

**KALALA MUPINGANI Félicien**  
*Professeur*

## **Le Droit du service public :**

*Leçon magistrale 1 : Construction du concept de service public*

**UNIKIN- L3 LMD – Avril 2025**

## Première partie :

### EMERGENCE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Quoique sur un territoire donné on est en présence d'une pluralité de services publics, l'emploi du singulier « service public » demeure possible, car « il traduit l'unité des principes qui lient l'ensemble de ces services »<sup>1</sup>. Il existe un ensemble de règles juridiques ordonnées autour d'un concept univoque de service public. Par un glissement verbal, on peut passer aisément du service public, principe unificateur, aux services publics, activités précises considérées une à une, puis aux organismes chargés de les fournir<sup>2</sup>.

La notion de service public relève, à première vue, de l'ordre de l'évidence<sup>3</sup>, car elle recouvre la sphère des activités prises en charge par la collectivité étatique et fait écho aux thèmes du « bien commun », de l'« intérêt général », de l'« utilité publique »<sup>4</sup>, de l'intérêt public. On peut rappeler avec Elisabeth Zoller que « l'intérêt public est la somme des intérêts mis en commun par la société, il existe donc un intérêt public, distinct des intérêts privés, un intérêt public en soi ; cet intérêt public, on pourrait aussi dire la chose publique, ce n'est rien d'autre que l'Etat. L'Etat est fait, non pas de la somme de tous les intérêts privés, mais seulement de la somme de tous les intérêts que les hommes ont décidés, par un acte de libre volonté, de mettre en commun »<sup>5</sup>. En effet, la *res publica*, la chose publique, c'est « l'Etat » dans le langage moderne. A partir du XX<sup>e</sup> siècle, avec un prodigieux développement des services publics et la constitution d'un secteur public tellement vaste, l'habitude s'est prise de ne plus dire « intérêt public », mais « intérêt général »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> P. ESPLUGAS, *op.cit.*, p. 1.

<sup>2</sup> Rapport au Premier ministre de la mission présidée par Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'Etat. (*Le service public*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1996, p. 13).

<sup>3</sup> En ce sens, S. TRAORE, *L'usager du service public*, Paris, LGDJ-Lexcenso éditions, coll. « Systèmes **Droit** », 2012, p. 17, n° 1.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op.cit.*, p. 3.

<sup>5</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2013, n° 12, p. 12.

<sup>6</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris LGDJ, coll. « Bibliothèque du droit public », 1977, cite par E. Zoller, *Introduction au droit public*, *op.cit.*, n° 206, p. 219.

Présenter l'émergence de la notion de service public suppose que l'on tente d'abord de définir le service public (Chapitre 1 : L'impossible définition totalisante du service public). Les définitions une fois ébauchées en fonction de l'évolution même de la notion de service public dans le temps, il conviendra ensuite examiner les constantes concernant aussi bien la création, la gestion, le fonctionnement, le contrôle et la suppression des services publics (Chapitre : La vie du service public).

## **Chapitre 1**

### **L'IMPOSSIBLE DÉFINITION TOTALISANTE DU SERVICE PUBLIC**

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

#### **Section 1 : L'évolution historique de la notion de service public**

Au sujet de la notion et du concept de service public, la doctrine française précise que « la notion est politique, le concept est juridique. Concept juridique, il est une production du XIX<sup>ème</sup> siècle, à la fois critère et fondement du droit administratif. Notion politique, sa signification varie selon les locuteurs, selon les contextes. En France, le service public semble émaner de la pensée républicaine, assurant d'une dissociation entre les temporalités publiques et les desseins privés ». Toutefois, il y a lieu de relever que « la liaison du substantif "service" et l'adjectif "public" remonte à la fin du XVI<sup>ème</sup> siècle ». En effet, « le service tire son

caractère public de ce qu'il remplit une fonction d'intérêt général, par opposition aux intérêts particuliers ».

## § 1. Préhistoire et histoire de service public

La notion de service public est complexe, d'une complexité qui relève de sa nature même et de la diversité de ses formes d'émergence<sup>7</sup>. La construction progressive d'un concept de service public s'articule autour d'une triple réalité politique, économique et juridique<sup>8</sup>, et ce, grâce à l'idéologie de l'intérêt général<sup>9</sup>. En effet, le concept de service public s'est construit au fil du temps. Il part de l'idée d'utilité publique et du bien commun pour aboutir, il y a de cela trois siècles, à une notion juridique de service public. A ce propos, la contribution de la doctrine du début du XX<sup>ème</sup> siècle à l'épanouissement de la notion de service public ne peut qu'être soulignée. Dans ce mouvement, la notion de service public a aussi joué un rôle important dans l'identification de notions-clefs du droit administratif.

### A. Le service public sans science

L'apparition de l'expression « service public » ne peut être, avec précision, datée. Le service public se révèle tellement consubstantiel à l'Etat que sa naissance se confond avec celle de l'Etat lui-même. Depuis qu'il perçoit des impôts, lève des armées, bat monnaie ou éduque ses citoyens, l'Etat, ou ses substrats, gère des missions qui sont, aujourd'hui, qualifier de services publics<sup>10</sup>, même si l'association entre le mot « service » et le qualificatif « public » n'a pu être réalisée dès les premiers temps de l'institutionnalisation des pouvoirs d'Etat et dans l'Etat. On peut rappeler que le processus de construction de l'Etat n'a pas répondu spontanément à la philosophie juridique du lien social. Mais les concepts *polis* et *res publica*, peuvent être considérer comme la base d'une conception du service public. Car il apparait que dans l'Antiquité grecque puis dans la Rome républicaine, la distinction entre les notions

<sup>7</sup> G.J. GULGLIELMI, G. KOUBI, *op.cit.*, n° 173, p. 90.

<sup>8</sup> S. TRAORE, *op.cit.*, n° 1, p. 17.

<sup>9</sup> J. CHEVALLIER, « L'intéret general dans l'Administradon fran^aise », RISA, 1975, IV, p. 325.

<sup>10</sup> S. BRACONNIER, *op.cit.*, p. 103.

d'utilité publique (*utilitas publica*) et d'utilité privée se fait jour<sup>11</sup>. L'idée que les gouvernants ont pour mission de veiller à la qualité de la chose publique et de répondre à la nécessité de l'utilité publique renforce le pouvoir et le droit que ces gouvernants ont d'imposer, pour ce faire, des contraintes aux habitants des territoires relevant de leur emprise. En même temps, il est acquis que « cette mission inclut l'organisation de certains services destinés à satisfaire les besoins essentiels de la population »<sup>12</sup>.

### 1. Idée de service public dans la pensée chrétienne

Au Moyen Age, la religion chrétienne, par l'entremise de l'Église catholique, s'est intéressée de très près à la chose publique et au gouvernement des hommes. Ce que l'Église a apporté de nouveau au gouvernement, c'est la notion de bien commun : « Il faut gouverner non pour son bien individuel, mais pour le bien commun, pour le commun profit de tous ». La place de la pensée chrétienne dans la construction d'une théorie de service public ne fait pas de doute au plan doctrinal, surtout en ce qui concerne cette notion de bien commun. A cet égard, relève Elizabeth Zoller : « En assignant aux gouvernements le devoir de toujours œuvrer au bien commun, l'Église a changé la fonction gouvernementale. Œuvrer au bien commun ne se réalise pas avec les mêmes moyens que la simple mission d'assurer le maintien de l'ordre... Il faut une administration, voire des administrations, de sorte que l'État de justice, première forme de l'État royal, tend à se doubler d'un État administratif »<sup>13</sup>. La diffusion des doctrines et préceptes chrétiens permettra d'appréhender, par la suite, les liens entre les notions religieuses et l'élaboration de notions essentielles du droit administratif. Dès le XIV<sup>e</sup> siècle, il est préconisé l'idée d'institution des services d'intérêt collectif<sup>14</sup> en référence à la notion de

<sup>11</sup> En ce sens, J.-P. VALETTE, *Droit des services publics* ; 2<sup>e</sup> éd., Paris, Ellipses, coll. « Universités Droit », 2013, p. 18 et s.

<sup>12</sup> La Cité romaine se trouvait dotée de services publics destinés particulièrement à assurer la sécurité, la subsistance, l'hygiène et la salubrité dont des travaux généraux avaient permis d'ériger des infrastructures : aqueducs, égouts, éclairage des rues, greniers. On pourrait ainsi dire que la Rome républicaine avait, en quelque sorte, inventé les premières formes d'organisation des services publics sociaux. (G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op.cit.*, n° 23, p. 27).

<sup>13</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op.cit.*, n° 9, p. 8.

<sup>14</sup> Ces services d'intérêt collectif prennent des dénominations variables : commun profit, bien public, bien de la chose publique et utilité publique. (G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 41, p. 33).

bien commun, même si cette notion de « bien commun », relevait encore d'une catégorie morale et non juridique.

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

#### **a. Les banalités**

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

#### **b. Les communautés urbaines**

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

#### **c. Premiers services publics au Congo**

A partir de son histoire moderne<sup>15</sup> c'est avec l'organisation, le 30 octobre 1885, du Gouvernement central basé à Bruxelles<sup>16</sup> et, le 16 avril 1887, du Gouvernement local situé sur place que le Congo connaît ses premiers services publics. Le Gouvernement central est formé de trois départements : des Affaires étrangères comprenant celui de la Justice, des Finances et de l'Intérieur<sup>17</sup>. Le Gouvernement local est placé sous l'autorité du Gouverneur général du Congo, qui a la haute direction de tous les services administratifs et militaires établis dans l'Etat<sup>18</sup>. Ces services publics sont conçus suivant le modèle des services publics en droit public belge de l'époque, qui est largement d'inspiration française. Mais, faut-il le signaler, une théorie générale du service public ne sera élaborée en droit belge qu'en 1942<sup>19</sup>, avec les travaux d'Andre Buttgenbach<sup>20</sup>.

#### **d. La notion de police**

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

<sup>15</sup> Sur les périodes de l'histoire du Congo, voy. I. NDAYWEL e NZIEM, *Nouvelle histoire du Congo. Des origines à la République Démocratique*, Bruxelles, le Cri édition, Kinshasa, Afrique Editions, 2008, 744 p.

<sup>16</sup> Au départ, ce Gouvernement central était constitué de quatre Administrateurs généraux faisant office de « ministres » du Roi-Souverain, dont l'un d'eux est localisé sur le territoire de l'Etat avec le titre d'Administrateur général au Congo. (F- VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, pp. 59 et 60).

<sup>17</sup> Article du décret du Roi-Souverain du 30 octobre 1885 sur l'organisation provisoire du Gouvernement central, *SO*, 1885, p. 25; F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, p. 68.

<sup>18</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du Roi-Souverain du 16 avril 1887 sur l'organisation du Gouverneur local-Pouvoirs du Gouvernement général, *BO*, 1887, p. 169; F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op.cit.*, vol. I, p. 75.

<sup>19</sup> En ce sens, D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. at.*, n° 105, p. 77 ; A. L. DURVIAUX, *Droit administratif*, t. 1, *L'action publique*, Bruxelles, Larcier, coll. de la Faculte de Droit de l'Université de Liege, 2011, p. 143.

<sup>20</sup> Voy. principalement A. BUTTGENBACH, *Modes de gestion des services publics*, Bruxelles, Larcier, 1942.

prend pour subdivision la santé, les vivres, la voirie, le commerce les manufactures et les arts mécaniques. Autant de domaines d'intervention des services publics contemporains.

## **2. Le service public sans conscience**

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

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

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

## § 2. La science du service public

### A. Emergence d'une notion juridique du concept de service public

A la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, la période révolutionnaire en France marque une étape essentielle pour l'émergence d'une notion juridique de service public, parce qu'elle insère, dans les discours politiques, une appréhension juridique de la notion d'utilité publique. L'expression « service public » est alors fréquemment employée dans les débats lors d'adoption des textes (notamment lors de l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) par l'Assemblée nationale constituante<sup>21</sup>. Si l'expression est parfois employée au sens organique pour désigner un établissement, une agence ou une administration, elle se trouve plus souvent utilisée au sens matériel pour rendre compte tant de l'activité mise en cause que du citoyen placé au service de l'Etat. Dans ce contexte, la conception de l'Etat, indissolublement liée à l'avènement de la Nation, de son unité et de son indivisibilité, apparaît ainsi peu à peu « centrée » sur l'existence de l'exigence du service public. Cette conception commande que certains actes indispensables au raffermissement du lien social et au développement de l'individu, nouveau sujet de droits, soient prises en charge par l'Etat et se trouvent ainsi érigées en « services publics »<sup>22</sup>.

L'essentiel du débat juridique s'est structuré, en France, autour du dualisme juridictionnel et, partant, de la répartition du contentieux entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif. Le juge administratif a dû assurer sa compétence et donc fonder sa légitimité par l'utilisation du concept de service public, sur la base de l'idée très simple : « le droit administratif est le droit du service public »<sup>23</sup>. Cette

<sup>21</sup> J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE*, 1998, n° 40, p. 198.

<sup>22</sup> G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op.cit.*, n° 70, p. 43.

<sup>23</sup> En ce sens, S. BRACONNIER, *op.cit.*, p. 105.

conception est consacrée par l'arrêt du 8 février 1873 du Tribunal des conflits<sup>24</sup>, connu sous le nom de *l'arrêt Blanco*<sup>25</sup> dans lequel il est jugé « que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; que, des lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour connaître ;... »<sup>26</sup>, L'arrêt rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873 dans l'affaire *Blanco* marque donc l'avènement du service public dans le champ du droit administratif<sup>27</sup>. Des lors, il est permis de dire que l'expression « service public » date alors du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'époque de l'Etat libéral classique domine par « le laissez faire, laissez passer », à l'époque où l'action de l'Etat sur la société était limitée. Tout ce que fait l'Etat est service public. L'Etat apparaît comme un ensemble ou une fédération de services publics. D'où il y avait identité entre l'Etat, le service public, le droit administratif applicable et la compétence du juge administratif.

A partir de 1921, il est constaté l'irruption du droit privé dans le régime des services publics<sup>28</sup>. Par un autre arrêt, celui du 22 janvier 1921, du Tribunal des conflits français saisi par la Société commerciale de l'Ouest africain, mieux connu sous le nom de l'arrêt du *Bac*

---

<sup>24</sup> Le Tribunal des conflits, juridiction composée à parité de membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat et présidée par le Garde des sceaux, est chargé de régler les conflits de compétence entre les deux ordres juridictionnels. (P. AVRIL, J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 120).

<sup>25</sup> L'action est intentée par les parents d'une enfant Agnes Blanco contre le préfet du département de la Gironde, représentant l'Etat. Elle a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable par application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant de la blessure provoquée par un wagonnet utilisé par un service d'Etat, la manufacture des tabacs de Bordeaux. Le préfet de la Gironde estima, l'Administration se trouvant en cause, que le juge judiciaire était incompétent. Mais le juge judiciaire décida, au contraire, qu'il était compétent, le préfet ne put alors qu'élever le conflit et demander au Tribunal des conflits de trancher ce problème de compétence.

<sup>26</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 1. ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif - Les grandes décisions de la jurisprudence*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Themis droit », 2010, p. 6.

<sup>27</sup> En ce sens, J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op.cit.*, p. 8.

<sup>28</sup> Dans sa conception originelle, le service public définit un certain régime juridique, un ensemble de précédents dérogatoires au droit commun.

*d'Eloka*<sup>29</sup>, le juge se prononce pour dire que l'activité administrative doit être soumise au droit privé lorsqu'elle est analogue à celle menée par des personnes privées<sup>30</sup>. Désormais, ce n'est pas un aspect d'une activité administrative qui relèvera du droit privé mais toute une activité, l'activité économique, industrielle ou commerciale. A côté de l'unique catégorie de services publics, en l'occurrence les services publics administratifs, coexistent désormais des services publics industriels et commerciaux<sup>31</sup> (crise de la notion de service public)..

