau, il s'inspire en fait de la ferme des impôts de l'Ancien Régime. En réalité, cette particularité est explicable. En effet, ce n'est pas la gestion opérationnelle du service public qui est confiée au fermier. C'est sa simple exécution, c'est-à-dire la plus simple des fonctions de service public. Cela explique que le contrat d'affermage de droits de place soit un contrat de droit privé par détermination de la loi. La compétence contentieuse relative à l'exécution du contrat est en effet judiciaire (décret du 17 mai 1809, et CE, 16 juillet 1952, *Revouy*, Rec.379). Mais celle de l'interprétation et de l'appréciation de validité appartient à la juridiction administrative (TC, 25 mai 1950, *Lecavelier*, Rec.659).

Enfin, il s'avère que l'affermage n'est pas une technique réservée à la délégation de la gestion opérationnelle des services publics. Outre que certains juristes classent le cas précédent, donnant lieu à perception de taxes, hors du service public, l'affermage peut s'appliquer aux terrains.

B. Rémunération du fermier

Le fermier gère le service public à ses risques et profits, mais à la différence de la concession, il n'a pas eu à faire l'avance de ses frais d'installation, et ses coûts sont donc inférieurs. Aussi, le tarif des redevances perçues par le fermier comprend deux parties.

La première partie du tarif perçu constitue la rémunération proprement dite du fermier. Elle doit être précisée par le contrat, et prévue selon un calcul précis qui tient compte de plusieurs éléments : les charges d'exploitation du service, la privation de valeur commerciale de l'exploitation (un service public ne s'assimile pas à un fonds de commerce). La seconde partie du tarif perçu est une sorte de taxe, encaissée par le fermier pour être reversée à la personne publique responsable du service public. Cette somme doit être calculée de façon à compenser les charges supportées par la personne publique du fait de la mise à disposition de l'ouvrage nécessaire. Elle comprend les amortissements de cette immobilisation, ainsi que les intérêts de l'emprunt éventuellement contracté pour l'acquérir.

C. Régime juridique

Les installations de la ferme obéissent à un régime particulier. Le fermier n'a pas à financer en principe, les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public. Il peut cependant avoir à faire l'avance du fonds de roulement (CE, 3 juin 1987, *Soc. nîmoise de Tauromachie*, LPA 15 juin 1988, note Poujade), ou peut être amené à financer certaines installations, à condition qu'elles ne constituent que des accessoires des installations principales. Dans tous les cas, le fermier prend à sa charge les frais d'entretien courant car ils relèvent de l'exploitation du service public. Pour fixer les engagements des parties, les installations neuves font l'objet d'une procédure de réception des travaux analogue à celle qui concerne les constructions privées, les installations anciennes sont soumises à une prise de possession, analogue à un état des lieux en matière de contrat de baux d'habitation. Cette délimitation permet d'apprécier plus facilement les imputations de responsabilité qui pourraient survenir dans l'exécution de l'affermage. En effet, les dommages qui résultent des ouvrages eux-mêmes sont imputés à la personne publique responsable; ceux qui résultent du fonctionnement du service relèvent de la responsabilité du fermier.

La durée du contrat d'affermage est en général inférieure à celle d'une concession, parce que le fermier n'a précisément pas la charge du financement de l'investissement en ouvrages. L'étalement nécessaire des frais d'établissement est donc moins long avant de dégager une rentabilité. La durée n'est cependant pas un critère de distinction entre la concession et l'affermage (CE, 3 juin 1987, *Soc. nîmoise de Tauromachie*, préc.). Cette durée ne peut pas être limitée par le pouvoir réglementaire, notamment par voie de circulaire; elle constitue d'ailleurs un choix stratégique sur lequel le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint (CE, 23 juillet 1993, *C.G.E.*, préc.).

Le régime contentieux de l'affermage est par ailleurs guidé par le principe du respect de l'équilibre (notamment, mais pas exclusivement, financier) du contrat. Ainsi, le juge du contrat ne peut pas, à la différence de la concession, annuler la résiliation irrégulière d'un contrat d'affermage (CE, 19 avril 1989, *Soc. des transports urbains d'Angers*, RDP 1989.1784). Il ne peut pas non plus annuler les mesures litigieuses prises par la personne publique responsable (affermant) (CE, 3 juin 1987, *Soc. nîmoise de Tauromachie*, préc.). En revanche, la protection du fermier est réputée moindre que celle du concessionnaire, parce que les risques sont moins élevés (rareté du monopole). Il est d'usage dans les contrats-type de prévoir une garantie de révision à termes échelonnés (5 ans), et la possibilité de percevoir des produits annexes (publicité).

§ 3. - La régie intéressée

La régie intéressée est un contrat de transfert de la gestion opérationnelle des services publics, dans lequel une personne publique qui fait fonctionner le service en confie la gestion à un tiers, appelé régisseur, qui agit pour le compte de la personne publique et reçoit d'elle une rémunération indexée sur des indicateurs d'activité du service.

A. Nature juridique

Sans contestation possible, la régie intéressée est un contrat, qui plus est un contrat spécifique, autonome par rapport à la concession et l'affermage, ainsi qu'en a décidé la juridiction administrative (CE, 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, Rec.291, concl. Fouquet, *AJ* 1986.105). Elle présente des traits communs avec la régie dans le sens où c'est en principe la personne publique responsable qui a fondé le service, l'a organisé et, pendant le contrat, en assure elle-même l'exploitation matérielle (premier niveau de l'activité de service public). Elle s'en différencie parce qu'un tiers est chargé de la gestion opérationnelle. Cette dernière remarque constitue également un point commun avec la concession, mais la régie intéressée s'en différencie parce que le régisseur tire sa rémunération de l'intéressement que lui verse la personne publique responsable, alors que le concessionnaire se rémunère directement sur les usagers.

Certains auteurs considèrent que la régie intéressée est un mandat, puisque le régisseur agit au nom et pour le compte de la personne publique responsable du service public (M. Waline, *La notion de régie intéressée*, *RD* 1948.337, J.-C. Douence, *Rép. Dalloz Coll. loc.*, 6152.23). Cependant, cette qualification qui semble assez adaptée n'est jamais apparue explicitement en jurisprudence, peut-être en raison de la méfiance traditionnelle qu'a le juge administratif français pour la notion de mandat.

B. Rémunération du régisseur

La rémunération est variable en fonction des résultats de l'activité du service. Elle résulte de deux éléments dont l'un est toujours exigé par la jurisprudence, le second étant apparemment facultatif. La première composante de la rémunération est un pourcentage sur le chiffre d'affaires, c'est-à-dire sur les ventes, les produits de l'activité du service. La seconde composante, est diverse. Elle peut être fondée sur la productivité, les économies de gestion, le développement commercial, les bénéfices. Elle prend le plus souvent la dénomination de primes.

C. Régime juridique

Le régisseur détient la gestion opérationnelle du service public. Il dispose donc d'une certaine autonomie de gestion. Il n'est assimilable ni à un prestataire de services qui fournirait, de l'extérieur, des prestations élémentaires d'exécution du service, ni à un salarié de la collectivité, puisque sa rémunération est un intéressement proportionnel aux résultats.

La personne publique responsable est toujours propriétaire des ouvrages ou installations éventuellement nécessaires à la gestion du service public, qui par ailleurs ne sont ni loués ni affermés. De même, les sommes perçues sur les usagers et encaissées par le régisseur sont la propriété de la personne publique, ce qui explique que le contrôle comptable et financier applicable au régisseur soit le même que celui des régies d'avance.

Enfin, bien qu'aucun texte ne le précise, le régisseur n'est pas en principe tenu des pertes du service. Il n'assume pas la gestion à ses risques et profits comme le ferait un concessionnaire. Plutôt qu'un entrepreneur, poursuivant le profit maximal en acceptant les risques, le régisseur est un gérant dont on aiguise l'ardeur en lui proposant un intéressement.

§ 4. - La gérance

La gérance est un contrat de transfert de la gestion opérationnelle du service public, dans lequel une personne publique qui fait fonctionner le service en confie la gestion à un tiers, appelé gérant, qui agit pour le compte de la personne publique et reçoit d'elle une rémunération forfaitaire qui est comptée dans les charges d'exploitation du service. Ce mode de gestion est à l'évidence très proche de la régie intéressée, la différence provenant de la rémunération du gérant.

A. Nature juridique

La même analyse que celle de la régie intéressée peut être reconduite. La gérance est un contrat, et très probablement un contrat de mandat. Le contenu du contrat est multiple. En général, le gérant définit le règlement du service, engage le personnel, choisit les entreprises prestataires de service pour l'exécution matérielle d'éléments de service public, assume l'entretien courant des ouvrages et installations. Il est donc plus qu'un simple prestataire de service, ou qu'un salarié.

B. Rémunération du gérant

La rémunération du gérant est forfaitaire, c'est-à-dire qu'elle est fixée en valeur nominale dans le contrat pour toute sa durée. Elle est versée par la personne publique responsable du service public. Cette rémunération doit couvrir les charges d'exploitation et assurer un surplus au gérant. En pratique, cette valeur nominale est actualisée en fonction d'indices économiques généraux, ou spéciaux en rapport avec l'activité du service.

Au forfait de rémunération peuvent s'ajouter une ou des primes d'intéressement proportionnelles à l'activité du service, mais celles-ci sont toujours facultatives et ne sauraient représenter l'essentiel des versements de la personne publique au gérant. En aucun cas, le gérant n'encourt de risque économique, puisque le forfait, actualisé, lui sera versé, quels que soient les produits du service.

§ 5. - Le marché d'entreprise de travaux publics

On peut s'étonner de voir figurer ici l'étude d'un marché de travaux publics. En réalité, depuis quelques années, on s'est rendu compte que ces marchés comportaient non seulement la réalisation de travaux et d'ouvrages publics, mais encore l'exploitation d'un service public grâce à ces travaux et ouvrages (Y. Gaudemet, *Le marché d'entreprise de travaux publics*, *Moniteur TPB*, 23 déc. 1988, p. 44). On appelle ainsi marché d'entreprise de travaux publics un contrat par lequel une personne publique responsable d'un service public charge un tiers, d'une part, de la réalisation des installations nécessaires à un service public, d'autre part, de leur exploitation, en contrepartie d'une rémunération versée par la personne publique à ce tiers.

Les marchés d'entreprise de travaux publics présentent des traits communs par rapport aux concessions qui confient simultanément aux tiers la construction et l'exploitation de services publics, et que l'on qualifie de concessions de travaux et de service public (X. Bezançon et O. Van Ruymbeke, *Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ?*, *AJ* 1990.813). Cependant, le fait que le tiers soit rémunéré directement par la personne publique et non par les redevances perçues sur les usagers exclut la qualification de concession (CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec.812; CE, 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, Rec.723, *RDP* 1972.239, concl. Gentot et 1245, note Waline, *AJ* 1971.649, chr.; CE, 8 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec.246, *RFDA* 1986.231, concl. Dandelot).

Sans qu'il soit possible d'entrer ici dans les détails, il faut admettre que le marché d'entreprise de travaux publics est un marché public (P. Terneyre, "Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages publics collectifs, le marché d'entreprise de travaux public", *Mél. Aubry*, 1992, p. 315), et qu'à ce titre, il est principalement soumis à un régime juridique différent de celui des contrats opérant transfert de la gestion opérationnelle des services publics, mais qu'il emprunte à ces derniers certains éléments (durée très longue, possibilité pour le juge de prononcer l'annulation des résiliations irrégulières : CE, 9 décembre 1983, *SEPAD*, Rec.498, *RFDA* 1984.34, concl. Genevois).

En réalité, le marché d'entreprise de travaux publics pose un réel problème de classement dans les catégories actuelles du droit administratif. Si ce marché constitue l'achat par une personne publique de prestations complexes, en échange d'un prix, on ne saurait soutenir d'une part que la possibilité d'exploiter le service public soit un élément du prix. Le service public est une fin et non un moyen; il ne constitue pas un fonds de commerce. On ne saurait non plus négliger, d'autre part, le fait que, concrètement, les tâches confiées aux entrepreneurs dépassent quelquefois la simple exécution matérielle du service public (premier niveau d'activité) et s'étendent à la gestion opérationnelle (exemple de la collecte et du traitement des déchets; contre-exemple de l'ingénierie financière - prestation intellectuelle - de la construction des lycées). Il s'agit d'un problème de frontière.

§ 6. - Les contrats innomés

Le droit administratif n'est pas un droit formaliste, à preuve le juge administratif ne se tient pas à la dénomination des actes lorsqu'il doit exercer sur eux son contrôle. Le marché d'entreprise de travaux publics sert ainsi le plus souvent à déqualifier des "concessions" ou des "afferriages" qui n'en sont pas (CE, 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, Rec.723, *RDP* 1972.239, concl. Gentot et 1245, note Waline, *AJ* 1971.649, chr.). La "régie intéressée" est quelquefois une concession ou une régie. Le droit des contrats n'est pas plus formaliste. Le code civil lui-même prévoit la possibilité de conclure des contrats dont les caractéristiques ne sont pas figées dans les catégories qu'il prévoit (art. 1107 : Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales). Il en résulte que les personnes publiques ont toujours la faculté de confier à d'autres personnes juridiques la gestion opérationnelle des services publics par des contrats qui n'entrent pas dans les types qui viennent d'être évoqués, ou par des groupes de contrats. En ce domaine, l'imagination peut encore prendre le pouvoir (*Cf.* CE, 23 mars 1992, *Martin*, Rec.130, *AJ* 1992.375, et chr.333, montage d'EuroDisney).

Dans certains cas, c'est la loi même qui impose des contrats d'un type nouveau sans les qualifier. Ainsi de la loi du 19 juin 1979 à propos des transports publics d'intérêt local, des lois du 9 janvier 1985 et 30 décembre 1988 quant au conventionnement des remontées mécaniques, de la loi du 22 juin 1987 relativement à la construction d'établissements pénitentiaires.

CHAPITRE 2

Modes unilatéraux de transfert de gestion du service public à des personnes privées

Ces termes recouvrent des transferts de la gestion *opérationnelle* d'un service public par une mesure *unilatérale* de la personne publique responsable de la gestion stratégique de ce service.

