



La référence du droit en ligne



Les modes de gestion des services publics
: de la gestion directe a la gestion
déléguée (cours)

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
I – La gestion déléguée des services publics	4
La délégation contractuelle.....	4
1 - La concession de service public.....	4
2 - L’affermage.....	5
L’habilitation unilatérale	7
II – La gestion directe des services publics.....	8
La régie	8
La quasi-régie	9
III – Un mode de gestion particulier : l’établissement public.....	10
Les critères d’identification des établissements publics.....	10
La création des établissements publics.....	12

Introduction

La gestion directe fut longtemps le mode prédominant de gestion des services publics. Mais, la diversification des activités des collectivités publiques conduisit l'Administration à adapter ses pratiques : ainsi, à titre d'exemple, la concession de service public a connu un formidable développement au début du XX^e siècle du fait de l'interventionnisme public dans le domaine économique. Aujourd'hui, la puissance publique dispose d'une large palette de choix pour gérer les services public, car, si la distinction entre gestion directe et gestion déléguée demeure essentielle, il existe, au sein de chacun de ces deux modes de gestion, toute une gamme de nuances.

Lorsqu'elle décide de déléguer la gestion d'un service public à un tiers (I), l'Administration peut le faire soit par la voie contractuelle, soit par celle de l'habilitation unilatérale. Les règles encadrant la première hypothèse sont, malgré l'intervention de lois importantes, largement d'origine jurisprudentielle. Ainsi, le juge estime qu'il n'y a délégation que si « la rémunération est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service : dès lors pour qu'il y ait délégation, il faut qu'une partie au moins des risques financiers de l'exploitation soit assumée par le gestionnaire. Par ailleurs, une fois les règles de publicité et de mise en concurrence respectées, la personne publique reste libre du choix du cocontractant. Parmi l'ensemble des contrats de délégation de service public, la concession et l'affermage continuent d'être les plus répandus. En ce qui concerne l'habilitation unilatérale, c'est avec l'arrêt Caisse primaire « Aide et Protection » du 13 Mai 1938 que le Conseil d'Etat a admis, pour la première fois, qu'une personne publique puisse déléguer un service public à une personne privée en utilisant non la voie de la concession, mais celle de l'habilitation unilatérale. De nos jours, l'habilitation unilatérale est utilisée aussi bien pour les services publics administratifs que pour les services publics industriels et commerciaux.

Si l'on aborde, maintenant la question de la gestion directe (II), la régie était, jusqu'à il y a peu, le seul mode de gestion en la matière. Mais, outre que ce mode de gestion a progressivement fait l'objet de déclinaisons visant à accroître l'autonomie de gestion de ces services, le juge est venu reconnaître, en 2007, une forme particulière de gestion directe : la quasi-régie. Dans cette dernière hypothèse, l'Administration d'une part crée un organisme dont l'objet statutaire exclusif est la gestion d'un service public et d'autre part exerce sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dès lors, si juridiquement l'organisme dispose d'une personnalité juridique propre, il n'a pas, dans les faits, d'existence distincte de l'Administration, ce qui a conduit le Conseil d'Etat à considérer qu'il ne s'agit ni d'une délégation de service public, ni d'un marché public de service, mais bien d'une nouvelle forme de gestion directe.

Enfin, à mi-chemin entre la gestion directe et la gestion déléguée, l'établissement public constitue un mode à part de gestion des services publics (III). Il correspond à ce que l'on appelle la décentralisation fonctionnelle ou par services. Ces établissements peuvent, ainsi, gérer aussi bien des services publics administratifs que des services publics industriels et commerciaux, la distinction entre les EPA et les EPIC se faisant la plupart du temps, faute de qualification textuelle, par l'application des critères de la jurisprudence USIA. Mais, malgré leur diversité, ces établissements obéissent, tant pour leur identification que pour leur création, aux mêmes règles.

I – La gestion déléguée des services publics

Lorsqu'elle décide de déléguer la gestion d'un service public à un tiers, l'Administration peut le faire soit par la voie contractuelle, soit par celle de l'habilitation unilatérale.

