TRAVAUX DIRIGES
SEMESTRE 03

LICENCE II
GROUPES IV-V

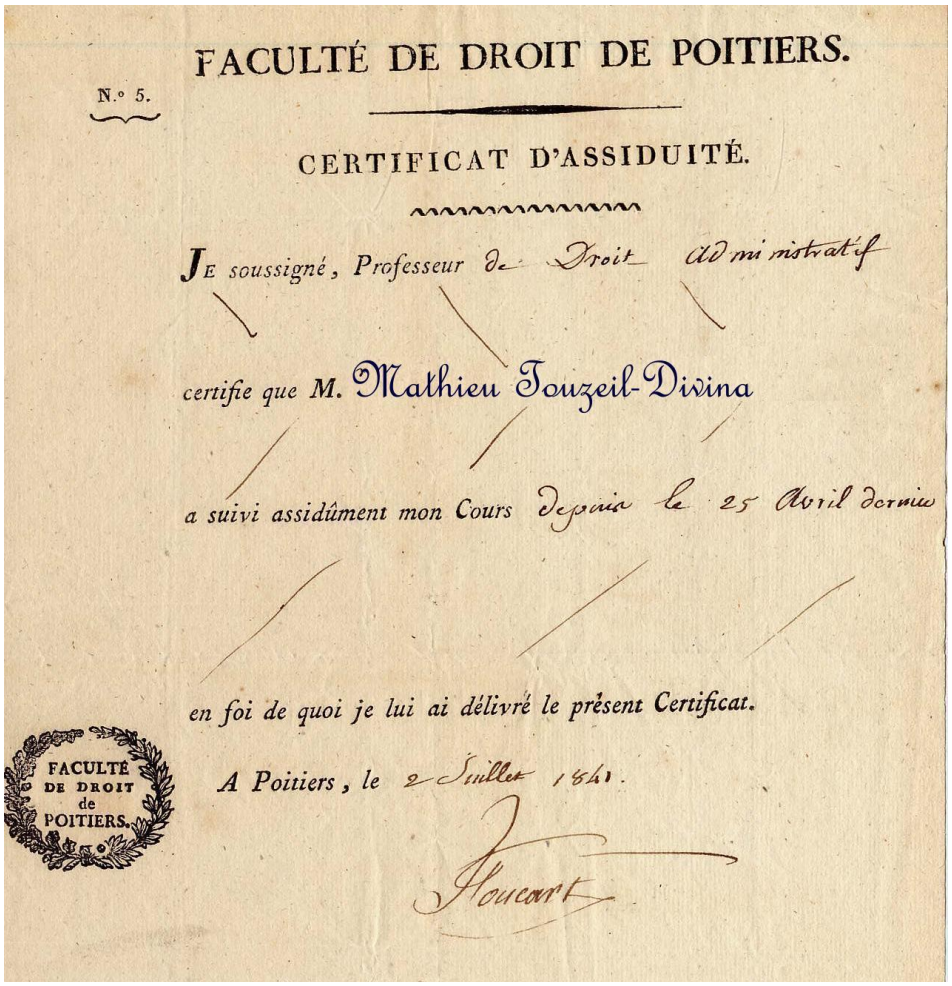
DROIT ADMINISTRATIF GENERAL

Cours magistral de M. le professeur Mathieu TOUZEIL-DIVINA

année universitaire 2021-2022

Équipe pédagogique :

Marc BONNET, Louise AÏT EL HADJ,
Clara MIROUSE & Adrien PECH



FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS.

N.° 5.

CERTIFICAT D'ASSIDUITÉ.

JE soussigné, Professeur de Droit administratif

certifie que M. Mathieu Touzeil-Divina

a suivi assidûment mon Cours depuis le 25 Avril dernier

en foi de quoi je lui ai délivré le présent Certificat.

A Poitiers, le 2 Juillet 1841.

Foucart

FACULTÉ DE DROIT de POITIERS.