Certaines personnes privées, déjà existantes ou fondées pour l'occasion, peuvent se voir confier unilatéralement par une personne publique, une mission de service public. Cette attribution résulte soit de la loi, soit d'un acte réglementaire (décret, arrêté), soit d'un acte nominatif (arrêté, lettre simple); elle peut être implicite ou explicite. Le caractère très souple de ces transferts explique la prolifération souvent dénoncée d'organismes privés chargés de la gestion opérationnelle d'un service public, ainsi que le caractère fictif de la personnalité morale de certains d'entre eux.

En général, ce type de transfert est utilisé pour confier la gestion d'un service public à caractère administratif, et plus précisément d'un service public à caractère administratif relevant de la responsabilité normale de l'Etat. Le contrôle juridictionnel sur les délégations que les collectivités territoriales pourraient opérer sur leurs services publics à caractère administratif, a en effet contribué à limiter fortement ces dernières.

En revanche, il n'existe pas de tendance quant à la portée de ces attributions. Certaines aboutissent à transférer l'ensemble de la gestion opérationnelle d'un service public à une ou des personnes privées. D'autres ne réalisent qu'un transfert partiel en associant les personnes privées (J. Chevallier, "L'association au service public", *JCP* 1974.I.2667), en les faisant seulement participer à l'exécution même du service public avec une autonomie certaine (certaines fédérations sportives par exemple). La délégation ici traitée est celle qui a pour but de transférer totalement ou quasi-intégralement la gestion opérationnelle d'un service public. L'association au service public lorsqu'elle ne se traduit pas par un plein transfert, n'est pas un mode de gestion, au sens de la gestion opérationnelle. Elle sera traitée en tant que telle *infra*.

Les motivations du transfert unilatéral de service public à des personnes privées sont nombreuses, mais pas toujours pertinentes. On a évoqué la possibilité de soustraire le service public au régime du droit administratif. L'argument est certes valable pour les attributions de services publics à caractère administratif, il l'est moins s'agissant de services publics à caractère industriel et commercial dont la gestion pourrait être confiée par contrat à ces personnes privées. Il paraît d'ailleurs que cette préoccupation aboutit autant à éviter le financement de ces services par l'impôt qu'à contourner les règles de la comptabilité publique dans l'attribution de subventions. On a signalé le caractère démocratique permettant d'associer directement les citoyens intéressés, adhérents, usagers, personnels à la gestion du service public, mais ce résultat pourrait aussi bien être atteint par le recours à la formule de l'établissement public (ce qui explique en pratique, la difficulté de distinguer un établissement public d'un organisme privé inconnu chargé d'une mission de service public). En réalité, cette situation est souvent guidée par des motifs de pure opportunité dans l'intervention. Il s'agit surtout d'occulter une intervention directe des personnes publiques dans des domaines où l'initiative privée a déjà pris en charge l'organisation d'activités d'utilité publique reconnues ultérieurement d'intérêt général, et dans d'autres où la qualification de service public administratif résulte plus d'une catégorie jurisprudentielle mal nommée que de la nature de l'intervention (exemple des cantines, des ponts et autoroutes, des hôpitaux).

Les conséquences de ces modes de délégation ne sont pas obligatoirement à la hauteur des espérances. Les organismes privés chargés de la gestion opérationnelle d'un service public n'échappent pas à une bureaucratisation comparable à celle des services en régie des personnes publiques. Leurs actes les plus lourds de conséquences ont été reclassés dans la catégorie des actes administratifs par le juge administratif. Enfin, l'imbrication étroite entre public et privé ainsi réalisée entraîne une confusion dans l'esprit des citoyens qui, en raison des similitudes de régime, ont tendance à voir l'Etat dans toute institution, même privée.

L'étude des principes généraux de la délégation fait apparaître ainsi les embarras de la jurisprudence face à ce phénomène. L'étude de quelques modes de délégation illustre l'indétermination de l'intervention des personnes publiques.

Section I. PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA DÉLÉGATION UNILATÉRALE

§ 1. - Ampleur des domaines de délégation

Le principe de base qui régit l'intervention de la personne publique par voie de délégation du service public à une personne privée est qu'elle n'est pas limitée dans son domaine, à l'exception du service public de la police administrative qui doit être géré en régie (*Cf. infra*).

Le domaine sanitaire, social et mutualiste

L'exemple classique qui inaugure l'évolution est donné dans l'arrêt *Caisse primaire Aide et protection*, (CE, 13 mai 1938, D 1939.3.65, note Pepy, concl. Latournerie), applicable aux caisses primaires de sécurité sociale. Il faut y ajouter les cas des institutions privées d'aide aux mineurs délinquants (CE, 19 décembre 1969, *Ets Delannoy*, Rec.595, RDP 1970.787, concl. Grévisse, note Waline, AJ 1970.99, chr., D 1970.268, note Garrigou-Lagrange); des établissements hospitaliers privés participant au service public hospitalier (lois du 31 décembre 1970 et 31 juillet 1991); des caisses de mutualité sociale agricole (CE, 2 juillet 1984, *Vinçot et Le Borgne*, Rec.450; CE, 26 septembre 1986, *Union des caisses centr. de la mutu. agr.*, Rec.220); de la Confédération nationale du crédit mutuel (TC, 2 mai 1977, *Conféd. nat. du crédit mutuel*, Rec.667); de la Caisse nationale des barreaux français (CE, 11 octobre 1978, *Chevallier*, Rec.734); des caisses de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'Etat (CE, 25 mai 1962, *Archambot*, Rec.351, Ircantec).

Le domaine agricole

Les arrêts les plus connus à propos du régime des actes de délégation de service public indiquent de quoi il peut s'agir. Se sont vus confier un service public les groupements de défense contre les ennemis des cultures (CE, 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec.32, RDP 1961.155, concl. Fournier, AJ 1961.142, note C.P); les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (CE, 13 juillet 1968, *Capus*, D 1968.674, concl. Bertrand, AJ 1968.577, note J.D.M.); les organismes d'information des agriculteurs (CE, 13 octobre 1978, *ADASEA du Rhône*, Rec.368, RDP 1979 899, note Robert, AJ 1979.1.22, chr., D 1979.249, note Amsselek et J. Waline).

L'organisation des professions

Elle est souvent confiée à des organismes dont il ne devrait plus faire de doute qu'ils sont des personnes privées : comités d'organisation (CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239, RDP 1943.57, concl. Ségalat, note Bonnard; CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, Rec.413, AJ 1985.274, note Godfrin, RFDA 1985.381, concl. Dutheillet de Lamothe, note Moderne); centres techniques industriels (CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec.401, AJ 1964.91, note A. de L., RDP 1963.1186, note Waline); groupements d'armateurs pourtant chargés d'un service public à titre temporaire (CE, 27 novembre 1970, *Agence maritime Marseille-Fret*, Rec.704, RDP 1971.987, note Gentot, AJ 1971.150, chr., D 1971.344, note Pacteau, JCP 1971.2.16756, note Moderne); ordres professionnels (*Cf. infra*, étude détaillée) (CE Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec.86, D 1944.52, concl. Lagrange, note Donnedieu de Vabres, S 1944.3.1, concl., note Mestre).

Les loisirs

L'exemple le plus ancien, déjà cité, est la Comédie française (CE, 21 novembre 1947, *de Castex*, Rec.133). On y ajoutera, dans un autre genre, les casinos (CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, Rec.237); les syndicats d'initiative (CE, 7 décembre 1960, *Jardin*, Rec.681); les fédérations sportives (CE, 22 novembre 1974, *Féd. des ind. fr. d'articles de sport*, Rec.576, concl. Théry, AJ 1975.19, chr., RDP 1975.1109, note Waline, D 1975.739, note Lachaume.); les associations communales de chasse agréées (CE, 30 novembre 1977, *Assoc. des chasseurs de Noyant-de-Touraine*, Rec.467).

L'enseignement et ses accessoires

L'exemple naturel résultant de l'absence de monopole de l'enseignement est que les établissements privés sous contrat d'association ou sous contrat simple participent à l'exécution même du service public (TA Paris, 10 décembre 1985, *Darricadère*, Rec.545); mais la solution s'étend aux associations de sport scolaire et universitaire (CE, 16 février 1977, *Dame Archeray*, Rec.88, D 1977.633, note Plouvin); au transport scolaire (CE, 4 mars 1983, *Assoc. fam. rurale de circuit et de transp. des élèves de la rég. de Meslay-du-Maine*, Rec.91, JCP.2.20211, note Debouy).

§ 2. - Identification jurisprudentielle des délégataires

L'identification jurisprudentielle de la délégation de service public est équivalente à la qualification jurisprudentielle de la nature publique ou privée de l'organisme spécialisé qui assure l'activité. En effet, la jurisprudence administrative opère dans la catégorie des organismes spécialisés, une partition entre deux sous-catégories : celle d'établissement public et celle de personne privée. Si l'on est en présence d'une personne spécialisée chargée de la gestion d'un service public, celle-ci peut être soit un établissement public, soit une personne privée, mais elle ne peut pas être autre chose. Elle ne saurait non plus être à la fois l'un et l'autre (concl. Ségalat sur CE Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239, *RDPA* 1943.57; et CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, Rec.413, *AJ* 1985.274, note Godfrin, *RFDA* 1985.381, concl. Dutheillet de Lamothe, note Moderne, à propos de l'Institut français du pétrole).

A. L'identification prédéterminée

On mettra de côté le cas où l'organisme inconnu n'est pas avec certitude une personne morale. Pour des critères de définition, voir les incertitudes sur la Commission des opérations de Bourse (M. Guillaume-Hofnung, "Réflexions sur la nature juridique de la Commission des opérations de Bourse", *RDPA* 1982.1343; et CE, 22 juin 1984, *Soc. Pierre et cristal*, Rec.731, *D* 1986.IR.25, obs. Moderne et Bon). La question unique ici posée est donc de savoir si une institution spécialisée est de nature publique (auquel cas il ne peut s'agir que d'un établissement public), ou si elle est de nature privée (auquel cas sa forme juridique précise peut être variée).

Il peut arriver que l'institution spécialisée soit qualifiée d'établissement public soit par le législateur (expressément ou dans les travaux préparatoires), soit par le pouvoir réglementaire (lorsqu'il est compétent). Dans ce cas, la qualification s'impose à tout acteur juridique y compris aux juridictions (cas des fédérations départementales de pêche, loi du 29 juin 1984; des chambres départementales, conseils régionaux et conseil supérieur du notariat, ord. du 2 novembre 1945). Il s'agit d'un critère textuel. Il peut arriver, à l'inverse, que l'institution spécialisée à qualifier soit dotée par un texte d'une forme juridique habituellement réservée aux personnes privées. Dans ce cas, la tendance de la jurisprudence est à considérer qu'il s'agit de personnes privées (V. pour une association pourtant chargée de la gestion d'un service public, TC, 4 mai 1987, *du Puy de Clinchamps*, Rec.817).

B. L'identification problématique (faisceau d'indices)

Reste les cas de l'absolu silence des textes. Dans ce cas, les institutions en cause ne peuvent être reconnues comme établissements publics qu'en raison de « la nature même des règles concernant leur organisation et leur fonctionnement » (CE Ass., 23 décembre 1957, *Barrot*, Rec.675, à propos des économats de l'armée). La méthode de la jurisprudence est alors empirique. Elle consiste à rechercher des indices de la nature publique d'une personne morale. Si ces indices sont concordants, on parle alors de faisceau d'indices. Cet embarras traduit bien combien l'intervention de l'État peut prendre des formes multiples et discrètes, soit qu'elle échappe à la conscience du législateur, soit qu'il préfère ne pas attirer l'attention, et aussi combien la frontière entre public et privé est fluctuante.

Il faut alors faire une constatation générale sur la question de la nature publique ou privée des institutions spécialisées. Le problème posé à la jurisprudence administrative n'est pas de savoir dans l'abstrait si un organisme est un établissement public ou une personne privée. Il est de savoir si cet organisme est un établissement public ou une personne privée chargée de la gestion d'un service public. Or, les indices qui permettent de savoir si une personne privée est chargée de la gestion d'un service public sont les mêmes que ceux qui permettent de qualifier un établissement public. Cela provient du fait que d'une part, pour être chargé d'un service public, il faut faire l'objet d'un rattachement à une personne publique, et d'autre part, qu'il est de l'essence même de l'établissement public d'être rattaché à une personne publique. Ce qui est dominant dans cette situation, c'est la gestion du service public, et c'est pourquoi il est faux de dire que l'établissement public est un service public doté de la personnalité morale : le schéma s'est inversé, un service public peut être confié à une personne publique ou à une personne privée. Dans les deux cas, une personne publique intervient, directement ou indirectement. La différence est qu'elle souhaite se placer pour cette intervention sous un régime globalement de droit public, auquel cas il y aura établissement public, ou globalement de droit privé, auquel cas on passera par une personne privée.

Dans le silence des textes, la jurisprudence administrative a désormais recours à la méthode du faisceau d'indices. Ces indices sont au nombre de quatre. Ils ne sont pas cumulatifs, la présence des quatre indices à la fois n'est pas nécessaire. Ils n'ont pas tous le même poids, mais aucun d'entre eux ne saurait emporter seul la décision (sinon dans ce dernier cas il s'agirait d'un véritable critère). Seule la réunion de plusieurs d'entre eux amènera le plus fréquemment le juge à qualifier une institution de personne publique. Mais ce n'est pas une certitude.

Premier indice : l'origine de l'institution

La fondation de l'institution spécialisée par la loi sans autre qualification ou par un acte administratif (en général un décret) est un indice de la qualité de personne publique. Au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, cet indice avait une forte valeur. Léon Blum, commissaire du gouvernement sur l'affaire Pichot (CE, 21 juin 1912, *Delle Pichot*, Rec.712, concl. Blum; TC, 31 mai 1913, *Pichot*, Rec.605, S 1916.3.43) pouvait déclarer « on naît établissement public, on ne le devient pas ». L'origine de l'institution n'a plus la valeur d'un critère depuis l'exception de l'Ecole française de droit du Caire, fondée par des personnes privées sous la forme d'une association, mais qui a été reconnue comme un établissement public en raison de son but, de son organisation et du recrutement de son corps enseignant (CE Sect., 24 décembre 1937, *de la Bigne de Villeneuve*, Rec.1089, D 1938.185). Mais l'indice persiste.

