

La place de l'établissement public en droit administratif français

Jacques CHEVALLIER

Maître de Conférences agrégé à l'Université d'Amiens

1. L'apparition, au milieu du XIX^e siècle, dans le droit administratif français, de personnes publiques nouvelles, distinctes des collectivités territoriales classiques, correspond à une évolution sensible de l'action administrative. Jusqu'alors c'était à l'autorité administrative, responsable de la création des services, qu'appartenait le soin de les gérer directement par le procédé de la régie : les collectivités territoriales assuraient leur fonctionnement à leurs risques et périls, avec leurs propres biens et leurs propres agents. Cette technique normale de gestion est apparue peu satisfaisante au moment où les activités prises en charge par l'Etat ont commencé à se développer et à se diversifier. Dans un certain nombre de cas, et pour des motifs contingents, il a semblé que la gestion des services publics serait mieux assurée si elle était individualisée et assortie de l'autonomie financière, juridique, administrative. L'association de particuliers à l'action administrative par le biais de la concession correspond à une préoccupation de cet ordre : cette dérogation contractuelle au principe de la gestion publique des services publics a été justifiée pratiquement par les problèmes techniques résultant de l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine économique et expliquée théoriquement par l'idée que le concessionnaire était censé agir pour le compte de l'Administration¹. Le développement progressif du procédé de l'établissement public a entraîné une mutation beaucoup plus profonde des principes d'organisation administrative traditionnels en provoquant la coexistence au sein du secteur public des collectivités publiques territoriales dotées d'une compétence générale et de personnes publiques spécialisées dans l'exercice d'une activité précise.

2. Le procédé de l'établissement public a connu d'emblée plusieurs terrains de prédilection. D'abord, il a été utilisé pour les services qu'il était souhaitable de faire bénéficier des libéralités de personnes privées. Le statut d'établissement public permet en effet d'attirer les libéralités parce que le donateur sait que sa donation sera bien affectée au service et n'ira pas se noyer dans le budget général de l'Etat ou d'une collectivité locale : les services d'assistance et les services culturels ont été personnalisés pour ce motif². Le procédé a été employé ensuite pour les activités qu'il fallait doter d'une relative liberté pour des raisons politiques ou des traditions historiques : l'autonomie des établisse-

1. J. Chevallier, « Le service public », 1971, pp. 11-12.

2. Le statut d'établissement public s'est ainsi appliqué aux hôpitaux, aux hospices, aux bureaux d'aide sociale, aux musées, aux organismes de recherche.

ments d'enseignement correspond directement à cette préoccupation. L'établissement public a servi aussi à alléger les attributions de certains ministres qui, grâce à lui, se voient déchargés de la direction difficile de certains services techniques et ne gardent plus qu'un pouvoir de contrôle lointain et donc plus aisé à remplir. Enfin le procédé a permis d'assouplir les méthodes administratives traditionnelles dans le secteur industriel et commercial tout en permettant de veiller à l'impératif d'équilibre financier et de rentabilité. Après 1918, on a assisté au développement considérable du rôle des personnes publiques dans le domaine industriel ou commercial. Pour ces services, l'individualisation financière et comptable est apparue indispensable ; les établissements publics vont se multiplier dans le secteur économique, sous le nom d'offices, et leurs modalités d'organisation seront calquées sur celles des entreprises privées similaires. Le mouvement continuera après la seconde guerre mondiale, et la plupart des services nationalisés prendront le statut juridique d'établissement public³.

Les conditions de coexistence des diverses formes institutionnelles de prise en charge des services publics ne sont pas demeurées intangibles. D'une part, l'établissement public est devenu le procédé normal de gestion publique des services publics : la plupart des nouveaux services ont bénéficié de la personnalité morale, et de nombreuses régies ont été transformées en établissements publics. Cette évolution est logique : l'intervention administrative apparaît de plus en plus teintée de technicité, et la spécialisation des gestionnaires s'impose avec de plus en plus de force. Par ailleurs, l'autonomie de gestion permet seule d'apprécier les résultats de l'entreprise au regard de l'idée de rentabilité qui, longtemps négligée dans le secteur public, est passée depuis le rapport Nora au premier rang des préoccupations. D'autre part, devant l'extension de leurs responsabilités, les pouvoirs publics ont cherché à recourir à la collaboration des personnes privées et à favoriser l'interpénétration des secteurs public et privé jusqu'alors étroitement cloisonnés. Cette volonté a abouti à diversifier davantage les gestionnaires des services publics. Cette double évolution, loin de remettre en cause la valeur de la notion d'établissement public donne à celle-ci une signification nouvelle : promu à une place privilégiée au sein des organes administratifs, les établissements publics gardent, du fait de leur statut, une originalité fondamentale face aux gestionnaires privés qui ont pourtant en commun avec eux la même finalité de spécialisation et d'adaptation de l'action administrative. Le développement des services personnalisés comporte cependant le danger de dilution de cette action qui a tendance à perdre sa cohérence à travers la multiplication d'établissements dotés de compétences plus ou moins larges et cherchant, dans tous les cas, à échapper au contrôle paralysant de l'autorité de tutelle.

3. Le contenu juridique de la notion d'établissement public, précisé depuis le célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 5 mars 1856⁴, n'a, pendant longtemps, soulevé aucune controverse. Personne morale de droit public, agissant dans un domaine spécialisé de l'action administrative et placé sous la tutelle d'une collectivité publique, l'établissement public paraissait présenter une réelle cohérence au niveau de sa définition. Cette clarté a, semble-t-il, disparu, et

3. Soixante-trois établissements publics industriels et commerciaux ont été créés en deux ans, de 1944 à 1946.

4. D. 1856, I, 121. L'arrêt intervient, rappelons-le, « a contrario » puisqu'il refuse aux caisses d'épargne le statut d'établissement public. Son intérêt vient de ce qu'il prend la peine d'énumérer les traits distinctifs des établissements publics que ne possèdent précisément pas les caisses d'épargne : approbation du budget, tutelle gouvernementale...

la doctrine dénonce l'imprécision d'une notion qui, ayant perdu sa consistance ancienne, serait dépourvue de toute utilité en droit administratif français. Une telle appréciation repose sur une erreur de perspective. La définition même de l'établissement public n'a pratiquement pas changé depuis les origines. Au milieu des bouleversements et des mutations qui ont affecté les concepts essentiels du droit administratif, l'établissement public constitue un îlot de résistance, ayant évité une dégradation trop profonde. Ce n'est donc pas la notion d'établissement public qui est en crise (I). En revanche, le statut d'établissement public s'est toujours caractérisé par son ambiguïté, et l'absence de traduction dans les faits de l'idée de décentralisation explique le malaise latent qui affecte de manière permanente l'ensemble des établissements publics (II).

**

I. UNE NOTION COHERENTE

4. En 1948, M. Drago constatait⁵ que s'« il n'y a pas de notion plus classique, mieux définie que celle d'établissement public dans le cadre du droit administratif à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e... il n'y a pas non plus, aujourd'hui, de notion plus imprécise, plus bouleversée. Sa nature juridique cesse d'être simple... les établissements publics présentent des différences majeures et ne paraissent plus liés que par leur seule qualification, ils envahissent des domaines autrefois réservés, dépassent les limites du droit administratif traditionnel et sont soumis parallèlement à des régimes différents ». Plus de vingt ans plus tard, la crise paraît n'avoir fait que s'amplifier et s'approfondisse d'être simple... Les établissements publics présentent des différences notions les plus controversées, les plus difficiles à saisir. D'abord, la définition classique semble insuffisante pour différencier l'établissement public de formes juridiques, publiques ou privées voisines : le statut public ne relève pas toujours de l'évidence ; la recherche de l'intention des pouvoirs publics qui est seule probante en l'espèce est empreinte de subjectivité et la distinction de l'établissement d'utilité publique et de l'établissement public par exemple ne repose pas sur des critères stables et objectifs. De même le critère de la personnalité morale est difficile à mettre en œuvre pour distinguer l'établissement public de la régie ; beaucoup de régies se transforment insensiblement par des techniques diverses, telles que l'individualité comptable, le budget annexe ou même l'autonomie financière et juridique⁶ et leur situation est souvent équivoque. Quant à l'apparition des établissements publics territoriaux, elle montre la fragilité de l'opposition classique entre collectivités territoriales et personnes publiques spécialisées. Ensuite, l'homogénéité de la notion d'établissement public a mal résisté au développement et à la différenciation des activités des personnes publiques. Le qualificatif d'établissement public a été donné à des organismes si différents et soumis à des régimes juridiques si opposés que l'unité même de la notion paraît de plus en plus aléatoire. Il y aurait désormais des types divers d'établissements publics, les uns gérant un service public, d'autres n'en gérant pas, certains relevant des préoccupations administratives anciennes, d'autres intervenant dans le secteur économique. Cette diversification aurait abouti à un véritable éclatement de la notion d'établissement public

5. « Les crises de la notion d'établissement public ». Thèse 1948, p. 19.

6. Au niveau local, on sait que le décret-loi du 30 octobre 1935 et le R.A.P. du 19 octobre 1959 organisent la gestion des « régies municipales dotées de l'autonomie juridique ».

entre plusieurs catégories soumises à des principes d'organisation et de fonctionnement variés. Enfin, le rôle joué par la notion d'établissement public aurait perdu de son importance en raison du déclin général du critère organique en droit administratif français⁷ : pour déterminer le régime applicable, la qualité de la personne est désormais beaucoup moins à prendre en considération que la nature de l'activité et les procédés de gestion utilisés. La référence à la notion d'établissement public n'entraîne plus guère de conséquences spécifiques.

Ce pessimisme doctrinal paraît exagéré : Si les choses paraissent si confuses, si obscures, c'est parce que les auteurs ont mélangé les plans d'analyse et transposé les effets de la crise indéniable de la notion de service public à l'établissement public. Les vicissitudes du service public et la mutation de ses critères⁸ n'ont pas réellement affecté la notion d'établissement public qui se situe exclusivement au niveau institutionnel ou organique et reste en son domaine propre dotée d'unité et de cohérence.

A) LA SPECIFICITE DE LA NOTION

5. Pour cerner la notion d'établissement public, il faut avoir recours à plusieurs distinctions ou plus exactement à plusieurs clivages se situant sur des plans différents. L'établissement public est en effet une forme d'organisation possible des structures administratives ; en tant que tel, il se distingue à la fois des collaborateurs des pouvoirs publics gardant un statut privé et des autres procédés de gestion publique.

1) La distinction de l'établissement public et des organismes à statut privé.

6. La distinction des personnes publiques et des personnes privées paraît relever de l'évidence. Les organismes publics sont créés par les pouvoirs publics avec des droits et prérogatives exorbitants du droit commun ; les organismes privés, au contraire, se situent hors de la hiérarchie administrative et en marge de ses principes d'organisation. Cependant la distinction est souvent assez délicate. Si la qualification d'une collectivité territoriale n'offre aucune difficulté, il n'en est pas de même lorsqu'on se trouve en présence d'un organisme spécialisé dans l'exercice d'une activité précise. Des personnes privées sont de plus en plus fréquemment associées à l'action administrative par leur origine, leur finalité, leurs règles de fonctionnement ou leurs ressources ; entre elles et l'établissement public, la différence est étroite, et le silence des pouvoirs publics peut venir tout compliquer. Le problème consiste donc à trouver des critères permettant de distinguer les établissements publics des gestionnaires privés des services publics et des personnes privées bénéficiant de prérogatives exorbitantes du droit commun.

a) La distinction de l'établissement public et de l'établissement d'utilité publique.

7. L'établissement d'utilité publique est un organisme privé qui, en raison de son activité, se voit reconnaître, dans un but d'intérêt public, certaines faveurs ou imposer certaines obligations ; ou bien il gère un service public, ou bien il bénéficie d'un régime spécial par l'intermédiaire d'un système de reconnaissance ou d'agrément. Cette définition large n'est pas acceptée par tous les auteurs ; pour M. de Laubadère par exemple, les établissements d'utilité

7. P. Sabourin, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? » R.D.P., 1971, pp. 589 et ss.

8. J. Chevallier, « Le service public », précité p. 9 et ss.

publique sont des groupements privés qui ne gèrent pas de service public mais auxquels a été octroyée une reconnaissance d'utilité publique⁹. Une telle appréciation ne correspond pas à la jurisprudence la plus récente qui a reconnu, au moins à trois occasions¹⁰, que les établissements d'utilité publique peuvent prendre en charge la gestion d'un service public. Il s'agit là, bien entendu d'une simple éventualité : la gestion d'un service public n'est pas un élément substantiel de la définition de l'établissement d'utilité publique, et les associations de la loi de 1901 ne sont, par exemple, nullement chargées de la gestion d'un tel service.

8. Compte tenu de cette définition, les critères de distinction de l'établissement d'utilité publique sont difficiles à appréhender. L'intervention expresse des pouvoirs publics pour déterminer le statut de l'établissement créé est sans doute de nature à simplifier le problème. Encore faut-il cependant que cette intervention soit significative. Une qualification ancienne, attribuée à un moment où la distinction n'était pas encore claire en doctrine et en jurisprudence, n'emportera évidemment pas la conviction du juge ; le conseil d'état a ainsi pu déclarer que les caisses de crédit municipal sont des établissements publics bien que la loi du 24 juin 1851 les ait qualifiées d'établissements d'utilité publique¹¹. La qualification d'établissement public est fréquente dans les lois et règlements ; le texte dispose en général qu'« il est créé un établissement public de telle nature, doté de la capacité civile et de l'autonomie financière ». A l'inverse, la reconnaissance d'utilité publique donnée à une association ou l'existence d'un acte d'agrément prouve qu'il s'agit d'un établissement d'utilité publique.

En l'absence de qualification légale, la détermination des critères de distinction ne relève pas de l'évidence et la plupart de ceux qui ont été proposés sont insuffisants.

Le critère de l'origine de l'organisme paraît le plus simple à manier : la création de l'établissement public incomberait au législateur ou aux autorités administratives dans le cadre de leur compétence, alors que l'établissement d'utilité publique résulterait d'une initiative privée. La jurisprudence a d'abord considéré ce critère avec faveur¹², mais elle l'a ensuite écarté à de nombreuses reprises : d'une part en effet, le conseil d'état a reconnu le caractère d'établissement public à des organismes fondés à partir d'une initiative privée¹³ ;

9. Traité élémentaire de droit administratif. T. 1, n° 316.

10. Le tribunal des conflits a considéré dans l'arrêt du 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Marquis, D. 1962, p. 389, note de Laubadère, qu'un centre de cette nature était bien un établissement d'utilité publique mais qu'il assumait quand même « une mission de service public ». Le conseil d'Etat a opté pour la même solution à propos des associations de chasseurs (C.E. 4 avril 1962, Chevassier R., p. 244) et des centres techniques industriels (C.E. 28 juin 1963, Nancy, R.D.P. 1963, p. 1188, note Waline).

11. C.E. 20 juin 1919, Brincat, R., p. 535.

12. Dans l'arrêt du 22 mai 1903, Caisse des écoles du 6^e arrondissement de Paris (D. 04, III, p. 1). Le conseil d'Etat constate qu'une loi de 1882 a rendu obligatoires pour toutes les communes les caisses des écoles et qu'ainsi ces caisses ne sont plus des établissements de bienfaisance mais des « établissements publics scolaires ». De même dans l'arrêt du 21 juin 1912, Pichot (D. 1914, III, p. 9), le conseil d'Etat considère que même si un asile de vieillards créé par un couple a fait l'objet d'une reconnaissance, cette reconnaissance « n'a pas modifié le caractère privé que l'établissement tenait de son origine » et le commissaire du gouvernement dit nettement qu'« on naît établissement public ; on ne le devient pas » : la notion d'établissement public est donc une notion « essentielle » et non « existentielle ».

13. Voir à propos de l'école française de droit du Caire : C.E. 24 décembre 1937, De la Bigne de Villeneuve, D. 1938, p. 185.

d'autre part l'octroi par un texte exprès du statut d'établissement d'utilité publique¹⁴ interdit au juge de redresser une telle qualification.

L'analyse de la nature de l'activité a semblé à certains auteurs un moyen pratique de différenciation. Faute de pouvoir trancher la difficulté au niveau de l'organe, on va chercher à définir la mission. Si l'établissement exerce une véritable activité de service public, il s'agirait d'un établissement public ; s'il ne poursuit pas l'exécution d'un service public, il y aurait au contraire établissement d'utilité publique. Cette thèse se rattache à l'idée selon laquelle l'établissement d'utilité publique ne gérerait jamais de service public mais ne viserait qu'à rendre un service d'intérêt général ; il figurerait seulement parmi la catégorie intermédiaire des activités privées d'intérêt général situées entre l'activité purement privée et le service public. Nous avons vu que la jurisprudence a rejeté cette conception dans les trois arrêts récents « Centre régional de lutte contre le cancer », « Chevassier » et « Nancy », et c'est évidemment tout à fait logique : on ne voit pas ce qui interdirait à un établissement d'utilité publique d'exercer une mission de service public alors qu'une simple personne privée le peut.

Le contenu du régime ne constitue pas un facteur de distinction plus probant. Selon les partisans de ce critère l'existence ou non de prérogatives exorbitantes du droit commun permettrait de dire si l'on est en présence d'un établissement public ou d'un établissement d'utilité publique : le juge prend en effet le soin d'analyser le régime pour conférer un statut public à un établissement et l'absence de caractère exorbitant de ce régime conduit à maintenir un statut purement privé. Mais l'inverse n'est pas vrai, et les établissements d'utilité publique peuvent parfaitement disposer de prérogatives de puissance publique¹⁵ : c'est évident pour ceux d'entre eux qui gèrent un service public puisqu'un des critères de la notion de service public est précisément l'existence de prérogatives exorbitantes du droit commun¹⁶. Cette constatation peut être étendue à l'ensemble des établissements d'utilité publique qui se distinguent des organismes purement privés par un régime de droits et d'obligations emprunté au droit public ; ce sont des établissements hybrides qui remplissent au moins ce que le commissaire du gouvernement Latournerie appelait dans ses conclusions sur l'affaire Vézia¹⁷, « un service intermédiaire, qui, sans être un service public, est doté cependant de certaines des prérogatives de puissance publique et qui pourrait être qualifié de service d'intérêt public ». Les uns ont des privilèges d'exclusivité, d'autres ont le pouvoir de prendre des décisions de portée réglementaire ou individuelle¹⁸, d'autres encore disposent

14. Les pouvoirs publics peuvent créer des établissements d'utilité publique : c'est le cas des centres techniques industriels, chambres des notaires, caisses d'allocations familiales...

15. Contrairement à ce que pense M. Vedel, (« Droit administratif », 1968, p. 636).

16. R. Latournerie, « Sur un lazare juridique », E.D.C.E., 1960, pp. 117 et ss. J. Chevallier, « Le service public », précité p. 18.

17. C.E. 20 décembre 1935, R.D.P., 1936, p. 119.

18. Les pouvoirs publics recourent fréquemment à des associations pour des tâches d'intervention et ils les dotent alors en principe d'un pouvoir réglementaire. Voir J.-M. Garrigou-Lagrange, « Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics », 1970 ; F. Dreyfus, « L'interventionnisme économique », 1971, pp. 32-33 ; J. Chevallier, « Les formes actuelles de l'économie concertée » Publications de la fac. droit d'Amiens, n° 1, pp. 94 et ss, A.-H. Mesnard, « Pour de nouvelles formes de relations entre les collectivités publiques et les associations privées d'intérêt général ». Dt social, 1972, p. 133.

du pouvoir d'expropriation¹⁹. Le régime est donc toujours, en tout ou en partie, exorbitant du droit commun.

Le critère de la tutelle n'est pas plus déterminant. Rattaché à une collectivité territoriale²⁰, l'établissement public est sans doute soumis à un contrôle de tutelle, qui existe même sans texte formel²¹. Mais les établissements d'utilité publique sont soumis à une surveillance identique de la part de l'autorité supérieure : pour ceux qui gèrent un service public, la tutelle est la règle²² et elle ne se différencie pas de celle qui pèse sur les personnes publiques ; quant à ceux qui ne gèrent pas de service public, ils sont en principe étroitement contrôlés sur le plan de leur fonctionnement administratif et financier, les contrôles devenant particulièrement pesants en cas d'aide de l'Etat²³.

Les procédés de financement ne s'opposent pas toujours en raison de la diversité des ressources des établissements publics qui varient en fonction de la nature de l'activité²⁴ ou de préoccupations d'ordre politique et technique²⁵. Faire de l'origine fiscale ou parafiscale des ressources, le critère de l'établissement public conduirait à rejeter dans le domaine privé les établissements qui gèrent un service industriel et commercial puisqu'en principe ceux-ci se rémunèrent par des redevances perçues sur les usagers. L'absurdité de cette conséquence montre la fragilité du critère.

En fait, seule l'intention des pouvoirs publics permet de distinguer l'établissement public de l'établissement d'utilité publique. La prééminence de cet élément subjectif est logique : c'est au législateur ou au pouvoir réglementaire, dans les limites de sa compétence, de décider de la création de nouveaux organismes publics ; on ne pourrait concevoir que des personnes publiques existent à l'état virtuel sans que les pouvoirs publics l'aient voulu. Il faut une décision expresse pour conférer la qualité d'établissement public : la simple similitude d'activité ou de régime ne suffit pas à justifier l'attribution d'un tel statut. Certes, l'intention des pouvoirs publics n'est pas toujours évidente et les méthodes classiques d'interprétation par les travaux préparatoires peuvent se révéler insuffisantes. Le juge aura alors recours à une série d'indices pour déceler cette intention ; et parmi ces indices, l'origine de l'organisme tient une place importante : si l'établissement provient d'une initiative publique, une véritable présomption peut être établie en faveur de son caractère public et seule une formulation expresse en sens contraire ou des signes nettement opposés permettront de la

19. C'est le cas des concessionnaires de mines, de chutes d'eau et d'opérations de rénovation urbaine ou des propriétaires de sources thermales.

20. J.-C. Douence, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », A.J.D.A., 1971, pp. 4 et ss.

21. C.E. 13 janvier 1965, Caisse des écoles du X^e arrondissement, A.J.D.A., 1965, p. 116

22. Par exemple, les fédérations départementales de chasseurs ne sont pas des établissements publics, mais le ministre nomme leur président et leurs activités et budgets sont soumis au contrôle de l'administration. De même les ministres de tutelle nomment les membres du conseil d'administration des centres techniques industriels et contrôlent leur activité par l'intermédiaire d'un commissaire du gouvernement doté d'un droit de veto suspensif.

23. Voir sur ce point, J.-M. Garrigou-Lagrange, précité.

24. Les établissements publics ayant une activité administrative ont en principe des ressources d'origine parafiscale, alors que ceux du secteur industriel et commercial se rémunèrent sur les usagers.

25. C'est le problème des ressources de l'ORTF qui, malgré son caractère industriel et commercial, tire la majeure partie de ses ressources d'une redevance parafiscale, par crainte d'une emprise exagérée des intérêts privés sur son activité.

renverser. Une présomption inverse existe lorsque c'est une initiative privée qui a donné naissance à l'établissement : le statut public ne sera accordé que si des éléments déterminants sont découverts par le juge. Il convient de rappeler cependant que l'origine de l'organisme est seulement un indice servant à prouver l'intention des pouvoirs publics : l'élément subjectif reste l'unique critère valable de l'établissement public et ce principe de définition est identique à celui qui est utilisé en ce qui concerne le service public²⁶.

b) *La distinction de l'établissement public et de la société d'économie mixte.*

9. A priori la distinction est simple, car elle repose sur une analyse de l'origine et de la composition du capital : l'établissement public se caractérise par la présence exclusive du capital public, tandis que la société d'économie mixte implique une association de fonds publics et de fonds privés. Et cette différence de structures financières entraîne des conséquences importantes, puisque la société d'économie mixte est soumise, avec quelques atténuations, au droit des sociétés, alors que l'établissement public possède le statut de personne publique.

10. Un texte récent, la loi du 2 janvier 1970, introduisant l'actionnariat ouvrier à la Régie Renault, a pourtant contribué à obscurcir une distinction qui jusque-là n'avait présenté aucune difficulté. Avant ce texte, la Régie Renault était en général considérée, malgré son nom, comme un établissement public de nature industrielle et commerciale. Sans doute l'ordonnance de 1945 n'avait-elle pas expressément qualifié la Régie d'établissement public et certains auteurs, tel M. de Laubadère, en avaient déduit qu'il s'agissait en réalité d'un organisme « sui generis »²⁷ ; mais ni l'ambiguïté de la qualification légale²⁸, ni la volonté de privatiser au maximum le régime applicable²⁹ n'étaient vraiment spécifiques, et la nécessité de ne pas multiplier les catégories « sui generis » conduisait à appliquer à la Régie Renault le statut normal d'établissement public. La loi du 2 janvier 1970 a modifié les données du problème en transformant la composition du capital de la Régie. Elle a permis l'attribution d'un certain nombre d'actions de la Régie aux travailleurs de l'entreprise ; cette distribution gratuite, assez minime au départ, se fait sur la base de l'ancienneté et des responsabilités dans l'entreprise. Le régime des actions ainsi distribuées est très spécial : les actions ne sont pas cessibles immédiatement et elle ne pourront ensuite être cédées qu'à d'autres membres du personnel de la Régie, à la Régie elle-même, à un fonds spécial créé en son sein pour régulariser le marché des actions ou à l'Etat. Il est prévu que l'Etat doit toujours détenir les 3/4 des actions de l'entreprise et avoir la majorité au conseil d'administration³⁰. L'effet de cette réforme sur le statut juridique de la Régie Renault est incertain : au cours du

26. R. Latournerie, article précité ; A. de Laubadère, « Revalorisations récentes de la notion de service public », A.J.D.A., 1961, p. 596 ; J. Chevallier, « Le service public », précité p. 15.

27. A. de Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », T. 3, 2^e éd., n° 918.

28. Pour d'autres organismes, tel le C.E.A., le terme d'établissement public n'a pas été non plus utilisé et cependant le caractère public n'a jamais fait de doute.

29. Cette volonté de privatisation se retrouve dans tous les cas où un établissement public est qualifié par les pouvoirs publics d'« industriel et commercial » ou d'« office ».

30. Ce qui constitue un recul important par rapport à la situation ancienne dans laquelle le gouvernement ne désignait que huit membres du conseil sur seize (en ce sens F. Mitterand, Ass. Nat., 16 décembre 1969, J.O., p. 4956). Voir sur l'ensemble de la réforme les chroniques de M. de Laubadère, A.J.D.A., 1970, pp. 153 et 645.

débat parlementaire, les députés de l'opposition ont estimé que le texte constituait « une brèche dans la nationalisation »³¹ mais en insistant surtout sur le caractère virtuel de ce risque. Ne faut-il pas aller plus loin et considérer que, du fait même de l'introduction d'actionnaires privés, la Régie Renault a été transformée en société d'économie mixte ? Selon M. de Laubadère, il est difficile d'assimiler l'actionnariat ouvrier à l'actionnariat privé qui caractérise l'économie mixte et la loi de 1970 n'aurait fait qu'accentuer le particularisme du statut de la Régie Renault. Mais, s'il est vrai que les actions distribuées aux ouvriers sont soumises à un régime original, il n'en demeure pas moins qu'une partie du capital de la Régie est désormais détenu par des personnes privées, représentées en tant qu'actionnaires au conseil d'administration ; par ailleurs dans toutes les sociétés d'économie mixte, le régime financier est nettement dérogatoire par rapport au droit des sociétés et l'existence de particularités ne peut donc étonner. A moins de remettre en cause les notions traditionnelles, il semble bien que la Régie Renault ait acquis depuis 1970 le statut juridique d'une société d'économie mixte. Les pouvoirs publics envisagent d'ailleurs une extension de la formule de l'actionnariat à un certain nombre d'entreprises publiques ; au cours du conseil des ministres du 14 juin 1972, M. Giscard d'Estaing a proposé cette extension aux salariés d'entreprises soumises à la concurrence dans les secteurs des banques, des assurances et de la construction aéronautique. L'actionnariat sera en fait beaucoup plus facile à introduire dans ces différents cas dans la mesure où il s'agit d'entreprises ayant le statut de société publique ou de société d'économie mixte et non d'établissement public.

2) La distinction de l'établissement public et des autres organismes publics.

11. Le caractère public d'un organisme étant supposé acquis, il faut cette fois dégager les traits qui permettent de le qualifier d'établissement public. Tous les organismes administratifs ne sont pas en effet des établissements publics, et ceux-ci doivent être distingués des formes juridiques qui les ont historiquement précédés. L'établissement public trouve son statut spécifique dans l'association de deux caractères essentiels : la personnalité juridique et la spécialité de l'activité. La personnalité juridique permet d'opposer les établissements publics aux régies non personnalisées ; la spécialité permet d'opposer les établissements publics aux collectivités territoriales qui ont reçu compétence pour s'occuper de l'ensemble des problèmes d'une circonscription territoriale.

a) La distinction de l'établissement public et de la régie.

12. Le critère de la personnalité morale suffit à distinguer l'établissement public de la régie. La régie n'a pas de personnalité distincte de la collectivité territoriale dont elle relève et c'est cette collectivité qui est titulaire des droits et obligations nés de son activité ; elle est sous la dépendance directe de l'autorité administrative et ses agents sont hiérarchiquement subordonnés à celle-ci ; les crédits nécessaires à son fonctionnement figurent au budget de la collectivité et elle n'a pas d'individualité financière. Au contraire l'établissement public est une personne juridique publique, c'est-à-dire qu'il a la capacité juridique, qu'il peut faire des actes juridiques — prendre des décisions unilatérales ou passer des contrats —, ester en justice, répondre de ses actes devant les tribunaux :

31. Voir en ce sens les interventions au cours du débat du 16 décembre 1969 de MM. Berthelot (J.O., p. 4950) et Bouloche (JO, p. 4951) ainsi que les dénégations du rapporteur, M. Caille (JO, p. 4945) et du ministre du développement industriel, M. Ortoli (J.O., p. 4949).

on ne peut, en cas de faute commise par un établissement public mettre en jeu la responsabilité de l'Etat ou d'une collectivité locale³². L'établissement public possède un patrimoine propre, qui est sa propriété et qui est affecté à la réalisation de sa mission. Il bénéficie aussi de l'autonomie financière, la possession d'un patrimoine supposant l'existence d'un budget et d'une comptabilité. Il s'attache les services d'un personnel placé sous son autorité exclusive et dont il est responsable.

13. Dans la plupart des cas, la personnalité de l'établissement résulte nettement du texte qui l'institue et les traits qui la caractérisent sont sans équivoque. Cependant, la situation des régies a évolué au fil des ans ; les préoccupations de rentabilité ont amené notamment à transposer en faveur des régies du secteur industriel et commercial des techniques appliquées avec succès par les établissements publics. On a fréquemment accordé à ces régies, à défaut d'une véritable personnalité juridique ou de l'autonomie financière, une individualité comptable permettant de savoir si la gestion est déficitaire ou bénéficiaire ; on a même doté un certain nombre de régies d'un véritable budget annexe mettant en évidence les profits et les pertes : certes ce budget est rattaché au budget de la collectivité dont la régie dépend, mais le changement de perspective est sensible. De même, la plupart des régies industrielles et commerciales communales ont acquis une quasi autonomie financière : elles disposent d'un budget autonome divisé en deux sections, une section d'exploitation, une section d'établissement. Cependant cette autonomie n'est que relative : comme la régie n'a pas la personnalité juridique, c'est toujours la commune qui est responsable des dettes, et le conseil municipal est obligé de prendre toutes les mesures financières qui s'imposent pour rétablir l'équilibre de la régie. On a voulu aller encore plus loin, en ajoutant à l'autonomie financière les attributs de la personnalité morale, et le gouvernement a semblé entériner cette situation en organisant par le décret-loi du 30 octobre 1935 et le règlement d'administration publique du 19 octobre 1959, la gestion des régies municipales dotées de l'autonomie juridique. Mais, on peut dire dans cette hypothèse que le terme de régie est impropre et que l'octroi de l'autonomie juridique transforme l'entreprise en établissement public. L'exemple de la Régie Renault montre qu'il ne faut pas se laisser abuser par un qualificatif fallacieux.