Documents de TD version 3.1 – à jour au 12 septembre 2021

MTD & *alii* © – disponible sur http://www.**chezfoucart.com** & sur *Moodle.*

Séance 04 : De l'établissement public

I – Eléments chronologiques de bibliographie :

- **CHORIN** Jacky, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », 2000, *AJDA*, p.382.
- *Traité de droit administratif*, 2011, Tome 1, p. 334 et s.
- **MARTIN** Julien, « L'indivisibilité des prérogatives de puissance publique dans la qualification des contrats des établissements publics à double visage », *JCPA*, 2011, n°50, p. 2386.
- **LINDITCH** Florian, « Les contrats de délégation de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *Contrats-marchés publ.*, 2017, dossier 6.
- **TOUZEIL-DIVINA** Mathieu, *Dictionnaire de droit public interne*, 2017.
- **CHRETIEN** Patrice, **CHIFFLOT** Nicolas, **TOURBE** Maxime, *Droit administratif*, 2018-2019 16e éd, 399 et s.

II – Vocabulaire :

- **Gestions** (publique et privée) **du service public**
- **Etablissement public** / EPA / EPIC
- **Etablissement à double visage** / **à visage inversé**
- **Principe de spécialité**
- **Régie**
- **Tutelle**

III – Arrêts & décisions emblématiques :

- TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du* ***canal de Gignac*** (Rec. 731)
- CE, *Ass*, 16 novembre 1956, ***Union syndicale des industries aéronautiques***
- TC, 29 décembre 2004, *Epoux* ***BLANCKEMAN*** *c. Voies navigables de France* (Rec.526)
- CE, *Sect*, 22 février 2007, ***APREI***
- CE, *Sect,* 6 avril 2007, *Commune* ***d'Aix-en-Provence*** (n°284736)
- TC, 6 juillet 2020 (n°C4191)

IV – Documents :

- Document 01 : doctrine **TOUZEIL-DIVINA** (*in Dictionnaire de droit public interne*).
- Document 02 : CE, **Rapport d'étude sur les établissements publics**, 2009 ; p. 10 et s.
- Document 03 : **définitions doctrinales** de la **régie**
- Document 04 : CE, 20 avril 2003, ***Union nationale des industries de carrières et de matériaux de construction*** (req. 244139).
- Document 05 : doctrine **EVEILLARD**, « La tutelle » *in Droit administratif*, n°8-9, 2017.
- Document 06 : CE, 30 mars 1916, ***Compagnie générale d'électricité de Bordeaux*** (req. 59928).

V – Enseignant / auteur référent : Maurice **HAURIOU** (1856-1929)

VI – Exercice hebdomadaire :

- Vous préparerez et rédigerez l'introduction
  ainsi que le plan détaillé d'un **commentaire** du document 06.

Document 01 : extraits du *Dictionnaire de droit public interne*

Modes de gestion du service public

Expr. DA. Nous considérons (ce qui est une prise de position doctrinale) qu'il existe six différentes modalités ou façons de gérer un service public. En tout état de cause, ces modes de gestion s'inscrivent dans la continuité d'une distinction préalable (portée par les professeurs GUGLIELMI & KOUBI) : celle de l'opposition entre la direction stratégique d'un service public (nécessairement détenue et opérée par une personne publique) et sa gestion opérationnelle qui peut être matérialisée tant par une personne publique que privée. On s'intéressera donc ici aux six différents modes de gestion opérationnelle d'un service public que l'on propose de présenter en trois catégories génériques : les gestions ou régies personnelles (I), les gestions ou régies extériorisées (II) et les délégations contractuelles (III). Autrement dit, nous ne pensons pas qu'il faille opposer uniquement dans un sens organique les gestions publique et privée mais davantage considérer deux aspects cardinaux : la ou plutôt les régies (I et II) et les délégations contractuelles (III).