## A. La conscience du service public

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

Or, la méthode de Duguit peut être qualifiée de positivisme sociologique. Elle ne tient pour règles de droit que celles qui sont effectivement appliquées, c'est-à-dire matérialisées par un comportement social. Par conséquent, la limitation de l'État par le service public doit être

<sup>29</sup> Se fondant sur le préjudice qui lui aurait été cause par un accident survenu au bac d'Eloka (précisément en coulant le bac envoya son véhicule au fond de la lagune d'Eloka), la Société commerciale de TOuest africain assigne initialement la colonie de la Côte d'Ivoire devant le président du tribunal de Grand-Bassam. Ce préjudice aurait pour cause une faute commise dans [l'exploitation ou un mauvais entretien du bac.

<sup>30</sup> « Qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; que, par la suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué ». (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *op.cit.*, n° 36, p. 223; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op.cit.*, p. 372).

<sup>31</sup> J.C. RICCI, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Hachette Supérieur, coll. « Les fondamentaux Droit », 2008, p. 84 ; *Memento de la jurisprudence du droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Hachette Supérieur, coll. « Les Fondamentaux Droit », 2012, p. 34.

objective. « Le principe de tout le système du droit public moderne se trouve résumé dans la proposition suivante : ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont pas un droit subjectif de puissance publique; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics et à contrôler le fonctionnement » (*Les transformations du droit public*, 1913).

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

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

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

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

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

L'École de Bordeaux est souvent présentée comme reprenant à son compte la notion de service public. En réalité les successeurs de Duguit (Jèze, Rolland, Bonnard, de Laubadère)

souhaitent lui donner la valeur scientifique d'un critère de technique juridique. Ce faisant, ils transforment complètement cette notion. On peut en venir à douter qu'il s'agisse de la même.

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

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

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

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

Le point culminant de la confusion est atteint par Gaston Jèze qui confère à la notion de service public un caractère pleinement subjectif : « sont uniquement, exclusivement services

publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ». Le service public devient un procédé, technique que peut utiliser le législateur. Cette position prive la notion de service public de son unité essentielle qu'est la limitation de l'État.

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

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

Elle va d'ailleurs étendre de plus en plus l'application de règles de droit public aux services publics qu'elle découvre. Première extension, le droit public et la compétence administrative sont applicables à l'activité des personnes publiques autres que l'État. Jusqu'au début du

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

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

Le Tribunal des conflits marque très rapidement ses distances par rapport à la théorie du service public. Il reconnaît le caractère privé d'un contrat passé par une commune avec l'autorité militaire pour loger des réservistes dans un immeuble municipal au motif que l'accord « par sa nature et ses effets rentre dans les contrats de droit civil » (TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'Assurances Le Soleil*, Rec.446, concl. Feuilloley, *D* 1912.3.89). Deux ans plus

tard, les conclusions de Léon Blum, alors commissaire du gouvernement sur l'arrêt CE, 31 juillet 1912, *Soc. des Granits porphyroïdes des Vosges*, Rec.909, concl. Blum, *RDP* 1914.145, note Jèze, citent expressément la phrase de Romieu : « il peut se faire que l'Administration tout en agissant dans l'intérêt d'un service public se place volontairement dans les conditions du droit privé », pour qualifier l'acte en cause de contrat de droit privé.

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

## Section 2 : Les définitions du service public

Contrairement aux droits belge et français ou aucun texte n'a défini le terme « service public »<sup>32</sup>, le législateur congolais, lui, a apporté sa définition du terme « service public ». Mais il doit définir en réalité les notions de droit ? Le juge n'a pas pour rôle de définir de manière abstraite des notions qu'il emploie. Son rôle premier est de trancher un litige, même s'il peut lui arriver de s'efforcer de définir, d'une façon aussi claire que possible, les termes dont la loi fait usage en vue d'éviter l'obscurité de la loi, résultant du vague et de l'ambiguïté de ses termes<sup>33</sup>. A propos du juge administratif français, comme le souligne Bertrand Seiller, «Le juge est alors habilité à interpréter le texte obscur ou silencieux et à combler ses éventuelles lacunes. Un pouvoir créateur de normes apparait ainsi. Ce pouvoir créateur s'est exercé non par des arrêts de règlement mais par des arrêts de principe »<sup>34</sup>. D'autre part, la technique législative contemporaine alimente elle-même de nombreux contentieux, « lorsqu'elle multiplie les concepts a « géométrie variable » ou qu'elle renonce à fixer *a priori* la

<sup>32</sup> En ce sens, J. WALINE, *op.cit.*, p. 369 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op.cit.*, n°183, p. 93; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C DEFFIGIER, *op.cit.*, n° 5, p. 5 ; D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op.cit.*, pp. 77-79 ; ? BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op.cit.*, n° 59, pp. 87-88 ; A. L. DURVIAITX, *op.cit.*, t. 1., n° 103, pp. 143-144.

<sup>33</sup> C. PERELMAN, *op.cit.*, n° 31, p. 51.

<sup>34</sup> B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 1, *op.cit.*, p. 121.

ligne de conduite à tenir »<sup>35</sup>. Elle fait alors appel à la créativité du juge. Par ailleurs, les définitions apportées par le législateur sont le plus souvent données « au sens de la présente loi ». On observera en passant que le législateur congolais a pris l'habitude, depuis la Transition politique sous l'empire du décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997, lorsque l'Assemblée constituante et législative-Parlement de Transition fut installée<sup>36</sup>, de définir beaucoup de notions de droit administratif. Le législateur congolais de la Troisième République perpétue la pratique. Désormais, l'essentiel de textes législatifs votés par le Parlement comporte soit un titre intitulé « Des dispositions générales » comprenant des définitions (c'est le cas du Code minier, du Code forestier ou de la loi organique portant organisation et fonctionnement des Forces armées), soit un chapitre entier consacré aux définitions (par exemple, dans la loi relative aux marchés publics, la loi relative aux finances publiques ou dans la loi-cadre sur les télécommunications). Or « une définition « au sens de » n'a pas de portée générale : elle ne vaut que pour implication du texte qui la pose »<sup>37</sup>. Dans ces conditions, il doit revenir à la doctrine de proposer des définitions abstraites par synthèse de la législation et de la jurisprudence.

La doctrine est aujourd'hui unanime pour admettre que l'expression « service public » est utilisée au minimum dans deux sens ; un sens organique et un sens matériel, à partir desquels les caractères du service public peuvent être dégagés. Toutefois, les considérations doctrinales sont abordées après la présentation de la définition apportée par le législateur congolais.

## **§1. L'apport du législateur congolais à aux définitions du service public**

Il y a des raisons qui ont emmené le législateur congolais à définir le terme « service public », alors qu'on est en présence d'une notion complexe, d'une *complexité* qui relève de sa nature même et de la diversité de ses formes d'émergence. La formulation simpliste du législateur

---

<sup>35</sup> F. OST, *Dire le droit, faire justice*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2012, p. 151.

<sup>36</sup> Voy. F. VUNDUAWE et PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op.cit.*, vol. II. p. 845 et s.

<sup>37</sup> D. TRUCHET, *Droit administratif, op.cit.*, p. 64.

incite, par ailleurs, à circonscrire les contours de la définition du service public en droit positif congolais.

### **I. Les raisons de l'intervention du législateur congolais**

Les critères légaux en vertu desquels devait se reconnaître toute entreprise publique fournis par le législateur de 1978 étaient très critiquables<sup>38</sup>. Suivant cette législation, les services publics personnalisés étaient qualifiés d'entreprises publiques, quel que soit l'objet ou la mission confiée à ceux-ci. L'article alinéa 2, de la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales aux entreprises publiques définit en effet une entreprise publique comme « tout établissement public créé et contrôlé par les pouvoirs publics pour remplir une tâche d'intérêt général »<sup>39</sup>. De là, tout établissement public, à caractère — soit administratif, soit financier, soit social ou culturel, soit scientifique et technique, soit industriel ou commercial, était une « entreprise publique ». Il y avait ici beaucoup de confusion à ce sujet. La doctrine congolaise s'est adressée au législateur pour clarifier les notions dans le sens d'adopter une loi qui puisse faire une distinction très nette entre l'entreprise publique au sens strict du terme, c'est-à-dire au sens économique, et les établissements publics administratifs<sup>40</sup>.

C'est à l'occasion de la réforme des jeunes entreprises publiques, organisées à l'époque par la loi-cadre du 6 janvier 1978, que le législateur s'est occupé de définir le terme « service public ». En effet, les anciennes entreprises publiques devaient être réformées, les unes, en établissements publics, les autres, en services publics et, d'autres encore, en entreprises publiques au sens technique du terme. Pour ce faire, le législateur définit à la fois ce qu'il entend par « établissement public » et « service public » (art. 3, L. du 7 juillet 2008 sur la transformation des entreprises publiques) à partir de la démarcation entre le « secteur marchand » et le « secteur non marchand ». Il désigne le secteur marchand comme le « secteur d'activités économiques soumis à la concurrence et dont le but est de générer des

<sup>38</sup> En ce sens, F. VUNDUAWE et PEMA KO, *op. cit.*, p. 511 et s; LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés*, t. 1, Kinshasa, PUC, 1999, pp. 49-50.

<sup>39</sup> JO, n° spécial, octobre 2001, (Textes coordonnés et mis à jour au 29 septembre 2001), p.5.

<sup>40</sup> C. KABANGE NTABALA, *Grands services publics et entreprises en droit congolais*, Université de Kinshasa, 1998, p.4.

profits »<sup>41</sup>. En pratique, les anciennes entreprises publiques du secteur marchand, comme la GECAMINES, la REGIDESO, la SNEI l'ONATRA ou l'OCPT, sont transformées en sociétés commerciales. En revanche, les anciennes entreprises publiques dont les activités étaient soit non lucratives et non concurrentielles, soit le prolongement de celles de l'administration publique, soit bénéficiant d'une parafiscalité et qui poursuivaient une mission d'intérêt général sont transformées en établissements publics ou en services publics<sup>42</sup>. En application de l'article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, le décret n° 09/11 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics reprend en son annexe III, par exemple, l'Office national de développement de l'élevage (ONDE), le Centre d'expertise, d'évaluation et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses (CEECE), l'Office des douanes et accises (OFIDA) et la Régie nationale d'approvisionnement et d'imprimerie (RENAPI) comme des services publics<sup>43</sup>.

## §2. Les contours de la définition donnée par le législateur congolais

Le législateur congolais définit le service public comme « tout organisme ou toute activité d'intérêt général relevant de l'administration publique »<sup>44</sup>.

D'entrée, force est de constater que la présente définition synthétise d'abord la double conception que revêt la notion de service public. L'accent est mis à la fois sur l'organisme (critère organique) et sur **l'activité** (critère fonctionnel ou matériel). André Buttgenbach résume le propos en ces termes : « Le mot "service public" peut donc être compris dans deux sens différents : tantôt - et c'est le sens organique — il désigne une "institution", une entreprise", une "administration" qui est organiquement un service public; tantôt — et ce sont les sens matériel et fonctionnel - c'est - juridiquement la tâche remplie qui est

<sup>41</sup> Article 3, point 1, de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 6.

<sup>42</sup> Exposé des motifs de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 5.

<sup>43</sup> *JO*, n° spécial, 30 avril 2009, p. 17.

<sup>44</sup> Article 3 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques (*JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 6).

"service public", l'institution ou - catreprise qui l'assume restant un organisme prive »<sup>45</sup>. Même dans le jscre du droit communautaire europeen ou il existe des expressions multiples (service d'interet general, service d'interet economique general, service public), le terme « service public » a un double sens : « tantot elle resigne l'organisme de production du service, tantot elle vise la mission i -nreret general confiee a celui-ci »<sup>46</sup>.

Le législateur précise ensuite que cet organisme ou cette activité d'intérêt pr.eral doit relever de Tadministration publique. Dans le meme sens, la Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'Administration definit le service public comme « tout service ou activité d'intérêt public places sous l'autorite de l'Administration » (art. 1). Le mot « service » repris dans la présente définition du droit de l'Union africaine<sup>47</sup> ne peut etre compris que dans un sens organique, sinon on ne T»: jva.it pas opposer « service » et « activite d'interet public »<sup>48</sup>. Que faut-il entendre par l'expression « administration publique » ? Suivant une approche fonctionnelle, l'administration publique renvoie a un ensemble d'activités d'intérêt general tel que determine par le pouvoir politique et n ceuvre par le Gouvernement, lequel dispose d'une Administration ayant des pouvoirs etendus (reglementations, incitations ou presti-tions)<sup>49</sup>. Mais le legislateur congolais semble avoir privilegie, dans si formulation, l'approche organique du terme « administration publique ». Car l'organisme ou l'activite d'interet general repris dans la definition legate du terme «service public» doit relever de l'administratior-publique. On doit donc écarter de l'administration publique toutes ies personnes privees qui interviennent dans Faction administrative<sup>50</sup>, car au sens organique strictement concu, l'administration publique s'incarne

<sup>45</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op.cit.*, n° 58, p. 55.

<sup>46</sup> Communication de 1996 sur les services d'interet general en Europe, faite par la Commission européenne pour clarifier les concepts, citee par Y. GAUDEMET, *Droit op.cit.*, n° 71, p. 53.

<sup>47</sup> L'on doit reconnaitre avec Oswald Ndeshyo Rurihose que l'existence d'un droit utaire africain est embryonnaire ; ce droit est encore en construction. (*Manuel de droit communautaire africain*, t. 1, Kinshasa, Editions Etat et Societe, coll. BMkwheques des Facultes de Droit des Universites congolaises », 2011, p. 19).

<sup>48</sup> Rappelons qu'apres un prodigieux developpement des services publics a partir du aide et la constitution d'un secteur public tellement vaste, l'habitude s'est prise DC de ne pas dire <• interet public », mais « interet general ». (D. TRUCHET, *Les de la notion d'interet general...*, *op. cit.*, cité par E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op.cit.*, p. 209, n° 210).

<sup>49</sup> P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, *Droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, coll. « Universite », 2012, n° 9, p. 4.

<sup>50</sup> En ce sens, P.-L. FRIER, J. PETIT, *op.cit.*, n° 19, p. 22.

dans des personnes morales de droit public n'ayant d'autre raison d'être que l'intérêt public<sup>51</sup>. Et cette administration publique relève du pouvoir exécutif de l'Etat<sup>52</sup>, quelle que soit sa division dans le cadre de son organisation territoriale.

En définissant ce qu'il entend par administration publique, le constituant congolais précise que celle-ci comprend « la fonction publique ainsi que tous les organismes et services assimilés » (art. 193, al. 2). On le voit, c'est l'approche organique et formelle qui est retenue. En application de l'article 194 de la Constitution, le projet de loi organique devant fixer l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir : central, des provinces et des entités territoriales décentralisées se propose de définir l'administration publique comme « l'ensemble d'organes par lesquels sont conduites et exécutées des tâches étatiques en vue de la satisfaction des besoins d'intérêt général »<sup>53</sup>. Cette administration publique comprend la fonction publique, entendue comme « l'ensemble des administrations de l'Etat, de la province et de l'entité territoriale décentralisée auxquelles sont affectées des personnes nommées dans un emploi civil permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie »<sup>54</sup>, ainsi que tous les organismes publics et services assimilés relevant des suites territoriales dans le cadre de la division verticale du pouvoir. L'administration publique se limite donc, en droit congolais, aux seuls services publics non personnalisés relevant directement de l'Etat, compris au sens global comme pouvoir central et collectivités territoriales infra-étatiques (entités territoriales régionalisées — province et ville de Kinshasa et entités territoriales décentralisées - ville, commune, secteur et chefferie). Il est question ici uniquement des services publics organiques (nationaux et locaux) gérés en régie ou en gestion directe par les pouvoirs publics. De ce qui précède, il y a lieu de dire que pour le besoin de la cause, le droit

<sup>51</sup> P. CHRETIEN, N. CHIFFEOT, *op. cit.*, n° 12, p. 6.