Ces explications illustrent cependant le rapprochement insensible des formules de l'établissement public et de la régie. L'autonomie financière, en particulier, n'est plus à elle seule un critère suffisant pour affirmer qu'on se trouve en présence d'un établissement public. La nécessité de vérifier la qualité de la gestion a imposé d'accorder certains des attributs de l'autonomie financière aux régies. En revanche, le critère de la personnalité juridique reste toujours probant.

32. C.E. 1^{er} avril 1938, Soc. anonyme de l'hôtel d'Alba, S. 39, III, p. 36. Il faut cependant réserver ici l'hypothèse de carence ou de faute de l'autorité de tutelle ; mais cette carence ou cette faute constituent des chefs autonomes de responsabilité due au titre de la tutelle. La faute de l'autorité de tutelle est une faute spécifique, qui ne se confond pas avec la faute de l'établissement contrôlé. C'est ainsi que dans l'arrêt du 29 mars 1916, caisse d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle, (R.D.P., 1946, p. 490), le conseil d'Etat a constaté l'existence d'une faute lourde du préfet et des organismes de l'Etat chargés du contrôle d'un établissement public communal pour déclarer l'Etat responsable. La responsabilité des autorités de tutelle peut donc être engagée si elles ont commis une faute dans l'exercice de leurs compétences ; cependant le conseil d'Etat exige une faute lourde pour tenir compte des difficultés particulières de l'exercice des pouvoirs de tutelle.

b) *La distinction de l'établissement public et de la collectivité territoriale.*

14. L'établissement public a été conçu, au moment de son apparition en droit administratif français, comme une forme juridique d'organisation fondamentalement différente de la collectivité territoriale. L'opposition entre l'établissement public et la collectivité territoriale paraît manifeste au regard de deux principes : le principe de spécialité et le principe du rattachement. Au niveau de l'activité, les établissements publics sont créés pour gérer une activité précise, étroitement circonscrite, alors que les autres personnes publiques, non spécialisées, restent investies d'une compétence générale. Au niveau du statut organique, les établissements publics sont soumis, par application de l'idée de rattachement, au contrôle étroit d'une collectivité publique, alors que les collectivités territoriales disposent d'une large autonomie, sous réserve du correctif de la tutelle : la subordination des établissements publics se traduit notamment par la nomination de leurs organes dirigeants, alors que les instances délibérantes des collectivités territoriales sont élues au suffrage universel, direct ou indirect.

Ces deux éléments essentiels de distinction entre l'établissement public et la collectivité territoriale apparaissent singulièrement discrédités et l'identité profonde de ces deux formes de décentralisation est de plus en plus évidente : l'absence de différence qualitative entre les établissements publics et les collectivités territoriales sur le plan de la spécialité ressort nettement du droit positif ; la subordination des établissements publics, difficilement compatible avec l'impératif qui avait été à l'origine de leur institution, explique le malaise latent qu'ils ont toujours connu³³. La transformation du statut des établissements publics dans un sens démocratique devrait conduire à priver l'opposition classique entre l'établissement public et la collectivité territoriale de sa valeur normative ancienne pour en faire une simple technique de classement de deux modalités de la décentralisation.

15. 1^o) Le rapprochement de l'établissement public et de la collectivité territoriale en ce qui concerne leur sphère d'activité se manifeste principalement par la prise en charge de plus en plus fréquente par des établissements publics de tâches incombant traditionnellement à des collectivités locales. Déjà la reconnaissance par des textes ou la jurisprudence de la possibilité pour les établissements publics d'étendre leur activité en dehors des limites strictes de leur spécialité, ainsi que l'apparition d'établissements publics à spécialité étendue, avaient montré que le principe de spécialité devait être entendu de manière très souple³⁴ ; l'apparition d'établissements publics « territoriaux » pousse beaucoup plus loin l'analogie avec les collectivités locales, dans la mesure où ces établissements ont reçu compétence pour résoudre les problèmes posés par le développement économique et social d'une circonscription donnée : pour eux, la spécialisation fonctionnelle est remplacée par une compétence territoriale, tout à fait identique à celle qui appartient aux collectivités locales classiques. Ce sont des raisons politiques qui ont provoqué l'utilisation d'un statut d'établissement public, apparemment peu adapté ; l'opposition résolue des élus locaux à toute création de nouvelles collectivités territoriales, se superposant aux structures anciennes et les dépouillant progressivement de leurs pouvoirs, a justifié le recours à des procédés originaux pour améliorer la gestion locale. Et les pouvoirs publics ont accepté d'autant plus volontiers d'appliquer la formule de l'établissement public qu'elle leur permettait de ne pas respecter les exigences

33. Sur l'ensemble de la question, voir J. Chevallier, « Les transformations du statut d'établissement public », J.C.P., 1972, I, n° 2496.

34. Voir sur tous ces points, *infra*, n° 52 et ss.

de la démocratie locale et de rendre ainsi les nouvelles unités plus opérationnelles. A long terme cependant, la prise de conscience du caractère peu démocratique de la gestion d'établissements ayant à peu près les mêmes attributions que les collectivités locales, peut susciter des transformations profondes, qui risquent de modifier sensiblement la conception même du statut d'établissement public. Et c'est tellement vrai que les pouvoirs publics ont été obligés d'accorder aux conseils d'administration de ces établissements un caractère représentatif assez inhabituel. Investis de la même mission que les collectivités locales, les établissements territoriaux doivent logiquement transposer, dans un délai plus ou moins long, leurs principes d'organisation. La similitude d'activité fait craquer les clivages anciens et fait bien ressortir l'unité du processus décentralisateur, malgré les traditions et les résistances.

Les établissements territoriaux se sont multipliés depuis quelques années et leurs compétences se sont régulièrement développées et diversifiées³⁵. Si les syndicats de communes à objet unique, ayant pour fonction de gérer un service d'intérêt commun, étaient à peu près conformes à la conception classique de l'établissement public spécialisé, la reconnaissance en 1959 de la possibilité de constituer des syndicats polyvalents, assurant des tâches multiples, a été le point de départ d'une évolution importante. Au niveau urbain notamment, les établissements publics créés depuis lors pour résoudre les problèmes essentiels des agglomérations, ont abandonné toute référence au principe de spécialité. Les districts³⁶, les communautés urbaines³⁷, le district de la région parisienne, ont bénéficié de nombreux transferts obligatoires de responsabilité de la part des éléments composants et disposent d'importantes virtualités d'extension d'activité³⁸ ; ils suppléent à peu près totalement les communes pour tout ce qui concerne le développement économique et social de l'agglomération et la gestion des services d'intérêt collectif : avec eux est établie une véritable administration municipale à deux niveaux. Les auteurs s'accordent en particulier pour reconnaître que la communauté urbaine, possédant des compétences de droit commun et reposant sur une base territoriale bien définie, tient beaucoup plus de la collectivité locale que de l'établissement public classique ; l'analogie est telle que le conseil d'Etat a décidé récemment d'appliquer les règles dégagées en matière de contentieux électoral municipal au contentieux des élections au conseil de communauté³⁹. La technique de l'établissement public ne sert d'ailleurs pas seulement à gérer les agglomérations existantes ; elle est aussi utilisée pour en créer de nouvelles. Le soin d'aménager les villes nouvelles, considérées à tort ou à raison comme un moyen privilégié d'encadrer le développement du phénomène urbain⁴⁰, a été confié à des établissements publics qui, dotés de privilèges importants, ont un rôle considérable à jouer. En donnant enfin aux

35. Voir pour l'analyse détaillée des divers établissements territoriaux, J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972.

36. J. Hourticq, « Districts urbains et syndicats de communes, E.D.C.E., 1961, p. 41 ; on sait que la loi du 31 décembre 1970 a supprimé l'ancien qualificatif d'« urbain » attribué par l'ordonnance de 1959.

37. D. Colard, « Une structure supra communale pour les grandes villes : les communautés urbaines », A.J.D.A., 1967, p. 453 ; J.-F. Médard, « Les communautés urbaines et l'autonomie locale », R.D.P., 1968, p. 737 ; J.-L. Bodiguel, « Les communautés urbaines », R.F.S.P., 1968, p. 257.

38. Les districts ont des compétences de plein droit en nombre limité, mais l'article 4 de l'ordonnance du 5 janvier 1959 laisse à la décision institutive du district la possibilité d'ajouter toutes autres attributions utiles.

39. C.E. 30 avril 1971, Lebosse, A.J.D.A., 1971, p. 542, note Peiser ; R.D.P., 1971, p. 1354, note Waline.

40. A. Heymann, « Les villes nouvelles », A.J.D.A., 1971, p. 443 et « L'extension des villes », 1971 ; J. Hourticq, « Les agglomérations nouvelles », R.A., 1971, p. 329.

régions le statut d'établissement public, la réforme adoptée en juin 1972 a poussé au maximum la dénaturation de ce statut ; seule une volonté de prudence politique a empêché d'octroyer à ces régions le statut de collectivité locale que pourtant la logique imposait ⁴¹.

16. Les établissements publics peuvent donc avoir une activité absolument identique à celle des collectivités locales, et ceci montre que le principe de spécialité n'est pas vraiment spécifique de l'établissement public. Les collectivités locales aussi voient leur compétence limitée aux problèmes concernant leur circonscription, et la jurisprudence fait respecter strictement ce principe. C'est ainsi que le juge administratif contrôle étroitement l'affectation des subventions accordées par les collectivités locales, en vérifiant à chaque fois qu'un intérêt local existe en l'espèce : la décision d'attribution d'une subvention est annulée quand celle-ci est allouée à un organisme ou à une œuvre d'intérêt national et non local ⁴². De même les collectivités locales ne peuvent créer de services publics que si un intérêt public local justifie leur intervention ; sans doute, cet intérêt est-il conçu de plus en plus largement par la jurisprudence ⁴³, mais il n'en constitue pas moins une limitation substantielle de la compétence des collectivités locales ⁴⁴. Si l'absence d'énumération exhaustive par le législateur des « objets d'intérêt départemental » ou des « affaires de la commune » est favorable aux départements et aux communes qui ont, de ce fait, une marge appréciable d'interprétation de leur mission sous le contrôle du juge, elle ne les autorise pas à intervenir dans n'importe quel domaine ; c'est donc avec raison qu'on parle de la spécialité locale ⁴⁵ qui est au moins aussi contraignante que la spécialité des établissements publics ⁴⁶. Comme les établissements publics, les collectivités locales sont des personnes publiques spécialisées, chargées d'agir dans un domaine précis de la vie administrative. Le principe de spécialité est un principe général de notre système administratif, dans la mesure où tout organe

41. Un grand nombre de parlementaires se sont étonnés de l'octroi de ce statut d'établissement public.

42. J. Singer, « Les subventions accordées par les départements et les communes », A.J.D.A., 1967, p. 508.

43. C'est ainsi que la jurisprudence a admis la création de boucheries municipales pour faire baisser les prix (C.E. 24 novembre 1933, Zénard, R., p. 1100), d'un cinéma municipal (C.E. 24 novembre 1933, La solidarité ternoise, R., p. 1099), d'un théâtre de verdure (C.E. 12 juin 1959, Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie, R., p. 363), d'un remonte-pentes (C.E. 14 octobre 1964, Soc. des remonte-pentes de Sanières, R., p. 462), d'un camping municipal (C.E. 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, R., p. 251), d'un cabinet dentaire (C.E. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, R., p. 563), d'un service de consultation juridique (C.E. 23 octobre 1970, Préfet du Val-d'Oise, R.D.P., 1971, p. 248, Concl. Kahn).

44. Voir F. Dreyfus, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la jurisprudence du conseil d'Etat ». Thèse, Paris, 1971, pp. 82 et ss.

45. En ce sens A. de Laubadère, précité, T. 1, n° 126 ; R. Odent, « Contentieux administratif », 1970-71, T. 6, p. 1595.

46. Il n'est donc pas exact de dire que la spécialité des collectivités locales ne peut « en aucune façon » être assimilée à celle des établissements publics, parce que les attributions conférées par la loi n'auraient aucun caractère limitatif (D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées, A.J.D.A., 1971, p. 263, note 13) : Le fait que la compétence des collectivités locales soit limitée aux « affaires locales » ne peut se comprendre que par référence au principe de spécialité.

administratif est investi de compétences limitées⁴⁷, et il ne peut servir à différencier fondamentalement les établissements publics des collectivités territoriales.

17. 2°) La subordination des établissements publics vis-à-vis de la collectivité publique à laquelle ils sont rattachés ne peut pas davantage servir de critère valable de différenciation, parce que cette subordination constitue une dénaturation de la notion d'établissement public et doit être, en tant que telle, dénoncée. L'établissement public relève du même principe de décentralisation que les collectivités locales. L'application effective de ce principe suppose l'adoption de certaines modalités d'organisation, et notamment elle implique que les dirigeants du service décentralisé possèdent, du fait de leur mode de désignation et de leur statut personnel, de réelles garanties d'indépendance vis-à-vis de l'autorité supérieure. L'établissement public doit être géré, comme la collectivité locale, par des organes qui lui soient propres et non par des fonctionnaires placés sous le pouvoir de commandement des gouvernants. Le problème vient de ce qu'en l'état actuel de l'organisation administrative française, les dirigeants des établissements publics possèdent rarement de telles garanties d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Certes, cette affirmation doit être nuancée : nous verrons que, d'une part le caractère technique du service géré conduit souvent à choisir les dirigeants de l'établissement dans le milieu professionnel, et d'autre part les dirigeants de l'établissement sont parfois désignés dans des conditions qui laissent une place sinon toujours à l'élection du moins à une intervention efficace du personnel et des usagers. Cependant, il faut bien constater que ces hypothèses sont relativement rares, et les auteurs sont conduits, ou bien à condamner l'idée même de décentralisation par services qui n'aurait pas de contenu réel⁴⁸, ou bien à estimer que les établissements publics sont de plusieurs types différents, le statut déconcentré se révélant être la règle générale⁴⁹. Cette double argumentation paraît critiquable ; le fait qu'une des implications essentielles de la décentralisation ait été si rarement perçue, explique précisément que les établissements publics soient en crise, du fait de l'adoption de mauvais principes de gestion. Les lacunes du droit positif en ce qui concerne le statut des établissements publics ne doivent pas être érigées en tant que principes normatifs ; ce n'est pas parce que l'idée de décentralisation est mal appliquée en droit administratif français qu'il faut l'abandonner. Il convient au contraire de faire en sorte que ses exigences soient comprises et acceptées.

18. Les différences de fait existant actuellement entre le statut des collectivités locales et celui des établissements publics traduisent seulement une prise de conscience variable des implications d'un principe de décentralisation, qui

47. Ceci est également vrai, contrairement à ce que pense la doctrine, pour l'Etat. Si par Etat, on entend le titulaire du pouvoir de contrainte, il n'est pas exact de dire que l'Etat est par nature rebelle à toute idée de spécialité : La Constitution, les déclarations et principes généraux du droit limitent bien l'étendue du pouvoir étatique ainsi entendu. L'Etat est la personne publique la moins spécialisée, mais ses compétences sont également limitées (voir J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972). Lorsque le conseil d'Etat affirme que « Le principe de spécialité ne peut être utilement invoqué à l'encontre de services non spécialisés de l'Etat » (C.E. 29 avril 1970, société Unipain, R.D.P., 1970, p. 1423, note Waline), il veut seulement dire qu'entre deux services exploités en régie par l'Etat, le principe de spécialité ne peut jouer parce que ces deux services relèvent d'une seule et même personne juridique et non que les compétences de l'Etat ne sont pas limitées.

48. En ce sens C. Eisenmann, « Centralisation et décentralisation, 1947, et aussi F.-P. Benoît, « Le droit administratif français », 1968, pp. 202-204.

49. A. Homont, « La déconcentration des services publics ». Thèse Bordeaux, 1948.

devrait pourtant s'exprimer de manière identique. Ces différences ne peuvent servir de critère de distinction théorique, car elles ne sont justifiées par aucune idée d'ensemble⁵⁰. Et d'ailleurs, au sein de ces deux catégories, les situations intermédiaires sont la règle. Alors que la décentralisation impose l'indépendance personnelle de tous les organes dirigeants vis-à-vis de l'autorité supérieure, les collectivités locales n'appliquent pas toutes ce principe : si c'est bien le conseil municipal qui élit le maire, en revanche le préfet est nommé par le pouvoir central, et dans le cadre du département un exécutif déconcentré coexiste donc avec une assemblée décentralisée ; de même, au niveau local, le contrôle exercé par l'autorité supérieure déborde fréquemment les compétences normales de tutelle⁵¹. A l'inverse, certains établissements publics, comme les établissements d'enseignement supérieur, bénéficient d'une autonomie statutaire et administrative véritable. Les établissements publics et les collectivités locales ont à faire face à la même répugnance de l'autorité administrative à admettre l'existence de cellules autonomes de décision en marge de la hiérarchie traditionnelle. L'application du principe de décentralisation dépend de la gravité des dysfonctions constatées dans le fonctionnement de certains services⁵², et ceci explique la gamme de situations possibles au regard de ce principe.

19. Les deux critères traditionnels de distinction entre les établissements publics et les collectivités territoriales ont perdu toute valeur au terme d'une évolution qui a fait craquer cette opposition artificielle et dangereuse. La référence au principe de spécialité est artificielle car les collectivités territoriales, comme les établissements publics, ont reçu compétence des pouvoirs publics pour s'occuper d'un ensemble de problèmes, et cette attribution de compétence doit être respectée par elles ; le refus d'appliquer aux établissements publics le principe de décentralisation est dangereux car il a permis aux pouvoirs publics de conserver une emprise très forte et quasi hiérarchique sur la gestion d'établissements dotés de la personnalité juridique. Etablissements publics et collectivités locales constituent les uns et les autres des centres de décision autonomes, situés en dehors de la hiérarchie administrative, qui devraient être largement ouverts aux administrés. Les différences entre eux sont d'ordre historique et sociologique : historiquement, les collectivités locales ont acquis une place éminente consacrée par une insertion constitutionnelle ; sociologiquement les collectivités locales ont vocation à s'occuper, au niveau horizontal, des problèmes d'une circonscription géographique, alors que les établissements publics ont plutôt vocation, verticalement, à gérer un type d'activités. Mais ces différences sont dépourvues d'effet normatif : en réalité, les collectivités locales sont les personnes publiques qui sont déclarées telles par la constitution ou le législateur ; les autres sont des établissements publics. Il s'agit d'une simple classification de personnes publiques relevant du même processus décentralisateur.

50. Certains auteurs, tel M. Benoît, ont cependant essayé de justifier théoriquement la différence de situation des établissements publics et des collectivités locales : l'institution des établissements publics relèverait d'une simple préoccupation d'aménagement interne des corps administratifs et elle viserait à favoriser la prééminence des techniciens, alors que les collectivités locales mettraient en œuvre une volonté politique de localisation du pouvoir. L'opposition ne repose pas sur des bases évidentes et elle ne va pas dans le sens d'une démocratisation de l'action administrative..

51. Au niveau municipal, un certain nombre de décisions exigent l'approbation préalable de l'autorité de tutelle ; ce nombre a été réduit depuis la loi du 31 décembre 1970 ; voir A. Homont, « La loi du 31 décembre 1970 sur la gestion municipale et les libertés communales », A.J.D.A., 1971, p. 144.

52. L'exemple des réformes réalisées dans l'enseignement supérieur en 1968 est évidemment particulièrement probant.

20. La spécificité de la notion d'établissement public peut être établie sans grande difficulté, vis-à-vis des personnes privées, l'intention des pouvoirs publics et l'origine du capital donnent des critères relativement simples de distinction. Vis-à-vis des autres personnes publiques, si le critère de la personnalité morale permet d'opposer l'établissement public à la régie, la distinction avec les collectivités territoriales, également décentralisées, résulte exclusivement d'une analyse formelle des textes : si le constituant ou le législateur n'ont pas expressément affirmé leur volonté de créer une nouvelle collectivité locale, le statut d'établissement public s'impose. La notion d'établissement public se distingue donc assez facilement de notions voisines ; mais encore faut-il, pour qu'elle soit opérationnelle, que son contenu soit homogène.

B) L'HOMOGENEITE DE LA NOTION

21. D'après la doctrine classique⁵³, la notion d'établissement public, longtemps dotée de clarté et de cohérence, se serait complètement désagrégée. L'établissement public a en effet servi de mode de gestion aux activités les plus diverses prises en charge par les pouvoirs publics ; et le juge administratif ayant préféré, plutôt que de continuer à soumettre l'action administrative à un régime juridique uniforme, moduler ce régime en fonction du secteur d'intervention, les établissements publics ont semblé perdre tout élément d'unité. La notion d'établissement public aurait éclaté en plusieurs catégories soumises à des régimes très variés et parfois même opposés. Cette constatation repose en réalité sur une erreur de perspective et sur une mauvaise interprétation du rôle joué par la notion d'établissement public en droit administratif français.

1) L'unité de la définition.

22. D'après la définition classique, l'établissement public est une personne publique chargée de la gestion d'un service public. Cette définition a, semble-t-il, été remise en cause de plusieurs manières différentes : d'abord, au niveau de l'activité, une jurisprudence ancienne, remontant au début du xx^e siècle, paraît admettre que certains établissements publics ne gèrent pas de service public ; ensuite la prise en considération par le droit administratif des problèmes d'organisation professionnelle ont conduit des auteurs à proposer l'intégration des établissements professionnels dans la catégorie générale des établissements publics, sous réserve d'adaptations tenant à leur origine privée ; enfin l'introduction de l'actionnariat ouvrier a été jugée compatible avec le statut d'établissement public, dans la mesure où celui-ci n'exigerait pas un capital exclusivement public. Ces trois affirmations, qui bouleverseraient, si elles étaient exactes, la définition même de l'établissement public, ne sont en réalité nullement conformes au droit positif et la définition classique reste toujours valable.

a) *Etablissement public et service public.*

23. L'idée selon laquelle l'établissement public est un « service public personnalisé »⁵⁴ est apparemment contredite par une jurisprudence ancienne qui aurait rejeté toute liaison absolue entre les deux notions ; et depuis 1945, la catégorie des établissements publics non gestionnaires de service public, demeurée jusqu'alors peu importante, aurait pris une extension considérable.

53. R. Drago, thèse précitée ; Connois, « La notion d'établissement public en droit administratif français », 1958. Tous les manuels classiques de droit administratif reprennent ce diagnostic.

54. Romieu disait (Concl. sur C.E. 22 mai 1902, Caisse des écoles..., R., p. 396) : l'établissement public est « une personne morale administrative créée pour la gestion d'un service public ».

24. C'est le célèbre arrêt « Association syndicale du canal de Gignac »⁵⁵ qui constitue le fondement de la jurisprudence ancienne. Les associations syndicales de propriétaires autorisées sont des groupements ayant pour but la réalisation de certains travaux utiles au point de vue agricole, par exemple des travaux d'irrigation, d'assèchement des marais, de lutte contre les inondations et les incendies. Apparemment, il ne s'agit pas là d'une mission de service public, car les travaux aboutissent à la mise en valeur des propriétés comprises dans le périmètre du syndicat, et le but poursuivi paraît relever de l'utilité privée. Cependant les associations possèdent des prérogatives de puissance publique : elles peuvent forcer les propriétaires récalcitrants à adhérer, lever des taxes sur les membres du groupement, exproprier des immeubles, toutes choses impossibles à un simple particulier. Compte tenu de l'existence de ces prérogatives, le tribunal des conflits décide que « lesdites associations présentent les caractères essentiels des établissements publics » : il s'agit donc de personnes publiques bien qu'elles n'agissent pas dans un but d'intérêt général. Inspirée par Hauriou, la doctrine classique déduit de cette jurisprudence que des établissements publics peuvent exercer des activités qui n'ont pas les caractères d'activités de service public⁵⁶.

Cette interprétation est pour le moins contestable⁵⁷. Bien que faisant toujours figurer la décision parmi « les grands arrêts de la jurisprudence administrative », MM. Long, Weil et Braibant admettent que « la question de savoir si les associations syndicales de propriétaires gèrent un service public demeure controversée »⁵⁸, et cette constatation prouve que l'insertion de la décision dans leur recueil ne se justifie guère⁵⁹. En fait, la doctrine a été conditionnée par la réaction d'Hauriou et elle a été incapable de lire l'arrêt sans référence au cadre d'interprétation défini par le célèbre annotateur. Dans sa note, Hauriou s'élève avec vigueur contre « l'amalgame des intérêts économiques et de la chose publique » opéré par l'arrêt ; voyant dans les associations syndicales « la première institution collectiviste » du fait de la qualification d'établissement public qui leur est accordée, il se plaint de voir « changer son Etat » et il se refuse à admettre que l'activité de ces associations puisse être considérée comme d'« intérêt public ». Mais cette opinion d'Hauriou relève d'une appréciation critique de la décision et non d'un véritable commentaire : Hauriou cherche à limiter la portée de l'arrêt, ce qui prouve a contrario que celui-ci comporte des éléments nouveaux jugés dangereux par Hauriou. On peut parfaitement estimer avec M. Chapus que l'importance de l'arrêt vient précisément de ce qu'il accepte de qualifier un intérêt privé d'ordre économique d'intérêt public, justifiant pour sa satisfaction une intervention publique. Et cette interprétation explique la vigueur de la réaction d'Hauriou, hostile à cette première et grave atteinte au libéralisme économique traditionnel. L'activité des associations syndicales est donc bien considérée par le tribunal des conflits comme une activité

55. T.C. 9 décembre 1899, S. 1900, III^e, p. 49, note Hauriou.

56. A. de Laubadère, traité précité, n° 313 ; G. Vedel, « Droit administratif », 1968, p. 651 ; J. Rivero, « Droit administratif », 4^e éd., 1970, p. 492.

57. Voir pour la critique systématique de cette interprétation, R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », R.D.P. 1968, p. 250, note 24 et aussi, J. Chevalier, « Le service public », précité p. 11.

58. 5^e éd., 1969, p. 33.

59. De deux choses l'une en effet : ou l'association gère un service public et l'arrêt ne présente aucune originalité par rapport à la jurisprudence classique élaborée depuis 1856 ; ou l'association n'en gère pas, et l'arrêt est effectivement intéressant. En reconnaissant leurs hésitations sur ce point essentiel, MM. Long, Weil et Braibant enlèvent toute portée théorique à la décision.

d'intérêt général ; et si la haute juridiction ne parle pas de service public, ce silence ne peut surprendre en raison de la date de l'arrêt : en 1899, la théorie du service public n'était pas encore élaborée en doctrine et en jurisprudence⁶⁰ et la distinction des actes d'autorité et de gestion étant alors prédominante⁶¹, c'est très logiquement que le tribunal des conflits prend soin de relever les prérogatives de puissance publique présentes en l'espèce.

Si quelques doutes existaient encore sur le bien-fondé de cette interprétation, l'arrêt *Effimieff* du 28 mars 1955⁶² aurait dû les avoir définitivement levés. Cet arrêt est vraiment la contre-épreuve de la jurisprudence « canal de Gignac » et il montre, de façon évidente, l'erreur d'interprétation d'Hauriou. L'espèce est particulièrement intéressante parce qu'elle est tout à fait comparable à celle de l'affaire du canal de Gignac. Pour favoriser la reconstruction des immeubles sinistrés à la suite de la deuxième guerre mondiale, le législateur a institué, par une loi du 16 juin 1948, deux catégories de groupements : les sociétés coopératives de reconstruction, organismes de droit privé, et les associations syndicales de reconstruction qui sont, d'après les termes de la loi, des établissements publics. Il s'agit donc ici aussi d'associations syndicales ayant le statut public bien qu'assumant une tâche de défense d'un intérêt économique privé. Or dans sa décision du 28 mars 1955, le tribunal des conflits estime « que l'article 17 de la loi du 16 juin 1948 a attribué aux associations syndicales de reconstruction le caractère d'établissements publics ; que le législateur a *ainsi*⁶³ expressément manifesté son intention d'assigner à ces organismes, dans l'œuvre de la reconstruction immobilière, une mission de service public ». Le mot important est « ainsi », car il assure un lien de cause à effet entre les deux propositions : puisqu'il s'agit d'un établissement public, il y a gestion d'un service public. Lorsque les pouvoirs publics décident de créer un établissement public, c'est, par le fait même, qu'ils entendent faire assurer par cet établissement une mission de service public. L'affirmation est essentielle : non seulement elle situe à sa vraie place la jurisprudence « canal de Gignac », mais encore elle contient implicitement un principe théorique, valable de façon très générale : l'établissement public a toujours la qualité de gestionnaire d'un service public.

25. Selon la doctrine, la jurisprudence « canal de Gignac » n'a cependant représenté qu'un point de départ, une référence destinée à justifier les hypothèses, de plus en plus nombreuses depuis la fin de la seconde guerre mondiale, dans lesquelles des établissements publics ne généreraient pas de service public. Il convient d'analyser attentivement ces hypothèses afin d'en démontrer le caractère peu probant.

Certains organismes professionnels, tout d'abord, ont bien été dotés du statut d'établissement public, mais la nature de leur activité est contestée. Sans doute, les chambres de commerce, d'agriculture ou de métiers exploitent-elles parfois de véritables services publics⁶⁴, mais cette gestion serait exceptionnelle :

60. Le service public ne commencera à être invoqué comme critère d'application du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative qu'après 1906.

