

KALALA MUPINGANI *Félicien*
Professeur

Le Droit du service public :

Leçon magistrale 2 : La Vie de Service Public

UNIKIN- L3 LMD – Juin 2025

MODULE 2. LA VIE DES SERVICES PUBLICS

L'organisation générale de tout service public touche, pour l'essentiel, aux principes afférents aux modalités de création et de suppression des services publics, aux règles générales auxquelles est soumis tout service public, aux modes de gestion et au contrôle effectué sur le fonctionnement des services publics¹. D'autres regroupent toutes ces questions sous l'intitulé de « modalités du service public »², d'autres encore sous l'intitulé de « régime juridique des services publics »³. En fait, il n'est pas question ici de revenir sur le point de savoir si le régime juridique du service public relève exclusivement ou non du droit public, spécialement du droit administratif. Sur ce point, l'on sait qu'il n'existe pas de soumission complète des services publics au droit administratif et le contentieux auquel ils donnent lieu échappe en partie à la compétence du juge administratif, spécialement le contentieux de l'indemnité pour préjudice ordinaire en dehors du cas du contentieux de pleine juridiction. En France, la coïncidence entre droit administratif, service public et compétence de la juridiction administrative a vécu. Trois faits ont amené cette évolution : d'abord, la pénétration, même limitée, du droit privé, qu'elle soit le fait du juge ou du législateur, dans la gestion des services publics administratifs ; ensuite, l'apparition en 1921, avec l'arrêt dit du *Bac d'Eloka*, d'un régime juridique propre aux services publics industriels et commerciaux faisant une large place au droit privé ; et enfin, le développement de la gestion des services publics par des personnes privées.

Étudier l'organisation générale des services publics, c'est précisément, comme dans un cycle biologique, rechercher et analyser les règles juridiques qui gouvernent leur naissance ou leur création, leur vie ou leurs modes de gestion, leur pathologie ou leur contrôle et, enfin, leur disparition ou leur suppression.

CHAPITRE I LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS

La création d'un service public nécessite au commencement qu'il existe un besoin : besoin de sécurité, besoin d'approvisionnement en denrées de toute nature, besoin de communication, besoin de santé, besoin de justice, etc. Un besoin, même à haute teneur d'intérêt général, ne devient un service public que lorsque ce besoin a été, en quelque sorte, homologué par la puissance publique⁴, sauf à priver le procédé du service public de toute spécificité. En effet, « tout service public résulte d'une décision d'une personne publique »⁵. Il appartient à l'autorité publique compétente d'apprécier si un besoin collectif existe et s'il justifie qu'un service public soit ou demeure institué pour le satisfaire⁶. Créer un service public, c'est, de la part de la puissance publique, constater qu'un besoin existe au sein d'une collectivité donnée (État, province, ville, commune, secteur et chefferie). Il appartient à la puissance publique, et à elle seule, d'ériger en services publics les besoins dont elle estime, à un moment donné, compte tenu de circonstances données, que leur satisfaction correspond à l'intérêt général et qu'elle doit être directement prise en charge ou contrôlée étroitement par l'Administration⁷. En pratique, les services publics fonctionnels coexistent avec les services publics Organiques.

¹ En ce sens, G. J. GULGLIELIVII > G. Koubi, *op. cit.*, n°310, p. 154; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 249 ; J.-P. VALETTE, *op. cit.*, p. 165.

² D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, p. 63

³ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, p. 145.

⁴ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°270, p. 148.

⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif op. cit.*, p. 343.

⁶ F. VUNDUAWÉ te PEMAKO, *op. cit.*, p. 559.

⁷ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°269, p. 147; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 251.

Pour les premiers, l'État-agent économique (pouvoir central, province et entité territoriale décentralisée, détenteur des titres, actions ou parts sociales) intervient dès le commencement de l'activité ou par la suite ; pour les seconds, l'État-puissance publique intervient dès l'origine pour leur constitution. Bien que l'on n'explique pas toujours le choix des gouvernants de créer des services publics ou d'encourager et de soutenir des activités de service public⁴⁵", les interventions de l'Administration doivent rester très limitées, surtout dans le domaine économique pour la doctrine libérale. Car « en assumant des activités, les autorités publiques restreignent le champ d'action de l'initiative privée, faussent les règles du marché et donc portent atteinte aux libertés des particuliers »⁸.

La question de la création des services publics concerne principalement les services publics organiques. La compétence en matière de création des services publics organiques par les pouvoirs publics ne relève pas de l'arbitraire. Elle est relativement encadrée. Elle tient au principe constitutionnel de la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces (art. 201, Const.) et à celui de la libre administration des provinces et des entités territoriales décentralisées (art. 3 et 123, point 1, Const.). Ainsi, sur le plan juridique, le problème de la création des services publics est-il dominé par la distinction entre les services publics d'État ou nationaux et les services publics locaux - des provinces et des entités territoriales décentralisées. D'autre part, il faudra répondre à la question de la création d'un service public par un établissement public.

SECTION I. LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS D'ETAT

Si toute la responsabilité de l'action administrative de l'État (fourniture concrète et pratique aux citoyens des prestations juridiques et matérielles ou satisfaction des besoins collectifs de la population) est confiée au Gouvernement, le vocable « service public » déborde le cadre du pouvoir exécutif. À ce sujet, René Chapus souligne le fait que « l'expression de service public administratif doit être comprise comme désignant, largement, les services à gestion publique : non seulement certains services de l'Administration, mais aussi les services des assemblées parlementaires et ceux de la justice »⁹. Des services administratifs sont prévus tant au niveau de l'Assemblée nationale qu'à celui du Sénat (art. 112, al. 2, point 3, Const.). Ces services administratifs¹⁰ sont institués par le règlement intérieur de chaque Chambre. Toutefois, le propos sur la création des services publics d'État se limitera aux seuls services publics relevant du pouvoir exécutif ainsi qu'à ceux même situés au niveau du pouvoir judiciaire mais relève en dernière analyse du pouvoir exécutif¹¹.

Ce sont, par exemple, des décrets du Premier ministre qui fixent, sur proposition du ministre ayant la Justice dans ses attributions, l'organisation et le fonctionnement du secrétariat du Parquet général près la Cour constitutionnelle et du greffe de la Cour constitutionnelle¹², conformément aux articles 17, alinéa 3, et 19, alinéa 2, de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. Le personnel oeuvrant dans ces deux services administratifs relève du statut des agents de carrière

⁸ D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 106, p. 79. 45s P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°19, p. 592

⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 2, n°18, p. 29.

¹⁰ Il s'agit des services ci-après : les services administratifs proprement dits ou la questure (regroupant la Direction des services généraux, la Direction du matériel, la Direction des relations publiques, protocole, presse et information, et la Direction médico-sociale) et les services techniques (comprenant les services législatifs ou le greffe et le Bureau d'études). Les services législatifs sont formés de la Direction des séances, de la Direction des commissions et de la Direction de la documentation. En outre, les cabinets des membres du Bureau de chaque Chambre, composés chacun d'un personnel politique et d'un personnel d'appoint, sont également de services publics institués par les Règlements intérieurs respectifs.

¹¹ En ce sens, C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 22.

¹² Par exemple, le Décret n° 14/035 du 4 décembre 2014 fixe l'organisation et le fonctionnement du Greffe de la Cour constitutionnelle. (*JO*, n° 1, 1^{er} janvier 2015, col. 5-12).

des services publics de l'État prévu à l'article 122, point 12 *in limine*, de la Constitution.

Rôle des organes de l'État. On peut les qualifier de « services publics nationaux », mais l'expression « services publics d'État » possède l'avantage de mettre en évidence le fait que la création et la responsabilité de ces services relèvent de la seule compétence des organes de l'État. À leur égard, il se pose la question de savoir si les organes de l'État disposent d'une liberté absolue pour les créer. En pratique, il s'observe que tous les services publics ne sont pas créés par des autorités administratives relevant du pouvoir exécutif, alors que l'article 91, alinéa 4, de la Constitution place l'Administration publique, les Forces armées, la Police nationale et les services de sécurité sous la responsabilité du Gouvernement.

§1. LA LIBERTE RELATIVE DANS LA CREATION DES SERVICES PUBLICS D'ÉTAT

Les organes de l'État disposent en principe d'une compétence discrétionnaire en matière de création de services publics. Il leur appartient d'apprécier librement, compte tenu de considérations politiques, sociales, économiques, techniques ou environnementales, s'il s'avère opportun ou non d'ériger en service public la satisfaction de tel ou tel besoin collectif, car « les citoyens n'ont pas un droit à la création du service public »¹³. Sur le terrain contentieux, l'absence de ce droit se manifeste par la réserve du juge administratif face aux décisions de refus de création d'un service public. Dans ce domaine, il n'annule ces actes qu'à la condition qu'ils soient frappés d'une erreur manifeste d'appréciation des faits allégués à l'appui de la demande de création ou de maintien¹⁴.

Les organes de l'État peuvent néanmoins, dans certains cas, se trouver dans une situation de compétence liée en matière de création de services publics, précisément dans le domaine de la souveraineté nationale et des droits fondamentaux garantis aux citoyens. Les organes de l'État doivent créer les services publics que la Constitution leur impose. Il s'agit ici de services publics « exigés par la Constitution ». On peut d'abord citer les services publics de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères, de la police, de la monnaie et du fisc correspondant aux fonctions de souveraineté. Ensuite, les services publics de l'enseignement, de la santé, de l'aide sociale ou de la sécurité sociale¹⁵ sont aussi considérés comme des services de création obligatoire dans la mesure où ils se dégagent des droits fondamentaux consacrés par la Constitution.

Toutefois, faut-il le rappeler, il y a interdiction pour l'État de prendre en charge des besoins relevant des compétences des provinces et des entités territoriales décentralisées. De même, il est interdit pour l'État de créer un service public restreignant abusivement la liberté d'entreprendre et la libre concurrence. L'idée qui se dégage ici est que la création d'un service public ne vienne pas fausser ou supprimer la concurrence¹⁶. C'est pour cette raison que l'État doit garantir le droit à l'initiative privée tant aux nationaux qu'aux étrangers (art. 35, Const.). Dans une logique d'extension du fait que le service public possède des bornes incertaines, les gouvernants sont tentés d'étendre son champ au détriment des services privés. Dans ce cas, le service public peut constituer une menace pour les libertés publiques¹⁷.

¹³ N. FOULQUIER, « Le service public », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YALKA, *op. cit.*, t. 2, p. 75.

¹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 796, p. 624.

¹⁵ En ce sens, P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 720, p. 593; J. MORANDDEVILLER, *op. cit.*, p. 470; P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°369, p. 226; D. TRUCHET, *Droit administratif op. cit.*, p. 344.

¹⁶ D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n°304, p. 72.

¹⁷ P. DELVOLVÉ, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p 3; É. PISIER-KOUCHNER, « Service public et libertés publiques », *pouvoirs*, n°36, 1986, p. 143 ; J.-P. VALETTE, *op. cit.*, n° 143, pp. 67-68.

I. L'ORGANE COMPETENT DE CREATION DES SERVICES PUBLICS D'ÉTAT

Pour une présentation complète de la question de l'identification de l'organe compétent de création des services publics d'État, il nous a paru nécessaire de faire, à ce propos, le parcours de l'histoire constitutionnelle et administrative de notre pays avant d'aborder la question en droit positif congolais.

A. La création des services publics d'État avant la Constitution actuelle

À l'époque de l'État Indépendant du Congo, l'absence de Constitution a pour conséquence que seule la volonté du Roi-Souverain constitue la seule source de légalité pour l'organisation des pouvoirs dans l'État.¹⁸ Agissant en toutes matières par voie de décrets, le Roi-Souverain a créé, par décret, les premiers services publics, à savoir : les trois départements du Gouvernement central basé à Bruxelles (des Affaires étrangères et ayant la Justice dans ses attributions, des Finances et de l'Intérieur).¹⁹ D'après la distinction des pouvoirs établis par la doctrine belge de l'époque comparativement au droit public des pays constitutionnels²⁰, les décrets du Roi-Souverain ayant pour objet l'organisation des pouvoirs dans l'État peuvent être considérés comme des décrets constitutionnels. De la sorte, l'on peut voir ces premiers services publics institués par décret du Roi-Souverain constituant provisoirement le Gouvernement central comme des « services publics constitutionnels » de l'époque.

La pratique de pouvoir du Roi-Souverain ayant voulu qu'il n'exercât pas le pouvoir réglementaire, il procéda à la délégation du pouvoir exécutif au profit de ses collaborateurs du Gouvernement central et surtout du Gouvernement local, qui ont agi par voie d'arrêtés pour organiser les services publics en cette période. Le décret du Roi-Souverain du 1-septembre 1894 sur l'organisation du Gouvernement central précise clairement que le secrétaire d'État, qui peut être considéré comme le Premier ministre de fait du Roi-Souverain, règle l'organisation et les attributions des différents services du Gouvernement central (art. 3)²¹. En exécution de ce décret, le secrétaire d'État prit, en date du 10 octobre 1894, un arrêté pour organiser les services du Gouvernement central de l'État. Ce Gouvernement central comprend désormais, outre le Cabinet du secrétaire d'État, la Trésorerie générale et les départements des Affaires étrangères, des Finances et de l'Intérieur²². De son côté, le Gouverneur Général du Congo, qui a la haute direction de tous les services administratifs et militaires établis dans l'État, est autorisé à prendre des règlements de police et d'administration publique²³. Ainsi, on peut penser que ce dernier détient aussi un important pouvoir d'organisation de services publics par voie d'ordonnances.

En droit belge et sous la période coloniale (à partir de 1908), le principe est que c'est au législateur qu'il appartient le pouvoir de créer un service public, même non personnalisé²⁴. Toutefois, le législateur pouvait déléguer à l'Exécutif ce pouvoir de création des services publics. La pratique belge était telle qu'on admettait même une délégation tacite et permanente du pouvoir législatif à l'Exécutif pour la création et l'organisation interne des départements ministériels et de leurs services. Ces services administratifs forment

¹⁸ F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, p. 59.

¹⁹ Voy. le décret du Roi-Souverain du 30 octobre 1885 sur l'organisation provisoire du Gouvernement central. (*BO*, 1885, pp. 25-29; F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, pp. 68-70).

²⁰ A.-J. WAUTERS, *L'État Indépendant du Congo: histoire, géographie physique, ethnographie, situation économique et organisation politique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1899, p. 433.

²¹ *BO*, 1894, p. 187; F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, p. 72.

²² *BO*, 1894, p. 188 et s; A.-J. WAUTERS, *op. cit.*, p. 435.

²³ Article 7 du décret du Roi-Souverain du 16 avril 1887 sur l'organisation du Gouvernement local - Pouvoirs du Gouvernement général, *BO*, 1887, p. 170; F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDEMA, *op. cit.*, vol. I, p. 76

²⁴ P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1950, p. 20; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.*, n°68, p. 59.

l'Administration générale dont la compétence de création et d'aménagement revient au Roi²⁵. En dehors du cas spécial du Ministère des Colonies qui doit sa naissance à une loi - (loi du 18 octobre 1908 sur le gouvernement du Congo belge, dite la Charte coloniale, art. 23)-, l'intervention préalable du législateur en ce domaine était contraire à l'usage²⁶. Le Roi agissait, en la matière, par voie d'arrêtés. En effet, sur base de l'article 67 de la Constitution belge²⁷, le Roi était et il est le détenteur du pouvoir réglementaire de l'État.

Dans le même esprit, sous la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures de l'État, c'est au législateur que revient le pouvoir de créer les services publics d'État dans un contexte du régime de souveraineté de la loi institué et dans le respect des règles de la détermination des compétences entre le pouvoir central et le pouvoir provincial (art. 208 à 225, LF). Le même régime de souveraineté de la loi fut reconduit par la Constitution du 1^{er} août 1964. Il en est de même du principe de la répartition des compétences entre la République et les provinces (art. 47 à 52). À cette époque, les services publics sont donc créés par les pouvoirs publics par ou en vertu de la loi, en dehors du cas de services publics constitutionnels comme la Police, la Gendarmerie, les Forces armées, la Banque nationale ou la Cour des comptes considérée ici dans son aspect de service public technique qui vient en appui au Parlement dans le cadre de l'arrêté du compte général de la République.

Excepté la courte période de 1974 à 1978²⁸, le droit congolais a adopté, depuis la Constitution du 24 juin 1967, le régime de limitation du domaine d'intervention de la loi. Par la volonté du constituant, un « domaine assigné » est confié au législateur, alors que le pouvoir réglementaire bénéficie désormais d'un « domaine réservé ». À ce sujet, il convient de souligner le fait que l'extraordinaire développement du pouvoir réglementaire constitue l'une des transformations les plus importantes du constitutionnalisme moderne²⁹. Comme en droit français³⁰, la Constitution du 24 juin 1967 reconnaît au pouvoir exécutif un domaine normatif propre au-delà du domaine traditionnel d'exécution des lois en vue d'assurer le bon fonctionnement des services publics. C'est avec la révision constitutionnelle du 5 janvier 1973 (art. 46) que le constituant zaïrois précis désormais que « la loi fixe les règles concernant la création des catégories d'établissements publics »³¹, laissant ainsi au pouvoir réglementaire le soin de créer individuellement ces services publics personnalisés.

Avec l'Acte constitutionnel de la Transition du 9 avril 1994, la rédaction de la disposition est légèrement modifiée. Ce constituant de transition dispose plutôt que « la loi fixe les règles concernant la création des établissements publics » (art. 59, point 1, ACT). Malgré cela, la compréhension doit être la même, la loi crée les règles de base ou les principes fondamentaux concernant la création desdits établissements publics, tandis que leur création individuelle revient toujours au pouvoir réglementaire. La pratique pendant cette période n'est pas allée dans le sens contraire de cette analyse. Par exemple, on peut mentionner ici la création,

²⁵ C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 23 ; F. DELPÉRÉE, S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, n°306, p. 212; R. ERGEC, *op. cit.*, t. 1, n°466, p. 183.

²⁶ A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.*, n° 70, p. GL La doctrine belge récente reste en accord avec cette analyse. (A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 105, pp. 146-147).

²⁷ Il s'agit ici de l'ordre des articles avant la coordination de la Constitution belge réalisée en 1994 (*Mon. B. du 17 février 1994*; F. DELPÉRÉE, D. RENDERS, *Code constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, coll. « Codes en poche », 2005, pp. 45-96). Sur le texte de la Constitution belge du 7 février 1831 telle qu'elle s'est appliquée au Congo de 1908 à 1960, voy. F. WNDUAWWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. 1, pp. 114-139.

²⁸ Pendant cette période et surtout avant 1967 (de 1908 à 1967), c'est le régime de la souveraineté de la loi qui s'appliquait en s'inspirant du droit belge en la matière ou à cause du monisme intégral dit système du parti-État où le Président-Fondateur du MPR détenait la plénitude de l'exercice du pouvoir d'État. (Voy. principalement F. WNDUAWWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 218; F. WNDUAWWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, pp. 560-562).

²⁹ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 219, p. 436.

³⁰ G. CARCASSONNE, *op. cit.*, n°245, p. 185.

³¹ F. WNDUAWWE te PEMAKO, J. M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, p. 540.

par décret du Premier ministre, de la Générale des carrières et des mines (Gécamines) en date du 7 novembre 1995³². La Constitution de la transition du 4 avril 2003 dispose, à cet égard, dans le même sens tout en étendant le domaine. En effet, son article 118 est ainsi libellé: « la loi fixe les règles concernant la création des entreprises, établissements et organismes publics ». Si les expressions « entreprises publiques » et « établissements publics » renvoient à des catégories juridiques précises, le terme « organismes publics » utilisé par le constituant de transition peut être à la fois considéré comme un terme générique pour viser tous les services publics organiques ou un vocable couvrant les services publics administratifs personnalisés qui ne peuvent pas être qualifiés d'établissements publics, car non placés sous la tutelle d'un ministre, comme c'est le cas, par exemple, de la Banque centrale du Congo qui n'est pas créée par un acte réglementaire du Premier ministre en application de la législation qui pose les dispositions générales applicables aux entreprises publiques (loi présidentielle³³ du 6 janvier 1978).

B. La création des services publics d'État en droit positif congolais

Si l'article 123, point 2, de la Constitution confie à la loi la compétence de déterminer les principes fondamentaux concernant la création des entreprises, établissements et organismes publics, on peut rapidement constater que la compétence générale pour créer au cas par cas des services publics nationaux n'est pas expressément attribuée au législateur, ni par l'article 122 de la Constitution, ni par un autre article de ce texte. En s'appuyant sur les dispositions de l'article 128 de la Constitution³⁴, il est permis de soutenir que la compétence générale de création des services publics nationaux relève du domaine réglementaire.

Comme le Premier ministre est le détenteur du pouvoir réglementaire général de l'État, sous réserve des prérogatives dévolues au Président de la République, c'est à lui que revient le pouvoir de créer, par voie de décret, les services publics d'État³⁵. Ce pouvoir du Premier ministre de création des services publics d'État concerne tant les services publics non personnalisés (c'est le cas des services spécialisés ou des régies indirectes relevant de ministères du Gouvernement central) que des services publics personnalisés (c'est le cas des établissements publics nationaux). Par ailleurs, le Premier ministre pouvant déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres (art. 92, al. 5, Const.), il peut arriver qu'il confie l'organisation de structures administratives non permanentes (du genre commission, comité ou projet) aux ministres agissant par voie d'arrêtés (art. 93, al. 2, Const.).

Par exemple, on peut citer quelques services mis en place au ministère des Finances comme le Comité technique de suivi et évaluation des réformes (CTR), le Comité d'orientation de la réforme des finances publiques (COREF) ou la Cellule d'appui à l'ordonnateur national du Fonds européen de développement (COFED)³⁶, au ministère de l'Intérieur comme le Projet de renforcement des capacités en gouvernance (PRCG) ou au ministère de l'Agriculture comme le Projet de développement des infrastructures rurales (PADIR). Toutefois, le ministre de l'Enseignement primaire, secondaire et professionnel a le

³² Décret n° 0049 du 7 novembre 1995 portant création et statuts d'une entreprise publique dénommée la Générale des carrières et des mines, en abrégé « Gécamines », in *Les Codes Larcier RDC*, t. III, vol. 2. *Droit économique*, 2003, pp. 654-657.

³³ Sur cette catégorie de lois, voy. F. VUNDUAWA te PEMAKO, *op. cit.*, p. 228; F. VUNDUAWA te PEYfAKO > J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. I, p. 559.

³⁴ Le pouvoir réglementaire relève d'un « domaine réservé » au pouvoir exécutif par le constituant, tandis que la Constitution confie au législateur un « domaine assigné ». En d'autres termes, la compétence réglementaire de l'Exécutif est de droit commun, c'est-à-dire la règle ; en revanche, la compétence législative du Parlement est l'exception, c'est-à-dire une compétence d'attribution. (F. VUNDUAWA te PEMAKO, *op. cit.* p. 310).

³⁵ 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 est rédigé dans le sens de confirmer cette interprétation des dispositions constitutionnelles.

³⁶ Arrêté ministériel n°011/CAB/MIN/FINANCES/2004 portant création de la Cellule d'appui à l'ordonnateur national du Fonds européen de développement, JO, n° 22, 15 novembre 2004, col. 31 ; *Les Codes Larcier RDC*, t. VI, A-Droit public, 2010, p. 301.

pouvoir, sur l'habilitation législative en vertu de l'article 123, point 2, de la Constitution, de créer par arrêté les établissements publics d'enseignement maternel, primaire, secondaire et professionnel (art. 40 et 53, *L.-C.* du 11 février 2014 de l'enseignement national).

Conformément aux articles 79, alinéas 3 et 4, 91, alinéas 3 et 6, et 92, alinéa 1^{er} in fine, de la Constitution, le Président de la République a le Pouvoir de créer et organiser les services qui dépendent de son autorité (services de la Présidence de la République³⁷), de fixer l'organisation et le fonctionnement du Gouvernement³⁸ et, partant, de créer, d'organiser et de définir les attributions de différents départements ministériels du Gouvernement de la République.³⁹ Il a également le pouvoir de créer les services publics qui relèvent des domaines de collaboration (défense, sécurité et affaires étrangères) entre son autorité et le Gouvernement. C'est dans ce sens par exemple que la loi organique du 11 août 2011.

portant organisation et fonctionnement des Forces armées indique que l'organisation et le fonctionnement du Haut commandement militaire (art. 25), des Forces (art. 43), de la Zone de défense (art. 56), des corps et services (art. 64), des Aumôneries militaires (art. 86), du Commandement général des Écoles militaires (art. 93), de la Région militaire (art. 99), du Groupement aérien (art. 106), du Groupement naval (art. 113), de la Garde Républicaine (art. 117) et de la Base militaire (art. 122) ont fixés par ordonnance du Président de la République.

Si le législateur n'a pas la compétence générale de création des services publics d'État au cas par cas, il demeure cependant compétent pour créer ou organiser certains services. En effet, l'article 122, point 13, de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les Forces armées, la police et les services de sécurité. Si les Forces armées et la Police nationale sont directement créées par la Constitution (art. 182 et 187), leur organisation et fonctionnement sont plutôt déterminés par des lois organiques en exécution des articles 186 et 191 de la Constitution.

En revanche, les services de sécurité sont créés et organisés par des lois ordinaires. Et, en pratique, l'Agence nationale de renseignements (ANR) et la Direction générale de migration (DGM), qui sont pourtant des régies indirectes dépendant du ministère de l'Intérieur, sont créées et organisées par des décret-loi⁴⁰ pris sous l'empire du décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République Démocratique du Congo⁴¹. Par ailleurs, suivant l'article 222, alinéa 3, de la Constitution, des lois organiques peuvent instituer d'autres institutions d'appui à la démocratie en dehors de celles déjà créées par la Constitution. C'est le cas aujourd'hui de la Commission nationale des droits de l'homme⁴², qui est un organisme technique et consultatif chargé de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Enfin, la création des catégories d'établissements publics et la détermination des principes fondamentaux devant conduire à la

³⁷ Le Cabinet du Président de la République est institué et organisé par le Président de la République, en l'occurrence par l'ordonnance n°09/003 du 30 janvier 2009 portant organisation et fonctionnement du Cabinet du Président de la République. (*JO*, n° spécial, 3 février 2009, col. 1-6).

³⁸ L'on vise ici l'ordonnance n° 12/007 du 11 juin 2012 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités pratiques de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement. (*f*), n° spécial, 14 juin 2012, col. 1-22).

³⁹ Voy. L'ordonnance n° 12/008 du 11 juin 2012 fixant les attributions des ministères. (*f*), n° spécial, 14 juin 2012, col. 23-51).

⁴⁰ Décret-loi n° 002-2003 du 11 janvier 2003 portant création et organisation de la Direction générale de migration (*Les Codes Larcier RDC*, t. VI, A. - *Droit public*, 2010, pp. 385-386) et Décret-loi n° 003-2003 du 11 janvier 2003 portant création et organisation de l'Agence nationale de renseignements (*Idem*, pp. 513-515). Sur cette façon atypique de numérotation des textes de l'époque, voy. MBOKO DJ'ANTDIMA, *Principes et usages...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴¹ *JD*, n° spécial, 1^{er} juillet 2000, (Textes mis à jour au 1^{er} juillet 2000), pp. 3-14; F. VUNDUAWE et PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. II, pp. 856872.

⁴² Loi organique n° 13/O11 du 21 mars 2013 portant création de la Commission nationale des droits de l'homme, *JO*, n° spécial, le 4 avril 2013.

création des entreprises publiques et des organismes publics relèvent également de la loi conformément à l'article 123, point 2, de la Constitution. Si les expressions « établissements publics » et « entreprises publiques » sont des catégories juridiques précises en droit positif congolais, le vocable « organisme public » ne constitue pas une catégorie juridique précise, mais renvoie plus largement à la notion de service public au sens organique et, de manière limitée, à des services publics personnalisés qui ne peuvent être qualifiés d'établissements publics, notamment les autorités administratives indépendantes.

Actuellement, le principe est que les établissements publics sont créés par des actes réglementaires du titulaire du pouvoir réglementaire général du niveau d'exercice du pouvoir d'État (Premier ministre pour le pouvoir central, Gouverneur de province au niveau de la province ou organe délibérant de l'ETD). Sous les régimes constitutionnels antérieurs, certains services publics relevant de l'Administration d'État ont été créés par des actes législatifs au cours de l'adoption d'une législation dans un domaine précis. Dans ce cas, des décrets du Premier ministre sont intervenus uniquement pour fixer les statuts des établissements publics déjà créés. On peut citer ici, par exemple, les services ci-après :

- l'Agence nationale pour la promotion des investissements (ANAPI - loi n° 004/2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements) ;
- l'Autorité de l'aviation civile (AAC - loi ri 08/014 du 31 décembre 2010 relative à l'aviation civile) ;
- le Cadastre forestier (loi n° 01 1/2002 du 29 août 2002 portant Code forestier) ;
- le Cadastre minier (CAMI - loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier) ;
- l'Institut congolais pour la conservation de la nature (ICCN-loi n° 75023 du 22 juillet 1975) ; l'Institut national de préparation professionnelle (INPP - loi ri 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail) ;
- l'Institut national de sécurité sociale (INSS - décret - loi organique du 29 juin 1961 de la sécurité sociale)⁴³

D'autres services publics sont directement créés par la Constitution. De ce fait, ils peuvent être considérés comme des « services publics constitutionnels ». À la différence du droit français où, d'une part, la jurisprudence du Conseil d'État a établi la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux, et, d'autre part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel classe les services publics en services publics constitutionnels et en services publics non constitutionnels⁴⁴, en droit congolais, c'est doctrinalement que nous relevons l'existence de services publics dits constitutionnels. Cela étant, les services publics constitutionnels sont, en droit français comme en droit congolais, exclusivement des services publics nationaux à caractère administratif et ne sauraient être transférés au secteur privé, ni souffrir d'aucune concurrence du secteur privé⁴⁵. Il s'agit des services publics organiques ci-après en République Démocratique du Congo :

- Le Conseil supérieur de la magistrature (art. 152, Const.) ; - la Banque centrale du Congo (art. 176, Const.) ;
- la Cour des comptes (art. 178, Const.), prise ici comme service public administratif chargé de soumettre chaque année au Parlement, avec ses observations, le compte général de la République (art. 173, al. 1^{er}, Const.) ;
- la Caisse nationale de péréquation (art. 181, Const.) ; - la Police nationale congolaise (art. 182, Const.) ;
- les Forces armées de la République Démocratique du Congo (art. 187, Const.) ;

⁴³ Voy. JO, n° spécial-Statuts des établissements publics et des services publics, 10 décembre 2009, 203 pages.

⁴⁴ En ce sens, J.-P. VALETTE, *Droit des services publics*, op. cit., n° 117 et 127, pp. 56 et 59.

⁴⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, p. 624, n° 796 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, op. cit., p. 319,

- le Conseil supérieur de la défense (art. 192, Const.) ; - le Conseil économique et social (art. 208, Const.) ;
- la Commission électorale nationale indépendante (CENI - art. 211, Const.) ;
- le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CSAC - art. 212, Const.).

C. Les règles d'organisation des services publics d'État

Une fois le service public créé, il revient aux pouvoirs publics de l'organiser de telle sorte que ce service réalise concrètement la satisfaction du besoin qui l'a justifié. Le principe est que l'acte de création contient les règles fondamentales d'organisation du service, notamment celles relatives à son mode de gestion. Mais l'acte de création du service public se borne quelquefois à donner naissance à un service public, renvoyant à des actes juridiques postérieurs le soin de préciser ses règles d'organisation. Les actes juridiques relatifs à l'organisation des services publics relèvent du droit public. Ce sont soit des lois, soit des règlements qui interviennent pour ce faire.

Il est de principe que lorsque le constituant lui-même crée un service public, il charge le législateur à adopter une loi organique pour fixer l'organisation et le fonctionnement du service public constitutionnel. Quand lui-même ne l'a pas fait ou ne l'a pas fait complètement, le constituant charge aussi le législateur de fixer les attributions du service créé. C'est précisément ici le cas du Conseil supérieur de la défense (art. 192, al.3) et du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (art. 212, al.4). S'agissant spécialement du Conseil supérieur de la défense, la loi organique du 11 août 2011 portant organisation et fonctionnement des Forces armées n'a pas déterminé lesdites attributions, mais elle se contente de qualifier ce service public de « structure politique et militaire de la défense » (art. 20). Conformément à l'article 192 de la Constitution, c'est finalement la loi organique n° 12/001 du 27 juin 2012 qui a fixé l'organisation, la composition, les attributions et le fonctionnement du Conseil supérieur de la défense⁴⁶.

Dans la majorité des cas, ce sont des ordonnances réglementaires du Président de la République (dans le cadre de son pouvoir réglementaire limité) et des décrets réglementaires du Premier ministre (dans le cadre de son pouvoir d'exécution des lois ou de son pouvoir réglementaire général de l'État) qui interviennent pour fixer l'organisation et le fonctionnement des services publics nationaux. Par exemple, il revient au Président de la République d'organiser les organes d'administration de l'ESU ci-après : le ministère de l'ESU, le conseil d'administration des universités, le conseil d'administration des instituts supérieurs techniques, artistiques et technologiques, le conseil d'administration des instituts supérieurs pédagogiques, le conseil d'administration des écoles supérieures, le conseil de l'enseignement supérieur et universitaire privé agréé, le conseil de l'établissement, le comité de gestion, le conseil de faculté ou de section et le conseil de département (art. 129, L.-C. de l'enseignement national).

SECTION II. LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Le service public est originellement et étroitement lié à l'objectif de cohésion sociale. Le service public a pour fonction de mettre un certain nombre de biens - sociaux, culturels, économiques - à la portée de tous. Dans cet ordre d'idées, les expressions « services publics de proximité », « services publics à proximité » ou « services de proximité » sont mises en avant. La proximité parée des vertus de souplesse et d'efficacité pour répondre aux attentes des citoyens rassure plus, car « plus proche on agit mieux⁴⁷. Les collectivités locales

⁴⁶ JO, n° spécial, 3 juillet 2012, pp. 5-8.

⁴⁷ D. GUIGNARD, N. DEVÈZE-SANSON, « Le service public au prisme de la notion de proximité : un nouveau Janus », in P.-Y. CHICOT (dir.), *Décentralisation et Proximité : territorialisation et efficacité de l'action publique locale*, Paris, Dalloz, 2013, p. 184.

(provinces, ville de Kinshasa et ETD) ont la possibilité de créer des services publics qui correspondent à des besoins locaux dans le respect du ressort géographique. Elles sont, en effet, chargées de la gestion des services publics de proximité et, de manière générale, de tous les services publics dont le constituant ou le législateur national n'a pas entendu réserver la gestion à l'État (pouvoir central).

Avant de déterminer l'organe compétent, au niveau de chaque entité territoriale, chargé de créer un service public local, il importe d'abord de cerner le domaine de compétence matérielle de la collectivité locale en question dans le cadre de sa délimitation territoriale.

La Condition de la compétence territoriale

République. D'emblée, il faut signaler que les limites des provinces et celles de la ville de Kinshasa doivent, aujourd'hui, être fixées par une loi organique (art. 2, al. 5, Const.)⁴⁸. Les limites précises des nouvelles provinces instituées par la Constitution (art. 2, al. 1^{er} et 2) ne seront connues qu'après la promulgation de cette loi organique. En attendant l'installation de 25 nouvelles provinces, la République Démocratique du Congo est transitoirement composée de la ville de Kinshasa et de dix provinces (Bandundu, Bas-Congo, Équateur, Kasai Occidental, Kasai Oriental, Katanga, Maniema, Nord-Kivu, Province Orientale et Sud-Kivu), et ce, conformément à l'article 226 de la Constitution telle que révisée le 20 janvier 2011.

Transitoirement, les limites de la ville de Kinshasa et de ces dix provinces sont celles déterminées par des textes réglementaires encore en vigueur⁴⁹. Suivant une tradition constante en la matière, le pouvoir de délimiter les subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces⁵⁰ (entités territoriales décentralisées - villes, communes, secteurs et chefferies - et entités territoriales déconcentrées - territoires, quartiers, groupements et villages-) revient au détenteur du pouvoir réglementaire général de l'État. Actuellement, c'est le Premier ministre qui est reconnu compétent pour le faire par voie de décret en ce qui concerne la ville, la commune, le secteur et la chefferie (art. 6, 46 et 68, L.O. sur les ETD⁵¹) et en ce qui concerne le territoire et le groupement (art. 5 et 26, L.O. sur les subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces). Suivant l'article 17, alinéa 1^o, de la loi organique du 18 mai 2010 fixant les subdivisions à l'intérieur des provinces, un arrêté du Gouverneur de province peut créer le quartier et en fixer les limites et la dénomination. En revanche, le village n'est pas créé même s'il peut être délimité, car il est entendu par la loi organique fixant les subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces comme « toute communauté traditionnelle organisée sur base de la coutume ou des usages locaux et dont l'unité et la cohésion interne sont fondées principalement sur les liens de parenté et de solidarité » (art. 30). Il s'agit ici d'une entité naturelle.

En règle générale, une autorité publique ou administrative, désignée pour exercer ses attributions, doit se limiter, pour agir, dans le ressort qui lui a été fixé par le texte qui l'investit, faute de quoi les actes qu'elle poserait tombent sous le coup de l'incompétence *ratione loci*. Toutefois, la Constitution a prévu le cas de la coopération interprovinciale (art. 199 et 204, point 2), et la loi organique du 7 octobre 2008 sur les entités territoriales décentralisées se trouve être, de son côté, la base de la mise en place de la coopération intercommunale à travers des structures d'intérêts communaux entre une commune donnée et les communes voisines (art. 50,

⁴⁸ Auparavant, c'est le pouvoir réglementaire qui était chargé de délimiter toutes les entités territoriales. Par exemple, les limites de la ville de Kinshasa ont été fixées par l'ordonnance n° 77-100 du 6 avril 1977 (JO, n° 12, 15 juin 1977, p. 373 et s ; *Les Codes Larquier RDC*, t. VI, A-Droit public, 2010, pp. 38-45).

⁴⁹ Sur ces limites, voy. *Les Codes Larquier RDC*, t. VI, A-Droit public, 2010, pp. 38-93 ; L. de SAINT MOULIN, *Atlas de l'organisation administrative de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, CEPAS, 2005, 232 pages.

⁵⁰ Loi organique n°10/011 du 18 mai 2010 portant fixation des subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces, JO, n° 11, 1^{er} juin 2010, col. 5-11.

⁵¹ JO, n° spécial, 10 octobre 2008, col. 7, 8, 16 et 21.

point 16). Dans le cadre de la coopération interprovinciale ou de coopération intercommunale, les organes des collectivités locales concernées peuvent participer à la création de services publics débordant le cadre territorial d'une province ou d'une commune. En effet, deux ou plusieurs provinces peuvent gérer en commun certains services dont les attributions portent sur les matières relevant de leurs compétences (art. 199, Const.) ou les communes voisines peuvent mettre en place des structures d'intérêts communaux (art. 50, point 16, L.O. sur les ETD).

LA CONDITION DE LA COMPETENCE MATERIELLE

Le principe de la libre administration des provinces et des entités territoriales décentralisées posé par la Constitution aux articles 3 et 123, point 1, implique une autonomie à la fois institutionnelle (organes locaux) et fonctionnelle en raison de la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces (art. 201 à 204, Const.) et de l'existence des attributions effectives que la loi qualifie des affaires ou des matières « d'intérêt urbain », « d'intérêt communal » ou « d'intérêt local »⁵². L'expression « intérêt local » prend ici un sens limité, celui tout simplement d'intérêt de secteur ou de chefferie. Ainsi, un système de partage de responsabilités entre, d'une part, l'État et les provinces, et, d'autre part, l'État et les entités territoriales décentralisées est respectivement établi par la Constitution et la loi. Il implique une distinction des domaines d'intervention dans la gestion des affaires publiques. Dans ces conditions, une collectivité locale ne peut pas créer des services dans le domaine réservé à l'État entendu comme pouvoir central. *A contrario*, ce dernier ne peut pas créer des services dans le domaine des compétences exclusives assignées aux provinces ou dans celui des affaires reconnues aux entités territoriales décentralisées.

Litiges relatifs à la compétence matérielle. En droit public, la compétence matérielle étant d'attribution, la Cour constitutionnelle est chargée de connaître des conflits de compétence entre l'État et les provinces (art. 161, al. 3, Const.), afin de se prononcer sur l'échelon du pouvoir compétent (pouvoir central ou pouvoir provincial)⁵³. Concrètement, la Cour peut être saisie, pour le compte de la province, par une requête formulée par le Gouverneur de province ou le Président de l'Assemblée provinciale⁵⁴ selon le cas. En revanche, dans les matières relevant de la compétence concurrente entre l'État et les provinces, tout édit incompatible avec les lois et les règlements nationaux est nul de plein droit. Dans ce cadre, le recours à introduire par le pouvoir central doit être précédé de la notification de la nature de l'incompatibilité à la province concernée (art. 64, L.4. sur la Cour constitutionnelle). Plus largement, toute personne (physique ou morale de droit privé comme de droit public) peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif (loi, acte ayant force de loi et édit) ou réglementaire (art. 162, al. 2, Const.).