<sup>52</sup> En ce sens, F. VUNDUAWA et PEMAKO, *op. cit.*, p. 40 ; G. VEDEL, P. DELVOLLE, *op. cit.*, t. 1, p. 26 ; P. DEEVOLVE, *op. cit.*, p. 12 ; P. GERARD, *op. cit.*, n° 24, p. 8 ; P. GOFFAUX *op. cit.*, p. 34 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. 1, n° 201, p. 430 ; P. EEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, coll. de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2008, n° 20, p. 66 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Anrhemis, 2011, p. 265.

<sup>53</sup> Cette définition n'est pas loin de ce que la doctrine a donné au mot : « Administration ». (J. WALINE, *op. cit.*, n° 1, p. 12 ; J. de BURLET, *Precis de droit administratif congolais*, t. 1. *Principes généraux*, Kinshasa, Université Lovanium. Bruxelles, Larcier, 1969, n° 2, p. 8).

<sup>54</sup> Projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées.

congolais définit de manière restrictive le terme « service public » alors que l'administration publique couvre autant les personnes morales de droit public.

### §3. . LA DEFINITION FORMELLE OU ORGANIQUE DU SERVICE PUBLIC

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le service public est considéré uniquement comme « l'activité des personnes publiques », c'est-à-dire presque synonyme d'Administration. Cette conception classique de service public vise uniquement les services publics administratifs. A cette époque, le principe est en effet celui de la coïncidence service public et personne publique (élément organique). Mais les choses ne sont pas juridiquement restées en l'état avec l'arrêt du *Bac d'Eloka* du 22 janvier 1921 qui consacre l'existence des services publics industriels et commerciaux.

Dans son sens organique, le service public est entendu comme une institution ou un organe chargé d'une mission d'intérêt général. Cela implique une organisation, un appareil administratif. C'est le cas, par exemple, comme services publics organiques, des ministères, de l'Agence nationale de renseignement (ANR), de l'Agence nationale pour la promotion des investissements (ANAPI), de la Direction générale des Impôts (DGI), de la Direction générale des recettes de Kinshasa (DGRK), de la Direction des recettes du Katanga (D.R. KAT) ou du Journal officiel de la République Démocratique du Congo (JORDC). De ces exemples concrets on comprend mieux que l'expression « service public » désigne, au sens organique, « un ensemble d'agents et de moyens qu'une personne publique affecte à une tâche »<sup>55</sup>. Les services publics organiques sont donc des institutions créées et contrôlées par les collectivités publiques ou les pouvoirs publics nationaux et locaux, pour assurer la satisfaction des besoins collectifs, et dotées de moyens humains (les agents) et financiers nécessaires pour accomplir

---

<sup>55</sup> J. WALINE, *op. at.*, n° 355, p. 370.

cette tâche<sup>56</sup>. Dans son acception organique, comme le relève Andre Buttgenbach, le service public est « un organisme public, cree par les gouvernants, place sous leur haute direction, soumis a un regime juridique special, qui a pour but de repondre a l'obligation que les gouvernants estiment avoir de donner satisfaction a des besoins collectifs du public d'une facon reguliere, continue et en respectant la loi d'egalite des usagers »<sup>57</sup>.

Le service public est cree par les pouvoirs publics<sup>58</sup>, nationaux (cas de departements ministeriels, de l'ANR, de l'ANAPI, de la DGI ou du JORDC) ou locaux (cas de la DGRK ou de la D.R. KAT). Le pouvoir central, la province et la ville de Kinshasa ainsi que les entites territoriales decentralisees (ville, commune, secteur ou chefferie) peuvent, en effet, creer des services publics organiques dotés de la personnalite juridique ou non.

La haute direction est assuree par les gouvernants ; ce qui implique une pleine maitrise sur l'organisation, la mission et le fonctionnement du service public par les organes de l'État ou de la collectivité locale, selon le cas. En effet, dans l'activité d'un service public, la doctrine distingue trois fonctions : la direction stratégique, la gestion opérationnelle (la fonction que la science juridique désigne par fonctionnement) et la fonction d'exécution (celle qui concerne la réalisation strictement matérielle de la prestation). La haute direction équivaut à la direction stratégique, qui appartient obligatoirement à une personne publique dans la mesure où elle s'analyse comme la réponse à la question « à qui revient le dernier mot quant au choix des objectifs ? »<sup>59</sup>. Par ailleurs, si l'établissement public est, à l'origine, un mode de gestion d'un service public et non un pouvoir créateur de service public, il reste que certains établissements publics de type territorial, comme les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) en droit français<sup>60</sup>, arrivent à créer de services publics. C'est le cas d'un syndicat intercommunal à vocation scolaire créant, par exemple, une garderie d'enfants qui ne figurent

<sup>56</sup> En ce sens, P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op.cit.*, n° 59, p. 87.

<sup>57</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op.cit.*, n° 59, p. 63.

<sup>58</sup> L'expression « pouvoirs publics » renvoie, au sens strict, aux organes de l'État (Président de la République, Gouvernement, Assemblée nationale et Sénat) et, au sens large, à l'ensemble des autorités publiques comprenant également les organes des collectivités locales.

<sup>59</sup> G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°625, p. 328

<sup>60</sup> G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op- cit.*, t. 2, p. 552 et s ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, p. 342 et s ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 300 et s ; J. WALINE, *op. cit.*, p. 227 et s.

pas nécessairement dans ses statuts<sup>61</sup>. Si ces établissements publics territoriaux ne gèrent pas eux-mêmes le ou les services publics qu'ils ont créés, définissent à tout le moins les règles fondamentales d'organisation et de fonctionnement que le gestionnaire devra respecter. Dans ces conditions, la haute direction des services publics organiques créés par ces établissements publics à assise territoriale est toujours assurée par ceux-ci.

#### **§4. LA DÉFINITION FONCTIONNELLE OU MATÉRIELLE DU SERVICE PUBLIC**

Avec l'arrêt du *Bac d Eloka* du 22 janvier 1921, la catégorie de services publics à caractère industriel et commercial est admise. Mais ce sont encore des établissements publics, donc des personnes publiques, qui exploitent cette activité économique, et en raison de la nature de l'activité, il y a largement application du droit privé. En effet, jusqu'en 1938, les personnes privées ne pouvaient pas gérer de services publics, sauf dans le cas précis de la concession de service public. Dès 1938, la jurisprudence affirme précisément qu'une personne privée peut gérer un service public indépendamment de toute « concession ». Le service public cesse ainsi d'être l'apanage des personnes publiques. La conception organique unique de service public s'effondre progressivement avec la jurisprudence admettant qu'une activité d'intérêt général<sup>62</sup>, puis une mission de service public<sup>63</sup> soient confiées à une personne privée par une décision unilatérale. On est ainsi passé à une conception matérielle ou fonctionnelle du service public, c'est-à-dire à l'existence de services publics fonctionnels.

La définition matérielle ou fonctionnelle du service public s'attache en réalité à la nature de l'activité, considérée indépendamment de l'organisation par laquelle cette activité s'exerce. La définition du service public fait ici recours à un élément finaliste ou fonctionnel, qui est

---

<sup>61</sup> J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 42.

<sup>62</sup> CE, A, 20 décembre 1935, Établissements Vezia, *RDP*, 1936, p. 119.

<sup>63</sup> CE, A, 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection »: «...que cette disposition (art. 1<sup>er</sup> de la loi du 20 juin 1936) vise tous les agents ressortissant à un organisme chargé de l'exécution d'un service public, même si cet organisme a le caractère d'un établissement privé», in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n°50, p. 321.

l'intérêt général<sup>64</sup>. Il s'agit donc d'un élément intrinsèquement subjectif puisqu'il relève d'une intention, la volonté des pouvoirs publics<sup>65</sup>. Car, correspond à un intérêt général ce qui dans un contexte historique, politique, économique, technologique ou social donné est considéré comme tel par les pouvoirs publics<sup>66</sup>. L'élément matériel voudrait que la satisfaction de l'intérêt général commande l'application d'un régime juridique exorbitant du droit commun, c'est-à-dire un « régime de droit public plus ou moins prononcé »<sup>67</sup> ou encore « une activité d'intérêt général gérée par une personne privée avec des prérogatives de puissance publique sous le contrôle de l'Administration »<sup>68</sup>.

Dans son acception fonctionnelle ou matérielle, le service public désigne « l'activité qui tend à satisfaire un besoin d'intérêt général »<sup>69</sup>, « une activité d'intérêt général que l'Administration entend assumer »<sup>70</sup>, « toute tâche qui vise à satisfaire un besoin d'intérêt général, indépendamment de la nature de l'organisme qui la remplit »<sup>71</sup>, ou tout simplement « une activité, une mission ayant le caractère d'intérêt général »<sup>72</sup>. Le service public est donc « une forme de l'action administrative dans laquelle une personne publique prend en charge ou délègue, sous son contrôle, la satisfaction d'un besoin d'intérêt général »<sup>73</sup> ou encore « une activité d'intérêt général gérée par une personne privée avec des prérogatives de puissance publique sous le contrôle de l'Administration »<sup>74</sup>.

En raison de la mutation profonde du concept de service public par la reconnaissance de services publics fonctionnels, la jurisprudence du Conseil d'État français des années soixante<sup>75</sup>

---

<sup>64</sup> C. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2014, p. 284 ; D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *Droit du service public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, coll. « Objectif Droit-cours », 2014, n° 13, p. 8.

<sup>65</sup> G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1930 ; rééd. La Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 16.

<sup>66</sup> P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 701, p. 576.

<sup>67</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif* 12<sup>e</sup> éd., Paris, MontchrestienLextenso éditions, coll. « Cours », 2011, p. 455.

<sup>68</sup> G. LEBRETON, *op. cit.*, pp. 130-131.

<sup>69</sup> G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 724.

<sup>70</sup> J. WALINE, *op. cit.*, n° 355, p. 370.

<sup>71</sup> P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 59, p. 88 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 259.

<sup>72</sup> G. PEISER, *Droit administratif général*, 24<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, coll. « mémentos - série droit public », 2008, p. 169.

<sup>73</sup> J. WALINE, *op. cit.*, n° 359, p. 372.

<sup>74</sup> G. LEBRETON, *op. cit.*, n°92, pp. 130-131.

<sup>75</sup> CE, Sect., 13 janvier 1961, Magnier, *RD*, 1961, p. 155 ; CE, Sect., 28 juin 1963, Narcy, *AJDA*, 1964, p. 91.

va élaborer trois conditions que doit remplir l'activité d'une personne privée pour qu'elle soit considérée comme un service public :

1<sup>o</sup>. Il faut d'abord l'intérêt général. S'il est difficile d'apprécier si l'activité d'une personne privée répond ou non à un intérêt général, il semble que le meilleur moyen d'y parvenir soit d'adopter la distinction proposée par René Chapus, entre « activités de plus grand service » et « activités de plus grand profit »<sup>76</sup>. Les activités d'intérêt général sont donc les activités de plus grand service, qui visent davantage à satisfaire les administrés qu'à réaliser un profit. Dans cet ordre d'idées, dans son arrêt n° 82/95 du 14 décembre 1995, la Cour d'arbitrage belge<sup>77</sup> fait observer que « les universités de l'État sont organiquement des services de droit public » et que « les universités libres sont des personnes morales de droit privé qui assument une fonction de service public ».

2<sup>o</sup>. Il faut ensuite le contrôle de l'activité par une personne publique. Cette deuxième condition repose sur l'idée qu'un service public ne peut être géré par une personne privée qu'en vertu d'une « délégation » consentie par une personne publique. On se rend compte que l'élément organique, critère fondamental de la définition classique, réapparaît dans cette définition matérielle au rang de simple condition. La délégation de service public peut se matérialiser par un contrat ou résulter d'un acte unilatéral (législatif ou administratif) explicite ou implicite. C'est le cas des ordres professionnels et de certaines associations (notamment des fédérations sportives<sup>78</sup>) qui jouent un rôle important dans la vie administrative. D'autres structures privées peuvent également assurer la gestion d'un service public par le biais d'une convention de délégation de service (affermage, concession de service public). S'agissant des fédérations sportives, Jean Rivero relève le fait que celles-ci « ne sont pas autre chose que des services de l'Administration déguisés en personnes de droit privé »<sup>79</sup>. C'est dans ce sens même que la loi du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la

---

<sup>76</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 633-639, pp. 535-539.

<sup>77</sup> C'est la révision constitutionnelle du 7 mai 2007 qui consacre la modification de l'appellation de la Cour d'arbitrage en « Cour constitutionnelle ». (M.-F. RIGAUX, B. RENAULD, *op. cit.*, n° 30, p. 29).

<sup>78</sup> Article 40 de la loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives en République Démocratique du Congo, *JC*, n° spécial, 28 décembre 2011, p. 15.

<sup>79</sup> J. RIVERO, « Les associations et la vie administratives », *AJDA*, 1980, p. 122.

promotion des activités physiques et sportives en République Démocratique du Congo conçoit les fédérations sportives, lesquelles assurent une mission de service public et ont reçu de prérogatives à cet effet (art. 40)<sup>80</sup>.

3°. Il faut enfin la présence au moins d'une prérogative de puissance publique<sup>81</sup>. Cette prérogative de puissance publique consiste généralement en un monopole ou en la possibilité de percevoir des cotisations de caractère fiscal ou d'édicter des actes unilatéraux. La reconnaissance du caractère d'organismes privés chargés d'une mission de service public entraîne un régime comportant dans une certaine mesure l'application du droit public, et, en cas de litige, la compétence du juge administratif<sup>82</sup>. Mais, plus généralement, tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement internes de ces institutions reste placé sous l'emprise du droit privé.

Si jusqu'à la fin du XXe siècle, l'expression « mission d'intérêt général » permettait de signaler l'existence d'organismes chargés d'activités d'intérêt général mais extérieurs aux personnes publiques, cette notion tend peu à peu à devenir synonyme de celle de service public. Dans l'arrêt du 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, le Conseil d'État français a considéré que, même en l'absence de prérogative de puissance publique, « une personne privée doit... être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une

---

<sup>80</sup> Le droit français organise les fédérations sportives dans le même sens (voy. not. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 20G> p. 175 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 229, p. 185).

<sup>81</sup> CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec.*, 1963, p. 401 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 50-3 et 4, p. 324

<sup>82</sup> Une prérogative de puissance publique est un privilège, attribué pour les besoins de l'intérêt général, qui manifeste l'existence, entre son titulaire et les tiers, d'un rapport d'autorité et non d'égalité. (G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 92, p. 132).

telle mission »<sup>83</sup>. Sous son aspect fonctionnel, la notion de service public s'entend ainsi « au-delà de tout lien organique marqué par une délégation ou un contrat, »<sup>84</sup>.

## §5. LES CARACTÈRES DU SERVICE PUBLIC

Si l'intérêt général caractérise l'élément fonctionnel ou finaliste, et par ricochet l'élément matériel, de la définition du service public, la dépendance de la mission ou de l'activité de service public à l'égard d'une personne publique caractérise l'élément organique de la définition. La notion de service public se caractérise en effet par deux éléments, un but d'intérêt général et la présence d'une personne publique<sup>85</sup>. Il s'agit ici de deux critères qui apparaissent déterminants pour identifier un service public<sup>86</sup>. Ces deux critères sont cumulatifs, même s'il prévaut une conception fonctionnelle.

### I. L'intérêt général selon la volonté des gouvernants

104. Notion. L'intérêt général désigne « un ensemble de nécessités humaines - celles auxquelles le jeu des libertés ne pourvoit pas de façon adéquate, et dont la satisfaction conditionne pourtant l'accomplissement des destinées individuelles »<sup>87</sup>. D'où dans l'intérêt général il y a des aspects régaliens<sup>88</sup> (l'intérêt de la collectivité nationale et de l'État souverain qui l'incarne) et des aspects personnels (la satisfaction directe de besoins individuels auxquels les responsables de l'État estiment que les activités privées ne suffisent pas à répondre en fournissant aux administrés des prestations). Par ailleurs, une partie de la doctrine distingue « intérêt général, intérêt de tous et l'intérêt général, intérêt collectif d'une catégorie sociale ou économique déterminée »<sup>89</sup>. L'intérêt général correspondrait à l'intérêt national (par exemple, la défense du territoire), alors que la quasi-totalité des services publics seraient d'intérêt

<sup>83</sup> CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, in M. LON, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 50-4, p. 325.