61. J. Chevallier, « Le service public », précité p. 51.

62. A.J.D.A., 1955, II, 332, note J.A.

63. C'est nous qui soulignons.

64. Voir par exemple C.E. 25 janvier 1952, *Boglione, R.*, p. 55 : la chambre de commerce de Marseille gère un service d'outillage dans le port de Marseille ; il s'agit d'après le conseil d'Etat d'un service public de nature industrielle et commercial. De même, C.E. 2^{er} juillet 1960, Assemblée permanente des présidents de chambres d'agriculture, *R.*, p. 442 : les chambres d'agriculture, établissements publics administratifs, gèrent dans certains cas des services industriels et commerciaux, etc.

l'objet normal et principal des chambres professionnelles est la défense des intérêts professionnels et cette défense ne constituerait pas une mission de service public. Cette argumentation est dépourvue de valeur. La défense des intérêts professionnels a été, au contraire, à de nombreuses reprises, considérée par la jurisprudence comme une mission de service public. La solution a été adoptée sans équivoque pour les ordres professionnels : dès le 2 avril 1943, dans l'arrêt Bouguen⁶⁵, le conseil d'Etat a constaté, à propos du conseil supérieur de l'ordre des médecins que « le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public ». L'organisation et le contrôle de l'exercice de la profession médicale peuvent paraître pour les médecins relever de la défense de leurs seuls intérêts professionnels ; si le législateur estime qu'ils concernent aussi l'intérêt général de la collectivité, rien ne lui interdit d'ériger cette activité en service public. Cette jurisprudence, prolongée par de nombreux arrêts concernant les ordres les plus divers, est d'autant plus intéressante qu'elle est relative à des organismes dont le statut est privé : comment ne pas l'étendre à des organismes que les pouvoirs publics ont tenu, en raison de l'importance de leur mission, à ériger en établissements publics ? Les intérêts défendus par les chambres professionnelles ont paru tellement utiles pour la collectivité que le législateur a été jusqu'à publiciser leur statut : il paraîtrait parfaitement contradictoire de leur refuser un régime que la jurisprudence a appliqué sans hésitation aux ordres professionnels, dans des circonstances beaucoup plus douteuses⁶⁶ ; et l'argumentation syllogistique esquissée par le tribunal des conflits dans l'arrêt Effimieff est ici particulièrement justifiée. L'activité des organismes professionnels peut être analysée à un double point de vue : celui de l'intérêt personnel des membres de la profession, qui est indifférent aux pouvoirs publics, ou celui de l'intérêt collectif ; et c'est l'utilité qu'elle présente à ce second point de vue qui justifie son érection en service public⁶⁷.

La doctrine refuse également à un certain nombre d'établissements publics du secteur industriel et commercial la qualité de gestionnaires de service public, en raison de la nature de leur activité⁶⁸. Les Houillères de bassin, les Charbonnages de France, l'Entreprise minière et chimique⁶⁹, la Régie Renault sont les exemples le plus souvent cités de ces entreprises publiques non gestionnaires de service public⁷⁰ : l'extraction du charbon, l'industrie chimique, la production de voitures ne pourraient en aucun cas être considérées comme des activités de service public. Cette argumentation est tout aussi critiquable que la précédente : ou bien elle se base sur une situation concurrentielle, qui n'est nulle-

65. S. 1944, III^e, p. 1. Concl. Lagrange, note Mestre.

66. La reconnaissance de la possibilité pour les ordres professionnels de gérer un service public a constitué une étape importante de la crise du service public, caractérisée par le déclin du critère organique.

67. Il convient de rappeler ici que le législateur est libre de créer tel ou tel service public et donc d'apprécier les besoins ou intérêts que les pouvoirs publics doivent prendre en charge.

68. Voir en plus des traités classiques déjà cités, Rossillon, « Les entreprises publiques et la notion de service public industriel et commercial », A.J.D.A., 1956, I, p. 41.

69. L'E.M.C. est un établissement public né en 1967 (décret du 20 septembre) de la fusion des mines de potasse d'Alsace et de l'office national industriel de l'azote (O.N.I.A.).

70. Pour M. Chaban-Delmas (Ass. nat. 20 octobre 1971, J.O., p. 4808), aucune des entreprises appartenant au secteur concurrentiel n'est chargée de la gestion d'un service public, ce qui est une conception beaucoup plus extensive.

ment spécifique à ces établissements⁷¹ ; ou bien elle en revient à la vieille thèse discréditée du service public par nature, défendue par le procureur général Mather dans l'arrêt Bac d'Eloka⁷² et reprise ensuite, sans succès, par divers auteurs⁷³. Suivant cette thèse, seules les activités rentrant dans les attributions exclusives et essentielles des pouvoirs publics pourraient être qualifiées de services publics ; la jurisprudence a rejeté sans équivoque une telle conception, qui ne correspond pas à la définition actuelle du service public. L'intention des pouvoirs publics est passée au premier plan : sont services publics les activités que le législateur, à un moment donné, a jugé utiles ou indispensables pour l'intérêt général⁷⁴. En appliquant le raisonnement qui figure dans l'arrêt Effimieff, on est en droit de considérer qu'en créant des établissements publics chargés d'extraire du charbon, de produire des engrais ou de construire des voitures, le législateur a entendu ériger ces activités en services publics ; il n'a d'ailleurs pas fait mystère, au moment des nationalisations, de sa volonté de redonner à la nation la maîtrise de ces diverses activités⁷⁵. Et la Régie Renault elle-même, bien que provenant d'une nationalisation-sanction, a été chargée dès l'origine — compte tenu du rôle pilote qui lui était assigné dans le développement du secteur automobile et dans la réalisation de réformes sociales — d'une mission d'intérêt général⁷⁶. Les établissements publics du secteur économique ne font donc pas exception à la règle.

26. Dans ces conditions, la fameuse catégorie des établissements publics ne gérant pas de service public se trouve réduite à la peau de chagrin. Contrairement à ce qu'affirme encore la doctrine dominante, tous les établissements publics gèrent un service public⁷⁷ : il y a une véritable présomption en ce sens, et cette présomption n'est démentie par aucun texte, par aucun arrêt déterminant. L'établissement public reste donc un mode de gestion des services publics et l'unité de la notion subsiste sur ce point.

b) *Etablissement public et organisation professionnelle.*

27. La doctrine a cru voir dans la jurisprudence « Montpeurt »⁷⁸ et « Bouguen »⁷⁹, l'amorce d'une nouvelle crise de la notion d'établissement public,

71. Avec la thèse défendue par M. Chaban-Delmas, la notion de service public se perdrait dans les sables, car les personnes publiques qui se trouvent en réelle situation de monopole sont en nombre très limité : en dehors de la police, de l'armée et de la justice — toutes attributions classiques de « l'Etat-gendarme » — les situations concurrentielles, entendues largement, sont la règle générale.

72. Concl. sur T.C. 22 janvier 1921, Soc. commerciale de l'Ouest africain, S. 1924, III, p. 36.

73. Voir par exemple M. Hauriou, note sous C.E. 7 avril 1916, Astruc, S., 1916, III^e, p. 49, qui affirme que « La définition du service public par l'intention subjective de l'administration » est « éminemment » dangereuse : il y a selon lui des limites « objectives » au service public.

74. C'était déjà la définition défendue par Jèze (« Le service public », *Revista de Drept public*, 1926, pp. 167 et ss). Elle est actuellement admise par la plupart des auteurs. Voir par exemple A. de Laubadère. *Traité précité*, n° 997.

75. Et en particulier des principales sources d'énergie, au nombre desquelles figurait alors le charbon. Voir C. Personnaz, « L'évolution des structures des entreprises charbonnières en Europe occidentale », thèse, Paris, 1970, dactyl.

76. Idée qui est encore ressortie clairement du débat parlementaire sur l'introduction de l'actionnariat à la régie. Le rapporteur, M. Lecat, a rappelé à juste titre qu'en 1945, suivant les propres termes de l'ordonnance, la régie devait être exploitée « selon une formule inspirée des doctrines de participation ouvrière » (Ass. nat., 16 décembre 1969, J.O., p. 4948), ce qui montre nettement que la régie devait être le banc d'essai de réformes sociales.

77. L'inverse n'est évidemment pas vrai : l'établissement n'est qu'un mode de gestion possible des services publics.

78. 31 juillet 1942, D. 1942, p. 138. Concl. Ségalat, note P.C.

79. 2 avril 1943, S. 1944, III^e, p. 1. Concl. Lagrange, note Mestre.

remettant en cause d'une seconde manière l'unité de sa définition. Si en principe, en économie libérale, les professions sont libres, en France l'Etat est intervenu assez tôt pour règlementer l'exercice de certaines d'entre elles⁸⁰. Dès avant 1940, il existait un certain nombre d'organismes professionnels, à caractère public, comme les chambres d'agriculture, de commerce ou de métiers, ou semi-public, comme les ordres d'avocats⁸¹, les chambres de discipline des notaires, huissiers ou avoués. A partir de 1940, le mouvement d'organisation des professions a pris une ampleur nouvelle : sous le régime de Vichy, la plupart des professions ont reçu une organisation autoritaire, par application systématique de l'idéologie corporative ; en 1945, la disparition de ce fondement idéologique n'a pas remis en cause une évolution qui est apparue irréversible et dont le rythme n'a fait que s'accélérer⁸². Dès lors, le problème du statut juridique de ces multiples organismes corporatifs se pose dans toute sa portée ; si le législateur s'est parfois expressément prononcé sur le statut, public ou privé, de ces organismes, le silence des pouvoirs publics a, dans les autres cas, imposé au juge de déterminer leur situation au regard de l'ordre étatique.

28. La position de principe adoptée par le juge administratif dans les arrêts « Montpeurt » et « Bouguen » se caractérise par son aspect nuancé : le conseil d'Etat, tout en affirmant que les comités d'organisation et les ordres professionnels exercent une activité de service public, refuse de voir en eux des établissements publics⁸³. Bien qu'apparemment claire, cette jurisprudence a fait l'objet d'interprétations variées et n'a pas fait cesser les controverses sur le statut exact de ces organismes.

Dans ses conclusions sur l'arrêt « Montpeurt », le commissaire du gouvernement Ségalat estimait que les comités d'organisation constituaient l'un des premiers exemples d'une nouvelle catégorie de personnes morales, les personnes morales de droit professionnel. Les établissements corporatifs relevaient, selon lui, d'un droit professionnel spécifique, répondant aux trois critères classiques de l'autonomie tant en ce qui concerne le sujet et l'objet que la sanction⁸⁴. Fort prise à l'époque⁸⁵, cette conception, bien qu'ayant trouvé par la suite d'ardents défenseurs⁸⁶, a été vivement critiquée par la doctrine et elle n'a pas reçu de confirmation jurisprudentielle. Le régime des organismes professionnels n'est ni autonome, ni uniforme : il est fait pour partie de droit public et pour partie de

80. Voir par exemple, M. Bazex, « Corporatisme et droit administratif », thèse, Toulouse, 1967.

81. J. Braud, « Les pouvoirs du conseil de l'ordre des avocats ». Thèse, Bordeaux, 1933.

82. Voir par exemple, P. Stillmunkes, « La notion de profession libérale et son évolution récente », A.J.D.A., 1964, I, pp. 403 et ss.

83. Comme le disait le commissaire du gouvernement, Ségalat, « Le fait que les comités sont chargés de la gestion d'un service public n'entraîne pas nécessairement leur caractère public. Votre jurisprudence offre maints exemples de services publics confiés à des organismes qui sont des groupements d'intérêts privés... et qui interviennent tantôt comme personnes privées, tantôt comme exécutants d'un service public ».

84. Les compétences de ces organismes sont exclusivement relatives aux membres de la profession, qui ont souvent l'obligation de s'y affilier ; elles ne peuvent concerner que la vie professionnelle ; elles sont assorties d'un pouvoir de sanction disciplinaire. Voir J. Mourgeon, « La répression administrative ». Thèse, Toulouse, 1965.

85. Le promoteur de la loi du 17 novembre 1943, autorisant les organismes professionnels à créer des établissements spécialisés fonctionnant sous leur autorité, s'y référait expressément.

86. Voir Heilbronner, « Le pouvoir professionnel », E.D.C.E., 1952 ; J. Brethe de la Gressaye, « Essai sur le droit professionnel ». Annales de la fac. droit de Bordeaux, 1954, n° 2.

droit privé, ces deux droits étant associés suivant des proportions variables dans les différents établissements⁸⁷.

D'autres auteurs ont voulu faire de ces organismes professionnels de véritables personnes morales de droit public, au même titre que les collectivités territoriales ou les établissements publics, mais relevant d'une catégorie distincte : il s'agirait de personnes publiques innomées. Ces personnes publiques seraient soumises en principe au droit public, et ce régime expliquerait la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre leurs actes ; mais elles seraient soumises aussi partiellement au droit privé par application de la technique de la gestion privée. Cette explication présente le grand intérêt de réintégrer la jurisprudence « Montpeurt-Bourguen » dans la théorie générale du droit administratif : dans la mesure où les comités d'organisation et les ordres professionnels ne sont plus considérés comme des personnes privées, il est logique de leur reconnaître la possibilité de gérer un service public et de faire des actes administratifs, et ces notions conservent leur cohérence organique traditionnelle. Avancée dès 1956 par M. Eisenmann⁸⁸, cette thèse est reprise actuellement par la majorité des auteurs de droit administratif⁸⁹. Cependant, elle ne résiste pas à un examen attentif de la jurisprudence. Ses justifications profondes, tout d'abord, ont disparu. A l'origine, la thèse de la personnalité publique innomée a été avancée pour des raisons d'opportunité juridique : il s'agissait de limiter la portée de la jurisprudence « Caisse primaire Aide et protection »⁹⁰ relative à la gestion des services publics par les personnes privées et de maintenir la cohérence organique du droit administratif. Seulement cette tentative louable apparaît désormais comme un combat d'arrière-garde : la jurisprudence a consacré depuis longtemps la possibilité pour les personnes privées d'assurer une mission de service public et de faire des actes administratifs unilatéraux dans le cadre de cette mission ; le cloisonnement étanche existant dans le passé entre le secteur public et le secteur privé est de nos jours radicalement remis en cause. Il ne sert donc plus à rien de vouloir démontrer à tout prix le statut public d'organismes professionnels, qui illustrent, au contraire, en tant que personnes privées, une évolution très caractéristique du droit administratif français. Par ailleurs, la thèse ne repose pas sur des bases juridiques solides : les pouvoirs publics ne se sont jamais prononcés explicitement en ce sens ; la jurisprudence a toujours refusé d'admettre le caractère public des ordres professionnels. Et le fait que d'autres organismes professionnels, tels que les chambres de commerce ou d'agriculture, le centre national de la cinématographie, se sont vus reconnaître par les pouvoirs publics le statut d'établissement public est très révélateur. Il prouve d'une part que les organismes professionnels ne sont pas rebelles par nature à un tel statut et que si le législateur a exprimé son intention de leur donner un caractère public, on n'hésite pas à les intégrer dans la catégorie des établissements publics sans recourir à une classification spéciale ; il prouve d'autre part que le silence des pouvoirs publics doit être considéré a contrario comme la preuve de la volonté de maintenir un statut privé à l'organisme en cause : le statut public doit résulter sans équivoque du texte institutif.

87. Le droit public s'applique en général à l'activité de service public et à la partie administrative de l'organisation et du fonctionnement ; le droit privé s'applique au fonctionnement interne de l'organisme (gestion du patrimoine, rapports avec le personnel).

88. « L'arrêt Montpeurt : légende et réalité ». Mélanges, Mestre, 1956, p. 221 et ss.

89. Voir par exemple A. de Laubadère, traité précité, n° 1105 ; J. Rivero, précité, n° 513.

90. C.E., 13 mai 1938, D. 1939, III^e, p. 65. Concl. Latournerie, note Pépy.

L'intégration pure et simple des organismes professionnels dans la catégorie des établissements publics a été proposée par les auteurs favorables au maintien de la cohérence de l'organisation administrative ancienne mais conscients des lacunes de la thèse de la personnalité publique innomée. N'accordant qu'une valeur rétrospective aux arrêts « Montpeurt » et « Bourguen », dont les termes étaient pourtant explicites⁹¹, ces auteurs affirment que les organismes professionnels, ou bien sont une variété d'établissements publics administratifs⁹², ou bien constituent des établissements publics d'un type nouveau⁹³. Cette dernière explication est la plus intéressante parce que si on l'adopte, on remet en cause l'unité de la définition de l'établissement public. A côté des établissements publics classiques, il y aurait les établissements publics professionnels, personnes morales de droit public, rassemblant l'ensemble des membres d'une profession, selon une structure corporative, pour représenter cette profession et assurer son organisation et sa discipline. Plus logique et plus cohérente que la thèse précédente, cette conception suscite des critiques différentes mais tout aussi importantes. Elle est certainement contraire à une jurisprudence qui a toujours refusé d'admettre, sauf disposition expresse, que les organismes professionnels avaient, de façon générale, la qualité d'établissement public ; elle étend le statut public à une multitude d'organismes très divers, sans se soucier de l'intention des pouvoirs publics et du caractère adapté d'un tel statut. C'est une conception *de lege ferenda*, en marge du droit positif, et peu compatible avec l'inspiration profonde de l'organisation professionnelle ; elle a aussi l'inconvénient majeur de supprimer la cohérence de la définition ancienne de l'établissement public.

En fait les organismes professionnels sont, sauf intervention expresse des pouvoirs publics leur conférant le statut d'établissement public, des personnes privées, investies d'une mission de service public et soumises à ce titre, pour une large part au droit public. C'est la seule thèse qui coïncide parfaitement avec la jurisprudence et qui permet d'en rendre compte sans inventer des catégories nouvelles, contrairement à la volonté du législateur et à l'esprit qui a présidé à la création de ces organismes. Sans doute en tant que personnes privées gestionnaires de service public, les organismes professionnels représentent-ils une étape importante dans la crise de la notion de service public ; mais cette crise, qui a d'ailleurs précédé leur apparition, ne fait que refléter une exigence générale d'adaptation de l'action administrative aux problèmes propres des professions nouveaux dans lesquels elle s'aventure. Et reconnaître aux ordres de professions libérales et théoriquement indépendantes de l'Etat le statut public aurait été difficilement compatible avec la situation exacte de ces professions. En l'état actuel, les ordres expriment aussi bien l'intérêt personnel de leurs membres, grâce à leur statut privé, que l'intérêt collectif, grâce aux obligations auxquelles ils sont soumis du fait de la gestion d'un service public. Les organismes professionnels ne relèvent donc pas en principe d'un statut d'établissement public contraire à leur vocation spécifique.

91. Arrêt Montpeurt : « Les comités d'organisation, bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics, sont chargés de participer à l'exécution d'un service public... ». Arrêt Bougen : « Si le conseil supérieur de l'ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, il concourt au fonctionnement [du] service [de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale] ».

92. Liet-Veaux et Drago. *Juris classeur administratif*, fasc. 135, n° 44 : Drago, note sous T.A., Clermont-Ferrand 12 avril 1957, A.J.D.A., 1957, II, p. 348.

93. Voir par exemple J.-M. Auby et R. Ducos-Ader, « Grands services publics », I, 1969, p. 187.

29. La définition de l'établissement public n'est pas affectée par les aspects originaux de l'organisation professionnelle puisque celle-ci s'est réalisée en dehors des contraintes d'un tel statut. L'apparition des établissements professionnels n'est pas un élément de la crise de l'établissement public, contrairement à ce que les auteurs avaient cru ; elle montre seulement qu'intérêts privés et intérêt collectif ne sont pas nécessairement antagonistes.

c) *Etablissement public et actionnariat ouvrier.*

30. L'introduction de l'actionnariat ouvrier à la Régie Renault constitue une évolution sensible dans la situation juridique de cette entreprise publique, et on peut s'étonner que la doctrine ne se soit pas interrogée davantage sur son effet exact. Il n'est pas indifférent en effet de savoir si cet établissement public conserve son statut ancien, malgré l'octroi d'un certain nombre d'actions au personnel, et ce problème est d'autant plus important que d'autres entreprises du secteur industriel et commercial doivent suivre l'exemple de la Régie Renault. L'actionnariat a vocation à s'étendre à l'ensemble de ces entreprises dans la mesure où les pouvoirs publics y voient un moyen privilégié de transformer la condition des agents des services publics. Sur le plan juridique on peut considérer, ou bien que l'actionnariat transforme l'établissement public en société d'économie mixte⁹⁴, ou bien qu'il entraîne une modification intrinsèque du statut d'établissement public⁹⁵ ; et dans ce dernier cas, comme il est peu probable que tous les établissements publics adoptent une telle technique d'intéressement, on est conduit à distinguer plusieurs catégories d'établissements publics suivant que la réforme leur a été ou non appliquée.

Cette thèse a été expressément défendue par le rapporteur, M. Lecat, lors du débat parlementaire sur la loi du 2 janvier 1970. Selon M. Lecat, l'introduction de l'actionnariat ouvrier à la Régie Renault aboutirait à créer une catégorie nouvelle d'établissements publics, les établissements industriels et commerciaux par actions, « catégorie très voisine des établissements publics de caractère industriel et commercial, mais ayant un point commun avec les sociétés d'économie mixte »⁹⁶. L'interprétation de M. Lecat entraîne une conséquence importante sur le plan de la définition de l'établissement public, puisque l'origine exclusivement publique du capital ne constitue plus un élément de cette définition : la structure financière des établissements publics pourrait comporter un système d'actions détenues par des personnes privées.

Il paraît pour le moins difficile de partager cette conception qui revient, du fait de sa formulation, à attribuer le qualificatif d'établissement public à toutes les sociétés d'économie mixte ; avec l'analyse de la composition du capital disparaît en effet le seul critère satisfaisant de différenciation des deux procédés de gestion des services publics. On ne voit pas bien l'intérêt d'un tel bouleversement dans les catégories juridiques classiques, à moins de chercher par ce biais à favoriser l'entrée de capitaux privés dans le secteur public. Et c'est d'ailleurs bien ainsi que l'opposition parlementaire a interprété le projet qui était présenté par le gouvernement⁹⁷ : l'actionnariat lui est apparu comme un moyen

94. C'est la conception que nous avons jusqu'ici défendue.

95. Dès lors que l'actionnariat doit s'étendre à d'autres entreprises publiques, on ne peut plus considérer, avec M. de Laubadère, que le cas de la régie Renault est spécifique. La théorie de M. de Laubadère ne vaut que si l'actionnariat reste cantonné à la régie. Or ce n'est pas du tout l'intention des pouvoirs publics.

96. Ass. nat., 16 décembre 1969, J.O., p. 4947 et Doc. parlem., n° 971.

97. Voir par exemple MM. Berthelot et Bouulloche, Ass. nat., 16 décembre 1969, J.O., pp. 4950-1951.

de dénationalisation de la Régie Renault, et la privatisation croissante des services publics a été souvent évoquée au cours du débat⁹⁸. La logique impose plutôt de considérer que la Régie Renault a été transformée en 1970 en société d'économie mixte, et cette thèse a l'avantage de maintenir l'unité de la définition de l'établissement public.

31. L'analyse attentive des trois éléments qui auraient provoqué la crise de la définition classique de l'établissement public montre nettement leur peu de consistance : l'établissement public est toujours chargé d'une mission d'intérêt général présentant tous les caractères d'un véritable service public ; l'organisation des professions se fait, en général et sauf volonté expresse des pouvoirs publics, en dehors du cadre de l'établissement public, qui n'est donc pas affecté par les aspects originaux de cette organisation ; enfin, l'introduction de l'actionnariat ouvrier en modifiant la composition du capital, transforme aussi la nature de l'établissement. L'établissement public, en tant que procédé de gestion publique des services publics, reste doté d'une définition cohérente.

2) L'unité du régime.

32. La crise de l'établissement public n'a pas seulement affecté, semble-t-il, l'unité de sa définition : suivant leur domaine d'activité, les établissements publics ont été soumis à un régime varié, présentant apparemment peu de facteurs d'unité. Cette seconde phase dans la crise des établissements publics peut être datée avec une relative précision : la diversification du régime a en fait coïncidé avec l'apparition de problèmes nouveaux suscitant la recherche de réponses spécifiques. D'une part, l'extension de la formule de l'établissement public au domaine économique à partir de 1920 a conduit le législateur à opérer certaines adaptations au statut traditionnel, pour tenir compte des exigences de rentabilité et d'efficacité ; d'autre part, la crise universitaire de mai-juin 1968 a provoqué l'application aux établissements d'enseignement supérieur de principes originaux d'organisation, se caractérisant par l'association étroite des idées d'autonomie et de participation. Compte tenu de ces éléments, le régime classique de l'établissement public a paru voler en éclats, la diversité l'emportant désormais sur l'unité. Mais une telle appréciation est certainement erronée : situant mal le rôle joué par la notion d'établissement public en droit administratif français, elle surestime des différences inévitables et néglige des similitudes évidentes.

a) *Etablissement public administratif et établissement public industriel et commercial.*

33. Suivant la doctrine classique, l'utilisation du statut d'établissement public pour gérer des activités économiques a complètement bouleversé les données traditionnelles. Il faudrait désormais distinguer soigneusement l'établissement public administratif, exerçant une activité purement administrative, soumis aux règles du droit administratif et à la compétence des juridictions administratives, de l'établissement public industriel et commercial, dont le régime juridique totalement orienté vers l'activité commerciale échapperait presque entièrement aux règles attachées jusqu'alors à la qualification d'établissement public : détaché des cadres administratifs traditionnels, cet établissement fonctionnerait dans les conditions du droit privé et les litiges qui le concernent

98. Voir les interventions de MM. Bouloche et Mitterrand, *Ibid.*

seraient en principe soumis à la compétence des tribunaux judiciaires⁹⁹. Cette thèse aboutit à l'éclatement de la notion d'établissement public en fonction du régime : il y aurait deux types très distincts d'établissements publics, régis par des règles diamétralement opposées.

34. Cette thèse repose sur une confusion¹⁰⁰. La distinction de l'établissement public administratif et de l'établissement public industriel et commercial n'a d'intérêt que si elle conditionne directement le régime juridique applicable. Si ce n'est pas le cas, si la distinction n'a pas de conséquence directe sur le régime qui dépend en fait d'autres principes ou d'autres notions, alors elle devient inutile et même nuisible¹⁰¹. Or une analyse approfondie de la jurisprudence montre que c'est bien le cas. Le régime juridique applicable aux établissements publics dépend tantôt de leur statut d'établissement public, tantôt de la nature du service qu'ils gèrent, mais jamais de la qualification que les pouvoirs publics leur ont attribuée. L'aménagement institutionnel des établissements publics obéit à des principes communs, qui donnent à la notion d'établissement public son contenu spécifique ; en revanche le régime de leur activité ne dépend plus de leur qualité d'établissement public, depuis que le droit administratif français a abandonné toute référence au critère organique pour définir globalement son champ d'application¹⁰², mais se différencie en fonction de la nature du service et des procédés de gestion utilisés. A aucun de ces deux niveaux, la qualification donnée par les pouvoirs publics à l'établissement ne peut avoir d'importance. Ou bien cette qualification est d'ordre organique, mais elle est alors dépourvue de conséquences en raison de l'existence de règles d'organisation communes à tous les établissements publics ; ou bien elle est d'ordre matériel, mais elle ne fait alors que refléter une distinction au niveau de l'activité qui a, seule, une portée réelle : un établissement public est soumis au droit privé, non parce que les pouvoirs publics l'ont qualifié d'industriel et commercial, mais parce que le service qu'il gère est effectivement de nature industrielle et commercial.

35. 1°) Au niveau institutionnel, la notion d'établissement public conserve son unité et sa cohérence, et la distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial ne donne aucun élément valable de différenciation. D'après les auteurs, l'établissement industriel et commercial serait soumis à une organisation administrative et financière originale : dirigé par un conseil d'administration représentatif, il serait soustrait aux règles de la comptabilité publique et aux modalités classiques de la tutelle pesant sur les établissements administratifs. Cependant, cette originalité, en fait très réduite,

99. « Ces établissements ne sont des établissements publics que de nom et nous ne saurions trop insister sur le danger d'une appellation qui engendre l'équivoque ; au fond ils s'apparentent aux entreprises privées et ressemblent à des établissements d'utilité publique ». (Ch. Blaevoet, « Les services et les établissements à caractère industriel et commercial », D. 1947, I, p. 73). « La qualification d'établissement public industriel et commercial a une signification bien nette au point de vue du droit administratif ; il s'agit d'un établissement effectuant des opérations analogues à celles d'une entreprise privée et soumis, de ce fait, à un régime de droit privé », (R. Drago, thèse précitée, p. 48).

100. Voir pour la critique systématique de cette thèse, J. Chevallier, note sous T.C. 24 juin 1968, Sté d'approvisionnements alimentaires, D., 69, II, p. 116.

101. Nuisible parce qu'introduisant un élément de complexité apparente supplémentaire — en particulier sur le plan des règles de compétence —.

102. Ce qui ne veut pas dire que le déclin du critère organique ait été immédiat et total dans tous les domaines du droit administratif et certaines notions (l'acte unilatéral par exemple) continuent à s'y référer. Voir P. Sabourin, article précité.

s'explique par des facteurs conjoncturels et les établissements administratifs et industriels et commerciaux ne se distinguent pas, au niveau institutionnel, par de réelles oppositions qualitatives.

Sur le plan administratif, il est vrai que la plupart des établissements du secteur industriel et commercial pratiquent des formules de représentation tripartite des intérêts au sein du conseil d'administration ; mais cette situation s'explique parce que ces établissements ont bénéficié en 1946 de l'idéologie des nationalisations qui visait à « nationaliser sans étatiser »¹⁰³ et pratiquement des réformes comparables ont affecté la majeure partie des conseils des établissements du secteur administratif et social, où des techniques de représentation pluraliste ont été également adoptées. Il faut remarquer d'ailleurs que l'admission théorique du principe représentatif a été assortie de telles déformations que ce principe s'est trouvé, dans presque tous les cas, progressivement dénaturé¹⁰⁴ ; et ce sont, au contraire, certains établissements administratifs qui sont actuellement les seuls à consacrer de manière effective l'idée d'indépendance des organes dirigeants¹⁰⁵. S'il est souhaitable qu'une réforme d'ensemble donne à tous les établissements un conseil d'administration réellement représentatif¹⁰⁶, il faut bien constater qu'actuellement l'organisation administrative des établissements publics est très variable : on trouve des degrés, une gamme de situations, sans qu'on puisse les classer en deux modèles nettement distincts.

La structure financière des établissements publics comporte en revanche des différences assez sensibles : le régime fiscal et comptable appliqué aux établissements publics n'est pas uniforme. Au point de vue fiscal, si les établissements publics du secteur administratif bénéficient, par application de l'article 780 du code général des impôts, d'exemptions dans presque tous les cas, en revanche les établissements du secteur industriel et commercial sont purement et simplement assimilés aux entreprises privées ; d'après l'article 165, annexe IV du code général des impôts, « Nonobstant toutes dispositions contraires, les établissements publics ayant un caractère industriel et commercial sont passibles de tous les impôts directs et taxes assimilées applicables aux entreprises privées similaires » : cette assimilation s'explique parce qu'on n'a pas voulu fausser le jeu de la concurrence entre entreprises publiques et privées et aussi pour permettre d'apprécier valablement les résultats de la gestion financière des établissements publics. Au point de vue comptable, les règles classiques de la comptabilité publique sont appliquées intégralement aux seuls établissements publics chargés de la gestion d'un service administratif ; au contraire la comptabilité des établissements du secteur industriel et commercial est placée sous l'empire du droit commun et tenue, d'après le décret du 22 octobre 1947, modifié le 11 mai 1957, suivant le plan comptable général, ce qui rend possible l'appréciation des résultats d'exploitation. Cependant il convient tout à la fois de ne pas exagérer l'importance de ces différences et de bien percevoir qu'elles sont étroitement liées à la nature de l'activité. D'abord, les facteurs d'unité sur ces deux plans ne sont pas absolument négligeables : si les établissements du

103. Les nationalisations de 1944 à 1946 ont en effet essentiellement visé des entreprises du secteur industriel et commercial et les structures définies alors ont été appliquées dans tous les établissements de ce secteur qui avaient été nationalisés avant 1940.

104. Voir sur ce point infra n° 66 et J. Chevallier, J.C.P., 1972, précité.

105. On pense évidemment ici aux établissements d'enseignement supérieur qui appliquent un principe électif pour la désignation de leurs instances dirigeantes.