La délégation contractuelle

Jusque dans les années 1990, le régime juridique applicable à la délégation contractuelle de la gestion d'un service public était principalement d'origine jurisprudentielle. Il faut attendre la loi du 6 Février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, et surtout la loi du 29 Janvier 1993 sur la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques pour que cette question face l'objet d'un encadrement législatif global. Ainsi, dorénavant, la délégation de la gestion d'un service public par la voie d'un contrat est qualifiée de « délégation de service public ». Surtout, la loi de 1993 crée un régime juridique spécifique applicable à cette catégorie de contrats administratifs, qu'il s'agisse du respect d'une procédure de publicité afin de permettre la présentation d'offres concurrentes, la limitation de la durée des contrats ou encore la fixation de règles strictes pour leur élaboration. Mais malgré cet essor des normes législatives en la matière, la jurisprudence continue à marquer le régime de la délégation de service public : ainsi, le juge estime qu'il n'y a délégation que si « la rémunération est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service (CE, 15/04/1996, Préfet de Bouches-du-Rhône) : dès lors pour qu'il y ait délégation, il faut qu'une partie au moins des risques financiers de l'exploitation soit assumée par le gestionnaire. Si cette condition n'est pas remplie, il s'agit d'un simple marché soumis à des règles contraignantes et le gestionnaire est assimilé à un simple fournisseur. L'autre règle jurisprudentielle qui s'applique concerne le libre choix de la personne à qui va être confié la gestion du service : en effet, une fois les règles de publicité et de mise en concurrence respectées, la personne publique reste libre du choix du cocontractant. Parmi l'ensemble des contrats de délégation de service public, la concession et l'affermage continuent d'être les plus répandus.

1 - La concession de service public

C'est le mode le plus ancien de délégation d'un service public par la voie contractuelle. A l'origine, il s'agissait exclusivement de la concession de travaux publics, tels que la construction d'aqueducs. Mais, progressivement, à partir du milieu du XIX^e siècle, l'opération de construction va se poursuivre par l'exploitation du service, comme dans le domaine du transport ferroviaire ou la distribution d'eau ou d'électricité. En effet, à cette époque marquée par la prégnance de la doctrine libérale, l'on considère que l'Administration ne peut intervenir dans la gestion des activités industrielles et commerciales ; si malgré tout, elle intervient dans ce secteur, elle doit le faire indirectement en confiant la gestion de cette activité à une personne privée. Dès lors, à ce moment de l'histoire, s'ajoute à la concession de travaux publics une concession de service public. Cette dernière catégorie de contrat va être systématisée par le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt Théron du 4 Mars 1910. La concession de service public peut, alors, se définir comme le fait pour une personne publique de confier par contrat à une personne publique ou privée la charge d'assurer la gestion d'un service public pendant une durée déterminée, le concessionnaire étant choisi librement par l'autorité concédante, cette dernière devant, cependant, depuis 1993, respecter les règles de la concurrence. Plusieurs traits particuliers doivent être notés.

a/ D'abord, le concessionnaire assure la gestion du service public à ses frais et risques : il doit notamment assurer la charge financière de la construction des équipements, ces derniers revenant à la personne publique délégante à la fin du contrat. Les aléas économiques étant de plus en plus importants, les contrats sont, la plupart du temps, de longue durée. Il s'ensuit aussi que l'Administration peut être conduite à garantir le concessionnaire contre ces aléas par le biais de garanties de recettes ou encore le versement de compensations financières. Rappelons, cependant, que pour que le contrat reste un contrat de délégation de service public, la rémunération doit être substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service.

b/ L'autre trait caractéristique de la concession de service public est la mode de rémunération du concessionnaire. Ainsi, celui-ci finance ses investissements par la perception de redevances perçues sur les usagers du service public. Longtemps seul mode de rémunération du concessionnaire, il est admis aujourd'hui que celui-ci puisse avoir d'autres sources de rémunération que les redevances. Ainsi, les gestionnaires des parcs de stationnement peuvent percevoir en plus des redevances des ressources provenant de la location d'emplacements publicitaires.

c/ Du point de vue juridique, la concession de service public se fait par le biais d'un contrat assorti d'un cahier des charges qui contient tant des clauses contractuelles relatives aux aspects financiers ou à la durée de la concession, que des clauses réglementaires qui touchent à l'organisation et au fonctionnement du service. C'est par le biais de ces clauses qu'est, notamment, imposé au concessionnaire le respect des célèbres lois du service public. Ce sont ces dernières exigences qui justifient les différents de pouvoirs dont l'Administration dispose à l'égard du concessionnaire : pouvoir de sanction en cas de faute, pouvoir de mettre fin unilatéralement pour des motifs d'intérêt général au contrat, avec, cependant, une indemnisation du concessionnaire ; en revanche, la résiliation du contrat ne peut, lorsqu'elle fondée sur une faute du cocontractant, être prononcée que par le juge. Ce sont ces mêmes considérations qui justifient les droits exorbitants dont peut être titulaire le concessionnaire, tels que le droit d'occupation du domaine public ou même un monopole d'exploitation.

d/ De nos jours, la concession de service public est marquée par deux évolutions majeures. Ainsi, réservé traditionnellement aux services publics industriels et commerciaux, ce procédé est aussi utilisé pour gérer des services publics administratifs, tels que les hôpitaux. Par ailleurs, si la philosophie qui présidait initialement le régime de la concession impliquait que le concessionnaire soit une personne privée, il arrive aujourd'hui que la personne qui bénéficie de la délégation soit une personne publique.