Deuxième indice : le but de l'activité de l'institution

Un but d'intérêt général, transformable en but de service public est un indice de la qualité d'établissement public. On dit traditionnellement que l'établissement public est un service public doté de la personnalité morale. Cette reconnaissance est aisée en cas de service public à caractère administratif, elle l'est moins s'il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial.

Troisième indice : les rapports de l'institution avec les personnes publiques.

Les dirigeants ou les membres du conseil d'administration de l'institution peuvent être par exemple nommés, agréés, proposés, par une autorité administrative. Y a-t-il un contrôle budgétaire ou financier exercé par une autorité publique ? En résumé, l'institution est-elle soumise à des contraintes qui ne s'appliquent pas normalement à des personnes privées ? Dans l'affirmative, il y a un indice positif de la qualité de personne publique. Un exemple peut en être trouvé dans l'arrêt Brincat (CE, 20 juin 1919, *Brincat*, Rec.535, D 1922.3.13, note Puget, à propos des caisses de crédit municipal, malgré la qualification d'établissements d'utilité publique, donnée, il est vrai, par une loi du 24 juin 1851 antérieure à la jurisprudence de 1856).

Quatrième indice : la détention par l'institution de prérogatives de puissance publique.

La question est de savoir si les institutions à qualifier ont le pouvoir de prendre unilatéralement des décisions qui s'imposent aux personnes qu'elles désignent. Par exemple, la détention d'un monopole légal (cas des caisses de crédit municipal détenant un monopole de prêt sur gage dans l'arrêt Brincat), la possibilité de se financer par des taxes assimilables à des contributions directes, l'obligation d'appartenir à ces institutions pour exercer certaines activités.

Dans l'affaire du Canal de Gignac (TC, 9 décembre 1899, *Assoc. synd. du canal de Gignac*, Rec.731, S 1900.1.49, note Hauriou), le Tribunal des conflits, à propos du classique problème des voies d'exécution, est appelé à se prononcer sur la nature publique ou privée de ces institutions spécialisées que sont les associations syndicales autorisées ou obligatoires. Ces associations regroupent, parfois d'autorité, les riverains présumés intéressés par des travaux d'intérêt collectif (assainissement, drainage, irrigation). L'adhésion peut être rendue obligatoire par le préfet, qui peut par ailleurs intervenir dans le budget de l'association, et les ressources de l'association sont des taxes. La détention de prérogatives de puissance publique, mais aussi les contraintes imposées aux associations syndicales autorisées dans leur fonctionnement, ont semblé justifier la nature publique de ces institutions, malgré le caractère d'intérêt collectif plutôt que d'intérêt général qu'elles poursuivaient (elles ont d'ailleurs été expressément reconnues comme des établissements public à caractère administratif par le Conseil constitutionnel : CC, 22 janvier 1990, *AJ* 1990.471, note Benoît-Rohmer).

La détention de prérogatives de puissance publique est un indice assez puissant, notamment vis-à-vis des juridictions judiciaires qui sont aussi appelées, au hasard du contentieux, à qualifier des institutions spécialisées. Ainsi, une Société nationale des entreprises de presse (SNEP) avait été fondée en 1946 (loi du 11 mai 1946) pour récupérer et gérer certains actifs de la presse libérée. Or, en vertu de ce texte, la SNEP dispose du pouvoir de recouvrer ses créances par voie d'état exécutoire. L'état exécutoire est une technique de recouvrement de créances particulière aux personnes publiques. Lorsqu'un particulier s'estime titulaire d'une créance, il doit pour en obtenir l'exécution forcée contre un débiteur récalcitrant, obtenir un jugement auprès d'un tribunal de l'ordre judiciaire. Lorsque l'État (ou une autre personne publique) s'estime créancier, il n'a pas besoin de saisir un tribunal. Il émet un titre exécutoire appelé état exécutoire. Si le débiteur veut s'y opposer, il faut qu'il aille devant un tribunal et se trouve en position de demandeur. S'il ne s'y oppose pas, l'État peut faire procéder directement à des voies d'exécution pour recouvrer sa créance. La chambre commerciale de la Cour de cassation relève que la SNEP est chargée de la gestion d'un service public, et qu'elle est investie de prérogatives de puissance publique. Négligeant sa

pure dénomination de "société", la Haute juridiction qualifie donc la SNEP d'établissement public (Cass. com., 9 juillet 1951, *SNEP*, *D* 1952.141, note Blaevoet, *S* 1952.1.125, note Drago).

Rappelons-le cependant : aucun de ces indices n'est de nature à imposer une qualification déterminée. La qualification d'établissement public connaît, de plus, des limites en tout sens.

C. L'identification sous contrainte

Limites textuelles

Il faut se rendre à cette évidence que les textes qui laissent dans l'ombre un organisme innomé sans le qualifier d'établissement public ne sont pas non plus très clairs sur le régime de celui-ci et comportent notamment des dispositions hétérogènes (c'est normal s'agissant d'intervenir dans des conditions moins contraignantes que par la régie), dont certaines sont incompatibles avec la nature publique d'une institution.

Par exemple, la forme juridique des groupements de défense contre les ennemis des cultures (arrêt Magnier) était celle des syndicats professionnels. Cette analogie textuelle avec des institutions de droit privé (Code rural, art. 343 ss.) se double de la nécessité d'un agrément par le Préfet. Le Conseil d'État a donc jugé que la présence cumulée exigée par un texte, de la forme de syndicat professionnel et d'une sujétion de procédure comme l'agrément, habituellement réservées aux personnes privées, interdisait de considérer ces institutions comme des établissements publics.

De même, dans l'affaire ces centres régionaux de lutte contre le cancer, le commissaire du gouvernement Ordonneau admettait au stade de l'appel devant le Conseil d'État (CE Ass., 9 juin 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer "Eugène-Marquis"*, Rec.384, concl. Ordonneau, le Conseil d'État a tout de même estimé qu'il s'agissait d'une difficulté de compétence suffisamment sérieuse pour la renvoyer au Tribunal des conflits) que tout allait dans le sens de la qualification d'établissement public. Mais d'une part ces centres étaient soumis à un agrément ministériel, d'autre part, la législation leur accordait le bénéfice de l'application du régime des établissements d'utilité publique en matière de dons et legs. Le Tribunal des conflits juge donc que les textes, en conférant des éléments du régime des personnes privées à ces institutions leur dénie la qualité d'établissements publics. (TC, 20 novembre 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer "Eugène-Marquis"*, Rec.879, *AJ* 1962.17, chr., *D* 1962.389, note de Laubadère, *RDP* 1962.964, note Waline, *RA* 1961.621, note Liet-Veaux, *JCP* 1962.12572, note J.-M. Auby).

Dans l'affaire Chevassier (CE, 4 avril 1962, *Chevassier*, Rec.244, *D* 1962.327, concl. Braibant), il s'agissait de qualifier les fédérations départementales de chasseurs, chargées de la gestion d'un service public et dotées de prérogatives de puissance publique (monopole, obligation d'adhésion, ressources quasi-fiscales). Le faisceau d'indices réunis était certes impressionnant, mais il ne fut pas non plus décisif. En effet, avant la refonte de leur régime juridique (loi du 28 juin 1941), les fédérations de chasseurs étaient des associations purement privées. De plus, les fédérations départementales de pêche (réaménagées par la loi du 12 juillet 1941) sont des personnes privées parce qu'elles ont été expressément qualifiées par la loi d'établissements d'utilité publique.

Enfin, l'Institut français du pétrole a été identifié comme une personne privée parce qu'il avait été fondé en 1944 par les comités d'organisation institués par la loi du 17 novembre 1943, et que cette loi dispose précisément que les "établissements professionnels" ont la même nature juridique que les organismes qui les fondent. Pourtant le faisceau d'indices était tout aussi fourni que dans les cas précédents (CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, Rec.413, *AJ* 1985.274, note Godfrin, *RFDA* 1985.381, concl. Dutheillet de Lamothe, note Moderne).

Limites jurisprudentielles

La jurisprudence administrative est en réalité maîtresse de la qualification d'une institution spécialisée dans le silence ou dans l'imprécision des textes. Il n'y a pas lieu de s'en étonner. Le silence du législateur avait sûrement quelques raisons d'être. Il ne faut pas en conclure que l'on soit en présence d'un existentialisme juridique. « Si vraiment l'existence précède l'essence, l'homme est responsable de ce qu'il est » (J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, p. 24). Or, la jurisprudence administrative n'est pas responsable de la manière d'agir de ces institutions innomées, ni du régime que leur confère le législateur.

L'exemple des groupements d'intérêt public est édifiant à cet égard (*Cf. supra*, Titre II, sous-titre II, chap. 1, section II, § 4). En réalité, si le législateur n'a pas entendu qualifier expressément les groupements d'intérêt public, c'est en raison du contexte politique de l'époque, qui avait incité un parlementaire habituellement modéré à accuser le gouvernement de vouloir nationaliser la recherche privée.

En conclusion, on ne peut que rappeler les deux éléments exigés en droit positif pour qu'une activité soit un service public. Il faut qu'elle soit organiquement rattachée à une personne publique (1). Il faut qu'elle soit exercée dans un but d'intérêt général (2). Le rattachement organique à la personne publique se déduit dans les cas d'organismes de nature innomée, des principes jurisprudentiels d'identification de l'établissement public. Le but d'intérêt général résulte soit de la qualification législative, soit de la jurisprudence administrative (*Cf. supra*).

Section II. LA DIVERSITÉ DES MODES DE DÉLÉGATION UNILATÉRALE

§ 1. - La gestion ordinale

Le rôle des ordres professionnels dans la gestion des services publics, en même temps qu'il entraîne des innovations dans la définition des actes administratifs, fournit l'objet de nombreuses controverses. Pour donner le fil directeur des développements qui suivent et pour expliquer le classement des ordres professionnels dans ce chapitre, il faut avertir que la thèse ici soutenue est que les ordres professionnels sont des personnes privées.

A. Historique

Les ordres professionnels sont des organismes d'intervention agissant dans le domaine d'une profession, dans le but d'en encadrer les activités. Ce type d'organisme est aussi ancien que l'idée même d'Etat (Bas-Empire romain), mais la réalité des ordres professionnels a été beaucoup plus constante que celle de l'Etat, notamment à l'époque médiévale du développement des communautés urbaines, puis sous les premières monarchies (F. Olivier-Martin, *L'organisation corporative de l'Ancien Régime*, Sirey, 1938). On les appelle alors corporations et depuis la monarchie absolue, tout l'effort de l'Etat qui s'affermir consiste à essayer de les supprimer. Un édit de Turgot en 1776 prohibe les associations entre travailleurs, le décret d'Allarde, des 2-17 mars 1791, interdit les communautés professionnelles.

Or, certaines de ces corporations ont été rétablies par l'Empire. Il en est ainsi des professions juridiques : Chambres des notaires (1803), Ordre des avocats (1810). D'autres ont reçu leur statut du régime de Vichy : Ordre des médecins, des pharmaciens, des vétérinaires. Enfin, au moment de la Libération (1945-46), ces régimes ont été confirmés, refondus et étendus à d'autres professions (architectes, experts-comptables, géomètres-experts).

Ainsi l'Etat après les avoir supprimés, a autorisé le rétablissement des ordres professionnels, en les encadrant de manière stricte afin que la régulation de la profession par elle-même soit toujours effectuée dans un but d'intérêt général.

B. Organisation

L'organisation des ordres repose, en l'absence de tout texte d'application générale, sur des principes dégagés par la pratique. Tout d'abord, l'organisation ordinale est à plusieurs niveaux : au moins deux, national et régional (experts-comptables); parfois trois, départemental en sus (médecins). Ensuite, les ordres professionnels procèdent d'un mécanisme d'élection. Enfin, l'adhésion à l'ordre est obligatoire pour toute personne qui veut exercer la profession. En contrepartie, les ordres sont soumis à un contrôle de l'Etat. Certains sont dotés d'un commissaire du gouvernement, tous sont soumis au contrôle du juge administratif qui connaît de leurs décisions administratives par la voie du recours pour excès de pouvoir, et de leurs jugements par la voie de la cassation.

C. Attributions

Les ordres professionnels ont pour objet exclusif l'encadrement de la profession. Leurs compétences sont donc logiquement limitées par cet objet. Il ne s'agit pas en effet de réglementer le service public qu'assure la profession mais seulement l'organisation institutionnelle de cette dernière, ses conditions d'accès et d'exercice. Le conseil de l'ordre des médecins n'est pas responsable du service public hospitalier, par exemple. On distingue classiquement des attributions administratives et des attributions juridictionnelles.

Les attributions administratives sont à leur tour d'une double nature. L'ordre prononce des décisions individuelles ou réglementaires.

Les mesures individuelles concernent surtout l'accès à la profession. Cet accès, en général limité par un *numerus clausus*, fait l'objet d'une inscription au tableau. Les lois et les règlements définissent des conditions précises de diplôme, d'expérience et de moralité pour l'admission à l'exercice de la profession. Les ordres ont compétence liée

pour se prononcer sur la demande d'un candidat. Soit il ne remplit pas les conditions fixées (défaut de moralité : CE, 5 janvier 1977, *Brayotel*, GP 1977.2.590, note Calvo, pour des indelicatesses; CE, 8 avril 1970, *Tarral*, Rec.225, pour une condamnation pourtant amnistiée), et l'ordre peut refuser l'inscription, soit il les remplit et l'ordre doit inscrire le candidat (CE, 19 février 1943, *Nicol*, Rec.45). Il n'est pas de la compétence de l'ordre d'ajouter de nouvelles exigences aux dispositions des textes (CE, 15 mai 1943, *Grémeau*, Rec.122).