106. Aucune différence ne doit être faite sur ce plan entre les établissements publics suivant la nature de leur activité.

secteur industriel et commercial subissent les impôts directs et indirects de droit commun, ce qui pose parfois des problèmes quand l'origine principale de leurs ressources est d'origine parafiscale comme à l'ORTF, le taux de la TVA a souvent été modéré en leur faveur pour éviter une incidence exagérée sur les prix. De même les établissements du secteur industriel et commercial ne sont pas soustraits complètement aux règles de la comptabilité publique ; ils pratiquent la distinction de l'ordonnateur et du comptable et ils sont soumis au contrôle de la commission de vérification des comptes des entreprises publiques. En réalité les règles comptables adoptées sont intermédiaires entre celles de la comptabilité publique et celles de la comptabilité privée. Ensuite l'absence d'uniformité n'est pas liée à la qualité de l'établissement mais à l'insertion éventuelle de son activité dans un secteur économique. C'est parce qu'il s'agit de gérer un service industriel et commercial qu'un fonctionnement plus souple est adopté, la situation concurrentielle exigeant d'ailleurs une soumission de principe aux lois économiques valables pour les entreprises privées. Et c'est tellement vrai que pour déterminer si l'établissement doit être soumis au contrôle de la cour des comptes ou à celui de la commission de vérification des comptes des entreprises publiques, on ne va pas du tout rechercher l'essence juridique de l'établissement mais examiner si son activité principale est ou non « assimilable à celle de services qui restent administratifs »¹⁰⁷ ; l'établissement public industriel et commercial n'est contrôlé par la commission que s'il gère vraiment un service industriel et commercial. Et la commission a manifesté à plusieurs reprises sa répugnance à contrôler des établissements, qualifiés d'industriels et commerciaux, alors que leur activité reste administrative ; la cour des comptes a, par exemple, pendant de longues années, continué à contrôler le fonctionnement de la RTF puis de l'ORTF, malgré sa transformation en établissement public industriel et commercial¹⁰⁸. Enfin, en ce qui concerne les ressources des établissements publics, le financement par des redevances perçues sur les usagers n'est pas lié à une qualification industrielle et commerciale ; il peut exister sans cette qualification et des établissements industriels et commerciaux, comme l'ORTF, tirent leurs ressources principales de taxes parafiscales.

Sur le plan de la tutelle, les établissements du secteur industriel et commercial sont censés être dans une situation privilégiée. Et ceci a amené les pouvoirs publics à créer des établissements de ce type pour gérer des services ayant tous les caractères d'activités administratives, dans l'espoir de les faire échapper à des contrôles jugés paralysants. On peut même dire que l'apparition de cette catégorie des établissements publics industriels et commerciaux est née directement de la prise de conscience de l'état d'assujettissement des établissements publics classiques ; l'octroi de ce qualificatif exprime avant tout une volonté d'autonomie. En réalité la tutelle sur les entreprises publiques est rapidement devenue aussi contraignante ; et si quelques réformes sont intervenues récemment¹⁰⁹, c'est l'ensemble des procédures de tutelle applicables à tous les établissements publics, qu'il faudrait reconsidérer. Et sur ce point encore, les établissements publics sont dans une situation absolument identique.

La cohérence organique du statut d'établissement public interdit d'accorder, sur ce plan, une quelconque importance à la distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial. Les établissements publics sont régis par des règles communes d'organisation, qui s'appliquent indépendamment du qualificatif dont ils sont dotés.

107. 10^e rapport de la commission de vérification des comptes des entreprises publiques, p. 5.

108. De 1959 jusqu'à la fin de 1968.

109. Voir infra, n° 76.

36. 2°) Au niveau du régime de l'activité, le qualificatif donné à l'établissement n'a pas plus d'intérêt car il s'efface alors derrière la nature du service qui est seule prise en considération par le juge pour déterminer sa compétence et l'application éventuelle des principes du droit public.

La répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels, quand un établissement public est en cause, dépend exclusivement d'une analyse matérielle de l'activité et des procédés de gestion utilisés. La démonstration de la prééminence de ce critère matériel sur l'élément formel peut être faite sans difficulté dans les hypothèses où ces deux critères ne coïncident plus et où il y a contradiction entre la qualification donnée à l'établissement et la nature de l'activité. La jurisprudence ne tient alors aucun compte de la qualification formelle et s'attache à la nature intrinsèque du service : lorsqu'un établissement public administratif gère un service public industriel et commercial, la compétence est en principe judiciaire, et à l'inverse lorsqu'un établissement public industriel et commercial gère un service public administratif, la compétence est en principe administrative. Cette dissociation peut être partielle et ne viser qu'une partie des activités de l'établissement ; un établissement public peut en effet exercer plusieurs tâches différentes qui constituent des aspects complémentaires d'une même fonction : le régime applicable à ces établissements « à double visage » varie alors suivant la nature des attributions en cause. C'est ainsi qu'un établissement, qualifié par son statut d'« industriel et commercial », peut exercer, à côté de ses compétences normales, des activités purement administratives et seule la juridiction administrative a connaissance des litiges soulevés par ces activités¹¹⁰ ; de même des établissements administratifs, tels que les chambres de commerce¹¹¹, les chambres d'agriculture¹¹², l'ONIC¹¹³, peuvent gérer des services d'outillage ou faire des opérations d'achat, de vente ou de stockage qui s'insèrent dans le cadre de l'accomplissement d'une mission industrielle et commerciale et relèvent à ce titre de la compétence judiciaire. La dissociation entre le qualificatif attribué à l'établissement et la nature de son activité peut aussi être totale : le tribunal des conflits a estimé par exemple que si le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (F.O.R.M.A.) a été créé sous la dénomination d'établissement public à caractère industriel et commercial, « il exerce, en réalité, une activité purement administrative »¹¹⁴ ; l'activité du FORMA se trouvera globalement soumise à un régime de droit public et à la compétence de la juridiction administrative, malgré la volonté apparente des pouvoirs publics de privatiser son fonctionnement. La jurisprudence est donc constante : pour affirmer sa compétence le juge administratif analyse seulement le service géré par l'établissement ; le qualificatif d'établissement public administratif ne justifie pas nécessairement sa compétence, et à l'inverse ce n'est pas parce qu'un établissement public a le caractère industriel

110. C'est par exemple le cas de l'office national de la navigation : voir T.C. 10 février 1949, Guis, R., p. 590.

111. Voir à propos de la chambre de commerce de Marseille, C.E. 25 janvier 1952, Boglione, R., p. 55.

112. C.E. 1^{er} juillet 1960, Assemblée permanente des présidents des chambres d'agriculture.

113. A côté de diverses attributions administratives — participation à la fixation du prix des céréales, répartition des céréales, contrôle des organismes stockeurs —, l'ONIC intervient directement pour régulariser le marché, et son intervention est considérée par la jurisprudence comme relevant d'un service industriel et commercial : voir T.C. 23 novembre 1959, Société mobilière et immobilière de la meunerie, R.D.P., 1960, p. 676, note Waline et T.C. 10 juin 1963, Union des coopératives du Cher C/ONIC. R., p. 784. Voir sur l'O.N.I.C., J. Chevallier, « Les formes actuelles de l'économie concertée ». Publications de la faculté de droit d'Amiens 1971/1972, n° 1, p. 100.

114. T.C. 24 juin 1968, Sté d'approvisionnements alimentaires, D., 1969, II., p. 116.

et commercial qu'il relève dans tous les cas du juge judiciaire. Tout dépend de la nature du service. Et ceci entraîne des conséquences importantes. D'une part, ces solutions enlèvent tout intérêt à la distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial comme critère de répartition des compétences juridictionnelles ; dès 1956, le commissaire du gouvernement Laurent constatait d'ailleurs dans ses conclusions sur l'arrêt « Union syndicale des industries aéronautiques »¹¹⁵ que « la qualification du maître du service n'emporte pas nécessairement la qualification des actes du service et ne permet donc pas de répondre aux questions de compétence qui sont les plus nombreuses et les plus délicates de la pratique juridictionnelle. Elle a donc perdu pour le juge une grande partie de son intérêt ». D'autre part, et l'utilité de cette technique est apparue clairement dans l'affaire du FORMA¹¹⁶, le juge s'arroge le pouvoir de déterminer lui-même les règles de compétence, en fonction de la nature objective du service et sans se référer à la volonté des pouvoirs publics ; il s'accorde le droit de redresser, si besoin est, une qualification qu'il juge inadéquate¹¹⁷. La primauté d'un critère matériel et objectif pour définir les règles de compétence assure au juge administratif une large marge d'appréciation et lui permet en fait de faire prévaloir ses propres conceptions au détriment des qualifications formelles données par les pouvoirs publics¹¹⁸.

La distinction des établissements administratifs et des établissements industriels et commerciaux ne conditionne pas davantage les règles de fond qui régissent leur activité. Le régime applicable aux organismes administratifs dépend en effet de beaucoup de facteurs¹¹⁹, mais certainement pas de la qualification de l'établissement : la gestion d'un service public entraîne l'application de principes généraux, tels que la continuité, la mutabilité, l'égalité ; l'exécution d'une mission administrative ou d'une mission industrielle et commerciale permet de soumettre certaines parties de l'activité à des règles de droit public ou de droit privé ; il faut aussi tenir compte de l'impact éventuel des grandes notions verticales du droit administratif¹²⁰, circonscrites par domaines d'activité et comportant leurs propres principes de compétence, le statut public de l'établissement retrouvant d'ailleurs souvent une relative importance en tant qu'élément de définition de ces notions¹²¹. Mais le régime juridique de l'établissement n'est jamais fonction du qualificatif institutionnel qui lui a été attribué par les pouvoirs publics.

115. C.E. 16 novembre 1956, D. 1956, II, p. 759.

116. La solution retenue dans l'arrêt « Sté d'approvisionnements alimentaires » est d'autant plus intéressante que la nature administrative du service géré par le FORMA était loin de relever de l'évidence. Voir note précitée.

117. Il faut quand même souligner que l'attitude adoptée par le juge dans l'arrêt « Sté d'approvisionnements alimentaires » reste relativement exceptionnelle ; en général le juge considère que la qualification donnée à l'établissement est un élément de définition de l'activité. C'est ainsi que le juge administratif n'a pas redressé la qualification d'« industriel et commercial » donnée à la R.T.F. en 1959 puis à l'O.R.T.F. en 1964, alors pourtant que cette qualification était largement artificielle.

118. A vrai dire, le juge administratif mettra surtout en œuvre cette analyse objective lorsque c'est le pouvoir réglementaire qui est à l'origine du changement de qualifications.

119. Voir J. Chevallier, « Le service public », précité pp. 67-70.

120. Les rapports entre ces notions verticales et la notion horizontale de service public sont complexes, dans la mesure où le service public sert aussi de critère de définition à ces notions verticales. La théorie de ces rapports reste à faire.

121. Voir sur ce plan P. Sabourin, article précité et J. Chevallier, précité pp. 68-69. Le critère organique garde de l'importance pour la définition du contrat administratif, de l'agent public, et même du domaine et des travaux.

Cette affirmation est cependant, en général, contestée en ce qui concerne le statut du personnel, et la doctrine voit même dans la différence de condition des agents une des conséquences essentielles de la distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial. Là encore, il faut recourir aux hypothèses dans lesquelles la qualité de l'établissement et la nature du service ne coïncident pas pour voir ce qu'il en est réellement. Lorsqu'un établissement public « à double visage », gérant des services de deux natures différentes, est en cause, l'analyse est simple et probante : si le statut du personnel dépend de la qualification donnée à l'établissement, l'ensemble du personnel de l'établissement doit être soumis au même régime juridique, malgré la diversité des tâches assurées. Or, c'est exactement la solution inverse qui prévaut : dans une hypothèse de ce genre, la jurisprudence affirme qu'il faut distinguer dans le personnel, les agents employés pour l'exécution d'une mission administrative, qui ont en principe la qualité d'agents publics, et les agents affectés au service industriel et commercial, qui ont en principe le statut de salariés de droit privé¹²². Et l'établissement public ne pourrait pas, sur le plan juridique, négliger cette distinction et soumettre l'ensemble de son personnel au même régime de droit public¹²³. Les agents sont des agents publics ou des salariés de droit privé selon les services qu'ils gèrent et non suivant la qualification de l'établissement dont ils relèvent. L'absence de lien entre la qualité d'établissement public industriel et commercial et la condition de droit privé du personnel ressort encore plus nettement d'exemples récents, dans lesquels le statut de droit public a été octroyé, pour des raisons contingentes et malgré la gestion d'un seul type de service, à tout ou partie des agents d'un tel établissement. D'abord, la transformation de la RTF en établissement public industriel et commercial en 1959 a donné au personnel le droit d'opter pour le maintien du statut de fonctionnaire¹²⁴ ; certes la majorité des agents a choisi le nouveau statut, mais à l'issue du délai d'option de six mois, il restait environ quinze cents fonctionnaires à la RTF. Et la lenteur de la résorption de cette catégorie par le jeu des départs en retraite¹²⁵ a provoqué le vote par le parlement, à la session d'automne 1970, d'un projet de loi rouvrant pour cinq ans le délai d'option. Ensuite, la loi du 23 décembre 1964 tout en qualifiant l'Office national des forêts d'établissement industriel et commercial, a conféré d'autorité à tous les agents de cet établissement la qualité de fonctionnaires¹²⁶. Enfin, le conseil d'Etat, par hostilité à l'égard d'un changement brutal de statut d'un établissement public, surtout lorsque ce changement intervient par la voie réglementaire et qu'il peut affecter la condition du personnel, n'a pas hésité à décider, dans

122. Voir C.E. 25 janvier 1952, *Boglione, R.*, p. 55 : les personnels des services d'exploitation et d'outillage de la chambre de commerce de Marseille ont la qualité de salariés de droit privé, bien que la chambre de commerce soit elle-même un établissement administratif.

123. Voir C.E. 15 décembre 1967, *Level, D.*, 1968, p. 387, note *Leclercq* : *A.J.D.A.*, 1968, p. 230. *Concl. Braibant* : le personnel des services industriels et commerciaux de la chambre de commerce de Paris, soumis à un régime de droit privé, ne pourrait se voir appliquer un statut de droit public, sans l'intervention expresse du législateur.

124. *E. Langavant*, « Le statut du personnel de la RTF », *A.J.D.A.*, 1960, I., p. 109 ; *G. Verpraet*, « Les différents statuts des personnels O.R.T.F. », *Dt social* 1970, n° spécial sur l'O.R.T.F., p. 121 ; *J. Chevallier*, « l'O.R.T.F. en question », précité.

125. En dix ans, l'effectif des fonctionnaires n'avait diminué que d'un tiers et le rapport d'activité de l'O.R.T.F. de 1969 constatait que « L'office possède un échantillonnage complet de tous les grades fonctionnaires ».

126. Voir *V. Silvera*, « Réflexions sur les récentes modifications du statut général des fonctionnaires », *A.J.D.A.*, 1965, p. 500.

l'arrêt « L'herbier »¹²⁷ que la transformation de la Caisse nationale des marchés en établissement public et commercial « n'implique pas nécessairement la perte par ce personnel de la qualité de fonctionnaire ». Cette jurisprudence est logique puisqu'elle ne fait que tirer les conséquences ultimes d'une attitude traditionnelle et suivre une voie déjà largement empruntée par les pouvoirs publics ; elle a cependant l'intérêt de montrer de manière particulièrement claire que la notion d'établissement public industriel et commercial n'entraîne pas inévitablement le statut privé du personnel et ainsi disparaît le dernier domaine dans lequel l'octroi de ce qualificatif pouvait avoir un sens.

Il est à remarquer d'ailleurs que la qualité d'établissement public industriel et commercial ne soustrait pas, sur le plan du régime de l'activité, à l'application des règles générales liées au statut public. Et ceci peut être constaté notamment en ce qui concerne la nature des actes juridiques faits par l'établissement : tous les actes relatifs à l'organisation de l'établissement, au statut de son personnel, aux règles de son fonctionnement relèvent du droit public parce qu'une personne publique est en cause. De même l'établissement industriel et commercial est soumis aux principes valables pour tous les organismes publics, tels que l'interdiction de compromettre. Dans l'arrêt « Société nationale de vente des surplus »¹²⁸, le conseil d'Etat a jugé avec raison que « si la société en cause est un établissement à caractère commercial, cette circonstance ne lui retire pas sa qualité d'établissement public dont découle pour elle l'interdiction » de compromettre, et M. Borella constate dans sa note que « la Haute Assemblée a voulu réaffirmer l'unicité de la notion juridique d'établissement public ». Si l'on se rappelle par ailleurs que de nombreux textes — la législation sur les cumuls ou sur le droit de grève, par exemple — s'appliquent dans les mêmes conditions à tous les établissements publics, quelle que soit leur qualité, on est obligé de souligner l'importance de ce régime commun. Comme le dit M. Debbasch¹²⁹, « pour le juge, l'établissement public industriel et commercial n'est pas un établissement privé avec des résurgences exceptionnelles de droit public, il demeure un établissement public soumis en principe au droit public, relevant du droit privé dans les conditions ordinaires de la gestion privée telles qu'elles sont appliquées aux services publics industriels et commerciaux ».

37. La distinction de l'établissement public administratif et de l'établissement public industriel et commercial est dépourvue de conséquences spécifiques en droit administratif français^{128 bis}. La notion d'établissement public a, au niveau institutionnel qui est le sien, un contenu précis et commun ; et si le régime juridique applicable à l'activité est marqué, depuis l'effacement du critère organique, par des éléments de différenciation, ceux-ci tiennent essentiellement à la nature du service géré. La qualification donnée à l'établissement n'est donc « qu'une enseigne sans portée juridique »¹²⁹. La distinction de l'établissement administratif et de l'établissement industriel et commercial est, en fait, seulement la projection au niveau institutionnel de la distinction matérielle du service administratif et du service industriel et commercial qui, elle, a une portée certaine ; la preuve en est que pour distinguer les deux types d'établissements, les auteurs sont obligés de recourir aux critères matériels et d'analyser la nature de leur activité : l'établissement public industriel et commercial, c'est

127. C.E. 29 janvier 1965, D., 1965, p. 826, note Debbasch, A.J.D.A., 1965, p. 94. Chron. Puybasset - Puissochet, concl., Rigaud.

128. C.E. 13 décembre 1957, R.P.D.A., 1958, p. 83, note Borella, concl. Gazier.

129. Note Debbasch, précitée.

128 bis. L'erreur du conseil d'Etat est évidente quand il estime dans son rapport du 15 janvier 1971 qu'elle concerne « un grand intérêt pratique » (p. 9).

l'établissement public qui gère un service public industriel et commercial, et l'établissement public administratif, c'est l'établissement public qui gère un service public administratif. Il convient, dans ces conditions, d'éliminer une distinction inutile et accentuant la complexité du droit administratif pour ramener à l'unité la notion d'établissement public.

b) *Les établissements publics scientifiques et culturels.*

38. La loi d'orientation universitaire du 12 novembre 1968 paraît avoir créé une catégorie nouvelle d'établissements publics soumis à un régime spécifique et qualifiés d'ailleurs en des termes originaux. Sans doute existait-il, dès avant 1968, un certain nombre d'établissements « culturels », comme la Comédie Française, et d'établissements « scientifiques et techniques », comme le CEA, le CNRS et divers organismes de recherche tels que l'institut de recherche d'information et d'automatique (I.R.I.A.) créé par la loi du 3 janvier 1967. Mais ces qualificatifs étaient, dans tous les cas, privés de conséquences juridiques ou institutionnelles : les établissements culturels étaient soumis au régime des services administratifs, sous réserve de quelques particularités d'organisation ; les établissements scientifiques et techniques bénéficiaient du régime des services industriels et commerciaux permettant une plus grande autonomie de gestion¹³⁰. Les établissements « scientifiques et culturels » apparus en 1968 dans l'enseignement supérieur se rattachent, à première vue, beaucoup plus difficilement aux catégories classiques. Ce n'est pas que le régime applicable à leur activité soit très nouveau : les universités et autres établissements culturels et scientifiques restent, au contraire, sous l'emprise des règles du droit public et les litiges où ils sont en cause relèvent de la compétence du juge administratif. En revanche, ces établissements possèdent trois particularités institutionnelles notables. D'abord, ils jouissent de l'autonomie statutaire. Ils élaborent eux-mêmes leurs statuts, dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, au lieu de les recevoir de la loi ou du règlement. Ceci est original dans la mesure où un des critères classiques de distinction entre l'établissement public et une association ou établissement privé était précisément l'impossibilité pour un établissement de se donner ses propres statuts. Ensuite, les établissements universitaires ont reçu le pouvoir de désigner eux-mêmes leurs instances dirigeantes : c'est le principe de la participation ou de la cogestion. Tous les intéressés — enseignants, étudiants, personnels administratifs, techniques et de service — contribuent à cette désignation en élisant leurs représentants dans les conseils qui élisent à leur tour l'exécutif de l'établissement¹³¹. Au niveau national, l'édifice est couronné par le conseil national de l'enseignement supérieur, composé cependant de manière moins démocratique en raison de la présence de membres nommés. Enfin, les règles classiques de la tutelle sont allégées, notamment au point de vue financier, et le contrôle a priori est à peu près complètement supprimé.

39. D'après certains auteurs, l'association étroite des idées d'autonomie et de participation réalisée au profit des établissements d'enseignement supérieur aurait donné naissance à une nouvelle catégorie d'établissements publics¹³². L'élection des organismes dirigeants et le relâchement des liens de dépendance

130. Cette autonomie est cependant particulièrement poussée dans le cas du C.E.A. qui est affranchi des règles ordinaires du contrôle financier : voir J.-P. Colson, « Le C.E.A. à la croisée du droit public et du droit privé », R.D.P., 1971, pp. 5 et ss.

131. Il ne faut pas exagérer la portée de la réforme de 1968 sur ce plan : dès avant 1968, le principe de la participation s'appliquait dans les établissements d'enseignement supérieur, mais au profit exclusif des enseignants de rang magistral.

132. C'est la thèse soutenue en particulier par M. de Laubadère ; « La loi d'orientation de l'enseignement supérieur », A.J.D.A., 1969, p. 12.

vis-à-vis de l'autorité supérieure sont en effet nettement exorbitants par rapport à la situation normale des établissements publics et assureraient aux universités une place à part au sein de ces établissements. La thèse semble à priori plus intéressante que la tentative précédente dans la mesure où elle retient des éléments de différenciation se situant exclusivement au niveau institutionnel ; elle part d'une conception juste du rôle de la notion d'établissement public, en ne prétendant pas transposer sur le plan organique des différences qui dépendent de la nature du service géré. Elle ne tombe donc pas sous le coup des critiques adressées à la distinction des établissements administratifs et des établissements industriels et commerciaux. Le problème, c'est que la thèse repose sur deux préalables fondamentalement erronés : elle implique d'une part, au point de vue du droit positif, que seuls les établissements universitaires consacrent telles quelles les idées d'autonomie et de participation et d'autre part, au point de vue théorique, que ces idées ne sont pas des données substantielles du statut d'établissement public. Or, on peut noter qu'une série d'établissements publics plus anciens — les entreprises nationalisées, des établissements culturels et des organismes professionnels — ont déjà appliqué dans les mêmes conditions des principes d'organisation qui ne sont pas véritablement nouveaux : entre 1944 et 1946, la représentation tripartite des intérêts en cause au sein des conseils d'administration et l'octroi d'une réelle autonomie étaient ouvertement conçus comme des moyens de transformer le fonctionnement d'entreprises publiques qui devaient « faire retour à la nation ». Mais surtout et de façon générale il faut remarquer que les idées de participation et d'autonomie sont très exactement les deux composantes du principe de la décentralisation qui implique à la fois la liberté de gestion et des garanties d'indépendance pour les dirigeants ; et ce principe de décentralisation, nous avons dit qu'il caractérise aussi bien les collectivités locales que les établissements publics¹³³. Certes, en l'état actuel de l'organisation administrative française, peu d'établissements publics appliquent effectivement le principe de décentralisation, mais ceci doit être considéré comme une carence qui explique le malaise latent de tous les établissements publics, et en particulier de ceux qui sont situés dans le secteur administratif. Les établissements universitaires sont seulement à la pointe d'une évolution qui devrait conduire à soumettre tous les établissements publics aux idées d'autonomie et de participation¹³⁴. La spécificité relative des établissements scientifiques et culturels sur ce point n'est qu'un stade provisoire, destiné à disparaître dans une réforme globale du statut d'établissement public¹³⁵. Dès à présent, le droit positif se caractérise par une gamme de situations possibles : il y a des établissements publics plus ou moins autonomes, dotés de structures plus ou moins représentatives, les établissements universitaires ayant été dotés, à la faveur de la crise de 1968, d'un statut enviable sur ce dernier point¹³⁶. Cette diversité empêche de croire en l'existence de différences qualitatives, qui ne seraient d'ailleurs qu'accidentelles, temporaires ou contingentes.

40. La classification des établissements publics en fonction du régime qui leur est appliqué, loin d'emporter la conviction, doit être certainement condamnée en raison des conséquences néfastes qu'elle comporte : l'attribution de qualificatifs aux établissements n'a pas d'effet juridique précis, mais elle renforce

133. Voir supra, n° 17.

134. Voir J. Chevallier, « L'enseignement supérieur », 1971, pp. 8-9.

135. Voir J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972.

136. En revanche, les établissements universitaires sont dans une situation beaucoup moins favorable sur le plan financier, en raison de l'origine de leurs ressources, qui les place dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'autorité centrale. Voir infra, n° 79.

l'hermétisme du droit administratif et des règles de compétence pour les justiciables ; l'apparition de la catégorie des établissements dits « scientifiques et culturels », est de nature à accentuer le particularisme du statut des établissements universitaires et à rendre moins évidentes les implications générales du principe de décentralisation.

41. Contrairement à ce que pensent les auteurs, la notion d'établissement public n'a pas éclaté en multiples catégories : sa définition reste dotée de clarté et de cohérence ; son régime propre d'ordre exclusivement institutionnel, n'a pas suivi les vicissitudes de la notion matérielle de service public. L'erreur de la doctrine est d'avoir surestimé le rôle de la notion d'établissement public comme critère d'application du droit administratif, en oubliant d'analyser les aspects essentiels de son statut. En situant exactement cette notion et en concrétisant ses exigences, on rétablit du même coup une homogénéité qui n'aurait jamais dû être mise en doute.

*

42. La crise de l'établissement public, dénoncée avec constance depuis une vingtaine d'années, n'existe pas du tout, comme on le pense en général, au niveau des conditions de définition d'une notion qui, répondant au double impératif de spécificité et d'homogénéité, garde un contenu juridique précis. En revanche, la place des établissements publics dans l'organisation administrative française est, depuis les origines, fragile et incertaine. A la cohérence de la notion ne répond pas un statut réellement satisfaisant. Le refus persistant d'accorder aux établissements publics les garanties essentielles d'un statut décentralisé, pourtant impliqué par leur définition même, est la cause principale d'une crise qui exige d'importantes réformes de structure.

**

II. UN STATUT INSUFFISANT.

43. Le statut commun des établissements publics est relatif à leurs modalités d'organisation et de fonctionnement ; toute référence au service géré, aux rapports juridiques qui s'établissent à l'occasion de l'activité est inadéquate¹³⁷. L'établissement public n'est en effet qu'une notion d'ordre institutionnel ; c'est un procédé de gestion des services publics et les conséquences juridiques qui lui sont attachées ne se situent qu'à ce niveau. Or, la doctrine s'est jusqu'à présent assez peu préoccupée de définir les éléments de ce statut. Sans doute, les règles concernant la création des établissements publics ont été abondamment décrites, mais sous l'aspect d'un commentaire des dispositions de la Constitution et de l'interprétation qu'en a donnée le conseil constitutionnel ; le principe de spécialité est toujours cité lorsqu'un établissement public est en cause, mais on oublie trop souvent de déterminer son contenu exact et surtout de décrire les inflexions qu'il subit depuis quelques années ; quant aux principes d'organisation et aux rapports avec les pouvoirs publics, ils sont étudiés de manière purement descriptive pour chacun des établissements concernés sans référence à une conception d'ensemble. En réalité, la prééminence de l'approche contentieuse du droit administratif dans la doctrine a empêché une analyse institutionnelle qui aurait pourtant permis de mettre en évidence certaines carences redoutables.

*

137. Voir supra n° 36.

A) L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES COMPETENCES.

44. Les conditions d'encadrement juridique de la vie et de l'activité des établissements publics soulèvent assez peu de critiques, compte tenu des interprétations larges qui ont fini par prévaloir sur ces deux plans. La Constitution de 1958 contient des dispositions, relatives à la création des établissements publics, peu favorables à la compétence législative en la matière ; mais le conseil constitutionnel a compris ces dispositions avec suffisamment de réalisme pour limiter les conséquences les plus néfastes de la nouvelle répartition des compétences. De même la conception rigide d'un principe de spécialité imposant que l'établissement public ne déborde pas le cadre strict de la mission qui lui a été assignée n'a pas résisté à une évolution progressive visant à améliorer la condition des usagers puis surtout à équilibrer la situation des établissements ; conçu désormais de façon très souple, le principe de spécialité n'est plus guère contraignant pour les établissements publics dont il ne constitue d'ailleurs plus un élément spécifique du statut.

1) Le droit à l'existence.

45. Les problèmes juridiques soulevés par l'institution d'établissements publics dans l'organisation administrative sont, à première vue, fondamentalement différents de ceux que pose l'existence des services publics. La création et la suppression des établissements publics relèvent en effet essentiellement d'une préoccupation de bonne gestion des activités d'intérêt général prises en charge par les pouvoirs publics. Lorsqu'il s'agit de déterminer le gestionnaire de ces activités, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, fondement de la compétence du législateur en matière de services publics¹³⁸, n'est plus en cause. L'octroi éventuel de la personnalité morale à ce gestionnaire paraît dépendre exclusivement d'une appréciation d'opportunité que seules les autorités administratives, responsables de l'organisation et de la marche des services publics, peuvent faire. En fait cependant, les modalités de gestion des services publics, loin d'être indifférentes aux administrés, sont pour eux d'une extrême importance ; la nature même de l'atteinte portée à leurs libertés ou initiatives, par la création des services publics, est très variable selon l'aménagement institutionnel de ceux-ci. Et cette constatation objective n'a pas été sans influence sur les règles de répartition des compétences en ce domaine.

a) La création.

46. Avant 1958, le principe de la compétence exclusive du législateur pour créer les établissements publics était nettement établi. Certes, la loi du 17 août 1948 avait donné compétence au pouvoir réglementaire pour organiser et fixer les règles de fonctionnement des établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial (article 7) ; mais cette répartition matérielle des attributions entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, admise par le conseil d'Etat dans son avis du 6 février 1953, n'impliquait pas transfert à l'exécutif de la prérogative de créer les établissements publics : le texte de 1948 accordait seulement au gouvernement la fonction de définir ou de modifier le statut des établissements existants. Sauf délégation expresse du parlement à l'autorité

138. Cette compétence du législateur a été contestée par une partie de la doctrine qui considère, sur la base de la Constitution de 1958, ou bien que la création des services publics relève du seul pouvoir réglementaire, ou bien qu'il importe de distinguer entre les services publics suivant le degré de l'atteinte apportée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette double interprétation semble erronée dans la mesure où toute création de service public porte nécessairement atteinte à ce principe : voir en ce sens, J. Chevallier, « Le service public », précité pp. 38-39.

administrative, celle-ci n'était donc pas habilitée à créer les établissements publics, malgré le pouvoir d'organisation des services publics que la jurisprudence lui avait reconnu¹³⁹.