I. Des régies « *personnelles* » :

les régies « *directe* » & « *indirecte* » (en mode « *selfie* »)

Il n'existe pas une mais bien plusieurs formes de régies. Dans tous les cas cependant, il y a un point commun entre ces différentes modalités en régie : la présence forte de la personne publique qui a créé et / ou reconnu le service public considéré. Le mode logique ou évident (pour ne pas dire « naturel ») de gestion d'un service public est en effet celui qui consiste à affirmer que sa gestion opérationnelle est assurée par la personne publique qui en a la direction stratégique. Marcel WALINE (1900-1982) considérait à cet égard dans son *manuel élémentaire de droit administratif* (1936) que la « *régie est* (…) *le régime normal d'exploitation des services publics, le régime le plus fréquemment employé* ». En « *régies personnelles* », on distinguera alors deux hypothèses : 1) la gestion où tout est directement matérialisé par la puissance publique créatrice du service public (on la nomme régie directe) et 2) la gestion où tout est fait par la puissance publique créatrice du service considéré mais ce, dans un service singularisé sans réelle ou grande autonomie à l'exception, au besoin, d'un bâtiment propre et d'une relative autonomie financière par l'exercice d'une ligne budgétaire spéciale (on la qualifiera de régie indirecte). Dans ces deux premières hypothèses, donc, le service est directement ou indirectement régi par la personne qui l'a créé ou reconnu comme tel. Personne d'autre n'intervient et tout se passe (même avec un minimum d'autonomie comme dans le second cas où l'on va individualiser un service au sein de la personne publique créatrice) comme si la puissance publique agissait « personnellement » (d'où le qualificatif de régies « *personnelles* ») à la manière d'une étudiante en Droit (ou d'une starlette télévisée) se prenant en photo elle-même avec son téléphone portable : « *en mode selfie* » (moi-même, toute seule, personnellement).

II. Des régies « *extériorisées* » et unilatérales :

les régies « *habilitée* », « *personnalisée* » & « *établissement public virtuel* » (en mode « *sors de ce corps !* »)

Parfois, certains services nécessitent un peu plus d'indépendance qu'une régie indirecte et vont nécessiter le recours (sans contrat nécessairement) à une autre personne morale que celle qui a créé ou reconnu le service public à gérer. On va alors distinguer trois hypothèses de régies « *extériorisées* » c'est-à-dire non confinées à l'intérieur de la personne morale publique originelle mais « *sorties* » de celle-ci (à son extérieur) et ce, de façon unilatérale : 1) c'est d'abord l'hypothèse de l'habilitation (non contractuelle) où la puissance publique désigne unilatéralement (par la Loi ou par un agrément administratif) une personne déjà existante et qui va demeurer – dans son action de gestion du service public – sous le contrôle direct de la puissance publique dans un cadre *a priori* non concurrentiel. Généralement, les personnes habilitées sont des associations comme la Fédération Française de Football (FFF) pour le service public footballistique. On qualifie cette hypothèse de « *régie habilitée* » car il est important d'y comprendre que même si l'on a eu ici recours à une autre personne (au besoin privée), on va considérer que le contrôle demeurant sur le service public – comme une tutelle – y est conséquent d'où le maintien du terme de régie comme si le service n'avait pas véritablement quitté le giron public originel. 2) C'est aussi l'hypothèse de la « *régie personnalisée* » ou « *régie établissement public* » où, cette fois, la personne publique à la direction stratégique d'un service va confier la gestion de ce dernier, pour lui donner davantage d'autonomie, à une autre personne morale de droit public spécialement créée pour ce

faire. C'est généralement un établissement public qui est institué mais ce peut être également un groupement d'intérêt public (GIP) ou pourquoi pas une Autorité Administrative Indépendante (AAI). L'important n'est pas la forme de l'organe mais le fait qu'il demeure (hors hypothèse spéciale de l'AAI) sous la tutelle de la puissance publique originelle. 3) C'est enfin également l'hypothèse que nous avons qualifiée de régie « *établissement public virtuel* » où – toujours unilatéralement – il a été procédé à la transmission d'un service public à une personne *a priori* privée évoluant hors milieu concurrentiel et considérée comme le prolongement virtuel de la puissance publique originelle, telles les hypothèses de contrats *in house* ou de quasi-régie. Dans cette dernière acception, il existe formellement bien une personne morale autre que celle qui a la direction stratégique du service mais – dans les faits – chacun considère que cette autre personne n'est que le prolongement (d'où le terme de régie) de la puissance publique.