Les décisions individuelles peuvent être contestées par leur destinataire à l'intérieur de l'ordre, par la voie de recours hiérarchiques, préalables obligatoires à tout recours juridictionnel. Les décisions des conseils nationaux des ordres relèvent du contrôle du Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir (CE Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo*, Rec.544, *RPDA* 1954.3, concl. Chardeau, *AJ* 1954.2.138, note de Soto, chr., jugeant « qu'eu égard à la nature de cette matière, quelles que soient les formes dans lesquelles elles interviennent, ces décisions n'ont pas un caractère juridictionnel »). Cela dit, s'agissant de décisions techniques, et de politique jurisprudentielle, le Conseil d'Etat n'exerce qu'un contrôle **restreint** sur les mesures d'inscription au tableau (CE, 24 avril 1964, *Cons. nat. de l'Ordre des médecins*, Rec.981), notamment lorsque la Cour d'appel statuait à titre d'autorité administrative (recours contre les décisions du Conseil de l'Ordre des avocats), ainsi que sur la fixation du taux des cotisations à l'ordre (CE, 22 juillet 1977, *Barry*, Rec.368, *RTD S.S.* 1978.40, note Dubouis; CE Sect., 23 octobre 1981, *Synd. de l'architecture*, Rec.388, *AJ* 1981.597).

Les décisions réglementaires des ordres professionnels sont étroitement encadrées. Le point essentiel qui explique la matière est le refus de reconnaître aux ordres professionnels un pouvoir réglementaire général, même sur l'objet spécial qu'est l'organisation de la profession. Par exemple, les codes de déontologie, élaborés par l'ordre intéressé, proposés au ministre compétent, sont arrêtés par le Gouvernement ou par le ministre si un texte en dispose ainsi. En aucun cas, un ordre professionnel ne peut ajouter des conditions d'exercice de la profession au code de la santé publique, surtout en visant son propre pouvoir réglementaire (CE, 31 janvier 1969, *Union nat. des grandes pharmacies de Fr.*, Rec.54, *AJ* 1969.197, chr., *D* 1969.360, note Guibal, *Dr. soc.* 1970.137, note Bazex, *RTD S.S.* 1969.177, une loi du 27 octobre 1966 a confirmé cette jurisprudence en exigeant la forme d'un RAP). Il faut d'ailleurs noter que la juridiction administrative exerce un contrôle approfondi sur les codes de déontologie lorsqu'ils touchent aux libertés individuelles des membres de l'ordre : leur légalité est subordonnée à leur nécessité (CE, 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés prof. des experts-comptables*, Rec.492, *RDP* 1951.212, concl. Odent, note Waline, *Dr. soc.* 1950.391, note Rivero, contrôle comparable à celui des mesures de police)..

Cependant, la loi peut prévoir que certaines dispositions de nature réglementaire entrent dans la compétence des ordres, qui détiennent alors d'un pouvoir réglementaire par exception (CE, 14 février 1969, *Assoc. nat. synd. des médecins exerçant en groupe*, Rec.96, *AJ* 1969.198, chr., à propos de la fixation des clauses des contrats-types de sociétés de médecins; V. aussi CE, 11 juillet 1988, *Conseil dép. de l'Ordre des méd. des Alpes-Maritimes*, Rec.291). De plus, les organes composant l'ordre possèdent le pouvoir réglementaire traditionnel d'organisation de leurs services, tel que celui de fixer un règlement intérieur.

Les décisions administratives sont susceptibles d'entraîner la responsabilité des ordres en application des règles générales de la responsabilité publique. La juridiction administrative a eu l'occasion de préciser les conditions d'engagement de cette responsabilité (CE, 5 décembre 1947, *Froustey*, Rec.164; CE, 1er octobre 1954, *Delle Costier*, Rec.502, *Dr. soc.* 1955.81, concl. Laurent, *JCP* 1954.2.8446, note Savatier).

Les attributions juridictionnelles.

Elles s'exercent dans le cadre disciplinaire. L'ordre professionnel est en effet le juge de tous ceux qui pratiquent l'exercice de la profession, sans préjudice des actions civiles ou pénales qui pourraient être engagées (pour un cumul, CE, 5 janvier 1951, *Dame Faure*, Rec.6, *RDP* 1951.935).

La procédure disciplinaire est prévue par le règlement intérieur de chaque ordre. Sachant qu'elle aboutit à des décisions juridictionnelles, il faut signaler des particularités par rapport aux règles de procédure en vigueur devant les juridictions étatiques. La publicité des débats n'est pas en principe obligatoire (CE, 27 octobre 1978, *Debout*, Rec.395, concl. Labetoulle, absence de principe général du droit), l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne s'applique pas (CE, 11 juillet 1984, *Subrini*, Rec.259, *RTD S.S.* 1985.1.25, note Dubouis, pour le Conseil d'Etat, les juridictions ordinaires ne statuent pas sur des droits et obligations à caractère civil ou pénal, alors que la Commission ou la CEDH ont, de jurisprudence constante, affirmé l'inverse, req.18160/91, 2 décembre 1992, *Diennet c/ France*). L'appel incident n'est pas recevable (CE, 6 février 1981, *Lebard*, Rec.74, *AJ* 1981.371, chr.; et CE, 4 octobre 1991, *Milhaud* (2 arrêts), Rec.320 et 714, *AJ* 1992.233, note Théron). L'ensemble de ce régime laisse donc pour l'instant à désirer (sauf en matière médicale, Cf. décret 93-181 du 5 février 1993, R. Debbasch, *JCP* 1993.I.3663).

Le droit disciplinaire n'est pas régi par le principe de la légalité des fautes. Tout manquement aux devoirs de la profession ou toute atteinte à sa réputation est donc potentiellement une faute disciplinaire. La liste est ainsi fluctuante et extensive, la seule garantie en la matière est le contrôle du juge. Les sanctions au contraire sont strictement définies (avertissement, blâme, suspension, radiation, interdiction), et leur publicité prévue.

Les décisions disciplinaires juridictionnelles rendues en dernier ressort relèvent du Conseil d'Etat par la voie de la cassation, même sans texte (CE Ass., 7 février 1947, *d'Aillières*, Rec.50, *RDP* 1947.68, concl. Odent, note Waline, *JCP* 1947.2.3508, note Morange). Le contrôle du Conseil d'Etat comprend l'exactitude matérielle des faits (CE Sect., 2 février 1945, *Moineau*, Rec.27, *D* 1945.269, note Colliard), la qualification juridique des faits (CE Sect., 14 mars 1975, *Rousseau*, Rec.194, *AJ* 1975.350, chr., *RDP* 1975.823, concl. Dondoux, *JCP* 1976.2.18423, note Nérac), mais exclut celui de la proportionnalité de la sanction à la faute (CE, 8 avril 1949, *Philippon*, Rec.172), ou celui de l'appréciation des faits -réservé au juge du fond- (CE, 2 février 1957, *Jockel*, Rec.82; CE Sect., 18 juin 1993, *M. Haddad*, *AJ* 1993.572, concl. Kessler). Cependant, comme tout contrôle de cassation il exclut aussi l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 29 avril 1988, *Cuaz*, Rec.176, *AJ* 1988.400, concl. Daël), ce qui, en la matière, est difficilement acceptable. Ce défaut est en partie comblé par l'utilisation, dans le contrôle de cassation, de la substitution de motifs (CE Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, concl. Kessler, *RFDA* 1993.1002, *AJ* 1993.579, chr.).

Les décisions des ordres lorsqu'elles sont considérées comme juridictionnelles ne sauraient engager la responsabilité publique (CE, 4 janvier 1952, *Pourcelet*, Rec.4, *D* 1952.2.304, concl. J. Delvolvé, *JCP* 1952.2.7126, note Rivero; CE, 15 février 1963, *Grunberg*, Rec.94, *AJ* 1963.233, chr.), sauf en cas de faute lourde commise à l'occasion de l'exercice de la fonction juridictionnelle (CE Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec.542, *RDP* 1979.1742, note Auby, *D* 1979.278, note Vasseur, *AJ* 1979.11.45, note Lombard).

D. Nature juridique

Une constatation s'impose tout d'abord, les ordres professionnels ne possèdent pas en tant que tels la personnalité morale. Seuls les Conseils et chambres des différents échelons (départementaux, régionaux, nationaux) sont des personnes morales en application de la loi. En aucun cas, la loi ne précise la nature juridique publique ou privée de ces personnes.

La jurisprudence administrative a successivement reconnu que «le législateur avait entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public» confié aux ordres (CE Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec.86, *D* 1944.52, concl. Lagrange, note Donnedieu de Vabres, *S* 1944.3.1, concl., note Mestre). Mais le même arrêt conclut expressément que les ordres professionnels ne sont pas des établissements publics.

La question s'est alors posée de savoir si les ordres professionnels constituaient une catégorie nouvelle de personnes publiques (mixte pour C. Eisenmann, "L'arrêt Monpeurt : légende et réalité", *Mél. Mestre*, 1956, p. 221, innommée pour Mestre, note sous l'arrêt Bouguen). Il est vrai que dans ses conclusions sur l'arrêt Monpeurt, le commissaire du gouvernement Ségalat suggérait de rompre avec l'interprétation classique (ou bien un organisme spécialisé est un établissement public ou bien il est une personne privée) pour adopter une interprétation innovatrice (ou bien établissement public, ou bien personne privée, ou encore personne innommée). Or l'arrêt Monpeurt n'a pas reconnu la qualification de personne innommée et l'arrêt Magnier a choisi la solution la plus lourde de conséquences en acceptant la nature administrative des actes de toutes les personnes privées chargées de la gestion d'un service public. On en conclut ainsi que l'interprétation innovatrice n'a pas été retenue par le Conseil d'Etat, ce que tendent à confirmer trois indices : le Conseil d'Etat n'a jamais pris sur la nature juridique des ordres professionnels une position qui serait contraire à celle de l'arrêt Bouguen, ou simplement différente; la jurisprudence récente tire de la négation du caractère d'établissement public à un organisme spécialisé la conséquence qu'il s'agit d'une personne privée (CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, Rec.413, *AJ* 1985.274, note Godfrin, *RFDA* 1985.381, concl. Dutheillet de Lamothe, note Moderne, à propos de l'Institut français du pétrole); une personne publique peut assumer le service public d'organisation et de contrôle d'une profession par les moyens qu'elle juge nécessaires (TC, 13 février 1984, *Cordier*, Rec.447, *RA* 1984.588, note Pacteau, *RDP* 1984.1139, note R. Drago, où l'organisation d'une profession, en l'espèce de commissaire aux comptes, n'impose pas l'existence d'un ordre).

Il n'existe aucune raison particulière de penser que les prérogatives de puissance publique des ordres soient si fortes ou si particulières qu'elles justifient à elles seules la création d'une nouvelle catégorie de personnes publiques. Par ailleurs, le fait que leur régime juridique soit composé d'une grande partie de droit public, ou que les contentieux ordinaires relèvent des juridictions administratives n'est évidemment pas suffisant pour les distinguer de simples organismes privés chargés de la gestion d'un service public. Il existe en revanche nombre d'arguments pour affirmer qu'une innovation de ce genre ne pourrait être que le fait d'une loi, et non de la jurisprudence. En termes

d'identification, cette catégorie poserait des problèmes encore plus subtils que ceux actuellement traités lors de la distinction entre établissement public et personnes privées chargées de la gestion d'un service public, ce qui n'est pas peu dire. Enfin, au-delà d'arguments tirés du droit positif, il semblerait un contresens de classer dans les personnes publiques des organismes apparus antérieurement aux personnes publiques connues actuellement en droit positif, et contre lesquels l'Etat a précisément cherché à lutter dès qu'il s'est préoccupé d'assurer sa prééminence dans l'organisation des marchés et la supériorité de son intervention dans les structures économiques.

§ 2. - La gestion associative

Sans qu'il soit besoin d'entrer dans les détails de la loi de 1901 (*Cf. R. Brichet, Associations et syndicats, Litec, 1992*), le statut des associations à but non lucratif est suffisamment souple pour permettre à des personnes publiques de les fonder, de les déclarer, et de les gérer. Ces associations étant des personnes morales régies par le droit privé, elles répondent aux objectifs précédemment évoqués d'éviter de placer l'intervention d'une personne publique sous le régime du droit administratif. Cet avantage est particulièrement sensible dans deux perspectives : les subventions, qui échapperont en première approximation aux règles de la comptabilité publique; les contrats (de prestation de service ou de travail) qui échapperont aux règles des contrats administratifs.

Les associations interviennent dans des domaines matériels très divers (*Cf. supra*), et l'utilisation qu'en a la personne publique responsable du service public est variable. On peut étudier trois situations.

A. L'association fictive

L'association peut d'abord être un paravent de la personne publique, c'est-à-dire ne disposer que formellement de la personnalité morale. Fondée à l'initiative d'une personne publique, elle est composée, totalement ou presque, de personnes morales publiques; elle fonctionne grâce à des fonds publics qui constituent l'essentiel de ses ressources. En bref, il ne s'agit pas d'une véritable personne morale, car elle ne dispose d'aucune autonomie de décision, elle est incapable de se déterminer par elle-même. On peut même douter qu'il s'agisse d'un outil de délégation de la gestion opérationnelle d'un service public, puisque les décisions de gestion ne sont pas prises par l'association mais par la personne publique responsable. La distinction entre délégrant et déléataire est, elle aussi, fictive.

La fondation de ce type d'associations est issue d'une part de la nécessité de gérer durablement un service public que le juge qualifierait d'administratif au motif qu'il n'est pas industriel et commercial, et d'autre part de la volonté de ne pas le faire sous la forme d'un établissement public (voir par exemple les maisons des jeunes et de la culture, le Centre d'information civique). Elles sont également susceptibles de précéder la constitution d'un établissement public, et constituent à ce titre seulement des sortes d'administrations de mission (fondation du Centre national d'art et de culture par exemple). On les désigne quelquefois sous le terme d'associations administratives. Justement et régulièrement dénoncées par la Cour des comptes, elles prolifèrent notamment pour assurer des compléments de rémunération ou des avantages en nature aux fonctionnaires des personnes publiques qui les fondent (Institut de gestion sociale des armées, Associations du personnel municipal).