47. L'article 34 de la constitution de 1958 a bouleversé ces règles traditionnelles en ne donnant plus compétence au législateur que pour la création « de catégories d'établissements publics ». D'après ce texte, un établissement public peut désormais être créé par une autorité administrative, à condition d'être rattaché à une catégorie préexistante. Cette disposition de l'article 34 ne se caractérise pas par une très grande précision : la notion de « catégories d'établissements publics » est nouvelle en droit français et on ne trouve dans la jurisprudence et les textes antérieurs aucun précédent permettant de la circonscrire ; par ailleurs, le législateur a seulement à fixer « les règles » concernant la création de catégories d'établissements publics, et sur ce point encore on peut éprouver quelques doutes sur l'étendue de la compétence législative qui découle de cette formule. Cette imprécision de l'article 34 a obligé le conseil constitutionnel à intervenir à plusieurs reprises pour interpréter le sens des dispositions constitutionnelles¹⁴⁰, et son attitude a été, pour une fois, favorable à une extension de la compétence législative.

1°) Le conseil constitutionnel a d'abord défini ce qu'il fallait entendre par « catégories d'établissements publics ». Deux types d'analyse lui ont permis d'approfondir cette notion. Tantôt, le conseil constitutionnel, par une méthode globale, a constaté que certains établissements publics constituaient, à eux seuls, une catégorie sans équivalent sur le plan national : adoptée dès le 27 novembre 1959 pour la RATP, cette jurisprudence a été reprise le 12 décembre 1967 pour le syndicat des transports parisiens. Si dans ces deux hypothèses, le conseil a procédé par affirmation, le problème spécifique posé par la réforme du statut de la RTF l'a amené dans sa décision des 17-19 mars 1964¹⁴¹ à exposer plus nettement, pour cet établissement, les raisons de sa conviction. La RTF constitue à elle seule une catégorie d'établissements publics sans équivalent sur le plan national de par son objet qui « intéresse... une des libertés publiques... et par le monopole qu'elle a reçu en ce domaine ». Le conseil constitutionnel combine, par cette formule, deux alinéas distincts de l'article 34 : la référence aux libertés publiques sert à préciser davantage la notion de catégorie d'établissements publics. Les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques sont concernées directement par le statut de la RTF qui, disposant d'un monopole sur un moyen privilégié de communication sociale, relève d'une catégorie spécifique d'établissements publics. Tantôt, le conseil constitutionnel, par une approche plus empirique, a énuméré les critères à

139. Voir C.E. 4 mai 1906, Babin, S. 08, III^e, p. 110. Concl. Romieu ; C.E. 28 juin 1918, Heyriès, S., 1922, III^e, p. 49, note Hauriou ; C.E. 7 février 1936, Jamart, S., 1937, III^e, p. 113, note Rivero.

140. Voir sur ce point : J. Groux, « les domaines respectifs de la loi et du règlement d'après la constitution de 1958. Essai d'établissement d'un bilan de la pratique suivie depuis trois ans ». N.E.D., n^{os} 2908 et 2959 ; A.-G. Cohen, « La jurisprudence du conseil constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la constitution », R.D.P., 1963, pp. 745 et ss, F. Vincent, « De l'inutilité de l'article 34 de la constitution du 4 octobre 1958 », A.J.D.A., 1965, p. 564 ; L. Favoreu, « Le conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », R.D.P., 1967, p. 5 ; A.-H. Mesnard, « Dix années de jurisprudence du conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », A.J.D.A., 1970, p. 261.

141. D., 1965, p. 189, note Léo Hamon. Voir aussi M. Duverger, « Une garantie fondamentale ». Le Monde 28 juin 1963 qui avait bien montré en quoi la R.T.F. concerne la liberté d'expression.

prendre en considération pour déterminer si un établissement public entre dans une catégorie déjà existante. La décision de principe sur ce plan est celle du 18 juillet 1961, concernant l'Institut des hautes études d'outre-mer. Dans cette décision, le conseil retient trois critères essentiels : l'activité de l'établissement, la nature de la collectivité territoriale chargée de la tutelle, la spécialité de l'établissement : « Doivent être considérés comme entrant dans une même catégorie les établissements publics dont l'activité a le même caractère, administratif ou industriel et commercial, et s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité étroitement comparable. » Cette définition a amené le conseil constitutionnel à refuser à l'Institut des hautes études d'outre-mer, semblable aux autres établissements d'enseignement, un statut accordé à la RATP ou à la RTF. Ces critères ne sont pas très satisfaisants : le critère tiré du caractère administratif ou industriel et commercial de l'activité de l'établissement ou bien, s'il est d'ordre purement matériel, se confond avec le critère de la spécialité, ou bien, s'il s'attache à la qualification de l'établissement donne une nouvelle importance à une distinction artificielle et justement abandonnée dans l'arrêt Lherbier de 1965 par le conseil d'Etat ; l'analyse du lien de tutelle est peu utile, dans la mesure où ce lien est le même pour tous les établissements de l'Etat ; l'analogie de spécialité ne relève pas de l'évidence et en l'absence d'indications plus précises suppose une appréciation empreinte de subjectivité¹⁴². Mais cette incertitude a précisément permis au conseil constitutionnel d'adopter une attitude souple et nuancée, variant en fonction des circonstances des espèces qui lui ont été soumises¹⁴³.

2°) Le conseil constitutionnel a également précisé ce qu'il fallait entendre par l'expression « règles concernant la création » de catégories d'établissements publics. Le problème consistait à savoir si la compétence du législateur s'étend au-delà de la simple création stricto sensu et si elle comprend aussi la détermination des règles les plus importantes concernant ces établissements, toute modification de ces règles exigeant du même coup et dans les mêmes conditions l'intervention du parlement. Il faut bien dire que la rédaction de l'article 34 semblait peu favorable à cette interprétation large ; mais une application littérale du texte risquait alors d'aboutir à soustraire l'ensemble des problèmes d'organisation des établissements publics essentiels pour la nation à la compétence législative. Et la gravité d'une telle situation était évidente, tant au regard des libertés individuelles que de l'indépendance nécessaire des établissements publics vis-à-vis du gouvernement en place. C'est avec raison que le conseil constitutionnel a opté pour une conception extensive de la compétence parlementaire en lui rattachant la détermination des « règles constitutives » de la création des catégories d'établissements publics.

Cette solution est apparue en filigrane dès la décision du 27 novembre 1959 sur la RATP. Certes, le conseil constitutionnel ne définit pas exactement ce qu'il faut entendre par « règles de création », mais il affirme qu'en fait partie la disposition « prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du conseil d'administration », le nombre de ces représentants et des membres du conseil n'étant pas en revanche un élément déterminant. Avec cette décision, il paraît évident que la compétence du législateur a vocation à s'étendre au-delà de la simple création de catégories nouvelles d'établissements publics ;

142. Le changement d'attributions d'un établissement public peut le transformer en catégorie nouvelle d'établissements publics : voir a contrario la décision du 21 décembre 1966 à propos d'une proposition de loi sur l'agence de défense des biens et intérêts des rapatriés.

143. L'attitude adoptée en 1964 au sujet de la R.T.F. est très révélatrice

seules les limites de cette compétence restent imprécises. Les décisions relatives à la radio-télévision ont heureusement éclairci considérablement les choses, en donnant un principe général d'interprétation. Dans la décision des 17-19 mars 1964, le conseil constitutionnel souligne que les règles de création « comprennent nécessairement ses règles constitutives » et qu'au nombre de ces règles, il faut comprendre non seulement celles qui déterminent les rapports avec l'Etat mais encore celles qui « fixent le cadre général de son organisation et de son fonctionnement », en raison du caractère exceptionnel de la RTF. Parce que le statut de l'organisme chargé de la radiotélévision nationale touche directement aux libertés publiques, tous les aspects essentiels de ce statut doivent être soumis au débat parlementaire : c'est ainsi que les dispositions plaçant la RTF sous l'autorité du gouvernement, celles relatives au directeur général, au directeur général adjoint et aux directeurs, au conseil de surveillance et au contrôle financier — mais pas à ses modalités — sont de la compétence du législateur. En 1968, le problème a été posé de savoir si l'introduction de la publicité de marques devait être considérée comme une innovation portant atteinte aux règles constitutives de l'établissement. L'argumentation des partisans de la compétence législative reposait à la fois sur le fait que la publicité porterait atteinte à la liberté de la presse¹⁴⁴ et sur la constatation que, n'entrant pas dans l'objet assigné par la loi à l'ORTF, elle affecterait le cadre général de son organisation et de son fonctionnement¹⁴⁵. Le conseil constitutionnel, saisi par le gouvernement, a décidé le 30 janvier 1968 que les dispositions soumises à son examen étaient « réglementaires mais seulement en tant qu'elles n'ont rien de contraire aux règles constitutives de cette catégorie d'établissement public ». La décision ne précise pas si l'introduction de la publicité altère ou non les règles constitutives de l'Office¹⁴⁶ ; le conseil constitutionnel semble cependant avoir marqué sa préférence pour une solution consistant à analyser concrètement les règles de diffusion des messages publicitaires pour voir l'effet de ceux-ci sur le fonctionnement de l'Office. Il reste que le caractère spécial de l'ORTF ne permet pas de donner, à partir de ce seul exemple, une définition générale, valable pour tous les établissements publics, des règles constitutives de création relevant de la compétence législative ; et en permettant au parlement de contrôler les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement de l'Office, le conseil constitutionnel a même expressément insisté sur les particularités de l'espèce. Mais, la décision du 12 décembre 1967, relative au syndicat des transports parisiens, qui a énuméré ce qu'il faut entendre par règles constitutives, a à peu près transposé les solutions dégagées pour la radio-télévision. Le conseil constitutionnel fait figurer parmi ces règles, les dispositions déterminant la personnalité juridique de l'établissement, le cadre général de la mission qui lui est impartie, la sphère géographique d'activité, les règles essentielles de composition du conseil d'administration. Cette énumération donne des compétences étendues au parlement.

144. A. Grosser, « L'O.R.T.F. et ses finances ». *Le Monde*, 10 novembre 1967 ; M. Duverger, « La chance du conseil constitutionnel ». *Le Monde*, 18 novembre 1967.

145. J. Rivero, « La publicité à l'O.R.T.F. : loi ou règlement ». *Le Monde*, 2 novembre 1967 et l'opinion de tous les juristes consultés par la commission spéciale constituée pour statuer sur une proposition de M. Achille-Fould.

146. Le conseil constitutionnel ne pouvait en effet se prononcer sur ce point étant saisi seulement d'une demande tendant à apprécier les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance de 1959 et de l'amendement Diligent imposant l'autorisant législative pour l'acceptation de « nouvelles sources de financement ». A une question mal posée, la réponse ne pouvait qu'être ambiguë, voir sur ce point M. Duverger, « Un jugement de Salomon ». *Le Monde*, 1^{er} février 1968.

L'interprétation donnée par le conseil constitutionnel a donc nettement étendu la compétence parlementaire en matière de création des établissements publics. Alors que la formule contenue dans l'article 34 aurait pu pratiquement supprimer tout contrôle parlementaire en ce domaine, le conseil constitutionnel a posé des principes beaucoup plus souples et réalistes. Il n'en demeure pas moins que depuis la Constitution de 1958, le gouvernement possède des attributions importantes sur ce point et que la compétence législative est l'exception. Cette situation est évidemment de nature à accentuer l'emprise de l'autorité administrative sur les établissements publics, au détriment de l'impératif d'indépendance. D'ailleurs, si la décision de créer l'établissement public est bien prise au niveau gouvernemental, pratiquement la mise en place des principaux éléments nécessaires à son fonctionnement s'effectue à la suite de négociations limitées en général à deux ministres, à qui sera ensuite donnée la qualité de ministres de tutelle. Ces conditions d'institution rendent d'emblée aléatoire l'autonomie future de l'établissement.

48. Les règles juridiques posées pour la création des établissements publics ne s'accompagnent pas d'une doctrine cohérente sur l'opportunité d'y procéder. Et le rapport du conseil d'Etat du 15 janvier 1971 a longuement insisté sur cette carence. La création des établissements publics comporte en effet d'importantes implications théoriques et pratiques, aussi bien positives que négatives. La personnalisation des services est un élément de dynamisme et, éventuellement, d'ouverture vers les administrés ; mais elle risque également de dénaturer gravement l'action administrative, en réduisant sa cohésion et son efficacité. L'établissement a tendance à se replier sur lui-même, à abuser de son autonomie, tandis que l'administration centrale cherche à maintenir son autorité en multipliant des contrôles qui alourdissent la gestion. En 1963, la cour des comptes estimait que « l'interposition de personnes morales est inopportune dans la mesure où elle ne répond à aucune nécessité évidente et ne procure pas de facilité appréciable. La délégation de plus en plus large ainsi faite à des organismes publics autonomes... entraîne un dessaisissement de l'administration normalement qualifiée, en même temps qu'une certaine complication pour le contrôle ». Compte tenu de ces éléments, la décision de création d'un établissement public est un choix difficile, qui doit être fait en connaissance de cause et après mûre réflexion. Or, en l'état actuel, les motifs qui inspirent une telle création sont, en général, des motifs purement contingents : il s'agit — et ces raisons ne s'excluent pas — tantôt de pallier certains inconvénients des structures administratives, en remédiant à la lourdeur excessive d'administrations centrales trop vastes, tantôt d'échapper ou de déroger à des règles administratives et financières jugées abusivement contraignantes. Cet empirisme n'est guère satisfaisant : il paraît au contraire nécessaire de déterminer avec clarté les raisons qui justifient l'institution d'établissements publics.

Tout dépend à vrai dire sur ce plan de la place qu'on assigne aux établissements publics dans l'organisation administrative. Ou bien, en partant d'un principe d'unité de l'administration, on va s'efforcer de limiter au maximum le recours à une formule d'établissement public qui constitue, qu'on le veuille ou non, un démembrement de l'administration¹⁴⁷. C'est l'attitude adoptée par le conseil d'Etat dans son rapport de 1971 : le conseil d'Etat préconise de se montrer exigeant sur les conditions de fond justifiant le recours au procédé. Il estime possible de rendre partiellement inutile l'octroi de la personnalité juridique à des services administratifs en déconcentrant et en modernisant l'administration ;

147. C'est exactement sous cet angle que la cour des comptes l'a envisagé dans son rapport de 1963.

l'assouplissement des règles administratives et financières applicables aux services en régie et la mise en place de centres de décision et de responsabilité au sein des structures traditionnelles éviteraient, selon lui, la multiplication des établissements publics. Dans tous les cas, la création d'un établissement public devrait être assortie de justifications permettant d'apprécier son bien-fondé : il conviendrait, d'abord de préciser, nettement la mission assignée à l'établissement, la fonction créant l'organe et non l'inverse¹⁴⁸, puis d'établir que la mission ne peut être remplie de manière satisfaisante sans l'institution d'un établissement public, enfin de démontrer le caractère viable de l'établissement projeté. Ou bien, en partant d'un principe opposé d'éclatement des structures administratives anciennes — principe corrigé ou complété par le maintien d'un pouvoir général d'orientation gouvernemental — on peut viser à favoriser le plus possible l'utilisation d'une formule juridique qui est la seule capable d'abattre les cloisonnements bureaucratiques entre l'administration et la société. Mais les modalités de la procédure de création prennent alors une importance encore plus grande que dans la conception précédente, car il s'agit de veiller à ce que l'impératif de gestion démocratique soit effectivement traduit dans les structures de l'établissement : toute création d'un établissement public doit s'accompagner d'une analyse précise des problèmes posés par l'insertion de ce nouvel organisme public dans le secteur où il va exercer son activité, et cette analyse déterminera des conditions d'organisation et de fonctionnement spécifiques. Dans les deux hypothèses, il convient donc de fixer des orientations précises à la politique de création des établissements publics et de veiller à ce que la procédure utilisée permette de vérifier que ces orientations sont bien respectées. L'empirisme actuellement pratiqué doit être abandonné au profit d'une conception cohérente de l'évolution institutionnelle du secteur public ; et sur ce plan, une réforme profonde paraît s'imposer.

b) *La suppression.*

49. Par application de la règle de l'acte contraire, la dissolution d'un établissement public ne peut être décidée que par l'autorité ayant procédé à sa création et elle doit être réalisée dans le respect des formes utilisées à l'origine. Avant 1958, c'était donc au législateur que revenait en principe la possibilité de supprimer les établissements publics. Cependant la loi du 17 août 1948, dans son article 7, avait apporté à ce principe une importante exception en disposant que la suppression, la transformation ou la fusion des établissements publics administratifs¹⁴⁹ de l'Etat relèveraient de la compétence du pouvoir réglementaire ; et en appliquant ce texte, le conseil d'Etat avait jugé, le 16 novembre 1956 qu'en tant qu'établissement public administratif, la caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique pouvait être supprimée par décret¹⁵⁰. Cette atteinte législative au principe de l'acte contraire, inspiré à l'époque par la volonté de réaliser des économies en facilitant la restructuration du secteur public, préfigure ouvertement le nouveau régime juridique des établissements publics défini en 1958. Depuis la constitution de 1958, la compétence à fin de suppression des établissements publics appartient à l'autorité administrative ou au législateur s'il s'agit d'une catégorie autonome. Il est à noter que l'établissement public peut être supprimé, soit de manière directe par la dissolution, soit de manière indirecte par le retrait de la personnalité

148. Rapport du conseil d'Etat, 15 janvier 1971, doc. fce 1971, p. 25.

149. L'article 7 parle des « établissements publics de l'Etat », mais le législateur a entendu par là viser seulement les établissements administratifs, ainsi que le prouve la lecture des alinéas suivants.

150. C.E. 16 novembre 1956, « Union syndicale des industries aéronautiques », précité.

morale qui le transforme en régie. S'il y a retrait de la personnalité morale, le patrimoine de l'établissement revient à la collectivité publique qui assure désormais le fonctionnement du service ; s'il y a dissolution, la dévolution des biens doit être prévue par l'acte de dissolution : ces biens peuvent être distribués aux organismes privés qui continuent l'activité de l'établissement disparu¹⁵¹ ou faire retour à l'Etat, qui reste tenu du passif de l'établissement public. En fait, ces règles juridiques classiques relatives à la suppression des établissements publics sont assez théoriques ; les cas de disparition des établissements publics par dissolution ou retrait de la personnalité morale sont très exceptionnels. La remise en cause de ces établissements, qui se dessine depuis quelques années, semble devoir se faire de manière plus subtile par l'introduction progressive de capitaux privés. Dans ce cas, le législateur paraît retrouver automatiquement compétence en vertu de la disposition de l'article 34 selon laquelle la loi fixe les règles concernant « les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». Sans doute le transfert est ici seulement partiel, mais la formule de l'article 34 doit certainement être interprétée au sens large et toute dénationalisation implique une intervention parlementaire. Jusqu'à présent, l'introduction de capitaux privés est encore restée à l'état de projet¹⁵², et surtout l'interpénétration de plus en plus nette des secteurs public et privé au niveau des filiales des établissements publics qui est révélatrice. Cependant, la loi du 3 janvier 1970 a attribué une partie du capital de la Régie Renault à des actionnaires privés, même si ces actionnaires font partie du personnel, et cette réforme, qui doit s'étendre à d'autres entreprises publiques, a bien porté atteinte au statut d'établissement public¹⁵³, ouvrant par là des perspectives nouvelles.

50. L'absence de bilan régulier sur la situation des établissements publics est certainement nuisible. Le conseil d'Etat a souhaité l'institution d'une procédure périodique de révision permettant « de vérifier si les faits ont confirmé les prévisions initiales des pouvoirs publics, d'étudier les raisons des écarts éventuels, de réactualiser les prévisions dans un contexte général qui a pu évoluer, d'apprécier si l'établissement doit ou non demeurer tel qu'il est »¹⁵⁴, et la valeur de ce souhait est incontestable. Il reste à déterminer dans quelle optique ce réexamen devrait être fait. Le conseil d'Etat vise surtout, par sa proposition, à favoriser une redistribution des compétences entre les établissements publics, les autres institutions publiques, le secteur privé et l'Etat, et à permettre la réintégration dans l'administration d'établissements dont l'activité pourrait être mieux assurée par des services extérieurs. On retrouve à ce niveau, la même finalité essentielle de limiter l'extension des établissements publics déjà constatée en ce qui concerne le processus de création. On peut aussi envisager ce réexamen comme destiné à provoquer des transformations institutionnelles internes ou des

151. L'exemple le plus connu est celui des établissements publics du culte. La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat avait en effet prévu que les biens appartenant à ces établissements seraient recueillis par des associations culturelles de droit privé. Ce système de dévolution des biens échouera en raison de l'hostilité de l'Eglise catholique et ces biens seront, en définitive, attribués aux établissements publics d'assistance.

152. La proposition de constitution systématique de holdings de secteur, ouvertes aux capitaux privés, formulée par le rapport Nora reste la formulation la plus cohérente de cette tendance. Il faut noter que le service des poudres exploité en régie a été réformé, par la loi du 3 juillet 1970 dans le sens que nous indiquons (voir J. Dutheil de la Rochère, « l'aménagement du monopole des poudres », A.J.D.A., 1971, pp. 68 et ss.) : c'est l'exemple le plus récent de « dénationalisation ».

153. Voir supra, n° 10.

154. Rapport précité p. 28.

restructurations entre établissements publics afin d'améliorer l'accomplissement de leurs missions. La suppression des établissements publics ne doit pas, pour les raisons que nous avons indiquées, être considérée comme une fin en soi.

51. L'extraordinaire développement de la technique juridique de l'établissement public s'est produit en l'absence de toute réflexion sur ses buts et sur les conditions de son utilisation. Le cadre juridique régissant l'existence des établissements publics est très élaboré et le maintien d'une compétence législative appréciable en la matière montre bien l'importance du problème. Mais sur le fond, aucune doctrine, aucune conception d'ensemble, n'existent permettant de déterminer la sphère d'application et d'orienter le statut des établissements publics. Cette carence a largement contribué au malaise de ces établissements.

2) Le principe de spécialité.

52. Comme tous les organes administratifs¹⁵⁵, les établissements publics sont soumis au respect du principe de spécialité, c'est-à-dire qu'ils doivent respecter le champ d'action que les pouvoirs publics leur ont assigné. Ce champ d'action est défini de manière plus ou moins large et dans des termes variés : tantôt les établissements publics sont investis d'une mission étroite, soit parce que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie réduit l'importance de l'intervention publique dans un secteur donné, soit parce que les pouvoirs publics ont préféré atomiser les responsabilités entre plusieurs organismes publics ; tantôt ils doivent exercer une activité étendue, mais en respectant un cadre territorial contraignant ; tantôt enfin ils ont la possibilité d'accomplir des tâches très variées tournant autour d'un même objet¹⁵⁶. La spécialisation des établissements publics est donc plus ou moins forte, et leur activité concrète est contenue dans des limites extensibles. Cette constatation est intéressante parce qu'elle montre, on l'a dit, l'absence de différence réelle entre les établissements publics et les collectivités territoriales au regard d'un principe de spécialité qui leur est en fait commun ; mais elle ne remet pas en cause le principe de spécialité lui-même qui n'implique nullement une détermination étroite des compétences exercées.

En revanche, le principe de spécialité a perdu l'essentiel de son aspect normatif en raison de l'interprétation souple qui l'a progressivement emporté en droit positif. Les exigences mêmes du fonctionnement des établissements publics ont conduit à admettre de nombreuses atténuations à un principe qui risquait, tout en nuisant aux usagers, de compromettre la marche du service.

a) *Le contenu originare.*

53. Le principe de spécialité implique que chaque établissement n'a d'attributions et de compétences que dans la matière qui est la sienne aux termes de la loi et des règlements. L'activité de l'établissement public est limitée au service qu'il a reçu mission de gérer ; il ne peut employer son patrimoine pour d'autres tâches : une caisse des écoles doit limiter ses prestations aux enfants fréquentant l'école publique¹⁵⁷ ; la délibération par laquelle un conseil municipal décide de confier au bureau de bienfaisance l'exploitation d'un cinéma est

155. Sur l'analogie entre établissements publics et collectivités territoriales, voir supra n° 16.

156. L'électricité, l'énergie électrique, l'audio-visuel par exemple, voir J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972, I, n° 2496.

157. C.E. 22 mai 1903, Caisse des écoles du 6^e arrondissement, S. 04, III^e, p. 1, concl. Romieu ; C.E. 24 mai 1963, fédération nationale des parents d'élèves des écoles publiques, R., p. 321.

entachée d'illégalité¹⁵⁸ ; une maison maternelle n'a pas la possibilité de gérer un service de gynécologie obstétrique¹⁵⁹. De même, l'établissement public ne peut recevoir de dons et legs affectés d'une charge qu'il est incapable de remplir de par sa mission. Le principe de spécialité détermine aussi la capacité d'agir en justice d'un établissement public : c'est ainsi que l'Ecole nationale d'administration n'a pas qualité, suivant le conseil d'Etat, à attaquer pour excès de pouvoir une décision prononçant la mutation d'un de ses anciens élèves¹⁶⁰.

54. Les rapports entre le respect du principe de spécialité des établissements publics et l'interdiction pour les services publics de concurrencer l'initiative privée sont subtils¹⁶¹ et leur analyse permet d'éclairer de façon décisive la place exacte du principe de spécialité en droit administratif. Normalement, le principe de spécialité est un principe interne à l'ordre administratif jouant au niveau de la détermination des compétences des divers organes administratifs ; il définit les domaines respectifs d'activité de ces organes et il entraîne, en tant que tel, pour eux, des conséquences négatives et positives : l'établissement public, par exemple, ne peut empiéter sur les attributions des autres organismes publics mais il dispose en contrepartie d'une compétence exclusive sur le service public qui lui est confié et il peut s'opposer à ce que d'autres personnes publiques exercent la même compétence que lui. Ce principe a été bien mis en lumière dans un arrêt récent¹⁶² : la création d'un syndicat de communes prive les collectivités composantes du droit d'exercer les attributions conférées à ce syndicat. En réalité cependant, la situation est généralement plus complexe à l'intérieur du secteur public. Les compétences des divers organismes publics sont souvent inextricablement mélangées, soit parce que les textes institutifs se sont succédés dans le temps et sans se référer les uns aux autres, soit parce qu'il est difficile de séparer de manière tranchée des domaines voisins : la responsabilité de la diffusion d'émissions éducatives à la radio-télévision doit-elle incomber à l'ORTF ou à l'éducation nationale ? Le CEA, investi de la faculté de réaliser à l'échelle industrielle des dispositifs générateurs d'énergie nucléaire, dispose-t-il du droit de produire de l'électricité malgré le monopole dont EDF prétend disposer en la matière¹⁶³ ? Qui de la RATP ou de la SNCF doit exploiter un réseau de transports en commun sur voie ferrée traversant la région parisienne ? En dehors même de ces difficultés résultant des textes et de la nature des choses, un établissement public peut aussi chercher à étendre empiriquement son activité dans un secteur, qui relève théoriquement de la compétence d'un autre organisme public, pour des raisons techniques et économiques. Convient-il de le lui interdire par principe et contrairement à son intérêt propre ? La répartition des compétences entre entreprises publiques a soulevé de nombreux litiges, qui ont été réglés en général par négociations et après intervention de l'autorité de tutelle, sans avoir de suite contentieuse¹⁶⁴.

Mais si le principe de spécialité des établissements publics est ainsi essentiellement un principe institutionnel intrinsèque au secteur public, il n'est cepen-

158. C.E. 13 décembre 1939, Séguinaud, D.H., 1940, p. 79.

159. C.E. 8 mars 1963, Centre hospitalier de Brest, R., p. 154.

160. C.E. 4 juin 1954, E.N.A., R., p. 338. Concl. Chardeau.

161. Ce problème a été bien mis en lumière dans un article récent : D. Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », A.J.D.A., 1971, pp. 261 et ss.

162. C.E. 16 octobre 1970, Commune de St-Vallier, A.J.D.A., 1971, p. 95.

163. Voir J. Chevallier, « Les rapports entre le C.E.A. et l'E.D.F. », A.J.D.A., 1969, pp. 469 et ss.

164. Voir sur tous ces points notre étude sur « L'idée de monopole en droit administratif », à paraître à la R.D.P.

dant pas indifférent pour les personnes privées et les juridictions qui peuvent avoir intérêt à s'y référer. Cet intérêt provient de deux motifs distincts. D'abord, sur le plan procédural, la violation par un établissement public du principe de spécialité suffit à entraîner la censure juridictionnelle, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur l'existence d'une atteinte éventuelle à l'initiative privée ; c'est ainsi que dans l'arrêt « Séguinaud » déjà cité, le conseil d'Etat s'est attaché au moyen tiré de la méconnaissance de la spécialité du bureau de bienfaisance en écartant l'examen du moyen tiré de la présence d'autres cinémas dans la commune. Il est en effet assez facile par une analyse textuelle de voir si un établissement public a débordé le cadre de sa mission, tandis que l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie est plus difficile à prouver. A l'inverse, si le principe de spécialité a été respecté, aucune action ne peut être intentée sur le fondement de la concurrence illégale ; il suffit que les tribunaux judiciaires constatent qu'en diffusant des films du commerce l'ORTF reste dans le cadre de la mission distractive figurant dans son statut et ne viole donc pas le principe de spécialité, pour rendre sans objet l'examen sur ce terrain de la concurrence éventuelle faite par l'ORTF aux exploitants de salles privées¹⁶⁵. Ensuite, sur le fond, en définissant le champ de l'activité des établissements publics, les textes circonscrivent aussi fréquemment le degré de l'atteinte qui peut être portée à l'initiative privée. En débordant le cadre de sa spécialité, l'établissement public viole ipso facto le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Et le juge préfère là encore se référer au principe institutionnel de spécialité, qui permet de préciser nettement les compétences de l'établissement, et cette référence masque le respect dû à l'initiative privée, qui s'impose pourtant avec une force au moins aussi grande. Le principe de spécialité est alors une garantie du respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il vient conforter.

Cette analyse classique du principe de spécialité doit être considérablement nuancée en raison des assouplissements sensibles que la jurisprudence et la pratique lui ont apporté.

b) *L'assouplissement progressif*¹⁶⁶.

55. Les établissements publics se sont vu reconnaître le droit d'étendre leur activité en dehors des limites strictes de leur spécialisation. Dès le début du xx^e siècle, la jurisprudence a admis cette conception extensive, qui a pris un nouvel essor avec l'application de la formule de l'établissement public au domaine économique. Pour les entreprises publiques soumises à la concurrence des firmes privées, l'octroi d'une grande liberté d'action s'avère en effet indispensable si l'on veut assurer l'équilibre de leur gestion : une bonne gestion économique implique un dynamisme peu compatible avec une stricte limitation de l'activité. Mais s'il est particulièrement sensible dans le secteur industriel et commercial, l'assouplissement du principe de spécialité a aussi affecté l'ensemble des établissements publics quelle que soit la nature de leurs attributions. Favorisé par une interprétation de plus en plus large de la mission des établissements, il se réalise actuellement de préférence par la technique, difficile à contrôler, des prises de participations.