III. Des délégations contractuelles (en mode « *un pacte entre nous ?* »)

Ce dernier mode de gestion rompt avec les deux précédents. Généralement, il s'opère en milieu concurrentiel (où il est obligatoire par exemple avec la plupart des SPIC) et implique que la puissance publique pour déléguer un service public donné à une autre personne (publique ou privée) le fasse au terme d'une procédure publique de mise en concurrence. On procède alors au moyen de contrats administratifs à l'instar de délégations de service public ou encore de marchés publics. Il ressort du célèbre arrêt du Conseil d'Etat CE, 06 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* qu'en principe, désormais, les collectivités territoriales, gestionnaires stratégiques d'un service public, doivent : « *conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service* ». Le premier mode de gestion du service public, selon le juge ici militant, ne serait alors plus la ou les régie(s) mais la dévolution contractuelle d'un service à un tiers. Nous ne sommes pas de cet avis, sauf à considérer les seuls services publics industriels et commerciaux (évoluant en milieu concurrentiel) et à oublier les services publics à caractère administratif (ou SPA).

Document 02 : Conseil d'Etat, Rapport d'étude sur les établissements publics, 2009

« Personne morale de droit public à vocation spéciale créée par une autre personne publique, l'établissement public dispose, du fait même de son statut, d'un certain nombre d'avantages et de sujétions qui font sa spécificité.

Il convient tout d'abord de souligner que la personnalité juridique reste au coeur du régime de l'établissement public. Aussi l'absence de personnalité morale interdit-elle toute qualification d'établissement public (CE, Sect., 8 mars 1968, *Chambre de commerce et d'industrie de Nice et Alpes-Maritimes*, R. p. 174 ; CE, 13 novembre 1968, *Mme Veuve Lévy-Abegnoli et autres*, R. p. 574). Cette caractéristique fait de chaque établissement un sujet de droit, doté d'une autonomie sur le plan tant juridique que financier. Il dispose ainsi de la capacité normative (dans les domaines de sa compétence), de la capacité patrimoniale (propriété et disposition de son patrimoine), de la capacité délictuelle et de celle d'ester en justice. Le juge protège pleinement cette autonomie, en reconnaissant au président ou directeur général d'un établissement public un pouvoir réglementaire d'organisation du service (CE, 4 février 1976, *Section syndicale C.F.D.T du centre psychothérapeutique de Thuir*, R. p. 970) et en censurant les décisions de l'Etat empiétant sur ses compétences (cf. par exemple, pour ce qui est des délocalisations d'établissements, CE, Assemblée, 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, R. p. 168). Une fois retenu le choix de constituer un établissement public distinct de l'Etat, s'impose l'obligation de lui laisser une certaine liberté d'appréciation dans la conduite de sa mission. Le Conseil d'Etat a ainsi écarté des dispositions réglementaires renvoyant l'essentiel des pouvoirs de décision d'un tel établissement au ministre de tutelle (section des finances, 10 avril 2007, n° 308.156, décret relatif au Fonds de prévoyance militaire et de l'aéronautique, ECDE 2008 p. 104). Il a affirmé que le pouvoir de tutelle est exclusif de tout pouvoir hiérarchique à l'égard des dirigeants d'un établissement public (section des finances, 28 novembre 2006, n° 373.553, décret relatif aux personnels des bibliothèques de l'enseignement supérieur ; section de l'intérieur, note, 23 novembre 1994, n° 356.893, décret sur la délégation de signature des ministres, EDCE 1995 p. 213). (…) Sur le plan financier, l'autonomie implique de même qu'un établissement public ne puisse pas se voir imposer des dépenses étrangères à son objet (*Cour des Comptes*, 31 mars 1992, R. CComptes, p. 200).