Le juge administratif ne s'en laisse d'ailleurs pas conter. Il procède éventuellement à une requalification de ces personnes privées en vertu de ce que l'on pourrait appeler la théorie de la transparence des associations. Ainsi en advint-il d'un patronage public communal géré par une association purement fictive (CE Sect., 17 avril 1964, *Commune d'Arcueil*, Rec.230, *D* 1965.45, concl. Combarous, *AJ* 1964.290, chr.), de l'association pour l'information municipale de la ville de Paris (CE, 11 mai 1987, *Divier*, Rec.168, *RD* 1988.264, note J.-M. Auby), ou pour l'Etat, de l'association du sport scolaire et universitaire (CE Sect., 2 février 1979, *Gauthier*, Rec.39, *AJ* 1979.11.48, concl. Dondoux).

B. L'association mixte

Sa caractéristique, à la différence des précédentes, est de posséder une autonomie réelle. Elle compte, parmi ses adhérents, des personnes publiques et des personnes privées, sans que les personnes publiques dépassent les trois quarts des membres ou détiennent de plein droit le pouvoir de direction de l'association. Ce type d'associations sert de structure de cogestion, pour assurer la participation de personnes privées au fonctionnement d'un service public. Un exemple dans l'intervention des collectivités territoriales est donné par les syndicats d'initiative. Au niveau national, on peut citer l'Association pour la Formation professionnelle des Adultes (A. Mestre, "Les associations d'économie mixte", *AJ* 1980.164). En réalité, l'association n'est pas vraiment mixte, puisque, en cas de litige, le juge devra choisir entre la qualification de personne publique ou celle de personne privée. Ce n'est, bien sûr, que dans la seconde hypothèse qu'il s'agit vraiment d'un mode de délégation à une personne privée.

C. L'association privée chargée de la gestion d'un service public

Des associations composées uniquement de personnes privées ont pu se fonder hors de toute initiative publique et organiser un domaine dans lequel une personne publique décide d'étendre son intervention. Une solution simple, économique et discrète consiste à reconnaître dans l'activité de ces associations privées un but d'intérêt général et à produire un régime normatif d'encadrement de l'activité ou du domaine qui traduise l'apparition d'un rattachement organique à la personne publique. Ainsi, les associations concernées se voient-elles confier unilatéralement la gestion opérationnelle d'un service public.

Ces cas sont tout de même peu fréquents. Ils ne doivent, en tout cas, pas être confondus avec celui des nombreuses associations qui se trouvent seulement associées au service public par des actes isolés d'habilitation, d'agrément, d'autorisation (le vocabulaire n'est pas fixé et la même réalité juridique se cache parfois derrière des dénominations différentes). On rappellera pour mémoire, les "fédérations sportives", expressément qualifiées d'associations depuis la loi du 16 juillet 1984, les associations familiales, les associations assurant l'hospitalisation à domicile, qui ont la charge de gérer globalement, ou par secteurs, un service public.

Troisième Partie

DES TECHNIQUES D'ASSOCIATION AU SERVICE PUBLIC

Les personnes publiques responsables d'un service public peuvent dans l'exercice de cette gestion, faire participer les personnes privées à une partie des activités de service public, ou simplement à la recherche du but d'intérêt général. On peut utiliser alors l'expression d'association au service public. D'autres termes sont possibles : collaboration, participation, contribution, coopération, concours, au service public.

Il ne s'agit pas d'un mode de gestion du service public dans le sens où le but de cette association n'est pas le transfert matériel d'une partie cohérente de la gestion opérationnelle du service public à une personne privée. L'association au service public est simplement une désignation commode pour un ensemble assez hétérogène de techniques juridiques que l'on utilise plutôt pour symboliser une action légère des personnes publiques. En réalité, ce qui est visé, c'est la collaboration elle-même. Une collaboration entre personnes publiques et personnes privées qui évite le plus possible l'action unilatérale et surtout réglementaire de la part des personnes publiques, une collaboration qui demande aussi aux personnes privées sinon d'abandonner dans tous les cas la recherche du profit, du moins d'accepter, dans l'exercice de leur activité, des limites, voire des points de contrôle fondés sur des buts d'intérêt général.

L'association au service public ainsi entendue connaît une gradation. Le noyau minimal de l'association au service public consiste pour certaines activités privées, considérées comme sensibles, à respecter une compatibilité avec l'intérêt général (section I), même en l'absence d'un service public "identifié". L'idée est ici que l'action d'ensemble des services publics des personnes publiques serait troublée par la présence au sein du corps social d'éléments dissonants quant au but de l'activité.

Le régime le plus souple de l'association au service public consiste, en présence d'un ou de plusieurs services publics identifiés, à inciter les personnes privées à agir dans le même sens que le service public ou à prendre en charge des éléments du service public, soit en leur conférant des avantages juridiques (section II), soit en renonçant symboliquement à l'action unilatérale pour promouvoir un mode d'action négociateur (section III).

Enfin le régime le plus fort de l'association au service public est l'association forcée (section IV). Il passe outre le consentement des personnes privées, et les associe par voie de réquisition à des tâches de service public dictées par l'urgence. Cette technique juridique demeure exceptionnelle.

Section I : L'ASSOCIATION MINIMALE : LE RESPECT DE L'INTERÊT GENERAL

Le point commun de ces techniques juridiques est de constituer non une modalité positive de coopération de plusieurs personnes juridiques publiques ou privées à la production des actes administratifs ou à la réalisation matérielle des prestations, mais une modalité négative, qui a pour objet de s'assurer ou de prendre acte qu'une activité exercée par une personne privée n'est pas incompatible avec l'intérêt général. En conséquence la déclaration, comme l'autorisation doivent être préalables, c'est-à-dire produites avant même l'exercice de cette activité privée.

Le principe de base du recours à ces techniques est que seule la loi peut instaurer un régime d'autorisation ou de déclaration préalables. A défaut de loi, toute réglementation édictée par une autorité administrative, surtout en matière de police, si elle impose une déclaration ou une autorisation, est considérée comme illégale (CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec.363, *D* 1951.589, concl. Gazier, note J.C.). La seule exception de portée générale apparaît lorsque l'activité privée donne lieu à occupation privative du domaine public (CE, 17 janvier 1986, *Mansuy*, *AJ* 1986.185, *RD* 1987.817).

§ 1. - La déclaration préalable

Le régime de la déclaration est plutôt léger. Elle a pour seul but d'informer une autorité administrative de la mise en œuvre d'une activité privée qu'il y a lieu de surveiller.

A. Exemples

De nombreux exemples peuvent être pris dans le domaine des libertés publiques. Le régime de déclaration préalable est celui de la constitution des associations de 1901 si elles veulent acquérir une entière personnalité

juridique. En application de l'article 5 de cette loi, cette déclaration doit être faite en préfecture ou en sous-préfecture, et il en est donné récépissé dans le délai de cinq jours. Il est également applicable à la constitution des syndicats, dont les statuts doivent être déposés en mairie, le maire étant chargé de les transmettre au ministère public pour qu'en soit vérifiée la régularité. Il faut signaler à cette occasion que la compétence de l'autorité administrative est plus vaste que ne pourrait le laisser penser l'interdiction de principe de soumettre à déclaration une activité en l'absence de loi. En effet, dans les matières où les garanties fondamentales de libertés publiques ont déjà été limitées de manière générale par une législation antérieure, l'autorité administrative peut par acte réglementaire préciser et parfois tirer les conséquences de ces limitations (CE, 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, Rec.570, AJ 1961.20, concl. Heumann, *Dr. soc.* 1961.141, note Teitgen). D'autres exemples sont relatifs au droit de l'urbanisme : c'est le cas par exemple de la déclaration de travaux, applicable aux aménagements qui ne nécessitent pas l'obtention d'un permis de construire (art. R. 422-3, C. urb.).

B. Régime

Le régime de déclaration peut se limiter à exiger d'une personne privée un acte déclaratif, qui donnera lieu à vérification de légalité, sans prévoir plus de détails. Il peut en outre être associé au respect de prescriptions tenant à la nature de l'activité, c'est-à-dire déclencher l'application d'une réglementation spécifique (loi du 19 juillet 1976, sur les installations classées). Enfin, le régime de déclaration préalable peut être couplé avec un régime d'interdiction prévu par les textes. Dans ce dernier cas, la déclaration préalable déclenche l'instruction au fond du dossier portant sur l'activité en cause. Par une décision motivée, l'autorité administrative peut alors édicter une interdiction temporaire, la décision définitive ressortissant à une autorité juridictionnelle. C'est le cas des lois du 30 octobre 1886 pour l'enseignement primaire, du 15 mars 1850, dite Falloux, pour l'enseignement secondaire, et de la loi du 12 juillet 1875, pour l'enseignement supérieur (les autorités juridictionnelles sont les Conseils de l'éducation nationale quant aux premiers types d'enseignement, ou un organisme juridictionnel quant au dernier).

§ 2. - L'autorisation

La différence fondamentale entre l'autorisation et la déclaration préalable est que le régime d'autorisation permet à l'autorité administrative de décider si l'activité privée pourra ou non s'exercer. Elle dispose en quelque sorte de l'initiative du point de déclenchement. Parce qu'il s'agit d'une technique préventive, l'autorisation est une atteinte forte aux libertés publiques, qui ne peut être imposée que par le législateur (dans les conditions rappelées supra).

Les domaines de l'autorisation sont extrêmement variés. Ils peuvent même toucher les personnes publiques : ainsi, les conseils régionaux ne peuvent organiser une coopération trans-frontalière qu'avec l'autorisation du gouvernement (loi du 2 mars 1982, art. 65), les créations ou transformations d'institutions médico-sociales sont soumises dans certains cas à autorisation (loi du 6 janvier 1986, art. 12).

A. Conditions de l'octroi de l'autorisation

La loi peut prévoir les conditions de délivrance d'une autorisation en des termes précis qui aboutissent à une véritable compétence liée de l'autorité administrative. Mais en l'absence de précision provenant du texte institutif, l'octroi de l'autorisation relève du pouvoir discrétionnaire, ou de l'appréciation de la seule opportunité (par exemple, le permis de conduire, soumis à un examen, c'est-à-dire à une appréciation d'opportunité). Dans ce dernier cas, demeure la possibilité d'un recours juridictionnel. Mais le degré du contrôle du juge varie selon la précision des textes et la nature de l'auteur du recours. Si le requérant est le pétitionnaire de l'autorisation, le contrôle est normal, si c'est un tiers qui agit, le contrôle est restreint (par exemple, en matière de permis de construire). Quant à l'imprécision du texte, l'autorité administrative ne saurait, en l'absence de contrainte textuelle, édicter un régime d'autorisation tel que les autorisations délivrées le seraient de manière arbitraire (CE, 12 janvier 1983, *Caminade*, RDP 1983.1679). Rien n'exclut cependant, que les conditions d'octroi de l'autorisation fassent l'objet d'une directive (CE Sect., 29 juin 1973, *Soc. Gea*, Rec.453, AJ 1973.587, chr., note Vier, RDP 1974.547, note Waline, D 1974.141, note Durupty).

B. Contenu de l'autorisation

Il est variable et l'on peut distinguer les autorisations pures et simples, des autorisations conditionnelles. L'autorisation pure et simple se borne à une alternative pour l'autorité administrative : édicter l'octroi ou prononcer le refus. L'autorisation conditionnelle subordonne l'octroi de l'autorisation, et dans certains cas son maintien, au

respect de certaines contraintes. Un exemple-type de ces autorisations conditionnelles est fourni par les autorisations de voirie, permettant l'utilisation du domaine public, délivrées par les municipalités aux entreprises de transport. On sait (*Cf. supra*) que ces autorisations furent à l'origine de la théorie aujourd'hui abandonnée des services publics virtuels (CE, 6 février 1948, *Soc. Radio-Atlantique*, Rec.65, RDP 1948.244, concl. Chenot, note Jèze; CE Sect., 5 mai 1944, *Comp. maritime de l'Afrique orientale*, Rec.129, D 1944.164, concl. Chenot). La particularité de ces autorisations était de contenir des sujétions relatives aux itinéraires, horaires, points d'arrêt et de stationnement. Plus récemment, le Conseil d'État a jugé que le gouvernement avait même l'obligation d'édicter les sujétions de distribution associées aux autorisations d'importation des produits pétroliers (CE, 19 juin 1964, *Soc. des pétroles Shell-Berre*, Rec.344, RDP 1964.1019, concl. Questiaux, AJ 1964.438, note de Laubadère).

C. Forme et procédure de l'autorisation

La forme de l'autorisation, peut aussi être variable. Le régime général des décisions administratives s'applique, et sauf texte contraire une demande d'autorisation à laquelle il n'a pas été répondu dans un délai de quatre mois est réputée refusée. Le fondement de cette règle se trouve dans une loi du 17 juillet 1900, reprise dans le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965. Bien qu'il en ait eu l'occasion, le Conseil d'État ne l'a pas reconnue comme un principe général du droit (CE Ass., 27 février 1970, *Commune de Bozas*, Rec.139, AJ 1970.1.225, chr.). Cependant des dérogations législatives et réglementaires, strictement entendues, prévoient, notamment en matière d'urbanisme et de droit rural, ou dans le secteur audiovisuel depuis la loi n° 94-88 du 1er février 1994, que le silence gardé par une autorité administrative sur une demande de décision vaut acceptation de la demande, c'est-à-dire production implicite de la décision demandée. Le régime de ces décisions implicites d'acceptation est complexe, de plus il se différencie par certains points du régime des décisions implicites de rejet.

- Le délai au terme duquel la décision implicite d'acceptation est réputée intervenue est variable. Les demandes d'autorisation de défrichement (Code for., art. R. 311-6), sont obtenues au bout de quatre ou six mois. Les autorisations de construire (permis de construire) ou de démolir, sont réputées obtenues à l'expiration d'un délai qui est précisé par l'autorité compétente lors de la réception du dossier (Code urb., art. R. 421-12).

- La demande de décision doit être complète, c'est-à-dire comporter les documents exigés par les textes en vigueur. A défaut, le délai ne court pas (CE Sect., 4 juin 1982, *Hensel*, Rec.213, D 1983.260, note Moderne, *Dr. soc.* 1982.641, concl. Stirn).

- La demande, si elle a été adressée à une autorité incompétente, doit être transmise à celle qui est compétente, en vertu du même principe que pour les décisions implicites de rejet, mais le délai ne commence à courir qu'à la date où l'autorité compétente a été effectivement saisie (le principe reste en effet qu'elle doit être adressée à l'autorité compétente : CE, 20 février 1985, *Pieragnolo*, D 1985.342, note Pambou-Tchivounda).