Il est aussi possible que les actes des autorités administratives centrales soient censurés par le Conseil d'État pour violation de l'édit (acte législatif provincial) intervenu dans une matière relevant de la compétence exclusive des provinces (art. 155, al. 1^{er}, et 204, Const.). De son côté, une entité territoriale décentralisée peut former un recours devant la Cour administrative d'appel de son ressort pour contester une décision de l'autorité de tutelle⁵⁵, en l'occurrence le Gouverneur de province qui est ici le représentant de l'État. Dans ce cadre, elle peut défendre son domaine de compétence.

⁵² Articles 11, 50 et 73 de la loi organique du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'État et les provinces (*JO*, n° spécial, 10 octobre 2008, col. 8, 9, 17, 18, 22 et 23).

⁵³ En ce sens, l'article 63, alinéa 2, de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle (*JO*, n° spécial, 18 octobre 2013, col. 14).

⁵⁴ Article 63, alinéa 1^{er}, de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle (*JO*, n° spécial, 18 octobre 2013, col. 14).

⁵⁵ Article 99 et 100 de la loi organique du 7 octobre 2008 sur les ETD (*JO*, n° spécial, 10 octobre 2008, col. 28).

L'ORGANE COMPETENT DE CREATION DE SERVICES PUBLICS LOCAUX

Le constituant reconnaît aux provinces la compétence d'organiser et de faire fonctionner des services publics provinciaux (services publics dépourvus de la personnalité juridique, établissements publics et entreprises publiques) dans le respect de la législation nationale (art. 204, point 10). Par législation nationale, nous visons principalement ici la loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées (art. 194, Const.), la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics et la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national. Plus particulièrement, la loi organique du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'État et les provinces reconnaît aux ETD la compétence de créer et de faire fonctionner leurs services publics (art. 11, 50 et 73).

En considération du degré d'autonomie⁵⁶ accordé aux collectivités locales, il importe à présent d'aborder séparément la question de l'organe compétent de création de services publics locaux.

Le cas de la province ou de la ville de Kinshasa

Organes de la province. La province ou la ville de Kinshasa est dotée par le constituant (art. 195) de deux institutions : l'Assemblée provinciale et le Gouvernement provincial. L'Assemblée provinciale est l'organe délibérant de la province. À ce titre, elle légifère par voie d'édit dans le domaine des compétences réservées à la province et contrôle le Gouvernement provincial ainsi que les services publics provinciaux (art. 197, al. 1^{er} et 2, Const.). Le Gouvernement provincial, composé d'un gouverneur, d'un vice-gouverneur et des ministres provinciaux (art. 198, Const.), est l'organe exécutif de la province (art. 22, L. sur la libre administration des provinces). Le Conseil des ministres est l'endroit et le moment où s'incarne la collégialité gouvernementale ; il est le lieu de décisions dont en fait il n'est jamais l'auteur. En effet, ce sont le gouverneur de province et les ministres provinciaux qui prennent formellement les actes juridiques administratifs, souvent initialement délibérés en Conseil des ministres.

création des services publics provinciaux revient principalement au pouvoir réglementaire général de la province détenu par le gouverneur de province agissant par voie d'arrêté provincial délibéré en Conseil des ministres (art. 28, al. 7, h. sur la libre administration des provinces). En effet, la loi du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces a introduit, au niveau provincial, la notion de distinction des domaines entre l'édit et l'arrêté provincial réglementaire. L'édit a désormais un domaine assigné (art. 35 et 36, L. sur la libre administration des provinces), comme c'est le cas de la loi au niveau national (art. 122 et 123, Const.), alors que le pouvoir réglementaire provincial agit dans le cadre d'un domaine réservé (art. 37, L. sur la libre administration des provinces). D'où le principe est que les services publics provinciaux, personnalisés ou non, sont créés par des arrêtés provinciaux du gouverneur de province⁵⁷.

On peut, par exemple, citer le cas de la Régie provinciale d'encadrement et de

⁵⁶ L'autonomie (du grec *autos*, de lui-même et *nomos*, loi) doit être entendue comme le pouvoir d'adopter ou de créer les normes auxquelles on sera soumis. Ce degré d'autonomie se mesure essentiellement à l'aune du niveau des normes que les collectivités territoriales sont habilitées à adopter : les États fédérés ont un pouvoir constituant ; les régions d'un État régional ont un pouvoir législatif, et les collectivités locales d'un État décentralisé ont le pouvoir d'adopter des actes administratifs. (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, op. cit., n°64-4, p. 441).

⁵⁷ L'article 6, alinéa 1^{er}, du projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées tend à légiférer dans ce sens.

recouvrement des recettes de la province (REPERE), un service public spécialisé du Bas Congo dirigé par un Directeur général⁵⁸, le Commissariat général aux mines⁵⁹ dirigé par un Commissaire général ayant rang de ministre provincial (Bas-Congo) ou de la Régie de communication et de publicité de Kinshasa (RCPK)⁶⁰. C'est aussi par arrêté provincial que le gouverneur de province fixe l'organisation et le fonctionnement du Gouvernement provincial, les attributions des ministères provinciaux ainsi que l'organisation et le fonctionnement de son propre cabinet et des cabinets ministériels provinciaux. En la matière, signalons que quand la province du Bas-Congo a institué un secrétariat du Gouvernement provincial⁶¹, la province du Katanga et la ville de Kinshasa ont plutôt organisé un secrétariat exécutif du Gouvernement provincial⁶². Comme au niveau du pouvoir central où les ministres n'ont pas, en principe, le pouvoir de créer de services publics par leurs arrêtés ministériels⁶³, les ministres provinciaux n'ont pas non plus le pouvoir de création des services publics provinciaux par voie d'arrêté du ministre provincial. Toutefois, en vertu de leur pouvoir réglementaire sectoriel, on peut penser que les ministres provinciaux peuvent instituer des commissions de travail, composées de délégués en provenance de divers services publics provinciaux déjà créés par le Gouverneur de province.

Dans les faits, une Assemblée provinciale peut être amenée à créer des services publics lors de l'adoption d'une législation provinciale par édit promulgué par le gouverneur de province. Des numéros spéciaux du journal officiel de la République Démocratique du Congo ayant publié les actes des autorités provinciales du Bas-Congo, du Katanga et de la ville de Kinshasa, on a pu noter que deux services publics ont été directement créés par édit, à savoir : la Direction générale des recettes de Kinshasa (DGRK), un service public spécialisé de la ville de Kinshasa, dépourvu de la personnalité juridique, dirigé par un Directeur général⁶⁴, et la Direction des recettes du Katanga (D.R.KAT), un service public doté de la personnalité juridique, c'est-à-dire un établissement public, dirigé par un Directeur⁶⁵.

Toutefois, la création d'un établissement public provincial par voie d'édit est contestable. On peut se demander si l'article 5 de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics ne regorge pas une lacune pour ce qui est de la création des établissements publics au niveau de la province ou d'une ETD. Car il s'agit ici d'une législation qui s'applique sur toute l'étendue du territoire national. La logique, suivant une analyse systémique de ce texte, commande que ce pouvoir revienne au gouverneur de province par voie d'arrêté provincial.

D'emblée, il importe de souligner que la création des établissements publics

⁵⁸ *JO*, n° spécial, 4 septembre 2009, col. 18-23.

⁵⁹ *Idem*, col. 12-13.

⁶⁰ La création de ce service public urbain fut d'abord annoncée par l'arrêté provincial du 11 avril 2008 portant mesures d'application de l'édit n° 0004/2007 du 28 décembre 2007 portant réglementation sur l'implantation des structures de publicité et l'affichage publicitaire dans la ville de Kinshasa.

⁶¹ Arrêté provincial du 23 octobre 2007 portant création, organisation et fonctionnement du Secrétariat du Gouvernement provincial (Bas-Congo), *JO*, n° spécial, 4 septembre 2009, col. 64-67.

⁶² On peut rappeler que sous la Constitution de la Transition du 4 avril 2003, le décret n° 03/023 du 16 septembre 2003 portant organisation et fonctionnement du Secrétariat général du Gouvernement avait prévu quatre secrétaires exécutifs du Gouvernement correspondant à quatre vice-présidents de la République, placés constitutionnellement à la tête des quatre commissions gouvernementales (*JO*, n° spécial, 20 septembre 2003, col. 43-44).

⁶³ Curieusement, c'est par un arrêté du 29 août 2006 du ministre de la Santé du Gouvernement central que le statut et l'organisation d'un établissement public des soins dénommé « Hôpital provincial général de référence de Kinshasa » (ex. Hôpital Mama YEMO) furent fixés (*JO*, n° 17, le 9 septembre 2006, col. 63-68).

⁶⁴ Édit n° 0001/08 du 22 janvier 2008 portant création de la Direction générale des recettes de Kinshasa « DGRK », *JO*, n° spécial, 30 mai 2008, col. 9-15.

⁶⁵ Édit n° 0004 du 25 septembre 2009 portant création de la Direction des recettes du Katanga « D.R. KAT », *JO*, n° spécial, 10 avril 2010, col. 12-20.

primaires, secondaires, supérieurs et universitaires relève de la compétence concurrente du pouvoir central et des provinces (art. 203, point 20, Const.). En application de la Constitution, la loi cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national précise que la création des établissements publics d'enseignement du niveau maternel, primaire, secondaire ou professionnel relevant de la province est sanctionnée par arrêté provincial du gouverneur de province (art. 40).

La création de ces établissements publics est tributaire du budget de la province et tient compte des plans locaux de développement de l'enseignement national (art. 4, D. n° 14/026 du 18 novembre 2014 portant répartition des compétences en matière de création et d'agrément des établissements d'enseignement maternel, primaire et secondaire.⁶⁶ Il importe également de souligner que les écoles et instituts d'enseignement médical (qui organisent les sections suivantes :

- Infirmière, Accoucheuse, Assistant en pharmacie,
- Technicien d'assainissement, Technicien de laboratoire médical, Technicien en santé mentale, Technicien en kinésithérapie et réadaptation, Technicien en soins bucco-dentaires et Technicien en santé communautaire), sont intégrés dans les humanités techniques et professionnelles de l'enseignement secondaire⁶⁷, dont la création ou l'agrément suit le principe précisé ci-avant. En revanche, en ce qui concerne les instituts supérieurs publics et les universités publiques devant dépendre de la province, le gouverneur de province se limite à faire la proposition, car la création des établissements publics du niveau supérieur ou universitaire revient au Premier ministre (art. 42, L.-C. de l'enseignement national).

Le cas des entités territoriales décentralisées

Les ETD sont administrées par un organe délibérant (Conseil urbain, Conseil communal et Conseil de secteur ou de chefferie) et par un organe de gestion de l'entité et d'exécution des décisions de l'organe délibérant de l'entité (Collège exécutif urbain, Collège exécutif communal et Collège exécutif de secteur ou de chefferie). En fait, ce deuxième organe est un organe exécutif de l'entité, dirigé par le maire, le bourgmestre ou le chef de secteur ou de chefferie⁶⁸, selon le cas. Ceux-ci sont respectivement des autorités de la ville, de la commune, du secteur ou de la chefferie. Ils représentent ces entités en justice et vis-à-vis des tiers.

Si l'Assemblée provinciale est un organe législatif, les Conseils des ETD sont des assemblées délibérantes dans la fonction administrative de l'État et ne pouvant disposer que du pouvoir réglementaire primaire sur les affaires d'intérêt local (intérêt urbain, communal, de secteur ou de chefferie). Dans ces conditions, les Collèges exécutifs assurent l'exécution des règlements administratifs des Conseils locaux par voie d'actes administratifs, lesquels peuvent être réglementaires ou individuels. À l'instar de la promulgation⁶⁹ des lois et des édits assurée respectivement par le chef de l'exécutif national ou provincial, il revient aux chefs des exécutifs locaux de rendre exécutoires les décisions réglementaires adoptées par les Conseils locaux.

Le maire, le bourgmestre, le chef du Secteur et le chef de chefferie procèdent

⁶⁶ JO, n° 24, 15 décembre 2014, col. 40.

⁶⁷ Article 2 de l'ordonnance n° 141077 du 5 décembre 2014 portant dispositions particulières relatives aux écoles et instituts d'enseignement médical de niveau secondaire (JO, n° 24, 15 décembre 2014, col. 12).

⁶⁸ Les trois premières autorités citées sont élues par les organes délibérants comme corps électoraux, pour un mandat de 5 ans renouvelable une seule fois, tandis que le chef de chefferie est obligatoirement un chef coutumier, désigné selon la coutume locale. Toutefois, le chef coutumier désireux d'exercer un mandat public électif (député, sénateur, conseiller urbain, communal ou local, gouverneur de province, maire, bourgmestre, etc.) doit se soumettre à l'élection (art. 207, al. 3, Const.).

⁶⁹ La promulgation n'est pas condition d'existence, mais d'application de l'acte législatif adopté par une assemblée parlementaire.

concrètement à la signature des dites décisions administratives réglementaires⁵¹⁷ afin d'obliger les agents administratifs à prêter leur assistance dans le cadre de leur exécution. De principe par l'organe délibérant. Le principe de libre administration implique que « les pouvoirs essentiels, au sein des collectivités territoriales, soient confiés à des assemblées élues »⁷⁰.

En réalité, la création d'un service public local se rattache à la gestion des affaires urbaines, communales ou locales (de secteur ou de chefferie) et, par conséquent, il doit revenir à l'organe délibérant le pouvoir de procéder à la création des services publics dont il estime qu'ils sont nécessaires à la bonne gestion des affaires de la collectivité. De la lecture de la loi organique du 7 octobre 2008 sur les ETD, on peut noter que le Conseil urbain, le Conseil communal ou le Conseil de secteur ou de chefferie ont le pouvoir de prendre des règlements d'administration (art. 13, 52 et 75). Le législateur national vise donc ici les règlements qui fixent les structures et le fonctionnement interne de l'Administration locale. La création et l'organisation des services publics locaux (urbains, communaux, de secteur ou de chefferie), personnalisés ou non, relèvent donc de l'organe délibérant de l'entité⁷¹.

Par exemple, au niveau de la ville, le Conseil urbain peut créer ou organiser un service anti-incendie, un service d'hygiène, un service de collecte des déchets et du traitement des ordures ménagères, des sites historiques et des monuments d'intérêt urbain, des centres sociaux, des maisons pour les personnes du troisième âge, des centres culturels ou des bibliothèques de la ville.

Les ETD ne peuvent que prendre l'initiative de création des établissements publics d'enseignement maternel, primaire, secondaire, professionnel ou spécial, car la création, au cas par cas, de ces établissements est plutôt constatée par arrêté provincial du gouverneur de province (art. 40, L.-C. de l'enseignement national). Faut-il le rappeler, si le pouvoir réglementaire provincial de création des services publics est initial⁷², car détenu de par la Constitution dans le cadre du régionalisme politique institué, le pouvoir réglementaire local (urbain, communal, de secteur ou de chefferie) de création des services publics n'est pas initial, c'est-à-dire il n'est pas autonome à l'égard de la loi. Car la loi prescrit aux ETD la création de certains services publics, qui apparaissent comme des « services obligatoires »⁷³. À leur égard, les administrés seraient fondés à demander au juge la réparation des préjudices causés en cas d'omission ou de refus de création desdits services⁷⁴.

Prise des mesures d'exécution par l'organe exécutif **de l'ETD**. Comme les organes délibérants des entités territoriales décentralisées font partie de l'Administration délibérante, c'est-à-dire celle où l'autorité prend par délibération une décision exécutoire, mais n'a pas le pouvoir de passer elle-même à l'exécution⁷⁵, il revient à l'organe exécutif de l'entité (Collège exécutif urbain, communal, de secteur ou de chefferie, selon le cas) d'assurer l'exécution des décisions de l'organe délibérant portant création et/ou organisation des services publics. Concrètement, les collèges exécutifs urbain et communal ont respectivement la compétence de diriger les services de la ville ou de la commune et d'administrer les établissements de la ville ou de la commune (art. 39, al. 2 et 59, points 7 et 9, L.O. sur les ETD), tandis qu'au niveau du secteur ou de la chefferie, la prise d'actes administratifs (réglementaires

⁷⁰ Toutefois, le président du conseil de l'entité signe le règlement intérieur de l'organe délibérant, les avis, les résolutions et les motions votés par celui-ci. S'a J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 68

⁷¹ L'article 6, alinéa 2, du projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées prend compte cette interprétation.

⁷² Toutefois, les Gouvernements provinciaux disposent aussi d'un pouvoir réglementaire subordonné d'exécution des lois et des règlements nationaux (art. 206, Const.).

⁷³ P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n° 369, p. 226, D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 344.

⁷⁴ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général* *op. cit.*, t. 1, n° 796, p. 624.

⁷⁵ En ce sens, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 117.

ou non), pour l'exécution des décisions des conseils de secteur ou de chefferie, revient plutôt au chef de secteur ou au chef de chefferie (art. 85 et 86, L.O. sur les ETD).

Il y a tout de même un domaine dans lequel le pouvoir réglementaire primaire des conseils locaux n'intervient pas, celui de l'organisation de l'organe exécutif de l'ETD. En effet, après délibération de l'organe exécutif concerné, le maire, le bourgmestre, le chef de secteur ou le chef de chefferie prend l'arrêté portant organisation et fonctionnement du collège exécutif de l'entité, selon le cas. Dans le même ordre d'idées, les services du maire, du maire adjoint et de trois échevins urbains sont organisés par l'arrêté précité. Il en est de même des services du bourgmestre, du bourgmestre adjoint et de deux échevins communaux ainsi que de ceux du chef de secteur ou de chefferie, de son adjoint et de deux échevins locaux. Cet arrêté est formellement qualifié d'« arrêté urbain », d'« arrêté communal » ou d'« arrêté de secteur ou de chefferie » (art. 43, 62 et 89, L.O. sur les ETD), selon le cas.

SECTION 3. LA QUESTION DE LA CRÉATION D'UN SERVICE PUBLIC PAR UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC

Traditionnellement, l'établissement public gère un service public, il ne dispose pas d'un pouvoir de créer à son tour des services publics, un tel pouvoir étant l'apanage des collectivités territoriales⁷⁶. Dans cette compréhension, l'établissement public est créé par une collectivité territoriale dite « collectivité de rattachement » (État, province, ville de Kinshasa ou ETD) qui lui confie la gestion d'un service public donné. Le problème ne devrait pas se poser si l'établissement public n'était uniquement qu'un mode de gestion des services publics. Lorsque l'établissement public est défini comme « un service public personnalisé »⁷⁷ ou « un service public spécial personnifié »⁷⁸, l'on met bien en évidence l'antériorité du service sur l'établissement, même si les deux sont créés, consacrés ou consacrés par le même texte⁷⁹.

Établissement public comme personne morale de droit public. Le législateur congolais définit justement l'établissement public comme « une personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public » (art. 2, L. sur les établissements publics). L'établissement public étant une personne morale de droit public, elle est dotée d'une autonomie de gestion et de décision, et, à ce titre, capable, en tant qu'autorité titulaire d'un pouvoir réglementaire délégué, de créer, de gérer et de supprimer des services publics⁸⁰. La pratique fournit quelques exemples de véritables créations de services publics par des établissements publics. Il en est ainsi lorsque la collectivité territoriale crée un service public, dont elle confie la gestion à un établissement public et que ce dernier, dans l'accomplissement de cette mission, crée à son tour et de lui-même, c'est-à-dire par l'intervention de son organe délibérant (conseil d'administration), des « services publics dérivés » ou « induits »⁸¹. La doctrine⁸² soutient donc qu'un établissement public peut créer, par son organe délibérant (conseil d'administration), de services publics dérivés.

S'agissant des établissements publics ne gérant qu'un service public, une distinction nécessaire doit être faite entre « mission » et « activités ». La mission est la raison d'être de l'établissement public, c'est-à-dire l'objet ou le service public qui a justifié sa création,

⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif op. cit.*, p. 280; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁷ F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 514; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 187; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 308, p. 201.

⁷⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 280.

⁷⁹ En ce sens, J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°353, p. 191.

⁸⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°442, p. 233.

⁸¹ S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 278; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°355, p. 193

⁸² N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, pp. 78-79; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°446, p. 235.

tandis que les activités correspondraient à ce que l'établissement public est amené à faire pour accomplir sa mission⁸³. La spécialité de l'établissement public est ainsi identifiée à partir de ses règles constitutives, c'est-à-dire de la mission qui lui est confiée. Dans ces conditions, le principe de spécialité ne s'applique qu'à la mission de l'établissement public, alors que celui-ci peut pratiquer des « activités connexes »⁸⁴ et gérer un « ensemble de services publics connexes »⁸⁵.

Les activités connexes sont « techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale »⁸⁶. En France, la solution qui consiste à considérer que les activités connexes sont le « complément » de l'activité principale, retenue principalement pour les établissements publics du secteur industriel et commercial, a été étendue par le Conseil d'État à des établissements publics gérant même des activités administratives comme les universités⁸⁷. En France, les établissements publics de coopération internationale sont des établissements publics territoriaux. Ils sont en réalité des groupements de communes. Mais ce qui est spécifique ici est que les organes dirigeants de ces établissements publics de coopération intercommunale ne sont pas élus par les citoyens. Et c'est pour cette raison principal que ces institutions ne constituent pas des collectivités territoriales. En République Démocratique du Congo, des établissements publics territoriaux nés de la coopération inter-collectivités locales peuvent exister⁸⁸. Lorsque deux ou plusieurs communes (art. 50, point 16, L.O. sur les ETD) ou provinces (art. 199, Const.) confient à la structure de coopération intercommunale ou interprovinciale la gestion d'un service de premier rang (comme un service public scolaire), elles confient par là même à cet établissement public la compétence pour créer des services publics induits⁸⁹ (par exemple, des cantines scolaires, des transports scolaires, des garderies, etc., qui seront induits par le service public fondamental, le service public scolaire en l'espèce).

⁸³ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°358, p. 195.

⁸⁴ En ce sens, C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 518, p. 377; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 279.

⁸⁶ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 446, p. 235

⁸⁷ CE, 10 mai 1996, *La Roustane*, *Rec.*, p. 168; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 279; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 98.

⁸⁸ J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *op. cit.*, pp. 358-366; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, pp. 532-SG2; M. VERPEAUX, *Droits des collectivités territoriales*, *op. cit.*, pp. 257-286.

⁸⁹ En droit français, voir notamment J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°356, p. 193; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 278.

CHAPITRE II LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS

Historiquement à l'époque de l'État libéral classique, la gestion des services publics incombait, en premier lieu, aux autorités publiques créatrices (État et collectivités locales) elles-mêmes. Tous les services publics étaient en effet gérés en régie. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, on a vu apparaître des services publics personnalisés, c'est-à-dire des établissements publics. Dans la même période, les personnes publiques ont commencé à recourir à la concession de service public, laquelle permet de confier, par contrat, la gestion d'un service public à un particulier⁹⁰.

La personne publique territoriale peut donc ne pas assurer la gestion quotidienne du service public qu'elle a créé. Elle dispose, en effet, de la faculté soit de gérer le service elle-même, soit de recourir, à cette fin, à une personne -publique ou privée - distincte d'elle. Pour un service public donné, le choix du mode de gestion tient non seulement à des considérations juridiques mais aussi à des éléments financiers, économiques et politiques. Par exemple, les élus de gauche sont censés préférer un mode de gestion publique plutôt que le recours à une entreprise privée concessionnaire.

En matière de modes de gestion des services publics, la distinction la plus pertinente sur le plan juridique est celle qui considère, d'une part, les modes de gestion faisant appel à une personne publique et, d'autre part, ceux faisant appel à une personne privée. D'où il importe d'analyser séparément les services publics gérés par des personnes publiques et ceux gérés par des personnes privées. Malgré le constat de la gestion diversifiée de services publics, il faut reconnaître malgré tout l'existence des lois communes applicables à tous les services publics, et ce, au nom de l'intérêt général poursuivi.

SECTION I. LES SERVICES PUBLICS GÉRÉS PAR DES PERSONNES PUBLIQUES

La gestion des services publics par des personnes publiques est en fait la solution classique, tant il est vrai que la mission normale des personnes publiques (État, provinces et ETD) est d'assurer l'organisation et la gestion des services publics. De l'analyse du droit positif congolais, il est permis de considérer qu'en dehors du cas des autorités administratives indépendantes, il existe deux modes principaux de gestion des services publics par des personnes publiques : le procédé de la régie ou la gestion directe et le procédé d'établissement public.

§1. La régie ou la gestion directe

Les Administrations, qui assument l'essentiel des tâches publiques, sont organisées en régie. Celle-ci est le procédé classique ou le mode commun de gestion des services publics par les pouvoirs publics. Il importe dès alors d'en dégager la notion avant de présenter la typologie des services publics gérés en régie.

A. Notion de régie ou de gestion directe

Un service public est géré en régie lorsque la personne publique, créatrice du service, prend elle-même en main la direction et la gestion opérationnelle de celui-ci en le faisant fonctionner avec ses propres biens et ses propres agents, sans reconnaître à ce service une individualité⁹¹. Autrement dit, « un service public est géré en régie si la personne publique

⁹⁰ WALINE, *op. cit.*, n° 378, p. 391.

⁹¹ En ce sens, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 1013; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 759; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 138; AUBY, DUCOS-ABER, *Grands services publics*, 2e éd., Paris, PUF, 1975, p. 115; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 405; F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 565; C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 65; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 186.

assume non seulement la gestion stratégique mais aussi la gestion opérationnelle du service »⁹² ou encore, « la régie est un mode de gestion des services publics consistant en une prise en charge directe de l'organisation et du fonctionnement du service par une collectivité territoriale (État compris) »⁹³ La régie est donc le mode de gestion naturel d'un service public administratif. Elle n'existe que si elle n'est pas individualisable au sens organique.

Sur les termes « direction » et « gestion opérationnelle ». Dans l'activité d'un service public, la « direction » s'analyse comme la réponse à la question « à qui revient le dernier mot quant au choix des objectifs ? », tandis que la « gestion opérationnelle » consiste non seulement à assurer la continuité du service, la logistique et le traitement des conflits, mais aussi à réaliser les opérations au meilleur coût et à accomplir les adaptations prévues dans le cadre juridique existant⁹⁴.

Responsabilité directe de la collectivité territoriale. Dans la régie, c'est la collectivité territoriale (État au sens du pouvoir central, province ou ETD - ville, commune, secteur ou chefferie) dont le service public relève qui assume toutes les fonctions de l'activité de celui-ci. La collectivité territoriale est en effet titulaire des droits et obligations nés de cette activité. En pratique, les Administrations traditionnelles, qui assument l'essentiel des tâches de l'État, sont organisées en régie. Les ministères tant au niveau du pouvoir central que des provinces ainsi que les services locaux relevant directement des Collèges exécutifs des ETD constituent des régies. Dans cet ordre d'idées, lorsqu'une ETD gère un service public en régie on serait tenté de dire qu'on ne s'en aperçoit pas, car les décisions fondamentales sont prises par l'organe délibérant (le conseil de l'entité), exécutées juridiquement et financièrement par les autorités exécutives (maire, bourgmestre, *chef* de secteur, chef de chefferie) et matériellement par les agents de l'entité utilisant les biens locaux et les moyens financiers fournis par le budget de la collectivité en question.

Le terme « régie » est parfois utilisé dans un tout autre sens. Dans la pratique congolaise, certains établissements publics et sociétés d'État ont dans leur dénomination le mot « régie ». C'est le cas de la Régie des voies fluviales (RVF), de la Régie des voies aériennes (RVA) ou la Régie des voies maritimes (RVM). En Belgique, la régie est plutôt un service public personnalisé, mais dont les organes de gestion demeurent soumis au pouvoir hiérarchique du ministre dirigeant le département dont ce service relève⁹⁵. On peut citer quelques exemples de ces régies belges : la Régie des voies aériennes (RVA), la Régie des télégraphes et des téléphones (RTT), la Régie des transports maritimes (RTM), la Régie des bâtiments, etc. En droit français, les régies municipales prévues par l'article L. 2221-10 du Code général des collectivités territoriales, dotées de la personnalité morale, ne sont pas en fait des régies, mais plutôt des établissements publics locaux. Car les « régies » qui sont dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière sont en réalité des établissements publics⁹⁶.

Par usage d'un vocabulaire imprécis ou fantaisiste, la Régie nationale des usines Renault ou la Régie autonome des transports parisiens (RATP) ne sont pas en réalité des régies, mais respectivement une société anonyme nationale et un établissement public⁹⁷

⁹² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 673, p. 346

⁹³ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°399, p. 225 ; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 756.

⁹⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°625, p. 328.

⁹⁵ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 125, p. 293; D. BATSÉLÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 305, p. 209). Ce ministre agit en l'espèce en qualité d'organe du service décentralisé et non en qualité de représentant de l'État (J. DEMBOUR).

⁹⁶ En ce sens, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 760; J.-F. LACHAUVIE ; H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°401, p. 226; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n°786, p. 398; J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 281 ; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 425.

⁹⁷ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°674, p. 346.

A. TYPOLOGIE DE REGIES

La régie ou la gestion directe des services publics par la collectivité territoriale créatrice comporte deux variantes : le cas des services publics traditionnels ou classiques et celui des services publics spécialisés. Les premiers sont des régies directes, tandis que les seconds des régies indirectes⁹⁸

I. Les services publics traditionnels ou les régies directes

La régie, faut-il le rappeler, est le procédé normal de gestion des services publics. Elle est utilisée tout naturellement lorsque l'État a la préoccupation du service à rendre au public ou lorsque la gestion du service présente un certain degré d'importance pour la bonne marche même de l'État (défense nationale, maintien de l'ordre public, justice, affaires étrangères). Les régies directes sont des services publics tout naturellement à caractère administratif et dépourvus de la personnalité juridique⁹⁹. Ces services en régie directe ou simple sont placés sous la dépendance directe de l'autorité centrale de la collectivité territoriale dont ils relèvent. Ils constituent l'élément technique et permanent de l'Administration de la personne publique territoriale.

L'on vise ici les ministères ou les départements ministériels¹⁰⁰ placés sous la responsabilité d'un ministre du Gouvernement de la République, conformément à l'article 93 de la Constitution, ainsi que les services publics déconcentrés d'Etat tels que les ambassades et les consulats de la République Démocratique du Congo. Il en est de même des ministères ou des départements ministériels provinciaux (art. 198, Const.) ainsi que des services publics provinciaux déconcentrés. C'est le cas aussi des services publics urbains, communaux et locaux (de secteur et de chefferie) qui relèvent directement des autorités exécutives des entités territoriales décentralisées (maire et échevins urbains, bourgmestre et échevins communaux ainsi que chef de secteur ou chef de chefferie et échevins locaux).

Par rapport à la collectivité territoriale dont ils relèvent, ces services publics en régie simple ou en gestion directe ne bénéficient d'aucune autonomie administrative, financière et patrimoniale. Au niveau du pouvoir central par exemple, ces services dépendent du ministère de la Fonction publique pour le recrutement et la gestion de la carrière de leur personnel soumis au statut des agents de carrière des services publics de l'État (art. 122, point 12 *in Amine*, Const.), sous réserve de l'exception établie uniquement en ce qui concerne le ministère de la Défense nationale pour le recrutement et la gestion de la carrière des membres des Forces armées et le ministère de l'Intérieur pour le recrutement et la gestion de la carrière des personnels de la police nationale (art. 122, point 15, Const.). Ces services dépendent des ministères du Budget et des Finances pour les ressources nécessaires au fonctionnement et à l'investissement dans le cadre de l'exécution de leurs budgets, et spécialement du ministère du Budget au sein duquel est érigée une Direction générale du contrôle des marchés publics pour la passation des marchés publics les concernant. Dans le même ordre d'idées, les services d'État gérés en régie simple faisant partie de l'Administration civile dépendent du ministère des Travaux publics pour la réalisation, l'entretien et la maintenance des biens matériels, spécialement les bâtiments et les véhicules.

Quoique les ministères ne jouissent pas de personnalité juridique, ils n'en

⁹⁸ N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, p. 80; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°673, p. 346.

⁹⁹ En ce sens, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 1013; G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif* t. 2-3^e éd., 1926, rééd. Dalloz, 2004, p. 2 et s. ; J. RIVERO, *Droit administratif* *op. cit.*, n° 509, p. 419.

¹⁰⁰ La spécialisation d'agents ou de services de l'État conduit à leur gestion sectorielle incombant au département ministériel correspondant, qui la prend en charge directement, en régie, à l'aide de moyens qui lui sont affectés (J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 4e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, p. 337).

constituent pas moins des centres de droits et d'intérêts individualisés.¹⁰¹ C'est dans ce sens que Clément Kabange Ntabala soutient l'idée selon laquelle chaque ministre devrait jouir du monopole de représentation en justice pour ce qui concerne les affaires de son ministère et attaquer éventuellement en annulation les actes de ses collègues qui seraient pris en violation de la règle de la spécialisation¹⁰². Toutefois, en raison de leur individualité administrative et financière reconnue par la législation sur les finances publiques¹⁰³, les conséquences juridiques ci-après¹⁰⁴ doivent être tirées :

- impossibilité de dettes civiles entre départements ministériels, car l'État ne peut être vis-à-vis de lui-même à la fois créancier et débiteur ;
- Interdiction de compensation entre les dettes et les créances qu'un particulier peut avoir vis-à-vis de différents ministères.

Fonctionnement de ces régies est soumis au régime administratif de l'État ou de la collectivité territoriale infra-étatique qui assure le service public. Car l'activité des régies directes ou simples est tout simplement celle de l'État, de la province ou de l'ETD considérée, car c'est ici « la gestion par le maître du service »¹⁰⁵. Dès lors, toutes les règles et toutes les procédures de droit administratif s'appliquent à ces services en régie : leurs agents sont des fonctionnaires, leurs actes juridiques sont soit des décisions unilatérales (réglementaires ou individuelles) soit des contrats administratifs, sauf le recours exceptionnel au contrat de droit privé ; leurs travaux sont des travaux publics, les crédits nécessaires à leur fonctionnement sont prévus au budget général des dépenses de la personne publique territoriale concernée, si ces services en régie effectuent des recettes, celles-ci se confondent dans la masse des recettes budgétaires sur lesquelles sont prélevées l'ensemble des dépenses de la collectivité ; leur activité engage, en cas de dommages causés aux particuliers, la responsabilité de la collectivité territoriale elle-même, le contentieux de leurs actes relève du juge administratif.

Les services en régie directe peuvent exercer soit une activité de service public, c'est-à-dire une activité de prestation de service (c'est le cas général), soit la police administrative (activité administrative visant le maintien de l'ordre public), soit une action d'aide sociale. Par police administrative, on entend « l'ensemble des interventions de l'Administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société »¹⁰⁶ ou « l'ensemble des activités administratives par lesquelles certaines autorités publiques imposent des limitations aux droits et libertés des citoyens en vue d'assurer l'ordre public dans le cadre des lois¹⁰⁷. Comme le souligne à ce sujet Jacques Petit, « La police administrative générale contribue à la protection de l'ordre public nécessaire à la garantie des libertés et de la propriété. Le législateur peut instituer des polices administratives spéciales qui visent soit à concourir à la sauvegarde de l'ordre public, soit à satisfaire d'autres fins d'intérêt général »¹⁰⁸.

Dans cette compréhension, il y a lieu de relever que la régulation, comprise comme la mission de préservation du bon fonctionnement du marché et sa conciliation avec d'autres impératifs d'intérêt général, fait bien sûr partie de la police administrative et constitue

¹⁰¹ En ce sens, P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n° 376, p. 231.

¹⁰² C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰³ Voir l'article 96 de la loi n° 10/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques (*JO*, n° spécial, 25 juillet 2011, pp. 41-42) et le décret n° 13/050 du 6 novembre 2013 portant règlement général sur la comptabilité publique (*JO*, n°24, 15 décembre 2013, col. 7-50).

¹⁰⁴ En ce sens, F. VUNDUAWA et PEMA KO, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁵ G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, p. 343.

¹⁰⁶ J. RIVERO, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 471, p. 391.

¹⁰⁷ F. VUNDUAWA et PEMA KO, *op. cit.*, p. 533.

¹⁰⁸ J. PETIT, « Article 15 : La police », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX, B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires Actes CRDA », 2012, p. 235.

une police administrative spéciale¹⁰⁹.

II. Les services publics spécialisés ou les régies indirectes

Une régie n'existe que si elle n'est pas individualisée organiquement, car « son contenu est exclusivement fonctionnel et matériel »¹¹⁰. L'absence de personnalité morale distincte de celle de la collectivité territoriale est la caractéristique fondamentale de la gestion en régie. Mais certains services publics d'État ou provinciaux gérés en régie et institués principalement au sein d'un ministère disposent, sans bénéficier de la personnalité juridique, d'une relative autonomie administrative et financière pour des raisons de souplesse et d'efficacité.

De ce fait, ils sont désignés sous le vocable de « services publics spécialisés », d'« organismes publics spécialisés », d'« administrations spécialisées » ou de « régies indirectes ». Faute de personnalité juridique, toutes ces régies indirectes ne peuvent pas, par ailleurs, ester en justice en demande ou en défense. Dans le cadre de l'application de la réglementation sur la comptabilité publique, ces régies indirectes font partie des « organismes auxiliaires » rattachés au pouvoir central, aux provinces et aux ETD¹¹¹. C'est le cas, par exemple, du journal officiel de la République Démocratique du Congo (JORDC), du Guichet unique de création d'entreprise (GUCE), de l'Inspection générale du travail (IGT), de la Direction générale des impôts (DGI), de la Direction générale des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations (DGRAD), de la Direction générale des douanes et accises (DGDA), de la Direction générale de migration (DGM), de l'Agence nationale de renseignements (ANR), de l'Agence congolaise des grands travaux (ACGT) ou de la Direction générale des recettes de Kinshasa (DGRK).

Ces Administrations spécialisées ne dépendent pas de l'autorité des secrétaires généraux des ministères au sein desquels elles sont instituées. Mais ces services publics en régie indirecte ne constituant pas malgré tout des personnes juridiques distinctes de la collectivité territoriale dont ils relèvent, ils sont placés sous l'autorité directe du ministre compétent comme chef hiérarchique. En revanche, par exemple, le journal officiel de la République Démocratique du Congo, service public spécialisé, est plutôt créé au sein du cabinet du Président de la République. Ainsi, le Directeur de Cabinet du Président de la République, qui a rang de ministre, constitue vis-à-vis de ce service le chef hiérarchique.

La doctrine française par exemple qualifie ce type de services publics administratifs de « régies autonomes ».¹¹² En effet, la régie autonome française est un service non assorti de la personnalité morale, qui ne se distingue pas, juridiquement, de la collectivité, mais il est doté de l'autonomie financière¹¹³ et d'organes de gestion propres (un conseil d'exploitation, nommé par l'autorité délibérante de la collectivité locale, et un directeur nommé par l'exécutif local), qui viennent s'ajouter aux organes normaux ou aux autorités normales de la collectivité locale.

En droit belge, les régies communales et provinciales sont effectivement des régies indirectes dans la mesure où leur mode d'organisation relève de la déconcentration. En effet, ces régies, encore appelées régies ordinaires en Régions wallonne et bruxelloise et désormais transformées, en communauté flamande, en agences autonomisées internes, ne

¹⁰⁹ C. VAUTROT-SCHWARZ, « Police et régularisation », in C. VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis/Essais », 2014, p. 75.

¹¹⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n°673, p. 346.

¹¹¹ Article 1^{er}, alinéa 2, du décret n° 13/050 du 6 novembre 2013 portant règlement général sur la comptabilité publique, *JO*, n°24, 15 décembre 2013, col. 8.

¹¹² J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 282; Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, n°785, p. 397; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 411.

¹¹³ La régie autonome dispose donc d'une individualisation financière au sein du budget de la collectivité locale, sous la forme d'un budget annexe.

disposent pas de la personnalité juridique¹¹⁴. Il s'agit tout simplement d'un mode de gestion comptable prévu pour les activités qu'une commune ou une province juge plus opportun de gérer dans ce cadre spécialement adapté plutôt qu'au sein de ses services administratifs classiques ou généraux que sont, par exemple, les services de l'état civil, de la population ou de l'instruction¹¹⁵.

Par ailleurs, le droit belge connaît en outre le cas de régies personnalisées, qui sont certes créées par le procédé de fondation¹¹⁶, et dotées de la personnalité morale par une personne publique supérieure, mais dont les organes de gestion restent soumis au pouvoir hiérarchique du ministre dirigeant le département auquel elle est rattachée (par exemple, l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications ou l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile)¹¹⁷, à la différence des établissements publics qui bénéficient de l'autonomie technique et de l'autonomie organique et sont plutôt placés sous le contrôle de tutelle du ministre concerné.