L'établissement public se définit également de manière fondamentale comme un organisme de droit public et bénéficie à ce titre de prérogatives exorbitantes du droit commun. Les établissements

publics, peuvent ainsi, pour la constitution de leur patrimoine immobilier, recourir à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique (CE, Assemblée, 17 mars 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Levesque*, R. p. 230). Le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) le précise dorénavant explicitement. Leurs biens sont insaisissables (*TC*, 9 décembre 1889, *Association syndicale du Canal Gignac*, R. p. 731 ; Cass. 1ère civ., 21 décembre 1987, *BRGM c/ Société Lloyd Continental* ; art. L. 2311-1 du CGPPP), ce qui leur permet d'échapper aux voies civiles d'exécution et rend inapplicable à leur égard les dispositions issues de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, aujourd'hui codifiées au livre VI du code de commerce. En vertu de l'article L. 2111-1 du CGPPP, qui a mis fin aux hésitations de la doctrine et de la jurisprudence à ce sujet, les établissements publics peuvent en effet posséder un domaine public propre, composé des biens leur appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. Ils bénéficient aussi, pour ceux d'entre eux qui sont dotés d'un comptable public, de la prescription quadriennale dans les conditions fixées par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 qui leur est expressément applicable3.

Malgré cette autonomie et les prérogatives qui lui sont reconnues, l'établissement public reste toutefois fortement encadré par les principes de rattachement et de spécialité.

Du premier, découle le fait qu'un établissement public n'a le choix ni de sa création, ni de sa disparition. Il n'est pas non plus maître de l'étendue de son champ de compétences ni de son degré d'autonomie : l'ensemble de ces décisions revient à la personne publique qui le créée, à l'égard de laquelle il n'est jamais rien d'autre que le produit d'un démembrement. (…) En outre, l'autonomie de gestion qu'implique l'attribution de la personnalité morale à un établissement public ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire impose à l'ensemble des établissements publics de l'Etat d'avoir recours à des prestataires déterminés bénéficiant d'un droit exclusif légalement attribué et fixe le régime juridique des contrats administratifs passés par les établissements publics de l'Etat, entre eux ou avec des services de l'Etat, pour les besoins de leurs missions d'intérêt général (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, R. p. 20).

Du principe de spécialité, consacré comme principe général du droit (CE, Sect., 4 mars 1938, *Consorts le Clerc*, R. p. 229)**, il découle qu'un établissement public a un champ d'action limité** à celui circonscrit par le périmètre de ses missions. Ainsi l'ENA n'est, par exemple, pas recevable à contester les mesures prises à l'égard de ses anciens élèves au cours de leur carrière (CE, 4 juin 1954, *E.N.A.*, R. p. 337) ; plus important, les établissements ne peuvent pas passer des marchés dans des domaines qui ne relèvent pas de leur champ de compétence (CE, 28 septembre 1984, *Conseil national de l'ordre des architectes de Bourgogne*, R. p. 309). Le Conseil d'Etat a toutefois admis une conception plus souple de ce principe, notamment pour ce qui concerne les établissements publics exerçant des activités économiques (CE, 23 juin 1965, *Société aérienne de recherches minières*, R. p. 380 ; Avis de l'Assemblée générale, 7 juillet 1994, n° 356089, *EDF-GDF*, *Grands avis du Conseil d'Etat*, 2ème édition n° 31). Selon cette conception, le principe de spécialité interdit à un établissement d'exercer des activités étrangères à sa mission, sauf si ces activités en sont le complément normal et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci (CE, 29 décembre 1999, *Société consortium français de localisation,* R. p. 816). L'objet de la mission d'un établissement public peut, en outre, à tout moment être complété ou précisé par un acte réglementaire ou par la loi s'il constitue à lui seul une catégorie d'établissement public. »

Document 03 : définitions doctrinales de la régie

Gestion du service public en régie(s) : définitions ancienne et contemporaine : Roger BONNARD, *Précis de droit public* ; 1944 ; 6e édition ; pp. 239-240 :