Enfin, on a pu se poser la question de savoir si l'autorisation administrative était cessible entre personnes privées et dans l'affirmative, dans quelles conditions. En principe, tout comme les contrats de délégation du service public, les autorisations sont accordées *intuitu personae*. Cependant, rien ne s'oppose vraiment à ce qu'une demande de cession partielle ou totale d'autorisation soit soumise à l'autorité administrative compétente pour délivrer cette autorisation. Si elle l'accepte, l'autorisation peut être présumée rapportée, pour son ancien titulaire, puis attribuée à un nouvelle personne privée. Il y a modification de la situation juridique, il s'agit en droit d'une nouvelle autorisation. Si l'autorité administrative refuse, l'autorisation reste attribuée à son ancien titulaire, il n'y a pas alors de modification de l'état du droit.

Lorsque la cession est possible, soit en vertu d'un texte spécial, soit par intervention de l'autorité administrative, il était de principe que la cession avait lieu à titre gratuit. En réalité, il existe de nombreuses dérogations. Sont ainsi encadrées par la réglementation les cessions à titre onéreux des licences de débit de boissons (éléments incorporels du fonds de commerce), de taxi, d'exploitation de lignes de transports interurbains (éléments du fonds de commerce). Rien n'empêche en effet les lois du marché et le droit privé de donner une valeur aux autorisations administratives, et c'est sans doute pour limiter cette valeur que la jurisprudence rappelle à point nommé que ces autorisations peuvent toujours être unilatéralement retirées pour des motifs d'intérêt général et sans indemnité. Une indemnité n'est due que dans le cas où des installations réalisées avec agrément de l'autorité administrative ne sont pas amorties, où elles demeurent sur le domaine, et où l'indemnité est expressément prévue dans l'autorisation initiale (J. Dufau, *J.-Cl. adm.*, 406-2).

Section II : L'ASSOCIATION AUX MOYENS NORMATIFS DU SERVICE PUBLIC : LA CONSULTATION

La consultation est traitée ici comme technique de coopération de plusieurs personnes juridiques publiques ou privées à l'action administrative, ou, plus restrictivement, à la production des actes administratifs. Deux arguments sont habituellement avancés pour expliquer le recours à ce procédé. Le premier est d'ordre technique : la complexité du fonctionnement social augmente, et les agents des services ne sauraient être des experts en toute matière. Au fur et à mesure que croît l'intervention, il est donc nécessaire d'avoir recours à des experts, voire à des groupes d'experts. Le deuxième est d'ordre démocratique : la consultation permet d'associer les personnes juridiques qui auront à appliquer ou à subir les actes produits par la personne publique dotée de la compétence d'édition. Cette association qui se situe toujours dans la phase d'élaboration d'un acte juridique ou matériel s'analyse soit comme une participation, soit comme une information.

L'avantage de la consultation réside essentiellement dans une meilleure identification des problèmes à traiter et dans une meilleure acceptation de la décision. Son principal inconvénient est de diluer les responsabilités en masquant dans certains cas l'auteur de la décision, ou de constituer une obligation purement formelle légitimant la décision sans l'améliorer, ce à quoi on pourrait ajouter que les organes consultés ont tendance à exercer une représentation catégorielle d'intérêts collectifs, qui ne s'avère pas particulièrement démocratique. Cependant, la diversité des cas possibles impose de distinguer d'une part, les organes de la consultation, d'autre part, les procédures de consultation.

§ 1. - Les organes de la consultation

A. Principes de fondation

Les organes susceptibles d'être consultés sont très nombreux. Les plus anciens sont connus du droit administratif depuis l'an VIII : il s'agit du Conseil d'État et des conseils de préfecture. On peut y ajouter un organe conçu spécialement pour la consultation : le Conseil économique et social (Constitution, art. 69 à 71, ordonnance portant loi organique du 29 décembre 1958, loi organique du 27 juin 1984). D'autres organes consultatifs font également partie de la tradition d'organisation des ministères : il s'agit des conseils supérieurs des ministères. A titre d'exemple, on peut citer le Conseil supérieur de l'éducation.

Il faut noter que, à l'exception du Conseil d'État et du Conseil économique et social, inscrits dans la Constitution de 1958, la fondation d'organismes consultatifs est une compétence réglementaire. Au nombre des mesures d'organisation du service reconnues à tout chef de service par la jurisprudence Jamart, figure en effet l'institution d'organismes consultatifs (CE, 11 mai 1979, *Synd. CFDT du min. des affaires étrangères*, Rec.203, concl. Galabert, AJ 1979.10.41). Cette fondation ne pourrait évidemment empiéter sur les compétences d'autres autorités prévues par la Constitution, la loi, ou les règlements en vigueur.

Rien n'exclut que les organismes dotés de compétences consultatives en exercent d'autres, qu'il s'agisse de compétences juridictionnelles, comme c'est le cas du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, ou exécutives (forcément réglementaires) comme c'est le cas des autorités administratives indépendantes.

B. Organisation et fonctionnement

Certains organismes consultatifs sont exclusivement composés de fonctionnaires et n'associent pas de personnes privées. La préoccupation que traduit leur institution est essentiellement de coordination interne (Conseil d'État, tribunaux administratifs, conseil général des mines). La plupart ont à l'inverse une composition mixte destinée à permettre la représentation des particuliers. Soit pour des raisons techniques et professionnelles (Conseil supérieur des transports, Commission de la sécurité des consommateurs - loi du 21 juillet 1983 -), soit pour des raisons d'autorité morale (Haut conseil à l'intégration - décret du 19 décembre 1989 -, Commission nationale consultative des droits de l'homme - décrets du 30 janvier 1984 et 21 novembre 1986 -).

Quant aux modalités de fonctionnement des organismes consultatifs, elles sont très variées. Ainsi, quelques uns d'entre eux peuvent être saisis par les personnes privées (Commission d'accès aux documents administratifs), ou même s'auto-saisir (Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics). L'objet de la consultation est également variable. Il peut s'agir de demandes d'avis sur un projet de décision, d'établissement de projets de décisions, de rédaction de rapports d'information sur une question, de propositions de nominations. L'autorité administrative peut même, sauf texte contraire, se borner à saisir un organisme consultatif, de simples éléments ou

de questions (CE Ass., 2 mai 1958, *Synd. auton. des greffiers*, Rec.252, AJ 1958.2.305). Enfin la saisine peut être facultative ou obligatoire comme en témoigne la procédure consultative.

§ 2. - Les procédures de la consultation

A. Régime général de la consultation

Une première constatation d'évidence est qu'une consultation ne peut jamais être imposée à l'autorité investie du pouvoir de décision, si un texte n'en dispose pas ainsi (CE, 25 mai 1992, *Union féd. équipement CFDT*, Rec.952, AJ 1992.690, obs. Letourneur). En ce domaine, l'analogie ne joue pas, sous réserve des règles générales sur le parallélisme des formes et des procédures concernant le même acte ou la même opération.

Pour qu'une procédure de consultation soit régulière, il faut, d'une part, que l'organisme consulté ait une existence légale, et en particulier que les textes constitutifs aient été publiés (CE, 26 octobre 1956, *Pubreuil*, Rec.389). En conséquence, si l'organisme a été illégalement institué, ses avis sont annulés de plein droit (CE, Sect., 1er juillet 1983, *Raveau*, Rec.288, concl. Robineau, RA 1984.46, note Pacteau). Il faut, d'autre part, que l'organisme consulté soit compétent pour rendre sa consultation (CE, 24 février 1984, *Mme Queyrens*, Rec.83).

Le principe applicable est le suivant. Lorsqu'une autorité administrative décide à titre général de soumettre l'exercice de ses propres compétences à l'intervention d'une consultation, elle doit se tenir à ce qu'elle a elle-même décidé. Si la procédure de consultation n'est pas respectée, et si cette irrégularité a exercé une influence sur la décision, la décision sera entachée d'illégalité (CE Ass., 22 juin 1963, *Albert*, Rec.385, AJ 1964.112; CE Sect., 19 mars 1976, *Bonnebaigt*, Rec.167, AJ 1976.413, chr., RDP 1976.1079; CE, 22 juillet 1992, *Synd. viticole de Pessac-Léognan (3ème esp.)*, Rec.300, AJ 1993.61, obs. J.-P. Lebreton). Il en est de même si la procédure de consultation a été respectée, mais est devenue caduque, en raison des changements de circonstances de fait ou de droit qui auraient pu survenir entre la date de la consultation et celle de la décision (CE Sect., 2 janvier 1959, *Union nat. des cadres*, Rec.7; CE, 11 décembre 1987, *Stasi*, Rec.410, D 1989.SC.115).

La jurisprudence administrative assouplit cependant ces exigences afin d'éviter tout excès de formalisme. Ainsi, la décision n'est pas annulée si il était impossible d'obtenir la consultation, en raison du fait par exemple que l'organisme consultatif n'était pas encore constitué (CE, 12 juin 1987, *Ferretti*, Rec.658), ou qu'il avait refusé de siéger (CE Sect., 12 octobre 1956, *Baillet*, Rec.356, D 1956.664, concl. Long), ou encore en cas d'urgence (CE Sect., 9 avril 1976, *SGEN*, Rec.198, AJ 1977.45, note Garrigou-Lagrange, RDP 1977.238). Elle ne sera pas non plus considérée comme irrégulière si l'autorité administrative consultante a remplacé la procédure normale de consultation par une procédure équivalente (CE Ass., 26 novembre 1976, *Soldani*, Rec.508, AJ 1977.26, chr., JCP 1978.18959, note Luchaire, à propos du transfert d'un siège, la commission départementale n'avait pas été consultée, mais le conseil général l'avait été). Enfin, les délais prévus pour que l'organisme rende son avis ne sont pas prescrits à peine de nullité (CE Sect., 23 octobre 1981, *Synd. de l'architecture*, Rec.388, AJ 1981.597, chr.).

B. Régime de la composition des organismes consultatifs

Un organisme consultatif ne se prononce régulièrement que s'il est composé de manière régulière, c'est-à-dire de ses membres, ou suppléants régulièrement désignés, dûment convoqués, et dans le respect des conditions de quorum.

1. Ainsi, des erreurs de procédure dans l'élection des membres (TA Lille, 1er décembre 1992, *Savoie*, AJ 1993.159, obs. Rivaux), la participation de personnes étrangères à l'organisme, entraînent sans aucun doute l'irrégularité des consultations émises (CE Ass., 25 octobre 1957, *Soc. du parc à essence de Chambry*, Rec.554, AJ 1957.2.495, chr., où des suppléants non prévus par les textes avaient été admis à siéger). La jurisprudence est particulièrement rigoureuse s'agissant d'autorités administratives collégiales des collectivités locales, car le fondement est en ce cas législatif, voire constitutionnel (TA Lille, 8 mars 1993, *Devos*, AJ 1993.820, obs. Rivaux; CE, 29 décembre 1993, *Wagnier et Varlet*, AJ 1994.242, chr.). A ces principes, la jurisprudence administrative apporte une notable exception : la légalité de la consultation n'est pas atteinte lorsqu'une personne étrangère, mais possédant la qualité de fonctionnaire, a participé aux travaux d'organismes exclusivement constitués de fonctionnaires et ne délibérant pas sur des questions de personnes (CE Ass., 18 avril 1969, *Meunié*, Rec.208, AJ 1969.431, chr.), sauf s'il est prouvé que cette personne a exercé une influence déterminante sur le prononcé de la consultation.

2. Le quorum est le nombre ou le pourcentage minimum de membres qui doivent être présents ou représentés pour que l'organisme puisse valablement délibérer. L'autorité administrative est autorisée à ne pas convoquer les membres de l'organisme consultatif dont la participation aux travaux est de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'organisme (CE Sect., 19 décembre 1980, *Soc. Au printemps*, Rec.481, concl. Genevois, *AJ* 1981.225, chr., en pratique les fous ou les caractériels), mais ils ne sont pas décomptés du nombre servant de base de calcul au quorum, et il reste de principe que la convocation de tous les membres est de droit (CE, 9 juin 1982, *Union dép. des soc. mutualistes*, Rec.504).

La règle jurisprudentielle générale est simple : à défaut de texte contraire (législatif ou réglementaire), le quorum est fixé à la majorité des membres composant l'organisme (la moitié plus un). Dans tous les cas, cette majorité s'apprécie indépendamment des catégories représentées au sein de l'organisme (CE Sect., 22 décembre 1976, *Cantobion*, Rec.569, *AJ* 1977.320), et le quorum, non atteint lors d'une première réunion, n'est plus nécessaire s'il est procédé à une seconde convocation (CE, 18 mars 1981, *Union synd. des féd. de fonctionnaires CGT*, Rec.577). Cependant, il existe une divergence entre la jurisprudence et les textes dans un cas. Si la consultation est obligatoire, effectuée à la demande de l'Etat ou d'un établissement public à caractère administratif, et si elle est réalisée en vue de décisions concernant les usagers ou les tiers, le quorum est atteint par la réunion de la moitié des membres titulaires de l'organisme (décret du 28 novembre 1983), alors que la jurisprudence ne distingue jamais selon que les membres présents sont titulaires ou suppléants (CE, 5 juillet 1985, *Sarl Ipsos*, Rec.219, *AJ* 1985.555, concl. Jeanneney).

2. Enfin, la composition de l'organisme doit garantir son impartialité. Il s'agit d'un principe général du droit (CE Sect., 29 avril 1949, *Bourdeaux*, Rec.188).

La consultation est donc entachée d'irrégularité si un membre de l'organisme consultatif personnellement intéressé à la décision finale a participé aux travaux (CE, 5 octobre 1955, *Bernard*, Rec.463, confirmé par le décret du 28 novembre 1983, art. 13, qui prévoit cependant que cette participation pourrait ne pas entraîner d'illégalité si elle est restée sans influence sur la délibération). Il en va de même si un des membres de l'organisme a eu un comportement faisant apparaître sa partialité quelle qu'en soit la raison (CE Sect., 9 mai 1952, *Préfet de police*, Rec.233).