<sup>84</sup> G. J. GULGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 209, p. 103

<sup>85</sup> C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 281

<sup>86</sup> P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°700, p. 575.

<sup>87</sup> J. WALINE, *op. cit.*, n°3, p. 13.

<sup>88</sup> Le Conseil constitutionnel français reconnaît aujourd'hui le caractère de service public aux activités qualifiées de régaliennes (défense, police, affaires étrangères, justice), dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution. (P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVIA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2013, n° 17-27, pp. 208-209)

<sup>89</sup> . JEANNEAU, « La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges Savatier*, Paris, Daloz, 1964, p. 375 ; voy. aussi D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse dactyl., Bordeaux, 1975, p. 402 et s

collectif (par exemple, les hôpitaux régionaux, les transports urbains, etc.). « Il n'y a pas service public sans intérêt général », souligne Gustave Peiser<sup>90</sup>. Le projet du successeur de Léon Duguit à la tête de l'École de Bordeaux, Gaston Jèze, fut de définir, par souci de réalisme, le service public, non pas tel qu'il doit être (conception idéaliste), mais tel qu'il est (conception pragmatique). Il constate effectivement que les services publics n'existent pas par eux-mêmes mais relèvent d'une volonté, celle des gouvernants. Pour Gaston Jèze, « sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public »<sup>91</sup>. Le service public au sens matériel est donc une notion conjoncturelle ou de contingence, car il évolue avec la volonté des gouvernants, expression de la politique d'un pays à un moment donné de son histoire<sup>92</sup>. En ce sens, « l'intérêt général est contingent, dépendant des circonstances de temps et de lieu et des choix politiques »<sup>93</sup>. En effet, « l'intérêt général banal ne devient l'intérêt général - but du service public - que par une intervention de la puissance publique »<sup>94</sup>

La théorie de service public virtuel, qui consiste à dire que si une activité présente un caractère suffisamment clair d'intérêt général, elle peut constituer de ce fait un service public, même si elle n'est pas érigée par les gouvernants expressément en service public, ne peut être retenue<sup>95</sup>. Toutefois, selon Léon Duguit, il y aurait des services publics « par nature » dont l'existence s'impose. Mais cette analyse ne convient qu'aux services publics régaliens. Dans cet ordre d'idées, les services publics de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères, de la police, de l'enseignement, de la santé et de l'aide sociale formeraient le « noyau dur » de ce qu'on peut considérer comme activités d'intérêt général<sup>96</sup>.

## 2. La dépendance du service public à l'égard d'une personne publique territoriale

<sup>90</sup> G. PEISER, *op. cit.*, p. 170.

<sup>91</sup> G. JÈZE, *op. cit.*, c. 2, p. 16.

<sup>92</sup> F. VUNDUAWA te PEMAKO > *op. cit.*, p. 555.

<sup>93</sup> D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 71.

<sup>94</sup> J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 40; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 726.

<sup>95</sup> G. PEISER, *op. cit.*, p. 170. ; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 451 ; C. KABANGE NTABALA, *Droit des services...*, p. 27.

<sup>96</sup> En ce sens, C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 285.

D'emblée, il est permis d'affirmer que « tout service public relève, en dernier ressort, d'une autorité publique »<sup>97</sup>. Tous les services publics organiques, même lorsqu'ils possèdent eux-mêmes la personnalité morale, sont rattachés à l'État ou à une collectivité locale dont les représentants exercent sur eux un certain pouvoir. On peut ainsi considérer que la création du service public suppose nécessairement une décision de l'autorité publique, soit que le service est créé *ex nihilo*, soit qu'il résulte de la transformation d'une activité privée préexistante. Par exemple, les mesures de la zaïrianisation prises en octobre 1973 avaient permis à l'État de prendre la propriété de nombreuses entreprises privées<sup>98</sup>.

Alors même que prévaut la conception fonctionnelle, il ne saurait y avoir service public sans un certain rattachement à une personne Publique<sup>99</sup> Tout service public au sens matériel du terme, c'est-à-dire tout service public fonctionnel, reste nécessairement dans l'orbite des personnes publiques (État, collectivités territoriales locales, établissements publics à assise territoriale) et le cordon ombilical entre ces dernières et l'ensemble des missions de service public n'est jamais totalement rompu. C'est dans ce sens par exemple que l'article 9 de la loi du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État précise que l'État a des représentants - mandataires publics actifs ou non actifs - au sein des entreprises du portefeuille, lesquels sont pourtant des sociétés commerciales<sup>100</sup>. Le lien existant entre le service public au sens matériel et l'Administration est ici indirect. Ce service public est assuré par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique (l'État ou une collectivité territoriale infra-étatique). Car « le service peut en effet être géré directement par une personne publique qui en assure la direction, ou indirectement, par le truchement d'une personne privée, la personne publique se contentant alors d'en assumer la gestion »<sup>101</sup>, alors que dans sa notion classique, le service public est une activité d'intérêt général exercée par

<sup>97</sup> J. RIVERO, *Droit administratif op. cit.*, n° 492, p. 406.

<sup>98</sup> Voy. LUKOMBE NGHENDA, *Zaïrianisation, radicalisation, rétrocession en République du Zaïre. Considérations juridiques*, Kinshasa, PUZ, 1979, 399 p ; *Droit civil. Les biens*, Kinshasa, PFDUC, 2003, pp. 8G3-875 ; D. YERNAULT, *L'État et la propriété. Le droit public économique par son histoire (1830-2012)*, Bruxelles, Bruylant, [coll. de la Faculté de Droit de l'ULB](#), 2013, n 92.2, p. 873 et s

<sup>99</sup> En ce sens aussi, M. LOMBARD, G. DUMONT, *op. cit.*, n° 547, p. 310.

<sup>100</sup> JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 27

<sup>101</sup> S. VELLELY, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Vuibert, coll. « Vuibert Droit », 2013, n° 92, p. 92.

une personne publique et soumise au droit public<sup>102</sup>.

Le service public désigne finalement « une mission créée, définie, organisée et contrôlée par les personnes publiques en vue de délivrer des prestations d'intérêt général à tous ceux qui en ont besoin »<sup>103</sup>. Dans cet ordre d'idées, il y a adéquation entre les mots « service » et « prestation », car « il n'y a pas de service public sans prestation »<sup>104</sup>. D'où il est permis d'indiquer que la notion de service public est donc une notion résiduelle, une notion dont les contours évoluent avec le temps, une notion dont les effets dépendent bel et bien des politiques juridiques, sociales et économiques, menées par les pouvoirs publics<sup>105</sup>. Si un certain courant de pensée économique dit « néolibéral » fait du marché l'organisation centrale de la société, la conception française du service public postule au contraire le rôle central des collectivités publiques dans la prise en charge des besoins collectifs<sup>106</sup>, le service public continuant de désigner une activité d'intérêt général sous le contrôle d'une collectivité publique. Le service public « à la française »<sup>107</sup>, et même suivant le droit belge<sup>108</sup>, a été traditionnellement identifié par son aspect organique, celui d'une institution mise au service d'un intérêt général d'une importance sociale telle qu'il appelle une intervention de la puissance publique, et par le phénomène de monopole<sup>109</sup>. Sous cette inspiration, le droit public économique congolais a longtemps organisé le monopole dans beaucoup de secteurs (eau, électricité, assurances, etc.). L'option de libéralisation de l'économie levée par l'État

<sup>102</sup> E. CADEAU, « La satisfaction des besoins collectifs : le service public », in M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER (dir.), *Droit public général*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Lexis Nexis, 2011, pp. 516-521.

<sup>103</sup> D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 341.

<sup>104</sup> A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, coll. « Droit Fondamental », 1997, p. 76.

<sup>105</sup> G. J. GUGLIELMI, G. GOUBI, *op. cit.*, n°210, p. 104

<sup>106</sup> C. LE BERRE, « L'analyse économique du service public », in AFDA, *Le service public*, Actes de colloque, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2014, p. 94.

<sup>107</sup> Le droit français part de la puissance publique regardée comme garantie des solidarités et des libertés fondamentales. Ici, le service public implique un jugement de valeur dans l'esprit des gouvernants : c'est la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée à satisfaire tel besoin collectif qui incite les pouvoirs publics à prendre directement en charge la satisfaction de ce besoin. À l'inverse, le droit communautaire européen part de la liberté de circulation des personnes, des biens et des services sur le marché intérieur de l'Europe, jugée favorable à la paix et la prospérité. La charge symbolique de la notion de service public « à la française » ne peut que se heurter à des concepts communautaires « laïcisés ». (I.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 12, pp. 13-14 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 705, p. 580).

<sup>108</sup> En ce sens, A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 54

<sup>109</sup> *JO*, n°57 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 2, n° 466, p. 1125.

congolais à travers la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille<sup>110</sup> permet aujourd'hui, outre les cas de délégation de service public par voie de contrat (concession, contrat de gestion) ou non, de voir l'existence des activités privées concurrentielles dans un domaine qui était hier réservé uniquement à l'action économique des pouvoirs publics.

### **Section 3 : LA CLASSIFICATION DES SERVICES PUBLICS**

Les services publics peuvent être classés en fonction de leur objet. De ce point de vue, il existe des services publics régaliens, économiques, sociaux, culturels, etc. Sur ce plan missionnaire, la doctrine<sup>111</sup> conçoit une différenciation des services publics à travers quatre rubriques : les services publics ayant pour finalité l'instauration ou le maintien de l'ordre et la régulation des activités privées (défense nationale, justice, police, administration pénitentiaire, lutte contre incendie, contre la pollution, etc.), les services ayant une finalité de protection sociale et sanitaire (services d'assistance ou d'aide et actions sociales, service de sécurité sociale, service public de l'emploi, service public hospitalier, service public de logement social, etc.), les services publics à vocation éducative et culturelle (établissements publics d'enseignement, centres publics de recherche, musées, parcs nationaux, bibliothèques publiques, service public de communication audiovisuelle, etc.) et les services publics à caractère économique (entreprises du portefeuille de l'État). Mais cette classification fonctionnelle des services publics n'aboutit qu'à mettre, avant tout, en valeur l'extension des domaines d'intervention de l'État dans la vie sociale. Jean-François Lachaume souligne qu'il s'agit ici d'« une approche plus politique que juridique liée à une croissance considérable de l'intérêt général considéré comme but de service public »<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, n°60 et 61, pp. 47-48 ; P.

<sup>111</sup> P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, p. 570 et s.

<sup>112</sup> J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 119

Guidé par le point de vue selon lequel le service public auquel le caractère « industriel et commercial » n'est pas reconnu est un service public administratif, le législateur congolais a établi, en 2008, lors de la réforme des anciennes entreprises publiques du régime du 6 janvier 1978, un critère de distinction entre ces dernières, à savoir le « secteur marchand », lequel désigne le « secteur d'activités économiques soumis à la concurrence et dont le but est de générer des profits » (art. 3, L. du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques). L'objet à caractère industriel et commercial est écarté de la notion d'établissement public et plus largement de celle de service public non marchand.

Il y a donc, comme en doctrine<sup>113</sup>, une distinction à faire entre « services marchands » et « services non marchands ». Quel que soit le statut de l'organisme qui les assure, les premiers qui se caractérisent par des activités de production, de distribution et de services sont soumis au droit de la concurrence et de la consommation, les seconds, fréquemment qualifiés de « services publics par nature » et consistant en des activités soit de puissance publique soit de solidarité sociale, échappent tant en ce qui concerne leur création que leur fonctionnement. En droit congolais, tous les services publics organiques sont désormais non marchands, et tous les services publics fonctionnels sont donc des services publics marchands (entreprises publiques et sociétés d'économie mixte formant les entreprises du portefeuille de l'État). Au sens du droit communautaire européen, si les activités d'autorité entrent dans la catégorie de services publics administratifs, toutes les activités marchandes d'intérêt général forment de services publics industriels et commerciaux ou en partie de « services d'intérêt économique général ». Pour cette catégorie de services, les collectivités publiques doivent satisfaire l'intérêt général comme aurait dû le faire le marché<sup>114</sup>. De ce qui précède, Stéphane Braconnier propose plutôt la distinction entre les services de puissance publique, à l'abri, par nature, des règles du marché, et les services économiques, soumis à un environnement juridique garantissant une concurrence équitable, dans la mesure où il porte atteinte ni aux

---

<sup>113</sup> N. FOULQUIER, « Le service public », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 72.

<sup>114</sup> C. LE BERRE, « L'analyse économique du service public », *op. cit.*, p. 102

exigences de l'intérêt général, ni à l'intégrité du service universel<sup>115</sup>.

Lorsqu'on évoque les grandes catégories de services publics sur le plan juridique et du contentieux, on entend plutôt mettre en évidence la différenciation établie par la jurisprudence administrative entre les services publics administratifs (SPA) et les services publics industriels et commerciaux (SPIC). Les uns et les autres constituent, au regard des éléments de la définition du service public, des services publics à part entière.

## §1. LES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS

À la - fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, le service public n'a été considéré que comme l'activité des personnes publiques (conception organique), presque synonyme d'Administration, même si celle-ci pouvait en confier la gestion à une personne privée par un contrat de concession. Jusqu'en 1921, c'est-à-dire jusqu'à la solution adoptée par le célèbre arrêt du *Bac d'Eloka* qui admet que les services publics pouvaient avoir un objet « industriel et commercial », les seuls services publics dont l'existence était clairement reconnue étaient des « services publics administratifs » (SPA). Leur particularité était d'avoir un objet administratif, qui les distinguait nettement des activités privées, réputées industrielles ou commerciales. Le monde de l'activité humaine était, à l'époque, coupé en deux : aux personnes publiques incombaient les activités administratives, aux personnes privées revenaient les activités industrielles ou commerciales. Dans ce contexte, la qualification de service public dépendait essentiellement de la nature juridique de l'organe qui gère l'activité. Cet organe devait être une personne publique, c'est-à-dire l'État, une collectivité locale ou un établissement public. Pendant la période de l'État libéral classique, l'action de l'État sur la société ne se conçoit en effet que de façon limitée, tout ce que fait l'État est service public, et il n'y a pas de service public en dehors de l'action d'une personne publique. Mais avec les vicissitudes du service public apparues depuis 1921 (irruption du droit privé dans le régime des services publics et

---

<sup>115</sup> S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 244.

irruption des personnes privées dans la gestion des services publics<sup>116</sup>), les choses ne sont plus aussi simples comme auparavant.

Dès lors, il est d'abord nécessaire de rechercher les critères d'identification du service public administratif et, par la suite, tirer les conséquences juridiques attachées à la qualification d'un service public en SPA.

## **I. Les critères d'identification du service public administratif**

Le SPA est le service public par excellence, celui auquel l'utilisateur recourt le plus souvent. Mais la notion de SPA est difficile à cerner lorsque l'élément organique fait défaut, notamment dans le cas des organismes professionnels. La définition du service public administratif est en réalité une définition négative : constitue un SPA, le service public auquel le caractère industriel et commercial n'est pas reconnu par les textes (A) ou ne peut pas lui être attribué à partir de critères jurisprudentiels (B).