« ***Les modalités d'organisation des services publics****. – L'organisation des services publics comporte deux grandes modalités qui sont la* ***régie*** *et la* ***concession****. La différence essentielle entre ces deux modalités consiste en ce que, dans la régie, le fonctionnement du service est assuré par les propres agents des autorités administratives, tandis que, dans la concession, ce fonctionnement est assuré par un organisme privé, individu ou société, à la suite d'un accord conclu entre lui et une autorité administrative.*

D'autre part, les services gérés directement par l'administration comportent parfois une modalité, qui consiste en ce que le service possède un patrimoine propre, distinct de celui de l'autorité administrative auxquelles ils sont rattachés. On les appelle établissements publics ».

Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *Droit du service public* ; 2011 ; 2e édition ; pp. 345-347

« La régie peut tout d'abord s'accompagner de l'exécution matérielle du service par la même personne publique que celle qui en a la charge. C'est le cas de a régie totale homogène (par exemple, les services de renseignement). Tous les niveaux du service public sont assurés par la même personne publique « en interne » : la direction stratégique, la gestion opérationnelle et l'exécution matérielle. Une variante consiste à confier l'exécution matérielle du service public à une personne publique différente. C'est aussi un cas de régie totale mais avec collaboration de plusieurs personnes publiques (par exemple, l'état civil, le recensement, les listes électorales). Mais il est possible, au contraire, de faire exécuter à une personne privée les activités matérielles et élémentaires d'exécution du service public. C'est le cas de la régie ave exploitant privé (ordures ménagères, cantines du primaire, hôpitaux). Quels que soient, néanmoins, les accompagnements pratiques de la gestion en régie, sa définition est inchangée et son régime juridique présente des traits communs. […]

Un service public est géré en régie si la personne publique assume non seulement la gestion stratégique mais aussi la gestion opérationnelle du service. C'est le cas d'une grande quantité de services publics. Les cas où a gestion opérationnelle est en régie directe doivent cependant être distingués de ceux où elle est en régie directe.
Dans la régie directe, le service public assuré ne se distingue pas, notamment au plan organique, des autres services, ni de la compétence administrative générale dont la personne publique a la charge.

Dans la régie indirecte, au contraire, certains organes disposent d'une relative autonomie administrative et financière. Par exemple, quelques organes de l'Etat sont dotés d'un budget annexe (Publications officielles et information administrative Contrôle et exploitation aériens). Certains services industriels et commerciaux des collectivités territoriales sont dotés d'un conseil d'exploitation, d'un directeur (CGCT, art. L. 2221-14), d'un budget propre et d'un agent comptable (CGCT, art. R. 2221-76), et qualifiés de régies à seule autonomie financière (« régies autonomes », mais la locution est contradictoire).

En revanche, la régie doit être différenciée d'autres méthodes de gestion. Elle ne saurait par exemple être assimilée à la gestion publique dans son entier, ou à la gestion directe que pourraient assurer des personnes privées. La régie est à la fois publique et directe. On doit également se garder d'user d'un vocabulaire imprécis. La régie nationale des usines Renault, la Régie autonome des transports parisiens ne durent pas des régies, mais respectivement une société anonyme nationale et un établissement public. Les régies municipales prévues par l'article L. 2221-10 du Code général des collectivités territoriales, étant dotées de la personnalité morale, se distinguent de la personne publique chargée du service public et ne sont pas des régies mais des établissements publics locaux (qualification législative enfin exacte depuis la L. n° 2004-809 du 13 août 2004, art. 197). Enfin, la régie intéressée est un mode contractuel de gestion déléguée qui sera étudié à ce titre, mais n'est pas une régie. Il en est de même des contrats de quasi-régie, ainsi baptisés par la Commission générale de terminologie et de néologie […] pour désigner les contrats « *in house* ».