2 - L'affermage

Ce régime se distingue de la concession de service public par le fait que le délégataire, que l'on appelle le fermier, n'a pas à supporter la charge financière des ouvrages et installations qui servent à gérer le service ; en effet, ces derniers lui sont fournis par l'Administration. Autre différence, si le fermier se rémunère par le biais d'une redevance, il doit en reverser une partie à l'Administration au titre de l'amortissement des frais d'équipements initiaux, ce qui permet à cette dernière de tirer des revenus réguliers des équipements qu'elle a mis à disposition du fermier. Ce procédé de gestion d'un service public est moins développé que la concession, mais il tend à prendre une place de plus en plus importante dans la gestion de certains services publics locaux.

L'habilitation unilatérale

C'est avec l'arrêt Caisse primaire « Aide et Protection » du 13 Mai 1938 que le Conseil d'Etat admet pour la première fois qu'une personne publique puisse déléguer un service public, en l'espèce un service public administratif, à une personne privée en utilisant non la voie de la concession, mais celle de l'habilitation unilatérale. Ce principe sera, peu de temps après, appliqué aux ordres professionnels, aux organisations corporatives ou encore à certains groupements d'agriculteurs. Cette jurisprudence est fondamentale en ce qu'elle a pour conséquence que certains actes pris par ces personnes privées seront, sous réserve du respect de certaines conditions, des actes administratifs relevant de la compétence du juge administratif.

De nos jours, l'habilitation unilatérale est utilisée aussi bien pour les services publics administratifs que pour les services publics industriels et commerciaux. La pratique des ces habilitations unilatérales touchent, par ailleurs, des secteurs aussi variés que les fédérations sportives ou les associations communales de chasse, tandis que la forme des personnes privées bénéficiant de ces habilitations va des associations aux sociétés d'économie mixte en passant par de simples sociétés commerciales.

II – La gestion directe des services publics

La régie était, jusqu'à il y a peu, le seul mode de gestion directe d'un service public. Mais, outre que ce mode de gestion a progressivement fait l'objet de déclinaisons visant à accroître l'autonomie de gestion de ces services, le juge est venue reconnaître, en 2007, une forme particulière de gestion directe : la quasi-régie.

La régie

Avec ce mode de gestion, la collectivité publique gère elle-même le service public avec ses biens et son personnel. Autrement dit, le service ne bénéficie pas d'une personnalité morale distincte et son budget est intégré à celui de la collectivité. Ce procédé fut longtemps le plus utilisé ; de nos jours, on le rencontre principalement en matière de gestion des services publics régaliens, tels que la police, l'armée ou la justice, ou de différents autres services publics administratifs.

Afin de faciliter la gestion de certains services publics, ce mode de gestion a fait l'objet d'aménagements. En premier lieu, existent, au niveau communal, des régies dites autonomes qui bénéficient de l'autonomie financière, cela signifie que si la gestion du service relève toujours de l'autorité du conseil municipal et du maire, le service dispose d'un budget distinct du budget communal. C'est le même mécanisme qui préside aux budgets annexes s'agissant de l'Etat. En second lieu, il peut arriver que le service bénéficie, en plus de cette autonomie financière, d'une personnalité juridique propre, ce qui est de nature à lui conférer un certain pouvoir de décision : on parle, dans cette hypothèse, de régies personnalisées, structures qui se rapprochent en beaucoup de points des établissements publics.

En revanche, il faut distinguer de ces trois modes de gestion directe ce que l'on appelle la régie intéressée. Cette dernière correspond à l'hypothèse où la gestion du service public est confiée à une personne privée qui est rémunérée non par les usagers mais au moyen d'une prime fixée en pourcentage du chiffre d'affaires, à laquelle peut s'ajouter une prime de productivité ou une part des bénéfices. Ainsi, si la rémunération peut être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, il s'agit ici d'une délégation de service public, délégation qui présente la particularité de maintenir entre les mains de l'Administration la direction du service.

La quasi-régie

L'arrêt Commune d'Aix-en-Provence (CE, 6/04/2007) est venue créer à coté de la régie traditionnelle des quasi-régies qui correspondent à ce que l'on appelle des « prestations intégrées ». Dans cette hypothèse, l'Administration d'une part crée un organisme dont l'objet statutaire exclusif est la gestion d'un service public et d'autre part exerce sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dès lors, si juridiquement l'organisme dispose d'une personnalité juridique propre, il n'a pas, dans les faits, d'existence distincte de l'Administration, ce qui conduit le Conseil d'Etat à considérer qu'il ne s'agit ni d'une délégation de service public, ni d'un marché public de service, mais bien d'une nouvelle forme de gestion directe. Il s'ensuit que les règles de publicité et de mise en concurrence n'ont pas à être respectées. Ce qu'il importe de retenir est que bien que le service public soit géré par un organisme tiers, l'on reste, du fait du contrôle étroit de l'autorité administrative et du caractère circonscrit de l'objet de l'organisme, dans le cadre de la gestion directe.