### **A. La qualification fondée sur un texte**

Le SPA est d'abord le service public dans son domaine « naturel »<sup>117</sup>, c'est-à-dire le service public qui exerce les seules activités régaliennes de l'État (défense nationale, police, justice ou affaires étrangères). Le caractère administratif de ces services publics constitutionnels - Police nationale (art. 182 à 186, Const.), Forces armées (art. 187 à 191, Const.), Justice (art. 149, Const.) et Affaires étrangères (art. 202, point 1, Const.) - ne soulève pas de débat. Organiquement, la notion de service public constitutionnel est très étroitement liée à l'État. Car les services publics constitutionnels sont nécessairement des services publics nationaux, c'est-à-dire des services publics pris en charge par l'État<sup>118</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français établit la distinction entre les « services publics constitutionnels » et les « services publics non constitutionnels »<sup>119</sup>. Du point de vue organique, les services publics constitutionnels sont nécessairement des services publics nationaux, c'est-à-dire des services publics pris en charge directement par l'État ou le pouvoir central. Dans ces conditions, « une activité prise en charge par une personne privée ne peut en aucun cas être considérée comme une activité de service public constitutionnel »<sup>120</sup>. Du point de vue matériel, la catégorie des services publics constitutionnels embrasse les services publics régaliens et tous les services publics liés à la satisfaction de droits créances dans le domaine social (enseignement public, services publics destinés à répondre aux besoins de la population en matière de santé, aide sociale et sécurité sociale<sup>121</sup>).

<sup>116</sup> J.-C. RICCI, *Droit administratif général*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, Hachette Supérieur, coll. « HU Droit », 2013, n°199 et 200, p. 113,

<sup>117</sup> Le maître à penser de l'École de Toulouse, Maurice Hauriou, avait proposé une théorie du « service public par nature » renvoyant au service public à son domaine « naturel » dans le cadre de l'État-gendarme. (Note sur CE, 7 avril 1916, Astruc, *Recueil Sirey*, 1916, p. 41).

<sup>118</sup> Voy. aussi S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 10 ; J.-P. VALETTE, *Droit des services publics*, *op. cit.*, pp. 59-61.

<sup>119</sup> VALETTE, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 58 et s

<sup>120</sup> S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 11.

<sup>121</sup> La jurisprudence constitutionnelle française a, en réalité, dégagé la notion de « service public constitutionnel » à partir du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, spécialement en considération de son alinéa 9.

Rappelons que guidé par le point de vue selon lequel le service public auquel le caractère « industriel et commercial » n'est pas reconnu est un SPA<sup>122</sup>, le législateur congolais a établi lors de la réforme des anciennes entreprises publiques du régime du 6 janvier 1978, un critère de distinction, le « secteur marchand ». Désormais les établissements publics ont uniquement un objet à caractère soit administratif, soit social et culturel, soit scientifique et technique<sup>123</sup>. L'objet à caractère industriel et commercial est écarté de la notion de services publics non marchands. Et c'est logique. Doctrinalement, un établissement public renvoie à l'affectation, réalisée par les autorités publiques (État, province ou entité territoriale décentralisée), d'un patrimoine spécial, juridiquement distinct du patrimoine général du pouvoir créateur, à un service public qui, pour la gestion de ce patrimoine et la réalisation de son objet, est doté d'une autonomie organique et technique, sous la tutelle et le contrôle de ce dernier<sup>124</sup>. Pour sa part, le législateur congolais définit l'établissement public comme « toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public »<sup>125</sup>. Ici, le terme « État » désigne la puissance publique et comprend globalement le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée.

Le SPA partant des textes de création. De ce qui précède, on peut citer quelques exemples des services publics administratifs, quel que soit l'objet (administratif, culturel, financier, social, scientifique ou technique) repris dans le texte constitutionnel, législatif ou réglementaire de création : la Banque centrale du Congo (BCC), la Caisse nationale de péréquation (CNP), le Fonds d'entretien routier (FONER), l'Office congolais de contrôle (OCC), l'Office des voiries et de drainage (OVD), l'Agence congolaise de presse (ACP), l'Institut national de sécurité sociale (INSS), la Régie des voies fluviales (RVF), l'Office de gestion du fret multimodal (OGEFREM), l'Institut national de préparation professionnelle (INPP), le Cadastre minier (CAMI) et la Direction générale des douanes et accises (DGDA).

---

(L. FAVOREU, « Service public et Constitution », AJDA, 20 juin 1997, n° spécial, pp. 16-19 ; *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, pp. 789-805).

<sup>122</sup> En ce sens, J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 171, p. 93.

<sup>123</sup> Article 4 de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 18

<sup>124</sup> A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, n° 198, p. 147.

<sup>125</sup> Article 2 de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 17

## B. La qualification suivant la jurisprudence

Dans le silence des textes, le juge administratif français a été amené à recourir à un faisceau d'indices pour pouvoir qualifier *un* service public de SPA. Trois indices sont explorés par la jurisprudence <sup>126</sup> afin de déterminer si un service public est un SPA ou un SPIC. Mais il suffit que deux d'entre eux coïncident pour que le juge qualifie le service de SPIC ou de SPA. Toutefois, faut-il le souligner, la méthode jurisprudentielle du faisceau d'indices peut être librement écartée par la loi, du fait que celle-ci se situe, dans la hiérarchie des sources formelles de droit public, au-dessus des règles jurisprudentielles. En outre, en dehors d'une qualification textuelle, le service public est d'abord présumé de nature administrative. Cette présomption peut être renversée, si simultanément par son objet, son mode de financement et ses modalités de fonctionnement, le service possède une nature industrielle et commerciale. À défaut de satisfaire à l'un de ces trois indices, la nature administrative du service sera, en principe, retenue par le juge. Pour certains services publics, c'est à partir de leur objet que la présomption d'administrativité résiste à toute remise en cause : justice, enseignement, défense, voirie, ponts à péage, autoroute, action sanitaire, action sociale, action culturelle, etc. Pour d'autres, ce sont leurs modes de financement qui font obstacle au renversement de la présomption : services gratuits ou quasi gratuits, donc financés essentiellement ou pour une partie importante par l'impôt ou leurs techniques de gestion (personnel relevant du statut de la fonction publique, application des règles de la comptabilité publique, contrôle par un organisme public de contrôle)<sup>127</sup>.

Il faut d'abord regarder l'objet du service public, lequel désigne la substance même de son activité. La question est de savoir si le service effectue des opérations de production, d'achat, de vente, de louage, qui s'apparentent à celles des entreprises privées<sup>128</sup>. En principe, le service public est « industriel ou commercial » si son objet est de type économique<sup>129</sup> ou si les opérations menées peuvent être assurées par une entreprise ordinaire sur un marché concurrentiel<sup>130</sup>. Si cette activité n'est pas comparable à celle d'une entreprise

---

<sup>126</sup> Arrêt du Tribunal des conflits du 20 janvier 1986, S.A. Roblot, *AfDA*, 1986, p. 267. Arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott, *RFDA*, 2006, p. 119, note Lachaume, à propos d'un SPIC de distribution d'eau

<sup>127</sup> J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 176, p. 95.

<sup>128</sup> G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 223, p. 109.

<sup>129</sup> E. CADEAU, « La satisfaction des besoins collectifs : le service public », *op. cit.*, p. 533.

<sup>130</sup> G. ECKERT, *Droit public des affaires*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Lextenso-Éditions, coll. « Focus Droit », p. 183.

privée, l'indice plaide pour une nature de SPA. Par exemple, l'activité qui consiste à accorder des subventions non remboursables.

Il faut ensuite vérifier le mode de financement du service public, c'est-à-dire l'origine des ressources du service public. Si celles-ci sont essentiellement alimentées par des subventions ou par des recettes fiscales, ce deuxième indice penche en faveur du SPA. Le mode de financement est parfois pris en compte de façon prééminente, voire exclusive. Un service public peut être qualifié d'administratif uniquement en raison de son régime de financement, lorsqu'il s'agit d'une taxe fiscale<sup>131</sup>. Par exemple, d'après le Conseil d'État français, les services publics d'enlèvement des ordures ménagères sont des SPIC ou des SPA selon qu'ils sont financés par une « redevance » pour service rendu perçue sur leurs usagers ou par une « taxe » de nature fiscale<sup>132</sup>. Dans le premier cas, cela aboutit à la nécessité d'une certaine correspondance entre le coût réel du bien ou du service et la redevance demandée à l'usage<sup>133</sup>

Il faut enfin voir les modalités de fonctionnement du service public, lesquelles désignent les conditions dans lesquelles la gestion du service public est assurée. Lorsque les modalités de fonctionnement du service public sont profondément dérogatoires aux règles prévues en droit privé, elles font pencher ce troisième indice en faveur d'une qualification de SPA. C'est le cas, par exemple, des activités soumises aux règles de la comptabilité publique<sup>134</sup> ou exécutées en régie avec un personnel relevant du statut de la fonction publique<sup>135</sup>.

## **2. Les conséquences juridiques attachées à la qualification d'un service public de SPA**

Les SPA sont, de manière générale, soumis à une gestion publique. Ils sont soumis au droit public, c'est-à-dire au droit administratif. Le SPA dispose de prérogatives de puissance

---

<sup>131</sup> P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°703, p. 579.

<sup>132</sup> Avis CE, Sect., 10 avril 1992, SARL Hofmiller, *AJDA*, 1992, p. 688 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n°36-7, p. 229 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 226, p. 111.

<sup>133</sup> LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 381.

<sup>134</sup> Arrêt CE, Ass., 16 novembre 1956, *UUnion syndicale des industries aéronautiques*, *Recueil Dallaz*, 1956, p. 759 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAMANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 36-3, p. 226.

<sup>135</sup> Arrêt du Tribunal des conflits, 19 décembre 1988, Ponce, *AJDA*, 1989, p. 274 ; G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 96, p. 139.

publique (privilège du préalable<sup>136</sup>, privilège d'exécution d'office ou d'exécution forcée<sup>137</sup>, privilège réglementaire<sup>138</sup>) et se trouve soumis à des sujétions spéciales. Car la puissance publique ne se caractérise pas seulement par des dérogations « en plus » au régime juridique des simples particuliers mais aussi par des dérogations « en moins »<sup>139</sup> L'Administration ne peut, par exemple, se décider que pour des motifs d'intérêt général. Le personnel du SPA est dans une situation de droit public, c'est-à-dire ses agents sont des fonctionnaires ou, tout au moins, des agents publics. Ses biens bénéficient de la protection issue du régime de la domanialité publique (imprescriptibles, insaisissables et inaliénables pour ceux affectés à l'usage direct du public ou aux services publics) et ses deniers sont des deniers publics soumis aux principes posés par la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques<sup>140</sup> et au contrôle de l'Inspection générale des finances (IGF) et de la Cour des comptes. Les contrats du SPA sont des contrats administratifs soumis aux règles définies par la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés public<sup>141</sup>, à l'exception des cas de contrat privé de l'Administration<sup>142</sup>. Les travaux réalisés pour le compte du SPA ont la qualité de travaux publics<sup>143</sup>. L'expropriation pour cause d'utilité publique et la réquisition peuvent être mises en œuvre au profit d'un SPA.

---

<sup>136</sup> Règle selon laquelle la décision administrative produit des effets obligatoires dès son édicition, sans intervention préalable du juge pour *lui* reconnaître ce caractère exécutoire. C'est en vertu de ce privilège que l'Administration prend des actes unilatéraux exécutoires, car couverts par *la* présomption de légalité.

<sup>137</sup> Moyen ouvert exceptionnellement à l'Administration pour contraindre un administré récalcitrant à respecter la loi ou une décision administrative. Pour y recourir, il faut que l'Administration se heurte à un refus caractérisé de respecter la décision administrative et qu'en aval les mesures d'exécution forcée se limitent à ce qui est strictement nécessaire.

<sup>138</sup> Pouvoir de prendre des décisions exécutoires de caractère général et impersonnel, c'est-à-dire d'imposer unilatéralement des obligations et de créer éventuellement des droits.

<sup>139</sup> J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDPA*, 1953, p. 279 ; F. VUNDUAWAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>140</sup> *JO*, n° spécial, 25 juillet 2011.

<sup>141</sup> *JO*, n° spécial, 30 avril 2010.

<sup>142</sup> Les contrats passés par l'Administration portant sur son domaine privé sont des contrats privés de l'Administration (contrats relatifs à la cession des biens déclassés ou contrats sur les immeubles relevant du domaine privé de l'État)

<sup>143</sup> Le travail public comporte trois éléments : 1°) le travail public est celui qui est exécuté sur un immeuble ; 2°) le travail doit être fait dans un intérêt général ; 3°) le travail doit être effectué pour le compte d'une personne publique. L'expression « travail public » désigne à la fois le travail (construction, réparation...) et le résultat du travail, c'est-à-dire l'ouvrage public lui-même. (Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 581 et s ; F. COLIN, *L'essentiel du droit administratif des biens*, 4e éd., Paris, Gualino éditeur, Lextenso éditions, coll. « Les Carrés », 2014, p. 113 et s).

Les usagers du SPA sont dans une situation légale et réglementaire en ce sens que ce service public est régi par des lois ou des règlements. Si l'Administration peut, à tout moment, modifier unilatéralement la situation de l'utilisateur, celui-ci a cependant droit à l'application des principes fondamentaux applicables à tous les services publics (principe de continuité et principe d'égalité notamment). L'utilisateur peut se défendre par le moyen du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif<sup>144</sup> ou demander la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration soit devant le juge civil en cas de préjudice ordinaire, soit devant tout juge administratif de droit commun en cas de contentieux de pleine juridiction, soit uniquement devant la Cour suprême de justice, en attendant l'installation du Conseil d'État, en cas de préjudice exceptionnel<sup>145</sup>.

Si un SPA est géré par une personne privée, comme c'est le cas des ordres professionnels ou des fédérations sportives<sup>146</sup>, l'organisation et le fonctionnement du service font, tout de même, une très large place au droit privé, car l'absence d'une personne publique rend techniquement impossible une application de principe du droit administratif. Toutefois, la présence d'un service public, donc d'une activité d'intérêt général caractérisé, ne permet pas une soumission intégrale au droit privé. Le droit public s'applique dans deux hypothèses au moins : à propos du régime juridique des actes individuels et réglementaires<sup>147</sup> édictés dans la gestion du service public et qui révèlent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (par exemple, le Conseil national de l'Ordre des avocats a pris, en date du 19 août 1987, le règlement intérieur-cadre des barreaux de la République Démocratique du Congo) et à propos de la recherche de la responsabilité extracontractuelle des gestionnaires privés

---

<sup>144</sup> En attendant l'installation du Conseil d'État, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs institués par la Constitution du 18 février 2006, les cours d'appel et la Cour suprême de justice jouent le rôle de juge administratif de droit commun. (art. 154, L.-O. du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, *JO*, n° spécial, 4 mai 2013, col. 36).

<sup>145</sup> Suivant l'article 155, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006, ce dommage, matériel ou moral, doit trouver son origine dans une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République ou de la province qui exercent le pouvoir exécutif ou par les organes exécutifs des entités territoriales décentralisées. La proposition de loi organique portant organisation, compétence et procédure des juridictions de l'ordre administratif ajoute parmi ces autorités les établissements publics. Ce dommage doit être exceptionnel dans la mesure où il est imprévisible et doit frapper spécialement un particulier ou un groupe restreint de particuliers. Il est question ici d'une responsabilité sans faute de la puissance publique.

<sup>146</sup> Voy. aussi R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 206, p. 175.

<sup>147</sup> Traditionnellement, la notion d'acte administratif s'entendait d'acte émané de l'Administration et, plus précisément, d'une personne publique (collectivité territoriale ou établissement public). Les ordres professionnels étant chargés d'exercer une mission de service public par voie de discipline et de réglementation de la profession sous le contrôle de l'État, ils peuvent prendre des mesures disciplinaires (actes individuels) et faire de règlements susceptibles de recours en annulation pour illégalité devant le juge administratif.

lorsque le dommage causé est lié à la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique.<sup>148</sup>

Sur le plan fiscal, les SPA sont exemptés ou exonérés, selon le cas, de l'impôt foncier, de l'impôt sur les véhicules, de l'impôt sur les revenus locatifs, de l'impôt professionnel sur les bénéfices et profits et de l'impôt exceptionnel sur les rémunérations du personnel expatrié. Ils demeurent néanmoins redevables de l'impôt professionnel sur les rémunérations versées aux nationaux comme aux expatriés employés. C'est dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) que la distinction entre les SPA et les SPIC présente un caractère moins opérationnel. Les organismes de droit public sont assujettis à la TVA suivant le seuil déterminé par la loi, sauf en ce qui concerne les missions fondamentales de l'État, celles qui relèvent de son pouvoir de souveraineté et qu'il ne peut déléguer (défense nationale, police, justice, diplomatie, établissement de l'impôt).<sup>149</sup> Est en effet assujettie à la TVA toute personne qui accomplit d'une façon indépendante une activité économique, quels que soient les buts ou les résultats de cette activité. Les personnes morales de droit public ne sont pas assujetties à la TVA que pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs, sauf si leur non-assujettissement entraîne de distorsions dans les conditions de la concurrence. Il y a distorsion à la concurrence lorsque « leurs activités se réalisent dans les mêmes conditions que les personnes privées quant au public visé, aux prix pratiqués et aux moyens publicitaires utilisés »<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 179, p. 97.