56. La légalité des activités accessoires, destinées à faire fonctionner le service dans de meilleures conditions pour les usagers ou même à accroître sa rentabilité, a été reconnue très tôt en jurisprudence. L'amélioration de la qualité du

165. Trib. com. Seine, 8 mars 1965, Fédération nationale des cinémas français C/R.T.F., (J.C.P., 1965, II, n° 14208, note Lyon-Caen) et C.A., Paris, 17 mai 1967, (J.C.P., 1967, II, n° 15157, note Souleau).

166. Voir sur ce point, J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972.

service a justifié dès la fin du XIX^e siècle des entorses à l'idée, assez théorique, de restriction du champ d'activité de l'établissement. Et ce sont les tribunaux judiciaires, saisis de recours contre l'extension de l'activité, des compagnies concessionnaires de chemin de fer, soumises au même principe de spécialité¹⁶⁷, qui ont été à l'origine de cette attitude¹⁶⁸, le conseil d'Etat ne faisant que transposer les solutions retenues aux établissements publics : ceux-ci peuvent exercer des activités annexes si elles constituent le complément normal du service permettant d'améliorer sa qualité¹⁶⁹. Cette idée a été ultérieurement développée par les pouvoirs publics dans de nombreux domaines et en particulier dans le secteur de l'enseignement : l'impératif de démocratisation de l'enseignement a entraîné l'organisation de véritables services sociaux annexes aux services d'éducation, tels que les secours aux familles nécessiteuses distribués par les caisses des écoles¹⁷⁰, le ramassage scolaire, les bourses, les services de santé et les œuvres scolaires et universitaires. Bien qu'assurés en général par des établissements autonomes, ces services répondent à la même préoccupation d'améliorer la qualité du service. Cette préoccupation qui justifie une inflexion sensible du principe de spécialité est en fait la traduction du principe de mutabilité, qui est une règle essentielle régissant le fonctionnement des services publics¹⁷¹. Le service public répond à un besoin d'intérêt général ; les prestations fournies aux usagers doivent toujours s'adapter aux nouvelles exigences de ceux-ci et augmenter sans cesse en qualité et en quantité. C'est la loi du changement, de l'adaptation au progrès, devant laquelle doit céder un principe de spécialité qui est seulement un élément interne à l'ordre administratif. L'intérêt des usagers l'emporte sur toute autre considération.

La possibilité pour les établissements publics d'exercer des activités annexes, permettant une exploitation rationnelle du service, en fonction du seul impératif de rentabilité a été longtemps discutée. Mais, depuis 1933, le conseil d'Etat admet que l'intérêt financier du service justifie la gestion de telles activités même si elles concurrencent l'initiative privée : c'est le célèbre arrêt « Planche » du 23 juin 1933¹⁷², dans lequel le conseil d'Etat admet la légalité de la délibération d'un conseil général par laquelle celui-ci avait autorisé la régie départementale des tramways, pour des raisons financières, à remplacer ses convois sur rail par des automobiles et à prolonger son itinéraire au-delà de la voie ferrée. Le principe de spécialité ne peut être utilement invoqué pour s'opposer à la recherche par un établissement public de l'équilibre financier¹⁷³, même par la gestion d'activités nouvelles, à condition cependant qu'un lien étroit existe entre ces activités de complément et d'activité principale. Là encore, le législateur a repris telle quelle cette idée au moment de la rationalisation des charbonnages. La loi de 1946 avait prévu le transfert d'ensemble des entreprises ayant pour activité principale, non seulement l'exploitation des

167. Le principe de spécialité s'applique à peu près dans les mêmes conditions aux concessions et aux établissements publics, et la comparaison des solutions admises par les ordres juridictionnels respectivement compétents, est très fructueuse. Voir D. Loschak, précité.

168. Voir les arrêts cités par Mlle Loschak, article précité.

169. Voir par exemple à propos de la cité universitaire de Paris, C.E. 27 février 1942, Mollet, S. 1942, III^e, p. 41.

170. C.E. 22 mai 1903, Caisse des écoles du 6^e arrondissement, précité.

171. J. Chevallier, « Le service public », précité p. 43.

172. C.E. 23 juin 1933, S. 33, III^e, p. 81.

173. C.E. 29 mai 1936, Syndicat des entrepreneurs en couverture, R., p. 623. L'intérêt financier apparaît explicitement pour les services en régie. Voir C.E. 4 juin 1954, Dame Berthod, R., p. 335 et surtout C.E. 18 décembre 1959, Delansorne, D. 60, p. 371, note Lesage.

mines, mais aussi la gestion des services « utiles » au fonctionnement des mines, et l'article 17 de la même loi permettait de rejeter de la rationalisation les biens des entreprises transférées n'ayant pas d'« utilité essentielle » pour l'exploitation. La commission chargée d'interpréter cet article a estimé que la notion d'utilité essentielle devait s'apprécier d'après les besoins des nouveaux organismes, sans se référer au principe de spécialité¹⁷⁴ et cette conception a été reprise par le conseil d'État¹⁷⁵. Il reste que, d'après la jurisprudence, un lien matériel assez étroit doit toujours exister entre l'activité principale et les activités annexes qui améliorent la rentabilité de l'entreprise ; l'établissement public ne pourrait exercer une activité totalement étrangère au service dont il a la charge¹⁷⁶.

57. Depuis quelques années, la situation financière difficile des établissements du secteur industriel et commercial a conduit les pouvoirs publics à une remise en cause beaucoup plus nette du principe de spécialité ; les solutions jurisprudentielles prudentes et nuancées sont désormais dépassées par la recherche systématique d'une amélioration et d'un assainissement des structures financières d'entreprises déficitaires. Cette nouvelle politique a d'abord été appliquée en faveur des établissements subissant les effets de mutations économiques irréversibles. Lorsqu'une activité est en récession, le souci de ne pas provoquer la ruine inconcevable de l'établissement public qui l'exerce implique nécessairement la mise à l'écart d'un principe de spécialité qui aboutirait à des conséquences désastreuses : c'est ainsi que depuis 1960, les pouvoirs publics ont réorienté l'activité des houillères vers de nouveaux secteurs, et notamment vers la chimie ; c'est ainsi que les mines de potasse d'Alsace et les grands armements ont été obligés de diversifier leurs activités pour pallier, soit l'épuisement progressif de leurs gisements dans un cas, soit la réduction de leurs trafics dans l'autre. Ces mesures d'adaptation ont été approuvées par la commission de vérification des comptes des entreprises publiques¹⁷⁷, qui a admis explicitement la substitution du critère de la rentabilité au principe de spécialité pour déterminer l'étendue de la mission assignée à ces établissements.

Ainsi justifiée, cette politique n'a fait qu'annoncer la réforme d'ensemble des entreprises publiques qui a commencé à être appliquée récemment sur la base des conclusions du rapport Nora. L'idée de spécialité est ouvertement abandonnée au profit de l'impératif d'efficacité, la vocation des entreprises publiques étant « de satisfaire leur marché au moindre coût pour elles et pour la collectivité »¹⁷⁸ ; à côté des mesures tendant à assurer une gestion équilibrée et à infléchir les structures de financement, les pouvoirs publics vont autoriser, au nom de l'exigence de rentabilité, les entreprises à adapter leur activité aux conditions nouvelles de la concurrence. Cette politique s'est manifestée à l'égard de l'ensemble des entreprises soumises, de par leur statut, à l'emprise du principe de spécialité : à la SNCF, concessionnaire de service public, a été donnée la possibilité de modifier la consistance de son service en faisant appel à une autre technique de transport que le fer¹⁷⁹ ; à l'EDF, établissement public, a été

174. F. Dubo, « La nationalisation des houillères », 1954, pp. 41-43.

175. C.E. 13 juillet 1951, Thiriez, Bavière et autres, R., p. 409.

176. Le tribunal de commerce de Paris, dans une décision du 17 juin 1968 avait admis une interprétation beaucoup plus extensive en autorisant G.D.F. à exploiter des sous-produits de sa fabrication de base (G.P. 1968, II, p. 213), mais cette interprétation a été rejetée en appel.

177. 9^e rapport, 1967, p. 28.

178. Rapport Nora, 1967, p. 34.

179. Article 6 du nouveau cahier des charges approuvé par décret du 23 décembre 1971. Voir aussi J.-P. Duprilot, « La S.N.C.F. », A.J.D.A., 1969, p. 608 et H. Jacquot, « La réforme de la S.N.C.F. et l'apparition d'une notion nouvelle de l'entreprise publique » Dt social, 1970, pp. 337 et ss.

accordé le droit de diversifier ses activités, le gouvernement n'envisageant pas « d'interpréter dans un sens limitatif la mission d'Electricité de France de produire et distribuer l'énergie électrique »¹⁸⁰. Les entreprises publiques peuvent déborder le cadre strict de leur mission ; elles se retrouvent cependant obligées alors de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et donc de ne pas fausser le jeu de la concurrence par l'utilisation de prérogatives exorbitantes du droit commun¹⁸¹. Le principe de spécialité s'efface au profit d'une application des règles traditionnelles sur la concurrence illicite ou déloyale, et l'abus de position dominante sera en particulier sanctionné par les tribunaux¹⁸². Cette transformation des conditions d'application du principe de spécialité a bien été émise en lumière par M. Chaban-Delmas lors du débat du 22 octobre 1971 à l'assemblée nationale : selon M. Chaban-Delmas, saisi de projet d'extension d'activité de la part des entreprises publiques, l'Etat doit avant tout considérer « le coût de cette extension et les avantages attendus tant pour l'intérêt général que pour la rentabilité économique » ; mais si les termes de la mission assignée à l'établissement ne sont plus déterminants, l'extension d'activité doit au moins se faire « dans le plein respect des règles de concurrence »¹⁸³.

58. Actuellement la technique des prises de participation constitue le moyen privilégié pour les établissements publics agissant dans le secteur industriel et commercial de développer leurs interventions en dehors de leur spécialité. Toutes les entreprises publiques se sont engagées spontanément dans cette politique avant même que les pouvoirs publics ne se préoccupent de la limiter ou de la contrôler¹⁸⁴. Les prises de participations ou les constitutions de filiales ne sont pas, dans leur finalité, incompatibles avec le respect du principe de spécialité. Il faut bien constater d'ailleurs que la plupart des participations importantes correspondent à des activités annexes ou proches de la mission principale de l'établissement ; il s'agit souvent d'activités complémentaires intéressant les approvisionnements et études ou les ventes et la valorisation des produits¹⁸⁵. Mais d'autres participations en revanche, ne s'expliquent que par une politique de placement financier ou par une volonté de diversification de l'activité. Et alors se pose le problème de leur validité au regard du principe de spécialité. En réalité ces participations n'ont jamais fait l'objet de contrôles efficaces et les autorités de tutelle ont pratiquement renoncé à faire respecter en ce domaine le principe de spécialité. S'il est d'ailleurs à peu près possible de suivre les participations directes, puisque celles-ci doivent être publiées lorsqu'elles dépassent 10 % du capital, le réseau des sous-filiales et des participations croisées est, pour sa part, à peu près inextricable en l'absence de bilans consolidés. L'exigence d'approbation ministérielle imposée par les décrets du 9 août 1953 et du 26 août 1957 est purement formelle et la création des filiales n'est jamais refusée pour

180. Lettre de mission précédant le contrat de programme signé le 23 décembre 1970.

181. D. Loschak, article précité p. 270.

182. Lorsqu'il diffuse des films cinématographiques, l'O.R.T.F. ne peut pas abuser de sa position dominante en ce domaine et on connaît les litiges qui se sont produits avec les exploitants des salles.

183. Ass. nat. 22 octobre 1971, J.O., pp. 488 et 489.

184. Dans certains cas, le texte de nationalisation a donné à l'établissement public la possibilité juridique de gérer un important réseau de participations ; c'est ainsi que les Houillères ont recueilli les participations des anciennes compagnies minières qui ont été considérées comme présentant une « utilité essentielle » pour l'exploitation ; voir C.E. 13 juillet 1951, Thiriez, précité.

185. Les sociétés dans lesquelles les charbonnages et houillères détiennent des participations exercent de préférence leur activité dans des domaines tels que la construction ou la gestion d'immeubles pour le logement des mineurs, la commercialisation du charbon ou la reconversion.

des motifs tirés de la méconnaissance du principe de spécialité. Les réglementations contraignantes qui avaient été parfois édictées pour certaines entreprises¹⁸⁶ ont été tournées ou interprétées de manière très souple¹⁸⁷ ; et la nouvelle conception définie par les pouvoirs publics ne peut qu'accentuer cette tendance, puisque l'intérêt financier de l'entreprise justifie désormais qu'elle se lance dans des activités marginales par rapport à sa mission essentielle. La commission de vérification des comptes des entreprises publiques a elle-même jugé normale, dans son principe, cette volonté d'adaptation des entreprises publiques à l'évolution économique¹⁸⁸ : si elle a préconisé un certain nombre de mesures pour simplifier le réseau des participations et pour assurer un contrôle plus efficace sur leur opportunité et leur rentabilité, elle n'en estime pas moins que les participations sont un moyen normal d'action d'entreprises économiques et que la règle de la spécialité doit céder devant cette donnée structurelle du secteur industriel et commercial.

L'extension d'activité des établissements publics aboutit fréquemment à la constitution de filiales, dans un but de meilleure gestion. Lorsque l'activité annexe a pris une certaine importance, son indépendance vis-à-vis de l'activité principale paraît techniquement souhaitable et une filiale est créée pour la gérer. La formule, qui permet de répondre à l'objectif de spécialisation, est intéressante pour l'entreprise publique parce qu'elle favorise l'ouverture vers le secteur privé¹⁸⁹ ainsi que le regroupement avec des filiales appartenant à d'autres groupes publics ou privés. Les vastes transformations réalisées depuis 1970 dans les secteurs de la construction des moteurs d'avion, l'automobile ou le pétrole, par l'utilisation de cette technique d'association d'entreprises publiques et privées au sein de filiales communes montrent assez l'intérêt du procédé. Il est d'ailleurs logique et inévitable que l'assouplissement du principe de spécialité fasse craquer les structures anciennes et entraîne la recherche de nouvelles formes de regroupements.

59. Au terme de cette évolution, le principe de spécialité, qui n'est pas spécifique des établissements publics, a perdu sa rigueur ancienne. Il signifie seulement que l'établissement public est investi d'une mission plus ou moins large qu'il peut remplir avec des moyens variés ; l'intérêt des usagers et son intérêt propre justifient le développement d'activités annexes ainsi que l'utilisation systématique des procédés permettant d'assurer son équilibre financier. Le phénomène affecte l'ensemble des établissements publics, bien qu'il soit plus évident dans le secteur industriel et commercial où le cloisonnement étanche résultant de la répartition des tâches entre plusieurs organismes publics est apparu très vite anachronique et artificiel en raison de l'unité profonde des problèmes économiques. Cette conception souple du principe de spécialité comporte des virtualités importantes : elle généralise le principe de la concurrence au sein même du secteur public, les établissements publics n'hésitant plus à empiéter sur les attributions d'autres personnes publiques si leur intérêt les y pousse, et cette concurrence peut être un facteur d'efficacité de l'action administrative ; elle favorise l'extension progressive de l'emprise publique sur la vie

186. Par exemple, la loi du 5 juillet 1949 avait édicté que tant que la S.N.C.F. ne serait pas en équilibre, aucune participation ne pourrait être prise en dehors du secteur des transports de voyageurs et de marchandises.

187. Dans son avis du 2 novembre 1949, le conseil d'Etat a affirmé que la loi précitée ne faisait pas obstacle à ce que la S.N.C.F. participe aux sociétés de crédit immobilier et maintienne son coefficient d'influence dans les filiales existantes.

188. 10^e rapport, 1967, p. 28.

189. Et du même coup, comme on l'a dit, constitue une discrète dénationalisation d'entreprises publiques.

nationale, la soumission aux règles de la concurrence constituant la seule obligation réelle imposée aux organismes publics par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; mais en contrepartie, elle provoque une interpénétration de plus en plus grande du secteur public et du secteur privé, ainsi qu'une prise de conscience de moins en moins forte de la spécificité de l'intervention publique et des obligations liées au régime de service public.

60. L'évolution des règles juridiques encadrant l'existence des établissements publics montre à l'évidence l'absence de réflexion d'ensemble sur les principes d'organisation du secteur public : la création et la suppression des établissements ne sont pas commandées par des idées précises sur la finalité et l'utilité du procédé ; l'activité des établissements publics s'étend de manière anarchique faute de contrôles efficaces sur les conditions d'accomplissement des missions assignées à ces établissements. L'impératif de clarté et de méthode, rappelé dans le rapport du conseil d'Etat devrait imposer une remise en ordre sans laquelle la crise du secteur public ne peut que s'accroître.

*

B) L'AMENAGEMENT INSTITUTIONNEL DES STRUCTURES.

61. Le statut des établissements publics a été précisé de manière empirique, sans qu'aucune conception d'ensemble des modalités d'organisation et des relations avec l'autorité de tutelle n'ait été préalablement définie. Ces conditions d'élaboration ont conduit à un statut assez cohérent, qui s'applique, avec des variations inévitables mais en définitive secondaires, à l'ensemble des établissements publics, mais qui ne leur assure pas un fonctionnement vraiment satisfaisant. Le vice essentiel de ce statut est qu'il n'a pas tiré les conséquences institutionnelles impliquées par la personnalisation des services publics. « L'établissement public est, par nature, un mode de décentralisation ou de « démultiplication » fonctionnelle de l'activité administrative. Il n'a donc de raison d'être que s'il dispose d'un minimum d'autonomie par rapport à l'Etat »¹⁹⁰. Or les pouvoirs publics n'ont pas compris et n'ont pas voulu admettre, l'unité profonde du principe de décentralisation et ils ont été amenés à resserrer progressivement leur emprise sur des établissements ne conservant plus qu'une autonomie purement nominale : les dirigeants des établissements publics, nommés par l'autorité supérieure révocables par elle à tout moment, n'ont été dotés d'aucun des attributs essentiels de l'indépendance ; la surveillance sur l'activité des établissements publics n'a fait que s'appesantir par un renforcement croissant de la densité des contrôles à tous les stades de la gestion. La réforme nécessaire du statut d'établissement public passe par la réalisation effective du principe de décentralisation commun aux établissements publics et aux collectivités locales ; il s'agit de donner à tous les établissements publics¹⁹¹ une réelle autonomie et d'octroyer à leurs dirigeants des garanties d'indépendance.

190. Rapport du conseil d'Etat précité p. 37.

191. Le rapport du conseil d'Etat fait une distinction essentielle entre les établissements publics, d'inspiration décentralisée, « créés pour consacrer l'autonomie d'un groupe humain ou pour favoriser le libre exercice d'une activité », et ceux qui constituent de simples « agences » de l'Etat ; pour ces derniers, qui devraient être réintégrés à l'administration classique, le conseil d'Etat préconise la fin des fictions et le renforcement de l'emprise gouvernementale sur leur gestion. Cette distinction, qui repose sur une méfiance évidente vis-à-vis du statut d'établissement public, paraît artificielle et erronée.

1) L'organisation interne.

62. En tant qu'établissement personnalisé, l'établissement public est géré par des organes qui lui sont propres et qui échappent à la règle de la subordination hiérarchique. Ces organes dotés d'un pouvoir de décision, sous réserve du contrôle de tutelle, ont une structure variable et plus ou moins complexe. Les pouvoirs publics ont cependant posé diverses règles d'application générale. Ces règles figurent d'abord dans des textes de valeur législative : l'article 16 de la loi de finances du 29 décembre 1882 a prévu que l'organisation centrale de chaque ministère serait réglée par un décret en forme de règlement d'administration publique et la loi de finances du 29 avril 1921 a déclaré cet article 16 applicable « aux offices et agences dont les dépenses sont imputables sur le budget de l'Etat ou qui en reçoivent une subvention, et à tous autres services rattachés directement aux administrations centrales des divers ministères, y compris ceux qui sont investis de la personnalité civile et de l'autonomie financière et qui reçoivent des subventions de l'Etat » ; le conseil d'Etat a appliqué ces textes à un office de renseignements agricoles sans prendre en considération le fait que cet office n'était pas un service de l'administration centrale géré en régie¹⁹². Mais ce sont les dispositions administratives incluses dans les textes financiers concernant les établissements publics qui sont les plus intéressantes. Le décret du 15 décembre 1934 « relatif à la comptabilité des établissements industriels de l'Etat » contient notamment des règles d'organisation administrative et énumère les organismes essentiels des établissements, et cette technique de réglementation indirecte a été reprise par le décret du 29 décembre 1962 « portant règlement général de la comptabilité publique ». D'après l'article 152 de ce texte, les établissements publics nationaux sont placés sous la tutelle d'un ou plusieurs ministres et sous la tutelle financière du ministre des finances ; ils sont administrés, dans les conditions définies par le texte qui les a institués, par des conseils, comités ou commissions désignés dans le décret sous le terme de « conseil d'administration » ; ils sont gérés par la personne ayant reçu qualité à cet effet et dénommée « directeur ». D'après l'article 153, les opérations financières et comptables des établissements publics sont effectués par un ordonnateur et un comptable public, désigné sous le terme d'« agent comptable ». Il faut ajouter aussi pour les établissements publics créés par les collectivités locales, le règlement d'administration publique du 19 octobre 1959, « relatif aux régies départementales et communales dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière ». Les textes particuliers qui ont fait application de ces textes généraux prévoient toujours la coexistence d'une assemblée délibérante, le conseil d'administration et d'un exécutif, la direction générale, l'agent comptable nommé par le conseil d'administration étant par ailleurs placé sous le contrôle du directeur.

Cette organisation interne des établissements publics est en général, et sauf exceptions très limitatives, incompatible avec le principe de décentralisation qui exige la mise en place d'instances représentatives. Duguit a bien montré en effet que seuls les services gérés par des fonctionnaires qui, du fait de leur origine, de leur mode de nomination et de leur statut personnel, ne sont pas placés sous le pouvoir de commandement des gouvernants mais seulement sous leur contrôle, peuvent être qualifiés de services décentralisés¹⁹³. Comme la collectivité locale, l'établissement public doit être géré par des autorités qui lui soient propres et non par des agents de l'Etat ; les dirigeants doivent émaner du service et être

192. C.E. 4 décembre 1942, Association amicale du personnel du ministère de l'agriculture, R., p. 340.

193. « Traité de droit constitutionnel », 3^e éd., T. 3, 1930, pp. 71 et ss.

indépendants vis-à-vis de l'autorité de tutelle¹⁹⁴. Or deux raisons convergentes concourent à fausser ce principe dans la plupart des établissements publics : d'une part, le conseil d'administration qui doit administrer l'établissement est pratiquement dans la main de l'administration supérieure et n'exerce pas le pouvoir effectif ; d'autre part, la direction, qui joue en fait le rôle essentiel, est trop souvent indépendante de l'assemblée délibérante et subordonnée directement à l'autorité de tutelle.

a) *L'administration de l'établissement.*

63. Le conseil d'administration est, dans tous les établissements publics, chargé juridiquement des responsabilités essentielles de gestion. C'est à lui que revient de voter le budget, de gérer le patrimoine, de définir l'action générale de l'établissement sous réserve des compétences de l'autorité de tutelle. Le texte constitutif de chaque établissement prévoit les délibérations qui sont soumises à autorisation préalable ; les autres prennent effet si le ministre ne s'est pas opposé dans un délai de quinze jours à leur exécution : le ministre dispose donc d'un constant droit de veto, qui peut être renforcé ou atténué¹⁹⁵ par des textes particuliers. Compte tenu du fait que le conseil d'administration est l'organe central des établissements publics, sa composition, les modalités de désignation de ses membres et leur statut sont d'une extrême importance, car de la solution donnée à ces problèmes dépend l'application de l'idée de décentralisation.

64. Pendant longtemps, la composition des conseils d'administration a traduit sans équivoque possible la subordination des établissements publics à l'autorité supérieure. Les membres des conseils étaient en général nommés de façon discrétionnaire par l'autorité dont dépendait le service, et ils étaient pris parmi les fonctionnaires en activité. Si les conseils comprenaient assez fréquemment des membres échappant à cette nomination parce qu'ils en faisaient partie de droit et si la désignation de représentants du personnel s'était progressivement développée au fil des années, il s'agissait de simples atténuations ne remettant pas réellement en cause la main mise du gouvernement.

L'idée selon laquelle les conseils d'administration ne devaient pas être issus de la volonté exclusive du gouvernement en place mais représenter effectivement les différents intérêts en cause, n'a commencée à être avancée qu'après la seconde guerre mondiale et elle s'est appliquée aux entreprises nationalisées entre 1944 et 1946 qui avaient pris la forme juridique de l'établissement public. Avec la volonté de « nationaliser sans étatiser », on a utilisé d'abord dans ces établissements, la formule de la représentation tripartite de trois catégories d'intérêts : ceux de l'Etat, ceux du personnel et ceux des usagers. Mais cette formule a engendré un certain nombre de mécomptes et, dans son deuxième rapport de décembre 1950, la commission de vérification des comptes des entreprises publiques avait préconisé une amélioration de la composition des conseils qui a été réalisée par la réforme de 1953 (décrets des 11 mai et 17 décembre). Désormais les conseils des entreprises publiques sont composés en principe pour un tiers d'administrateurs d'Etat, pour un tiers de personnalités compétentes parmi lesquelles doivent figurer deux représentants des usagers, pour un tiers de

194. Le conseil d'Etat constate lui-même (p. 44) qu'« il est normal et nécessaire qu'il y ait un conseil d'administration au sens classique dans les établissements fondés sur une collectivité humaine et que ce conseil soit directement ou indirectement élu par celle-ci. C'est une situation voisine de celle de la commune et de son conseil municipal ».

195. Cette atténuation s'est réalisée récemment, comme nous le verrons plus loin, en faveur des entreprises publiques liées à l'Etat par un contrat de programme.

représentants du personnel. Des réformes comparables ont affecté la majeure partie des conseils des établissements du secteur administratif ou social : des formules de représentation pluraliste sont adoptées dans la plupart des cas, la pondération et la nature des différentes catégories variant seulement en fonction de l'établissement. La place de la collectivité de tutelle et du personnel est généralement assurée ; celle des usagers, des personnalités qualifiées et des représentants d'activités concernées directement ou indirectement par l'activité de l'établissement est susceptible de variations. Ces réformes traduisent un changement sensible de perspectives. La vocation représentative des conseils d'administration n'est plus mise en doute ; on admet désormais que leurs membres doivent exprimer les aspirations de tous ceux qui sont intéressés au bon accomplissement de la mission de l'établissement et non pas seulement avoir la qualité d'agents du gouvernement. Et cette nouvelle conception va certainement dans le sens du principe de décentralisation. Le problème vient de ce que l'admission théorique du principe représentatif a été assortie dans les faits de telles déformations qu'il n'en reste plus guère trace et que les règles classiques continuent pratiquement à l'emporter à travers les changements apparents.

65. La présence de la collectivité de tutelle au sein même des conseils d'administration est de nature à soulever déjà un certain nombre de critiques. Non seulement en effet l'Etat est en général représenté dans le conseil d'administration des établissements publics nationaux, mais encore l'effectif de ses représentants est très important puisqu'il peut atteindre la moitié du conseil. On est en droit de s'interroger sur le principe même de cette représentation. Le contrôle nécessaire de l'Etat est assuré par le système de la tutelle qui préserve la libre initiative de l'autorité décentralisée tout en évitant les risques d'une indépendance totale. En se réservant la nomination d'une partie importante du conseil d'administration des établissements, l'Etat cherche en fait à infléchir de l'intérieur la marche de ceux-ci, contrairement à l'idée d'autonomie. Cette volonté est non seulement mise en évidence mais encore encouragée dans le rapport du conseil d'Etat de 1971 : tout en préconisant un mode de gestion très démocratique pour les établissements qui ont été « créés pour consacrer l'autonomie d'un groupe humain ou pour favoriser le libre exercice d'une activité », le conseil d'Etat estime souhaitable de « renforcer l'impulsion gouvernementale » sur les établissements qui sont en réalité de « simples agences de l'Etat » ; et dans ce but l'Etat doit s'efforcer « de mieux tirer parti de ses représentants dans les organes collégiaux de ces établissements » par un choix plus attentif des hommes et par une amélioration des méthodes de travail. Cette conception doit être rejetée, même si elle ne touche qu'une partie seulement des établissements publics, car elle constitue une dénaturation profonde du principe de décentralisation¹⁹⁶ : une réelle décentralisation doit aboutir à exclure toute représentation de l'Etat ou tout au moins à la rattacher à la participation des usagers à la gestion. C'est ainsi que les nouveaux établissements universitaires sont exclusivement gérés par le personnel, les usagers et les personnalités cooptées, l'Etat ne retrouvant une représentation spécifique — dans des conditions d'ailleurs très contestables — qu'au niveau du CNESR ; de même dans le conseil d'administration de l'agence France-Presse, l'Etat n'est, d'après la loi du 10 janvier 1957, représenté qu'en qualité d'utilisateur et dans une proportion très minoritaire ; de même encore les instances délibérantes des chambres professionnelles qui s'inspirent d'un principe d'organisation corporative, excluent toute représentation des pouvoirs publics. C'est avec raison que le rapport Nora¹⁹⁷ jugeait « mal-

196. Et c'est tellement vrai que le conseil d'Etat ne considère pas les « établissements publics — agences de l'Etat » comme relevant de ce principe.

197. Rapport précité p. 93.

saine » « l'imbrication des fonctions de conseil, de contrôle et de direction », pensant à juste titre que « la présence de la tutelle dans l'organe de préparation des décisions altère le processus de la décision lui-même » : la confusion du contrôleur et du contrôlé n'est souhaitable à aucun titre. Quant à l'importance de la représentation de l'Etat, elle est encore plus critiquable : lorsque la moitié des membres du conseil, comme à l'ORTF¹⁹⁸, est désignée par l'Etat, même si ces membres sont choisis parmi des grands corps ou en dehors de la fonction publique, le principe décentralisateur n'a plus de contenu réel, et l'établissement public est complètement sous la coupe des pouvoirs publics : la personnalisation de l'établissement n'est qu'une apparence ; c'est l'Etat qui demeure le détenteur du pouvoir de décision.

66. Les modalités de désignation des membres des conseils dénaturent encore plus gravement le principe représentatif. Loin d'aboutir à une représentation équitable de tous les intérêts, le pluralisme apparent dans la composition des conseils cache en réalité une mainmise à peu près totale des pouvoirs publics sur la nomination des organes dirigeants, et les pouvoirs publics ont utilisé cette mainmise pour provoquer le monolithisme politique des conseils. Ce monolithisme est défendu au nom d'un principe majoritaire qui permettrait à la tendance politique dominante au niveau national d'avoir la direction de tous les organismes publics. L'application du principe majoritaire ne s'est pas en effet limitée, sous la V^e république, au domaine politique où ses conséquences — l'écrasement numérique des petites formations et l'avantage considérable donné à la coalition majoritaire — sont pourtant très importantes¹⁹⁹ ; elle s'est étendue aux collectivités locales²⁰⁰ et à l'ensemble des organismes publics spécialisés²⁰¹. Si au niveau politique, ce système majoritaire peut être justifié par la volonté de constituer des majorités cohérentes et efficaces²⁰² il apparaît, au niveau administratif, radicalement incompatible avec l'exigence de représentation des divers intérêts en cause et d'ouverture vers les administrés. L'idée de décentralisation ne peut se réaliser que sur la base d'un principe pluraliste, assurant l'expression de toutes les opinions et donnant une vue exacte des besoins à satisfaire. Le monolithisme des conseils, qui explique la crise grave d'une série d'établissements publics, comme l'ORTF, qui devraient être particulièrement ouverts au milieu dans lequel ils agissent, est facile à obtenir car les pouvoirs publics ont à leur disposition des pouvoirs efficaces pour infléchir la représentation des diverses catégories.