L'autonomie administrative et financière relative dont bénéficient ces services publics spécialisés ou ces régies indirectes implique :

- Une certaine souplesse dans la gestion administrative du personnel. Si le recrutement, la promotion et les mesures de fin de carrière concernant ces fonctionnaires relèvent en définitive du ministère de la Fonction publique et des autorités administratives centrales de la République (Président de la République, Premier ministre, ministre de la Fonction publique) ou de la province (Gouverneur de province), il importe de relever que sauf exception établie pour une catégorie du personnel, les affectations, les mutations et les permutations sont décidées par les Directeurs Généraux de ces organismes publics spécialisés ou l'Administrateur général de l'ANR. Le régime des congés statutaires et le régime disciplinaire sont placés sous la responsabilité des autorités administratives internes de ces Administrations spécialisées. Celles-ci peuvent elles-mêmes, en dehors du traitement versé à l'initiative de la Direction de la Paie du ministère du Budget¹¹⁸, organiser l'attribution des primes spécifiques à leurs agents ;
- une certaine autonomie financière se traduisant par une autonomie de trésorerie. Ces régies directes relèvent d'un budget annexe (cas du JORDC en partie) ou bénéficient soit d'une allocation budgétaire (cas du mécanisme de rétrocession mensuelle sur les recettes générées au profit des Régies financières nationales - DGI, DGDA et DGRAD), soit de l'affectation directe des ressources sur la base des redevances perçues sur les usagers en contrepartie de services reçus (cas de la DGDA en partie). Sur ces ressources financières, les autorités administratives de ces organismes publics spécialisés ont le pouvoir d'engagement et d'ordonnement dans le sens de l'article 90 de la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques¹¹⁹. Seule la phase comptable de l'exécution de la dépense publique, c'est-à-dire la phase du paiement, échappe à ces autorités. Les responsables de ces organismes publics spécialisés sont, au nom de l'État ou de la

¹¹⁴ D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 143, p. 107.

¹¹⁵ P. GOFFAUX, *op. cit.*, pp. 230 et 232; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 104, p. 249.

¹¹⁶ La fondation est l'affectation d'un patrimoine à un organisme public personnalisé, en vue de gérer des intérêts publics ; elle est l'œuvre d'une autre personne publique qui joue à son égard le rôle de fondatrice. (Y. LEJEUNE, «L'organisation des pouvoirs publics », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2007, VII. L 1. L-40).

¹¹⁷ P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 74, p. 99.

¹¹⁸ La Direction de la Paie centralise les données de la paie, les valide, les consolide et calcule la paie (Ministère du Budget, *La réforme du système de paie des fonctionnaires et agents de l'État*, Note d'information, avril 2012).

¹¹⁹ En matière de dépenses, l'engagement est l'acte par lequel le pouvoir central (la province ou l'ETD) crée ou constate une obligation de laquelle résultera une charge. La liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant exact de la dépense. En revanche, l'ordonnement est l'acte par lequel, conformément aux résultats de calculs de liquidation, l'ordre est donné au caissier de payer la dette

province, des autorités administratives contractantes sur les fonds publics mis à la disposition de ceux-ci (signature du contrat écrit en forme libre dans le cadre de marché de gré à gré¹²⁰, signature de l'avis d'appel d'offres, décision d'attribution provisoire du marché au concurrent le plus intéressant, etc.).

Ces services publics spécialisés ne recourent à la chaîne de la dépense de l'État¹²¹ que lorsque quelques dépenses de fonctionnement ou d'investissement sont directement prises en charge par le budget général de l'État. Ils assurent eux-mêmes l'entretien et la maintenance des biens meubles (véhicules, matériels informatiques, etc.) et immeubles (bâtiments) acquis sur leurs fonds publics propres ou mis à leur disposition par la collectivité territoriale (État ou province).

§2. L'établissement public

En droit positif congolais, les principes fondamentaux concernant la création des établissements publics sont fixés, en application de l'article 123, point 2, de la Constitution, par deux textes législatifs : la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics¹²², en remplacement de la loi présidentielle du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, et la loi cadre n° 14/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national¹²³. Autrement dit, le législateur national a reçu de la Constitution (art. 123, point 2) la compétence de déterminer les catégories d'établissements publics, tandis que le pouvoir réglementaire est compétent pour créer ou fonder individuellement les établissements publics.

Il importera d'abord de cerner la notion d'établissement public, avant d'analyser successivement le régime général des établissements publics et le régime spécifique des établissements publics d'enseignement national.

A. Notion d'établissement public

Traditionnellement, les personnes publiques autres que l'État répondaient à un classement binaire : d'une part, les collectivités Territoriales (décentralisation territoriale) et, d'autre part, les établissements publics (décentralisation par services, technique, fonctionnelle ou sectorielle). Depuis lors la notion d'établissement public a connu des altérations ; elle ne couvre plus une réalité singulière.

1. Conception classique d'établissement public

C'est seulement au milieu du XIX^e siècle que la catégorie d'établissement public se distingue de celle de l'établissement d'utilité publique. En effet, même si l'établissement public et l'établissement d'utilité publique connaissent l'affectation d'un patrimoine spécial à une fin d'intérêt général suivant le procédé de « fondation », lorsque pareille fondation est l'œuvre des particuliers qui, avec la reconnaissance officielle de l'État, poursuivent une fin

¹²⁰ Article 146 du décret n° 10/22 du 2 juin 2010 portant manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics, *JO*, n° spécial, 14 janvier 2012, p. 102.

¹²¹ La chaîne de la dépense est un outil mis en place pour automatiser le circuit rationalisé de la dépense publique. Il s'agit ici d'un système organisé en un réseau informatique dans lequel interagissent différents acteurs de la gestion de la dépense (Direction du Contrôle budgétaire, Direction de la Préparation et du Suivi du Budget, Direction du Trésor et de l'Ordonnancement, Direction de la Paie, Cabinet du Ministre du Budget, Cabinet du Ministre des Finances et Banque centrale du Congo). Le circuit standard prend en compte quatre étapes : l'engagement par le service gestionnaire, la liquidation par le gestionnaire des crédits puis confirmée par les services du ministère du Budget, l'ordonnancement par les services du ministère des Finances et le paiement par la Banque centrale du Congo (Ministère du Budget, *La chaîne de la dépense de la République Démocratique du Congo*, Note d'information, juin 2012, pp. 2 et 3).

¹²² *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, pp. 17-23.

¹²³ *JO*, n° spécial, 19 février 2014, col. 1-64.

philanthropique, scientifique, artistique, etc., on est en face d'établissement d'utilité publique. Un arrêt de la Cour de Cassation française du 5 mars 1856 a en effet, pour la première fois, fait une distinction marquée entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique : les premiers font partie intégrante de l'Administration, ce sont des personnes publiques ; les seconds sont au contraire de simples groupements privés qui jouissent d'une faveur particulière de l'Administration¹²⁴. L'établissement public s'est donc affirmé dans un premier temps comme une personne publique par opposition aux personnes privées (organismes privés), et dans un deuxième temps comme une personne différente de l'État et des collectivités locales.

Le procédé de l'établissement public implique « la création d'une nouvelle personne morale de droit public, distincte de celle de l'État ou d'une collectivité territoriale¹²⁵. Un service public est organisé en établissement public lorsqu'il reçoit une personnalité morale de droit public distincte de celle de l'État ou de la collectivité locale dont il relève. À ce titre, le procédé de l'établissement public relève donc de la décentralisation, sous la forme de la décentralisation par services, technique ou fonctionnelle¹²⁶.

À côté des personnes publiques qui correspondent à une collectivité (provinces, ville de Kinshasa, villes, communes, secteurs et chefferies) et qui donne son assise à la décentralisation territoriale, l'établissement public, personne publique correspondant à une activité spécialisée, est l'instrument de la décentralisation sectorielle¹²⁷. Dans tous les cas, l'établissement public constitue classiquement « une personne morale de droit public spécialisée »¹²⁸ ou une personne morale de droit public ayant pour objet la gestion d'un service publics¹²⁹ Dans sa conception traditionnelle ou classique, l'établissement public est tout simplement un « service public personnalisé »¹³⁰.

Une variété d'organisme d'intérêt public. En droit belge, le terme « établissement public », qui est de moins en moins usité, constitue une variété d'organisme d'intérêt public, à savoir ceux qui sont constitués par le procédé de la fondation, c'est-à-dire par un acte unilatéral d'affectation par une personne publique d'un patrimoine à une entité dotée de la personnalité juridique et chargée de l'accomplissement d'un service public¹³¹. Ce droit oppose les établissements publics aux associations de droit public qui sont quant à elles des organismes d'intérêt public créés par l'association de plusieurs pouvoirs publics (les intercommunales pures) ou par l'association de ceux-ci et avec la participation aussi de personnes privées (les intercommunales mixtes)¹³² Donc, des communes belges peuvent s'associer pour assurer en commun la gestion d'un service publique (un seul service de distribution d'eau, d'électricité, etc.), ce qui diminue considérablement les frais d'exploitation¹³³ Il Crise ou altération de la notion d'établissement public Manifestation. La crise¹³⁴ ou l'altération de la notion

¹²⁴ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 598

¹²⁵ A. DE LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, n° 396, p. 269.

¹²⁶ En ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. 1, n° 456, p. 371.

¹²⁷ J. RIVERO, *Droit administratif op. cit.*, n° 521, p. 431 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 219, p. 199.

¹²⁸ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 611.

¹²⁹ A. DE LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, p. 271 ; J. RIVERO, *Droit administratif op. cit.*, n° 521, p. 431 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 219, p. 199.

¹³⁰ G. JÈZE, *op. cit.*, t. 2, p. 27 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 126, p. 294 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 416, p. 378 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 697, p. 360 ; F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 514 ; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 166.

¹³¹ P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 109 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 126, p. 294 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 308, p. 210 ; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 75, p. 99.

¹³² M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n° 127, p. 300 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 109.

¹³³ J. de BURLET, *op. cit.*, n° 185, p. 96.

¹³⁴ L'expression « crise de la notion d'établissement public » est de Rolland DRAGO, avancée dans sa thèse de doctorat à Lyon en 1945. Cette thèse est publiée en 1950 aux Éditions A. Pédone.

D'établissement public est née, en droit comparé et même en droit congolais, du fait de la « prolifération de la qualification d'établissement public à des organismes variés »¹³⁵. Les pouvoirs publics ont souvent vu dans le vocable « établissement public » une formule miracle. De ce fait, si la notion d'établissement public a gagné en extension, elle a perdu en netteté. Les pratiques sont nombreuses en la matière.

Utilisation de la formule d'établissement public sans véritable décentralisation. Pour des raisons de pure commodité de gestion administrative, financière ou comptable, certains organismes sont érigés en établissements publics, sans disposer de la personnalité juridique. Par exemple, en France, le Centre d'études des systèmes d'information des administrations ou le Musée de la Poste. Ces établissements publics sont plus proches de la simple déconcentration que de la véritable décentralisation technique, fonctionnelle ou par services. Or, dans sa conception classique, l'établissement public est normalement un procédé de décentralisation.

Utilisation de la formule d'établissement public pour l'administration territoriale. Ici, la formule d'établissement public est utilisée pour organiser la coopération entre collectivités territoriales, c'est-à-dire pour assurer moins la gestion d'un service public local que l'administration d'une partie du territoire. Comme le souligne Georges Vedel, « certes, dans cette partie du territoire, l'établissement public assure des services publics ; mais ce sont moins les services publics que certaines parties du territoire qui sont érigées en établissements Publics »¹³⁶.

D'où il y a apparition des établissements publics territoriaux, d'un type complètement nouveau, qui contribuent à la crise de la notion d'établissement public. En France, il s'agit notamment des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), lesquels se superposent aux communes pour l'administration du territoire. Il est possible qu'en droit congolais, des établissements publics territoriaux entre communes (art. 50, point 16, L.O. sur les ETD) ou entre provinces (art. 199, Const.) soient organisés à l'avenir.¹³⁷ Mais, malgré tout, dans ces établissements publics territoriaux, il y a application du principe de spécialité sur base des compétences territoriales transférées. Du fait de l'existence désormais des établissements publics territoriaux, Jean Waline propose l'ajout de l'épithète « sectoriel » et préfère la qualification de la « décentralisation sectorielle » à la « décentralisation par services »¹³⁸. Les établissements publics sectoriels comprennent non seulement le groupe des anciennes entreprises publiques de la législation du 6 janvier 1978 transformées en établissements publics en vertu de la législation du 7 juillet 2008, mais également les établissements publics d'enseignement national, dont le régime spécifique est porté par la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national.

2. Utilisation de la formule d'établissement public pour la gestion industrielle et commerciale.

L'activité industrielle et commerciale couvre les opérations de production, de distribution ou d'échange effectuées dans les mêmes conditions qu'un particulier. Dans ce cas, l'établissement est avant tout une entreprise, c'est-à-dire une entreprise publique¹³⁹. Dans un

¹³⁵ En ce sens, J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 167; C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 71 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°417, p. 350.

¹³⁶ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 608.

¹³⁷ En ce sens, MBOKODJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 821-824.

¹³⁸ J WALINE, *op. cit.*, p. 197.

¹³⁹ En droit français, voy. par exemple, G. ECKERT, *op. cit.*, p. 94.

sens inversé, tous les établissements publics étaient qualifiés par le législateur congolais de 1978 d'entreprises publiques. Aujourd'hui, le législateur de 2008 a adopté une position restrictive, car l'établissement public doit avoir un caractère soit administratif, soit social et culturel, soit scientifique et technique. Il exclut donc du champ d'application de la législation sur les établissements publics les activités relevant du secteur marchand, c'est-à-dire l'industrie et le commerce.

L'établissement public ne constitue plus aujourd'hui, à côté de l'État et des collectivités locales, la seule personne publique spéciale ou spécialisée, car les autorités administratives indépendantes congolaises ou les autorités publiques françaises¹⁴⁰ et les groupements d'intérêt public français sont des personnes publiques spécialisées sans être des établissements publics¹⁴¹. Il faut dire en passant que la notion d'autorité administrative indépendante n'est pas étrangère au droit belge, car la Commission des jeux de hasard, l'Institut belge des services postaux ou des jurys d'examen de l'enseignement public ou dans la fonction publique sont des autorités administratives indépendantes¹⁴².

3. Groupements d'intérêt public

Il convient dès lors de dire un mot sur les groupements d'intérêt public (GIP). La loi française du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation de la recherche a en effet institué des « groupements d'intérêt public » en remplacement des « groupements d'intérêt scientifique » dont la structure juridique était inadaptée. Désormais, les groupements d'intérêt public réunissent soit des personnes publiques soit des personnes publiques et des personnes privées en vue d'une tâche commune : recherche, culture, sport, enseignement supérieur, protection de l'environnement, santé, etc.¹⁴³. La particularité de cette nouvelle forme de personne publique est d'avoir pour objet « une activité de service public »¹⁴⁴. La constitution d'un groupement d'intérêt public repose sur un contrat et comporte trois phases : le groupement de membres fondateurs par contrat, la rédaction des statuts du groupement et leur approbation administrative¹⁴⁵.

En effet, l'approbation administrative des statuts du GIP, à la suite du contrôle de l'existence des faits et de la conformité des statuts aux règles légales, est matérialisée par la publication au journal officiel d'un arrêté d'approbation, signé par le ministre compétent (du secteur) et par le ministre chargé du Budget. Il importe de souligner enfin que les groupements d'intérêt public, lorsqu'ils sont exclusivement constitués entre des personnes publiques, peuvent être considérés comme des « quasi-régies » échappant, de ce fait, à l'application du droit de la commande publique dans leurs relations avec leurs membres¹⁴⁶. Les GIP sont donc de « personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière »¹⁴⁷. L'existence des groupements d'intérêt public peut trouver une base juridique, en droit congolais, dans l'article 50, point 19, de la loi organique du 7 octobre 2008 portant composition,

¹⁴⁰ La notion d'autorité administrative ou publique indépendante sera présentée plus tard, dans ce même chapitre consacré aux modes de gestion des services publics.

¹⁴¹ Quoiqu'on soit en présence de services publics personnalisés, on ne peut les ranger, en raison des caractéristiques originales qui sont les leurs, dans la catégorie juridique des établissements publics. (Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 813, p. 408).

¹⁴² P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 80 bis, p. 103; P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n°418, p. 648; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁴³ J. WALINE, *op. cit.*, n°259, p. 245; J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n°769, pp. 440-441

¹⁴⁴ B. JORION, « Les GIP : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 2004, p. 306.

¹⁴⁵ G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, pp. 373-374; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°419, p. 352.

¹⁴⁶ En ce sens, J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, p. 442.

¹⁴⁷ Position de la Section de l'Intérieur du Conseil d'État dans un avis rendu le 15 octobre 1985, *F.DCE*, 1986, p. 189; TC, 14 février 2000, GIP Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris c/Mme Verdier, GAJA, n° 106; *AJDA*, 2000, chron. Jurisprudence, p. 410.

organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'État et les provinces, qui prévoit spécialement la possibilité de « partenariat entre la commune, le secteur privé et les organisations non gouvernementales ».

Caractères fondamentaux de l'établissement public.

Malgré sa crise ou son altération, la notion d'établissement public comporte néanmoins des caractères fondamentaux¹⁴⁸ ci-après : les établissements publics ont chacun une personnalité juridique propre ; ils jouissent d'une autonomie technique (administrative et financière) et d'une autonomie organique en vertu de laquelle ils disposent d'un pouvoir propre de décision ; ils sont soumis au contrôle de tutelle de leur pouvoir créateur, par définition plus limité que le contrôle hiérarchique ; ils disposent d'un patrimoine propre et d'une indépendance financière ¹⁴⁹ (sous réserve du contrôle de tutelle) afin de leur permettre de réaliser la fin d'intérêt général pour laquelle ils sont constitués.

Dénomination des établissements publics

Principe de base en la matière. Le principe est que l'acte juridique de création d'un établissement public donne à celui-ci sa dénomination. Cette appellation est souvent fonction de la mission confiée au service public érigé en établissement public. C'est le cas de l'École *nationale d'administration* (ENA), de la Radiotélévision nationale congolaise (RTNC), du Fonds de promotion de l'industrie (FPI), du Fonds de promotion culturelle (FPC) ou du Fonds national d'entretien routier (FONER). Dans cet ordre d'idées, la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national précise que les établissements publics de l'ESU (universités, instituts supérieurs, écoles supérieures) portent la dénomination qui figure dans les actes de leur création (art. 102).

Utilisation des termes « office » et « agence » sans signification juridique particulière.

Cependant, de nombreux établissements publics nationaux prennent souvent le nom d'office ou d'agence, ou même de régie. Le nom d'office n'a aucune signification juridique, pas plus que celui d'agence en droit congolais comme en droit français.¹⁵⁰ En effet, le droit s'avère de peu de secours dans l'entreprise de définition du terme « agence »¹⁵¹ tant qu'il couvre des réalités juridiques très différentes (établissement public comme c'est le cas de l'Agence congolaise de presse, en sigle « ACP » ou de l'Agence nationale de météorologie et de télédétection, en sigle « METTELSAT »; service en régie à compétence nationale comme c'est le cas de l'Agence nationale de renseignements, en sigle « ANR »; société comme le cas d'une agence de voyages ou d'une agence immobilière, etc.).

Le nom « agence » est également utilisé pour catégoriser ce qui est convenu d'appeler les agences d'exécution dans le cadre de la coopération multilatérale en vue de la gestion des projets financés par divers bailleurs de fonds (Banque mondiale, Banque africaine de développement, Union européenne, etc.). C'est le cas, par exemple, du Bureau central de coordination, en abrégé « BCECO »¹⁵², qui est en réalité une régie indirecte, c'est-à-dire un service public doté d'une certaine autonomie administrative et financière mais sans bénéficier

¹⁴⁸ A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 147, n° 198 ; M.-A. FLAMME, op. cit., t. 1, n° 126, p. 294 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, op. cit., n° 309, pp. 210-211.

¹⁴⁹ Par l'autonomie financière, la collectivité ou l'organisme public dispose d'un pouvoir propre de gestion de ses recettes et de ses dépenses, regroupées en un budget.

¹⁵⁰ En ce sens, J. WALINE, op. cit., p. 200, n° 219.

¹⁵¹ Du sens commun du mot « agence », tel qu'illustré, par exemple, par les agences de voyages, les agences immobilières ou encore les agences bancaires, on retient l'idée d'organisme, le plus souvent disposé en réseau, qui propose les services d'intermédiaires entre des professionnels et des usagers d'un secteur d'activité. De son étymologie latine (*agere*), on retient que l'agence est tournée vers l'activité opérationnelle.

¹⁵² Décret n° 039/2001 du 8 août 2001 portant création, organisation et fonctionnement du Bureau central de coordination, *Les Codes Larcier, RDC, r. III, vol. 2 Droit économique*, 2003, pp. 525-528.

de la personnalité juridique. Il en est de même du nom d'office utilisé dans la dénomination d'un établissement public (cas de l'Office des routes, de l'Office des voiries et drainage, de l'Office national de l'emploi ou de l'Office national d'identification de la population), d'une régie indirecte (cas de l'Office national de développement de l'élevage, en sigle « ONDE », ou de l'Office de gestion de la dette publique, en sigle « OGEDEP »).

Toutefois, on peut constater que le terme « office » n'est plus utilisé dans la dénomination des entreprises publiques sous leur forme actuelle de société commerciale. C'est le cas de l'ancien Office national des transports (ONATRA) devenu la Société commerciale des transports et des ports (SCTP) ou de l'ancien Office congolais des postes et télécommunications (OCPT) devenu la Société congolaise des postes et des télécommunications (SCPT).

Terme « agence » en droit comparé. Dans des pays comme les États-Unis d'Amérique, la Suède, le Royaume-Uni ou la Nouvelle Zélande, la création des agences s'inscrit dans un cadre juridique et doctrinal très structuré. Car, dans ces pays, l'organisation des agences apparaît comme la forme ordinaire de l'Administration. Cependant, dans les pays de la famille romano-germanique, ce n'est pas toujours le cas. En 2012, le Conseil d'État français a mené une étude sur les agences qui sont de plus en plus instituées en France, au coup par coup en réponse à des besoins particuliers. Ces agences exercent des fonctions très variées, opérationnelles, d'expertise, de financement ou encore de mutualisation de moyens. Cette étude distingue la notion d'agence de celles d'établissement public ou d'autorité administrative indépendante.

L'agence n'est pas indépendante, elle est autonome. En effet, le pouvoir exécutif n'a pas vocation à intervenir dans la gestion courante mais il lui revient de définir les orientations politiques que l'agence met en œuvre. L'agence exerce plus spécifiquement une responsabilité structurante dans la mise en œuvre d'une politique nationale.¹⁵³

Terme « autorité » dans la dénomination de certains établissements publics.

L'utilisation du terme « autorité » par le législateur ou le pouvoir réglementaire dans la dénomination de certains services publics ne devrait pas conduire à les qualifier automatiquement d'autorités administratives indépendantes. C'est le cas, par exemple, de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP), prévue à l'article 14 de la loi n° 10/O10 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et organisée par un décret du 2 juin 2010¹⁵⁴, et de l'Autorité de l'aviation civile de la République Démocratique du Congo (AAC/RDC), instituée par l'article 6 de la loi n° 10/O14 du 31 décembre 2010 relative à l'aviation civile¹⁵⁵ et organisée par un décret du 10 juin 2011¹⁵⁶. Ces deux autorités sont plutôt des établissements publics à caractère administratif et technique, placés sous la tutelle du ministre en charge du secteur d'activité concerné conformément à l'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics.

Le cadre général des établissements publics

La Constitution du 18 février 2006, comme ce fut le cas de la Constitution du 24 juin 1967 (texte originel) rédigée sous l'inspiration de la Constitution française du 4 octobre 1958 sur ce point, limite la compétence législative à la fixation des règles fondamentales concernant la création des établissements publics (art. 123, point 2), c'est-à-dire celles

¹⁵³ Conseil d'État, *Les agences. - une nouvelle gestion publique ?* Étude annuelle 2012, Paris, La documentation française, coll. « Les rapports du Conseil d'État », 2012, p. 12.

¹⁵⁴ Décret n° 10/21 du 2 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics, JO, n° spécial, 14 janvier 2012, pp. 29-53.

¹⁵⁵ JO, n° spécial, n° 16 janvier 2011, col. 10.

¹⁵⁶ Décret n°011/29 du 10 juin 2011 portant statuts d'un établissement public dénommé Autorité de l'aviation civile de la République Démocratique du Congo, JO, n° 15, 1^{er} août 2011, col. 15-24.

concernant la création des « Catégories d'établissements publics ». ¹⁵⁷ Pour ce qui est de la fondation ou de la création d'établissements publics nationaux appartenant à des catégories déjà constituées, le pouvoir réglementaire en est compétent conformément à l'article 128 de la Constitution.

La définition légale d'établissement public en droit congolais

Suivant le législateur congolais, « l'établissement public est toute personne morale de droit public créée par l'État (pouvoir central, province ou entité territoriale décentralisée) en vue de remplir une mission de service public » (art. 2, L. sur les établissements publics).

Il se dégage de cette définition légale que l'établissement public est une personne morale ; c'est une personne de droit public ; celle-ci remplit une mission de service public.

En premier lieu, l'établissement public est une personne morale, c'est-à-dire il a la qualité de sujet de droit correspondant à un centre d'intérêt individualisé, qui entraîne comme conséquence la disposition d'un patrimoine propre (un ensemble des biens et des obligations d'une personne, c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent) et des organes propres pour la gestion de ses affaires, et l'autonomie financière marquée par l'existence d'un budget distinct de la collectivité territoriale créatrice.

En deuxième lieu, l'établissement public est une personne morale de droit public, c'est-à-dire il est une personne publique à la différence de l'établissement d'utilité publique qui est une personne privée. Quoique les deux poursuivent une finalité d'intérêt général ¹⁵⁸ et font l'objet du procédé de la fondation ¹⁵⁹, l'établissement public est créé par les pouvoirs publics (pouvoir central, province ou entité territoriale décentralisée), tandis que l'établissement d'utilité publique résulte de l'initiative privée. Comme personne publique, l'établissement public est soumis en principe au droit public et met en œuvre des prérogatives de puissance publique dans les relations avec les divers partenaires. De son côté, l'établissement d'utilité publique reste une personne privée malgré la reconnaissance officielle de l'État ¹⁶⁰ dont il bénéficie, et est soumis à un contrôle public limité, en comparaison avec le contrôle de tutelle auquel est soumis l'établissement public. Ce contrôle limité est justifié par le souci de l'État de s'assurer que l'établissement d'utilité publique poursuit la fin pour laquelle il a été fondé ¹⁶¹.

¹⁵⁷ En droit français, relèvent au départ d'une même catégorie les établissements publics rattachés à un même niveau de collectivité publique (État, région, département ou commune) et qui, de surcroît, ont une « spécialité analogue ». En principe, la nature administrative ou industrielle et commerciale de l'établissement était sans incidence sur la notion de catégories d'établissements publics. Mais, aujourd'hui, la jurisprudence du Conseil constitutionnel estime que le caractère de l'établissement public, administratif ou industriel et commercial, figure au nombre des critères qui doivent être pris en compte pour établir l'appartenance ou la non-appartenance d'un établissement public à une catégorie préexistante. En conséquence, deux établissements ayant un même rattachement territorial et une même spécialité ne peuvent appartenir à une même catégorie que s'ils ont le même caractère. (S. BRACONNIER, *op. cit.*, pp. 443-444).

¹⁵⁸ « Sont considérés comme étant d'utilité publique, les établissements qui, à l'exclusion d'un gain matériel, rendent uniquement à la réalisation d'une œuvre à caractère philanthropique, scientifique, artistique ou pédagogique » (art. 58, L. du 20 juillet 2001 sur les ASBL et les établissements d'utilité publique).

¹⁵⁹ Les établissements d'utilité publique sont des fondations réalisées « par une ou plusieurs personnes privées en vue de la réalisation d'une œuvre d'un caractère philanthropique, religieux, scientifique, artistique ou pédagogique » (1. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de Droit, 1978, p. 192, n° 135). En droit congolais, les églises doivent plutôt prendre la forme d'ASBL, car l'exercice des cultes se fait par des associations confessionnelles (art. 2, L. sur les ASBL et les établissements d'utilité publique).

¹⁶⁰ L'intention de créer un établissement d'utilité publique est consignée dans une déclaration faite en forme authentique au ministre ayant dans ses attributions le secteur des activités visé. Après examen de la déclaration et des statuts y annexés, ce ministre octroie une autorisation provisoire de fonctionnement. Le ministre de justice octroie en définitive la personnalité juridique à l'établissement d'utilité publique. (art. 60 à 63, L. sur les ASBL et les établissements d'utilité publique).

¹⁶¹ C'est le cas, par exemple, des établissements privés agréés de l'ESU qui sont des établissements d'utilité publique. À ce titre, l'État leur accorde des subsides pour leurs dépenses de fonctionnement et/ou d'investissement. Ces établissements sont placés sous le contrôle du ministère de l'ESU (art. 85, al. 3 à 5, L.-C. de l'enseignement national).

En troisième lieu, l'établissement public remplit une mission de service public, c'est-à-dire il assume la gestion d'un service public. C'est ce trait qui distingue l'établissement public des personnes publiques territoriales, dont le champ d'action s'étend à l'ensemble des affaires locales ou nationales. Si les personnes administratives territoriales sont dominées par le principe de généralité, l'établissement public l'est par le principe de spécialité.

L'établissement public congolais est donc une personne publique spécialisée. Par rapport à l'objet, le droit congolais ne retient pas la catégorie d'établissements publics industriels et commerciaux. Car l'établissement public en droit congolais est limitativement à caractère soit administratif, soit social et culturel, soit scientifique et technique (art. 4, L. sur les établissements publics). En d'autres termes, l'établissement public congolais est uniquement administratif, le secteur marchand étant totalement exclu du cadre juridique applicable aux établissements publics. Il est placé sous la tutelle du ministre ou de l'échevin ayant dans ses attributions le secteur d'activité concerné par son objet.

II. LE REGIME ADMINISTRATIF DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC

La création et l'organisation des établissements publics nationaux s'effectuent en principe par décret du Premier ministre délibéré en Conseil des ministres. Les établissements publics provinciaux sont créés et organisés par arrêté provincial du Gouverneur de province délibéré en Conseil des ministres. Les établissements publics locaux sont créés par les organes délibérants des entités territoriales décentralisées, lesquels exercent le pouvoir réglementaire primaire au niveau local. Pour ce qui est des établissements publics nationaux, les statuts, lesquels désignent le texte fixant les règles fondamentales d'organisation et de fonctionnement de l'établissement public, sont aussi fixés par décret du Premier ministre.

La logique voudrait que le décret de création fixe également les statuts de l'établissement public, c'est-à-dire détermine le siège social, l'objet social, le patrimoine et les ressources, les structures, l'organisation financière, l'organisation des marchés de travaux et de fournitures, la tutelle, le statut du personnel ainsi que le régime douanier, fiscal et parafiscal de l'établissement public. C'est le cas, par exemple, du Comité de pilotage de la réforme des entreprises du portefeuille de l'État, en sigle « COPIREP »¹⁶², du City Train¹⁶³, du Fonds de promotion culturelle, en sigle FPC »,¹⁶⁴ du Fonds national d'entretien routier, en sigle « FONER »¹⁶⁵ ou de l'Agence congolaise de l'environnement, en sigle « ACE »¹⁶⁶. Il arrive aussi qu'un service public initialement créé et géré en régie soit transformé par la suite en établissement public par voie de décret du Premier ministre, autorité compétente de création des établissements publics sectoriels au niveau national. C'est, par exemple, le cas du Centre d'expertise, d'évaluation et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses, en sigle « CEEC », créé d'abord par le décret n° 09/57 du 3 décembre 2009 sous forme de service public géré en régie et transformé ensuite en établissement public par le décret n° 01/1/28 du 7 juin 2011 fixant désormais ses statuts¹⁶⁷.

¹⁶² Décret n° 09/15 du 24 avril 2009 portant création, organisation et fonctionnement d'un établissement public dénommé « Comité de pilotage de la réforme des entreprises du portefeuille », *JO*, n° spécial, 30 avril 2009, pp. 31-39.

¹⁶³ *Idem*

¹⁶⁴ Décret n° 09/51 du 3 décembre 2009 portant statuts d'un établissement public dénommé « City Train », *JO*, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 97-106. ^{Gr} Décret n° 011/30 du 16 juin 2011 portant statuts d'un établissement public dénommé « Fonds de promotion culturelle », *JO*, n° spécial, 28 juin 2011, col. 1-12.

¹⁶⁵ Décret n° 08/27 du 24 décembre 2008 portant statuts d'un établissement public dénommé Fonds national d'entretien routier, *JO*, n° spécial, 12 janvier 2009, col. 49 ; *Les Codes Larcier RDC*, t. VI, *B-Droit administratif*, 2010, pp. 916-920.

¹⁶⁶ Décret n° 14/030 du 18 novembre 2014 fixant les statuts d'un établissement public dénommé Agence congolaise d'environnement, *JO*, n° 24, 15 décembre 2014, col. 45 *JO*, n° 15, lef août 2011, col. 6-14.

¹⁶⁷ *JO*, n° 15, 1^{er} août 2011, col. 6-14.

STATUTS FIXES PAR UN TEXTE SEPARÉ.

Lorsque l'établissement public a été créé par un premier texte (législatif ou réglementaire), les statuts sont ensuite fixés par un décret du Premier ministre. Par exemple, l'Office congolais de contrôle, en sigle « OCC », créé par l'ordonnance-loi du 10 janvier 1974, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/42 du 3 décembre 2009¹⁶⁸, l'Institut national de la statistique, en sigle « INS », créé par l'ordonnance ri 78-397 du 3 octobre 1978, dont les statuts sont fixés par le décret ri 09/45 du 3 décembre 2009¹⁶⁹, l'Office des Routes créé par l'ordonnance-loi n° 71/023 du 26 mars 1971, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/47 du 3 décembre 2009¹⁷⁰, l'Office des voiries et drainage, en sigle « OVD », créé par l'ordonnance n° 87-331 du 16 septembre 1987, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/48 du 3 décembre 2009¹⁷¹, l'Institut national pour l'étude et la recherche agronomiques, en sigle « INERA », créé par l'ordonnance n° 78-211 du 5 mai 1978, dont les statuts sont fixés par le décret n°09/146¹⁷², l'Institut congolais pour la conservation de la nature, en sigle « ICCN », créé par la loi n° 75-023 du 22 juillet 1975, dont les statuts sont fixés par le décret n°10/ 15 du 10 avril 2010¹⁷³, la Foire internationale de Kinshasa, en sigle « FIKIN », créée par l'ordonnance n° 69-197 du 15 septembre 1969, dont les statuts sont fixés par le décret n°09/49 du 3 décembre 2009¹⁷⁴, l'Agence congolaise de presse, en sigle « ACP », créée par l'ordonnance n° 67-83 du 3 février 1967, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/50 du 3 décembre 2009¹⁷⁵, l'Institut des musées nationaux du Congo, en sigle « IMNC », créé par l'ordonnance n° 70-089 du 11 mars 1970, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/52 du 3 décembre 2009¹⁷⁶, l'Institut national de sécurité sociale, en sigle « INSS », créé par le décret-loi organique du 29 juin 1961 relatif à la sécurité sociale, dont les statuts sont fixés par le décret n°09/57 du 3 décembre 2009¹⁷⁷, l'Institut national de préparation professionnelle, en sigle « INPP », créé par l'ordonnance-loi n° 206 du 29 juin 1964, dont les statuts sont fixés par le décret ri 09/55 du 3 décembre 2009¹⁷⁸, l'Agence pour la promotion des investissements, en sigle « ANAPI », instituée par la loi n°004/2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/33 du 8 août 2009¹⁷⁹, l'Office national du café, en sigle « ONC », créé par l'ordonnance n° 79/059 du 7 mars 1979, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/59 du 3 décembre 2009¹⁸⁰, la Régie des voies fluviales, en sigle « RVF », créée par l'ordonnance-loi n° 71-004 du 26 janvier 1971, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/60 du 3 décembre 2009¹⁸¹, l'Office de gestion du fret multimodal, en sigle « OGEFREM », créé par l'ordonnance¹⁸² 08/256 du 12 novembre 1980, dont les statuts sont fixés par le décret n° 09/63 du 3 décembre 2009¹⁸³, le Cadastre Minier, en sigle « CAMI », institué par la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, dont les statuts sont fixés par le décret présidentiel n° 068/2003 du 3 avril 2003¹⁸⁴, l'Autorité de l'aviation civile de la République Démocratique du Congo, en sigle « AAC/RDC », instituée par la loi ri 10/014 du 31 décembre 2010 relative à l'aviation civile, dont les statuts

¹⁶⁸JO, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 9-18. 617

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 37-47.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 57-66.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 67-77.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 47-56.

¹⁷³ JO, n° 11, 1^{er} juin 2010, col. 26-33.

¹⁷⁴ JO, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 77-86

¹⁷⁵ *Idem*, pp. 87-96.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 107-116.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 117-127.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 133-144.

¹⁷⁹ JO, n° 22, 15 novembre 2009, col. 9-18.

¹⁸⁰ JO, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 161-170.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 171-180.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 181-192.

¹⁸³ JO, n° 24, 15 décembre 2003, col. 2-13.

¹⁸⁴

sont fixés par le décret n° O11/29 du 10 juin 2011¹⁸⁵, ou l'Agence nationale de météorologie et de télé-détection, en sigle « METTELSAT », créée par l'ordonnance n° 91-50 du 3 avril 1991, dont les statuts sont fixés par le décret n° 12/040 du 2 octobre 2012¹⁸⁶.

STRUCTURES ORGANIQUES.

Les structures organiques d'un établissement public sont :

- le Conseil d'administration (organe de conception, d'orientation, de contrôle et de décision), la Direction générale (organe de gestion) et le Collège des commissaires aux comptes (organe de contrôle des opérations financières).¹⁸⁷ Toutefois, certains établissements publics ont des structures organiques atypiques. Par exemple, l'Agence pour la promotion des investissements (ANAPI) en a quatre au lieu de trois organes :
- le Conseil d'administration, le Conseil d'agrément, la Direction générale et le Collège des commissaires aux comptes ou le Fonds spécial du portefeuille (FSP) a comme structures organiques : le Comité de coordination, la Direction générale et le collège des commissaires aux comptes¹⁸⁸. En revanche, le Cadastre minier (CAMI) dispose certes de trois organes mais avec des appellations différentes :
- le Conseil du Cadastre minier, le Comité de Direction et le Collège des auditeurs externes. Il en est de même du Comité de pilotage de la réforme des entreprises du portefeuille (COPIREP) qui a pour structures : le Conseil technique, le Secrétariat exécutif et le Collège des commissaires aux comptes¹⁸⁹. Dans ce sens, le Conseil d'administration de l'Institut national de la statistique (INS) a pour appellation « le Conseil scientifique »¹⁹⁰

CONSEIL D'ADMINISTRATION.

Le Conseil d'administration, organe délibérant, est composé au maximum de cinq membres¹⁹¹, parmi lesquels le responsable de la Direction Générale, nommés par le Président de la République, sur proposition du Gouvernement délibérée en Conseil des ministres (art. 81, al. 1^{er} point 6, Const.). Il est présidé par un président autre que le responsable de la Direction générale. Le mandat des membres du Conseil d'administration est de cinq ans renouvelable une fois. Sous la loi du 6 janvier 1978 sur les entreprises publiques, les membres du Conseil d'administration avaient formellement le titre d'administrateur. Actuellement, c'est indirectement le cas. Car c'est quand on lit l'article 9, alinéa 4, de la loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics, qui dispose que « Nul ne peut détenir plus d'un mandat d'administrateur »¹⁹², qu'on s'aperçoit que le titre d'un membre du Conseil d'administration est celui d'administrateur. En outre, le décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 portant statut des mandataires publics dans les établissements publics¹⁹³ indique que le mandat public non actif dans les établissements publics s'exerce à travers notamment les fonctions de président du Conseil d'administration et d'administrateur (art. 5). Un règlement intérieur, dûment approuvé par le ministre ayant en charge le secteur d'activité, est prévu pour déterminer l'organisation et

¹⁸⁵ JO, n° 15, 1^{er} août 2011, col. 15-24.

¹⁸⁶ JO, n° spécial, 26 octobre 2012, col. 25-36.

¹⁸⁷ Hier, les anciennes entreprises publiques du régime de la loi du 6 janvier 1978 avaient plutôt comme organes : le Conseil d'administration, le Comité de gestion et le Collège des commissaires aux comptes.

¹⁸⁸ Jo, n° spécial, 30 avril 2009, p. 25.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 34.

¹⁹⁰ JO, n° spécial, 10 décembre 2009, p. 40.