<sup>149</sup> J LAIVARQUE, « La TVA et la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 286

<sup>150</sup> DGI, *Guide fiscal et comptable de la TVA*, Kinshasa, 2012, p. 39.

## §2. LES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX

L'application du droit privé dans la gestion des SPIC constitue l'un des éléments majeurs de ce que l'on a appelé la « crise du service public »<sup>151</sup>. La privatisation des services publics par le fait soit d'application du droit privé aux services publics industriels et commerciaux, soit de la gestion des services publics administratifs par des organismes privés, a en effet provoqué l'effritement de la notion unificatrice de service public. D'où l'on a parlé de « déclin », « vicissitudes », « crise », « démembrement »<sup>152</sup>, du service public. Mais le juge est venu au secours de la notion en crise et une série d'arrêts intervenus dans les années 1955-1960 l'ont revigorée de sorte que le « service public » demeure l'élément majeur de reconnaissance d'un certain nombre de notions-clefs du droit administratif : agent public, travaux publics, domanialité publique, contrats administratifs<sup>153</sup>. Le service public renvoie, en fin de compte, à « l'ensemble des activités nécessaires à la vie sociale que le marché ne peut fournir »<sup>154</sup>.

Il importera de trouver les critères d'identification, au sein de l'ensemble des services publics, ceux qui possèdent une nature industrielle et commerciale (A) et de dégager ensuite les conséquences juridiques qui s'attachent à la qualification d'industriel et de commercial d'un service public (B).

### A. Les critères d'identification du service public industriel et commercial

---

<sup>151</sup> DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris LGDJ, 1954; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, p. 75, n° 150; C. KABANGE NTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>152</sup> En ce sens, J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 454.

<sup>153</sup> J.-F. LACHAUME, fi. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cir.*, pp. 117-144 ; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 454.

<sup>154</sup> A.-S. MESCHERIAKOFF, « Service public et marché, histoire d'un couple ou vie et mort du service public à la française », AFDA, *Le service public*, Actes de colloque, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2014, p. 17

D'origine ancienne, les services publics industriels et commerciaux ne furent qualifiés comme tels par le Conseil d'État français qu'en décembre 1921 dans l'arrêt « Société générale d'armement »<sup>155</sup>. Cette décision fait tout naturellement suite à la célèbre décision du Tribunal des conflits français du 22 janvier 1921, dite du « *Bac d'Eloka* », dans laquelle le juge observe que la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire<sup>156</sup>. À partir de cette décision, l'unique catégorie des services publics est scindée en deux : d'un côté, les SPA et, de l'autre, les SPIC, qui regroupent dès lors les services publics d'eau, de gaz, d'électricité, de transports, etc., qui étaient auparavant soumis au même régime juridique que celui des services publics devenus les SPA.

Pour déterminer si un service public présente un caractère industriel ou commercial, l'on se réfère d'abord à des textes et, faute de quoi, aux critères dégagés par la jurisprudence.

## **I. La qualification fondée sur un texte**

Depuis l'indépendance de la République Démocratique du Congo intervenue le 30 juin 1960 et partant de la forme juridique adoptée par les pouvoirs publics pour l'action économique de l'État, on peut distinguer à ce sujet deux grandes périodes : la période d'avant la réforme du 7 juillet 2008 et celle d'après.

### **1. État de la question avant la réforme des entreprises publiques de 2008**

L'action économique ou l'activité industrielle et commerciale de l'État est d'abord réalisée, avant le 6 janvier 1978, sous la forme juridique de « société », l'État étant l'« associé unique ». C'est le cas des sociétés nationalisées de l'époque (l'Union minière du Haut-Katanga - UMHK - devenue en 1967 la Générale congolaise des carrières et des mines - GECOMIN). Mais en 1971, la GECOMIN est transformée en société d'État sous l'appellation de la Générale des carrières et des mines - GECAMINES. D'autre part, des entreprises créées de toutes pièces par l'État (la SONAS en 1966, la SNEL en 1970 et la Société zaïroise de commercialisation des minerais - SOZACOM - en 1974) sont instituées en sociétés d'État par le législateur. La société d'État désigne « un établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité juridique et placé sous le contrôle de l'État »<sup>157</sup>. Dès lors, les sociétés d'État ou les sociétés nationales constituées par les pouvoirs publics étant des établissements publics à caractère industriel et commercial, elles doivent être rangées dans la catégorie de SPIC<sup>158</sup>.

Sous la législation du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, une entreprise publique qualifiée légalement d'établissement public pouvait être,

---

<sup>155</sup> J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 473.

<sup>156</sup> Signalons en passant que dans l'entre-temps, la Cour suprême de Côte d'Ivoire a pris en date du 14 janvier 1970, dans *l'affaire de la Société des Centaures Routiers*, une position contraire: « L'exploitation d'un bac présente le caractère d'un service public administratif dont les usagers ne sont pas liés à l'État par un contrat de transport de droit privé même lorsqu'ils doivent acquitter un péage ». (*AJDA*, 1970, p. 560, rapp. M. Bernard). Mais cette jurisprudence ne remet nullement en question la catégorie des SPIC. Elle en déplace seulement les frontières au détriment et au profit des SPA. Les SPIC demeurent. Il y a seulement un SPIC de moins. (D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n° 124, p. 29).

<sup>157</sup> Voy. notamment l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 juillet 1974 portant création et statuts de la SOZACOM.

<sup>158</sup> En ce sens, LUKOMBE NGHENDA, *Le droit des entreprises publiques...*, *op. cit.*, n° 49-50, pp. 36-38.

entre autres, « à caractère industriel ou commercial »<sup>159</sup>. En application de cette législation, le pouvoir réglementaire confia à de nombreuses entreprises publiques un objet à caractère industriel et/ou commercial. C'est le cas des anciennes entreprises publiques ci-après :

- la Société nationale d'assurances « SONAS » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance ri 78-194 du 5 mai 1978 portant statuts<sup>160</sup> - à caractère technique et commercial) ;
- la Régie des voies aériennes « RVA » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n°7/200 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique et commercial) ;
- l'Air Zaïre, devenue par décret ri 036 du 15 octobre 1997 les Lignes aériennes congolaises « LAC » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-205 du 5 mai 1978 portant sa création et statuts - à caractère commercial) ;
- la Régie des voies fluviales « RVF » (art. 1, ordonnance ri 78-199 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère commercial et industriel) ;
- la Compagnie maritime zaïroise « CMZ » (art. 1, ordonnance n° 78204 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère commercial) ;
- l'Office de gestion du fret maritime « OGEFREM » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance ri 80-256 du 2 novembre portant sa création et statuts - à caractère commercial et technique) ;
- la Régie des voies maritimes « RVM » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-198 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique et commercial) ;
- l'Office national des transports « ONATRA » (art. 1<sup>er</sup>, décret ri 0051 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- la Société nationale des chemins de fer du Zaïre « SNCZ » (art. 1<sup>er</sup>, décret n° 0050 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- l'Office des chemins de fer des Uélés « CFU » (art. 1<sup>er</sup>, décret n° 0052 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- l'Office national de développement de l'élevage « ONDE » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-213 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique et commercial) ;
- la Société nationale de l'électricité « SNEL » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78196 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- la Régie des distributions d'eau et d'électricité de la République du Zaïre « REGIDESO » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-197 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique, industriel et commercial) ;

---

<sup>159</sup> Article 4 de la loi n°78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, *JO*, n° spécial, octobre 2001 (Textes coordonnés et mis à jour au 29 septembre 2001), p. 6.

<sup>160</sup> Le terme « statuts » désigne « l'acte constitutif d'une société ou d'une association rédigé par écrit comportant un certain nombre de mentions obligatoires qui posent les objectifs ainsi que les règles de fonctionnement de la société ou de l'association » (S. GUINCHARD, T. DEBARD (dit.), *Lexique des termes juridiques*, 20e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 865) ou « le texte fixant les règles fondamentales de création, de compétence, d'organisation et de fonctionnement d'une institution » (LUKOMBE NGHENDA, *Le droit des entreprises publiques...*, *op. cit.*, n° 12, o. 11).

- la Générale des carrières et des mines « Gécamines » (art. 1<sup>er</sup>, décret n° 0049 du 7 novembre 1995 portant sa création et ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- la Congolaise des hydrocarbures « Cohydro » (art. 1<sup>er</sup>, décret-loi n° 245 du 9 août 1999 portant sa création et ses statuts - à caractère technique, commercial et industriel) ;
- la Société de développement industriel et minier du Congo « SODIMICO » (art. 1<sup>er</sup>, décret n° 131/2002 du 16 octobre 2009 portant sa création et ses statuts - à caractère industriel et commercial) ;
- l'Office national des postes et télécommunications du Zaïre « ONPTZ » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-222 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique et commercial) ;
- l'Office zaïrois de contrôle « OZAC » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-219 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère technique et commercial) ;
- l'Office national de tourisme « ONT » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 86-2 10 du 12 juillet 1986 portant sa création et ses statuts - à caractère commercial) ;
- l'Office zaïrois du café « OZACAF » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 79-059 du 7 mars 1979 portant ses statuts - à caractère agricole, technique et commercial) ;
- l'Office zaïrois de radiodiffusion et de télévision « OZRT » (art. 1<sup>er</sup> C, ordonnance n° 81-051 du 2 avril 1981 portant sa création et ses statuts - à caractère éducatif, industriel et commercial) ;
- la Foire internationale de Kinshasa « FIKIN » (art. 1<sup>er</sup>, ordonnance n° 78-218 du 5 mai 1978 portant ses statuts - à caractère commercial)<sup>161</sup>.

Les activités de nature économique ont été largement menées par l'État congolais sous la forme juridique d'établissement public à caractère industriel et/ou commercial. La notion d'activité économique vise, en droit communautaire européen, « toute activité qui consiste à offrir des biens et des services sur un marché donné »<sup>162</sup>. Si l'établissement public fait appel à la technique de fondation<sup>163</sup>, la société à celle d'association qui implique le concours de volontés, à l'exception de la société publique ou société nationale<sup>164</sup> où la personne publique territoriale peut être l'unique actionnaire. Le choix de la société, opérée à partir du 7 juillet 2008, offre en revanche « une souplesse de gestion et permet une meilleure adaptation du secteur public aux exigences croissantes de la concurrence »<sup>165</sup>.

## 2. Situation à partir de la réforme des entreprises publiques de 2008

---

<sup>161</sup> JO, année 1978

<sup>162</sup> P. ESPLUGAS, *op. cit.*, p. 125 ; A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, p. 197, n° 161.

<sup>163</sup> L'établissement public est constitué par le procédé de la fondation dans la mesure où il trouve son origine dans une décision unilatérale (loi, décret du Premier ministre ou arrêté de l'autorité exécutive locale) de l'autorité publique.

<sup>164</sup> La loi belge du 21 mars 1991 a, par exemple, transformé les organismes d'intérêt public dont l'activité se développe dans le secteur industriel et commercial en entreprises publiques autonomes. Il s'agit notamment de Belgacom, de SNCC Holding, de Infrabel, de la Poste, de Belgocontrol, de la RTBF (à caractère culturel). Elles sont constituées en réalité sous la forme d'une société anonyme de droit public. (D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 327 et 328, p. 220).

<sup>165</sup> J.-r. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 1650, p. 839

La réforme des entreprises publiques du 7 juillet 2008 s'inscrit plutôt dans un vaste mouvement actuel, qui s'observe surtout en Europe, de « sociétéisation » des entreprises publiques<sup>166</sup>. Le glas semble avoir sonné pour les grands établissements publics industriels et commerciaux nationaux, destinés à être irrémédiablement transformés en sociétés de droit privé<sup>167</sup>. La particularité de l'EPIC est le fait qu'il ne dispose pas d'un capital réparti en actions, mais de fonds propres constitués par une dotation apportée par la personne publique (l'État ou la collectivité locale) ayant créé l'établissement public<sup>171</sup>. Le droit positif congolais vient d'abandonner la forme d'établissement public pour l'organisation des entreprises publiques afin d'adopter la forme de société relevant du droit privé. À l'occasion de la réforme des anciennes entreprises publiques congolaises, celles relevant du « secteur marchand » devaient toutes être transformées en sociétés commerciales, soumises au régime de droit commun<sup>168</sup>. Certes, la plupart de ces entreprises publiques sont aujourd'hui transformées en sociétés commerciales, précisément sous la forme de société par actions à responsabilité limitée (SARL) avec un actionnaire unique, l'État, et dont les statuts ont été signés le 23 décembre 2010, au nom de l'État, par le ministre du Portefeuille<sup>169</sup>.

Cette opération de changement de caractère a concerné les anciennes entreprises ci-après : ONDE (transformé en service public), ONT (transformé en établissement public), FIKIN (transformée en établissement public) et RTNC (transformée en établissement public). Le pouvoir réglementaire<sup>170</sup> donc a dû reconsidérer le caractère des activités de ces services publics pour les exclure du secteur marchand, leur commercialité étant considérée comme secondaire. De son côté, la CADECO, qui fut une entreprise publique à caractère financier<sup>171</sup>, est transformée en société commerciale. On peut également constater que si la RVA est transformée en société commerciale, ce n'est pas le cas de la RVF, qui était pourtant une ancienne entreprise publique à caractère commercial et industriel. Cette dernière est plutôt transformée en établissement public. Tout ceci montre que la volonté du pouvoir créateur est prédominante.

## **b. La qualification suivant la jurisprudence**

---

<sup>166</sup> S. NICINSKI, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 2008, p. 35 ; J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 451, p. 272.

<sup>167</sup> D. BAILLEUL, Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, 2006, 105. ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n°767, p. 360; G. ECKERT, *op. cit.*, p. 94.

<sup>168</sup> Article 4 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques (*JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 6) et article 4 de la loi n° 08/O10 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État (*Idem*, p. 25). *Voy. JO*, n° spécial, 29 décembre 2010, 574 p.

<sup>169</sup> *Voy. JO*, n° spécial, 29 décembre 2010, 574 p. *oy. le décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, JO*, n° spécial, 30 avril 2009, pp. 13-17.

<sup>170</sup> *Voy. le décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, JO*, n° spécial, 30 avril 2009, pp. 13-17.

<sup>171</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 78-182 du 5 mai 1978, *JO*, n° 10, 15 mai 1978, p. 8; *Les Codes Larquier RDC*, t. 3, vol. 2 *Droit économique*, 2003, p. 439.

Dans le silence des textes, la jurisprudence administrative française recourt au même faisceau d'indices, à savoir : l'objet du service, son mode de financement et les modalités de son fonctionnement<sup>172</sup>.

En ce qui concerne l'objet du service, si l'activité est comparable à celle d'une entreprise privée, c'est-à-dire « une activité tournée vers l'achat, la vente, la production de biens ou de services »<sup>173</sup>, ce premier indice penche en faveur du SPIC. C'est le cas, par exemple, du service de distribution de l'eau ou de la plupart des activités de transport.

S'agissant du mode de financement du service, si les ressources proviennent principalement de redevances versées par les usagers, ce deuxième indice penche en faveur du SPIC. Le transport de voyageurs et la distribution de gaz ou d'électricité, qui se financent respectivement par la vente de tickets et par la souscription d'abonnements, illustrent ce cas. Par contre, si les ressources proviennent principalement de subventions ou de recettes fiscales, le caractère administratif du service ne ferait aucun doute. Ainsi, ne pourra être industriel et commercial qu'un service public dont les ressources proviennent pour l'essentiel d'un prix perçu sur les usagers qui se rapproche du coût réel du service<sup>174</sup>. Autrement dit, « le service a toujours un caractère payant ; à défaut, il ne peut pas être un service public industriel et commercial »<sup>175</sup>.