198. Voir J. Chevallier, « Le problème de la réforme de l'O.R.T.F. en 1968 », A.J.D.A., 1969, p. 221 ; « L'O.R.T.F. face aux pouvoirs publics ». Dt social, 1970, précité pp. 91-92 ; « L'O.R.T.F. en question ». Dt social, sept.-oct. 1972.

199. On sait par exemple qu'aux élections législatives de 1968, l'U.D.R. et les républicains indépendants, avec 48 % des voix, ont obtenu près de 73 % des sièges, tandis que le parti communiste et la gauche non communiste avec respectivement 20 et 17 % des voix n'obtenaient que 7 et 12 % des sièges : un tel décalage entre les voix et les sièges conduit l'Assemblée Nationale à n'être qu'une image caricaturale de la nation et à fausser les données du jeu politique.

200. Les conseillers généraux sont élus comme les députés au scrutin uninominal majoritaire à deux tours ; les conseils municipaux sont tous élus depuis la loi du 27 juin 1964 au scrutin de liste majoritaire à deux tours.

201. Et spécialement au niveau des établissements publics territoriaux. Voir sur la composition politique des anciennes CODER, J.-F. Bodiguel, « Les CODER », R.F.S.P., 1966, pp. 472 et ss ; la réforme régionale récente avec la présence de droit de parlementaires eux-mêmes élus au scrutin majoritaire ne va pas arranger les choses...

202. Il faut souligner cependant que système majoritaire et régime politique stable et efficace ne sont pas nécessairement liés.

D'abord, et de façon générale, les représentants de l'Etat sont désignés par le gouvernement en place et celui-ci les choisit avant tout en fonction de leur fidélité politique, le critère de la compétence passant au second plan. Avant le décret du 30 mars 1962, ces administrateurs étaient nommés par arrêté ministériel ; le décret du 30 mars 1962 a prévu que pour les établissements publics industriels et commerciaux figurant sur une liste dressée annuellement par décret, « les administrateurs dont la nomination était prononcée par arrêté ou décision sont désormais nommés par décret pris sur le rapport du ou des ministres intéressés ». Nommés par le gouvernement, les administrateurs représentant l'Etat ne sont libres et indépendants que de manière théorique ; en fait ils sont inconditionnellement favorables au gouvernement et sensibles aux sollicitations de l'autorité de tutelle. Dans son rapport de 1971, le conseil d'Etat a souhaité quelques modifications à ce système dans les établissements qui justifient selon lui un renforcement de l'impulsion gouvernementale en raison de leur caractère para-administratif : le choix exclusif de ces administrateurs par la direction de tutelle compétente devrait être la règle ; la rotation de ces administrateurs est trop rapide et il faudrait leur assurer une certaine stabilité de fonctions en les soumettant toutefois à renouvellement périodique pour éviter toute appropriation de fonctions par les intéressés ; les méthodes de travail devraient être améliorées pour permettre aux représentants de l'Etat de préparer une position commune et de s'informer des souhaits de l'autorité de tutelle. En fait ces modifications ne feraient qu'accentuer la subordination des administrateurs d'Etat.

Le choix discrétionnaire du gouvernement joue également, malgré son caractère choquant, pour la désignation des personnalités compétentes et des représentants des usagers, et là aussi les critères politiques sont déterminants. Si des associations d'usagers existent ²⁰³, le gouvernement n'hésite pas à privilégier celle qui lui est la plus favorable ²⁰⁴ ; l'existence d'autres critères de désignation est très exceptionnelle et tout aussi peu satisfaisante ²⁰⁵. Des arguments techniques sont avancés pour justifier cette compétence gouvernementale ; en fait les personnalités qualifiées pourraient être cooptées par les conseils, comme cela est le cas au niveau universitaire, et les usagers devraient bénéficier d'une représentation autonome : pour tous les services publics, les pouvoirs publics auraient dû depuis longtemps prendre l'initiative d'encourager la formation de comités d'usagers, rassemblant de manière très libre tous ceux qui s'intéressent directement aux problèmes de gestion de ces services ²⁰⁶, et la formation de tels comités, qui répond à un besoin évident ²⁰⁷, aurait pour résultat, en dehors de son utilité sociale, de résoudre le problème de la représentation des usagers dans les conseils d'administration. Les pouvoirs publics ont préféré favoriser l'inorganisation des usagers pour conserver leur prépondérance dans les conseils d'administration.

203. Voir par exemple pour l'O.R.T.F., J. Monnereau, « Les associations d'auditeurs et de téléspectateurs », *le Monde*, 28 février et 14 mars 1969.

204. C'est ainsi que la désignation de M. Cazeneuve comme représentant des auditeurs et téléspectateurs avait été annulée par le conseil d'Etat en 1970 pour défaut de consultation des associations représentatives.

205. On sait que la réforme de 1972 a appliqué pour l'O.R.T.F. un système de désignation parlementaire. Voir J. Chevallier, *Droit social*, oct. 1972.

206. Ce système peut fonctionner dans de bonnes conditions comme le montre l'exemple de la radio-télévision néerlandaise.

207. Dans les transports en commun, on sait que des comités d'usagers se sont formés spontanément ou sous l'impulsion de partis.

Enfin, si les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales les plus représentatives avant d'être nommés par décret, la notion même d'organisation représentative laisse au gouvernement un pouvoir important d'appréciation : la représentativité est subordonnée à la reconnaissance par les pouvoirs publics²⁰⁸ ; le gouvernement peut considérer comme représentative une organisation syndicale qui n'est pas la plus représentative de la catégorie de personnels à laquelle appartiennent les intéressés ; il peut pondérer comme il l'entend les sièges accordés aux syndicats représentatifs. Tous ces pouvoirs très importants destinés à interdire le monopole de représentation de la CGT ou même sa représentation majoritaire ont été admis par le conseil d'Etat²⁰⁹, compétent pour statuer sur les litiges relatifs à la désignation des dirigeants des établissements publics quelle que soit la nature de leur activité²¹⁰.

67. Le statut des administrateurs dépend de leurs conditions de nomination. Les administrateurs d'Etat ont le plus souvent la qualité de fonctionnaires ; ils continuent leur carrière dans leur administration d'origine et ils reçoivent directement des ordres des ministres qui peuvent à tout moment les révoquer. Le conseil d'Etat indique, dans son rapport, qu'il lui paraît souhaitable de désigner des représentants de l'Etat d'un certain niveau hiérarchique — chef de service ou sous-directeur — pour éviter une trop grande timidité et un esprit d'initiative insuffisant. La seule incompatibilité qui pèse sur les administrateurs d'Etat est prévue par l'article 31 de la loi du 6 février 1953 relative aux comptes spéciaux du trésor : selon ce texte, « il est interdit à tout administrateur représentant l'Etat dans une entreprise publique d'avoir par lui-même ou par personne interposée, ou sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise en relation avec cette entreprise publique, des intérêts de nature à compromettre son indépendance ». Cette disposition est destinée à assurer l'indépendance des représentants de l'Etat vis-à-vis d'intérêts privés ; elle ne concerne pas les rapports avec l'Etat, vis-à-vis de qui aucune garantie d'autonomie n'existe. En revanche, une fois désignés, les représentants des usagers et les personnalités qualifiées sont détachés de tout lien d'allégeance à l'égard des pouvoirs publics et ils ont vocation à remplir intégralement leur mandat, sauf le cas de démission. Quant aux représentants du personnel, leur situation est plus délicate. Ces représentants se considèrent comme les délégués de leur organisation syndicale au conseil, et ceci a posé une série de problèmes juridiques et politiques. Le gouvernement a parfois mis fin aux fonctions de ces administrateurs en se fondant sur leur attitude au sein ou en dehors du conseil ; mais cette mise en jeu de la responsabilité disciplinaire des administrateurs s'exerce sous le contrôle de la juridiction administrative et celle-ci a jugé^{210 bis} qu'une simple manifestation d'opposition à un projet ne justifiait pas le retrait de la qualité d'administrateur.

68. Le principe représentatif, admis en théorie, n'a encore reçu qu'une traduction dérisoire dans les faits et le gouvernement conserve la haute main sur la composition du conseil d'administration des établissements publics, contrairement à l'idée de décentralisation. Cette prépondérance est particulièrement

208. Actuellement le gouvernement refuse par exemple de reconnaître la représentativité de la C.F.T.

209. C.E. 4 février 1950, Fédération nationale des travailleurs du sous-sol, S. 50, III^e, p. 57 ; C.E. 22 juin 1951, C.G.T., R., p. 366 ; C.E. 17 décembre 1952, Fédération nationale des syndicats d'agents de maîtrise des mines, R., p. 377.

210. C.E. 9 mars 1966, Elections à la chambre départementale d'agriculture du Puy-de-Dôme, R., p. 154.

210 bis. 12 février 1958, Pasquier et Lebrun, R., p. 94.

choquante en ce qui concerne les entreprises nationales qui devaient « faire retour à la nation » : l'affirmation de l'identité de la nation et de l'Etat, l'application de procédés majoritaires, la mise en avant d'impératifs techniques tailleur ont abouti à vider de son contenu la formule de la représentation des intérêts adoptée en 1946. Dans les conseils d'administration des entreprises publiques, basés sur une composition tripartite de quinze membres, le choix gouvernemental est absolument libre pour huit des membres, quasi discrétionnaire pour les deux représentants des usagers, et pour les cinq représentants du personnel, le gouvernement possède un pouvoir d'appréciation non négligeable. On est très loin de l'idée originaire selon laquelle la représentation de l'Etat ne devait pas dépasser le tiers. La même constatation peut être faite pour la plupart des autres établissements publics. Comment parler, dans ces conditions, de liberté ou d'autonomie ? Une telle situation explique la crise que connaissent la plupart des établissements publics. L'attitude des pouvoirs publics correspond à une politique à courte vue, visant à conserver un contrôle étroit sur les établissements publics sans essayer de remédier aux défaillances et de provoquer des réformes de structure durables²¹¹. La notion d'établissement public implique, quelle que soit l'activité de l'établissement, une décentralisation réelle, c'est-à-dire une relative indépendance des administrateurs par rapport à l'Etat, la diversité d'origine assurant la représentation pluraliste de tous les intérêts en cause²¹². On sait que pour un certain nombre d'établissements publics, et en particulier pour les établissements dits « scientifiques et culturels », le conseil d'administration a parfois été libéré de cette emprise abusive de l'autorité supérieure²¹³. Ces exemples ouvrent la voie à une réforme d'ensemble du secteur public²¹⁴. Sans doute, l'application d'un système électif, tel que le pratiquent les universités ou les chambres professionnelles²¹⁵, reste exceptionnelle par rapport à la situation normale des établissements publics²¹⁶. Le statut de ces établissements montre cependant que l'indépendance des administrateurs peut n'être pas un vain mot et que le processus électif est parfaitement utilisable dans le cadre des établissements publics. Dans cette perspective, le conseil d'Etat préconise de renforcer l'autonomie des établissements relevant effectivement de l'idée de décentralisation « soit si c'est possible en faisant élire tout ou partie des membres du conseil, soit à défaut en composant au moins partiellement celui-ci de personnalités peu nombreuses, désignées en considération de leur indépendance d'esprit, de leur sens de l'intérêt général »²¹⁷. Si le principe est juste, cette dernière formule est trop imprécise et surtout la distinction opérée

211. L'exemple de la réforme récente de l'O.R.T.F. est particulièrement probant sur ce plan. Au lieu de profiter de la nouvelle crise de l'office pour s'attaquer au fond du problème, les pouvoirs publics ont préféré renforcer leur contrôle qui a été pourtant jusqu'à présent le principal responsable du malaise. Voir J. Chevallier, précité.

212. Pour une proposition de ce genre appliquée à l'O.R.T.F., voir J. Chevallier, droit social, 1970, précité.

213. Voir supra, n° 38.

214. Dans la mesure où les établissements « scientifiques et culturels » ne doivent pas être considérés comme une catégorie nouvelle d'établissements publics. Voir supra, n° 39.

215. Les membres des chambres départementales de commerce et d'industrie sont élus pour six ans par les commerçants et industriels et les représentants de sociétés commerciales et industrielles, des membres associés avec voix consultative étant désignés en plus soit par la chambre elle-même, soit en accord avec elle par les organisations patronales et les cadres (voir Ippolito, « Les chambres de commerce dans l'économie française », thèse Bordeaux, 1945).

216. Et on a vu au moment de la réforme de l'O.R.T.F. en juin 1972, les vives réticences qui se sont manifestées à l'égard d'une transformation démocratique du conseil d'administration et qui ont fini par l'emporter.

217. Rapport précité p. 44.

entre les établissements publics ne repose pas sur des fondements évidents : tous les établissements publics relèvent, de par leur statut, du principe de décentralisation et donc devraient comporter des structures de gestion représentatives. La fin de la présence de l'Etat, la désignation des représentants des usagers, soit à la suite d'élections, soit par le biais de comités, une représentation plus exacte du personnel et la cooptation des personnalités qualifiées par les conseils eux-mêmes pourraient constituer les bases de cette réforme d'ensemble des instances délibérantes des établissements publics.

b) *La direction de l'établissement.*

69. La direction de l'établissement public est parfois unique : dans certains établissements du secteur industriel et commercial, la qualité de président du conseil d'administration se confond avec celle de directeur général ; de même à l'ORTF, le principal effet de la réforme de juin 1972 est d'avoir supprimé la distinction entre les deux autorités exécutives, établie depuis la transformation, en 1959, de la RTF en établissement public, et mis à la tête de l'Office un président directeur général ; de même encore, sur le plan universitaire, l'organe exécutif préside en même temps l'assemblée délibérante : avant 1968, le doyen de faculté présidait le conseil de faculté ; depuis 1968 le président d'université dirige les travaux du conseil d'université, tandis que le directeur d'UER préside le conseil d'UER. Ces situations restent l'exception. Le plus souvent il y a coexistence entre le président du conseil d'administration, chargé de présider ce conseil et dont le rôle est généralement honorifique, et le directeur général qui reçoit les attributions exécutives effectives : c'est lui qui nomme aux emplois et prend toutes les décisions concernant le fonctionnement concret de l'établissement. Dans son rapport de 1971, le conseil d'Etat estime que la solution donnée au problème de la structure de l'exécutif doit varier selon la finalité de l'établissement public : partout où le conseil d'administration garde sa raison d'être, « il faut conserver aussi la distinction entre le président de ce conseil et le directeur de l'établissement »²¹⁸, les textes devant seulement déterminer clairement les droits et les devoirs respectifs de ces deux autorités ; en revanche, pour les établissements qui ne sont que des agences de l'Etat, le conseil d'Etat recommande « de réunir en la même personne les attributions actuellement conférées au président et au directeur. Cette personne, qui serait entourée d'une équipe de direction, serait le seul chef de l'établissement, ce qui permettrait la mise en jeu d'une responsabilité unique »²¹⁹. Une fois encore, cette solution repose sur une distinction aléatoire et très contestable dans son principe. A vrai dire, le monisme ou le dualisme des autorités exécutives est un problème technique qui doit être résolu, indépendamment de l'idée de décentralisation, en fonction des données particulières à chaque service.

70. La pratique a abouti à donner au directeur général le pouvoir essentiel au sein des établissements publics. Cette domination s'explique par des motifs politiques et techniques. Politiquement, le conseil d'administration n'a pas une composition qui lui assure une réelle indépendance. Docile vis-à-vis du gouvernement qui dispose en son sein d'une majorité favorable, le conseil d'administration est voué à la passivité et il est conduit à laisser le directeur général exercer l'autorité effective. Techniquement, le conseil d'administration est incapable d'agir efficacement. Il se réunit rarement ; les administrateurs ne font pas le poids face à un directeur qui possède la permanence, la compétence tech-

218. Rapport précité, p. 45.

219. La réforme de l'O.R.T.F. est alors incompatible avec ces recommandations du conseil d'Etat, puisque l'O.R.T.F. ne peut être sérieusement considéré comme « une agence de l'Etat ».

nique, la connaissance des problèmes, l'autorité sur les services d'exécution. Le conseil d'administration a tendance à se transformer en une simple chambre d'enregistrement des décisions prises par le directeur général. Il se limite à rédiger un rapport de gestion, à contrôler les comptes et parfois à proposer au ministre la désignation du directeur général. Il représente le plus souvent « une simple couverture pour les dirigeants réels de l'établissement »²²⁰.

71. Le rôle important joué par le directeur général ne peut surprendre, car la pesanteur sociologique existant au profit de l'exécutif se retrouve dans n'importe quel type d'organisation. La véritable atteinte au principe de décentralisation vient en fait des conditions de désignation de ce directeur général. Dans la plupart des cas, le directeur est nommé par les autorités administratives centrales ; l'élection par l'organe délibérant est tout à fait exceptionnelle : au niveau universitaire, par exemple, le président d'université et la direction d'UER sont élus par le conseil compétent, conformément au principe de la participation, et ce système ne fait pratiquement qu'entériner une pratique classique avant 1968²²¹. En dehors de ces exceptions, c'est l'administration supérieure qui désigne le directeur. Cette solution n'était pas évidente au regard des principes du droit administratif français. Le décret du 15 décembre 1934, ayant fait du conseil d'administration le principal organe de gestion des établissements publics, on aurait parfaitement pu concevoir que les textes particuliers à chaque établissement lui donnent le soin d'élire le directeur général, et cette solution aurait été conforme au principe décentralisateur. Mais la volonté de garder un contrôle étroit sur la gestion a été prédominante et bien qu'assurés de la majorité dans les conseils d'administration, les gouvernants ont préféré ne courir aucun risque et se réserver le pouvoir discrétionnaire de nommer le directeur.

L'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat a décidé, dans son article premier, qu'il sera pourvu par décret en conseil des ministres aux emplois de direction dans les établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales figurant sur une liste dressée par décret. Cette liste a été établie par le décret du 29 avril 1959, mais ce décret précise qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive et limitative des emplois de direction ; trente-trois établissements publics et entreprises publiques sont énumérés et dans ces établissements sont nommés par décret, le président du conseil d'administration, le directeur général ou les deux. Il est à noter qu'à la suite de ce texte, désormais, pour les établissements publics les plus importants, le décret n'est plus signé seulement par le chef du gouvernement, comme sous la IV^e république, mais aussi par le président de la république, puisqu'il s'agit d'un décret délibéré en conseil des ministres. Il est parfois prévu que le choix est opéré à la suite d'une proposition émanant du conseil d'administration ; mais cette proposition ne lie pas en principe l'autorité supérieure qui a le pouvoir de décision : les pouvoirs publics restent libres de se conformer, ou non, à la proposition du conseil d'administration. Juridiquement d'ailleurs, le directeur général tient seulement ses pouvoirs du décret ou de l'arrêté de nomination et non pas de la proposition de l'organe délibérant.

Sur le plan statutaire, le directeur général d'un établissement public chargé de la gestion d'un service administratif a un statut de droit public : c'est dans

220. Rapport du conseil d'Etat, précité, p. 44.

221. Avant 1968, le doyen de faculté était bien nommé pour trois ans par le ministre sur présentation de l'assemblée de faculté et du conseil d'université ; mais cette présentation correspondait à une élection de fait. Depuis 1968, ce système électif est institutionnalisé avec une différence importante résultant de la nouvelle composition des organes délibérants.

tous les cas un agent public, et c'est souvent un haut fonctionnaire détaché. En ce qui concerne les établissements publics du secteur industriel et commercial, il convient de rappeler que, depuis l'arrêt « Jalenques de Labeau »²²², seuls le directeur général et l'agent comptable sont soumis à un régime de droit public, les autres membres de la direction demeurant régis par le droit privé. Mais le directeur général n'est fonctionnaire que s'il possédait déjà cette qualité, antérieurement à sa nomination à la tête de l'établissement public. On sait en effet que l'article premier de l'ordonnance du 4 février 1959 exclut l'application du statut général de la fonction publique aux personnels des établissements publics industriels et commerciaux. En revanche, le fonctionnaire ne perd pas sa qualité du fait de son détachement dans un poste de direction d'un établissement public gérant un service industriel et commercial²²³. Dans certains cas enfin, par exemple à l'électricité et au gaz de France, le directeur est placé sous le même statut que l'ensemble du personnel, en vertu de l'intention expresse du législateur.

72. Si l'octroi d'un pouvoir essentiel d'impulsion au directeur général paraît inévitable, et l'application progressive de l'idée de représentation des intérêts ne pourrait qu'accentuer cette tendance en créant au sein des conseils des divisions et des oppositions dont les techniciens de la direction générale profiteraient²²⁴, en revanche, le principe de décentralisation implique que l'organe délibérant et représentatif ait autorité sur l'ensemble des agents. Le directeur général doit être hiérarchiquement subordonné au conseil d'administration : nommé par lui, il doit être également responsable devant lui²²⁵. Les auteurs justifient en général le pouvoir gouvernemental de nomination du directeur par la notion de tutelle. Cette théorie repose sur une conception erronée de la tutelle qui est un pouvoir de contrôle a posteriori, s'exerçant sur des actes et non sur des personnes, et supposant l'indépendance statutaire de l'autorité sur laquelle il s'exerce²²⁶. Le détenteur du pouvoir de tutelle n'est certainement pas en droit de nommer ou de révoquer les dirigeants d'un organisme doté d'autonomie, et ceci vaut pour tous les établissements publics quelle que soit la nature de leur activité. Aucun établissement public actuellement existant n'applique intégralement le principe de subordination de l'exécutif à l'assemblée représentative ; si les présidents d'université et les directeurs d'UER sont élus, la durée de leur mandat et l'impossibilité pour les conseils de mettre en jeu leur responsabilité interdisent de parler d'un statut subordonné par rapport au conseil dont ils émanent²²⁷. Le principe de décentralisation impose que le dualisme inévitable d'autorités au sein des établissements publics soit corrigé par l'existence d'un lien de subordination et ne favorise pas une emprise indirecte du pouvoir central.

222. C.E. 8 mars 1957, R., p. 158. A l'origine, la jurisprudence (C.E. 26 janvier 1923, de Robert Lafregeyre, R., p. 67) avait accordé le statut public à tous les agents investis de fonctions de direction ; et puis, à partir de 1950, elle a entendu la notion d'emploi de direction de manière de plus en plus restrictive, l'arrêt du 8 mars 1957 fixant l'état définitif de la jurisprudence.

223. C.E. 10 novembre 1961, Missa, R.D.P., 1962, p. 721.

224. La pratique universitaire illustre à merveille cette emprise accentuée des exécutifs sur les conseils depuis 1968.

225. Ce principe réduit considérablement la portée de la réforme récente de l'O.R.T.F., puisque le président-directeur général, reste nommé par le gouvernement s'il a été doté de quelques garanties de stabilité.

226. Maspétiol et Laroque « La tutelle administrative », 1930.

227. En ce sens J. Chevallier, « L'enseignement supérieur » précité, p. 10. Cependant les organes exécutifs universitaires ne dépendent pas davantage de l'autorité de tutelle et ceci est un élément appréciable.

73. Les modalités d'organisation administrative adoptées par les établissements publics se caractérisent tout à la fois par leur cohérence et par leur insuffisance. Elles sont cohérentes dans la mesure où l'ensemble des établissements publics sont soumis au même régime, sous réserve de quelques nuances et de quelques adaptations ; elles sont aussi insuffisantes car elles ne traduisent pas réellement une prise de conscience claire des exigences du principe de décentralisation. L'état de crise permanente, qui résulte de cette situation, ne peut être surmonté que par la réalisation de réformes profondes, dont les pouvoirs publics n'ont pas encore compris la nécessité.

2) L'autonomie.

74. En tant qu'organisme personnalisé, l'établissement public est situé en marge des structures administratives hiérarchisées et doté des attributs essentiels de l'autonomie. L'établissement public possède la capacité juridique, un patrimoine propre affecté à la réalisation de sa mission et des agents placés sous son autorité exclusive ; il a reçu la faculté de s'administrer lui-même, de gérer ses affaires sous sa pleine responsabilité et en dehors de tout pouvoir de direction d'organes extérieurs. Cependant, l'établissement public reste un organisme public et il n'est pas détaché de tout lien avec l'administration centrale ; l'existence d'un contrôle de tutelle permet à l'autorité supérieure, chargée de veiller au bon fonctionnement des services publics, de vérifier la façon dont l'établissement public remplit les obligations qui lui ont été assignées. La tutelle respecte la libre détermination de l'organisme contrôlé ; se contentant d'apprécier les résultats de la gestion, elle est parfaitement compatible avec le principe de décentralisation.

La pratique a abouti à une dénaturation profonde de l'idée de tutelle, par un renforcement progressif de la dépendance des établissements publics vis-à-vis de l'Etat. L'Etat n'a pas hésité à utiliser les établissements publics pour obtenir divers résultats politiques et économiques souvent préjudiciables à leur équilibre interne ; la densité et la rigueur des contrôles ont paralysé l'activité des établissements et provoqué un déplacement du pouvoir de décision vers l'autorité centrale. Compte tenu de cette double évolution, et de la précarité des moyens financiers accordés aux établissements publics, l'autonomie de ceux-ci est très aléatoire. Cette déformation n'est d'ailleurs pas spécifique aux établissements publics ; l'autonomie locale a tendance, elle aussi, à n'être qu'un vain mot et ceci illustre les réticences du droit français à admettre l'existence d'entités publiques distinctes de l'Etat et dégagées des liens de subordination hiérarchique.

a) *Le choix des objectifs.*

75. D'après les principes du droit administratif français, les autorités administratives ont reçu compétence pour organiser les services publics²²⁸, et cette compétence est censée impliquer un droit de regard sur la manière dont le service est assuré. Dans les services en régie, le pouvoir d'organisation est complété par la reconnaissance aux ministres d'un pouvoir réglementaire leur permettant de contrôler et d'orienter la vie des services placés sous leur autorité²²⁹ ; dans les services gérés par une personne publique dotée de la personnalité morale et distincte de la hiérarchie administrative, il est limité par le principe d'autonomie : sauf disposition expresse, les autorités administratives épuisent leur compé-

228. Romieu, concl. sur C.E. 4 mai 1906, Babin, S. 08, III^e, p. 110 ; F. Moreau, « Le règlement administratif », p. 171, etc.

229. Voir C.E. 7 février 1936, Jamart, R., p. 112 ; C. Wiéner, « Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres », 1970.

tence d'organisation par la détermination des conditions générales de gestion ²³⁰ ; mais l'autonomie des établissements publics n'exclut donc pas un pouvoir général d'orientation des pouvoirs publics destiné à préciser les obligations de service public. L'Etat conserve la maîtrise des services publics ; c'est à lui de définir les finalités de leur gestion, et il est en droit éventuellement de subordonner celle-ci à la réalisation d'objectifs de politique générale ²³¹.

Cette conception traditionnelle repose sur ce qu'on a appelé la « logique du secteur public », qui implique la soumission des services publics au pouvoir d'Etat au nom de l'intérêt général. Il serait inconcevable que les gestionnaires des services publics mènent une politique propre, hors de toute influence des pouvoirs publics, dans la mesure où, en intervenant directement dans la vie nationale, l'Etat recherche certains résultats globaux à la réalisation desquels tous les organismes publics doivent concourir. Cette conception a été quelque peu nuancée, comme nous le verrons, depuis le rapport Nora, qui a insisté davantage sur « la logique de l'entreprise » et on peut s'interroger plus généralement sur son bien-fondé. Dans son rapport de 1971, le conseil d'Etat estime qu'en ce qui concerne les établissements publics « créés pour consacrer l'autonomie d'un groupe humain ou pour favoriser le libre exercice d'une activité » — les seuls établissements pour lesquels selon lui le statut personnalisé se justifie —, l'impulsion ne doit venir principalement de l'Etat, mais « de leurs propres organes de décision et, en dernier ressort, des forces intellectuelles, sociales et économiques qui les animent » ²³². Le rôle des autorités de tutelle, dans ce cas, n'est pas de définir à leur place une politique, mais plutôt « de créer des conditions favorables à leur autonomie ». Il s'agit d'une idée nouvelle, et intéressante, qui insiste davantage sur la satisfaction des besoins liés au service géré que sur la cohérence de l'intervention publique et l'unité de la politique du secteur public. Mais la concrétisation de cette idée suppose une remise en cause profonde des principes sur lesquels repose le droit administratif français.

76. Les pouvoirs publics ont, de toute façon, exercé jusqu'à présent leur pouvoir général d'orientation sur l'activité des établissements publics dans des conditions anormales et très préjudiciables au bon fonctionnement de ces établissements ²³³. Les effets de l'intervention excessive des pouvoirs publics dans la marche des établissements publics se sont révélés particulièrement néfastes dans le secteur industriel et commercial. Les autorités administratives ont entendu donner aux entreprises publiques une fonction économique et sociale importante ; le secteur nationalisé à fortes contraintes de service public a été choisi comme instrument d'entraînement sur les structures, d'action conjoncturelle sur les prix et salaires, de politique régionale : « Moteurs de la croissance, auxiliaires de la régulation conjoncturelle, bancs d'essai des réformes sociales » ²³⁴, ces entreprises ont été utilisées à des fins qui leur sont étrangères, au service d'une politique globale. Non seulement l'Etat leur a imposé des sujétions très lourdes, mais encore il a voulu garder la maîtrise des principaux éléments de leur structure financière.

En 1967, le rapport Nora, constatant le malaise des entreprises publiques, la précarité de leur statut financier, leur assujettissement progressif à l'Etat, la

230. En ce sens J. Chevallier, « Le service public », précité p. 40.

231. En ce sens, voir rapport Nora, précité, p. 36 ; B. Castagnède, « L'équilibre financier des entreprises publiques », 1971, p. 18.

232. Rapport précité p. 31.

233. Voir la critique systématique de cette politique vis-à-vis des entreprises publiques dans le rapport Nora.

234. B. Castagnède, précité p. 20.

disparition de tout esprit d'initiative et de responsabilité en leur sein, a préconisé une réforme profonde permettant de mieux préciser et garantir le contenu de leur autonomie. Selon le rapport, l'intervention nécessaire des pouvoirs publics pour déterminer la finalité des entreprises et les obligations qui pèsent sur elles doit laisser subsister à leur profit « une marge de choix suffisante pour qu'elles puissent, sous leur responsabilité personnelle, poursuivre leurs objectifs propres d'équilibre et d'expansion, bref, faire leur métier d'entreprise »²³⁵. Sans doute est-il légitime de contraindre les entreprises publiques à participer à la réalisation d'objectifs d'intérêt général, mais cette contrainte ne peut être la règle. Elle doit reposer sur une analyse prouvant son utilité et elle doit être « pleinement compensée, correctement imputée et éventuellement remplacée par une intervention appropriée »²³⁶ ; c'est au demandeur, c'est-à-dire aux pouvoirs publics, à faire la preuve de l'utilité de la contrainte et à donner les moyens de l'assumer. Par ailleurs, l'encadrement de l'activité de l'entreprise, la fixation de « règles du jeu », doivent résulter de normes clairement établies dans des conventions et cahiers des charges. A l'intérieur de ce cadre, l'entreprise doit agir librement, orienter comme elle l'entend sa gestion. Le rapport Nora a suggéré, dans cette perspective, de fixer les engagements réciproques de l'Etat et de l'entreprise dans des contrats de programme, coïncidant avec la durée du plan et précisant tout à la fois les compensations pécuniaires accordées par l'Etat en contrepartie des charges assumées par l'entreprise et les indications chiffrées sur les objectifs à atteindre par celle-ci. Ce système devait permettre d'apprécier la qualité de la gestion et créer les conditions d'une réelle autonomie des entreprises publiques.