¹⁹¹ Sous la loi du 6 janvier 1978 sur les entreprises publiques, le Conseil d'administration était composé au maximum de vingt et un membres, parmi lesquels les membres du Comité de gestion (art. 6).

¹⁹² Article 4 de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 18.

¹⁹³ JO, n° 3, 1^{er} février 2014, col. 13-21.

le fonctionnement du Conseil d'administration. D'ores et déjà, la loi cadre du 7 juillet 2008 sur les établissements publics précise que celui-ci se réunit trimestriellement en séance ordinaire, sur convocation de son président. Une séance extraordinaire peut être convoquée par la même autorité, à la demande du ministre en charge du secteur d'activité concerné, chaque fois que l'intérêt de l'établissement public l'exige.

Direction générale. La Direction générale, organe exécutif, exécute les décisions du Conseil d'administration et assure la gestion courante de l'établissement public. Elle exécute le budget, élabore les états financiers de l'établissement public et dirige l'ensemble de ses services. Si la loi du 6 janvier 1978 sur les entreprises publiques avait précisé les titres conférés aux membres du Comité de gestion (Administrateur Délégué général, Administrateur Délégué général adjoint, l'Administrateur Directeur administratif et technique, l'Administrateur Directeur financier et le Représentant du personnel), la loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics laisse plutôt le soin aux statuts propres à chaque établissement public de déterminer lesdits titres. La ligne générale pour la plupart d'établissements publics est que la Direction générale est assurée par un Directeur général, assisté d'un Directeur général adjoint¹⁹⁴, tous nommés par le Président de la République, sur proposition du Gouvernement délibérée en Conseil des ministres, pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois. Le décret du 13 décembre 2013 portant statut des mandataires publics dans les établissements publics confirme cet état de choses lorsqu'il dispose en article 4 que le mandat public actif dans les établissements publics s'exerce à travers notamment les fonctions de Directeur général et de Directeur général adjoint¹⁹⁵. Le Directeur général représente l'établissement public vis-à-vis des tiers. Les actions en justice tant en demande qu'en défense sont introduites ou soutenues au nom de l'établissement public par le Directeur général, à défaut, par son remplaçant ou par toute autre personne mandatée à cette fin par lui.

COLLEGE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Le Collège des commissaires aux comptes est composé de deux personnes. Avant l'Acte constitutionnel de la Transition du 9 avril 1994, les commissaires aux comptes furent nommés par le Président de la République, parmi les agents du Conseil permanent de la comptabilité au Congo (CPCC) et les Inspecteurs des Finances. L'Acte constitutionnel de la Transition fixera autrement les choses en son article 47 : « Le Président de la République nomme les mandataires publics dans les entreprises et les organismes publics, excepté les commissaires aux comptes ». Toutefois, la Constitution de la Transition du 4 avril 2003 reviendra à la situation d'avant¹⁹⁶, qui voulait que le Président de la République nomme sans distinction « les mandataires de l'État dans les établissements publics » (art. 76, al. 1^{er}). Actuellement, les commissaires aux comptes sont nommés par décret du Premier ministre, délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du ministre du secteur d'activité concerné, pour un mandat de cinq ans non renouvelable. Fonctionnant en collège, ils ne peuvent prendre individuellement aucune décision. Dans l'exercice de leurs missions, les commissaires aux comptes sont soumis aux mêmes conditions et aux mêmes incompatibilités que celles prévues pour les sociétés commerciales (art. 17, L. sur les établissements publics). Cependant, la législation commerciale congolaise ne posait pas, à ce sujet, de conditions strictes devant être observées, « en vue d'assurer l'indépendance des commissaires aux comptes dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁹⁷. En pratique, les commissaires aux comptes ne doivent exercer aucune autre fonction dans la société soumise à la surveillance. Ils ne peuvent aussi être en même temps des experts-comptables ou des conseils fiscaux et des commissaires aux comptes dans une société

¹⁹⁴ Quand dans certaines Administrations spécialisées ou régies indirectes comme la DGI, la DGDA, la DGRAD, le Service national des approvisionnements et de l'imprimerie (SENAPI) ou le Centre d'expertise, d'évaluation et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses (CEEC), deux Directeurs généraux adjoints peuvent être nommés pour assister le Directeur général, dans un établissement public un seul Directeur général adjoint assiste le Directeur général.

¹⁹⁵ *JO*, n° 3, 1^{er} février 2014, col. 15.

¹⁹⁶ Le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République Démocratique du Congo disposait déjà dans le même sens (art. 6, al. 2) : « Le Président de la République nomme les mandataires actifs et non actifs dans les entreprises et organismes publics » (*JO*, n° spécial, mai 1997, p. 10).

¹⁹⁷ LUKOMBENGHENDA, *Le droit des entreprises publiques...*, *op. cit.*, p. 390, n° 499.

donnée, dans le but d'assurer la séparation des contrôlés et des contrôleurs¹⁹⁸. Aujourd'hui, l'article 697 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (dispositions particulières à la société anonyme) précise que « les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles : 1°) avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ; 2°) avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable ; 3°) avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée »¹⁹⁹. Les commissaires aux comptes reçoivent, à charge de l'établissement public, une allocation fixe dont le montant est déterminé par décret du Premier ministre préalablement délibéré en Conseil des ministres.

Cadre et statut du personnel. Le cadre et le statut du personnel de l'établissement public sont fixés par le Conseil d'administration, sur proposition de la Direction générale²⁰⁰. Le statut détermine notamment les grades, les conditions de recrutement, la rémunération, les règles d'avancement, la discipline et les voies de recours. Avant son application, il est soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle. Sur proposition de la Direction générale, le Conseil d'Administration a le pouvoir de nommer, affecter, promouvoir et, le cas échéant, licencier ou révoquer le personnel de l'établissement public exerçant un emploi de commandement. De son côté, le Directeur général nomme, affecte, promeut et, le cas échéant, licencie ou révoque le personnel de collaboration et d'exécution de l'établissement public. Concrètement, les différents statuts des établissements publics sanctionnés par le Premier ministre, par exemple, en date du 3 décembre 2009 disposent expressément que le personnel de ces établissements publics est régi par le Code du travail et ses mesures d'application²⁰¹. Et c'est toujours le cas, lorsqu'on examine les statuts des établissements publics créés ou organisés par la suite. C'est le cas, par exemple, du personnel de l'Institut congolais pour la conservation de la

¹⁹⁸ Les législations belge et française par exemple ont établi une réglementation complète sur cette question des incompatibles auxquelles sont astreints les commissaires aux comptes. Ceux-ci ne peuvent être fondateurs, associés, apporteurs en nature, etc. ou ne peuvent être nommés administrateur ou gérant dans la société où ils ont exercé ce mandat qu'après trois ans (Belgique) ou cinq ans (France) qui suivent la cessation des fonctions de commissaire aux comptes.

¹⁹⁹ *JO*, n° spécial, vol. 1, 12 septembre 2012, p. 500; B. MERCADAL (dir.), *Code pratique OHADA*, op. cit., p. 1248.

²⁰⁰ Article 30 de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, qui est la copie *mutatis mutandis* de l'article 23 de la loi du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques.

²⁰¹ *JO*, *ri* spécial - statuts des établissements publics et des services publics, 10 décembre 2009, 203 p.

nature (art. 37, D. n° 10/15 du 10 avril 2010²⁰²), du Centre d'expertise, d'évaluation et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses (art. 37, D. n° 11/28 du 7 juin 2011²⁰³), de l'Autorité de l'Aviation civile de la République Démocratique du Congo (art. 38, D. ri 11/29 du 10 juin 2011²⁰⁴), du Fonds de promotion culturelle (art. 38, D. ri 11/30 du 16 juin 2011²⁰⁵), de l'Office national d'identification de la population (art. 36, D. n° 11/48 du 3 décembre 2011²⁰⁶), de l'Agence nationale de météorologie et de télédétection par satellite (art. 37, Dn° 12/040 du 2 octobre 2012²⁰⁷) ou de l'Agence congolaise de l'environnement (art. 36, D. n° 14/030 du 18 novembre 2014²⁰⁸). En d'autres termes, les agents des établissements publics sectoriels en dehors de ceux des établissements publics de l'enseignement national sont, en droit congolais, des travailleurs recrutés et gérés sur base des contrats de travail. Dans ces conditions, ces employés ne peuvent pas être qualifiés d'agents publics, car sont agents publics ceux qui sont soit soumis au statut du personnel de carrière des services publics de l'État²⁰⁹, soit régis par d'autres actes unilatéraux de l'Administration²¹⁰.

En règle générale, c'est le droit administratif qui s'applique au fonctionnement de l'établissement public. Celui-ci dispose de prérogatives de puissance publique. Ses organes prennent des décisions exécutoires dans le cadre d'une compétence d'attribution, c'est-à-dire strictement déterminée par ses statuts. Car, lorsque l'établissement public intervient dans un domaine non prévu par ses statuts, les décisions prises sont frappées d'incompétence. L'établissement public passe des contrats administratifs conformément à la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics²¹¹.

Le principe est que ces marchés sont passés par appel d'offres, qui est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée en fonction du prix proposé, du délai d'exécution, du service après-vente, des conditions et du calendrier de paiement, de l'impact environnement, etc. Les travaux de l'établissement public sont effectués sous le régime des travaux publics. Ceux-ci présentent trois séries de caractéristiques : il s'agit d'opérations matérielles (construction, destruction, aménagement) ; ils sont des travaux immobiliers (opérations matérielles sur un immeuble) ; ce sont des travaux effectués dans un but d'intérêt général ou d'utilité publique²¹². L'établissement public dispose d'un patrimoine propre, c'est-à-dire un patrimoine spécial distinct du patrimoine général de la collectivité territoriale de rattachement (État, province ou ETD).

Dans ce cadre, « l'établissement public bénéficie des biens appartenant à l'État, dans les conditions définies par les dispositions légales et réglementaires » (art. 19, L. sur les établissements publics). L'établissement public possède en propriété des biens acquis et générés

²⁰² JO, n° 11, 1^{er} juin 2010, col. 32.

²⁰³ JO, ri 15, 1^{er} août 2010, col. 14

²⁰⁴ *Idem*, col. 23.

²⁰⁵ JO, n° spécial, 28 juin 2011, col. 10.

²⁰⁶ JO, n° 4, 15 février 2012, col. 13.

²⁰⁷ JO, n° spécial, 26 octobre 2012, col. 35.

²⁰⁸ JO, n° 24, 15 décembre 2014, col. 53.

²⁰⁹ Il s'agit ici transitoirement de la loi n° 81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'État, JO, n° 15, 1^{er} août 1981, p. 5 et s.; Textes coordonnés et mis à jour au 15 août 2004, JD, n° spécial, 15 août 2004, col. 12 et s.

²¹⁰ Les agents publics sont en réalité des collaborateurs de l'Administration rattachés par « un lien de droit public ».

²¹¹ L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette législation dispose expressément que « la présente loi fixe les règles régissant la passation, l'exécution, le contrôle ainsi que le contentieux des marchés de travaux, de fournitures, de services et de prestations intellectuelles passés par les établissements publics ».

²¹² Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 581 et s., *Traité de droit administratif, op. cit.*, t. 2, pp. 508-512 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, p. 449 et s.

en conformité avec ses statuts. Ces biens sont soumis au régime exorbitant de la domanialité publique : ils sont inaliénables, c'est-à-dire hors commerce ; ils sont imprescriptibles, c'est-à-dire ils ne peuvent faire l'objet de prescriptions acquisitives par les particuliers ; ils sont insaisissables, c'est-à-dire ils ne peuvent faire l'objet d'aucune voie d'exécution forcée organisée par le droit privé²¹³. La justification de la règle de l'insaisissabilité de principe réside dans le principe de la continuité du service public. C'est pourquoi l'article 30, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution pose le principe de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre les personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution²¹⁴. Concrètement, il revient à la législation nationale de fixer la liste des personnes bénéficiant de cette immunité. En conformité avec cet article, la législation sénégalaise par exemple précise qu'il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre l'État, les collectivités locales et les établissements publics²¹⁵. Dans ce sens, aucune exécution forcée ne pouvant être pratiquée à l'encontre des établissements publics à caractère administratif, les saisies conservatoires pratiquées sur des personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution sont irrégulières²¹⁶.

III. LE REGIME FINANCIER ET FISCAL DE L'ETABLISSEMENT PUBLIC

1. Régime financier

Doté de l'autonomie financière, l'établissement public dispose de moyens financiers qui lui sont propres. Ses ressources sont constituées notamment de la dotation initiale par la collectivité territoriale de rattachement, des produits d'exploitation, des taxes parafiscales éventuelles, des emprunts, des subventions ainsi que des dons et legs. Au nom de cette autonomie financière, l'établissement public dispose d'un budget distinct de celui de la collectivité territoriale de rattachement. C'est pourquoi le Conseil d'administration, organe délibérant, vote annuellement le budget de l'établissement public. Toutefois, certaines recettes et dépenses d'un établissement public national peuvent apparaître, au niveau du budget du pouvoir central, dans la partie des « comptes spéciaux », spécialement au titre de compte d'affectation spéciale²¹⁷. Contrairement aux services publics en régie dont les finances sont soumises à toutes les règles de la comptabilité publique²¹⁸, les opérations financières de l'établissement public sont comptabilisées selon les règles de la comptabilité générale (art. 22, L. sur les établissements publics). L'inventaire, le bilan, le tableau de formation du résultat et le rapport de la Direction générale sur l'exécution du budget de l'établissement public sont établis

²¹³ En droit belge, si le législateur continue à poser le principe selon lequel les biens appartenant aux pouvoirs publics sont insaisissables, il l'assortit aussitôt d'une exception pour les biens qui ne sont « manifestement utiles » à l'exercice d'une mission publique ou à la continuité du service public. Pour juger si la continuité du service public est ou non en cause, les biens saisis doivent être d'abord individualisables. Tel n'est pas le cas d'une saisie-arrêt sur des sommes d'argent (R. ERGEC, *op. cit.*, t. 1, n° 505 p. 210 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n°681, pp. 440-442; D. RENDERS, B. GORS, *op. cit.*, n° 106 et 195, pp. 77 et 133).

²¹⁴ JO, n° spécial, vol. 1, 12 septembre 2012, p. 285.

²¹⁵ J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUÉ, F.M. SAWADOGO (dir.), *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Paris, Juriscope, 2008, p. 773.

²¹⁶ En ce sens, Jurisprudence OHADA, TR Niamey, ord. réf. N° 164, 7-8-2011 : CMB c./I.B.A., Ohadata, J-03-37, in B. MERCADA (dir.), *Code pratique OHADA... op. cit.*, p. 659; Tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe, RCE. 3970 du 31 décembre 2014, dans l'affaire SODICO et FBNBank c./RDC, DGI et Ministère des Finances, inédit.

²¹⁷ Un compte d'affectation spéciale retrace, dans les conditions prévues par la loi de finances, des opérations budgétaires financées au moyen de recettes particulières qui sont, par nature, en relation directe avec les dépenses concernées (art. 62, L. relative aux finances publiques).

²¹⁸ Suivant l'article 1^{er}, alinéa 2, du décret n°13/050 du 6 novembre 2013 portant règlement général sur la comptabilité publique, celui-ci s'applique « au budget du pouvoir central, des provinces, des entités territoriales décentralisées ainsi que des organismes auxiliaires qui leur sont rattachés » (JO, n° 24, 15 décembre 2013, col. 8). GGG En ce sens, J.-M.F. MBOKO DJ'ANDIMA, *Code général des impôts, op. cit.*, pp. 569-572.

à la fin de chaque exercice comptable, qui commence le 1^{er} janvier et se clôture le 31 décembre de la même année.

2. Régime fiscal

La loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics ne définit pas, en son article 24, un régime fiscal général de tous ces organismes publics. Les statuts de chaque établissement public se chargent de le faire. L'analyse des statuts de différents établissements publics conduit à la conclusion selon laquelle ceux-ci bénéficient du même traitement que l'État pour toutes leurs opérations, en ce qui concerne les impôts, droits et taxes effectivement mis à leur charge". Toutefois, l'établissement public est tenu de collecter les impôts, droits, taxes et redevances dont il est le redevable légal et de les reverser au Trésor public ou à l'entité territoriale concernée.

C. LE CADRE SPECIFIQUE DES ETABLISSEMENTS PUBLICS DE L'ESU

La législation congolaise distingue trois types d'établissements publics de l'ESU, à savoir les universités publiques, les instituts supérieurs publics et les écoles supérieures, lesquels sont successivement examinés dans les lignes qui suivent. Mais avant de le faire, il importe d'aborder au préalable les questions communes qui touchent à toutes les institutions de l'ESU.

I. Considérations d'ordre général

3. Cadre juridique

Par l'enseignement supérieur et universitaire, il faut entendre l'ensemble des activités académiques, scientifiques et autres exercées par les universités, les instituts supérieurs et les écoles supérieures. D'emblée, il faut indiquer que la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics constitue le cadre juridique général des établissements publics en République Démocratique du Congo. Son article 4 dispose entre autres : « Suivant son objet, l'établissement public est à caractère..., soit scientifique et technique ». Dans ce sens, les universités publiques, les instituts supérieurs publics et les écoles supérieures sont bel et bien des établissements publics à caractère scientifique. Et, en application de l'article 43 de la Constitution, la loi-cadre n° 141/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national fixe le régime spécifique applicable aux établissements de tous les niveaux de l'enseignement national. Celui-ci comprend les établissements publics et les établissements privés agréés (art. 43, al. 2, Const.).

Parenthèse sur les établissements privés agréés de l'ESU

Au niveau de l'ESU, les établissements privés agréés sont des établissements d'utilité publique (art. 85, *al.3 in limine*, L.-C. de l'enseignement national), c'est-à-dire des personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'utilité publique (art. 137, L.-C. de l'enseignement national). L'agrément²¹⁹ d'un établissement privé de l'ESU est sanctionné par un décret du Premier ministre délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre ayant l'ESU dans ses attributions (art. 60, al. 2, L.-C. de l'enseignement national). Il faut signaler que conformément à l'article 222, alinéa 1^{er}, de la Constitution congolaise du 18 février 2006, les institutions politiques de la Transition étaient restées en fonction jusqu'à l'installation effective

²¹⁹ L'agrément a pour conséquence la reconnaissance officielle du niveau d'études ainsi que des pièces et titres académiques délivrés par l'établissement (art. 61, al. 3, L.-C. de l'enseignement national). Autrement dit, la procédure d'homologation de diplômes délivrés ne devrait plus être d'application.

des institutions correspondantes prévues par la nouvelle Constitution et ont exercé leurs attributions conformément à la Constitution de la Transition du 4 avril 2003. Dans ce contexte, le Président de la République de Transition continua à exercer le pouvoir réglementaire général de l'État et signa le décret accordant l'agrément à un certain nombre d'universités et instituts supérieurs privés installés à Kinshasa et dans les provinces²²⁰. Ces établissements privés agréés de l'ESU sont soumis au contrôle académique du Gouvernement. S'ils bénéficient des subventions ou des subsides de l'État, ils sont également soumis au contrôle financier par les organes de l'État (art. 148, L.-C. de l'enseignement national).

Répartition des compétences

Les universités et autres établissements d'enseignement scientifique, technique ou professionnel supérieur, créés ou subventionnés par le Gouvernement central ou par les gouvernements provinciaux et qu'une loi a déclarés d'intérêt national relèvent de la compétence exclusive du pouvoir central (art. 202, point 22, Const.)²²¹. Mais la création des établissements publics de l'ESU relève plutôt de la compétence concurrente du pouvoir central et des provinces (art. 203, point 20, Const.). Toutefois, la loi-cadre de l'enseignement national précise que le Premier ministre est la seule autorité compétente pour la création des établissements publics de l'ESU. Lorsque l'initiative émane de la province, l'acte de création proposé par le Gouverneur de province est sanctionné par décret du Premier ministre délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre ayant l'ESU dans ses attributions (art. 42). En revanche, il revient au pouvoir central la compétence d'établir les normes générales de l'enseignement national applicables sur toute l'étendue de la République (art. 202, point 23, Const.). C'est ainsi que pour l'ESU, le pouvoir central définit, par exemple, le programme national de formation (art. 191, L.-C. de l'enseignement national).

ORGANES DE L'ESU

L'administration de l'enseignement supérieur et universitaire est assurée par plusieurs organes :

1. Le ministère de l'Enseignement supérieur et universitaire, qui dispose de quelques services spécialisés (la Commission permanente des études, le Collège des commissaires aux comptes, les Presses universitaires, le Centre interdisciplinaire pour le développement et l'éducation permanente ainsi que le Centre de linguistique théorique et appliquée). La création, la mission, l'organisation et le fonctionnement desdits services sont déterminés par décret du Premier ministre (art. 96, al. 3, L.C. de l'enseignement national). On peut noter par ailleurs que l'Intendance générale de l'ESU²²² n'est plus retenue comme un service spécialisé du ministère ;

²²⁰ Décret n° 06/106 du 12 juin 2006 portant agrément de quelques établissements privés d'enseignement supérieur et universitaire, *JO*, n° 12, 15 juin 2006, col. 4-7

²²¹ Conformément à la Constitution, l'article 151, point 1, de la loi-cadre de l'enseignement national légifère dans ce sens (*JD*, n° spécial, 19 février 2014, col. 42).

²²² Elle était un service à caractère technique et logistique chargé d'appuyer l'action des universités et des instituts supérieurs publics dans le domaine de l'équipement scientifique, du transport et des approvisionnements, de la restauration et du

2. plusieurs conseils nationaux : le conseil académique supérieur, le conseil d'administration des universités, le conseil d'administration des instituts supérieurs techniques, artistiques et technologiques, le conseil d'administration des instituts supérieurs pédagogiques, le conseil d'administration des écoles supérieures et le conseil de l'enseignement supérieur et universitaire privé agréé ;
3. au niveau de chaque établissement public de l'ESU : le conseil de l'établissement, le comité de gestion, le recteur ou le directeur général selon le cas, le conseil de faculté ou de section et le conseil de département. L'organisation et le fonctionnement de tous ces organes de l'ESU sont déterminés par ordonnance du Président de la République (art. 129, al. 2, L.-C. de l'enseignement national).

Régime administratif

Contrairement au personnel des établissements publics autres que ceux de l'enseignement supérieur et universitaire qui est régi par le Code du travail, l'article 122, point 12 *in fine*, de la Constitution prévoit un statut particulier du personnel de l'enseignement supérieur, universitaire et de la recherche scientifique fixé par voie de loi²²³. Le personnel académique (professeurs associés, professeurs et professeurs ordinaires), le personnel scientifique (assistants et chefs de travaux) ainsi que le personnel administratif, technique et ouvrier des universités publiques, des instituts supérieurs publics et des écoles supérieures sont formés d'agents publics.

Régime financier et fiscal

Sur le plan budgétaire, chaque établissement public de l'ESU couvre ses charges par les crédits alloués par l'État, les libéralités consenties et acceptées ainsi que les revenus et les biens propres non comptabilisés au Trésor public (comme les frais académiques, les frais d'internat et les frais de résidence). Les budgets des établissements publics de l'ESU *sont* élaborés conformément aux instructions du ministre du Gouvernement central ayant le Budget dans ses attributions. Les recettes et les dépenses desdits établissements publics sont comptabilisées conformément à la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques (comptabilité administrative²²⁴, comptabilité budgétaire²²⁵ et comptabilité des matières²²⁶), telle qu'appliquée par le décret n° 13/050 du 6 novembre 2013 portant règlement général sur la comptabilité publique²²⁷ et le décret ri 13/051 du 8 novembre 2013 portant plan comptable de l'État²²⁸. Ce dernier texte donne plus de précision sur la comptabilité générale de l'État (pouvoir central, province, ETD et organismes auxiliaires qui leur sont rattachés). Les états financiers du

développement des infrastructures (art. 13, O.-L. ri 025-81 du 3 octobre 1981 portant organisation générale de l'ESU, *JO*, n° 20, 15 octobre 1981, p. 6).

²²³ Sous l'ancien régime constitutionnel, le statut du personnel de l'ESU était porté par l'ordonnance n° 81-160 du 7 octobre 1981 (un texte réglementaire), pris en exécution de l'article 33 de l'ordonnance-loi du 3 octobre 1981 portant organisation générale de l'ESU.

²²⁴ La comptabilité administrative est tenue par l'ordonnateur et permet de suivre la consommation des crédits et d'assurer la tracabilité des recettes

²²⁵ La comptabilité budgétaire est tenue par le comptable public, par année, du 1^{er} janvier au 31 décembre. Elle retrace les recettes encaissées ainsi que les dépenses payées par le comptable public. La comptabilité des matières a pour objet la description des existants et des mouvements concernant les biens mobiliers et immobiliers, les stocks, les titres et valeurs.

²²⁶ La comptabilité des matières a pour objet la description des existants et des mouvements concernant les biens mobiliers et immobiliers, les stocks, les titres et valeurs..

²²⁷ *JO*, n° 24, 15 décembre 2013, col. 7-50.

²²⁸ *Idem*, col. 50-61

pouvoir central, des provinces et des ETD comprennent le tableau de situation nette ou bilan²²⁹, le compte de résultat²³⁰, le tableau des flux de trésorerie²³¹ et l'état annexé²³².

Quoique la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national ne prévoit pas de régime fiscal, il est permis de penser que ces établissements publics de l'ESU doivent être soumis au même régime fiscal que celui de l'État, car ils n'ont essentiellement de ressources que celles provenant de subventions budgétaires²³³. Le budget de ces établissements publics est intégré dans le budget général de l'État (art. 169, L.-C. de l'enseignement national). Car les pouvoirs publics prennent en charge les constructions, les réparations et les équipements, les frais de location et d'entretien, le personnel enseignant (académique et scientifique) et le personnel administratif, technique et ouvrier, les frais de consommation d'eau et d'électricité, l'équipement didactique et logistique ainsi que la bourse et les soins médicaux (art. 171, al. 1^{er}, L.-C. de l'enseignement national). Le budget de l'établissement public de l'ESU est géré par le Comité de gestion (art. 176, L.-C. de l'enseignement national).

Régime patrimonial

Comme c'est le cas pour toutes les personnes publiques spécialisées, l'établissement public de l'enseignement supérieur et universitaire dispose d'une autonomie patrimoniale. Dans le cadre de son patrimoine spécial distinct de celui de la collectivité territoriale de rattachement, il peut acquérir en propriété les immeubles nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il peut également effectuer des placements immobiliers en vue d'assurer la conservation de son patrimoine.

II. LES UNIVERSITES PUBLIQUES

Dénomination des universités publiques

Le principe établi par la loi n° 71-003 du 3 juillet 1971 portant modification des dénominations des universités congolaises voulait que ces universités publiques portent les noms des villes où elles sont installées²³⁴. C'est en application de cette loi qu'un arrêté du 20 juillet 1971 du ministre de l'Éducation nationale procéda à la modification des dénominations des universités publiques de la manière suivante : l'Université de Kinshasa à la place de l'Université de Lovanium, l'Université de Lubumbashi à la place de l'Université officielle du Congo et l'Université de Kisangani à la place de l'Université libre du Congo²³⁵. L'Université pédagogique nationale (UPN), installée à Kinshasa, faisait exception dans ce domaine. Aujourd'hui, la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national a simplifié les choses. En effet, les établissements de l'ESU en général portent la dénomination qui figure dans les actes de leur création ou de leur agrément (art. 102, L.-C. de l'enseignement national).

Nature juridique des universités publiques

Les universités publiques (Université de Kinshasa²³⁶, Université de

²²⁹ Le tableau de situation nette présente l'actif et le passif de l'État ou de l'organisme auxiliaire. Le tableau des flux de trésorerie fait apparaître les entrées et les sorties des liquidités qui sont classées en trois catégories : les flux de trésorerie liés à l'activité, les flux de trésorerie liés aux opérations d'investissement et les flux de trésorerie liés aux opérations de financement.

²³⁰ Le compte de résultat fait apparaître en son débit les charges et en son crédit les produits. La différence entre les produits et les charges permet de dégager le résultat de l'exercice.

²³¹ L'état annexé contient l'ensemble des informations utiles à la compréhension et à l'utilisation des autres états financiers. Il comprend notamment l'explicitation et le chiffrage des engagements hors bilan.

²³² En ce sens, J.-M. F. MBOKO DJ'ANDIMA, *Code général des impôts, op. cit.*, p. 572

²³³ JO, n° 4, 15 février 1975, p. 123

²³⁴ *Les Codes Larquier RDC, t. VI, B-Droit administratif*, 2010, p. 742.

²³⁵ JO, n° 20, 15 octobre 1981, pp. 21-26.

²³⁶ *Idem*, pp. 26-31

Lubumbashi²³⁷, Université de Kisangani²³⁸, Université de Kindu²³⁹ Université pédagogique nationale) sont des personnes morales de droit public à caractère scientifique. Elles sont placées sous la tutelle du ministre ayant l'Enseignement supérieur et universitaire dans ses attributions. Elles jouissent d'une autonomie de gestion académique, scientifique, administrative, financière et patrimoniale. À ce titre, elles ont pour mission d'assurer la formation des cadres de conception capables de contribuer à la transformation qualitative de la société et contribuer à l'évolution de la science par l'organisation de la recherche scientifique fondamentale et appliquée orientée vers le développement.

La recherche fondamentale et appliquée est produite dans les facultés ou centres rattachés à l'établissement comme unités d'appui à l'enseignement. Dans ce cadre, l'Université doit assurer et promouvoir la diffusion des résultats de la recherche. Sous l'ancienne législation portée par la loi-cadre du 22 septembre 1986 sur l'enseignement national, l'enseignement universitaire comprenait trois cycles : le graduat, la licence et le doctorat. Toutefois, nul n'était admis à l'épreuve de présentation et de soutenance d'une thèse de doctorat, à l'exception du doctorat en médecine et en médecine vétérinaire, s'il n'est titulaire d'un diplôme d'études supérieures (DES) correspondant²⁴⁰. Actuellement, la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national a institué le système Licence - Maîtrise - Doctorat²⁴¹, en sigle LMD (art. 98, al. 1^{er} C). En effet, une université peut organiser deux ou trois cycles ci-après : la licence pour une durée de 3 ans de formation, la maîtrise pour une durée de 2 ans et le doctorat pour une durée de 3 à 5 ans. Le troisième cycle est décomposé en deux étapes : l'obtention d'un diplôme d'études approfondies (DEA) et la présentation et la soutenance publique d'une thèse inédite, sanctionnée par un diplôme de docteur ou d'agrégé en médecine (art. 194, L.-C. de l'enseignement national).

Éléments de droit comparé. En France par exemple, les universités publiques constituent, au sens de l'article 34 de la Constitution, une catégorie d'établissements publics. Les universités publiques font partie d'établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel²⁴² et donc du service public de l'enseignement supérieur, qui regroupe l'ensemble des formations post-secondaires. Initialement, la formation universitaire était organisée en trois cycles comme antérieurement chez nous, mais à cette organisation s'est progressivement substitué, au début des années 2000, le schéma licence - master - doctorat (LMD). La communauté universitaire désigne, par voie d'élection, les responsables de l'établissement.

Le président de l'Université par ses décisions, le conseil d'administration par ses délibérations, le conseil scientifique ainsi que le conseil des études et de la vie universitaire par leurs propositions, leurs avis et leurs vœux, assurent l'administration de l'université qui regroupe diverses composantes dont les unités de formation et de recherche (UFR)²⁴³. Les universités disposent de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière. La tutelle

²³⁷ *Ibidem*, pp. 31-35.

²³⁸ JO, n° 22, 15 novembre 2011, col. 7-16.

²³⁹ JO, n° 20, 15 octobre 1981, pp. 21-26.

²⁴⁰ Conformément à l'arrêté départemental du 8 août 1978 portant fixation de conditions supplémentaires d'admission aux études à l'Université nationale du Zaïre, JO, n° 16, 31 août 1978, p. 34.

²⁴¹ Cette réforme a tenu compte de l'évolution des systèmes de l'enseignement supérieur et universitaire, tel que exprimé par le processus de Bologne de juin 1999 (Exposé des motifs de la loi-cadre n° 14/004 du 11 février 2014 de l'enseignement national, JO, n° spécial, 19 février 2014, col. 2).

²⁴² L'académie est une circonscription régionale de l'administration scolaire et universitaire englobant, d'ordinaire, plusieurs départements (en 2005, il existait 26 académies). C'est en tant que chancelier des universités de la circonscription que le recteur dispose à leur égard d'un pouvoir de contrôle de la légalité de leurs actes. (S. GUINCHARD, T. DEBARD (dit.),

²⁴³ Les UFR déterminent leurs statuts et dont certaines, par tradition, tout particulièrement en droit, ont décidé de s'appeler « faculté ». (P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 394, p. 333).

sur ces universités est exercée principalement par le recteur d'académie²⁴⁴ qui représente le ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche. Toutefois, cette tutelle ne s'exerce pas par voie d'annulation dans la mesure où le pouvoir d'annulation des décisions irrégulières a été transféré au tribunal administratif, saisi par le recteur.

ORGANES DES UNIVERSITES PUBLIQUES

Conformément à la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national et en attendant l'édition de l'ordonnance du Président de la République devant déterminer l'organisation et le fonctionnement des organes d'administration de l'ESU (art. 129, L.-C. de l'enseignement national), une université publique comprend en son sein les organes ci-après :

- le Conseil de l'université, composé du Recteur, du secrétaire général académique, du secrétaire général administratif, d'un administrateur du Budget, des doyens de facultés, du bibliothécaire en chef, du conservateur en chef, du vice-doyen chargé des cliniques universitaires, d'un représentant du corps académique, d'un représentant du corps scientifique, d'un représentant du personnel administratif et technique, et d'un représentant des étudiants ;
- le Comité de gestion, qui comprend le Recteur, le secrétaire général académique, le secrétaire général administratif et l'administrateur du Budget²⁴⁵ ;
- le Recteur, élu par ses pairs et investi par ordonnance du Président de la République, pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois. Il supervise et coordonne l'ensemble des activités de l'université. À ce titre, il assure l'exécution des décisions du Conseil d'administration, du Conseil de l'université et du Comité de gestion. Il exerce le pouvoir de police de l'université. Il représente l'université dans toutes ses relations extérieures officielles avec les autorités tant nationales qu'internationales ;
- le Conseil de faculté²⁴⁶, constitué des professeurs ordinaires, des professeurs et des professeurs associés, de deux représentants du personnel scientifique et de deux représentants des étudiants de la faculté. Les professeurs à temps partiel, les professeurs visiteurs et les suppléants peuvent assister aux réunions du Conseil. Il se réunit une fois par mois et chaque fois que le doyen ou le Comité de gestion le juge nécessaire. Toutefois, le Bureau facultaire, constitué du doyen, du vice-doyen chargé de l'Enseignement, du vice-doyen chargé de la Recherche, du secrétaire académique et des chefs de départements, prend en cas d'urgence, toutes mesures relevant de la compétence du Conseil de faculté, à charge de l'en informer à la prochaine réunion ;
- le Conseil de département²⁴⁷, constitué du personnel académique, des chefs de travaux, de deux représentants des assistants et de deux représentants des étudiants du département, Il est dirigé par un chef de département, assistés de deux secrétaires, l'un chargé de l'Enseignement, l'autre de la Recherche.

²⁴⁴ Le recteur d'académie est un Haut fonctionnaire nommé en Conseil des ministres, par décret du Président de la République, à la tête d'une académie, et il y représente le ministre. *Lexique des termes juridiques, op. cit., p. 764*; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., p. 762*).

²⁴⁵ Le secrétaire général académique, le secrétaire général administratif et l'administrateur du Budget sont nommés par le ministre de l'Enseignement supérieur et universitaire. Leur mandat est de quatre ans renouvelable une fois. Cependant, on peut constater que le Comité de gestion de l'Université de Kindu comprend en sus un secrétaire général à la recherche, qui prend une partie des attributions exercées par le secrétaire général académique dans d'autres universités publiques (coordination des productions scientifiques, encadrement des doctorants, publications, missions scientifiques, organisation des manifestations scientifiques, etc.).

²⁴⁶ La faculté est une unité d'enseignement, de recherche et de production jouissant de l'autonomie de gestion.

²⁴⁷ Le département est la cellule de base de recherche et d'enseignement jouissant aussi d'une autonomie de gestion.

III. LES INSTITUTS SUPERIEURS PUBLICS

Nature juridique

Les instituts supérieurs techniques et artistiques publics, les instituts supérieurs technologiques publics et les instituts supérieurs pédagogiques publics sont également des personnes morales de droit public à caractère scientifique. Ils jouissent de l'autonomie de gestion académique, scientifique, administrative, financière et patrimoniale. Ils sont placés sous la tutelle du ministre ayant l'ESU dans ses attributions. Ils portent la dénomination qui figure dans *les* actes de leur création. Les instituts supérieurs techniques, artistiques et technologiques ont pour mission de former des cadres spécialisés dans le domaine des techniques et technologies appliquées, notamment dans les secteurs de la santé, de l'agriculture, de l'éducation, de la gestion, des arts, des métiers, des bâtiments, des travaux publics et de l'industrie, et d'organiser la recherche en vue de l'adaptation des techniques et technologies nouvelles aux conditions spécifiques du pays.

De leur côté, les instituts supérieurs pédagogiques ont pour mission de pourvoir le pays des enseignants qualifiés du secondaire dans toutes les disciplines de formation générale, technique, artistique et professionnelle, d'organiser la recherche dans le domaine de la pédagogie appliquée afin d'améliorer la qualité de l'enseignement maternel, primaire, secondaire et professionnel et de vulgariser les résultats de la recherche notamment par la production et la diffusion des manuels scolaires adaptés. Sous l'ancienne législation portée par la loi-cadre du 22 septembre 1986 sur l'enseignement national, l'enseignement supérieur comprenait deux cycles : le graduat et la licence. Actuellement, un institut supérieur ne peut organiser qu'un ou deux premiers cycles prévus dans le système Licence - Maîtrise - Doctorat (LMD). Autrement dit, seul le personnel scientifique œuvrant dans les instituts supérieurs peut accéder à un troisième cycle à caractère technique ou pédagogique sous l'autorité scientifique exclusive d'une université congolaise ou étrangère dans le cadre de la coopération entre les universités publiques et privées et les instituts supérieurs (art. 97, al. 3 et 5, L.-C. de l'enseignement national).

Organes des Instituts supérieurs

Les instituts supérieurs comprennent en leur sein les organes ci-après : *le* Conseil de l'institut, le Comité de gestion, le Directeur général, le Conseil de section et le Conseil de département. De manière synthétique, tout ce qui a été dit en ce qui concerne le Conseil de l'université, le Comité de gestion, le Recteur, le Conseil de faculté et le Conseil de département d'une université demeure valable *mutatis mutandis* pour les organes d'un institut supérieur public. Dans ce sens, le Directeur général d'un institut supérieur public national élu par ses pairs est investi par ordonnance du Président de la République.

IV. LES ECOLES SUPERIEURES

Nature juridique

L'école supérieure est un établissement d'enseignement supérieur qui recrute ses étudiants par concours ou sur titre et assure des formations de haut niveau dans un vaste éventail de disciplines. À cet effet, l'école supérieure a pour mission de former des cadres de haut niveau dans divers secteurs en fonction des besoins réels de la société (fonction publique²⁴⁸,

²⁴⁸ On peut citer le cas de l'École nationale d'administration (ENA) pour l'Administration civile ou d'une Académie militaire nationale prévue dans la loi n° 13/005 du 15 janvier 2013 portant statut du militaire des Forces armées (art. 33). La loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats fait mention, en son article 4, de *l'existence* de l'École supérieure de la magistrature.

magistrature²⁴⁹, etc.), d'organiser la recherche appliquée, orientée vers des solutions aux problèmes spécifiques des domaines de leur création et d'assurer les services à la communauté. La formulation de l'article 94 de la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national, suivant laquelle « les modalités d'organisation et de fonctionnement des écoles supérieures sont fixées par le décret du Premier ministre », laisse penser qu'une école supérieure devrait être un établissement public de l'ESU. Dans ces conditions, l'école supérieure est une personne morale de droit public placée sous la tutelle du ministre ayant l'Enseignement supérieur et universitaire dans ses attributions. Elle jouit d'une autonomie académique, scientifique, administrative, financière et patrimoniale. Elle porte tout naturellement la dénomination qui figure dans l'acte de sa création.

Organisation atypique de l'ENA. Le décret n° 13/013 du 16 avril 2013 portant création, organisation et fonctionnement de l'École nationale d'administration (ENA) montre que *celle-ci* est un établissement public à caractère administratif, qui a pour objet la formation des agents de carrière des services publics de l'État. L'ENA est placée sous la tutelle du ministre ayant la Fonction publique dans ses attributions.