Quant aux modalités de fonctionnement du service, lorsque l'originalité par rapport aux règles du droit privé est faible, l'indice plaide pour une nature de SPIC. C'est, par exemple, le cas d'un service de distribution d'eau où les abonnés passent des contrats de droit privé avec le service public. Le critère est ici celui « de la similitude d'organisation et de fonctionnement par rapport aux entreprises privées », qui joue pour cette qualification. Toutefois, l'utilisation de ce faisceau d'indices peut soulever des difficultés lorsqu'on est en présence d'un cas de monopole. Un service public qui constitue un monopole peut-il être qualifié d'industriel ou commercial dans la mesure où le monopole est un signe de l'existence de prérogatives de puissance publique ? La jurisprudence administrative française est nuancée à cet égard. Elle tend à opérer une distinction entre les monopoles de droit qui seraient des SPA et les monopoles de fait qui seraient des SPIC. La SONAS, la SNEL ou la REGIDESO ont toujours été, malgré la situation de monopole, des SPIC en droit congolais.

La réalité peut être complexe : un service public peut être en partie administratif et pour partie industriel ou commercial. Par exemple, les ports autonomes sont des services administratifs quand ils exercent l'aménagement, l'entretien et la police du domaine portuaire, des services industriels et commerciaux quand ils exploitent l'outillage portuaire en réalisant des prestations de services<sup>176</sup>.

L'évolution de la jurisprudence française tend à réduire à deux les conditions dont la réunion permet le renversement de la présomption d'administrativité d'un service public en ne faisant référence pour

---

<sup>172</sup> CE, Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec.*, 1956, p. 434 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, pp. 593-600, n<sup>o</sup> 768771 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, pp. 82-90, n<sup>o</sup> 155-167 ; G. LEBRETON, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 96, pp. 138-140 ; J.-C. RICCI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>173</sup> S. BROCONNIER, *op. cit.*, p. 210.

<sup>174</sup> C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 289.

<sup>175</sup> TC, 21 mars 2005, *Alberti-Scott*, cité par J.-C. RICCI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>176</sup> CE, sect., 17 avril 1959, *Ababie*, *Rec.*, 1959, p. 239 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 36.7, p. 229 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 376 ; C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 291.

caractériser un service public industriel et commercial qu'à son objet et ses modalités de fonctionnement<sup>177</sup>. Toutefois, même affaibli, il demeure que le mode de financement du service reste un élément non négligeable d'identification du SPIC et mérite de garder son autonomie<sup>178</sup>. Par ailleurs, l'utilisation du faisceau d'indices conduit parfois à l'incertitude. Un même service peut recevoir des qualifications différentes dans le temps. Le Conseil d'État français a admis en 1974 que le service de bac reliant l'île de Ré au continent avait un caractère administratif alors que le Tribunal des conflits avait qualifié la même activité de SPIC dans la célèbre décision dite de *Bac d'Eloka* du 22 janvier 1921<sup>179</sup>.

## **B. Les conséquences juridiques attachées à la qualification d'un service public de SPIC**

Les activités industrielles et commerciales assumées par la personne publique peuvent prendre la forme juridique de droit public d'établissement public (« l'établissement public industriel et commercial apparaît comme la conjonction de l'établissement public et du service public industriel et commercial »<sup>180</sup> ou la forme juridique de droit privé d'entreprise publique (société nationale ou société publique et société d'économie mixte), c'est-à-dire la forme d'une société commerciale. Dès lors l'on comprend que les conséquences juridiques attachées à la qualification d'industriel et de commercial d'un service public dépendront profondément de la forme juridique de l'action économique de la puissance publique.

### **1. Les conséquences dans le cas d'établissement public industriel et commercial**

L'EPIC est bel et bien un service public. C'est à juste titre que les principes fondamentaux applicables à tous les services publics (principe de continuité, principe d'égalité et principe d'adaptation ou loi du changement) s'appliquent à l'EPIC. En droit congolais, les anciennes entreprises publiques du régime de la loi-cadre du 6 janvier 1978 furent toutes des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC). On peut rappeler que l'établissement public à caractère industriel et commercial constitue « le support juridique classique de l'entreprise publique, qui connaît un déclin très marqué dans la période contemporaine »<sup>181</sup>. C'est le cas, par exemple, de l'ancien ONATRA, des anciennes LAC, de l'ancienne SNEL, de l'ancienne REGIDESO ou de l'ancienne COHYDRO. Il s'agissait donc des SPIC placés sous une gestion publique.

146. Droit applicable. Le fonctionnement du service (notamment les rapports individuels avec les usagers et la mise à jeu de la responsabilité) relève en principe du droit privé, mais l'organisation relève du droit public. En effet, ce sont des ordonnances du Président de la République ou des décrets du Premier ministre qui ont effectivement organisé les anciennes entreprises publiques dans le respect de l'attribution du pouvoir réglementaire général de l'État par le constituant (Const. du 24 juin 1967,

<sup>177</sup> T. confl., 13 décembre 2010, Hôtel-restaurant de la Mense épiscopale de Strasbourg, *Rec. CE*, 2010, p. 690.

<sup>178</sup> LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 167, P. 90.

<sup>179</sup> C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, pp. 290-291 ; D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n° 122 et 123, pp. 28-29 (« le bac n'est que la continuation de deux routes qu'il relie ; en outre, les tarifs applicables sont calculés de façon à couvrir les dépenses et non à assurer des bénéfices »).

<sup>180</sup> J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 62.

<sup>181</sup> J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 1633, p. 832

telle que révisée par la loi n° 78-010 du 15 février 1978, - art. 42 - et ACT du 9 avril 1994 - art. 80, al. 2). Le personnel de l'EPIC relève du droit privé, car les agents étaient soumis au Code du travail<sup>182</sup> (contrat du travail à la base), exception était faite des membres du Conseil d'administration, du Comité de gestion et du Collège des commissaires aux comptes nommés ou désignés par acte administratif unilatéral. En outre, l'EPIC étant dans le secteur marchand, ce qui implique la concurrence dans la recherche du profit, est soumis à la loi du marché et fait des actes de commerce régis par le droit commercial, c'est-à-dire le droit privé. Si le SPIC sous forme d'établissement public passe des contrats soumis au droit administratif, les contrats conclus avec ses usagers sont toujours des contrats de droit privé, spécialement les différents contrats d'abonnement à l'eau (cas de la REGIDESO) ou à l'électricité (cas de la SNEL). Toutefois, le droit public s'applique aux biens relevant du domaine public affecté au SPIC sous forme d'établissement public, car le régime de protection de la domanialité publique joue à l'égard de tous les biens (bâtiments, véhicules, mobiliers, etc.) affectés au fonctionnement de tout service public.

## **2. Les conséquences dans le cas d'entreprise publique**

Avant de présenter le régime juridique d'un SPIC sous la forme d'une entreprise publique, il importe de préciser la notion d'entreprise publique tenant compte de l'évolution récente de la question en droit congolais.

---

<sup>182</sup> Loi n° 015/002 du 16 octobre 2002 portant Code de travail - art. 1<sup>er</sup>, *JO*, n° spécial, 25 octobre 2002, p. 6.

## a. Notion d'entreprise publique

La doctrine donne plusieurs définitions aux entreprises publiques. Ce sont, selon Jean Waline, « des entreprises industrielles et commerciales qui échappent à l'appropriation exclusive par le capital privé, et relèvent, en dernière analyse, de l'autorité de l'État »<sup>183</sup>. De son côté, Clément Kabange précise que l'entreprise publique est « une unité économique dotée de l'autonomie financière et dont le capital est soit exclusivement, soit partiellement constitué des apports en espèces ou en nature faits par l'État (ou par une personne publique territoriale) et destinés à être affectés à une exploitation commerciale, industrielle ou agricole »<sup>184</sup>.

De l'approche à la fois doctrinale et jurisprudentielle, les supports juridiques de l'entreprise se distribuent en fait en trois formes majeures : l'établissement public industriel et commercial, la société nationale et la société d'économie mixte<sup>185</sup>. L'établissement public est mis en oeuvre par la technique de fondation, tandis que la société nationale ou la société d'État et la société d'économie mixte par celle d'association.

Le droit belge range les sociétés d'économie mixte dans la catégorie d'organismes publics d'économie mixte<sup>186</sup>. La définition apportée par la doctrine belge des sociétés d'économie mixte est révélatrice à ce sujet. En effet, « les sociétés d'économie mixte sont des services publics créés par les pouvoirs publics et qui associent ceux-ci à des personnes privées pour le financement et la gestion de l'entreprise »<sup>187</sup>. Ici, la participation des pouvoirs publics à la gestion est accompagnée d'une participation publique au capital de l'entreprise<sup>188</sup>. En droit français et en droit congolais, la société d'économie mixte est une société anonyme dont l'État ou une autre collectivité publique détient une partie du capital, conjointement avec des actionnaires privés. Le caractère fondamental de la société d'économie mixte réside dans sa structure financière, à savoir l'association de capitaux publics et privés<sup>189</sup>. Cette mixité du capital a pour conséquence d'atténuer le pouvoir des personnes publiques sur ces sociétés et de les rapprocher des sociétés commerciales ordinaires<sup>190</sup>.

L'entreprise publique n'est désormais en droit congolais qu'une catégorie d'entreprises du portefeuille de l'État dans la mesure où elle est « toute entreprise du portefeuille dans laquelle l'État ou toute

---

<sup>183</sup> J WALINE, *op. cit.*, n° 232, p. 212.

<sup>184</sup> C. KABANGE NTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 61

<sup>185</sup> J. -P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 1632, p. 831 ; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 636.

<sup>186</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.*, n° 236, p. 171 ; M.A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 127, p. 300 et 302.

<sup>187</sup> D. BATSELr., T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 325, p. 219.

<sup>188</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.*, n° 236, p. 172.

<sup>189</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n°849, p. 424; LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 45-46.

<sup>190</sup> G. ECKERT, *op. cit.*, p. 187.

personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue des actions ou parts sociales - du capital social »<sup>191</sup>. La jurisprudence française va dans ce sens lorsqu'elle précise qu'une société relevant du secteur public constitue une entreprise publique lorsque les personnes publiques détiennent, ensemble ou séparément, directement ou indirectement (par l'intermédiaire des filiales) la majorité (plus de la moitié) du capital social<sup>192</sup>. À ce sujet Jacqueline Morand-Deville souligne que « l'entreprise publique est à double visage : publique, du fait que l'État possédait, totalement ou majoritairement, le capital et exerçait un fort contrôle sur son fonctionnement, entreprise, du fait d'une gestion reposant essentiellement sur des règles de droit privé »<sup>193</sup>.

Aujourd'hui, la CADECO, la COHYDRO, la Société commerciale la Minière de Kisenge Manganèse (SCMK-Mn), l'Hôtel KARAVIA, la GECAMINES, les LAC, les Lignes maritimes congolaises (LMC), la REGIDESO, la RVA, la Société des chemins de fer Uélé-Fleuve (CFUF), la Société commerciale et industrielle d'explosifs (SOCIDEX), la Société commerciale des transports et des ports (SCTP), la Société congolaise des postes et des télécommunications (SCPT), la Congolaise des voies maritimes (CVM), la Société de développement industriel et minier du Congo (SODIMICO), la Société minière de KiloMoto (SOKIMO), la SONAS, la SNEL, la SNCC ou la Société sidérurgique de Maluku (SOSIDER) sont des entreprises publiques, car l'État a la totalité des actions en tant qu'actionnaire unique<sup>194</sup>. **153. Forme de société.** L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique <sup>195</sup>dispose, en *effet*, en son article 385, alinéa 2, que « La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire »<sup>196</sup>. La société anonyme à actionnaire unique où la totalité des actions appartient à l'État ou à la personne publique est qualifiée, en droit français, de société à capital public. L'entreprise publique de ce type, assujettie à la législation des sociétés, constitue dans la mesure où son activité est une activité de service public, un nouveau mode de gestion privée des services publics<sup>197</sup>. C'est notamment lorsque l'activité considérée s'était vue reconnaître ce caractère avant même d'être confiée à une entreprise publique (distribution de l'électricité et du gaz)<sup>198</sup>. Ainsi la Constitution congolaise du 18 février 2006 précise-t-elle, en son article 81, que le Président de la République nomme, relève de leurs fonctions et, le cas échéant, révoque, sur proposition du Gouvernement délibérée en Conseil des ministres, les mandataires de l'État dans les entreprises publiques, excepté les commissaires aux comptes. Le décret n° 13/O55 du 13 décembre 2013 fixe le statut des mandataires publics dans les

---

<sup>191</sup> Articles 2, point c), de la loi n°08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille (*JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 10) et 3 de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État (*Idem*, p. 26).

<sup>192</sup> CE, Ass., 24 novembre 1978, « Schwartz », *Rec.*, 1978, p. 467; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n°97.8, p. 722.

<sup>193</sup> J.MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 489.

<sup>194</sup> À la lecture des statuts de ces 20 entreprises publiques l'on peut noter que conformément aux dispositions dérogatoires édictées par la loi n°08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, telle qu'appliquée par le décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, et à la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille et au droit commun des sociétés par actions à responsabilité limitée, ces entreprises publiques peuvent se composer d'un actionnaire unique, en l'occurrence l'État, ou de plusieurs actionnaires, personnes privées ou publiques. (I.O., n° spécial, 29 décembre 2010).

<sup>195</sup> Acte adopté le 17 avril 1997 et paru au journal officiel OHADA n° 2 du 1<sup>er</sup> octobre 1997 : *J.O.*, n° spécial, vol. 1, 12 septembre 2012, pp. 355-550 ; *Les Codes Larcier RDC*, t. VII Droit OHADA, 2010, pp. 33-90; *Code pratique OHADA*, Paris, Francis Lefebvre, 2013, p. 1137.

<sup>196</sup> *J.O.*, n° spécial, vol. 1, septembre 2012, p. 436 ; *Les Codes Larcier*, t. VII, 2010, p. 57.

<sup>197</sup> Y GAUDEMET, *Droit administratif op. cit.*, n° 848 et 864, p. 424 et 429.

<sup>198</sup> J. WALINE, *op. cit.*, 11'243, p. 223.

entreprises du portefeuille de l'État<sup>199</sup>. Par exemple, en application de ces textes, le Président de la République a procédé, le 16 mai 2014, à la nomination d'un Directeur général et des membres du Conseil d'administration d'une entreprise du portefeuille de l'État dénommée Société minière du Kivu, en sigle « SOMI KIVU<sup>200</sup> ».

## 2. Régime juridique

L'actuelle entreprise du portefeuille de l'État entendue comme « toute société dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions - du capital social - ou une participation »<sup>201</sup>. Le législateur congolais est précis quant au régime juridique et aux principes qui guident le règlement du contentieux relatif aux entreprises du portefeuille de l'État. Celles-ci sont régies par le droit commun et doivent prendre l'une des formes prévues par le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales (art. 4, loi n° 08/O10 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État)<sup>202</sup>. Mais les anciennes sociétés congolaises par actions à responsabilité limitée (SARL) sont transformées aujourd'hui en sociétés anonymes (SA) à la suite de l'adhésion au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et du dépôt de l'instrument d'adhésion de la République Démocratique du Congo<sup>203</sup>. Le trait commun à toutes les entreprises publiques est leur soumission de principe au droit privé et principalement au droit commercial<sup>204</sup>, en ce qui concerne tous les aspects de leur activité (rapports avec les fournisseurs, les clients et les tiers, prises de participation). Le personnel est composé de salariés soumis au droit du travail<sup>205</sup>. Le régime financier échappe totalement aux règles de la comptabilité publique. Sur cet aspect, l'entreprise publique est soumise transitoirement aux règles de la comptabilité générale ressortissant du Plan comptable général congolais (PCGC) et, de manière définitive, au système comptable de l'OHADA<sup>206</sup>. L'entreprise publique est soumise au régime fiscal de droit commun.