Les recommandations du rapport Nora ont été appliquées par les pouvoirs publics en faveur d'un certain nombre d'entreprises publiques²³⁷. Après l'inauguration en 1969 de la technique des contrats de programme au profit d'une société d'économie mixte concessionnaire de service public, la SNCF, le système s'est étendu à l'EDF, fin 1970, et à l'ORTF, fin 1971. Les contrats, qui fixent les objectifs généraux assignés aux établissements, contiennent des mesures d'allègement sensible de la tutelle administrative et technique ; à l'intérieur du moule conventionnel, les entreprises publiques disposent d'une marge appréciable de liberté²³⁸, et voient leurs rapports avec les pouvoirs précisés, stabilisés et codifiés ce qui ne peut leur être que favorable²³⁹.

77. Il reste à savoir si cet encadrement conventionnel des rapports avec l'Etat est concevable pour l'ensemble des établissements publics, et notamment pour ceux du secteur purement administratif. Dans son rapport de 1971, le conseil d'Etat estime utile, pour les établissements soumis au pouvoir d'impulsion de l'Etat, la notion de programme « qui permet de faire, pour une certaine période, la liaison entre la mission durable de l'établissement et sa gestion courante »²⁴⁰ : un laps de temps supérieur à une année est nécessaire pour mettre en œuvre un programme et apprécier ses résultats. Mais si ce programme assigné à l'établissement ne doit pas être élaboré de façon unilatérale par le gouvernement et s'il est normal que des discussions s'ouvrent avec les représentants

235. Rapport Nora, précité p. 90.

236. Ibid, p. 37.

237. Voir pour l'analyse détaillée de cette politique, J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972, I, n° 2496.

238. Voir par exemple pour le contrat d'E.D.F., A. Krieger, « l'autonomie nouvelle de l'E.D.F. en vertu du contrat de programme », Rev. adm., 1971, p. 648.

239. Voir les déclarations de M. Chaban-Delmas, Ass. nat. 22 octobre 1971, J.O., pp. 4808-4809 et 8 novembre 1971, J.O., p. 5497.

240. Rapport précité p. 32.

de l'établissement, le conseil d'Etat n'estime pas souhaitable de donner à cette concertation la forme de contrats de programme : « les objectifs fondamentaux des établissements publics et les grandes lignes de leurs programmes doivent être arrêtés et en tout cas approuvés par l'Etat et celui-ci doit rester juridiquement libre d'imposer les changements qui lui paraîtraient nécessaires ». Des « lettres de service » adressées par le ministre aux dirigeants semblent être la solution la meilleure. Cette conception restrictive ne s'explique que par la volonté de soumettre les établissements publics dotés artificiellement de la personnalité juridique au même régime que les services administratifs : l'émancipation presque complète des établissements décentralisés s'accompagne du renforcement de la sujétion des « agences » de l'Etat. Une telle opposition paraît regrettable. Les pouvoirs publics se sont d'ailleurs orientés empiriquement vers l'extension de la formule contractuelle aux établissements du secteur administratif. C'est ainsi que la loi du 12 juillet 1971, modifiant l'article 28 de la loi d'orientation universitaire, a permis à l'Etat de passer avec les universités des conventions pour l'affectation de la subvention, et cette disposition ouvre la voie à un encadrement conventionnel de toute l'activité universitaire ; de même, et surtout, le décret du 23 décembre 1970 a étendu le système contractuel aux relations entre l'Etat et les communautés urbaines²⁴¹. Elaborés parallèlement, contrats de programme des entreprises publiques et contrats de plan des communautés urbaines s'inspirent d'une volonté commune d'encadrer l'évolution de ces organismes et d'accroître leur autonomie vis-à-vis de l'Etat. On sait par ailleurs que ces contrats de plan doivent déboucher sur l'établissement d'un réseau complet de relations contractuelles entre l'Etat et les collectivités locales, ce qui montre là encore l'unité profonde du processus décentralisateur²⁴².

Les formules contractuelles²⁴³ offrent pour les établissements publics le grand intérêt d'enserrer le contrôle des pouvoirs publics sur leur activité dans des limites juridiques déterminées et de leur garantir une sphère précise d'indépendance. Rassurée sur l'accomplissement des fins, l'autorité de tutelle peut se montrer plus souple sur les moyens et laisser à l'établissement le soin de les prévoir. Et par là, on en revient à une interprétation plus juste de l'idée de tutelle. Dans certains secteurs, comme le constate le conseil d'Etat, les établissements fixent sans directives les grandes orientations, alors que le contrôle de l'Etat s'exerce minutieusement sur la régularité de l'exécution ; il faut, au contraire, marquer sa préférence pour une tutelle s'exerçant sur le choix des objectifs et l'appréciation des résultats.

b) *La maîtrise des moyens.*

78. L'établissement public dispose d'un patrimoine propre, de biens matériels, ce qui lui permet notamment de recevoir des particuliers des dons et des legs, possibilité surtout intéressante pour les établissements à objet charitable ou culturel. L'autonomie de l'établissement public se traduit essentiellement par l'existence d'un budget spécial, détaché du budget général, et voté annuellement par l'organe délibérant de l'établissement public. Normalement le budget doit

241. Voir J. Chevallier, article précité, J.C.P., 1972, I, n° 2496.

242. Le premier contrat de plan a été signé le 10 juillet 1972 entre l'Etat et la communauté urbaine de Cherbourg. La commission des villes en 1970 avait insisté sur l'intérêt que présenterait l'utilisation de la technique contractuelle sur le plan des rapports entre l'Etat et les collectivités locales.

243. La substitution progressive de rapports négociés, concertés aux anciennes procédures unilatérales, autoritaires est générale dans l'administration. Voir J. Chevallier, « Les formes actuelles de l'économie concertée ». Publications, fac. droit, Amiens, n° 1, p. 65.

permettre à l'établissement de pourvoir à toutes ses dépenses au moyen de ses ressources. Le budget est alimenté par les ressources propres de l'établissement, les taxes fiscales ou parafiscales, les libéralités, les emprunts, les redevances versées par les usagers. Si ces ressources sont insuffisantes pour couvrir les dépenses afférentes à l'exécution du service public confié à l'établissement, l'Etat doit aider financièrement l'établissement en lui attribuant des subventions pour lui donner les moyens de continuer à fonctionner. On voit immédiatement que le degré d'autonomie de l'établissement public est susceptible de varier considérablement suivant la maîtrise dont il dispose sur le montant de ses ressources et l'importance de l'aide de l'Etat.

79. L'absence de ressources indépendantes affecte gravement la situation de la plupart des établissements publics. Sans doute, certains établissements territoriaux ont-ils été dotés d'une structure financière qui les met à l'abri d'une intervention directe trop poussée de l'Etat et des collectivités locales. Si les syndicats de communes dépendent encore étroitement des contributions des communes composantes — bien que depuis 1959 ces contributions soient obligatoires et que le comité du syndicat puisse décider, en cas de défaillance ou d'insuffisance, de les remplacer par des centimes — en revanche les districts peuvent être financés par une partie de la taxe locale, sur décision prise par le conseil du district à la majorité des deux tiers et surtout les communautés urbaines, créées en 1966, disposent d'une fiscalité directe autonome, constituée par des centimes additionnels communautaires. La réforme régionale réalisée en juillet 1972 va beaucoup plus loin dans cette direction : l'article 17 de la loi du 5 juillet, portant création et organisation des régions, prévoit en effet que la région bénéficie d'office du produit de la taxe sur les permis de conduire délivrés dans la circonscription, tandis que le conseil régional a la faculté d'instituer des taxes additionnelles à la taxe proportionnelle sur les certificats d'immatriculation des véhicules à moteur, à la taxe de publicité foncière ou au droit d'enregistrement, aux taxes foncières sur les propriétés bâties et non bâties, à la taxe d'habitation et à la taxe professionnelle ; l'article 18 dispose seulement que le total des ressources fiscales des régions est limité à vingt-cinq francs par habitant. La région possède donc tous les attributs de l'autonomie financière, malgré la possibilité de subventions de l'Etat et de participations des collectivités locales. Mais ces hypothèses restent exceptionnelles et limitées aux établissements qui servent d'étape de transition vers de nouvelles structures territoriales.

Les moyens d'influence de l'Etat sur les ressources des établissements publics sont nombreux et variés. Au niveau de l'enseignement supérieur par exemple, la majeure partie des ressources des universités, qui pourtant ont été dotées en principe de l'autonomie financière, continue à provenir des crédits affectés par l'Etat. Le produit des legs, donations, fondations, rémunérations de service ou droits d'inscription, dont le pourcentage dans le budget des universités n'a cessé de décroître en raison des hésitations et réticences ministérielles à en relever le taux²⁴⁴, est dérisoire et l'appel au financement privé, que la loi d'orientation n'a pas exclu totalement (article 26), reste pour le moment purement théorique. L'absence de diversification des ressources des universités est de nature à limiter singulièrement leur autonomie et à les soumettre à la mainmise de l'Etat²⁴⁵. Certes, la loi d'orientation a essayé de donner aux universités plus de liberté pour l'affectation de leurs ressources en prévoyant des « crédits globaux » destinés aux dépenses de fonctionnement. Mais, d'une part le ministre

244. Note J. Chevallier, sous C.E. 28 janvier 1972, Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris, J.C.P., 1972, à paraître.

245. J. Chevallier, « L'enseignement supérieur », p. 15.

peut accompagner l'allocation de la subvention de recommandations qui ne sont pas dénuées de portée juridique²⁴⁶, et la loi du 12 juillet 1971 a, on l'a vu, permis à l'Etat, de passer des conventions avec les universités pour l'affectation de la subvention, et d'autre part les crédits d'équipement restent répartis par opérations et non par établissements et soumis à des conditions d'emploi assez strictes. L'ORTF, qualifié depuis 1959 d'établissement public industriel et commercial, n'a pas plus que les universités la maîtrise de ses ressources. Il tire la plus grande partie de ses ressources d'une redevance de caractère parafiscal, qui est établie par décret en conseil d'Etat, sa perception devant être autorisée chaque année par la loi de finances²⁴⁷; et si l'introduction en 1968 de la publicité de marques sur les écrans a permis d'accroître dans de fortes proportions les recettes commerciales de l'office, le volume de cette publicité dépend d'une décision discrétionnaire des pouvoirs publics. La signature, le 29 octobre 1971, d'un contrat de programme avec l'Etat, n'a guère changé les choses : s'il est prévu que les recettes publicitaires doivent augmenter de 10 % par an, leur taux global reste limité et il est seulement admis le principe d'un ajustement de la redevance en fonction du service offert et de la conjoncture. Enfin, les recettes hospitalières continuent à dépendre, comme par le passé, d'une décision administrative ; certes, les subventions et la dotation n'occupent plus qu'une place moindre, et les recettes sont principalement constituées par le produit des prix de journée, ce qui assure apparemment une plus grande autonomie ; mais les prix de journée sont fixés par le préfet sur proposition de la commission administrative de l'hôpital et donc l'autorité administrative reste libre de fixer leur taux en fonction de considérations qui sont rarement conformes à l'intérêt strict de l'établissement.

80. Les conséquences de la politique de contrôle rigoureux sur les ressources financières des établissements publics sont apparues particulièrement néfastes dans le secteur économique. Les conditions fragiles de l'équilibre de ce secteur semblaient exclure par principe toute intervention des pouvoirs publics faussant les règles de la concurrence. Et la doctrine avait même estimé que le fait pour un établissement public de tirer des ressources propres suffisantes de la vente de biens ou de services était le signe distinctif de son caractère industriel et commercial. Or, les résultats financiers enregistrés par les entreprises publiques ont été caractérisés par une dégradation continue. La structure financière de ces entreprises est devenue de plus en plus anormale. Les charges que l'Etat a dû supporter du fait des diverses allocations aux entreprises publiques n'ont cessé de s'alourdir. Cette détérioration des comptes des entreprises publiques a été due essentiellement aux contraintes imposées par l'Etat ; non seulement en effet l'Etat a soumis ces entreprises à de lourdes sujétions, mais encore il a entendu garder la maîtrise des principaux éléments de leur structure financière. Le contrôle strict des investissements, de la rémunération du personnel et surtout des prix pratiqués à l'égard des usagers n'a pas tardé à avoir de profondes répercussions sur ces entreprises ; les refus systématiques d'augmenter les tarifs dans le cadre de la lutte contre la hausse des prix ont affecté gravement leur équilibre financier et elles ont dû recourir aux subventions massives des pouvoirs publics pour compenser leurs déficits. Souvent dénoncée comme économiquement malsaine, cette situation a réduit à néant l'autonomie d'entreprises de plus en plus dépendantes des aides de l'Etat et de moins en moins incitées à veiller à l'impératif de rentabilité.

246. Elles permettent essentiellement au recteur de demander au conseil d'université une deuxième délibération.

247. Note J. Chevallier sous T.C. 7 décembre 1970, O.R.T.F .C/Riehm, D., 1971, II, p. 611.

En 1967, le rapport Nora a préconisé une réforme profonde visant à assainir la situation financière des grandes entreprises nationales. Les mesures proposées consistaient tout à la fois à rationaliser leur gestion pour réduire leurs charges d'exploitation et à infléchir leurs structures de financement. Sur ce dernier plan il convenait, selon le rapport Nora, d'une part de chiffrer les contraintes imposées à l'établissement par les pouvoirs publics et de prévoir une compensation financière a priori pour charges anormales d'exploitation, d'autre part et surtout, de rétablir la vérité des prix ou des tarifs publics, en assurant la couverture des dépenses de l'entreprise par des recettes perçues sur les usagers : le report sur les contribuables du financement des services publics devait être progressivement réduit par un relèvement général du prix des prestations servies par les entreprises nationales. Cette politique définie par le rapport Nora et caractérisée en fait par le refus d'opérer des transferts sociaux à l'occasion du fonctionnement des entreprises publiques²⁴⁸ a été appliquée par les pouvoirs publics : depuis quelques années est entreprise une politique de vérité des prix, de réajustements substantiels des tarifs pratiqués par les entreprises publiques. Les contrats de programmes signés entre 1969 et 1971 ont entériné cette nouvelle attitude des pouvoirs publics en définissant la marge d'augmentation des tarifs laissée à l'appréciation des entreprises concernées²⁴⁹. Il faut noter cependant que cette marge est étroite²⁵⁰ ; si la situation financière des entreprises publiques s'est améliorée, c'est en raison d'un renversement de politique décidé par les pouvoirs publics, et non de l'octroi d'une réelle autonomie financière.

81. Les établissements publics n'ont donc pas vraiment, quel que soit leur domaine d'activité, la maîtrise de leurs moyens financiers. Et ceci prouve que les pouvoirs publics n'ont pas poussé la « logique de l'entreprise » jusqu'au bout et que la « logique du secteur public » n'a pas perdu toute valeur. Cette dépendance financière est cependant une grave atteinte à l'autonomie des établissements publics et prive d'une bonne part de son intérêt toute réforme visant à alléger les mécanismes de tutelle et à remédier au statut de dépendance des établissements publics.

c) *Le contrôle des résultats.*

82. D'après les principes du droit administratif français, la tutelle est la contrepartie inévitable de l'autonomie accordée aux organismes décentralisés en général, et donc la nécessité d'y soumettre les établissements publics ne peut être mise en doute. La manière dont les établissements publics accomplissent leur mission doit être contrôlée pour éviter toute erreur grave de gestion. Chaque établissement est donc rattaché à une collectivité publique territoriale qui surveille sa gestion administrative et financière : les établissements publics nationaux sont rattachés à l'État et ils sont soumis à la double tutelle administrative ou technique du ministre dans le domaine duquel ils exercent leur activité et financière du ministre des finances ; les établissements publics départementaux sont rattachés au département et ils sont contrôlés par le préfet ; enfin les établissements publics communaux (hospices, hôpitaux, bureaux de bienfaisance, caisses d'épargne...) sont rattachés à la commune et ils sont contrôlés par le maire. Certains établissements publics dépendent d'un autre établissement public²⁵¹, mais

248. En ce sens J. Chaban-Delmas, Ass. nat, 22 octobre 1971, J.O., p. 4810. Ce refus relève d'un choix politique et non d'une exigence technique. Voir note sous C.E. 22 janvier 1972, précitée.

249. J. Chaban-Delmas, Ibid.

250. L'E.D.F. par exemple pourra fixer ses tarifs sous réserve que la hausse d'ensemble de ceux-ci ne dépasse pas en moyenne 1,85 % par an.

251. Par exemple un port autonome qui dépend d'une chambre de commerce.

comme celui-ci est lui-même sous la tutelle d'une collectivité territoriale, le principe est sauf. Cette analyse classique a été, à juste titre, contestée²⁵². La situation des établissements publics locaux est en effet ambiguë, du fait que la collectivité locale qui les contrôle est elle-même placée sous la tutelle de l'État, et cette cascade de tutelles ne peut manquer de déformer la cohérence du schéma. En réalité, tout établissement public est soumis au contrôle de l'autorité centrale ; la tutelle exercée par la collectivité locale ne remplace pas mais double celle de l'État, et pratiquement l'intérêt local qui guide cette tutelle particulière ne pèse guère face à l'intérêt national qui inspire celle de l'État. Et c'est tellement vrai qu'une tendance de plus en plus accentuée se manifeste en faveur du relâchement du lien de dépendance des établissements locaux vis-à-vis des collectivités locales : c'est la pratique du détachement, qui renforce le processus centralisateur. A l'exception des organismes de coopération intercommunale, les organes dirigeants des établissements publics locaux ne sont jamais une émanation pure et simple des autorités locales et souvent leur nomination exige l'intervention de l'autorité centrale ; quant au contrôle sur leurs actes, il est exercé essentiellement par des organismes centraux. Cette évolution est certainement condamnable : une réelle décentralisation territoriale devrait entraîner une réforme de ce système en resserrant les liens entre la collectivité locale et les établissements publics qui en sont issus et en supprimant le contrôle direct du pouvoir central.

83. Si la nécessité de la tutelle ne peut être mise en doute, la manière dont on l'a conçue est beaucoup plus critiquable. L'idée même de tutelle implique qu'on se trouve dans le cadre d'un système décentralisé et le principe de décentralisation constitue non seulement la justification mais aussi les limites des compétences de tutelle : la tutelle ne pourrait se transformer en lien de nature hiérarchique sans détruire son propre fondement. La tutelle est essentiellement un pouvoir de contrôle sur les actes, s'exerçant a posteriori sur la base d'un texte exprès, l'autorité de tutelle devant « respecter les règles de forme et de délai qui sont imparties par la loi, et surtout prendre garde de ne pas user de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel la loi les lui a conférés »²⁵³. Ceci conduit à prohiber la pseudo application de la tutelle qu'est la tutelle sur les personnes : l'attribution d'un pouvoir de nomination ou de révocation des dirigeants d'un établissement public s'inspire d'un principe hiérarchique, qui doit être condamné. De même l'expression, « l'établissement est placé sous l'autorité du ministre... », est incompatible avec l'idée de décentralisation²⁵⁴. Mais même sur le terrain des actes qui est le sien, la tutelle a rapidement débordé le cadre d'un simple contrôle a posteriori pour devenir de plus en plus paralysante. La tutelle sur les établissements publics s'est sans cesse développée en étendue et en portée : la densité accrue des procédés de surveillance sur l'activité ou les finances s'est manifestée par l'apparition d'organes de contrôle au sein même des établissements, destinés à relayer une tutelle ministérielle jugée trop lointaine pour être efficace, et par la multiplication de contrôles spéciaux par domaines de gestion ou types de décisions ; quant à l'alourdissement de la tutelle, c'est l'institution des régimes d'approbation préalable qui l'illustre le plus nettement.

252. J.-C. Douence, article précité.

253. Maspétiol et Laroque, précité p. 287.

254. L'expression est cependant assez fréquente. Voir pour le C.E.A. (ordonnance du 18 octobre 1945), le C.N.E.S. (loi du 19 décembre 1961), l'O.N.E.R.A. (décret du 10 avril 1963), l'école nationale du génie rural, des eaux et forêts (décret du 21 septembre 1965), l'école française de Rome (décret du 17 mars 1966)... De même jusqu'en 1964, la R.T.F. a été placée sous l'autorité du ministre chargé de l'information.

Au niveau national, les établissements publics dépendent d'un ministère technique et du ministère de l'économie et des finances. Cette dualité n'est cependant qu'une apparence cachant la prééminence évidente de la tutelle financière. Le contrôle économique et financier est devenu de plus en plus intense et il a supplanté une tutelle technique peu rigoureuse et se bornant à vérifier que l'établissement est bien géré et reste dans le cadre de sa spécialité.

La dispersion de la tutelle technique entre plusieurs ministères a été, en général, évitée ; elle est exercée par le ministère compétent dans la spécialité de l'établissement. C'est en principe une direction de ce ministère qui l'exerce et qui est l'interlocuteur de l'établissement public à l'échelon central ; dans certains cas néanmoins la tutelle est exercée simultanément par plusieurs directions du même ministère, ce qui est un facteur d'alourdissement et de confusion. La tutelle technique a été rapprochée des établissements depuis l'institution en 1953 des commissaires du gouvernement. Chargé de représenter le ministre de tutelle, le commissaire du gouvernement participe aux réunions du conseil d'administration auquel il peut demander parfois une deuxième délibération, et le ministre lui délègue en de nombreux domaines le pouvoir d'approbation dont il dispose. Le texte de 1953 avait donné au commissaire du gouvernement un droit de veto général pour les décisions les plus importantes ; ce système a été aboli par la loi du 3 avril 1955 : le droit de veto n'existe plus que dans des hypothèses spéciales. Cependant, il faut noter que le contrat de programme d'E.D.F. paraît sur ce plan opérer un certain retour en arrière puisqu'il donne au commissaire du gouvernement un droit de veto sur la prise ou l'accroissement des participations. Le rapport Nora a préconisé en 1967 de mieux définir le rôle et les moyens de cette tutelle technique : la tutelle technique devrait être pourvue des structures et du personnel appropriés pour être à même de suivre la marche des établissements et opérer des arbitrages à l'intérieur d'un même secteur.

La tutelle financière²⁵⁵ est très lourde pour les établissements publics car elle s'exerce aussi bien a priori qu'a posteriori. Tous les actes ayant des répercussions financières importantes doivent en général, et sauf cas exceptionnels²⁵⁶, être approuvés par l'autorité de tutelle : l'acceptation de libéralités²⁵⁷, la faculté de recourir à l'emprunt, les prêts²⁵⁸, les prises de participations financières, les budgets²⁵⁹, états de prévision²⁶⁰, bilans et comptes doivent être soumis préalablement à l'autorité de tutelle. Certains auteurs estiment même que cette autorité peut procéder à l'inscription d'office du budget, cette possibilité étant « un succédané automatique de l'absence des voies d'exécution du droit privé ».

255. Voir G. Lescuyer, « Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées ». Thèse 1959 : P.-M. Gaudemet, « Le contrôle financier des entreprises publiques ». R.D.P., 1972, pp. 277 et ss.

256. Les établissements universitaires par exemple.

257. Elle est soumise à une autorisation préalable lorsqu'il s'agit de libéralités faites avec charges ou ayant soulevé l'opposition de la famille du donateur. L'autorisation est donnée par décret en conseil d'Etat pour les établissements publics nationaux ou par arrêté préfectoral pour les établissements publics locaux.

258. Décret du 11 mai 1953.

259. D'après le décret du 15 décembre 1934, le budget préparé par le directeur et voté par le conseil d'administration est soumis à l'approbation préalable du ministre intéressé et du ministre des finances qui doivent être saisis au plus tard deux mois avant l'ouverture de l'exercice.

260. Rappelons que la plupart des établissements du secteur industriel et commercial n'ont pas à proprement parler de budget, qui serait un cadre trop rigide, et adoptent le système souple d'états de prévisions de recettes et de dépenses auxquels il est possible d'apporter des adaptations.

Toutes les approbations des décisions financières doivent être conjointes : elles sont données par décret pris sur rapport du ministre de tutelle et du ministre des finances ou par arrêté ou simple décision interministériels. Le ministère de l'économie et des finances est assez mal outillé pour exercer ce contrôle, car il n'existe pas en son sein de direction spécialisée pour l'exercer dans son intégralité : les problèmes comptables relèvent de la direction de la comptabilité publique, les problèmes financiers de la direction du budget, les questions de portefeuille de la direction du trésor, le contrôle des prix et des salaires de la direction du commerce extérieur et des prix. Le résultat est peu cohérent. Le remède a été trouvé, comme pour le contrôle technique, dans le rapprochement du contrôle financier de l'établissement. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a créé un corps de contrôleurs financiers, qui ont pris le nom de contrôleurs d'Etat depuis l'ordonnance du 23 novembre 1944. On a créé aussi en 1953 des missions de contrôle, comprenant un nombre variable de membres et placés sous l'autorité directe d'un chef de mission, dans les établissements publics de grande importance. Les contrôleurs d'Etat et les missions de contrôle sont des intermédiaires entre l'entreprise et le ministère de l'économie et des finances. Le contrôleur d'Etat peut, comme le commissaire du gouvernement, assister aux délibérations du conseil d'administration ; il dispose des pouvoirs que le ministre lui délègue et, dans certains cas, il a conservé un droit de veto suspensif.

Les établissements publics sont enfin soumis, ou bien au contrôle de la cour des comptes, s'ils gèrent un service administratif, ou bien au contrôle de la commission de vérification des comptes des entreprises publiques, s'ils gèrent un service industriel et commercial²⁶¹. Le contrôle de la cour des comptes est surtout orienté vers la régularité formelle de la gestion, mais la cour des comptes a vite débordé cette conception étroite pour porter un jugement périodique d'ensemble sur le fonctionnement du secteur administratif. La commission de vérification des comptes des entreprises publiques, créée par une loi du 6 janvier 1948, a été instituée pour mieux adapter le contrôle aux problèmes posés par le secteur industriel et commercial. La vérification opérée aboutit à un rapport qui présente une appréciation globale sur la gestion du secteur industriel et commercial et sur celle des différentes entreprises publiques.

84. Cette conception de la tutelle place l'ensemble des établissements publics, quelle que soit la nature de leur activité, sous l'autorité de l'administration supérieure, contrairement au principe d'autonomie. Les procédés du contrôle a priori, de l'approbation préalable, du droit de veto relèvent du pouvoir hiérarchique et non d'un pouvoir de tutelle qui suppose l'indépendance de l'autorité contrôlée. Depuis quelques années, les pouvoirs publics se préoccupent de la réforme des procédures de tutelle ; et l'influence du rapport Nora n'a pas été négligeable puisqu'il a montré que ces procédures lourdes et lentes sont difficilement conciliables avec une activité industrielle et commerciale. Mais le problème se pose en fait pour tous les établissements publics : les établissements du secteur administratif ou social ont besoin d'une autonomie aussi importante que celle des établissements du secteur économique. Cependant, les mesures prises jusqu'à présent sont assez décevantes : le mécanisme des contrats de programmes a certes permis un allègement sensible des contrôles a priori — sous réserve d'un renforcement corrélatif des contrôles a posteriori —, mais ces contrats sont encore peu nombreux et ils touchent exclusivement les entreprises publiques. Les contrôles ont également été allégés sur les établissements d'enseignement supérieur, dont les décisions sont en principe exécutoires de plein droit, mais la mainmise de l'Etat sur les ressources financières des universités rend

261. Voir supra n° 36.

cette autonomie assez factice. La persistance des contrôles a priori sur la plupart des établissements publics montre bien que les implications de l'idée d'autonomie ne sont pas encore réellement perçues.

85. La dépendance des établissements publics vis-à-vis des autorités administratives à tous les stades de leur activité montre que le principe d'autonomie reste à inventer dans l'ordre administratif : les établissements publics se voient imposer par les pouvoirs publics des objectifs qui sont souvent assez peu conformes à leur finalité propre ; l'étendue de leurs ressources dépend d'une décision discrétionnaire de l'administration centrale ; quand aux contrôles de gestion, ils ont tendance à se transformer en approbation préalable des actes essentiels. Les établissements publics demeurent au niveau de leur activité sous l'emprise de la hiérarchie administrative.

86. L'organisation et le fonctionnement des établissements publics répondent assez peu, dans ces conditions, aux exigences fondamentales du principe de décentralisation. Les pouvoirs publics se sont donnés les moyens de continuer à infléchir la gestion des établissements publics, de l'intérieur en gardant la haute main sur la désignation des organes dirigeants et de l'extérieur en obligeant les établissements à rendre compte des moindres aspects de leur activité. Les traditions centralisatrices de l'administration française ont résisté aux mutations institutionnelles et les établissements publics sont toujours considérés comme des instruments de réalisation d'une politique administrative globale. Les idées de démocratisation de l'action administrative et d'ouverture vers les administrés restent incompatibles avec les conceptions dominantes.

*

87. L'analyse du statut d'établissement public permet d'aboutir à des conclusions très fructueuses. Elle montre que des règles identiques s'appliquent à tous les établissements relevant de ce statut, tant en ce qui concerne l'encadrement juridique de leur activité que leurs modalités d'organisation. La notion d'établissement public est donc utile et opérationnelle car elle recouvre une modalité possible d'aménagement des structures administratives et elle comporte à ce titre des conséquences spécifiques. En revanche, le contenu actuel du statut des établissements publics ne peut donner satisfaction : les pouvoirs publics ont entendu en effet conserver la maîtrise de leur gestion, au mépris du principe de décentralisation, et la personnalisation des services administratifs n'est en réalité qu'un vain mot cachant une soumission effective à l'autorité supérieure.

**

88. Quand on parle de la crise des établissements publics, il convient de situer exactement sa portée, ses motifs et les moyens de la résoudre. La crise n'atteint pas la notion même d'établissement public, qui garde sa cohérence ancienne : l'établissement public peut être distingué sans grande difficulté de procédés de gestion, publics ou privés, voisins et tous les organismes ainsi qualifiés se rallient à la même définition et sont soumis à un régime identique. La notion d'établissement public est exclusivement d'ordre institutionnel et à ce niveau elle possède un contenu juridique précis. C'est ce contenu qui est contestable et qui explique le malaise latent de tous les établissements publics : les pouvoirs publics ont en effet appliqué à ceux-ci des contrôles étroits et paralysants, portant aussi bien sur la composition de leurs organes dirigeants que sur l'accomplissement de leur mission. Le seul moyen de surmonter cette crise est d'en revenir à l'idée de décentralisation, qui a été à l'origine du statut d'établissement

public. La mise en œuvre effective de cette idée suppose l'octroi de garanties d'indépendance aux dirigeants et la réalisation d'une véritable autonomie de gestion ; mais l'adoption de telles réformes implique avant tout une remise en cause des principes traditionnels et une prise de conscience de la nécessité d'une large ouverture de l'administration au milieu dans lequel son action doit s'exercer.