En revanche, le fait qu'un des membres ait déjà eu à connaître de l'affaire dans une autre circonstance n'est pas de nature à vicier la procédure de consultation (CE Sect., 27 avril 1988, *Sophie*, Rec.160, concl. Hubac, *AJ* 1988.446, chr., magistrat présidant le conseil de discipline qui avait déjà eu à se prononcer dans une instance pénale sur les faits reprochés à l'intéressé; cette solution n'est pas choquante au regard de la procédure de consultation, mais des principes généraux du droit disciplinaire). De même, il n'existe pas de droit de récusation général applicable aux membres des organismes consultatifs, car seul un texte peut en disposer ainsi (CE, 6 mai 1955, *Esch Chadely*, Rec.238).

C. Portée juridique des avis

La portée des avis est différente suivant la nature des avis, ou si l'on préfère selon la présence ou non d'une obligation de consulter.

Dans le cas de la consultation facultative, c'est-à-dire qui n'est imposée par aucun texte, l'autorité consultante n'est aucunement limitée par la consultation demandée. Si elle se considérait liée, elle aliénerait une partie de sa compétence et commettrait de ce fait une erreur de droit (CE, 6 mars 1957, *Ravalison*, Rec.147, *RJOM* 1958.408, concl. Gazier). Sur un texte donné, l'autorité administrative peut ainsi modifier en tout point son projet, et décider sans avoir à renouveler la consultation (CE Sect., 15 mars 1974, *Synd. nat. CGT-FO des fonctionnaires du Commerce ext.*, Rec.188, *AJ* 1974.432, chr., concl. contr. Braibant, *D* 1975.152, note Pacteau, *JCP* 1975.17923, note Auby). Elle peut même renoncer à obtenir le résultat de la consultation en décidant avant l'émission de l'avis (CE Sect., 28 avril 1967, *Féd. nat. des synd. pharmaceutiques*, Rec.180, *AJ* 1967.401, concl. Galabert).

Dans le cas de consultation obligatoire, au contraire, l'autorité administrative doit procéder à la consultation. A défaut, la décision prise serait entachée d'irrégularité (par ex. CE, 22 juillet 1992, *Synd. viticole de Pessac-Léognan (3ème esp.)*, Rec.300, *AJ* 1993.61, obs. J.-P. Lebreton). Par ailleurs, une fois la consultation effectuée, la liberté de l'autorité administrative est contrainte par un choix. Soit elle prend la décision conforme au projet initial qui avait été soumis à l'organisme pour consultation; soit elle prend la décision conforme au projet tel qu'il résulte du résultat de la consultation (CE, 28 avril 1954, *Commune de Willer-sur-Thur*, Rec.237). Elle ne peut en aucun cas édicter une décision intermédiaire, par exemple qui inclurait des dispositions non soumises à l'organisme consultatif (CE

Ass., 2 mai 1958, *Synd. auton. des greffiers*, Rec.252, AJ 1958.2.305). C'est la conséquence logique du caractère obligatoire de la consultation, qui porte sur le contenu de la décision et non sur le seul principe de cette décision.

Dans le cas, enfin, de consultation obligatoire assortie de l'obligation de décider sur avis conforme (cas rare qui ne peut résulter que d'un texte), la compétence de l'autorité administrative est liée. Cette dernière ne peut édicter qu'une décision en tout point conforme à l'avis. Si l'avis est défavorable, elle ne peut que renoncer à édicter la décision projetée (CE, 26 février 1958, *Bouchereau*, Rec.132, AJ 1958.1.125, chr., JCP 1958.10839, note F.G.). Cependant, même si l'organisme consulté est ainsi étroitement associé au pouvoir de décision, il ne dispose que d'une faculté d'empêcher ou de valider et n'est pas considéré par la jurisprudence administrative comme un co-auteur de l'acte administratif (CE Ass., 19 décembre 1958, X..., Rec.651, AJ 1959.1.31, chr., D 1959.558, note Bourdoncle). C'est ce qui explique que le défaut d'avis conforme ne constitue pas pour l'instant une incompétence (malgré ce que laissent penser certains arrêts : CE, 29 janvier 1969, *Veuve Chanebout*, Rec.43; CE, 19 décembre 1956, *Lancrin*, Rec.607, moyen relevé d'office).

Section III : L'ASSOCIATION AU SERVICE PUBLIC PAR L'INCITATION

Le but commun recherché par ces techniques consiste à inciter les personnes privées à agir dans le même sens que le service public ou à prendre en charge des éléments du service public, soit en leur conférant des avantages juridiques, soit en renonçant symboliquement à l'action unilatérale pour promouvoir l'action multilatérale. Les personnes publiques se font ici négociatrices parce qu'elles estiment y gagner en souplesse et en efficacité. Dans le premier cas, la négociation ne porte pas sur le contenu des avantages, mais sur leur attribution ou non; elle n'affecte pas non plus les moyens juridiques utilisés qui restent unilatéraux. Dans le second cas, dernier stade de l'association, le contenu des avantages est fluctuant, et les actes sont multilatéraux.

§ 1. - L'attribution d'avantages juridiques par des actes unilatéraux

Les deux techniques juridiques de la reconnaissance d'utilité publique et de l'agrément ont un aspect positif : il s'agit de conférer unilatéralement à certaines personnes privées, en considération du fait que leur activité permet d'atteindre des buts d'intérêt général, des avantages juridiques ou le bénéfice d'un régime juridique auxquels elles n'auraient pas normalement accès. Cependant un caractère profond les distingue et en affecte l'usage : la reconnaissance d'utilité publique ne peut être conférée qu'à des personnes privées ne poursuivant pas un but lucratif, alors que l'agrément n'est pas limité par cette condition.

A. La reconnaissance d'utilité publique

Cet acte se distingue de la simple reconnaissance qu'entraîne l'acceptation, par les autorités administratives chargées du contrôle, des statuts déposés par les associations et fondations. Il s'agit d'un acte juridiquement distinct qui confère à ces personnes morales la "grande capacité", c'est-à-dire la capacité de recevoir des dons et legs et de posséder les immeubles nécessaires à leur activité.

La reconnaissance d'utilité publique peut procéder d'une loi qui qualifie expressément ainsi certains organismes, soit en régissant leur catégorie juridique (Chambres professionnelles des notaires), soit en les désignant nominativement (Entraide française). Dans ce cas, les lois fixent un régime particulier auquel sont soumises ces personnes. La reconnaissance d'utilité publique peut aussi, c'est plus fréquent, résulter d'un acte administratif, plus précisément d'un décret après avis du Conseil d'État, lorsqu'il s'agit d'associations ou de fondations dont le régime général résulte des lois du 1er juillet 1901 et du 23 juillet 1987.

Dans ce dernier cas, les conditions de fond de la reconnaissance d'utilité publique sont fixées ainsi par le Conseil d'État : la mission de la personne morale doit être d'utilité publique; et son activité doit avoir atteint une taille suffisante. On peut préciser la mission d'utilité publique en rappelant que cette notion exclut les objets lucratifs, ou simplement trop proches de préoccupations économiques ou professionnelles; politiques et culturels. Il faut aussi rappeler que l'importance de l'activité de ces organismes s'apprécie en fonction de leur ancienneté, de leur nombre d'adhérents, de leur surface financière.

Il existe aussi des conditions de forme. Les lois prévoient pour chaque personne morale concernée des statuts-types, qui malgré leur caractère indicatif, sont en fait obligatoires (pour les associations comme pour les fondations). Ces statuts sont ensuite approuvés. Les règlements intérieurs sont approuvés par le ministre de l'intérieur.

En contrepartie des avantages de la reconnaissance d'utilité publique, l'autorité administrative exerce un contrôle renforcé sur ces organismes. Il s'agit d'une véritable tutelle, s'agissant des actes de disposition. Les délibérations les plus importantes, notamment celles qui concernent le patrimoine, doivent être approuvées par le ministre de l'intérieur. Lorsqu'un recours administratif est exercé contre ces décisions auprès du Premier ministre, il donne lieu à un décret pris après avis du Conseil d'État.

On peut s'interroger sur l'intérêt que présente aujourd'hui la reconnaissance d'utilité publique. Comparativement aux législations d'autres pays comme les États-Unis, l'Allemagne, l'Italie, cette reconnaissance ne confère pas d'avantages fiscaux significatifs dans la gestion courante des organismes ainsi reconnus.

B. L'agrément

L'agrément est un acte par lequel une autorité administrative associe unilatéralement une personne privée au service public. Cet acte a pour effet de conférer à l'institution bénéficiaire de l'agrément, ou à ses membres, soit des avantages fiscaux, soit des subventions, soit des prérogatives de puissance publique. Ce point distingue l'agrément de l'autorisation, cette dernière se contentant de permettre l'exercice d'une activité déterminée sans contrepartie de cette nature. Il ne faut, comme d'habitude en droit administratif, ne pas s'en tenir au vocabulaire, certains égréments étant en fait des autorisations, voire de simples actes recognitifs de droits (J. Rubellin-Devichi, "La phase administrative de l'adoption : l'agrément délivré par les services de l'aide sociale à l'enfance", *RFDA* 1992.896).

L'agrément est également une technique juridique qui ne nécessite pas la vérification de la conformité de l'activité agréée avec l'intérêt général, car ce caractère est présumé. Ce que l'autorité cherche à travers l'agrément, c'est la collaboration de personnes privées à des tâches d'exécution qui par leur nombre ou leur technicité ne pourraient être assurées par une gestion publique sur l'ensemble du territoire. Cet aspect "positif" de l'agrément, son absence de rattachement aux pouvoirs de police, expliquent sans doute la compétence purement réglementaire d'édition des agréments, sans qu'il soit besoin en la matière d'un texte législatif. L'autorité administrative dispose en ce domaine d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (évidemment limité : CE Sect., 26 janvier 1968, *Soc. Maison Génestal*, Rec.62, concl. Bertrand, *AJ* 1968.102, chr., *D* 1969.456, note Fromont; CE, 13 juin 1984, *Assoc. intercommunale de chasse Quercy-Gascogne*, Rec.207, *GP* 1985.39.9).

Le régime de l'agrément est simple. Comme d'autres décisions administratives, l'agrément doit être demandé par la personne privée qui entend en bénéficier : toutes les règles relatives à l'édition de l'acte administratif trouvent donc à s'appliquer (CE, 3 mars 1967, *Soc. Behr Manning*, Rec.105, *AJ* 1967.528, concl. Fournier, note Liet-Veaux; CE, 4 mars 1983, *Organisation de vacances socio-éducatives*, *RTD S.S.* 1983.251). Ce dernier arrêt souligne de plus que l'agrément, à la différence de l'autorisation, est un acte créateur de droits.

Les exemples couramment utilisés sont au nombre de deux. Celui des fédérations sportives, au sein desquelles on doit distinguer les fédérations disposant d'une délégation pleine et entière du service public (une par discipline) afin d'organiser notamment les compétitions nationales et internationales, des autres fédérations qui ne bénéficient que d'un agrément, leur permettant notamment de faire valoir leur représentativité et celle de leurs pratiquants, et d'organiser d'autres manifestations (CE, 19 décembre 1988, *Madame Pascau*, Rec.459, *AJ* 1989.271, note Moreau; CE, 20 janvier 1989, *Fédération franç. de karaté-taekwondo*, Rec.434, *RDP* 1990.575; CE, 22 février 1991, *Melles Bensimon, Guyot, Kamoun*, Rec.61, *AJ* 1991.481, obs. M. Hecquard-Théron). Celui des associations de défense des consommateurs, qui à condition d'être déclarées et donc de disposer de la personnalité morale, peuvent être agréées afin d'exercer en justice les droits reconnus à la partie civile dans les affaires où un préjudice a été causé à l'intérêt collectif des consommateurs (loi du 5 janvier 1988). La vigilance de ces associations contribue donc à relayer l'action du ministère public dans l'intérêt des consommateurs, de l'autorité administrative et de la justice. On pourrait également rappeler dans le même sens, l'action des associations de défense de l'environnement. Mais il existe d'autres types d'agréments, par exemple, ceux qui font participer des personnes physiques à certains services publics sociaux (J. Rubellin-Devichi, "La phase administrative de l'adoption : l'agrément délivré par les services de l'aide sociale à l'enfance", *RFDA* 1992.896).

§ 2. - La renonciation à l'action unilatérale : la contractualisation

La contractualisation est une tendance qu'ont certaines autorités administratives à recourir le plus fréquemment possible à la technique du contrat afin de faire assurer la gestion d'un service public à une autre personne publique que celle qui en aurait normalement la charge. Cette tendance n'est traitée ici que dans l'hypothèse où elle n'aboutit pas à un transfert complet de la gestion opérationnelle du service public (pour ces cas, *Cf. supra*).

A. Contractualisation, consentement et renonciation

On pourrait penser que la contractualisation pose la distinction entre certains modes de gestion supposant le consentement de la personne privée que l'on associe ainsi au service public, et certains autres modes de gestion qui se passeraient de ce consentement en raison du caractère unilatéral de la délégation. En réalité, il n'en est rien. Le transfert de la gestion opérationnelle d'un service public à une personne privée ou son association nécessite toujours le consentement de cette dernière (sauf l'exception de la réquisition, *Cf. infra*). Ce n'est pas, en effet, parce que l'acte de délégation ou d'association au service public est un acte unilatéral, que le consentement de la personne privée n'est pas acquis. La déclaration, l'autorisation, l'agrément, la reconnaissance d'utilité publique, procèdent de demandes des personnes privées qui traduisent une adhésion de principe au régime auquel elles seront soumises en cas d'édition de l'acte demandé.

Le caractère remarquable de la contractualisation est qu'elle donne à voir l'instrument, le contrat, comme le point essentiel de l'action des personnes publiques. Son but principal, et quelquefois unique, est de marquer la renonciation au procédé de l'acte unilatéral.