III – Un mode de gestion particulier : l'établissement public

A mi-chemin entre la gestion directe et la gestion déléguée, l'établissement public constitue un mode à part de gestion des services publics. Il correspond à ce que l'on appelle la décentralisation fonctionnelle ou par services. Cette catégorie de personne publique recoupe, dans les faits, les réalités les plus diverses, qu'il s'agisse des secteurs d'intervention (économie, social, culture, aménagement du territoire, ...), de l'espace territorial couvert (établissements publics nationaux ou locaux), ou encore de la taille (de quelques dizaines d'agents à plusieurs milliers). Ces établissements peuvent, ainsi, gérer aussi bien des services publics administratifs que des services publics industriels et commerciaux, la distinction entre les EPA et les EPIC se faisant la plupart du temps, faute de qualification textuelle, par l'application des critères de la jurisprudence USIA. Ce mode de gestion particulier des services publics s'est progressivement imposé pour permettre une gestion plus efficace de l'activité en raison de l'autonomie dont disposent ce type de personnes publiques. Ce succès conduisit à une prolifération de structures que l'on rattachait à la catégorie juridique des établissements publics, mais qui n'avait avec elle que de lointains rapports. Se posa, alors, la question de l'identification des établissements publics, question qui est résolue, de nos jours, par l'application de trois critères. Cette uniformité s'agissant des critères de reconnaissance des établissements publics se retrouve lorsqu'il s'agit des conditions de leur création.

Les critères d'identification des établissements publics

1 / Ces établissements sont d'abord dotés d'une personnalité morale et bénéficient d'une large autonomie, ce qui signifie qu'ils disposent de leurs propres organes de direction composés la plupart du temps d'un président et d'une assemblée délibérante réunissant des représentants de la collectivité de rattachement, des usagers et du personnel; il possèdent, par ailleurs, des biens propres et sont, bien sur, dotés d'un budget autonome. Quant aux sources de financement, il peut s'agir de ressources propres ou de subventions de l'Etat, ou encore d'une combinaison des deux.

2 / Ensuite, ces établissements publics sont soumis à un contrôle, dit de tutelle, exercé par la collectivité de rattachement, qu'il s'agisse des actes pris par ces personnes ou de leurs agents. Ce pouvoir de contrôle, qui doit en vertu du principe « pas de tutelle sans texte » être prévu par la loi ou le règlement, est plus ou moins étendu selon les établissements, ce qui rend l'autonomie de ces derniers variables d'un établissement à l'autre.

3 / Le dernier critère fondamental d'identification des établissements publics réside dans le principe de spécialité : celui-ci signifie que ces établissements bénéficient de compétences d'attribution limitativement énumérés. Cette donnée les différencie donc des collectivités publiques traditionnelles, telles que les collectivités locales, qui, elles, disposent de compétences générales. Même si ce critère peut être apprécié de façon souple par le juge administratif, il constitue parfois un frein au développement de certaines activités : ainsi, s'explique que certains grands services publics, comme l'énergie ou les télécommunications, aient délaissé le statut d'établissement public pour

celui de sociétés de droit privé, statut qui leur permet de bénéficier d'une totale liberté en matière de développement économique, notamment dans une optique de diversification.

La création des établissements publics

L'article 34 de la Constitution réserve au législateur le pouvoir de créer de nouvelles catégories d'établissements publics et de fixer leurs règles constitutives. Il faut ici préciser qu'une catégorie d'établissements publics rassemble les établissements ayant un même rattachement territorial en matière de tutelle et une spécialité analogue ; à titre d'exemple de catégorie, peuvent être cités les lycées ou encore les hôpitaux. Récemment ont été ajoutées aux catégories traditionnelles d'établissements publics que sont les EPA et les EPIC, les catégories d'établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, comme les universités, et les établissements publics à caractère scientifique et technologique. Il faut aussi noter le développement, depuis les années 1960, des établissements publics de coopération intercommunale, le regroupement des communes au sein de telles structures étant encouragé pour pallier à l'émiettement communal qui fragilise l'action de ces collectivités. Si la création d'une catégorie d'établissement public relève de la loi, le pouvoir réglementaire est, en revanche, compétent pour créer des établissements publics entrant dans une catégorie préexistante.