En réalité, la régie pose un problème de fond. Sa caractéristique est de ne pas pouvoir être dissociée du reste de la personne publique qui l'assure. C'est un critère négatif : une régie n'existe que si elle n'est pas individualisable au sens organique (CE, 28 octobre 1928, Veuve Alaize, S. 1939, III, 21). Son contenu est donc exclusivement fonctionnel et matériel. Comme, de plus, les personnes publiques chargées du service public ne peuvent l'être que l'Etat ou des collectivités territoriales, elles disposent d'une compétence d'intervention très large […]. La fondation et la suppression des régies ne soulèvent aucune difficulté spécifique. On en vient alors parfois à se demander si la régie au lieu d'être un mode de gestion, ne se confond pas avec l'activité fonctionnelle de service public, sans autre particularité que d'être gérée directement par la personne publique ».

Document 04 : CE, 20 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et de matériaux de construction* (req. 244139)

Considérant toutefois que les opérations de diagnostics et de fouilles d'archéologie préventive relèvent, compte tenu de la nécessité de protéger le patrimoine archéologique à laquelle elles répondent et de la finalité scientifique pour laquelle elles sont entreprises, de missions d'intérêt général au sens de l'article 86 du traité précité ; qu'eu égard, en premier lieu, aux liens que ces opérations comportent avec l'édiction des prescriptions d'archéologie préventive et le contrôle de leur respect par l'Etat, en deuxième lieu, aux conditions matérielles dans lesquelles elles doivent être entreprises, en troisième lieu, au besoin de garantir l'exécution de ces opérations sur l'ensemble du territoire et, en conséquence, de les financer par une redevance assurant une péréquation nationale des dépenses exposées, les stipulations de cet article autorisaient le législateur à doter l'établissement public national créé par l'article 4 de la loi de droits exclusifs en vue de permettre l'accomplissement des missions d'intérêt général rappelées ci-dessus ;

(…)

Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit précédemment que les dispositions attaquées relatives aux opérations de diagnostics et de fouilles d'archéologie préventive exécutées par l'établissement public ne méconnaissent pas les stipulations des articles 82 et 86 du traité instituant la communauté européenne ; que si l'article 2 du décret attaqué habilite l'Institut à exercer toutes les activités qui se rattachent directement ou indirectement à l'accomplissement des missions définies par la loi du 17 janvier 2001 susvisée ; et s'il peut à ce titre notamment 2° - Assurer les prestations à titre onéreux qui sont le complément de ses missions ; 3° - Exploiter les droits directs et dérivés des résultats de ses activités, il ne résulte pas de ces dispositions que l'établissement puisse s'exonérer du respect des règles du droit de la concurrence dans l'exercice de ses missions accessoires ;

Document 05 : doctrine EVEILLARD (la tutelle)

« […] La tutelle en droit public est essentiellement un instrument des relations entre personnes publiques, même s'il est vrai également qu'elle peut s'exercer sur des personnes privées liées à l'activité administrative, telles que des associations chargées de missions de service public ou les sociétés du secteur public (voire ayant appartenu antérieurement au secteur public). Pour en revenir au cadre des relations entre personnes publiques, la tutelle y est destinée à concilier, dans le cadre de la décentralisation territoriale comme fonctionnelle, la pluralité des personnes publiques avec la forme unitaire de l'État […].

4. - Elle est d'ailleurs centralisée au profit de l'État, aucune autre personne publique que lui ne pouvant exercer de tutelle sur une tierce personne publique. Le cas de la tutelle exercée par les directeurs des agences régionales de santé (ARS) sur les établissements de santé ne constitue pas, au demeurant, une exception à ce principe car, quoique les ARS soient elles-mêmes des établissements publics, c'est bien au nom de l'État que cette tutelle est exercée, ce qui fait d'elles des « faux nez » de ce dernier.

5. - Elle peut, en revanche, être exercée aussi bien au niveau central – ce qui est le cas de la tutelle des ministres sur les établissements publics nationaux ou de l'agence des participations de l'État sur les entreprises publiques – que déconcentré – l'exemple le plus connu étant bien évidemment celle du préfet sur les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, mais il y existe également celle du recteur d'académie sur les établissements publics d'enseignement ou celle, déjà évoquée, du directeur de l'ARS sur les établissements de santé.