Le personnel de l'ENA est régi par un règlement d'administration spécifique. Ce personnel comprend notamment le personnel administratif et les formateurs. L'ENA a pour organes le conseil d'administration, la Direction générale et le collège des commissaires aux comptes. Comme on le voit, l'ENA est plutôt directement régie par la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, au lieu d'être spécifiquement régie par la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national. Son personnel administratif, qui est régi par un règlement d'administration spécifique, est formé de fonctionnaires.

Les autorités administratives indépendantes

La tendance à la diffraction de l'État s'est largement accrue dans ce qu'on appelle « l'évolution des structures administratives »²⁵⁰. La plus marquante d'entités administratives nouvelles est la catégorie des autorités administratives indépendantes. Nées à l'origine dans le domaine des libertés publiques, elles se sont surtout développées dans le domaine du droit public économique. La volonté de donner plus de liberté et d'indépendance à certains services de l'Administration centrale de l'État, ayant la responsabilité de secteurs « sensibles », c'est-à-dire touchant aux droits et libertés des citoyens, a en effet conduit à l'institution des autorités administratives indépendantes. Car le discrédit du pouvoir politique est devenu tel qu'il ne peut plus obtenir la confiance des citoyens et des opérateurs économiques qu'en confiant les aspects les plus délicats de l'Administration moderne à des autorités qui lui échappent.

En définitive, les autorités indépendantes apparaissent aujourd'hui comme une donnée du droit public et du système administratif dans la plupart des États du monde. Toutefois, convient-il de le noter, les autorités administratives indépendantes ne sont pas les seules, au sein de l'État, à protéger les libertés publiques, car toute autorité de police administrative en est chargée²⁵¹.

L'organisation de ces services administratifs d'État pose un vrai défi constitutionnel par rapport à l'organisation traditionnelle des pouvoirs dans l'État. Il importe d'examiner ce défi avant de faire une présentation générale de ce mode de gestion de services

²⁴⁹ La loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats fait mention, en son article 4, de l'existence de l'École supérieure de la magistrature.

²⁵⁰ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État* (Thèse), Paris, LGDJ, 1976, p. 292, cité par Olivier BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif op. cit.*, p. 238.

²⁵¹ En ce sens, C. VAUTROT-SCHWARZ, « Police et régulation », *op. cit.*, p. 67.

publics et de situer la question en droit congolais.

A. Le défi constitutionnel posé par les autorités administratives indépendantes

Les autorités indépendantes constituent un défi fondamental pour le modèle dominant de la démocratie constitutionnelle du fait que cette solution institutionnelle vise à placer des activités de l'État en dehors des organes ordinaires du pouvoir. Les doctrines de la séparation des pouvoirs s'adaptent difficilement à l'anomalie organisationnelle que représentent les autorités indépendantes, car celles-ci mettent en question la séparation triadique des pouvoirs. La principale fonction de l'autorité indépendante est la production de règles dans le but de la régulation d'un secteur donné. Or, constitutionnellement, la législation est réservée au pouvoir législatif et la mise en œuvre de la loi revient au pouvoir exécutif. Aux États-Unis, « le pouvoir législatif de l'agence de régulation indépendante est admis et se trouve justifié en tant qu'il constitue une forme de législation déléguée »²⁵². En France, le Conseil constitutionnel a admis que l'article 21 de la Constitution ne faisait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, à la condition que ce soit dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements²⁵³. En ce sens, le pouvoir réglementaire du Premier ministre reste tout de même supérieur à celui attribué à des autorités concurrentes²⁵⁴.

Institutions administratives hors hiérarchie

Traditionnellement, l'Administration est organisée selon le principe hiérarchique, qui permet à l'autorité supérieure de donner des instructions aux autorités subordonnées, de réformer ou d'annuler les décisions prises par les échelons inférieurs, et de sanctionner les agents violant les règles de l'obéissance aux ordres reçus²⁵⁵. Or les autorités administratives indépendantes sont des institutions administratives qui sont placées hors hiérarchie, échappant à tout pouvoir d'instruction et de réformation, et disposant d'une liberté d'action juridiquement garantie. Concrètement, « leur indépendance provient du fait qu'elles ne sont pas soumises à l'autorité hiérarchique d'un ministre »²⁵⁶.

À cet égard, on pouvait s'interroger, d'un point de vue constitutionnel, sur la conformité du statut de ces autorités administratives indépendantes, qui échappent très largement au Gouvernement alors que celui-ci « dispose de l'administration publique » (art. 91, al. 4, Const.). Le fait qu'on a vu bon de soustraire ces corps administratifs à « toute dépendance hiérarchique envers le pouvoir politique » a d'ailleurs pour inconvénient majeur que « l'action des autorités administratives indépendantes échappe à toute responsabilité politique, alors qu'elles jouent un rôle essentiel pour les libertés et la régulation économique »²⁵⁷. Il s'agit ici de la responsabilité politique du Gouvernement sur leur action. En fin de compte, « les autorités administratives indépendantes sont des organismes administratifs, qui agissent au nom de l'État et disposent d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement »²⁵⁸. Comme le souligne Olivier Beaud, « leur particularité institutionnelle tient au fait que, bien qu'autorités administratives, elles sont indépendantes, organiquement et fonctionnellement, du pouvoir hiérarchique étatique qui est censé unifier l'appareil administratif sous la responsabilité

²⁵² ANDRÀS SAJÔ, « Les autorités indépendantes », traduit de l'anglais par Alexandre Thiercelin, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dit.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2.: *Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, p. 344

²⁵³ CC, décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 58, in L_ FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n°33-23, p. 570

²⁵⁴ B. SEILLER, *Droit administratif*, t. 1., op. cit., p. 113.

²⁵⁵ F. VUNDUAWE et PEMAKO, op. cit., p. 841.

²⁵⁶ J. WALINE, op. cit., p. 73

²⁵⁷ D. TRUCHET, *Préface à la thèse de M. Collet, Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, p. VI.

²⁵⁸ C. DEBBASCH, F. COLIN, op. cit., p. 147.

du gouvernement »²⁵⁹.

Contrôle parlementaire

N'ayant pas fait de distinction à ce sujet, le constituant congolais pose un principe général du contrôle parlementaire sur tous les services publics du pouvoir central (art. 100, al. 2 *in fine*). Ces autorités administratives indépendantes sont bel et bien des services publics d'État, mais sans relever du Gouvernement qui ne peut répondre de leurs actes devant la représentation nationale. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle belge a estimé que l'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution, car son article 37 ne s'oppose pas que le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste néanmoins soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire²⁶⁰. Dans cet ordre d'idées, la CENI doit présenter un rapport annuel à l'Assemblée nationale à sa session de mars et à la fin de chaque processus électoral ou référendaire (art. 28, L.O. sur la CENI)²⁶¹. De son côté, la CNDH publie chaque année un rapport sur ses activités, qui fait l'objet d'un débat à l'Assemblée nationale (art. 7, al. 1^{er}, L.O. sur la CNDH).

Contrôle du juge

Il importe d'indiquer d'emblée que les autorités administratives indépendantes ne sont pas indépendantes du juge, spécialement du juge administratif, qui peut censurer leurs actes²⁶². La censure directe des règlements et des actes individuels pris par une autorité administrative indépendante congolaise relève de la compétence du Conseil d'État²⁶³, à l'exception du règlement intérieur de la CENI, du CSAC ou d'une autre institution d'appui à la démocratie créée en vertu de l'article 222, alinéa 3, de la Constitution, qui est soumis au contrôle de sa constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle avant sa mise en application²⁶⁴. En effet, les actes réglementaires subordonnés qui interviennent dans le sillage de la loi pour en assurer l'exécution ou l'application sont, avant tout, appréciés par rapport à la loi par le juge administratif en raison de la théorie de la loi écran ou de l'écran législatif²⁶⁵. Toutefois, sur pied de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 43 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, il y a lieu de signaler que celle-ci est compétente pour connaître de la constitutionnalité des actes réglementaires de toute autorité administrative. Mais, la Cour constitutionnelle est incompétente pour assurer le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs individuels. Car cette compétence relève plutôt du juge administratif pour une raison simple : la compétence reste d'attribution en droit public.

²⁵⁹ BEAUD, « L'État », *op. cit.*, p. 238.

²⁶⁰ C.C., n° 130/2010 du 18 novembre 2010, repris par J. SALMON, J. JAUMOTTE

²⁶² On peut se rappeler qu'à la suite de l'évaluation du processus électoral de novembre 2011 (élections présidentielle et législatives), le législateur fut amené à revoir le cadre institutionnel d'organisation des élections en République Démocratique du Congo. Voy. Exposé des motifs de la loi organique n° 13/012 du 19 avril 2013 modifiant et complétant la loi organique n° 10/013 du 8 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante. (JO, n° spécial, 10 mai 2013, col. 1), E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, p. 439, n°211 ; M. LEROY, *Contentieux administratif, op. cit.*, pp. 272-273.

²⁶² En ce sens, J. L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État », *RDP*, 1991, p. 1533 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 94, p. 74

²⁶³ En ce sens, F. VUNDUAWETEPEMAKO, j.-M. F. MBOKODJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. II, p. 1044 ; D. KALUBA DIBWA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, Kinshasa, Éditions Eucalyptus, 2013, p. 418.

²⁶⁴ Article 160, alinéa 2, de la Constitution ; article 43 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

²⁶⁵ L. YLJVIA BIABA, *op. cit.*, p. 37.

B. Aperçu général sur les autorités administratives indépendantes

Constat.

L'idée d'autorités indépendantes est devenue très populaire dans les pays post-totalitaires ou post-dictatoriaux en cours de démocratisation lors de la phase de construction des institutions et révèle de manière évidente le rejet par la population des politiques partisans. La reconnaissance constitutionnelle des autorités indépendantes est à la mode. On peut citer l'article 267, point 3, de la Constitution portugaise révisée en 1997 qui dispose que « la loi peut créer des entités administratives indépendantes » ou l'article 181 de la Constitution de l'Afrique du Sud qui prévoit une liste d'institutions étatiques ayant pour tâche le renforcement de la démocratie constitutionnelle (*State Institutions Supporting Constitutional Democracy*). Le titre V et l'article 222, alinéa 3, de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 instituent directement ou invitent le législateur à instituer des institutions dites d'appui à la démocratie, Aperçu de droit comparé. Dans le monde occidental. Le modèle organisationnel de l'autorité indépendante moderne a émergé aux États-Unis d'Amérique : l'*Interstate Commerce Commission (ICC)* fut le résultat d'une intervention par le Congrès²⁶⁶ en réponse à un mécontentement politique massif vis-à-vis des pratiques politiquement discriminatoires des compagnies ferroviaires. En Allemagne, des institutions publiques isolées, du genre Service indépendant de radiodiffusion, émergent en particulier du fait des efforts des forces alliées pour établir des institutions non politisées. En Grande-Bretagne, le transfert de responsabilités étatiques à des comités spécialement nommés date de très longtemps²⁶⁷. Depuis la Seconde Guerre mondiale, les autorités indépendantes britanniques sont nombreuses et apparaissent comme des agences du gouvernement qui, dans une mesure plus ou moins grande, opèrent à distance des ministères. Au cours des années 1970, une troisième vague de création d'autorités indépendantes fut davantage liée à la protection des droits fondamentaux.

En France Un mouvement de création des autorités administratives indépendantes (AAI) s'est enclenché, en France, depuis la fin des années 1970, pour tenir compte de l'évolution technologique, de la remise en cause de beaucoup de situations de monopole et de l'affirmation du principe selon lequel « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public »²⁶⁸. La notion d'autorité administrative indépendante est explicitement consacrée par la loi du 6 janvier 1978 (art. 8) relative à l'information, aux fichiers et aux libertés, avec la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). En France, les autorités administratives indépendantes ne

²⁶⁶ *Interstate Commerce Act* de 1889 accorde à l'ICC un pouvoir de régulation ainsi qu'un pouvoir de contrôle et de décision individuelle dans le secteur. Toutefois, la nomination des membres de la Commission reste dans la droite ligne de ce que prévoit la Constitution américaine pour les agents des États-Unis. (ANDRÁSSAJÓ, « Les autorités indépendantes », *op. cit.*, p. 326).

²⁶⁷ Le système des autorités indépendantes est apparu aux États-Unis à l'époque *du New Deal*, mais il s'est surtout développé au Royaume-Uni après la Seconde Guerre mondiale. (R. DRAGO, « Pour ou contre les autorités administratives indépendantes », in *En hommage à Francis Delepérée. Itinéraires d'un constitutionnalisme*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 466).

²⁶⁸ CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, 15^e éd., à 102, p. 737; M.-J. REDOR, « Ouverture », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics % Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2001, p. 10.

doivent pas être de services personnalisés²⁶⁹. La doctrine²⁷⁰ et le droit positif²⁷¹ français indiquent que lorsque ces autorités sont dotées de la personnalité morale, elles doivent plutôt recevoir l'appellation d'« autorités publiques indépendantes » (API). C'est ainsi qu'à partir de 2003 sont apparues des autorités publiques indépendantes.

C'est le cas, par exemple, de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), la Haute autorité de la santé, de l'Agence française de lutte contre le dopage, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), etc. Deux raisons majeures expliquent cette évolution : pour leur donner une plus grande souplesse de gestion (notamment avec des ressources propres) et, en même temps, les rendre responsables de leurs agissements. On peut enfin noter qu'en France, il y a une diversité des qualifications au sujet des autorités administratives indépendantes²⁷².

En effet, le législateur a créé des instances qu'il a qualifiées expressément d'autorités administratives indépendantes ou tout simplement d'autorités indépendantes - précisant dans le cas du Défenseur des droits que c'est une autorité constitutionnelle indépendante. Il a aussi institué des structures similaires sans les qualifier ainsi. C'est par analogie qu'elles ont pu être considérées comme des autorités administratives indépendantes. La reconnaissance de personnes publiques spécialisées n'ayant pas la qualité d'établissements publics a pu être interprétée comme contribuant à « une nouvelle crise de la notion d'établissement public »²⁷³. En République Démocratique du Congo, toutes les autorités administratives indépendantes sont des institutions dotées de la personnalité juridique.

En Belgique Le Conseil d'État de Belgique ne considère comme autorité administrative indépendante que l'autorité administrative disposant de la personnalité juridique²⁷⁴ et que seule la norme de valeur législative pourrait conférer à une commission la qualité d'autorité administrative indépendante²⁷⁵. Le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion institue le Conseil supérieur de l'audiovisuel en autorité administrative indépendante. Dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, §2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, la Commission bancaire, financière et des assurances (CBFA) est qualifiée d'autorité administrative indépendant²⁷⁶. La doctrine belge souligne à cet égard que l'absence de contrôle de tutelle exercé auprès d'une autorité administrative ou de recours auprès du ministre et l'impossibilité pour ce dernier de lui donner des instructions sur la base de son pouvoir hiérarchique constituent les caractéristiques essentielles de pareille autorité administrative²⁷⁷.

²⁶⁹ A. DE LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, 14e éd., n° 82, p. SG ; J. WALINE, *op. cit.*, p. 73 ; C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁰ P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n° 241, pp. 153-154 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°226, p. 226 ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 107-108 ; B. SEILLER, *Droit administratif* t. 1, *op. cit.*, p. 112 ; J. MORANDDEVILLER, *op. cit.*, p. 111.

²⁷¹ C'est la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière qui, pour la première fois, a créé des « autorités publiques indépendantes » (API), tout en précisant qu'elles sont « dotées de la personnalité morale ».

²⁷² P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°267, p. 225.

²⁷³ F. MELLERAY, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *AJDA*, 2003, dossier 6, n° 471 et s.

²⁷⁴ E., section du contentieux administratif, nos 94.642 et 94.623 du 9 avril 2001, Perveux et Kohn c/Jury d'examens de la deuxième année de la formation de l'Officier de police judiciaire et province de Liège, cité par J. SALMON, J. JAUMOTTE ; E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 211, p. 439 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 271-272

²⁷⁵ C.E., section de législation, avis n° 30.495/2 du 8 novembre 2000 précédant l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 13 mars 2001, cité par J. SALMON, J. JAUMOTTE ; E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 211, p. 439 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 271-272.

²⁷⁶ M.B., 31 mars 2003

²⁷⁷ SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 211, p. 439 ; P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n° 418, p. 648

Participation de la société civile dans la composition des AAI

Les autorités administratives indépendantes assument des missions dévolues à l'État lui-même. Elles sont instituées comme « des organismes indépendants du pouvoir politico-administratif, afin de garantir une plus grande impartialité de l'action publique, lui donner une capacité de réaction plus rapide et y associer des professionnels et personnalités issus de la société civile »²⁷⁸. Elles déploient donc « leurs activités dans des domaines dans lesquels l'intervention de l'État selon les formes classiques.

Aurait pu être considérée comme suspecte de partialité ou comme une menace pour les libertés publiques ou le libéralisme économique »²⁷⁹. Elles ont, en effet, « pour objet soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit de donner aux administrés la garantie de l'indépendance des personnes qui concourent à la décision »²⁸⁰. Rappelons que la société civile renvoie au secteur associatif, aux organisations religieuses et aux organisations non gouvernementales (ONG), mais aussi aux organisations professionnelles (syndicats d'employés comme d'employeurs) et aux organisations intellectuelles (comme des universités et des organismes de recherche). La notion n'a donc pas d'autre fonction que de signifier que « la société peut s'organiser et participer aux systèmes de décision collective, au même titre que les acteurs publics »²⁸¹.

Question de la responsabilité patrimoniale des AAI.

Lorsqu'elles sont dotées de la personnalité juridique, comme c'est le cas en République Démocratique du Congo, en Belgique ou des autorités publiques indépendantes françaises, leur responsabilité peut être mise en cause en ce qui concerne les missions qui leur ont été transférées par l'État²⁸². La garantie de l'État peut néanmoins intervenir s'il n'a pas doté l'autorité indépendante de ressources suffisantes à son bon fonctionnement²⁸³. Lorsqu'elles n'ont pas de personnalité juridique, leurs actes peuvent engager la responsabilité pécuniaire de l'État en cas de faute de leur part. Si une personne subit un préjudice résultant d'un acte illégal et, à ce titre, annulé par le juge administratif (en l'espèce ici le Conseil d'État), elle peut réclamer la réparation de ce préjudice en même temps et devant le même juge dans le cadre du contentieux de pleine juridiction²⁸⁴ ou, après un contentieux d'annulation pour excès de pouvoir, devant le juge civil compétent, sur la base des articles 258 et suivants du Code civil congolais, livre III. L'identité entre la faute et l'illégalité est affirmée en droit belge par exemple où toute illégalité constatée par un arrêt d'annulation du Conseil d'État constitue une faute²⁸⁵, en raison de l'obligation générale de prudence et de diligence.

Diverses appellations des AAI dans le monde.

On doit observer enfin l'absence d'une terminologie uniforme des autorités indépendantes à travers les États qui les ont instituées. Les législations des États utilisent plusieurs termes dans leur dénomination : « commission », « bureau », « conseil », « agence » et parfois directement « autorité » ou « haute autorité ». En France où le Gouvernement est

²⁷⁸ P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n° 237, p. 150.

²⁷⁹ T. DEBARD, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Ellipses, coll. « Dictionnaires de Droit », 2007, p. 27.

²⁸⁰ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs/Politique », 1991, p. 9.

²⁸¹ NAY (dit.), *Lexique de science politique...*, *op. cit.*, p. SOG.

²⁸² En ce sens, J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 111.

²⁸³ CE français, Avis du 8 septembre 2005, à propos de la Commission de contrôle des assurances.

²⁸⁴ Article 223 de la Constitution et 154 de la loi organique n° 131011 -B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, *J.O.*, n° spécial, 4 mai 2013, col. 36.

²⁸⁵ Voy. not. M. UYTENDAELE, *op. cit.*, n° 11, p. GOS ; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 363, p. 431 ; D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, n° 362, p. 187.

constitutionnellement tenu de diriger l'Administration, les autorités indépendantes sont conçues comme des agences administratives et ont l'appellation d'« autorités administratives indépendantes »(AAI). La Constitution roumaine utilise l'expression « autorité administrative autonome »²⁸⁶. En Italie, le législateur préfère parler d'« autorité indépendante » ou « garante » (*l'autorità garante*). Aux États-Unis d'Amérique, les autorités indépendantes sont traitées comme des agences administratives que l'on qualifie d'« exécutives », et prennent le nom d'« agences de régulation indépendantes » (ARI).

C. LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES EN DROIT CONGOLAIS

Position de la question Le constituant congolais ne qualifie pas expressément d'autorité administrative indépendante une institution ou un type de service public. L'analyse systémique du droit positif congolais permet néanmoins d'aboutir l'affirmation de l'existence d'autorités administratives indépendantes en République Démocratique du Congo. Le cadre juridique de ces autorités administratives indépendantes congolaises peut être précisé. Leur identification est possible parmi les institutions administratives congolaises existantes. Par ailleurs, la pratique congolaise dans le domaine montre qu'il y a diversité de statuts.

I. Cadre juridique des autorités administratives indépendantes congolaises

Nature administrative des AAI Le titre V et l'article 222, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006 instituent directement ou invitent le législateur à instituer des « institutions d'appui à la démocratie ». Toutefois, lorsque le constituant qualifie le CSAC et la CENI ou la CNDH par le législateur en vertu de la Constitution d'institutions d'appui à la démocratie, cela ne voudrait pas dire que ces institutions deviennent autre chose que des organismes publics administratifs.

Le qualificatif « administratif » est relatif à la nature juridique des actes édictés par ces organismes de droit public ; ce qui n'exclut nullement que certains de leurs actes administratifs puissent avoir un caractère politique²⁸⁷. Le Conseil d'État²⁸⁸ et le Conseil constitutionnel français²⁸⁹ ont bien rappelé la nature administrative des autorités administratives indépendantes qui ne sont pas des pouvoirs publics constitutionnels, quoique le Défenseur des droits soit une institution constitutionnelle indépendante (art. 71-1, Const. française du 4 octobre 1958). En outre, lorsque les autorités indépendantes ont la charge de régler certains conflits, c'est de manière administrative et non pas juridictionnelle qu'elles procèdent²⁹⁰. À l'analyse de leurs statuts (organes de l'État ou personnes morales de droit public) et attributions, ces organismes congolais de droit public - CSAC, CENI et CNDH - ne peuvent être classés que dans la catégorie d'institutions administratives²⁹¹. Ils sont indépendants en ce qu'ils ne sont soumis à aucun contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative. Ils sont une autorité dans la mesure où ils disposent d'un « pouvoir propre » de décision qui légitime leur existence. Ils sont en effet investis du pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux opposables aux administrés. Le droit congolais s'inscrit ainsi dans la lignée générale qui organise les autorités indépendantes comme des organes administratifs, c'est-à-dire au sein des

²⁸⁶ La doctrine française par exemple pense que le terme « autonome » est préférable lorsque les autorités administratives indépendantes n'ont pas de personnalité morale. Dans ce cas, elles sont tout au plus autonomes au sein de l'Administration d'État. (P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n° 242, p. 154).

²⁸⁷ En ce sens, M.-A. COHENDET, *op. cit.*, coll. « Focus droit », n° 64-4, p. 441.

²⁸⁸ CE, ass., arrêt Retail du 10 juillet 1981, *Lebon*, 1981, p. 303.

²⁸⁹ CC, décision n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, considérant 2.

²⁹⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif op. cit.*, p. 109.

²⁹¹ La doctrine et la jurisprudence ne distinguent parmi les institutions-organes que les institutions politiques, les institutions administratives et les institutions juridictionnelles.

fonctions exécutives de l'État.

Pouvoirs dévolus aux AAI.

Les autorités administratives indépendantes disposent d'une compétence propre dans un domaine spécialisé. Elles ont tantôt, et c'est généralement le cas, un pouvoir réglementaire dans un secteur donné, tantôt un pouvoir de prise des actes administratifs non réglementaires (autorisation, attribution, agrément, avis conforme). Elles peuvent disposer également d'un pouvoir d'enquête et de sanction, pouvant aboutir au prononcé de sanctions administratives qui restent attaquables devant le juge administratif. Elles peuvent encore disposer d'un pouvoir de règlement des différends dans un secteur d'activité. Les pouvoirs reconnus à une autorité administrative indépendante sont donc variés, comme le souligne Philippe Bouvier, allant de la simple compétence d'avis au pouvoir de délivrer des autorisations, en passant par celui de prononcer des sanctions administratives²⁹². Le même constat est fait par Roland Drago : « Elle agit par des avis, propositions, règlements, décisions individuelles, sanctions »²⁹³. Mais la catégorie des autorités administratives indépendantes ne peut avoir de spécificité que si elle ne comprend que des organismes détenant, pour l'accomplissement même de leur mission, un pouvoir de décision, et tout le moins, un « pouvoir d'influence » méritant pleine considération²⁹⁴.

II. L'IDENTIFICATION DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES CONGOLAISES

Inventaire parmi les services publics administratifs personnalisés, c'est-à-dire dotés de la personnalité juridique, et qui ne peuvent pas être rangés dans les catégories d'établissements publics (sectoriels en général ou de l'ESU suivant le régime spécifique déjà analysé), il convient de soutenir que les organismes publics d'État ci-après sont plutôt des autorités administratives indépendantes :

- l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications (ARPTC), créée par la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002²⁹⁵, dans le but principalement de veiller au respect de lois, règlements et conventions en matière des postes et télécommunications. Il s'agit ici d'un secteur stratégique sur le plan de la sécurité intérieure et extérieure de l'État, mais aussi d'un domaine des libertés (de correspondance, de télécommunication, d'information et d'émission par la radio et la télévision) ;
- la Commission électorale nationale indépendante (CENI), instituée par la Constitution (art. 211) et organisée par la loi organique n° 10/013 du 28 juillet 2010²⁹⁶, dans le but principalement d'organiser en toute indépendance, neutralité et impartialité des scrutins libres, démocratiques et transparents ;
- le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CSAC), institué par la Constitution (art. 212) et organisé par la loi organique n° 11/001 du 10 janvier 2011²⁹⁷, dans le but principalement de garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse et de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi ;

²⁹² P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n°80 bis, p. 104. Voy, également P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 35.

²⁹³ R. DRAGO, « Pour ou contre les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 466.

²⁹⁴ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général op. cit.*, t. 1, n°296, p. 228.

²⁹⁵ JO, n° spécial, 25 janvier 2003, pp. 47-59.

²⁹⁶ JO, n° spécial, 28 juillet 2010, col. 1-14. 741

²⁹⁷ JO, n° spécial, 16 janvier 2011, col. 45-62.

- la Commission nationale des droits de l'homme (CNDH), instituée par la loi organique n° 13/011 du 21 mars 2013²⁹⁸ en application de l'article 222, alinéa 3, de la Constitution²⁹⁹, dans le but d'assurer la promotion et la protection des droits de l'homme. Dans l'accomplissement de sa mission, la CNDH n'est soumise qu'à l'autorité de la loi ;
- le Conseil économique et social (CES), instituée *par la* Constitution (art. 208) et organisée par la loi organique n° 13/027 du 30 octobre 2013³⁰⁰, dans le but de donner, en toute indépendance technique, des avis consultatifs sur les questions économiques et sociales lui soumises par les institutions politiques de la République (Président de la République, Assemblée nationale, Sénat ou Gouvernement)³⁰¹. Dans le même esprit, il peut, de sa propre initiative, appeler l'attention du Gouvernement et des provinces sur les réformes qui lui paraissent de nature à favoriser le développement économique et social du pays.

Cas de la Banque centrale du Congo : À la différence de la Belgique où la Banque nationale de Belgique est une société d'économie mixte³⁰² et de la France où la Banque de France est une personne publique *sui generis* dans la mesure où elle ne peut être qualifiée d'établissement public car échappant à toute tutelle³⁰³, et aussi parce qu'il existe dans le cadre de l'Union européenne une Banque centrale européenne (BCE)³⁰⁴, la Banque centrale du Congo (BCC), instituée par la Constitution (art. 176) et organisée par la loi n° 005-2002 du 7 mai 2002³⁰⁵, doit être rangée parmi les autorités administratives indépendantes. En effet, « institution de droit public » selon l'expression même du législateur, la BCC, chargée de définir et de mettre en oeuvre la politique monétaire du pays dans l'objectif principal d'assurer la stabilité du niveau général des prix, est indépendante³⁰⁶ dans la réalisation de cet objectif. Dans ce cadre, elle exerce en particulier le pouvoir réglementaire de l'État en matière de change et, à cet égard, elle est une autorité administrative en ce qu'elle a le pouvoir de prendre des mesures ayant le caractère d'acte administratif unilatéral. Elle est, en outre, le caissier de l'État³⁰⁷ et le conseiller du Gouvernement en matière économique, monétaire et financière. Dans un contexte général, l'indépendance des banques centrales, justifiée par le haut niveau de leurs compétences techniques, est caractéristique des agences de régulation économiques indépendantes ; car « l'indépendance des banques centrales est censée servir la stabilité monétaire »³⁰⁸.

Cas de la Caisse nationale de péréquation : Instituée par la Constitution (art. 181, al. 1^{er}) et

²⁹⁸ JO, n° spécial, 1^{er} avril 2013, col. 1-12.

²⁹⁹ Après le travail de la Commission mixte paritaire Assemblée nationale et Sénat, la loi organique portant institution, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme (CNDH) fut définitivement adoptée par le Sénat (4 décembre 2012) et l'Assemblée nationale (6 décembre 2012).

³⁰⁰ JO, n° spécial, 9 octobre 2013, col. 1-10.

³⁰¹ Conformément à l'article 21 de la loi organique du 30 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement du Conseil économique et social, le Président de la République convoqua la session inaugurale du CES pour le 16 décembre 2014 (Ordonnance n° 14/079 du 8 décembre 2014, JO, n° 24, 15 décembre 2014, col. 17). Pour l'histoire, la séance inaugurale a *effectivement* eu lieu le mardi 16 décembre 2014 à la cité de l'Union africaine à Kinshasa, en présence du Président Joseph Kabila et des chefs des corps constitués.

³⁰² D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 325, p. 219

³⁰³ J. WALINE, *op. cit.*, p. 228, n° 260; J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 1458, p. 765 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 817, p. 409

³⁰⁴ L'idéal d'une banque *centrale* comme institution politiquement neutre permettant un « pur professionnalisme » est incarné par la BCE.

³⁰⁵ JO, n° spécial, 22 mai 2002, p. 58.

³⁰⁶ À cet effet, la BCC, par son conseil, en la personne du gouverneur ou de tout autre membre de ses organes de décision, ne doit poser aucun acte de nature à aliéner *cette* indépendance (art. 3, al. 2, L. n° 005-2002 du 7 mai 2002 relative à la Constitution, à l'organisation et au fonctionnement de la Banque centrale du Congo).

³⁰⁷ Conformément à l'article 55 de la loi du 7 mai 2002 sur la BCC, l'État, représenté par le ministre des Finances, a signé en date du 20 janvier 2004, avec la BCC la convention du caissier de la République Démocratique du Congo (JO, n° spécial, 20 janvier 2009, p. 297 ; *Les Codes Larcier IZDC, t. III, B.-Droit économique, 2010*, pp. 298-299). Dans ce cadre, la BCC tient en ses livres un compte courant unique en faveur du Trésor, dénommé « compte général du Trésor ». Le compte « TVA remboursable » constitue une exception sur ce point.

³⁰⁸ ADRÀS SAJO, « Les autorités indépendantes », *op. cit.*, p. 347.

dotée de la personnalité juridique, la Caisse nationale de péréquation a pour mission de financer des projets et programmes d'investissement public, en vue d'assurer la solidarité nationale et de corriger le déséquilibre de développement entre les provinces et entre les ETD. Quoique placée sous la tutelle du Gouvernement (art. 181, al.4, Const.), elle ne peut être qualifiée d'établissement public dans la mesure où les établissements publics ne sont pas de création constitutionnelle. En ce qui concerne les établissements publics, la Constitution se limite à habiliter le pouvoir législatif à prendre de lois-cadres (art. 123, point 2). Concrètement, deux lois-cadres (loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics et loi-cadre n° 14/004 du 11 février 2001 de l'enseignement national) sont intervenues pour déterminer les principes fondamentaux concernant la création des établissements publics. Ces deux textes législatifs confient au pouvoir réglementaire la compétence de création au cas par cas des établissements publics, à chaque niveau d'exercice du pouvoir d'État (pouvoir central, provinces et ETD). Par ailleurs, le placement de la Caisse nationale de péréquation sous la tutelle du Gouvernement l'écarte d'office de la catégorie d'autorités administratives indépendantes. Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la Caisse nationale de péréquation est une personne publique spécialisée *sui generis*.

III. L'EXISTENCE DES STATUTS DIVERSIFIÉS DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES CONGOLAISES

Absence d'uniformité de statut. De l'analyse des textes qui organisent les autorités administratives indépendantes identifiées, l'on constate qu'elles n'ont pas un statut uniforme. La composition, les modes de désignation de leurs membres, les éléments garantissant l'indépendance de ceux-ci sont en effet diversifiés. Toutefois, ce qui est constant ce qu'elles sont toutes des autorités collégiales, à l'exception de la Banque centrale du Congo. La CENI est composée de treize membres et décide en assemblée plénière (art. 10 et 23 ter, L.O. du 28 juillet 2010, telle que modifiée et complétée par la loi organique n° 131012 du 19 avril 2013³⁰⁹). Le SCAC est composé de quinze membres et décide en assemblée plénière (art. 24 et 34, L.O. du 10 janvier 2011). La CNDH décide par son Assemblée plénière composée de neuf membres (art. 9 et 14, L.O. du 21 mars 2013). Le Conseil économique et social décide en Assemblée générale composée de soixante-huit membres (art. 7, L.O. du 30 octobre 2013). L'ARPTC décide par son collège composé de sept membres (art. 9 et 13, L. du 16 octobre 2002).

En revanche, la BCC a pour organes : le Conseil de la Banque, le Gouverneur et le Collège des commissaires aux comptes, présentant ainsi quelques similitudes avec les organes d'un établissement public. Le Conseil de la Banque est l'organe suprême de conception, d'orientation, de contrôle et de décision de la BCC. Il est composé de sept membres : le gouverneur, le vice-gouverneur et cinq experts appelés « administrateurs » dont le Directeur du Trésor³¹⁰. Le Gouverneur préside le Conseil et dirige la BCC. Le collège des commissaires aux comptes contrôle les opérations financières de la Banque. Il est composé de trois commissaires aux comptes, nommés par le Président de la République.

DIVERSITÉ DANS LA COMPOSITION.

Nées d'un mouvement qui procède tout à la fois d'une méfiance vis-à-vis de l'État traditionnel et d'une aspiration à de nouveaux modes de régulation sociale et économique, ces autorités administratives indépendantes cherchent à répondre à des besoins multiples : offrir à

³⁰⁹ JO, n° spécial, 10 mai 2013, col. 3 et 7.

³¹⁰ La Cour de cassation connaît seule des infractions commises par les membres du Conseil dans l'exercice de leurs fonctions (art. 21, al. 6, L. du 7 mai 2002 sur la BCC).

l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État dans le domaine de télécommunications, assurer la neutralité des médias publics et privés, assurer la régularité du processus électoral et référendaire en vue des scrutins libres, démocratiques et transparents, promouvoir ou protéger les droits de l'homme. La composition de la CENI, du CSAC, de la CNDH ou du Conseil économique et social tient compte de cette réalité.

La CENI est composée de délégués de la Majorité politique au pouvoir, de l'Opposition politique et de la Société civile (confessions religieuses, organisations féminines de défense des droits de la femme et organisation d'éducation civique et électorale). Le CSAC est composé de délégués des institutions politiques nationales, du Conseil supérieur de la magistrature, des associations des professionnels des médias, du secteur de la publicité, du Conseil national de l'Ordre des avocats, des associations des parents d'élèves et d'étudiants légalement constituées et des associations de défense des droits des professionnels des médias légalement constituées. De son côté, la CNDH est composée de représentants des organisations non gouvernementales des droits de l'homme, des ordres professionnels, des syndicats, des confessions religieuses, des universités, des personnes avec handicap, des personnes vivant avec le VIH/Sida et des organisations non gouvernementales des droits spécifiques de la femme. Le Conseil économique et social est composé de représentants des organisations professionnelles d'employeurs, des organisations professionnelles de travailleurs, des ONG pour le développement et la protection de l'environnement, des confessions religieuses, des ordres, associations et corporations professionnels, des autorités traditionnelles et coutumières, du monde scientifique, du secteur financier, bancaire et des assurances, de la diaspora congolaise, de chacune des 25 provinces et de la ville de Kinshasa, ainsi que de trois personnalités indépendantes désignées *intuitu personae* par le Président de la République³¹¹.

En revanche, le Collège de l'ARPTC est composé d'un président, d'un vice-président et de cinq conseillers dont le mandat est de cinq ans renouvelable une fois³¹². Diversité de statut du personnel le personnel de la BCC est régi par un statut fixé par le Conseil de la Banque (art. 18, L. du 7 mai 2002 sur la BCC). Ce statut détermine notamment les conditions de recrutement, les grades, les règles d'avancement, la rémunération, les avantages sociaux, la procédure disciplinaire, les voies de recours, les conditions d'admission à la retraite ainsi que les avantages y relatifs. Donc, ce personnel est formé d'agents publics sans être fonctionnaires, car ceux-ci ne sont pas concernés par le statut des agents de carrière des services publics de l'État prévu à l'article 122, point 12, de la Constitution. Une telle organisation et un tel fonctionnement sont permis par l'article 177 de la Constitution³¹³. L'ARPTC emploie trois types de personnel : le personnel recruté conformément au Code du travail, le personnel de carrière des services publics de l'État (fonctionnaires) en position de détachement et les agents en provenance des établissements publics (art. 19, al. 1^{er}. du 16 octobre sur l'ARPTC). Dans ce domaine, « le principe est que les agents des personnes publiques qui n'ont pas la qualité d'agent public sont purement et simplement régis par le droit privé, c'est-à-dire par le droit commun du travail »¹⁶¹. Les fonctionnaires en détachement à l'ARPTC sont soumis, pendant toute la durée de leur détachement à la législation du travail, sous réserve de dispositions de leurs statuts respectifs.

³¹¹ Les membres du Conseil économique et social sont investis par ordonnance du Président de la République, et ils portent le titre de conseiller. Ils sont justiciables de la Cour d'appel.

³¹² Par ordonnance n° 14/018 du 2 juin 2014, le mandat du Président et du Viceprésident de l'ARPTC a été renouvelé pour une période de cinq ans ; ceux-ci étaient initialement nommés par ordonnance n° 09/40 du 17 janvier 2009 (JO, n° 12, 17 janvier 2014, col. 6-7). Par ailleurs, par l'ordonnance n° 14/019 du 2 juin 2014, le mandat des conseillers au Collège de l'ARPTC est également renouvelé dans les mêmes conditions (JO, n° 12, 15 janvier 2014, col. 7-8).

³¹³ C'est le même raisonnement qu'il convient de suivre à l'égard des autres AAI sur pied des articles 210, 211, alinéa 4, 212, alinéa 4, et 222, alinéa 3, de la Constitution.

À la CENI, le secrétaire exécutif national, le secrétaire exécutif provincial, le chef d'antenne au niveau local et les autres cadres et agents administratifs et techniques sont recrutés suivant une procédure d'appel à candidatures (art. 38, L.O. du 28 juillet 2010 sur la CENI). Le statut des membres du Secrétariat exécutif, ayant la coordination des opérations de la CENI au niveau national, provincial et local, relève du Règlement administratif et financier de la CENI³¹⁴. Toutefois, à la demande de la CENI, des fonctionnaires peuvent être mis à sa disposition par l'autorité compétente. Dans ce cas, ces fonctionnaires doivent être placés en position de détachement et, pendant tout ce temps, ils relèveront du régime administratif et financier particulier à la CENI. Le personnel administratif et technique relevant des services techniques du CSAC (Centre de monitoring des médias congolais, Secrétariat d'instruction et Service de normalisation) est recruté conformément au règlement intérieur (art. 52, L.O. du 10 janvier 2011 sur le CSAC). À ce sujet, l'article 11 du Règlement intérieur du CSAC précise que ce personnel administratif et technique est recruté conformément à la procédure légale d'usage dans l'Administration publique³¹⁵. Autrement dit, le personnel du CSAC est formé d'agents publics, c'est-à-dire des agents unis à la personne publique employeur par un lien de droit public. S'agissant de la CNDH, la loi organique qui l'organise ayant renvoyé au Règlement intérieur la fixation des autres modalités pratiques relatives à l'organisation et au fonctionnement de la CNDH, c'est ce règlement intérieur qui fixe le régime juridique applicable au personnel administratif des structures de l'Institution (art. 36, L.O. du 21 mars 2013 sur la CNDH).