Pour assurer son contrôle, l'État organise sa représentation au sein de ces entreprises du portefeuille par la présence des mandataires publics actifs ou non actifs, nommés par le Président de la République en ce qui concerne les entreprises du portefeuille relevant du pouvoir central. C'est autant dire que le droit public s'applique à ces aspects.

En définitive, le service public peut être vu, tenant compte de cette double possibilité de qualification de SPA ou de SPIC, comme « une activité d'intérêt général, assurée soit par une personne publique, soit par une personne privée rattachée à une personne publique et soumise à un régime juridique

---

<sup>199</sup> *JO*, n° 3, 1<sup>er</sup> février 2014, col. 4-13.

<sup>200</sup> C'est par l'ordonnance n° 14/016 du 16 mai 2014, *JO*, n° 12, 15 juin 2014, col. 5-6.

<sup>201</sup> Articles 2 point b), de la loi n°081008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille (*JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 10) et 3 de la loi n° 08/O10 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État (*Idem*, p. 26).

<sup>202</sup> *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 26.

<sup>203</sup> Suivant l'article 53, alinéa 2, du Traité, celui-ci et les actes uniformes adoptés avant l'adhésion entrent en vigueur à l'égard de tout État adhérent, soixante jours après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion U. O., n° spécial, vol. 1, 12 septembre 2012, p. 22). Dans les faits, ce traité et ses actes uniformes sont d'application en République Démocratique du Congo depuis le 12 septembre 2012.

<sup>204</sup> En ce sens, F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 563; G. PEISER, *op. cit.*, p. 174.

<sup>205</sup> En ce sens aussi, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n°47, p. 38.

<sup>206</sup> Le *JO*, n° spécial, du 12 septembre 2012, en son volume 1, contient la loi n° 10/002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, l'instrument d'adhésion, le texte du Traité tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008, les règlements et les actes uniformes.

particulier »<sup>207</sup>. S'il y a bien une notion de service public, les activités concernées, comme le régime qui s'ensuit, ne se laissent pas réduire à quelques formules simples. Les activités sont multiples et leur régime forme un ensemble composite de règles spéciales de droit public et de règles de droit privé<sup>208</sup>. Toutefois, il ne serait pas difficile de mettre en valeur, par exemple, ce qui sépare, sur le plan du droit applicable, un SPA géré par une personne publique d'un SPA géré par une personne privée. Néanmoins, il existe des facteurs permettant une démarche logique en vue de la connaissance du régime juridique d'un service public donné. Parmi ces facteurs, on peut citer : la référence à la nature - publique ou privée - de la personne qui gère le service public ; l'appartenance du service public à la catégorie des SPA ou des SPIC ; la finalité d'intérêt général qui justifie leur soumission aux règles communes à tous les services publics<sup>209</sup>. Les règles communes à tous les services publics s'appliquent aux services publics à gestion publique comme aux services publics à gestion privée<sup>210</sup>. C'est cet ensemble de principes communs qui permet de sauvegarder l'essence du service public en tant qu'une activité d'intérêt général et d'assurer l'unité de son régime juridique<sup>211</sup>. Dans ce sens, ces principes (égalité, continuité, mutabilité) témoignent de la nature de l'activité comme service public et l'activité, une fois qualifiée de service public, déclenche l'applicabilité de ces principes<sup>212</sup>.

### **§3 . L'INEXISTENCE D'AUTRES CATÉGORIES DE SERVICES PUBLICS**

D'emblée, il convient de dire que partant de la réforme des anciennes entreprises publiques, qui étaient toutes des « établissements publics » quelle que soit la nature des activités - à caractère soit administratif, soit financier, soit social ou culturel, soit scientifique et technique, soit industriel ou commercial -, opérée en juillet 2008, la question semble tranchée en droit positif congolais. Il est établi une distinction entre les services publics du secteur marchand (secteur d'activités économiques soumis à la concurrence et dont le but est de générer des profits) et les services du secteur non marchand (secteur d'activités non lucratives). Les premiers sont essentiellement soumis au droit privé, les seconds au droit public. Cependant, à côté des SPA et des SPIC, la jurisprudence et la doctrine avaient, à une certaine époque, tenté de discerner d'autres catégories de services publics : les services publics sociaux et les services publics corporatifs.

#### **I. L'échec de la catégorie de services publics sociaux**

##### **1. Arrêt Naliato du Tribunal des conflits.**

La tentative jurisprudentielle française de créer, à côté des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux, une troisième catégorie de services publics dits sociaux s'est développée essentiellement à partir d'activités comme les colonies de vacances, les centres aérés, les crèches ou les centres de jeunesse, dès lors que ces activités étaient prises en charge par des personnes publiques. Dans l'arrêt Naliato du 22 janvier 1955 du Tribunal des conflits français, à la question de déterminer la juridiction compétente pour connaître d'une action en responsabilité dirigée contre l'État pour un accident survenu à un enfant dans une colonie de vacances organisée par le ministère de la Production industrielle, le juge retient les principes suivants: « le but d'intérêt social que visent l'État et les collectivités administratives en organisant des colonies de vacances imprime à cette organisation le

<sup>207</sup> J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 455.

<sup>208</sup> P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 692, p. 569.

<sup>209</sup> J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°267, p. 146.

<sup>210</sup> En ce sens, G.J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes »> 1994, p. 39.

<sup>211</sup> F. MODERNE, « Les missions d'intérêt général en droit comparé », in S. DECRETON (dit.), *Service public et lien social*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 120.

<sup>212</sup> GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1090, p. 545.

caractère d'un service public... » ; lorsque le service social ne présente, dans son fonctionnement, « aucune particularité de nature à le distinguer juridiquement des organisations similaires relevant des personnes et des institutions de droit privé », il convient d'appliquer le droit privé, ce qui fonde la compétence judiciaire en cas de litige<sup>213</sup>

Une partie de la doctrine a vu dans cette décision, non seulement un nouvel élément à verser au dossier de la crise de la notion de service public, mais aussi l'apparition d'une nouvelle catégorie de services publics. À propos d'un problème de responsabilité, le Tribunal des conflits a appliqué à un service à but social le critère de similitude avec les activités des particuliers comme ce fut le cas lors de l'apparition des services publics industriels et commerciaux avec l'arrêt du

## 2. *Bac d'Eloka.*

Revirement du Tribunal des conflits. Pendant près de trente ans, entre 1955 et 1983, la jurisprudence du Tribunal des conflits consacra la possibilité d'existence d'une catégorie de services publics à gestion privée autres que les services publics industriels et commerciaux, à savoir celle des services publics à but social et à gestion privée. Pendant ce temps, le Conseil d'État préféra au contraire assimiler les services publics sociaux à des services publics administratifs<sup>214</sup>. À l'issue de ce bras de fer, le Tribunal des conflits a dû céder à travers sa décision du 4 juillet 1983<sup>215</sup> où les services publics dits sociaux ne sont plus considérés comme une troisième catégorie de services publics, car le juge des conflits donne plutôt compétence au juge administratif dans une affaire très proche à celle de la jurisprudence « Naliato », ce qui met fin définitivement à l'idée de spécificité des services publics sociaux<sup>216</sup>. Toutefois, cette catégorie semble réapparaître au niveau du droit communautaire européen dont la spécificité est reconnue sous la forme des « services sociaux d'intérêt général »<sup>217</sup>.

L'échec d'une théorie autonome des services publics sociaux s'explique aisément. Comme le souligne Jean-François Lachaume, « Tout service public est, d'abord, par essence « social » et, en plus, il existe aujourd'hui, si l'on prend en considération leur objet, de nombreux services publics sociaux : sécurité sociale, action sociale, action sanitaire, etc.<sup>218</sup> Il s'est agi tout simplement ici « de services qui manifestent les exigences les plus modernes de la vie collective.<sup>219</sup> Il était clair dès l'origine que la catégorie des services publics sociaux n'avait pas de consistance<sup>220</sup>. La distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux présente donc « un caractère

---

<sup>213</sup> TC, 22 janvier 1955, Naliato, *Rec.*, 1955, p. 694 ; *RDP*, 1955, p. 716, note Marcel Waline ; *Recueil Dalloz*, 1956, p. 58, note Charles Eisenmann ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°206, p. 113 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 394, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 36.3, p. 226.

<sup>214</sup> CE, 27 janvier 1971, Caisse des écoles de la Courneuve, *Recueil Dalloz*, 1973, p. 521, note Jean-François Lachaume.

<sup>215</sup> TC, 4 juillet 1983, Gambini, *RDP*, 1983, p. 1380, note Jean-Marie Auby.

<sup>216</sup> J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 475 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, pp. 394-395.

<sup>217</sup> Communication de la Commission de l'Union européenne du 26 avril 2006 consacrée aux services sociaux d'intérêt général ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *op. cit.*, n°572, p. 320 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 395 ; P. ESPLUGAS, *op. cit.*, p. 121 et s. La jurisprudence de la CJCE a qualifié, par exemple, les régimes de base de la sécurité sociale française couvrant les risques maladie, maternité et vieillesse, le régime d'assurance contre les accidents du travail en Italie ou le système national de santé espagnol et les prestations médicales gratuites qu'il fournit à ses affiliés au sein des hôpitaux publics comme des activités exclusivement sociales et écartées du champ d'application des règles de concurrence, celles obéissant à un « principe de solidarité (absence de but lucratif) ».

<sup>218</sup> J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 76.

<sup>219</sup> C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. dr.*, 7<sup>e</sup> éd., p. 361. 54

<sup>220</sup> D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n° 143, p. 32.

exhaustif »<sup>221</sup>

## 2. La non-admission de la catégorie de services publics professionnels ou corporatifs

Se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'État français<sup>222</sup>, André de Laubadère a défendu l'existence d'une troisième catégorie de services publics, celle des « services publics corporatifs ». Ces services sont soit des services publics d'interventionnisme économique soit des services publics de discipline professionnelle, c'est-à-dire les divers ordres professionnels (ordre des avocats, ordre des médecins, ordre des pharmaciens, ordre des architectes). Ces services ont en effet la structure corporative dans la mesure où ils sont dirigés par des « membres de la profession », et ont le caractère de service public du fait qu'ils ont reçu du législateur de véritables prérogatives de droit public, notamment le pouvoir réglementaire concernant la profession et le pouvoir de prendre des décisions de nature juridictionnelle en matière de discipline de la profession.

Pour André de Laubadère, « leur caractéristique réside... dans le fait que leur personnel dirigeant est recruté dans le milieu professionnel correspondant à l'activité gérée »<sup>223</sup>. Mais on peut objecter avec Gilles Lebreton qu'il s'agit là « d'une particularité de nature plus sociologique que juridique »<sup>224</sup>. En effet, le recrutement du personnel dirigeant dans le milieu professionnel correspondant à l'activité de la profession relève plus du fait social que de la règle juridique.

Pour justifier l'existence de cette troisième catégorie de services publics, l'auteur de l'idée avance un second argument : « le régime juridique mixte, relevant en partie du droit privé »<sup>225</sup>. Ce régime juridique mixte est caractérisé par une prépondérance des règles de droit public (contrairement à ce que connaissent les SPIC), mais qui laisserait aux règles de droit privé une place non négligeable (ce qui marquerait sa différence par rapport au régime des SPA). En réalité, quelle que soit la pertinence de cette analyse, la jurisprudence française applique plutôt aux services publics dits corporatifs sa méthode du faisceau d'indices, en les considérant tantôt comme des SPIC tantôt comme des SPA<sup>226</sup>. En principe, le droit administratif s'applique aux décisions prises dans l'exécution du service public, tandis que le droit privé au fonctionnement intérieur et aux rapports avec le personnel.

Enfin, André de Laubadère relève que ce qui fait l'originalité de cette catégorie, « c'est qu'à son sujet la jurisprudence a estimé inutile de préciser s'il s'agissait d'organismes publics ou privés »<sup>227</sup>. S'il est certain que les ordres professionnels ne sont pas des établissements publics<sup>228</sup>, il n'a jamais été affirmé à l'époque qu'ils étaient des personnes privées. Mais le constat a évolué dans l'entre-temps. Désormais,

---

<sup>221</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, p. 602, n°773 ; G. J.

GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, p. 112, n°228; E. CADEAU, « La satisfaction des besoins collectifs : le service public », *op. cit.*, p. 534.

<sup>222</sup> CE, Ass., 31 juillet 1942, Monpeurt, *Rec.*, 1942, p. 239; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 51, pp. 328-329; CE, Ass., 2 avril 1943, Bouguen, *Idem*, n° 52, pp. 338-339 ; J.-C. RICCI, *Mémento de la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>223</sup> A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, n° 1196, p. 872.

<sup>224</sup> G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 97, p. 141.

<sup>225</sup> A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, 14e éd., Paris, LGDJ, 1996, n° 1198, p. 874.

<sup>226</sup> Une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est considérée par le Conseil d'État comme chargée de l'exécution d'un service public. (CE, Sect., 13 janvier 1961, Magnier, *RDP*, 1961, p. 155, concl. Fournier-SPA).

<sup>227</sup> A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, n° 1198, p. 874.

<sup>228</sup> « Les ordres professionnels ne sont ni des établissements publics ou des sociétés commerciales ni des associations sans but lucratif ou des établissements d'utilité publique ». (F. VUNDUAWE & PEMA KO, *op. cit.*, p. 571).

il n'y a plus d'ambiguïté : les organismes professionnels constituent des personnes privées. C'est le cas, par exemple, de l'Institut français du pétrole<sup>229</sup> ou du centre d'études marines avancées<sup>230</sup>.

### 3. Conclusion sur la catégorisation juridique des services publics

En droit français par exemple, lorsque le législateur qualifie les universités publiques d'établissements publics « à caractère scientifique, culturel et professionnel », il n'entend pas nier pour autant que celles-ci gèrent un service public administratif<sup>231</sup>. De même, lorsque, par exemple, l'Institut national de sécurité sociale (INSS)<sup>232</sup> et l'Institut national de préparation professionnelle (INPP)<sup>233</sup> sont qualifiés d'établissements publics « à caractère technique et social », l'autorité réglementaire n'a ici pour seul but que de préciser la mission du service sans prétendre constituer une quelconque catégorie de services publics. Par ailleurs, quoique l'appellation « service public culturel » soit utilisée par le législateur, le pouvoir réglementaire, la doctrine et les professionnels du monde des arts et du spectacle, il y a lieu aussi de relever tout simplement que du point de vue du régime juridique et partant du contentieux, les services publics culturels (musées, bibliothèques publiques, sites historiques...) sont précisément des services publics administratifs.<sup>234</sup>

---

<sup>229</sup> Dans l'arrêt *Magnier* le Conseil d'État français a jugé que l'Institut français du pétrole, créé sous la forme d'établissement professionnel, ne présente pas le caractère d'un établissement public, mais qu'il est plutôt une personne morale de droit privé (CE, Sect. 13 janvier 1961, Rec. 1961, p. 33 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 51-5, pp. 331-332).

<sup>230</sup> CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, Rec., 1984, p. 413 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n°51-5, pp. 331-332.

<sup>231</sup> En ce sens, C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 292; G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 97, p. 140

<sup>232</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret n° 09/53 du 3 décembre 2009 fixant les statuts de l'INSS, *JO*, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 117-118.

<sup>233</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret n° 09/55 du 3 décembre 2009 fixant les statuts de l'INPP, *JO*, n° spécial, 10 décembre 2009, p. 134.

<sup>234</sup> En droit français, voy. not. J.-M. PONTIER, « Réflexions discursives sur une catégorie juridique spéculative : les services publics culturels », in J. LÉGER, J.M. PONTIER, *Les services publics culturels*, Aix-En-Provence, PUAM, coll. « Centre de Recherches Administratives d'Aix-Marseille Université », 2012, p. 45 et s.