6. - Ses acteurs ayant été identifiés, il n'en reste pas moins que la tutelle est difficilement définissable, ce qui peut d'ailleurs conférer au présent sujet un caractère quasiment « intraitable ». Plusieurs raisons l'expliquent.

7. - Tout d'abord, le problème de la spécialité. L'adage est bien connu, « pas de tutelle sans texte ». Autrement dit, la tutelle n'existe que si, et dans la mesure où, un texte la prévoit et l'organise. Il n'existe donc pas de régime juridique commun à l'ensemble des tutelles, ni de traits caractéristiques systématiques comme cela peut être le cas, par exemple, pour le pouvoir hiérarchique : la tutelle s'analyse au cas par cas, ce qui peut bien évidemment susciter des problèmes de définition.

8. - Ensuite, on observe une tendance nette à de moins en moins la nommer comme telle : sans doute le terme est-il jugé infamant pour la personne placée sous tutelle, qui se trouverait ainsi infantilisée, si ce n'est assimilée à un incapable majeur... La législation contemporaine lui préfère donc des dénominations plus neutres, comme celle de contrôle. Mieux encore, cette même législation prétend expliquer cette mutation lexicale par la disparition de la tutelle, et son remplacement par des procédés de contrôle moins poussés. L'exemple emblématique est évidemment celui de la loi du 2 mars 1982 qui, s'il fallait la croire, supprime la tutelle de l'État sur les collectivités territoriales et les établissements publics. Néanmoins, comme cela a pu être amplement démontré par la doctrine, si le terme disparaît, la notion reste : ces contrôles sont bien en réalité des tutelles, tant le procédé de la tutelle est accueillant pour inclure des procédés de contrôle fort différents et d'intensités fort variables. Au demeurant, le terme même de tutelle n'a jamais été employé par la Constitution pour désigner la plus connue d'entre elles, celle de l'État sur les collectivités territoriales : tant l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, dès sa rédaction initiale, que son prédécesseur l'article 88 de la Constitution du 27 octobre 1946, désignent cette tutelle comme un contrôle. On n'ira certes pas jusqu'à prétendre que le terme « tutelle » est exclusivement doctrinal – certains textes législatifs et réglementaires l'emploient – mais ce foisonnement de tutelles masquées n'aide pas à l'identification du phénomène. »

Document 06 : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'électricité de Bordeaux* (req. 59928)

RÉPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire ampliatif présentés pour la "Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux", société anonyme, dont le siège social est à Bordeaux, rue de Condé, n° 5, agissant poursuites et diligences de ses directeur et administrateurs en exercice, ladite requête et ledit mémoire enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 1er et 29 septembre 1915 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 30 juillet 1915 par lequel le conseil de préfecture du département de la Gironde l'a déboutée de sa demande tendant à faire juger qu'elle a droit à un relèvement du prix fixé par son contrat de concession pour le gaz fourni par elle à la ville et aux particuliers et à faire condamner la ville de Bordeaux à lui payer une indemnité ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la ville de Bordeaux : Considérant que les conclusions de la compagnie requérante tendaient devant le conseil de préfecture comme elles tendent devant le Conseil d'Etat à faire condamner la ville de Bordeaux à supporter l'aggravation des charges résultant de la hausse du prix du charbon ; que, dès lors, s'agissant d'une difficulté relative à l'exécution du contrat, c'est à bon droit que par application de la loi du 28 pluviôse an VIII, la compagnie requérante a porté ces conclusions en première instance devant le conseil de préfecture et en appel devant le Conseil d'Etat ;

Au fond : Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ;

Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ;

DECIDE : Article 1er : L'arrêté susvisé du conseil de préfecture du département de la Gironde en date du 30 juillet 1915 est annulé. Article 2 : La Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et la ville de Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé, si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé. Article 3 : La ville de Bordeaux est condamnée à tous les dépens de première instance et d'appel. Article 4 : Expédition ... Intérieur.