SECTION 2. LES SERVICES PUBLICS GÉRÉS PAR DES PERSONNES PRIVÉES

1. Évolution de la gestion déléguée de services publics

Le fait qu'une personne privée puisse participer, par le biais du service public, à l'Administration est un phénomène ancien, voire même très ancien³¹⁶. Traditionnellement, la gestion déléguée des services publics prend des formes contractuelles diverses : concession, affermage³¹⁷, régie intéressée et gérance³¹⁸. Mais cette typologie classique des contrats de gestion déléguée s'efface peu à peu devant des conventions complexes ou de nouveaux cadres contractuels empruntés par les pouvoirs publics dans le domaine de la gestion des collectivités locales (coopération intercommunale ou coopération interprovinciale) et de leurs services publics. C'est ainsi que « l'expression "partenariat public-privé", sans contenu juridique précis, tend à s'imposer dans le langage commun »³¹⁹.

³¹⁴ Article 73 du Règlement intérieur de la CENI, adopté le 15 octobre 2013 et déclaré conforme à la Constitution par l'arrêté, R Const. 267/TSR du 6 décembre 2013 de la CSJ. (JO, n° spécial, 10 juillet 2014, p. 51).

³¹⁵ JO n° spécial, 23 août 2014, col. 29.

³¹⁶ Rougevin-Baville, Denoix de Saint-Marc et Labetoulle relèvent qu'existaient, dès l'Antiquité, la concession et l'affermage et que les publicains de l'Évangile ne sont pas autre chose que des concessionnaires du service public de la perception des impôts, au même titre que les fermiers généraux de l'Ancien Régime (*Lefons de droit administratif*, Paris, 1989, p. 233).

³¹⁷ L'affermage est un contrat par lequel une collectivité publique confie à une autre personne, le fermier, l'exploitation d'un service public, à l'exclusion des investissements qui s'y rapportent. Le fermier se rémunère par les redevances qu'il perçoit sur les usagers et exploite le service à ses « frais et risques ». L'affermage est donc proche de la concession, mais elle s'en distingue par le fait que le fermier n'a pas financé les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service. C'est la collectivité publique qui a pris elle-même en charge les « frais de premier établissement ».

³¹⁸ Traditionnellement présentée comme un mode de gestion déléguée, la gérance ne répond pas, aujourd'hui, aux critères de la délégation de service public. En effet, la gérance s'analyse davantage en un contrat de prestation, voire de mandat, qu'en un contrat confiant l'exploitation d'un service public à un tiers. (J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 710, p. 379 ; F. BENCHENDIKH, *L'essentiel de la délégation de service public*, Paris, Gualino-Lextenso éditions, coll. « Les Carrés », 2014, p. 49).

³¹⁹ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 692, p. 370.

2. Formes d'investissement de la personne privée à gérer un service public.

Compétente pour créer le service public, la collectivité territoriale peut décider de ne pas le gérer elle-même ou de ne pas confier cette gestion, non plus, à une personne de droit privé. Dans d'autres cas, les pouvoirs publics ne créent même pas un organisme public, mais se limitent à ériger en service public une activité économique ou sociale dont ils confient la gestion à une personne privée. L'on se rappellera que dans son sens matériel ou fonctionnel, le service public désigne une activité d'intérêt général, c'est-à-dire « une activité ou une tâche dont l'accomplissement est, aux yeux du législateur, indispensable à la réalisation du bien commun »⁷⁰. L'investissement de la personne privée à gérer un service public peut découler d'un contrat (régie intéressée, concession de service public et affermage) ou d'une situation légale (entreprises publiques en forme de sociétés commerciales et ordres professionnels).

I. LA REGIE INTERESSEE

En dépit de sa dénomination trompeuse, la « régie intéressée » n'est pas à vrai dire une régie mais un contrat pour la gestion d'un service public. La loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics donne, en son article 5, une définition légale de la régie intéressée en ces termes : « un contrat par lequel l'autorité contractante confie la gestion d'un service public à une personne privée ou publique rémunérée par elle, tout en étant intéressée aux résultats d'exploitation du service, au regard des économies réalisées, des gains de productivité ou de l'amélioration de la qualité du service »³²⁰. Dans le même ordre d'idées, la loi du 17 juin 2014 relative au secteur de l'électricité fournit également une définition de la régie intéressée, qui désigne : « un contrat par lequel l'opérateur s'engage, sans en assumer les risques, à gérer un service public contre une rémunération, fonction d'une formule d'intéressement aux résultats »³²¹.

QUALITE DU REGISSEUR.

Suivant le législateur congolais, le service public peut même être confié à un régisseur - personne publique. D'où, dans la mesure où le service public à confier au régisseur ne pouvant être qu'un service public organique, il est difficile de concilier la position du législateur congolais de confier la gestion à une personne publique tenant compte de l'exigence du respect du principe de spécialité par les personnes publiques spécialisées. Cependant, selon la doctrine et en droit comparé, le régisseur est presque exclusivement une personne privée. Car la régie intéressée est précisément un contrat administratif par lequel une personne publique délègue à une personne privée, dite régisseur, la gestion d'un service public, et fait dépendre la rémunération qu'elle lui verse des résultats de sa gestion³²². En réalité, le régisseur reçoit le service public « clefs en main » et il ne le gère pas vraiment à ses risques et périls. Il est le véritable mandataire agissant pratiquement au nom et pour le compte de la collectivité territoriale³²³. En effet, la régie intéressée comporte la conclusion d'un contrat entre la personne publique qui crée et organise le service et la personne privée qui est « intéressée » à la marche du service³²⁴.

ILLUSTRATION.

Cette forme de gestion est très rare. On y fait généralement appel aux spécialistes, aux artistes, dans les domaines très spécifiques. Par exemple, la Bibliothèque

³²⁰ A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 146, p. 183. *JO*, n° spécial, 30 avril 2010, p. 10.

³²¹ *JO*, n° spécial, 20 juin 2014, col. 9.

³²² En ce sens, G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 1G1, n° 103 ; C. KABANGE NTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 95 ; F. VUNDUAWA te PEMA KO, *op. cit.*, p. 566

³²³ J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 206 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1053, p. 529.

³²⁴ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 761.

nationale ou les Archives nationales, qui sont des services publics créés et organisés par le pouvoir central et dont le personnel relève du statut de la Fonction publique, peuvent être confiées, par contrat, à un spécialiste bibliothécaire ou archiviste.

CRITERE DE LA REGIE INTERESSEE.

Le véritable critère de la régie intéressée est que le régisseur est rémunéré d'une façon substantiellement différente de celle du concessionnaire. Celui-ci trouve normalement sa rémunération dans les bénéfices, tandis que le régisseur intéressé trouve sa rémunération dans son intéressement à certains résultats d'exploitation (économies réalisées, gains de productivité ou amélioration de la qualité du service) qui ne sont pas eux-mêmes des bénéfices³²⁵. En d'autres termes, le régisseur intéressé est rémunéré, non par les bénéfices du service, qui vont à la personne publique, mais par une prime calculée en fonction de la qualité de la gestion³²⁶. Le régisseur est donc payé par l'Administration contractante, et *non* par les usagers du service public. Il reçoit d'elle une rémunération dont le montant varie en fonction des résultats de la gestion, et non une rémunération fixes. Le régisseur intéressé est en fait un gérant dont on s'efforce de stimuler le zèle en lui attribuant des primes d'après la bonne marche de l'exploitation³²⁷.

2. LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

Typologie de concessions depuis plus d'un siècle et demi, les contrats de concession sont pratiqués pour confier l'exécution de travaux ou d'une mission de service public à un cocontractant qui assure cette mission à ses risques et périls, sous le contrôle de l'Administration et se rémunère en exploitant l'ouvrage³²⁸ ou le service. Le contrat de concession de travaux publics est « un contrat par lequel une personne de droit public octroie à un particulier - le concessionnaire - l'exploitation des ouvrages que ce dernier s'engage à construire »³²⁹. Il s'agit ici d'un mode d'exécution du travail public consistant en ce que l'Administration charge de la réalisation de celui-ci un particulier qui est rémunéré en fonction des résultats de l'exploitation de l'ouvrage public construit par lui³³⁰. Par ailleurs, la concession d'occupation du domaine public ou la concession domaniale (concession de voirie) est un contrat administratif par lequel l'autorité administrative concédant permet à un particulier d'occuper une portion du domaine public à titre exclusif mais précaire à des fins privées, moyennant en principe le paiement d'une redevance³³¹. La concession de voirie est fréquemment le complément d'une concession de service public³³². Tel est le cas de la concession d'exploitation de stations-service et de restaurants le long d'une autoroute. Mais, dans le cadre de la présente étude, c'est la seule concession de service public qui est abordée, comme la forme principale de la délégation de service public.

A. Notion de concession de service public

³²⁵ En ce sens, Définitions légales congolaises précitées ; J. WALINE, « La notion de régie intéressée », *RDP*, 1948, p. 337.

³²⁶ J. WALINE, *op. cit.*, n°381, p. 396.

³²⁷ Pour la fixation de la prime du régisseur, deux paramètres sont essentiellement utilisés : un pourcentage sur le chiffre d'affaires, c'est-à-dire sur les ventes, ou une participation aux gains de productivité et des bénéfices. (J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 206 ; G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1058, p. 530

³²⁸ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 761 ; P. ESPLUGAS, *op. cit.*, p. 95.

³²⁹ Un ouvrage est « le résultat d'un ensemble de travaux de génie civil pouvant consister en des opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation ou rénovation »(art. 5, loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, JO, n° spécial, 30 avril 2010, p. 10).

³³⁰ A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 147, p. 184.

³³¹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, t. 2, n° 1008, p. 550.

³³² En ce sens, F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 741 ; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 214 ; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n° 191, p. 237 ; D. RENDERS, B. GROS, *op. cit.*, n° 133, pp. 93-94.

³³³ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 2, n° 426, p. 1051 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, n°466, p. 269.

Contexte de naissance.

La concession de service public s'explique par le contexte historique de son apparition. Au XIXe siècle³³³, à l'époque libérale, l'Administration ne se mêle pas aux activités industrielles ou commerciales. Malgré tout, lorsque l'Administration doit, par nécessité, assumer une activité de cette nature, elle le fait sans s'engager elle-même directement : elle en confie l'exploitation à une personne privée par voie de contrat³³⁴. Dans ce schéma classique, la concession sous-entend l'existence d'un service public et, en particulier, d'un service industriel et commercial. Aussi, pour bien cerner la notion de concession de service public, importe-t-il de la situer dans le contexte général des contrats de délégation de service public, avant de la définir précisément.

I. CONCESSION-MODELE TYPE DE LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Définition Le droit français, qui constitue ici une source d'inspiration intellectuelle directe, définit la délégation de service comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »³³⁵. La définition légale congolaise de la délégation de service public apparaît bien comme la copie de la législation française. Car la loi congolaise sur les marchés publics donne à la délégation de service public la définition suivante : « contrat par lequel une personne morale de droit public ou de droit privé, dûment mandatée par une autorité publique compétente, confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service »³³⁶. Le délégataire supporte les investissements nécessaires à l'exploitation ou de son activité, laquelle est réalisée à « ses risques et périls »³³⁷.

Nécessité de transparence et de concurrence

La concession apparaît comme le modèle type de la délégation de service public³³⁸. La nécessité d'œuvrer pour la transparence de la vie publique et contre certaines pratiques de corruption ou de financement occulte a conduit à assujettir aujourd'hui les contrats de concession de service public à une obligation de publicité et de mise en concurrence³³⁹. C'est à juste titre que la concession de service public est à présent intégrée à la catégorie plus vaste des « délégations de service public »³⁴⁰. Car, jusqu'il y a peu, les autorités publiques ne semblaient pas tenues de concéder la gestion de leurs services en faisant appel à la concurrence. Aujourd'hui, « l'octroi d'une concession de service public ne relève plus du libre choix de l'autorité publique, mais doit au moins passer par une mise en fonctionnement du service, et sa rémunération dépend de son concurrence des concessionnaires potentiels »³⁴¹. C'est ce qui

³³³ On dit que le XIXe siècle a été l'âge d'or de la concession de service public. On lui doit, en France par exemple, son équipement en voies ferrées et installations ferroviaires, en ouvrages de production et de distribution du gaz et de l'électricité, en réseaux d'adduction d'eau. (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 812, p. 639).

³³⁴ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, op. cit., n° 715, p. 589; F. BENCHENDIKH, op. cit., p. 13.

³³⁵ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (art. 3), AIDA, 2002, p. 38 ; F. BENCHENDIKH, op. cit., p. 19.

³³⁶ Article 5 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, JO, n° spécial, 30 avril 2010, p. 8.

³³⁷ M. N. FOULQUIER, « Le service public », op. cit., p. 81.

³³⁸ En ce sens, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2010, n° 1064, p. 495.

³³⁹ En ce sens, C. DEBBASCH, F. COLIN, op. cit., p. 409.

³⁴⁰ En ce sens, J.-P. COLSON, P. IDOUX, op. cit., n° 735, p. 419; Y. GAUDEMET, *Droit administratif* op. cit., n° 821, p. 411.

³⁴¹ A.L. DURVIAUX, op. cit., t. 1, n° 153, p. 187.

explique que le juge administratif exerce un contrôle de « l'erreur manifeste de l'appréciation » sur les choix de l'Administration, afin que celle-ci ne viole pas le droit de la concurrence³⁴².

Rapprochement entre concession et marché public.

La concession de service public étant un accord entre l'Administration et le plus souvent un particulier, son régime se rapproche désormais de celui du droit des marchés publics, lesquels sont des contrats conclus à titre onéreux, par l'État, les collectivités locales (provinces et entités territoriales décentralisées) et les établissements publics administratifs, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Dans le cadre des marchés publics, la mise en concurrence apparaît comme « une exigence de respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »³⁴³. Néanmoins, le fait que le concessionnaire perçoit des redevances sur les usagers du service et non un prix distingue le contrat de concession du marché³⁴⁴.

II. DEFINITION DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

1. Évolution sur l'acte de concession de service public.

Les contrats de concession de service public sont des contrats publics sur le modèle desquels a été forgé, au XIX^e siècle à l'époque de l'adhésion de l'État au libéralisme économique, le modèle plus général du contrat administratif. Le système a bien fonctionné au XIX^e siècle en raison de la remarquable stabilité économique et monétaire qui permettait au concessionnaire, sur une période suffisamment longue, d'amortir ses immobilisations et de réaliser des bénéfices, sans imposer pour autant des tarifs trop élevés pour les usagers. L'instabilité économique et monétaire issue de la Guerre de 1914-1918 est venue cependant bouleverser l'équilibre du système de concession de service public³⁴⁵. Si, à l'époque du libéralisme économique classique, l'acte de concession était considéré comme intégralement contractuel en raison du caractère de contrat *intuitu personae*, à l'heure actuelle le principe de la double nature de l'acte de concession prévaut : d'une part, un ensemble de clauses de nature réglementaire (toutes celles qui fixent l'organisation et le fonctionnement du service, et qui pourraient figurer telles quelles dans un règlement administratif) et, d'autre part, une partie proprement contractuelle (essentiellement des dispositions financières qui garantissent au concessionnaire sa rémunération, et qui sont dominées par le principe, fondamental dans les contrats administratifs, de l'équilibre financier du contrat).

DEFINITION APPORTÉE PAR LE LEGISLATEUR CONGOLAIS

La loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille définit, en son article 2, la concession comme un « contrat par lequel une personne morale de droit public confie à une personne morale, de droit privé ou public, la gestion et/ou l'exploitation d'une structure ou d'une activité contre le paiement d'une redevance et la prise en charge totale ou partielle des risques liés à l'investissement »³⁴⁶. Il se dégage de cette définition que pour des nouveaux services publics à créer et qui comportent, en particulier, la construction de vases ouvrages publics, il est avantageux pour la collectivité territoriale, au lieu de se charger elle-même de ce travail d'équipement et de fonctionnement, de passer contrat avec un particulier (le plus souvent une

³⁴² N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, p. 81.

³⁴³ S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes Droit », 2005, p. 54.

³⁴⁴ En ce sens, J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 476; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, n° 1074, pp. 499-500.

³⁴⁵ G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 999 et 1000, p. 507. 79\$ JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 10.

³⁴⁶ OJ, n° special, 12 juillet 2008, p.10

société) qui s'engage à construire tout ce qui est nécessaire (par exemple, un réseau de chemin de fer), à acquérir le matériel, à le faire fonctionner, le concessionnaire étant rémunéré par les sommes qu'il percevra sur les usagers. C'est ce qui explique que le contrat de concession de service public comporte une clause aux termes de laquelle, au bout d'un certain temps (le temps qu'il faut pour amortir l'entreprise), les installations reviendront gratuitement à l'autorité concédant en fin de concession.

ÉCLAIRAGE APPORTE PAR LA DOCTRINE.

Les définitions doctrinales apportent à ce sujet plus d'éclairage. La concession de service public est « un mode de gestion d'un service dans lequel une personne publique, le concédant, charge par contrat une personne privée, le concessionnaire, de faire fonctionner le service, pendant un certain temps, en assumant les charges, moyennant le droit de se rémunérer sur les usagers »³⁴⁷, ou « un procédé par lequel une personne publique, dite autorité concédant, confie à une personne, physique ou morale, appelée concessionnaire, le soin d'installer et de aérer un service public sous le contrôle de l'autorité concédant, moyennant une rémunération qui consiste, le plus souvent, dans les redevances que le concessionnaire percevra sur les usagers du service »³⁴⁸. Contrairement à la régie intéressée où le régisseur reçoit le service public « clefs en main », la concession de service public implique que le concessionnaire prenne la charge des équipements nécessaires. Le critère précis qui caractérise la concession de service public est le mode de rémunération du concessionnaire. Il ne peut y avoir concession que si le contrat prévoit une rémunération par les usagers. Le concessionnaire est rémunéré par des redevances perçues par lui sur les usagers, alors que dans le cas de la régie intéressée, le régisseur est payé par l'Administration contractante en fonction des résultats d'exploitation ou de gestion du service public (économies réalisées, gains de productivité ou amélioration de la qualité du service).

B. OBLIGATIONS ET DROITS DU CONCESSIONNAIRE

Position de la question. La concession a pour base un contrat conclu entre l'autorité conquérante et le particulier. En Europe, les concessions des réseaux d'autoroutes de liaison⁸⁰¹ sont aujourd'hui ce que les concessions de chemin de fer ont été au XIXe siècle. L'existence des droits et des obligations des parties est une conséquence logique du partenariat public-privé³⁴⁹ conventionnel.

I. Obligations du concessionnaire

Idée maîtresse en la matière.

Les obligations du concessionnaire se ramènent toutes à l'obligation de faire fonctionner personnellement le service public à ses risques et périls. Jean-François La chaume relève néanmoins que cette dernière et traditionnelle expression tend à être remplacée par l'expression « à ses frais et risques », voire celle « à ses risques et profits » sous l'influence d'entreprises concessionnaires soucieuses de rappeler qu'elles ont aussi vocation à produire des bénéfices³⁵⁰. Toutes les obligations incombant au concessionnaire traduisent en réalité une

³⁴⁷ J. WALINE, *op. cit.*, n° 381, p. 395.

³⁴⁸ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 767.

³⁴⁹ Il s'agit ici de concessions de travaux publics et de service public, le service public ayant un caractère administratif. (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 815, p. 642).

³⁵⁰ La possibilité du partenariat public-privé est formellement évoquée entre la commune, le secteur privé et les organisations non gouvernementales par la loi organique du 7 octobre 2008 sur les ETD (art. 50, point 19). Toutefois, la réalité du partenariat entre acteurs publics et privés est ancienne (V.X. BESANCON, *2000 ans d'histoire du partenariat public privé*, Paris, Presses

chose : la concession ayant été accordée *intuitu personae*, le concessionnaire ne peut ni la céder, ni la sous-traiter³⁵¹, sauf autorisation. D'où les sanctions sont prévues au contrat³⁵², lesquelles peuvent être soit des amendes, soit la mise sous séquestre dans laquelle l'Administration se substitue provisoirement au concessionnaire défaillant pour assurer, aux frais de celui-ci, l'exploitation du service, soit la déchéance qui prive définitivement et sans indemnité des droits que le concessionnaire tenait du contrat³⁵³. Les obligations du concessionnaire peuvent alors être détaillées.

Obligation de continuité du service.

Le concessionnaire doit assurer la continuité du service. Cette obligation de continuité s'étend aux agents du service, qui sont librement recrutés par le concessionnaire et soumis au Code de travail, comme salariés de droit privé. La loi de continuité et de régularité du service public justifie, dans une certaine mesure, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision³⁵⁴, qui autorise le concessionnaire à pouvoir obtenir une indemnité compensatoire, lorsque les circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du contrat rendent son exploitation financièrement plus difficile et plus onéreuse, afin d'assurer sans interruption la gestion du service public³⁵⁵. Mais le concessionnaire n'est exonéré de l'obligation d'assurer la continuité du service qu'en cas de force majeure *stricto sensu*³⁵⁶. L'exception *non adimpleti contra detus* qui, selon le droit civil³⁵⁷, permettrait au Concessionnaire de cesser le service en cas de manquements substantiels de l'autorité concédante à ses engagements n'a pas cours dans la concession de service public, à moins que la défaillance de l'autorité concédante ne crée une situation de force majeure³⁵⁸.

Obligation d'égalité des usagers dans le service.

Le concessionnaire a l'obligation de respecter l'égalité des usagers dans le service. Cette obligation s'impose au concessionnaire, tenu de fournir à tous ceux qui remplissent les conditions requises les prestations demandées et de leur appliquer les tarifs fixés par l'autorité concédant.

Toutefois, les tarifs peuvent se différencier selon la situation des usagers conformément aux exigences d'une gestion commerciale ou d'une politique sociale. Mais tous ceux qui se trouvent dans les situations prévues peuvent se prévaloir des conditions tarifaires qui s'y sont rattachées.

de l'École nationale des Ponts et Chaussées, 2004 ; Y. GAUDEMET, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », in A. DEDJARI (dit.), *Partenariat public privé et gouvernance future*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 189).

³⁵¹ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 694, p. 371.

¹¹⁴ Le législateur congolais définit la sous-traitance comme « un contrat par lequel une entreprise du portefeuille de l'État confie, sous sa responsabilité, à une personne physique ou morale de droit privé dite « sous-traitant », l'exécution d'une partie de ses tâches moyennant rémunération » (art. 2, point k, 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. 11).

³⁵² Ces sanctions peuvent s'appliquer même en dehors de toute stipulation contractuelle. (Voy. C. KABANGE NTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, pp. 105 à 107).

³⁵³ L'Administration peut prononcer elle-même les sanctions prévues au contrat, sauf toutefois la déchéance, qui ne peut être prononcée que par le juge. (Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 829, p. 415 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 387, p. 401).

³⁵⁴ F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 720 ; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 165

³⁵⁵ A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 151, p. 186.

³⁵⁶ J. WALINE, *op. cit.*, n° 386, p. 400 ; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, c. 2, p. 774.

³⁵⁷ KALONGO MBIKAYI, *Droit civil*, t. 1, *Les obligations*, Kinshasa, CRDJ, 2009, p. 133.

³⁵⁸ La force majeure est un fait exteneur et insurmontable qui vient empêcher l'exécution de la concession. Elle a pour effet de relever le concessionnaire de son obligation de faire fonctionner le service. (Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 830, p. 415).

Obligation de soumission à l'adaptation du service,

Le concessionnaire est tenu de se soumettre au pouvoir qu'a l'Administration de modifier le régime de tout service pour l'adapter à de nouveaux aspects de l'intérêt général. Ainsi doit-il se plier aux modifications décidées par l'autorité concédante. Jean Rivero renseigne que la jurisprudence française a dégagé cette obligation, à propos des concessionnaires de l'éclairage au gaz, lors de l'apparition de l'électricité³⁵⁹. Mais si ces modifications mettent en cause l'équilibre financier de la concession, elles doivent donner lieu à une indemnité.

Obligation de soumission à des contrôles.

Les exigences de la mission d'intérêt général obligent le concessionnaire à se soumettre de contrôles d'ordre technique et financier de la part de l'Administration. En effet, « si l'Administration s'est déchargée de la gestion du service, elle n'en conserve pas moins la responsabilité vis-à-vis des usagers et de l'opinion »³⁶⁰.

II. Droits du concessionnaire

Droits afférents à la gestion du service.

L'autorité concédante met à la disposition du concessionnaire, en vertu du contrat, un ensemble de moyens, matériels ou juridiques, qui lui sont nécessaires pour faire fonctionner le service. Le concessionnaire bénéficie de privilèges exorbitants du droit commun se traduisant le plus souvent en un monopole de droit. Il peut même bénéficier de prérogatives de puissance publique (expropriation pour cause d'utilité publique, délégation du pouvoir de police par exemple en matière de chemin de fer, etc.). Les biens du domaine public ou privé peuvent être affectés au concessionnaire en vue de lui permettre d'assurer le service public. En effet, la mise à la disposition exclusive des dépendances du domaine public ou privé est souvent nécessaire pour permettre la réalisation des premiers investissements liés au fonctionnement du service.

Droits pécuniaires.

Les droits pécuniaires sont les plus importants aux yeux du concessionnaire, entrepreneur privé, qui entend retirer de sa gestion les bénéfices escomptés. Ces droits sont les suivants :

1. le concessionnaire se rémunère en conservant pour lui le produit des redevances³⁶¹ perçues sur les usagers en contrepartie du service rendu. Dans le secteur de l'électricité ouvert à présent à la concurrence, les règles tarifaires et de la facturation sont posées par la loi du 11 juin 2014 qui dispose en article 23, alinéa le', que « les tarifs de l'électricité sont fixés selon les principes de vérité des prix, d'égalité, d'équité et de non transférabilité des charges »³⁶². Le fait que le concessionnaire perçoit des redevances sur les usagers du service et non un prix distingue le contrat de concession du marché³⁶³;
2. au profit du concessionnaire, le contrat prévoit d'autres avantages financiers, notamment la

³⁵⁹ J. RIVERO, *Droitaâministratif, op. cit.*, n° 515, p. 426.

³⁶⁰ J. WALINE, *op. cit.*, n° 386, p. 401.

³⁶¹ Sur la fixation de la redevance, voy. KABANGENTABALA, *Droit des services*, *op. cit.*, pp. 108-111.

³⁶² Par ailleurs, les règles et les modalités de fixation des tarifs de l'électricité au consommateur final, des tarifs d'accès aux réseaux de transport et de distribution ainsi que des tarifs producteurs sont fixés par arrêté interministériel des ministres ayant l'Économie nationale et l'Électricité dans leurs attributions. Elles sont reprises dans le cahier des charges soumis aux opérateurs (art. 24, L. du 11 juin 2014 sur le secteur de l'électricité).

³⁶³ En se sens, J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 476 ; L. RICHER, *op. cit.*, n 1074, pp. 499-500.

garantie d'un intérêt minimum accordée à ses emprunts par le concédant ;

3. le concessionnaire peut se prévaloir du principe de l'équilibre financier du contrat. Commun à tous les contrats administratifs, ce principe joue un rôle essentiel dans la concession, étant donné sa longue durée (25, 50, 75 ans). Les théories du fait de prince et de l'imprévision³⁶⁴ trouvent donc ici leur pleine application. En cas de fait de prince (décision unilatérale de l'autorité concédante aggravant la situation du concessionnaire), l'équilibre financier doit être intégralement rétabli. Il s'agit ici de mesures prises par l'autorité contractante en une autre qualité que celle de partie au contrat, c'est-à-dire dans l'exercice de prérogatives extracontractuelles de puissance publique, lesquelles produisent un effet direct d'aggravation des charges du cocontractant³⁶⁵. Dans le cas du bouleversement de l'économie du contrat par le jeu de circonstances économiques imprévisibles ou par la prise des décisions générales d'ordre économique, social ou fiscal par l'autorité publique (théorie de l'imprévision), le concessionnaire a droit à une indemnisation partielle, qui aboutit concrètement à un partage des charges avec la collectivité concédante.

C. Fin de la concession

La concession prend normalement fin lorsque la durée pour laquelle elle a été conclue vient à expirer. Elle peut cependant être renouvelée, si ce mode de gestion est conservé.

Déchéance du concessionnaire par le juge.

La concession peut prendre fin avant cette date par la déchéance du concessionnaire, prononcée par le juge en cas de faute très lourdes³⁶⁶, à la demande du concédant. Cette ultime sanction applicable au concessionnaire défaillant est prononcée par le juge du contrat en cas de manquement très grave de celui-ci à ses obligations, comme le retard dans le fonctionnement du service ou le non-paiement de redevances dues à l'Administration. Elle entraîne la résiliation définitive de la concession sans pour autant mettre fin à la gestion du service public que l'Administration peut confier à un nouveau concessionnaire librement choisi, aux frais et risques du précédent, selon la procédure qualifiée, par exemple en France, de « réadjudication à la folle enchère »³⁶⁷.

Dans le cadre du pouvoir général de résiliation que détient l'Administration dans tout contrat administratif, l'autorité concédante peut, si elle estime que l'intérêt général l'exige³⁶⁸, et sans faute du concessionnaire, mettre fin à la concession, soit pour supprimer le service, soit pour le gérer selon une autre méthode ou mode de gestion. C'est ici l'hypothèse du rachat de la concession³⁶⁹. Dans ce cas, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du dommage qu'il subit à cause de cette mesure³⁷⁰. Faut-il le rappeler, le rachat est une mesure prise dans l'intérêt général pour mettre fin à une concession devenue inutile ou inopportune (par exemple, en cas

³⁶⁴ Voy. not. J. de BURLET, *op. cit.*, n°451, p. 223; F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 720 ; L. XL'IVIA BIABA, *op. cit.*, p. 165.

³⁶⁵ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 1384, p. 1211 ; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°589, p. 489; C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 431.

³⁶⁶ En ce sens, C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 106; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 829, p. 415.

³⁶⁷ D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n°753, p. 157.

³⁶⁸ Mais le juge se réserve le pouvoir de vérifier le bien-fondé des motifs d'intérêt général invoqués par le concédant à l'appui de sa décision, et il annule celle-ci, s'il l'estime insuffisamment justifiée (CE, 2 février 1987, *Société TV 6 et autres - annulation du décret résiliant la concession accordée à cette société*, *AJDA*, 1987, p. 360).

³⁶⁹ LECOMTE, *Le rachat des concessions*, thèse, Paris, 1942. ³²³ C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 415

³⁷⁰ Les litiges entre concédant et concessionnaire relèvent du juge administratif, puis qu'ils se rapportent à un contrat administratif. La proposition de loi organique portant organisation, compétence et procédure des juridictions de l'ordre administratif, en cours d'examen au Parlement, va dans le même sens, lorsque tout le contentieux relatif aux contrats administratifs relèvera du juge administratif.

de mécontentement entre concessionnaire et usagers). En revanche, serait illégal un rachat guidé par des motifs financiers ou décidé pour sanctionner un concessionnaire défaillant. C'est pourquoi le rachat, qui est une décision administrative unilatérale, est susceptible de recours devant le juge de l'excès de pouvoir.

Résiliation du contrat de concession.

Les circonstances peuvent rendre définitivement déficitaire, sans espoir de redressement, l'exploitation du service ou peuvent faire disparaître l'objet de la concession. La résiliation peut intervenir aussi pour faute grave de l'autorité concédante ou pour cause de force majeure. Dans ce dernier cas, elle relève définitivement le concessionnaire de son obligation d'exécuter le service. À défaut d'accord amiable, chacune des deux parties peut demander au juge³⁷¹ de prononcer la résiliation de la concession⁵.

Sort des biens à la fin de la concession. Lorsque la concession prend fin, les biens doivent être répartis en trois catégories³⁷²:

- les « biens de retour », en principe désignés à l'avance par le cahier des charges, qui reviennent à la personne publique concédant, et intégrés *ab initio* dans le domaine public de celle-ci. Il s'agit ici des immeubles nécessaires à l'exploitation du service public ;
- les « biens de reprise », qui sont ceux que le concédant a le droit, s'il le veut, d'acheter sans que le concessionnaire puisse s'y opposer. Il s'agit ici des meubles servant à l'exploitation du service public qui deviennent gratuitement la propriété du concédant ;
- les « biens propres », lesquels demeurent la propriété du concessionnaire. Le concédant ne peut les acheter que s'il consent à les vendre.

Conclusion sur la concession de service public.

La délégation de service public définie à l'article 5 de la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics³⁷³ constitue le procédé commun de gestion d'un service public par une personne privée. La concession de service public n'en est qu'une forme, une procédure consistant dans un accord mi réglementaire, mi- contractuel. Le principe général de la possibilité de gestion d'un service par un organisme privé étant admis, rien n'empêche qu'il emprunte d'autres formes que celle du service concédé.

L'affermage

La loi n° 14/011 du 17 juin 2014 relative au secteur de l'électricité définit, en son article 3, point 2, l'affermage comme « un contrat dans lequel l'État, propriétaire des installations ou équipements, en confie l'exploitation à un opérateur qui tire sa rémunération du produit de cette exploitation et verse au propriétaire un loyer dont le montant est convenu à l'avance, indépendamment des résultats d'exploitation »³⁷⁴.

Commentaire sur la définition légale.

³⁷¹ J. WALINE, *op. cit.*, n° 391, p. 405 ; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 408.

³⁷² En ce sens, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 786 ; G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 113, p. 163 ; D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *op. cit.*, n° 75G à 75H, p. 153.

³⁷³ JO, n° spécial, 30 avril 2010, p. 8.

³⁷⁴ JO, n° spécial, 20 juin 2014, col. 5-6.

De cette définition, il se dégage que l'opérateur ou le fermier ne réalise pas les dépenses de premier établissement, parce que les installations ou les équipements sont construits par la collectivité publique et en ait le propriétaire. La personne publique confie uniquement l'exploitation du service et l'entretien des installations ou équipements réalisés au fermier qui se rémunère, comme le concessionnaire, sur le produit de cette exploitation. En d'autres termes, le fermier ne doit pas réaliser les travaux ou des investissements à caractère immobilier. Si au cours du contrat, le fermier se voit, par un avenant, confier des travaux d'équipement, cela fera de lui dans ce cas un concessionnaire³⁷⁵. Par ailleurs, la rémunération du fermier est assurée par les redevances perçues sur les usagers, dont le produit est diminué du loyer dont le montant est convenu entre parties dans le contrat. Ce loyer est indépendant des résultats d'exploitation des ouvrages par le fermier³⁷⁶.

Éléments de distinction.

Si le critère du financement des investissements permet de distinguer l'affermage de la concession, car les biens sont mis à la disposition du fermier par la collectivité publique³⁷⁷, le mode de rémunération identique à celui de la concession distingue l'affermage du marché. Si le fermier, qui doit exploiter le service à ses « frais et risques », ne prend en réalité pas de risque d'exploitation, le contrat doit être requalifié en marché public, même si les usagers versent des redevances d'utilisation³⁷⁸.

Mode de passation.

La loi du 17 juin 2014 relative au secteur de l'électricité indique que l'État peut confier à un tiers, par contrat de délégation, la gestion de tout ou partie de ses installations de production, réseaux de transport ou de distribution, ouvrages et autres dépendances destinés au service public de l'électricité. Cette délégation s'opère à travers, entre autres³⁷⁹, l'affermage. Ce contrat de délégation est conclu conformément aux procédures de passation des marchés publics (art. 81 et 82). Il doit s'agir exclusivement de la procédure d'appel d'offres.

4. Les entreprises publiques en forme de sociétés commerciales

Bases juridiques.

La Constitution du 18 février 2008 indique en son article 123, point 2, que les principes fondamentaux concernant la création des entreprises publiques sont déterminés par la loi. En application de cette disposition constitutionnelle, la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques³⁸⁰ dispose que « les [anciennes] entreprises publiques du secteur marchand sont transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun » (art. 4).

Le droit commun en la matière est porté par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique³⁸¹, tel qu'appliqué par les actes uniformes adoptés par le Conseil des ministres de l'OHADA et publiés au journal officiel de cette institution internationale. En

³⁷⁵ En ce sens, L. RICHER, *op. cit.*, n° 1072, p. 499.

³⁷⁶ La doctrine française explique l'existence de ce versement par le fait que la collectivité affermante ayant supporté le coût de la construction de l'ouvrage, il apparaît normal que le fermier verse une redevance, contrepartie de l'amortissement et des annuités d'emprunts supportés par la collectivité affermante (F. BENCHENDIKH, *op. cit.*, p. 44).

³⁷⁷ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 789; R. CHAPUS, *Droit administrative* t. 1, n° 819, p. 644.

³⁷⁸ C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 412.

³⁷⁹ Il peut s'agir aussi de la concession de service *public* ou de la régie intéressée, selon le cas.

³⁸⁰ JO, ri spécial, 12 juillet 2008, pp. 5-8.

³⁸¹ JO, n° spécial, vol. 1, 12 septembre 2012, pp. 9-25.

effet, l'acte d'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité de l'QHADA a été signé le 27 juin 2012 par le Président de la République³⁸², sur la base de la loi n° 10/002 du 11 février 2010 autorisant cette adhésion conformément à l'article 214 de la Constitution, promulguée après le contrôle *a priori* de comptabilité réalisé par la CSJ, toutes sections réunies, agissant comme juge constitutionnel à titre transitoire³⁸³. En sus, la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 fixe les dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille⁸, dans le cadre de l'option levée par l'État de libéraliser l'économie et d'encourager l'initiative privée (art. 34 et 35, Const.).

Cependant, la loi n° 081010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État³⁸⁴, qui s'applique aussi aux entreprises publiques, manque de base constitutionnelle. Le législateur a tenté trouver de fondement de cette législation dans l'article 122 de la Constitution, qui est pourtant le domaine des lois particulières. Or toute législation sur les entreprises publiques doit relever du domaine de la loi-cadre prévue à l'article 123 de la Constitution. Dans ces conditions, la loi du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État devra, un jour, faire l'objet de la procédure de délégalisation ou de déclassement, prévue à l'article 128, alinéa 2, de la Constitution³⁸⁵. Un décret du Premier ministre aurait suffi pour régler les questions qui sont portées par cette loi. Un décret du Premier ministre a, à juste titre, fixé le statut des mandataires publics dans les entreprises du portefeuille de l'État³⁸⁶.

Notion d'entreprise.

La notion d'entreprise est indépendante à la fois du caractère public ou privé de la personne gestionnaire de l'activité. La qualification d'entreprise est attribuée à toute unité économique qui opère de façon indépendante sur le marché³⁸⁷. La nature économique de l'activité s'entend des « activités de caractère industriel et commercial à offrir des biens et des services sur le marché »³⁸⁸. Les entreprises organisées sous la forme d'établissements publics ne rentrent pas dans le cadre de la gestion des services publics par des personnes privées. L'établissement public est précisément une personne publique. Par ailleurs, la doctrine considère que le terme « opérateur public » est plus moderne et préférable à celui d'entreprise publique. Aussi, un opérateur public est-il défini comme « une structure bénéficiant d'une autonomie, ayant une activité économique et soumise à l'influence prépondérante d'une personne publique »³⁸⁹.

Option du droit congolais.

Le droit positif congolais ne retient que les entreprises publiques en forme de sociétés commerciales. Auparavant, l'expression « entreprise publique » était synonyme du

³⁸² *Idem*, p. 7.

³⁸³ CSJ, arrêt R. Const. 112/TSR, 5 février 2010, inédit ; MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel*, op. cit., vol. 1, p. 171. ³⁸⁸ JO, n° spécial, 12 juillet 2008, pp. 9-15.

³⁸⁴ *Idem*, pp. 25-30.

³⁸⁵ Dans la même formulation, cette procédure est prévue par la Constitution française du 4 octobre 1958, en son article 37 (G. CARCASSONNE, op. cit., n°248, pp. 186187).

³⁸⁶ Décret n° 13/055 du 13 décembre 2013, 10, n°3, 1^{er} février 2014, col. 4-13.

³⁸⁷ LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, op. cit., n°34, p. 15

³⁸⁸ CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118185, Commission électorale, *Rec. CJCE*, 1987, p. 2599.

³⁸⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., n° 651, p. 306.

terme « établissement public » en droit congolais. Même ailleurs, l'entreprise publique n'est toujours pas une catégorie juridique homogène³⁹⁰. Il sied alors de préciser la notion d'entreprise publique en raison de cette utilisation générique, il y a peu en droit congolais, avant de relever les deux catégories d'entreprises publiques redéfinies et leur régime juridique.

A. Notion d'entreprise publique

I. Éléments de droit comparé

Partant de la pratique française, Georges Vedel relève que la notion d'entreprise publique comporte des éléments positifs (la personnalité morale et l'autonomie financière, un objet industriel ou commercial, un mode de gestion ou de fonctionnement très proche de celui des entreprises privées et une impulsion et un contrôle de l'État ou de personnes publiques) et des éléments négatifs (l'entreprise publique n'est pas nécessairement un établissement public et ne gère pas nécessairement un service public)³⁹¹. Les entreprises publiques qui ont un objet de service public sont celles dont cet objet préexistait à leur création (chemins de fer, distribution du gaz et de l'électricité, etc.). C'est le cas actuellement de nos anciennes entreprises publiques du régime de 1978 transformées en entreprises publiques en forme de société commerciale du régime de 2008. De son côté, Jean Rivero propose-t-il la définition suivante : « Par entreprise publique, on entend 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 »³⁹².