Il ne s'agit évidemment pas d'une renonciation au sens juridique, car les personnes publiques ne sauraient renoncer à l'édition d'actes unilatéraux qui constituent le fondement principal de leur action. Elle ne peuvent pas y renoncer par voie unilatérale, en s'en remettant de manière générale à une autre autorité, par exemple judiciaire (CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec.583, S 1915.3.9, note Hauriou; ce "privilège du préalable", selon l'expression de Hauriou, a été reconnu par le Conseil d'État comme « la règle fondamentale du droit public » : CE Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec.257, AJ 1982.657, concl. Biancarelli, note Lukaszewicz, D 1983.327, note Dugrip, RA 1982.627, note Pacteau). Elles ne pourraient pas plus le faire par voie contractuelle, d'une part, parce qu'il existe des matières où les personnes publiques n'ont pas toujours le choix entre acte unilatéral et contrat. Dans deux cas, elles doivent utiliser la voie de l'acte administratif unilatéral. Le premier cas est celui où les personnes publiques disposent du pouvoir réglementaire sur l'objet à gérer (CE Sect. 20 janvier 1978, *Synd. nat. de l'enseignement technique agricole public*, Rec.22, AJ 1979.1.37, concl. Denoix de Saint-Marc). Le second est celui des mesures de police administrative (CE, 8 mars 1985, *Assoc. Les amis de la Terre*, Rec.73, AJ 1985.382, note Moreau; RFDA 1985.363, concl. Jeanneney); d'autre part, parce qu'une telle renonciation ne saurait s'appliquer aux clauses réglementaires des contrats qui en constituent en fait l'essentiel et permettent à tout moment à la personne publique de se délier de ses obligations.

Il existe certaines exceptions, cependant, qui permettent de renoncer juridiquement à l'usage de certains actes unilatéraux. Elles sont surtout relatives aux états exécutoires. D'une part, les établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent s'abstenir d'y recourir, en application de l'article 201 du décret du 29 décembre 1962 sur la comptabilité publique. Cette disposition peut donc être rappelée dans un contrat. D'autre part, toute personne publique peut renoncer dans le contentieux contractuel pécuniaire à utiliser la voie de l'état exécutoire. Cela entraîne dans l'état actuel de la jurisprudence, qu'une personne publique peut renoncer au pouvoir de prononcer elle-même des sanctions pécuniaires qu'elle détient pourtant (CE, 26 décembre 1924, *Chemin de fer métropolitain*, Rec.1065, S 1925.3.25, note Hauriou), et qu'elle peut également renoncer à constituer son cocontractant débiteur de sommes dont elle serait créancière en vertu du contrat (CE, 5 novembre 1982, *Soc. Propétrol*, Rec.381, AJ 1983.259, concl. Labetoulle, D 1983.245, note Dubois, JCP 1984.2.20168, note Paillet; CE, 9 octobre 1964, *Billoud*, Rec.456; CE, 13 juin 1980, *Comm. d'Entrange*, RDP 1981.1134). Dans ces deux situations, la personne publique s'adresse évidemment au juge pour obtenir satisfaction de ses demandes, car la renonciation à l'utilisation de l'état exécutoire, fût-il une prérogative de puissance publique, ne saurait entraîner renonciation à l'exercice d'un recours juridictionnel.

B. Diversité des formes de contractualisation

La diversité de ces formes a pu aboutir à remettre en question la distinction traditionnelle entre acte unilatéral et contrat.

Il existe en effet un mode de contractualisation qui ne pose guère de problèmes juridiques. Il s'agit de l'utilisation des véritables contrats, c'est-à-dire d'actes juridiques qui résultent d'un accord de volonté, qui définissent les droits et obligations réciproques des parties. Certes, leur caractère administratif ou de droit privé est quelquefois délicat à qualifier; certes, pour les contrats administratifs, certaines dispositions sont de nature réglementaire, mais la jurisprudence sur la question est relativement fixée. On connaît des exemples de ces véritables contrats depuis la loi du 12 septembre 1940 qui permettait aux entreprises acceptant d'assurer certaines productions en échange de l'accès à un financement privilégié (CE Sect., 10 mai 1963, *Soc. coop. agri. de prod. La Prospérité fermière*, Rec.289, RDP 1963.584, concl. Braibant), jusqu'aux récentes conventions emploi-formation (CE, 23 septembre 1987, *Soc. Sadev*, Rec.292).

Mais il existe bien des procédures de contractualisation qui ne se traduisent pas par un véritable contrat. Ainsi des actes dénommés contrats ou conventions semblent reposer sur un accord de volontés mais n'emportent aucune conséquence juridique en terme de droits et d'obligations vis-à-vis des parties alors qu'elles entraînent plus ou moins directement des conséquences sur les tiers. Ce fut le cas des grandes conventions par lesquelles l'État intervint dans un secteur entier de l'économie nationale : convention État-Sidérurgie, Plan Calcul, et de certaines conventions passées avec les entreprises publiques : contrats de programme, d'entreprise. Enfin, un type de contrats relève d'une procédure spécifique (traitée *infra*), il s'agit des contrats de plan.

En matière de réglementation des prix, par exemple, certains actes unilatéraux n'étaient pris qu'au terme de procédures conventionnelles : contrats de programme, accords de programmation, engagements de modération. Il a cependant été jugé que l'usage des procédures de contractualisation ne remettait pas en question le caractère unilatéral et même réglementaire des actes en cause (CE Sect., 22 mars 1973, *Synd. nat. du commerce en gros des équipements pour véhicules*, Rec.181, AJ 1973.323, concl. Braibant, note Vier, GP 1973.1.376, note Moderne; CE, 23 octobre 1974, *Valet*, Rec.500, AJ 1975.363, note Vier).

De même, spécialement en matière d'organisation des services publics, si des dispositions qui pouvaient être prises par décrets ou arrêtés l'ont été par voie conventionnelle, elles sont considérées comme ayant un caractère réglementaire et le juge les requalifie en actes unilatéraux (CE Sect., 23 février 1968, *Picard*, Rec.131, AJ 1968.457, chr.; CE Sect., 18 mars 1977, *Chambres de commerce de La Rochelle, Belfort, Lille*, Rec.153, concl. Massot; TA Strasbourg, 13 décembre 1983, *Préfet de la Moselle*, Rec.576, convention entre l'Etat et le département pour l'organisation des services publics départementaux; TA Nice, 4 février 1986, *Dame Descamps*, AJ 1986.508, note Moreau, contrat entre l'Etat et une commune comportant l'engagement de ne pas licencier). La justification de cette assimilation d'actes négociés à des actes unilatéraux ne saurait être, bien sûr, que d'en assurer l'opposabilité aux tiers (sur la question, Cf. R. Romi, "La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, AJ 1989.9).

Section IV : L'ASSOCIATION FORCEE AU SERVICE PUBLIC : LES REQUISITIONS

L'association au service public peut enfin prendre une forme extrême, et exceptionnelle, celle qui se prive du consentement des particuliers que l'on associe au service public : la réquisition.

Les réquisitions ont posé un problème particulier qui rappelle que l'association forcée au service public n'est pas constitutive d'une voie de fait. La question s'était posée de savoir si les réquisitions de logement, fondées sur l'ordonnance du 11 octobre 1945, pouvaient être sanctionnées pénalement en application de la loi du 11 juillet 1938 fixant des règles générales aux réquisitions civiles. Le Tribunal des conflits avait d'abord considéré que de telles sanctions constituaient des voies de fait, mais la Cour de cassation s'étant prononcée en sens contraire, le Tribunal des conflits modifia en conséquence sa jurisprudence (Crim. 11 mai 1949, D 1949.261, rapp. Pépy, S 1949.1.129, note de Font-Réaulx; TC, 12 mai 1949, *Dumont*, Rec.596, RDP 1949.371, note Waline).

Il faut aussi rappeler que les tribunaux judiciaires sont compétents pour déterminer les indemnités de réquisition, qu'elles portent sur l'immobilier, les biens mobiliers, ou les services des personnes physiques, en vertu des lois intervenues à ce sujet (loi du 3 juillet 1877, relative aux réquisitions militaires, loi du 11 juillet 1938, relative à l'organisation de la nation pour le temps de guerre, complétée par l'ordonnance du 6 janvier 1959 quant aux réquisitions civiles, ordonnance du 11 octobre 1945 relative aux réquisitions de logement). Mais la compétence de principe, en l'absence de texte, serait celle de la juridiction administrative.

§ 1. - Régimes généraux

Dans trois situations, même si les conditions de mise en œuvre sont strictes, on observe le déclenchement d'un véritable régime général des réquisitions : les réquisitions militaires, les réquisitions civiles, les réquisitions de logement.

A. Les réquisitions militaires

Les réquisitions militaires peuvent être prononcées en cas de rassemblement de troupes ou de mobilisation (loi du 3 juillet 1877, décret du 2 août 1877), par toute autorité militaire. En dehors de ces cas où le ministre de la défense définit le périmètre où s'applique le droit de réquisition, c'est-à-dire lorsque les circonstances l'exigent (en vertu de la loi du 21 janvier 1935), il faut un décret délibéré en Conseil des ministres. Les réquisitions sont toujours écrites et signées.

B. Les réquisitions civiles

Les réquisitions civiles étaient prévues à l'origine par la loi du 11 juillet 1938, art. 1er, dans les cas d'agression manifeste mettant le pays dans la nécessité de pourvoir à sa défense, dans les cas prévus par le pacte de la SDN, et en période de tension extérieure lorsque les circonstances l'exigent. La compétence appartient au Gouvernement après avis du Conseil supérieur de la défense nationale. La loi du 28 février 1950 a rendu la loi de 1938 applicable en temps normal "pour assurer les besoins du pays", ce qui vise les cas de grève générale. Ultérieurement, l'ordonnance du 6 janvier 1959 est venue compléter, et le décret du 26 mars 1962 appliquer, ces dispositions. L'ordre de réquisition, obligatoirement écrit, est signé par une "autorité qualifiée", il faut entendre que ces autorités sont désignées par le décrets délibérés en Conseil des ministres qui autorise à titre général la mise en vigueur du régime des réquisitions sur tout ou partie du territoire. Il s'agit le plus souvent d'arrêtés préfectoraux dont l'exécution matérielle peut être assurée par le maire.

C. Les réquisitions de logement

Les réquisitions de logement régies par l'ordonnance du 11 octobre 1945 sont intégrées au C. constr., art. L. 641-1 ss. Elles sont prononcées par arrêté préfectoral au seul profit de personnes dépourvues de logement ou logées dans des conditions manifestement insuffisantes, ou des personnes expulsées par une décision de justice devenue définitive. Les réquisitions ne peuvent porter que sur des logements d'habitation vacants, ou insuffisamment occupés pour une durée maximale d'un an renouvelable (c'est-à-dire de deux ans). Cette réquisition est prononcée par le préfet sur proposition du service municipal de logement, ou spontanément par le préfet après avis du maire dans les communes où sévit une crise du logement (sur l'appréciation de la gravité de la situation du marché du logement et la qualification de crise, CE Ass., 11 juillet 1980, *Lucas*, Rec.317, AJ 1981.216, concl. Rougevin-Baville).

§ 2. - Régimes spéciaux

A. Exemples

On se souvient que la réquisition est utilisée en cas d'atteinte grave à la continuité du service public (CE Sect., 26 octobre 1962, *Le Moutt*, Rec.580, pour des pilotes d'avions). L'autorité organisatrice du service public peut notamment la décider en cas de dépassement des limites légales du droit de grève. Cependant, une réquisition ne pourrait avoir pour but de porter au droit de grève une atteinte injustifiée (CE, 24 février 1961, *Isnardon*, Rec.150, AJ 1962.204). Elle peut être un des éléments déterminants de la qualification de fonctionnaires de fait, personnes qui ne sont pas investies de fonctions administratives, mais dont les actes sont assimilés à des décisions administratives (CE, 5 mars 1948, *Marion*, Rec.113, D 1949.147, S 1948.3.53, où un comité d'habitants avait décidé de réquisitions en mai 1940 après le départ des autorités communales). La justification en est que la continuité du service public doit être assurée même dans des circonstances exceptionnelles, et donc au besoin par des moyens exceptionnels. Enfin, le pouvoir de réquisition est une des prérogatives de puissance publique qui peuvent être attribuées aux personnes privées chargées de la gestion d'un service public. L'utilisation de la procédure de réquisition est alors possible sur le fondement de textes généraux (Ord. du 6 janvier 1959) ou spéciaux (Loi du 8 avril 1946, en matière de production d'électricité ou de gaz). La jurisprudence administrative reconnaît par exemple cette possibilité à une association (CE, 21 novembre 1947, *Institut des hautes études cinématographiques*, Rec.433).

B. Les réquisitions de police

A titre exceptionnel, lorsque deux conditions sont réunies : une situation d'urgence et le risque de troubles à l'ordre public en cas d'inaction, les préfets ou les maires (C. communes, art. L. 131-2 6°) peuvent procéder à des réquisitions. Il s'agit de la jurisprudence la plus célèbre en la matière (CE Sect., 15 février 1961, *Werquin*, Rec.118, RDP 1961.321, concl. Braibant, RDP 1961.1253, note Waline, AJ 1961.197, chr., D 1961.611, note P. Weil, JCP 1961.12259, note J.-M. Auby).

Des textes particuliers prévoient de manière éparse de nombreuses possibilités de réquisitions. Le décret du 20 mai 1903 autorise les gendarmes à réquisitionner les personnes privées pour porter secours à des personnes en danger ou pour leur prêter main-forte s'ils sont attaqués. L'ordonnance du 1er février 1961 et le décret du 28 mai 1963, permettent aux préfets, après ouverture du régime par le ministre de l'intérieur, de réquisitionner des logements pour loger les forces de police en déplacement sur le territoire. La loi du 3 juillet 1985 et le décret du 6 octobre 1987, permettent au préfet maritime ou de département de réquisitionner toute personne et tout bien de manière à éliminer les épaves dangereuses pour la navigation. La loi du 22 juillet 1987, sur la sécurité publique, permet au préfet de réquisitionner les moyens de secours privés en cas de mise en vigueur des plans de secours d'urgence. La loi du 31 décembre 1987, et le décret du 15 janvier 1988 autorisaient à titre temporaire (jusqu'au

31 décembre 1992) le seul préfet de la Savoie à opérer des réquisitions de terrains non bâtis pour les jeux olympiques d'hiver d'Albertville.

Comme on peut le constater, il s'agit dans chaque cas de situations exceptionnelles, la plupart motivées par l'urgence.