Éléments de législation.

Finalement, la législation française du 7 juin 2004 définit l'entreprise publique comme suit : « tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »³⁹³. À cet égard, la détention du capital est « indirecte » lorsqu'elle passe principalement par le biais d'organismes publics réunissant diverses participations³⁹⁴. En droit belge, la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques a transformé en entreprises publiques autonomes ou économiques des organismes d'intérêt public dont l'activité se développe dans un secteur industriel ou commercial. Ainsi, sont classés comme entreprises publiques autonomes Belgacom, SNCB Holding, Infrabel, La Poste, Belgacontrol et le Fonds de l'infrastructure ferroviaire³⁹⁵.

Synthèse à ce propos

De ce qui précède, l'on doit d'abord reconnaître que « les entreprises publiques ne sont autres que, soit des établissements publics à caractère industriel et commercial, soit des sociétés anonymes à capital public ou majoritairement public »³⁹⁶. Ensuite, on doit aussi considérer comme entreprise publique, l'entreprise sur laquelle une personne publique exerce

³⁹⁰ J.-P. VALETTE, *Droit public économique*, 2^e éd., Paris, Hachette Supérieur, coll. « Les Fondamentaux Droit », 2009, p. 64; P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°430, p. 364.

³⁹¹ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, c. 2, pp. G31-G33.

³⁹² J. RIVERO, *Droit administratif op. cit.*, p. 443 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 232, p. 212.

³⁹³ J.-P. VALETTE, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 67 ; J.-P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, n° 1623, p. 826.

³⁹⁴ NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, n° 679, p. 317.

³⁹⁵ D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n°327, p. 220

³⁹⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n°502, p. 359

une influence dominante ou prépondérante se traduisant soit par, la détention de la majorité du capital social (critère capitalistique), soit par la majorité des droits de vote dans l'organe délibérant (critère décisionnel), soit par la désignation de la majorité des membres des organes de direction (critère organique)³⁹⁷.

II. DISTINCTION ENTRE ENTREPRISE PUBLIQUE ET ENTREPRISE PRIVEE

En règle générale, si les objectifs des entreprises publiques et des entreprises des particuliers peuvent parfois se ressembler, il faut reconnaître l'existence de sérieuses différences. Au niveau de signification du profit. Le profit, présent dans les deux formes d'organisation, n'a pas les mêmes fonctions et significations³⁹⁸. Il n'est pas la raison d'être de l'entreprise publique. La recherche du profit est seulement un moyen de s'autofinancer, une garantie de bonne gestion, car ce sont des considérations d'intérêt général qui ont présidé à la création ou à l'appropriation de l'entreprise publique par la collectivité. Or, une entreprise privée ne se justifie que par la recherche du profit et la défense des intérêts financiers de ses actionnaires ou associés³⁹⁹. Le législateur congolais indique précisément que la prise, le maintien ou l'augmentation des participations de l'État dans une entreprise du portefeuille se fonde sur, soit le caractère stratégique du secteur d'activité concernée, soit le besoin d'intégration et de développement économique, soit l'absence ou l'insuffisance d'intérêt du privé dans le secteur ou tout autre impératif d'intérêt public porté par l'activité considérée (art. 6, L. du 7 juillet 2008 sur l'organisation et la gestion du portefeuille de l'État).

Au niveau de la présence de sujétions.

Les entreprises publiques subissent des sujétions particulières imposées par l'État dans l'intérêt général au détriment de leurs intérêts propres. Elles doivent parfois, par exemple, accorder des tarifs de faveur dans un but social (cas de la REGIDESO ou de la SNEL), même si elles peuvent bénéficier de quelques subventions d'équilibre compensatrices de la part de l'État.

Au niveau de contrôle par les pouvoirs publics.

L'État s'assure par divers procédés de contrôle que la gestion de l'entreprise publique est bien conforme à l'intérêt général qui guide sa politique économique et sociale. Le contrôle économique, financier et technique est assuré par le ministère du Portefeuille de l'État. L'Inspection Générale des Finances, qui dispose d'une compétence générale en matière de contrôle des finances et des biens publics, peut également accomplir toute enquête ou mission de contrôle des organismes ou entreprises de toute nature bénéficiant du concours financier de l'État sous forme de participation en capital, de subvention, de prêt, d'avance ou de garantie⁴⁰⁰. Une entreprise publique peut par ailleurs être soumise au contrôle de la Cour des comptes et au contrôle des assemblées parlementaires (Assemblée nationale, Sénat ou Assemblée provinciale) ou des organes délibérants des ETD, selon le cas.

Choix de la forme de société en droit congolais

Emploi extensif du procédé d'établissement public hier, Alors que le champ classique d'application du procédé d'établissement public est celui des services publics susceptibles d'« attirer les libéralités d'où l'emploi traditionnel de l'établissement public pour de nombreux services publics sociaux (hôpitaux, organismes d'aide sociale) et culturels ou universitaires⁴⁰¹, la législation congolaise de l'époque avait utilisé le procédé d'établissement

³⁹⁷ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., n° 682, p. 319; J.-P. VALETTE, *Droit public économique*, op. cit., p. 67.

³⁹⁸ J.-P. VALETTE, *Droit public économique*, op. cit., p. 68.

³⁹⁹ ⁸⁵¹ En ce sens, article 4 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales.

⁴⁰⁰ Article 121 de la loi 11/O11 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, *JO*, n° spécial, 25 juillet 2011, p. 47.

⁴⁰¹ Ici, le bienfaiteur est assuré, en raison du principe de spécialité, que sa libéralité sera affectée au but poursuivi.

public à l'égard de toute entreprise publique. L'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques disposait à cet égard : « par entreprise publique, il faut entendre tout établissement..., quelle que soit sa nature... l'entreprise publique constitue une personne morale de droit

Public »⁴⁰².

Forme juridique unique.

Quoique, en droit comparé, les formes juridiques de l'entreprise publique sont soit l'établissement public (à caractère industriel et commercial) soit la société, le droit positif congolais opte désormais pour une notion stricte d'entreprise publique en forme de société commerciale. Le législateur congolais définit l'entreprise publique comme « toute entreprise du portefeuille de l'État dans laquelle l'État ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue du capital social »⁴⁰³. Dans ce sens, une entreprise du portefeuille de l'État est une « société », dans laquelle l'État ou une collectivité locale détient la totalité des actions (ou du capital social) ou une participation. Lorsque la personne publique détient dans une société commerciale la totalité du capital social, elle est l'actionnaire ou l'associé unique. Dans ce cas, l'on est en présence d'une société publique ou à capital public. En revanche, lorsque la personne publique détient une participation majoritaire ou minoritaire dans une société commerciale, l'on se trouve en réalité dans la situation de partenariat public-privé institutionnel⁴⁰⁴ dans le cadre d'une société d'économie mixte.

Formes de société déterminées par droit OHADA.

Qu'il s'agisse d'une société à capital public ou d'une société d'économie mixte, toutes deux sont des entreprises du portefeuille de l'État (pouvoir central, province ou entité territoriale décentralisée) régies par le droit commun, spécialement par le droit OHADA (le Traité et surtout l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique). Antérieurement, l'article 4 de la loi du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État⁴⁰⁵ indiquait que les entreprises du portefeuille devaient prendre l'une des formes prévues par le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales. Suivant l'article 6, alinéa 2, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés anonymes (SA) sont les seules sociétés commerciales à raison de leur forme, et ce, quel que soit leur objet.

Début d'application du droit OHADA.

Le Traité OHADA du 17 octobre 1993 et les Actes uniformes y relatifs sont d'application en République Démocratique du Congo à compter du 1.2 septembre 2012. Dans ces conditions, le droit OHADA est la seule référence dans le domaine qu'il régit. Toutefois, il ne concerne pas les affaires pendantes devant les cours et tribunaux suivant le principe qui

⁴⁰² En ce sens, Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, n° 808, pp. 405-406.

⁴⁰³ JO, n° spécial, octobre 2001 - Textes coordonnés et mis à jour au 29 septembre 2001, p. 5. 159 Article 2 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.

⁴⁰⁴ L'expression « partenariat public privé » est passée dans les usages et pratiques de l'action publique. Si l'expression est « moderne », elle n'en reste pas moins une source infinie de malentendus. La plupart du temps, l'expression « partenariat public privé » est utilisée par commodité, sans grand souci de rattacher telle ou telle opération concrète à une institution juridique précise. (A. L. DURVIAUX, avec la coll. d'INGRID GABRIEL, *Droit administratif t. 2 Les entreprises publiques locales en Région wallonne*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, coll. de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2012, p. 2). D'où l'ajout de l'épithète « institutionnel », qui est fait ici.

⁴⁰⁵ JO, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 26.

veut que ce soient les textes juridiques en vigueur *in illo tempore non suspecto qui* s'appliquent quant au fond des dossiers contentieux⁴⁰⁶. En outre, les sociétés commerciales existantes ont obtenu une période transitoire de deux ans pour harmoniser leurs statuts avec les normes du droit des affaires en Afrique. Par ailleurs, par une lettre du 9 janvier 2013, le ministre de la Justice et Droits humains informe la Fédération des Entreprises du Congo (FEC) que le passage du Plan comptable général congolais au système comptable OHADA est reporté comme suit : les comptes personnels des entreprises au le` janvier 2014, et les comptes consolidés et les comptes combinés au 1- janvier 2015. En concertation avec la Direction Générale des Impôts (DGI), le Conseil permanent de la comptabilité au Congo (CPCC) a entrepris des travaux d'adaptation des états financiers annuels OHADA (Fiche d'identification de l'entreprise, la Structure de l'Agent économique, le Bilan, le Compte du Résultat, le Tableau financier des ressources et des emplois et l'état annexé) suivant les besoins en informations en République Démocratique du Congo⁴⁰⁷.

B. TYPOLOGIE D'ENTREPRISES PUBLIQUES

Ancrage légal.

Partant de la définition légale de l'entreprise publique, il se dégage que celle-ci est soit une société commerciale dans laquelle la personne publique détient la totalité des actions ou parts sociales, c'est-à-dire la totalité du capital (cas de la société publique ou de la société à capital public), soit une société commerciale dans laquelle la personne publique détient la majorité absolue des actions ou parts sociales, c'est-à-dire la majorité absolue de la participation ou du capital social (cas d'une partie des sociétés d'économie mixte).

I. L'ENTREPRISE PUBLIQUE EN FORME DE SOCIETE A CAPITAL PUBLIC

Source d'inspiration française.

En droit positif congolais, l'entreprise publique est d'abord une société publique ou une société à capital public de toute forme prévue par la législation commerciale. La société publique ou société à capital public est d'origine française, qui est en principe une société anonyme⁴⁰⁸. Suivant l'article 385, alinéa 2, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés, la société anonyme peut comprendre un seul actionnaire. En droit français, « la société à capital public est une société anonyme à actionnaire unique, la totalité des actions appartenant à l'État »⁴⁰⁹. Tout en étant une personne de droit privé, assujettie au droit des sociétés, la société à capital public française présente la double singularité de l'unicité et de l'étatisation de l'actionnariat⁴¹⁰.

Forme transitoire adoptée de SARL.

En pratique, tous les statuts des sociétés publiques publiés au journal officiel⁴¹¹ ont été signés par la République Démocratique du Congo, présentement actionnaire unique. Ces sociétés à capital public sont toutes actuellement constituées en sociétés par actions à responsabilité limitée (SARL)⁴¹². L'assemblée générale représente l'universalité des

⁴⁰⁶ En ce sens, F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 162 ; Communiqué de presse du ministère de la justice et Droits humains (signé par le ministre Wivine Mumba Mutipa et diffusé sans qu'il soit daté).

⁴⁰⁷ Ces états financiers OHADA concernent le Système Normal applicable aux grandes et moyennes entreprises. Faut-il encore signaler que le Système comptable OHADA comprend aussi deux autres systèmes, à savoir : le Système Allégé et le Système Minimal de Trésorerie, qui ne s'appliquent pas aux grandes et moyennes entreprises, mais plutôt aux entreprises de petite taille (petites entreprises et micro-entreprises).

⁴⁰⁸ LUKOIVIBE ET GHEI/TDA, *Le droit des entreprises publiques...*, *op. cit.*, p. 133 et s.

⁴⁰⁹ Y. GAUDEMET, *Droit administratif op. cit.*, n° 864, p. 429.

⁴¹⁰ L'unicité de l'actionnariat empêche, en droit français, la constitution d'assemblée générale des actionnaires.

⁴¹¹ JO, n° spécial, 29 décembre 2010 - Statuts des sociétés commerciales, 574 p

⁴¹² Article 5 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. 7). 161.

actionnaires et constitue le pouvoir souverain de la société. L'administration de la société publique est assurée par un conseil d'administration⁴¹³ composé d'un minimum de trois membres et d'un maximum de neuf membres. En cours de vie sociale, les administrateurs sont nommés ou renouvelés par l'assemblée générale. Le conseil d'administration élit, à la majorité simple, son président dont la durée des fonctions ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur, qui est de quatre ans. Mais la gestion courante de la société publique est assurée par l'Administrateur délégué, qui peut déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs directeurs nommés par le conseil d'administration. L'Administrateur délégué rend compte de sa gestion au conseil d'administration dont il suit les directives. Par ailleurs, pour la surveillance et le contrôle sur toutes les opérations de la société publique, l'assemblée générale désigne, pour un mandat d'une durée de trois exercices sociaux, renouvelable, un ou plusieurs commissaires aux comptes, actionnaires ou non.

Transformation en société anonyme.

Les différents statuts des anciennes entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, tous signés le 23 décembre 2009 par la République Démocratique du Congo comme actionnaire unique⁴¹⁴, précisent que lors de l'entrée en vigueur de la législation OHADA en République Démocratique du Congo, toutes ces sociétés commerciales constituées en sociétés par actions à responsabilité limitée (SARL) se transformeront en sociétés anonymes (SA). Suivant le droit OHADA, l'administration et la direction des sociétés anonymes peuvent être assurées selon deux modes :

- un mode principal⁴¹⁵, la société anonyme avec conseil d'administration, composé de trois membres au moins et de douze membres au plus, dirigé soit par un président-directeur-général, soit par un président du conseil d'administration, et un directeur général ;
- un mode facultatif dans l'hypothèse où la société anonyme comprend un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois, la société anonyme avec administrateur général⁴¹⁶.

I. L'ILLUSTRATIONS.

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 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 Kilo-Moto (SOKIMO), la SONAS, la SNEL, la SNCC et la Société sidérurgique de Maluku (SOSIDER) sont des sociétés publiques d'État. Il. L'entreprise publique en forme de société d'économie mixte

Notion de société d'économie mixte.

⁴¹³ Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

⁴¹⁴ *JO*, n° spécial, 19 décembre 2010, pp. 5-563.

⁴¹⁵ Près de 96 % des sociétés anonymes françaises ont adopté la formule classique de gestion constituée d'un conseil d'administration et d'un directeur général. (J. BONNARD, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Paris, Hachette Supérieur, col. « Les fondamentaux Droit », 2012, p. 105).

⁴¹⁶ Article 414 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, *JO*, n° spécial-vol. 1, 12 septembre 2012, p. 443

En doctrine, les entreprises publiques se distinguent des sociétés d'économie mixte ou des entreprises mixtes, du fait que les pouvoirs publics n'interviennent que partiellement dans ce dernier cas⁴¹⁷. La société d'économie mixte désigne « la société dans laquelle certains capitaux sont publics et d'autres privés »⁴¹⁸. Car, comme le souligne Georges Vedel, « ne constituent donc pas des entreprises publiques les entreprises appartenant en totalité ou de façon majoritaire à des personnes privées, même si elles collaborent étroitement avec l'Administration et sont placées sous son contrôle »⁴¹⁹. Toutefois, la législation congolaise sur les entreprises du portefeuille de l'État fait d'une partie des sociétés d'économie mixte des entreprises publiques lorsque les pouvoirs publics détiennent la majorité absolue des actions ou parts sociales⁴²⁰. Enfin, il importe de relever que l'économie mixte tire son origine en République Démocratique du Congo de l'époque de l'État Indépendant du Congo.

Héritage colonial de l'économie mixte.

Le Congo, à l'époque de l'État Indépendant du Congo et du Congo belge, a apparu comme la terre d'élection de l'économie mixte. La mise en valeur économique et le progrès social ont effectivement conduit à la mise en pratique de la politique léopoldienne de « concession-participation ». À travers les « compagnies à charte », le transfert de richesses et de responsabilités publiques entre des mains privées trouve sa contrepartie non pas dans des redevances, mais dans un partage du profit par des prises de participations publiques.

Les compagnies en matière de transports fournirent le cadre de concrétisation : la Compagnie des chemins de fer du Congo (CFC), chargée de l'exploitation de la voie ferrée Léopold ville Matadi, financée pour 60 % par la puissance publique, ou la Compagnie de chemin de fer du Congo supérieur aux grands lacs africains (CFL) bénéficiant des droits miniers en contrepartie de la participation de la colonie (au taux de 47,5 %) aux bénéfices⁴²¹. Par ailleurs, le Comité spécial du Katanga (CSK) et le Comité national du Kivu (C.N.Ki), qui avaient reçu de l'État un certain pouvoir administratif respectivement dans tout le Katanga et dans la région du Kivu⁴²², avaient constitué plusieurs filiales dans les domaines les plus variés, sous forme d'entreprises industrielles et commerciales dans lesquelles l'État faisait partie par ses prises de participation. Ce sont ici de nombreux cas de sociétés d'économie mixte.

Toutefois, ces sociétés industrielles et commerciales étaient moins des entreprises publiques au sens de sociétés à capital public. Mais elles pouvaient l'être en cas de détention par l'État ou autres collectivités publiques d'une participation majoritaire absolue. À cet égard, il est permis d'observer que « dans chaque État, le recours à la notion d'entreprise publique par les gouvernants a pour motivation profonde, le souci de l'État de participer à la gestion des activités économiques, commerciales et industrielles du pays »⁴²³.

Entreprise publique en forme de société d'économie mixte.

⁴¹⁷ R. IVIASAIVIBA MAKELA, *op. cit.*, p. 62, n° 48 ; J.-P. VALETTE, *Droit public économique, op. cit.*, p.78

⁴¹⁸ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, 367, n°434.

⁴¹⁹ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 636

⁴²⁰ Article 3 de la loi n°08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et la gestion du portefeuille de l'État, *JO* n° spécial, 12 juillet 2008, p. 26.

⁴²¹ LUKOMBENGHENDA, *Le droit des entreprises publiques...> op. cit.*, pp. 29-30.

⁴²² Le C.N.Ki fut créé par un décret du 13 janvier 1928 (*BO*, 1928, I, p. 867) comme un organisme belge chargé de gérer les terres domaniales du Kivu. En réalité, c'est seulement par l'ordonnance-loi n° 66-343 du 7 juin 1966, dite la Loi Bakajika du nom de son initiateur, que le pouvoir de céder ou de concéder des terres domaniales fut définitivement retiré à ces deux organismes concédants de l'époque (CSK et C.N.Ki) pour revenir à l'État lui-même (F. VUNDUAWE et PEMAKO, *op. cit.*, p. 136).

⁴²³ LUKOMBENGHENDA, *Le droit des entreprises publiques..., op. cit.*, p. 27.

L'entreprise publique est aussi une société d'économie mixte dans la mesure où les pouvoirs publics (pouvoir central, province ou ETD) peuvent s'associer à des personnes privées pour assurer le financement et la gestion de l'entreprise. Mais une société d'économie mixte congolaise ne peut être qualifiée d'entreprise publique que si la personne publique détient la majorité absolue des actions ou parts sociales, c'est-à-dire plus de la moitié du capital social. Si, en droit français par exemple, la société d'économie mixte est une société anonyme dont l'État ou une autre collectivité publique détient une partie du capital conjointement avec les actionnaires privés¹¹³, la société d'économie mixte congolaise peut prendre toute forme prévue par la législation commerciale. Dans ces conditions, on doit se rapporter au droit commercial, plus particulièrement au droit des sociétés, pour les détails d'organisation et de fonctionnement des sociétés d'économie mixte. Conformément à l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales, celles-ci ne peuvent adopter que l'une des quatre formes ci-après : la société en nom collectif (SNC), la société en commandite simple (SCS), la société à responsabilité limitée (SARL) et la société anonyme (SA). Le contrat qui lie les parties est un contrat de société, entendu comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 446, Code civil congolais, livre III, titre V bis). Et l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales définit la société commerciale comme « celle créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter⁴²⁴.

Quelques exemples de sociétés d'économie mixte. Actuellement, les sociétés ci-après sont des sociétés d'économie mixte⁴²⁵: FINA, CHANIMETAL, CILU, KWILU-NGONGO, CINAT, BCDC, GRANDS HÔTELS, MIBA, MIDEMA, SONAL, SOTEXKI, SOCIR, SUCRIERE DE KILIBA, etc. Toutefois, une société appartient au secteur public, dès lors que la majorité au moins de son capital social appartient « à l'État, aux collectivités publiques, aux établissements publics ou à des entreprises du secteur public⁴²⁶.

Représentation de l'État dans la société d'économie mixte.

Dans les différentes entreprises du portefeuille en général, il importe de signaler que le représentant de l'État (pouvoir central, province ou ETD) peut exercer plusieurs fonctions. L'article 4 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 portant statut des mandataires publics dans les entreprises du portefeuille de l'État⁴²⁷ fait la distinction entre les mandataires publics actifs (directeur général, directeur général adjoint, administrateur délégué, gérant, administrateur général et administrateur directeur) et les mandataires publics non actifs (au sein du conseil d'administration : président du conseil d'administration, administrateur, censeur, commissaire aux comptes ; au sein de l'assemblée générale : représentant de l'État à l'assemblée générale). Au niveau du pouvoir central, la durée du mandat du mandataire public est fixée par le contrat de mandat signé avec le ministre ayant le Portefeuille dans ses attributions, tandis que celle du mandat du représentant de l'État à l'assemblée générale par la procuration qui lui est donnée.

Désignation du représentant de l'État au niveau du pouvoir central.

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

⁴²⁴ Article 13 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, *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 28.

⁴²⁵ C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 309 et s.

⁴²⁶ CE, ass., 24 novembre 1978, syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CEDT) ; P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, p. 367, n°434

⁴²⁷ *JO*, n° 3, 1^{er} février 2014, col. 5.

mandataires publics⁴²⁸ actifs (ceux qui participent à la gestion courante de l'entreprise) ou non actifs, dans les entreprises du portefeuille d'État (sociétés publiques et sociétés d'économie mixte où l'État détient la majorité absolue du capital social). Cependant, les commissaires aux comptes sont nommés, relevés de leurs fonctions et, le cas échéant, révoqués conformément aux statuts de l'entreprise⁴²⁹. La désignation du délégué de l'État à l'assemblée générale d'une entreprise du portefeuille est faite par procuration spéciale. Celle-ci est signée, au nom de l'État-actionnaire ou associé, par le ministre ayant le Portefeuille dans ses attributions.

Rémunération du représentant de l'État.

Les mandataires publics actifs perçoivent une rémunération fixée par l'assemblée générale, tandis que les mandataires non actifs et les représentants de l'État à l'assemblée générale ont simplement droit à un jeton de présence.

C. REGIME JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE PUBLIQUE

Possibilité de contrat de gestion.

Une entreprise du portefeuille peut faire l'objet d'un contrat de gestion. L'État ou toute autre collectivité territoriale peut en effet confier à une personne physique ou morale de droit privé, la gestion de tout ou partie d'une entreprise du

⁴²⁸ Article SI, alinéa lef point 6, de la Constitution.

⁴²⁹ Article 13 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, *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 28.

Portefeuille de l'État moyennant rémunération (art. 2, L. du 7 juillet 2008 sur le désengagement de l'État des entreprises du portefeuille).

Soumission au droit privé.

Le trait commun à toutes les entreprises publiques est leur soumission de principe au droit privé et particulièrement au droit commercial. La règle s'applique à tous les aspects de leur activité : le statut du personnel, l'activité de l'entreprise, le régime financier et la situation patrimoniale.

Statut du personnel.

Le personnel des entreprises publiques est composé de salariés soumis au droit du travail. Il est recruté par contrat de travail, lequel détermine la date de son entrée en vigueur et sa durée, la nature et l'objet des prestations du travail, le ou les lieux où elles doivent s'accomplir, la rémunération, les avantages complémentaires, les frais remboursables et toutes autres conditions, dans le cadre des dispositions légales et sous réserve des conventions collectives, des règlements d'entreprise et des usages locaux (art. 36, al. 2, Code du travail). Le contrat de travail est défini comme « toute convention, écrite ou verbale, par laquelle une personne, le travailleur, s'engage à fournir à une autre personne, l'employeur, un travail manuel ou autre sous la direction et l'autorité directe ou indirecte de celui-ci et moyennant rémunération »⁴³⁰. Les litiges entre l'entreprise publique et ses agents sont portés devant le tribunal du travail. En effet, le tribunal du travail⁴³¹ connaît des litiges individuels survenus entre le travailleur et son employeur dans ou à l'occasion du contrat de travail, des conventions collectives ou de la législation et de la réglementation du travail et de la prévoyance sociale. Il connaît aussi des conflits collectifs de travail⁴³².

⁴³⁰ Article 7, c), de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail, *JO*, n° spécial, 25 octobre 2002, p. 8. À ce sujet, l'on doit noter que c'est exactement la même définition que donnait l'ordonnance-loi n° 67/310 du 9 août 1967 portant Code du travail (art. 4, point c).

⁴³¹ Articles 15 et 16 de la loi n° 016/2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail (*JO*, n° spécial, 25 octobre 2002, p. 84).

⁴³² Les conflits collectifs de travail sont des conflits survenus entre un ou plusieurs employeurs, d'une part, et un certain nombre de membres de leur personnel, d'autre part, au sujet des conditions de travail lorsqu'ils sont de nature à compromettre la bonne marche de l'entreprise ou la paix sociale (art. 16, loi sur les tribunaux du travail).

Dans les deux cas, le tribunal du travail ne peut être saisi qu'après l'échec d'une procédure de conciliation préalable.

Activité de l'entreprise.

L'activité de l'entreprise (rapports avec les fournisseurs, les clients, les tiers, prises de participation) s'exerce selon les procédés du droit commercial, et éventuellement du droit civil. Le droit de la concurrence pèse sur l'exploitation de l'entreprise publique dans la mesure où il doit s'appliquer à toutes les activités de production, de distribution et de services marchands. Toutefois, les pouvoirs publics ayant pour mission essentielle l'accomplissement des fonctions régaliennes (lever une armée, battre monnaie, rendre justice, légiférer, faire grâce, réguler les activités des particuliers), leur participation dans une entreprise du portefeuille est encadrée. Le législateur a décidé que la prise, le maintien ou l'augmentation des participations n'est justifié que s'il cadre avec l'un des objectifs ci-après : le caractère stratégique du secteur d'activité concerné, le besoin d'intégration et de développement économique, la rentabilité du capital, actions ou titres, le besoin d'atténuation du risque d'investissement par la diversification des participations ou des placements, l'absence ou l'insuffisance d'intérêt du privé dans le secteur ou tout autre impératif d'intérêt public porté par l'activité considérée.

Régime financier.

Le régime financier échappe totalement aux règles de la comptabilité publique. L'entreprise publique n'a pas de budget, mais des états de prévision. C'est le système comptable OHADA qui s'applique aux opérations financières des entreprises publiques, comme cela a été souligné auparavant. Le régime fiscal, douanier et parafiscal est celui du droit commun. La distinction qu'on peut opérer parmi les entreprises du portefeuille de l'État entre les entreprises publiques au sens de sociétés publiques ou à capital public et les sociétés d'économie mixte importe peu dans ce domaine⁴³³. Par ailleurs, pour permettre d'assainir leurs états financiers, les anciennes entreprises publiques transformées en sociétés commerciales ont bénéficié d'un moratoire de 36 mois à compter de la promulgation de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques (art.14)⁴³⁴, les dispensant de payer leurs dettes au moment de leur transformation. Ce régime spécial les dispense en réalité de l'application du décret du 27 juillet 1934 sur les faillites. Dans ce même cadre, les opérations de transformation d'une ancienne entreprise publique en société commerciale ou en établissement public sont en outre exonérées de tous droits et taxes (art. 15). Ces opérations ne peuvent être considérées comme achevées et définitives que lorsque toutes les opérations de restructuration sont accomplies.

Pendant la période de restructuration et d'assainissement de leurs états financiers, ces entreprises publiques bénéficient donc des dispositions spéciales (mesures juridiques, économiques et financières) fixées par un décret du Premier ministre⁴³⁵. En effet, par le décret n° 12/031 du 2 octobre 2012, le Premier ministre a, par exemple, fixé les règles de reprises par l'État des passifs non assurables des entreprises publiques (d'ancien régime) transformées en sociétés commerciales. Ainsi, toutes les dettes fiscales et parafiscales à recouvrer par les Régies financières d'État (DGDA, DGI et DGRAD) relativement aux états financiers arrêtés au 31

⁴³³ Article 6 de la loi du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État, *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, pp. 26-27

⁴³⁴ *JO*, n° spécial, 12 juillet 2008, p. 8.

⁴³⁵ Articles 14 et 16 tels que reformulés par la loi n° 12/009 du 31 décembre 2012 modifiant la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques. (10, n° 1, le 1^{er} janvier 2013, col. 12).⁸⁹³ Pour l'application de cette décision, voy. l'Arrêté interministériel n° 005 et n° 786 du 16 avril 2013 portant mesures d'application du

décembre 2011 sont-elles abandonnées par l'État⁴³⁶.

Situation patrimoniale. La situation patrimoniale est comparable à celle des entreprises de seuls particuliers. Elle est donc soumise aux règles du droit civil des biens⁴³⁷. Mis à part les biens du domaine public qui peuvent être affectés à l'entreprise publique et qui conservent leur statut, celle-ci a tous les droits sur les biens qu'elle a acquis aux conditions du droit commun. Elle peut les vendre, les échanger, sous la seule obligation de ne pas diminuer leur valeur globale qui constitue son capital social.

Les ordres professionnels

Données fondamentales.

La notion d'ordre professionnel conjugue trois données fondamentales quant à son organisation : l'ordre est une organisation chargée à la fois de représenter la profession auprès des pouvoirs publics et d'assurer la discipline de ses membres ; l'ordre est un groupement forcé, et l'ordre a une structure corporative, car son personnel dirigeant est issu de la profession elle-même⁴³⁸.

A. Considérations d'ordre général sur les ordres professionnels

Différence entre concession et ordre professionnel.

Contrairement au procédé de la concession des services publics industriels et commerciaux, considéré comme conforme à l'ordre normal des choses, la pratique de l'investissement légal ou réglementaire et de la délégation de services publics administratifs à des organismes de droit privé est nouvelle et perturbante du point de vue de l'état du droit⁴³⁹. Quoiqu'investi de l'exécution d'une mission de service public administratif, le Conseil d'État français⁴⁴⁰ a dénié aux ordres professionnels la qualité d'établissement public. Cela aurait naturellement entraîné la soumission de ces organismes au régime de droit public.

Phénomène de privatisation de services publics.

Le phénomène de la gestion de certains services publics administratifs par des organismes privés, ajouté à celui de la délégation de service public, constitue l'un des aspects de la privatisation des services publics⁴⁴¹. En effet, l'organisation et le fonctionnement de la personne privée relèvent tout naturellement

⁴³⁶décret n° 12/031 du 2 octobre 2012 fixant les règles de reprise par l'État des passifs non assurables des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales. (j0, n° 5, le 3 mars 2014, col. 11-14).

⁴³⁷ Voy. spécialement :

- KALAMBAYLUMPUNGU, *Droit civil. Régime général des biens*, Kinshasa, PUZ, 1984 ; *Droit civil. Régime foncier et immobilier*, Kinshasa, PUZ, 1999 ; - V. KANGULUMBAMBAMBI, *Précis de droit civil des biens*, t. 1, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2007 ;

- LUKOMBENGHENDA, *Droit civil. Les biens*, Kinshasa, PFDUC, 2003

⁴³⁸ En ce sens, A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, n° 1204, p. 878

⁴³⁹ En ce sens, R. CHAPUS, *op. cit.*, t. 1, n° 212, p. 178.

⁴⁴⁰ CE, Ass. 31 juillet 1942, Monpeurt, *Rec.*, p. 239 ; Ass. 2 avril 1943, Bouguen, *Rec.*, p. 86 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 51, pp. 328-329 et n° 52, pp. 338-339

⁴⁴¹ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, *op. cit.*, p. 283.

du droit privé et du juge judiciaire⁴⁴², tandis que les décisions (réglementaires ou individuelles) que les organismes privés - spécialement les ordres professionnels - prennent pour l'exécution du service public administratif dont ils ont la charge constituent des actes administratifs, dont le contentieux appartient au juge administratif⁴⁴³. C'est dans ce sens par exemple que l'article 124 de l'ordonnance-loi du 28 septembre 1979 portant, notamment, organisation du barreau dispose que sauf s'il s'agit de sanction disciplinaire, toute décision ou règlement du Conseil national de l'Ordre ou de l'assemblée générale de l'Ordre national entaché d'excès de pouvoir peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour suprême de justice (section administrative), sur saisine entre autres du bâtonnier national ou de tout avocat intéressé⁴⁴⁴, dans les formes ordinaires des recours en annulation. Cette compétence revient aujourd'hui au Conseil d'État.

Spécificité du droit belge.

En Belgique, l'Ordre des avocats, l'Ordre des médecins, l'Ordre des pharmaciens, l'Ordre des médecins vétérinaires et l'Ordre des architectes sont plutôt de groupements ou ordres professionnels de droit public. Ils sont considérés par la jurisprudence et la doctrine belges comme des services publics en ce qu'ils assurent une véritable mission de service public consistant à organiser la profession et à en exercer le contrôle⁴⁴⁵. C'est à ce titre que les décisions non juridictionnelles (non disciplinaires) de ces ordres professionnels belges sont considérées comme des actes émanant d'autorités administratives et susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'État.

B. Les ordres professionnels en droit congolais

I. Une personne privée investie d'une mission de service public

Organismes privés à la lumière du droit français.

Il semble logique de ranger les ordres professionnels dans la catégorie des personnes privées investies d'une mission de service public⁴⁴⁶, même s'ils exercent d'importantes prérogatives de puissance publique.

À l'époque reconnaître la qualité d'organismes privés à des institutions disposant d'importantes prérogatives de puissance publique n'allait pas de soi. Le Conseil d'État français affirmait tout simplement que les ordres professionnels n'étaient pas des

⁴⁴² J.-F. LACHALIME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 179, p. 96

⁴⁴³ En ce sens, dans une certaine mesure, J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n°232. 5, p. 485; A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 159, pp. 194-195.

⁴⁴⁴ *Les Codes Larcier RDC*, t. L 2010, p. 217.

⁴⁴⁵ D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n°313, p. 214; M.-A. FLAMMME, *op. cit.*, t. 1, n° 136, pp. 325-326; D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, n°142, p. 75; J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n°232.5, p. 485.

⁴⁴⁶ M. LASCOMBE, *Les ordres professionnels*, Thèse, Strasbourg, 1987, et, sous le titre, *AIDA*, 1994, p. 855 ; J. WALINE, *op. cit.*, n° 282, p. 268

établissements publics, ce qui conduisait à une double interprétation. On pouvait voir dans les ordres professionnels soit des personnes privées chargées d'un service public, soit des personnes publiques d'un type nouveau. L'évolution de la jurisprudence française conduit aujourd'hui à considérer définitivement que « les ordres professionnels sont des institutions privées, comme d'autres organismes professionnels »⁴⁴⁷. Les ordres professionnels bénéficient d'une véritable personnalité juridique de droit privé, même leur création est suscitée par les pouvoirs publics et leur organisation de répondre aux prescriptions édictées par ceux-ci⁴⁴⁸.

Personnalité juridique fractionnée de l'ordre professionnel.

Ordres professionnels sont dotés de la personnalité juridique. Celle-ci est fractionnée à l'intérieur de l'organisation de l'ordre professionnel.⁴⁴⁹ La personnalité morale est en effet attribuée à l'ordre tant au plan national qu'au plan local, chaque conseil, local ou national, étant en fait l'organe de la personne morale correspondante. Par exemple, chaque barreau établi près la Cour d'appel ou près la Cour suprême de justice et l'Ordre national des avocats a la personnalité juridique⁴⁵⁰.

Élection des membres, une opération administrative.

Quoique la qualité d'institution de droit privé des ordres professionnels soit aujourd'hui établie, l'élection des membres de leurs conseils est considérée comme une opération administrative, dont le contentieux relève par conséquent du juge administratif⁴⁵¹. Le Tribunal des conflits français dégage ce caractère administratif partant du fait que les ordres professionnels exercent un pouvoir sur leurs membres, contrairement du cas des organismes de gestion de la profession de commissaires aux comptes. Les ordres ont en effet l'une des fonctions essentielles d'assurer la discipline interne de la profession par des mesures unilatérales (inscription au tableau de l'ordre et répression disciplinaire) qui s'imposent à tous les membres. En revanche, le juge administratif ne serait pas compétent à propos d'organismes qui soit n'ont qu'un rôle de gestion d'une profession et n'exercent aucun pouvoir sur leurs membres, tant en ce qui concerne leur inscription qu'en matière disciplinaire, soit même s'ils exercent un pouvoir disciplinaire sur leurs membres, ne le font pas dans le cadre d'une mission de service public⁴⁵².

⁴⁴⁷ G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON, P. CHRÉTIEN, *op. cit.*, n°427, p. 3. LiS CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°427, pp. 361-362.

⁴⁴⁸ P. DELVOLVÉ, *Le droit administratif* 6^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2014, p. 32.

⁴⁴⁹ En ce sens, A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1210, p. 880 ; C. KABANGE

NTABALA, *Droit des services...*, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁵⁰ Article 4, alinéa 4, de l'ordonnance-loi du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenses judiciaires et du corps des mandataires de l'État.

⁴⁵¹ R. CHAPUS, *op. cit.*, t. 1, n° 1070, pp. 847-848.

⁴⁵² TC, février 1984, Cordier et autres, Rec., p. 447 ; CE, 19 mars 2010, Chotard, Rec., p. 18, CE, 19 mars 2010, Chotard, Rec., p. 81 ; M. LONG, P. WEIL, G. P. braibant . p. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 52.8, p. 343

II. L'exercice d'une mission de service public

La mission confiée aux ordres professionnels par le législateur - réglementation et discipline de la profession - constitue l'exercice d'un service public. L'ordre a en outre un rôle de représentation de la profession auprès des pouvoirs publics, qui peuvent le consulter sur les problèmes qui la concernent.

Organisation de la profession.

L'ordre professionnel est d'abord chargé d'organiser la profession. À cet égard, l'ordre professionnel organise la profession dans le cadre de la loi de base qui fixe les règles, les générales de la profession ou du texte qui crée l'ordre professionnel⁴⁵³. Par exemple, l'ensemble des barreaux de la République Démocratique du Congo forme l'Ordre national des avocats suivant l'ordonnance-loi n° 79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'État⁴⁵⁴. La même législation précise que les organes du barreau sont l'assemblée générale, le conseil de l'Ordre et le bâtonnier. Dans ce cadre, l'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit en groupe. L'exercice de la profession en groupe peut se faire dans le cadre d'une association⁴⁵⁵ ou de collaboration avec un ou un groupe d'avocats⁴⁵⁶.

Par des actes administratifs.

L'ordre professionnel dispose du pouvoir administratif, réglementaire *secundum legem* et non réglementaire. Les décisions réglementaires (règlement d'ordre intérieur, fixation du taux des honoraires pour les médecins ou les pharmaciens, fixation du tarif minimum et maximum des honoraires de consultation et de plaidoirie en ce qui concerne les avocats, fixation du montant des cotisations) ou individuelles (inscription au tableau⁴⁵⁷), prises par le conseil de l'Ordre pour l'exécution du service à lui confier, sont des actes administratifs unilatéraux auxquels s'attachent les prérogatives de la décision exécutoire.

Il y a ici liaison entre exercice, pour l'exécution du service public, d'une prérogative de puissance publique et caractère administratif des décisions. Les décisions

⁴⁵³ Voy. l'ordonnance-loi n° 68-070 du 1^{er} mars 1968 créant l'ordre des médecins ou l'ordonnance-loi n 91-018 du 30 mars 1991 portant création d'un Ordre des pharmaciens en République du Zaïre

⁴⁵⁴ JO, n° 19, 1^{er} octobre 1979, P. 4; *Les Codes Larcier RDC*, t. 1, 2010, pp. 209-218 ; en ce sens, MBUY-MBIYETANAYI, *La profession d'avocat au Zaïre*, Kinshasa, Éditions NTOBO,

⁴⁵⁵ L'association est le contrat par lequel deux ou plusieurs avocats décident d'exercer en commun la profession soit au sein d'un même cabinet, soit dans des cabinets différents, de mettre en commun et de partager les bénéfices et les pertes (arr. 65, al. 2, O.-L. du 28 septembre 1979). 1990, 304 p.

⁴⁵⁶ Le contrat de collaboration est celui par lequel un avocat, inscrit soit à la liste du stage, soit au tableau, s'engage à consacrer tout ou partie de son activité au cabinet d'un autre avocat moyennant une équitable rémunération (art. 65, al. 1^{er}, O.-L. du 28 septembre 1979).

⁴⁵⁷ Par rapport à l'accès à la profession, l'ordre exerce un certain pouvoir discrétionnaire (appréciation des garanties de moralité et d'indépendance des postulants).

prises par l'ordre professionnel,

pour l'accomplissement de sa mission de service public, ne sont donc administratives que pour autant qu'elles constituent l'exercice d'une prérogative de puissance publique, c'est-à-dire d'un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général, ou plus précisément les besoins du service public assuré⁴⁵⁸. La proposition de loi organique portant organisation, compétence et procédure des juridictions de l'ordre administratif va dans ce sens lorsqu'il prévoit que le Conseil d'État connaîtra des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes administratifs des organes nationaux des ordres professionnels.

Fonctionnement interne par des actes de droit privé.

A *contrario*, les décisions que les ordres professionnels peuvent prendre, sans pour autant mettre en œuvre une prérogative de puissance publique, sont des actes de droit privé. C'est notamment le cas des décisions qu'ils prennent en vue de leur aménagement interne, c'est-à-dire des décisions qui concernent l'institution, qui est privée, et non son activité, qui est l'exécution d'une mission de service public. Par exemple, les décisions prises par les ordres professionnels pour assurer le recouvrement des cotisations impayées sont des actes privés et l'action en recouvrement relève de la compétence du juge judiciaire⁴⁵⁹. Par ailleurs, l'examen du droit positif congolais montre que le fonctionnement interne des ordres professionnels (ordre des médecins, ordre des pharmaciens, ordre des avocats, ordre des architectes) échappe au droit administratif et relève du droit privé⁴⁶⁰. Leurs agents sont des salariés de droit du travail, leurs contrats sont des contrats civils, leurs patrimoines sont des biens privés, leur régime financier échappe à la comptabilité publique.

Discipline au sein de la profession.

L'ordre professionnel est ensuite chargé d'assurer la discipline au sein de la profession. Il sanctionne les fautes contre la morale professionnelle telle qu'elle est définie par le code de déontologie. Lorsque les devoirs professionnels des avocats sont déterminés par la même ordonnance-loi du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau (art. 74 à 80) ou ceux des pharmaciens sont directement repris en annexe à l'ordonnance-loi du 30 mars 1991 portant création de l'Ordre des pharmaciens, les règles de la déontologie médicale sont plutôt fixées par un texte réglementaire en exécution de l'ordonnance-loi du 1-mars 1968 créant l'Ordre des médecins⁴⁶¹. Quoi qu'il en soit, il s'agit bien d'une répression disciplinaire, c'est-à-dire des fautes professionnelles sont punies de sanctions professionnelles prononcées

⁴⁵⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n°712 et n°714, p. 537 et 538.

⁴⁵⁹ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 715, p. 541.

⁴⁶⁰ En ce sens, C. KABANGENTABALA, *Droit des services...*, op. cit., p. 89.

⁴⁶¹ Ordonnance n°70-158 du 30 avril 1970 déterminant les règles de la déontologie médicale, MC, n° 20, 15 octobre 1970, p. 667; *Les Codes Larder RDC*, t. VI, B. *Droit administratif* 2010, pp. 1126-1130.

par des organes professionnels.

Principe de légalité des peines.

Comme dans le domaine du droit disciplinaire des fonctionnaires où le principe du droit pénal « *nulla poena sine lege* » est transposé⁴⁶², le principe de légalité des peines disciplinaires s'applique dans le cadre de la répression assurée par les organes de l'Ordre (Conseil national ou Conseil provincial). Les sanctions à prononcer sont les suivantes : l'avertissement, la réprimande, le blâme, l'interdiction temporaire d'exercer la profession, l'interdiction définitive d'exercer la profession ou la radiation du tableau de l'Ordre.

Principe de double degré de juridiction.

Mais, contrairement à ce qui se passe en matière de discipline au sein de la fonction publique, « la répression disciplinaire est ici entièrement juridictionnalisée »⁴⁶³. D'où le principe du double degré de juridiction s'applique : contre les décisions en premier ressort, un appel est ouvert devant les instances supérieures, car chaque Ordre regroupe les membres de la profession à l'échelon local et à l'échelon national. En définitive, le Conseil d'État peut être saisi d'un pourvoi en cassation contre une décision disciplinaire rendue en dernier ressort par l'organe national d'un ordre professionnel.

SECTION 3. LES PRINCIPES DE BASE DE FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS

État de la question.

Le pouvoir d'organiser des services publics renferme une autolimitation dans la mesure où il ne saurait dépasser ce que commandent les nécessités du bon fonctionnement des services.

Ainsi le pouvoir d'organisation des services publics par l'Exécutif souffret-il des restrictions « extérieures » qui résultent de la loi et des principes généraux du droit. On observe qu'un régime juridique minimum applicable à tout service public organique, quel que soit son mode de gestion, existe, constitué de quelques principes de base de fonctionnement de tout service public. Ces principes ou règles découlent de l'origine, de la nature et de l'essence même du service public⁴⁶⁴.

Plan. Dans cet ordre d'idées, il importera de présenter le cadre général des principes applicables aux services publics, avant de distinguer, sous l'angle de l'État de droit, les lois

⁴⁶² En ce sens, F. VUNDUAWA et PEMAKO, *op. cit.*, p. 645 ; L. YIJMA BIABA, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁶³ J. WALINE, *op. cit.*, n° 281, p. 267.

⁴⁶⁴ En ce sens, A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 112, p. 154.

complètes du service public des lois incomplètes du service public.

Cadre général des principes applicables aux services publics

Éléments de droit communautaire africain.

Par sa décision 337 (XVI), la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Union africaine a adopté une Charte africaine sur les valeurs et principes du service public et de l'Administration, afin de renforcer le professionnalisme et l'éthique dans le service public en Afrique et de promouvoir une culture administrative fondée sur le respect des droits de l'utilisateur et la bonne gouvernance sur le continent. Cette Charte africaine consacre, en son article 3, neuf principes directeurs inhérents au fonctionnement des services publics en Afrique, à savoir : l'égalité des usagers devant le service public, la prohibition de toutes formes de discrimination dans le service public, l'impartialité, l'équité et le respect de la légalité dans les prestations de service public, la continuité du service public en toutes circonstances, l'adaptation du service public aux besoins des usagers, le professionnalisme et l'éthique dans le service public, la promotion et la protection des droits des usagers et des agents du service public, l'institutionnalisation d'une culture de reddition de comptes, d'intégrité et de transparence dans le service public et l'usage effectif, efficace et responsable des ressources du service public.

De lege ferenda. Le projet de loi organique portant organisation et fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD⁴⁶⁵, initié en application de l'article 194 de la Constitution, tend à prévoir six principes généraux, mieux législatifs, applicables à tous les services publics : le principe d'égalité devant le service public, le principe de continuité du service public, le principe d'adaptabilité du service public, le principe de neutralité dans l'exécution du service public, le principe de spécialité du service public devant répondre à un besoin précis d'intérêt général et le principe de légalité des actes posés dans le cadre du fonctionnement du service public. Ces principes fondamentaux rejoindront certaines lois du service public (principe de continuité du service public, celui d'égalité devant le service public et celui de mutabilité du service public) dégagées dans les années 1930 par Louis Rolland, dans son cours de DES professé à la Faculté de Droit de Paris, après avoir systématisé la jurisprudence administrative française sur la question.

Distinction à établir. L'expression de « lois du service public » ou « lois de Rolland », du nom de leur inventeur⁴⁶⁶, est donc réservée à ces principes juridiques régissant, même sans texte, tous les services publics. Toutefois, en raison de l'importance prise par le droit au recours, garantie essentielle des individus dans leurs rapports avec l'Administration, il paraît judicieux de distinguer les principes qui sont effectivement invocables par les usagers et ceux qui ne le sont pas et qui apparaissent, pour l'instant, surtout comme des principes d'organisation des services sans pour autant pouvoir être opposés à l'Administration par les usagers. Les premiers principes constituent des « lois parfaites » ou « complètes », les seconds des « lois (encore) imparfaites » ou « incomplètes » du service public⁴⁶⁷

Les lois complètes du service public

Énumération.

Quoique Louis Rolland n'ait utilisé le terme « loi » qu'au profit du seul principe de continuité des services publics⁴⁶⁸, car celui-ci découle de la notion même de service public et de l'intérêt général qui en constitue le but⁴⁶⁹, deux autres principes se rangent aujourd'hui comme des lois parfaites ou complètes du service public : le principe d'égalité devant le service public et son corollaire, celui de la neutralité du service public.

A. Le principe de continuité du service public

Notion.

Le principe de continuité de service public applique aux services publics le principe constitutionnel de continuité de l'État. La continuité est l'essence même de l'État. Ce principe constitutionnel justifie aussi la théorie des circonstances exceptionnelles, qui permet - et même impose - à l'Administration de prendre des mesures qui seraient illégales en temps ordinaire mais qui sont indispensables afin d'assurer la continuité de l'État en cas de crise très grave (guerre, insurrection, etc.). Si une activité a été érigée en service public, c'est parce

⁴⁶⁵ Par la volonté expresse du constituant, sont exclus du champ d'application de cette législation, les services publics du pouvoir central qui sont directement organisés soit par des lois organiques spécifiques soit par les règlements intérieurs des Chambres parlementaires

⁴⁶⁶ B. SEILLER, *op. cit.*, r. 2., p. 67 ; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 359 ; C. RICCI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 97.

⁴⁶⁷ En ce sens, N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, p. 96 ; P. ESPLUGAS, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁶⁸ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°818, p.428

⁴⁶⁹ C'est dans ce sens que Léon Duguit a considéré que « cette activité est d'une importance telle pour la collectivité qu'elle ne peut pas être interrompue un seul instant » (*Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. 3, 1928, p. 61).

qu'elle présente un caractère particulièrement impérieux pour la vie nationale ou pour la vie locale ; il faut donc que le service fonctionne à tout prix⁴⁷⁰.

Implications.

Ce principe commande que les services publics fonctionnent de manière ininterrompue ; ce qui suppose que l'accès au service public soit assuré aux usagers de façon satisfaisante. Il est question ici de l'ouverture des bureaux et autres bâtiments à l'heure et qui ne peuvent se fermer de manière anticipée. En d'autres termes, il est question du fonctionnement ponctuel et régulier du service. Les usagers ont donc droit au fonctionnement des services publics de façon régulière et ponctuelle, conformément aux règlements qui les régissent. C'est le cas, par exemple, de l'ordonnance n° 14/010 du 14 mai 2014 qui fixe la liste des jours fériés légaux en République Démocratique du Congo⁴⁷¹. Dans le cas où l'un des jours fériés légaux coïncide avec un dimanche, cette réglementation précise que le congé relatif à ce jour est pris le jour précédent (art. 2). Les administrés ou les usagers ont la possibilité de contester les décisions de l'Administration qui ne correspondraient pas à cet objectif (fermeture anticipée d'un guichet administratif, par exemple) et ont droit à une indemnisation en cas de préjudice. Par exemple, le Conseil d'Etat français a engagé la responsabilité de l'État pour le dommage causé par la fermeture irrégulière d'un bureau de poste⁴⁷².

Droit de grève.

Au départ, le principe de continuité du service public interdisait aux agents publics de faire grève. Ensuite, au milieu du XXe siècle, le droit de grève est reconnu aux agents publics. Toutefois, ce droit doit se concilier avec la continuité du service public. L'article 39, alinéa 2, de la Constitution congolaise du 18 février 2006 dispose que le droit de grève s'exerce dans les conditions fixées par la loi qui peut en interdire⁴⁷³ ou en limiter l'exercice dans les domaines de la défense nationale et de la sécurité ou pour toute activité ou tout service public d'intérêt vital pour la nation. Dans ces conditions, lorsqu'il y a grève, il faut tout au moins qu'un service minimum soit organisé.

Expédition des affaires courantes.

C'est ce principe de continuité qui explique qu'un Gouvernement démissionnaire demeure compétent pour expédier les affaires courantes. Elles sont courantes au sens du dictionnaire, c'est-à-dire habituelles, ordinaires, banales. Elles relèvent de la gestion quotidienne des affaires publiques. En règle générale, elles ne suscitent guère de discussion politique devant les Chambres. Mais il y a également des affaires courantes par entraînement, pour celles qui ont fait, avant l'ouverture de la crise, l'objet d'un débat parlementaire⁴⁷⁴. Il en est de même d'un agent qui doit exercer ses fonctions pendant la période de temps séparant ses désinvestiture de l'entrée en fonction de son successeur. C'est ce qui explique que la démission d'un fonctionnaire n'ait d'effet qu'à partir du moment où elle a été acceptée par l'Administration, et en attendant il est obligé de poursuivre le service.

⁴⁷⁰ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 737; A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 114, p. 155 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 109, p. 81.

⁴⁷¹ JO, n° 11, 1^{er} juin 2014, col. 13-14.

⁴⁷² CE, 3 février 1911, Anguet, *Rec.*, 1911, p. 146 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit.*, n° 22, P.133.

⁴⁷³ En France par exemple, la grève est interdite pour les magistrats et certains corps de fonctionnaires - militaires, policiers, services extérieurs de l'Administration pénitentiaire services chargés du contrôle et de la protection des matières nucléaires (P. FSPLUGAS, *op. cit.*, p. 31).

⁴⁷⁴ F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, n° 1152, p. 964.

B. Le principe d'égalité devant le service public

Notion. Le principe constitutionnel de l'égalité de tous devant la loi (art. 12, Const.) est, en droit positif congolais, la base juridique du principe d'égalité devant le service public. À l'égard des services publics, le principe d'égalité est envisagé sous deux angles : il interdit toute discrimination et impose un traitement absolument identique de toutes les personnes en rapport avec le service public.

Égal accès. Le principe d'égalité se traduit d'abord par l'égal accès des citoyens et administrés au service public en vue de bénéficier des prestations fournies par celui-ci. Si cet accès est soumis à des conditions particulières (paiement du prix d'accès, introduction du dossier à travers un portail électronique, etc.), il faut que celles-ci soient les mêmes pour chaque candidat-usager. Si tout particulier peut user du service public, en se conformant aux dispositions légales et réglementaires qui régissent ce dernier, la qualité d'usager du service public renvoie à l'individu ou au groupe d'individus qui entre en contact, en relation avec le service public, afin de bénéficier des prestations prévues⁴⁷⁵. L'usager est la personne qui use d'un service ou d'un bien de l'Administration, celui à laquelle procure une prestation matérielle (usager du domaine public ou du service public), tandis que le mot « administré » désigne la personne avec laquelle l'Administration entretient une relation juridique et non pas matérielle⁴⁷⁶.

Traitement égal. Le principe d'égalité renvoie ensuite à l'égalité des usagers dans les services publics. Les usagers qui remplissent les mêmes conditions doivent avoir droit, dans tous les cas, aux mêmes prestations. Il est questions ici de l'égalité de traitement, car à situation de fait égale, l'usager doit s'entendre à un traitement égal. Mais « l'égalité de traitement juridique des usagers des services publics suppose donc que ceux-ci se trouvent dans la même situation, dans la même catégorie, dans les mêmes conditions d'accès »⁴⁷⁷. Car l'obligation pour l'Administration de traiter ses usagers sur un même pied d'égalité ne vaut que dans la mesure où ils se trouvent dans des « situations comparables au regard du service »⁴⁷⁸. En d'autres termes, l'égalité n'est absolue qu'au sein de chaque catégorie ; mais entre celles-ci des variations de régime peuvent exister.

Cas particuliers. Au sein des relations du service, la doctrine fait la distinction entre les relations internes (le statut du personnel) et les relations externes (usager, cocontractants et tiers)⁴⁷⁹. À cet égard, le principe d'égalité concerne également les personnels et les fournisseurs des services publics. S'agissant des personnels des services publics, le principe d'égalité se traduit d'abord par celui d'égal admissibilité aux emplois publics. L'article 13 de la Constitution prescrit « qu'aucun Congolais ne peut, en matière... d'accès aux fonctions publiques..., faire l'objet d'une mesure discriminatoire, qu'elle résulte de la loi ou d'un acte de l'exécutif... ». Ensuite, le principe d'égalité suppose que les fonctionnaires et agents publics assurant le même service public doivent bénéficier des mêmes droits et être astreints aux mêmes obligations. Quant aux fournisseurs du service public, l'égalité de tous devant la loi a pour conséquence que, dans les achats publics, les conditions de passation et d'attribution des contrats ou marchés publics ne peuvent en aucun cas être différentes pour des candidats se trouvant dans la même situation juridique. L'Administration doit à ce titre respecter dans le choix de ses cocontractants une égalité entre eux, conçue comme principe général du droit de la commande publique. C'est ce qui explique que la procédure de gré à gré constitue une exception rigoureusement encadrée

⁴⁷⁵ Seydou TRAORÉ, *op. cit.*, n°21, p. 28.

⁴⁷⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 148.

⁴⁷⁷ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1122, p. 536.

⁴⁷⁸ A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, p. 851.

⁴⁷⁹ G. BRABANT, B. STRIRN, *Le droit administratif français*, 7^{ème} éd., Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 175; F. VUNDUAWÉ et PEMAKO, *op. cit.*, p. 575

par la loi⁴⁸⁰.

Atténuation des inégalités. Le principe d'égalité s'interprète surtout aujourd'hui comme un principe de non-discrimination, c'est-à-dire « il proscrie en définitive les différences de traitement arbitraires, illégitimes, celles qui ne sont pas rationnellement justifiées par des différences de situation »⁴⁸¹. Il a pour objet d'empêcher toute discrimination « illégitime » entre les usagers des services et, par là, d'assurer au mieux la satisfaction des besoins collectifs et individuels. Mais il doit s'analyser aussi comme un moyen d'assurer effectivement l'égalité par l'atténuation des inégalités. Le rétablissement de l'égalité par le service public implique l'existence de politiques juridiques qui relèvent pour une part de la technique de la « discrimination positive »⁴⁸². Cette dynamique implique une tendance progressive à l'individualisation du service public et induit une notion de « service à la personne » (garde des enfants, assistance aux personnes âgées ou aux personnes handicapées). Dans le cadre du service public, la finalité du rétablissement de l'égalité par la discrimination positive ne se réalise pas « au détriment » de certaines catégories de personnes mais « en faveur » des catégories qui ne pourraient satisfaire autrement les besoins auxquels répond le service considéré, c'est-à-dire « au bénéfice de -personnes en situation défavorable »⁴⁸³. Finalement, il s'observe à cet égard qu'« une logique de solidarité sociale sous-jacente répond à la fonction première du service public »⁴⁸⁴.

C. Le principe de neutralité du service public

Notion. Le principe d'égalité devant le service public a pour conséquence et complément celui de la neutralité du service public. Ce dernier principe veut que, par leur fonctionnement, les services publics doivent être idéologiquement neutres. C'est dans ce sens que le projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD se propose de disposer que « le service public demeure apolitique, neutre et impartial ». Dans ces conditions, nul ne peut détourner le service public à des fins personnelles ou partisans. Les services publics reposent, en effet, sur l'idéal d'une solidarité entre les individus, par-delà leurs différences politiques, d'âge, de résidence, d'appartenance tribale ou à une minorité culturelle ou linguistique, etc. Ainsi, l'exigence de neutralité s'impose à l'Administration et à ses agents.

Impartialité objective.

Les services publics ne sauraient être le moyen, pour l'Administration, de peser sur les choix individuels des usagers et sur leur conscience. La neutralité du service public constitue une garantie de son impartialité objective à l'égard de toutes les convictions individuelles (politiques, religieuses, culturelles ou philosophiques). Ce principe de neutralité du service public est donc une garantie de l'existence « administrative » des services, c'est-à-dire un frein à une politisation excessive des activités de service public. On peut rappeler que pendant la Deuxième République, après l'institutionnalisation du MPR et sa suprématie, la liberté de conscience des fonctionnaires et agents publics ne se limitait seulement qu'au domaine religieux⁴⁸⁵, car ceux-ci devaient faire montre, en toutes circonstances, d'un engagement sans faille aux idéaux du Parti (art. 49, Statut de la Fonction publique du 17 juillet 1981).

⁴⁸⁰ Articles 17 et 41 à 43 de la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

⁴⁸¹ D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in B. BADIE, M. SADOUN (dir.), *L'autre. Mélanges A. Grosser*, Paris, Presses de Sciences PO, 1997, p. 191

⁴⁸² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1143, p. 573.

⁴⁸³ F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n° 1015, p. 521.

⁴⁸⁴ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *op. cit.*, n° 1146, p. 574.

⁴⁸⁵ En ce sens, F. VUNDUAWA te PENIAKO, *op. cit.*, p. 619

Libertés de l'usager. Si les usagers ont aussi l'obligation de respecter la neutralité du service public, il importe de souligner que ce principe conçu pour préserver les libertés fondamentales des usagers ne saurait se retourner contre elles. Le Conseil d'État français admet, par exemple, que les usagers peuvent manifester leur conviction religieuse au sein des services publics dès lors que cela ne nuit pas à leur fonctionnement et que cela ne porte pas atteinte à la liberté de conscience des autres usagers⁴⁸⁶. C'est précisément l'état du droit belge dans la mesure où les articles 19 et 21 de la Constitution interdisent à toutes les entités (fédérale, communautaires et régionales) de prendre des règlements prohibant le port des signes extérieurs de l'appartenance à un

cult⁴⁸⁷. La République Démocratique du Congo étant constitutionnellement un État laïc (art.1^{er}, al. 1^{er} C), elle ne peut prendre de position hostile à aucune religion et à aucune philosophie, comme aucune religion ni aucune philosophie ne peut imposer ses dogmes ou ses concepts à l'ensemble des citoyens⁴⁸⁸.

§3. Les lois incomplètes du service public

381. Identification. Parmi les lois incomplètes du service public, on compte surtout le principe de mutabilité du service public figurant dans la trilogie des lois de Louis Rolland (continuité, égalité et mutabilité du service public), mais également ce principe nouveau de la qualité du service public.

A. Le principe de mutabilité du service public

382. Notion. Le principe de mutabilité ou d'adaptation du service public ou la loi du changement part de l'idée selon laquelle la puissance publique a le monopole de la détermination de l'intérêt général et du fait de l'absence de droits acquis nés des actes réglementaires et de leur possible abrogation discrétionnaire. Il exprime en effet l'idée selon laquelle le service public doit pouvoir se conformer aux évolutions des besoins collectifs et de l'intérêt général. L'Administration peut modifier à tout moment les règles d'organisation et de fonctionnement du service public, si l'intérêt général l'exige, pour permettre à celui-ci de continuer à rendre service malgré les changements de son environnement. L'intérêt général variant dans le temps, les services publics doivent s'adapter à l'évolution des besoins de la population, des techniques, de la situation économique et des choix politiques. Cette mutabilité s'impose *ipso facto* aux usagers et aux collaborateurs du service public. Dans ce sens, « adapter le service public, c'est répercuter, dans son organisation et dans son fonctionnement, les variations et les évolutions affectant l'intérêt1.

⁴⁸⁶ CE, avis du 27 novembre 1989, *RFDA*, 1990, P. 1, note J. Rivero ; N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, p. 104. Cependant, en réaction, le Parlement français ⁹⁴³ a adopté une loi plus stricte interdisant tous signes ostentatoires religieux (L. n° 2004-228 du 15 mars 2004), afin de lutter contre le communautarisme.

⁴⁸⁷ M.-F RIGAUX, L.-L. CHRISTIANS, « La liberté de culte », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dit.) *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 880-88

⁴⁸⁸ MBOKODJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel. op. cit.*, vol. 1, p. 246.

général et l'environnement juridique, économique et social dans lequel vit tout service public »⁴⁸⁹.

383. Absence de recours. L'Administration reste libre de modifier ou de ne pas modifier le fonctionnement du service public car elle est censée connaître les nécessités d'intérêt général. Les administrés ne disposent ni d'un droit acquis au maintien des services publics, exceptés ceux imposés par la loi et la Constitution, ni d'un droit au maintien des dispositions réglementaires⁴⁹⁰.

B. Le principe de la qualité du service public

384. Notion. Le souci de la qualité du service public est intrinsèquement lié à l'idée même de service public. Si les prestations du gestionnaire d'un service public étaient de trop piètre qualité, le service s'éloignerait trop des attentes des usagers ainsi que des nécessités de l'intérêt général. Dans le cadre de l'exigence de la qualité du service public, l'Administration se trouve dans l'obligation d'améliorer l'image du service.

385. Obligation d'évaluation. L'exigence de la qualité du service public, qui n'a pas encore une portée générale, est consacrée par certains textes. Le projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD se propose de fixer le principe selon lequel les services publics rendus aux usagers par le service public doivent tenir compte, entre autres, de critères « de qualité et d'efficience ». Ce critère milite à ce que tout service public congolais fournisse des prestations au meilleur rapport qualité/coût, en utilisant de façon optimale les ressources disponibles. Mais, dans la pratique, les recours en justice dont disposent les usagers permettent difficilement d'aboutir, car « le juge n'est pas armé pour apprécier la bonne qualité d'un service »⁴⁹¹. Le même projet de loi organique va, néanmoins, dans le sens de voir au moins tout service public prévoir des mécanismes d'évaluation périodique des prestations et services offerts au public, dans le cadre de la culture de reddition des comptes prônée par la Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'Administration (art. 3, point 8). Dans ces conditions, l'exigence de qualité du service public se manifeste plus concrètement à travers l'obligation pour les gestionnaires des services à « mesurer » la qualité de leurs activités suivant un certain nombre d'indicateurs en fonction des objectifs consignés dans des programmes d'activités, des contrats d'objectifs et de moyens ou des contrats de performance. Mais, dès lors que l'exigence de qualité ne se solde que par une obligation d'évaluation, elle sert surtout à légitimer l'action de l'Administration vis-à-vis de l'opinion publique.

§4. L'inexistence d'un principe général de gratuité des services publics

386. Constat. Au terme de la revue des lois du service public ou des principes inhérents au fonctionnement de l'ensemble des services publics, on peut souligner qu'il n'existe pas de principe général de gratuité des services publics. En réalité, ce sont quelques rares services publics qui sont gratuits. Tel est le cas lorsque l'usager n'est pas individualisable (service public de la voirie par exemple) ou lorsqu'il est en situation de contrainte (service public pénitentiaire)⁴⁹². La Constitution n'impose expressément la gratuité que du seul service public

⁴⁸⁹ J. F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *op. cit.*, n°932, p. 481.

⁴⁹⁰ CEF., 12 février 1982, 1 1'27098, Université de Paris 7, in *Lebon*, p. 70.

⁴⁹¹ L. CLUZEL, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, coll. « La nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 56.

⁴⁹² CADEAU, « La satisfaction des besoins collectifs : le service public », in M. de _-'ERS, T. de BERRANGER, *Droit public général*, Se éd., Paris, LexisNexis, 2011

de l'enseignement national au niveau primaire dans les établissements publics (art. 43, 387. Services payants. L'existence même des services publics industriels _; commerciaux exclut un tel principe et même des services publics administratifs deviennent de nos jours de plus en plus souvent payants. Dans certains cas, il peut être exigé une « participation aux frais » pour tous les activités ne se rattachant pas directement à l'exercice de missions principales (par exemple, pour un service de lutte contre incendie, la recherche d'animaux domestiques ou la destruction de nids d'insectes) de collectivité territoriale. En ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux, le principe est la perception d'un prix ou d'une redevance conçue comme une contrepartie directe à la prestation.

388. Principe du juste prix. Tous les services publics se plient au principe du juste prix, lequel ne se confond pas avec le « vrai prix » de la prestation⁴⁹³. En principe, une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ou dans l'utilisation d'un ouvrage public. Mais le tarif doit être établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de la concurrence. En outre, le projet de loi organique devant fixer l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD tend à poser le principe de proportionnalité dans la fixation du prix dans la mesure où les prestations de service public doivent tenir compte du revenu des usagers.

⁴⁹³ N. FOULQUIER, « Le service public », *op. cit.*, p. 105.

CHAPITRE III LE CONTROLE DES SERVICES PUBLICS

389. Nécessité du **contrôle**. Le contrôle vise à assurer la meilleure exécution possible des services publics. Plusieurs raisons expliquent la nécessité du contrôle : le fonctionnement des services publics étant primordial, il faut chaque fois analyser l'activité de ceux-ci pour en tirer des améliorations, c'est-à-dire pour les réformer ; les services publics fonctionnant à l'aide de deniers publics, il faut veiller à la meilleure utilisation possible de ceux-ci ; les services publics disposant d'importantes prérogatives de puissance publique (privilège du préalable, privilège d'exécution d'office, pouvoir de réquisitionner, pouvoir d'exproprier, etc.) au nom de l'intérêt public poursuivi, il faut éviter l'arbitraire ou les excès de pouvoir eut égard de droits reconnus aux particuliers et aux compétences attribuées par ou en vertu d'un texte.

390. Fondement **constitutionnel**. Le contrôle de l'action gouvernementale et de l'activité même des services publics trouve notamment ses Doses constitutionnelles dans les articles 27, 69, alinéa 3, 91, alinéas 4 et 5, 100, alinéa 2 *in fine*, 153, 155, 15G, 1G0, 1G1, 1G2, 1G3, 180 et =97, alinéa 1^{er} de la Constitution. Quatre types de contrôle peuvent alors s'exercer sur les services publics : le contrôle citoyen, le contrôle politique, le contrôle administratif et le contrôle juridictionnel.

SECTION I. LE CONTRÔLE CITOYEN

391. **Notion**. Le contrôle citoyen est « l'expression qui rassemble les instruments dont la caractéristique est de placer la citoyenneté au coeur dispositif de contrôle »⁴⁹⁴. Il s'insère dans cette notion nouvelle de la « citoyenneté administrative », qui « répond au désir profond des administrés d'un traitement respectueux de leurs aspirations, de leurs convictions, de leurs intérêts, et, plus largement de leur dignité »⁴⁹⁵. Car, aujourd'hui, émerge une société orientée vers le respect des droits fondamentaux de la personne par tous ceux qui exercent sur autrui un pouvoir quel qu'il soit, et surtout par l'Administration.

392. Concept de citoyen. Le mot « citoyen » désigne la « qualité juridique d'une personne qui l'autorise à prendre part à la vie de l'État, par l'usage des droits civils et politiques »⁴⁹⁶, c'est-à-dire la qualité de la personne qui réunit les conditions nécessaires pour participer à la gestion des affaires publiques. Cette participation implique la possession des droits civiques, c'est-à-dire les prérogatives permettant de concourir à la vie de la cité (aptitude à postuler un emploi public, droit d'être juré ou témoin, celui d'être soldat, d'être contribuable), et des droits politiques, c'est-à-dire les droits permettant de prendre part, selon une périodicité raisonnable, à l'expression de la souveraineté nationale (droit de vote, droit d'éligibilité, droit d'adhérer à un parti politique, etc.)⁴⁹⁷. À ce propos, Jean Rivero fait la distinction suivante : « Les Droits de l'homme sont des libertés, les droits du citoyen sont des pouvoirs »⁴⁹⁸

393. Contrôle direct ou indirect. Le contrôle que peut exercer le citoyen sur le fonctionnement des services publics peut se faire soit directement soit indirectement à travers des institutions publiques dans le cadre d'une procédure administrative non contentieuse. En résumé, le citoyen, qui peut être qualifié d'usager (lorsqu'il use d'un service public ou d'un bien de l'Administration) ou d'administré (dans le cadre d'une relation juridique avec

⁴⁹⁴ D

⁴⁹⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 149

⁴⁹⁶ P. AVRIL J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, op. cit., p. 20

⁴⁹⁷ J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, op. cit., n° 182 et n° 183, p. 97.

⁴⁹⁸ J. RIVERO, cité par A. LE PORS, *La citoyenneté*, 4^e éd., Paris, PUF, col(« Que saisje? », 2011, p. 102

l'Administration - administré de la ville de Kinshasa par exemple -, et non une relation matérielle comme dans le premier cas où l'Administration fournit une prestation matérielle), a le droit de s'adresser au service public et à l'autorité politique par ses demandes, ses recours administratifs et ses pétitions.

§I. Le contrôle citoyen direct

394. Droit du citoyen à la transparence administrative. Le citoyen peut procéder lui-même à l'investigation par une demande d'accès aux documents administratifs⁴⁹⁹. Le projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD se propose d'instituer, dans le cadre des principes régissant les rapports entre le service public et les usagers, un droit des usagers à la communication qui emporte un droit d'accès aux documents administratifs. Il s'agit ici du droit du citoyen à la transparence administrative, c'est-à-dire « le droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives »⁵⁰⁰.

395. Organisation d'une publicité active. Sous un premier angle, la transparence administrative contraint l'Administration à mettre en oeuvre une publicité active⁵⁰¹. Dans ce cadre, beaucoup de services publics congolais disposent des sites internet donnant au public - ou au public concerné - un accès direct aux informations sur leurs activités. À partir de ces informations, le citoyen ou les organisations de la société civile⁵⁰² peuvent interroger les élus ou le Gouvernement et son Administration sur les politiques publiques⁵⁰³ menées. Le projet de loi organique précité insiste sur le fait que l'Administration publique congolaise est tenue de créer ou de renforcer les services d'accueil et d'information des usagers, afin de leur faciliter l'accès aux prestations et de recueillir leurs avis, suggestions ou réclamations.

396. Organisation d'une publicité passive. Sous un second angle, la transparence administrative exige de l'autorité qu'elle réponde aux demandes d'information qui lui sont adressées par le citoyen. C'est ce qu'il est convenu d'appeler la publicité passive de l'Administration à laquelle ressortit le droit d'accès aux documents administratifs⁵⁰⁴, dans la mesure où c'est l'administré qui doit en formuler la demande. Le droit à la transparence administrative est un droit ouvert, car l'administré n'est pas soumis à une exigence d'intérêt⁵⁰⁵. Néanmoins, il convient de souligner que dans tous les cas, en droits belge, congolais ou français, les documents qui touchent aux intérêts légitimes d'une personne (tels les dossiers médicaux) ne sont communicables qu'à celle-ci⁵⁰⁶. Ce droit d'accès aux documents

⁴⁹⁹ En droit belge, l'article 32 de la Constitution consacrant le droit d'accès aux documents administratifs, permet aux personnes qui envisagent d'introduire une action en justice de pouvoir prendre connaissance du dossier avant de saisir la juridiction, et de n'introduire une action qu'en connaissance de cause.

⁵⁰⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 152.

⁵⁰¹ D. RENDERS, *Droit administratif*, op. cit., t. 3, n° 117, p. 63.

⁵⁰² La société civile est l'ensemble des activités humaines (économiques, sociales, culturelles, religieuses) qui s'organisent en dehors du champ d'action de l'État. La société civile est le lieu de la vie sociale, tandis que l'État le lieu de la vie politique. (O.AY (dit.), *Lexique de science politique...* op. cit., p. 505).

⁵⁰³ « Une politique publique se présente sous la forme d'un programme d'action gouvernementale dans un secteur de la société ou un espace géographique ». (Y. MÉNY, :-C. THOENIG, *Politiques publiques*, Paris, PUF, 1989, cité par P. MULLER, *Les litiges publics*, 9e éd., Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 21).

⁵⁰⁴ D. RENDERS, *Droit administratif*, op. cit., t. 3, n 117, p. 64 ; C. HOREVOETS, « Commentaire de l'article 32 », in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge. Lignes d'entrelignes*, Bruxelles, le Cri édition, 2004, p. 119

⁵⁰⁵ C. DE TERWANGNE, « Le droit à la transparence administrative », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 12, p. 712

⁵⁰⁶ En ce sens, D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 153.

administratifs⁵⁰⁷ peut s'exercer de deux manières : soit en invoquant un « droit de regard », de prendre connaissance, sur place, de documents administratifs, soit en invoquant un « droit de communication », c'est-à-dire le droit de recevoir communication des documents demandés sous forme de copie. Ce droit d'accès aux documents administratifs apparaît, en définitive, comme un instrument de connaissance et de participation du public à la vie administrative mais aussi un instrument de contrôle et d'efficacité des autorités⁵⁰⁸. Le Conseil d'État français a érigé l'accès aux documents administratifs au rang de garantie fondamentale des citoyens pour l'exercice des libertés publiques au sens de l'article 34 de la Constitution⁵⁰⁹.

397. Notion d'intelligibilité de la décision administrative. Le projet de loi organique fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des ETD tend à faire émerger une notion d'intelligibilité de la décision administrative, à travers l'obligation de motivation. En effet, tout service public est tenu d'informer l'utilisateur de toute décision prise à son égard en indiquant le motif. De son côté, le juge administratif congolais a érigé en un principe général le fait que les actes, décisions et règlements des autorités administratives doivent être justifiés par une motivation suffisante⁵¹⁰. En règle générale, le service public doit rendre disponibles les informations nécessaires sur les actes et procédures relevant de sa compétence, et adopter des décisions suffisamment précises et des formules non équivoques.

398. Effort de simplification. L'exigence de transparence connaît aujourd'hui une nouvelle vague de simplification et d'amélioration de l'accès à l'information. On assiste à la réduction du nombre des pièces à produire et des formulaires administratifs, à la simplification des déclarations obligatoires et à la modernisation des règles de transmission des documents administratifs, notamment par la voie électronique.

§2. Le contrôle citoyen indirect

399. Éléments de droit comparé. Le citoyen peut indirectement recourir à l'intervention d'une personnalité ou d'une institution indépendante. À l'étranger, on peut faire référence au Médiateur de la République en France qui était désigné par le Gouvernement, transformé aujourd'hui, avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, en Défenseur des droits⁵¹¹, au collège de deux Médiateurs fédéraux en Belgique (l'un francophone, l'autre néerlandophone, désignés par la Chambre des représentants⁵¹²) ou à l'ombudsman en Suède. Le Défenseur des droits en France est, par exemple, chargé de veiller au respect des droits et libertés par les Administrations nationales ou locales, par les établissements publics ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, même si cet organisme a un statut de droit

⁵⁰⁷ La notion de documents administratifs couvre non seulement les décisions mais également les actes qui sont préparatoires à celles-ci, pourvu qu'ils ne soient pas achevés, c'est-à-dire à l'état de simples projets (C. DE TERVCTANGNE, « Le droit à la transparence administrative », *op. cit.*, n° 27, p. 722).

⁵⁰⁸ S. C. DE TERWANGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Thèse de doctorat, Namur, FUNPP, 2000, n° 14 et s.; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, p. 654; A. LE PORS, *op. cit.*, p. 77 et s.

⁵⁰⁹ G. CE, 29 avril 2002, Ullmassn, *AIDA*, 2002, p. 470, obs. Aubert; S. BRACONNIER, *op. cit.*, p. 325.

⁵¹⁰ CSJ, arrêt RA. 458 du 7 août 2000, Société Congo Airlines c/République Démocratique du Congo et Ministère des Transports et Communication, *Bull. CSJ*, 2004, pp. 33-37.

⁵¹¹ Il est nommé pour un mandat de 6 ans non renouvelable par le Président de la République, après consultation des commissions parlementaires compétentes.

⁵¹² Au niveau des entités fédérées belges, des médiateurs régionaux et communautaires sont nommés par des assemblées correspondantes.

privé⁵¹³. Il peut être saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public⁵¹⁴. Il peut même se saisir d'office de faits portés à sa connaissance par des tiers, à condition que la victime ne s'y oppose pas. Il adresse aux organismes concernés des recommandations et même des injonctions qui doivent être suivies d'effet, sous peine d'être rendues publiques dans un rapport spécial⁵¹⁵.

400. Contrôle indirect à travers la CNDH. En République Démocratique du Congo, il vient d'être institué, dans la ligne du Défenseur des droits en France, une Commission nationale des droits de l'homme (CNDH). Celle-ci est une institution administrative indépendante⁵¹⁶, créée conformément à l'article 222, alinéa 3, de la Constitution. Cette Commission peut recevoir des informations et mener des investigations sur des cas de violation des droits de l'homme en vue de formuler des recommandations aux autorités compétentes qui doivent apporter des solutions idoines.

401. Contrôle par voie de pétition. Une pétition désigne « une demande écrite - une requête - adressée par un ou plusieurs citoyens à une ou plusieurs autorités publiques dans le but de se plaindre ou de faire des suggestions concernant une situation résultant de l'action - ou de l'inaction - des pouvoirs publics »⁵¹⁷. L'article 27 de la Constitution reconnaît aux citoyens un droit de pétition. Tout Congolais a en effet le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition à l'autorité publique qui doit y répondre dans les trois mois (art. 27, al. 1^{er},

⁵¹³ F. HAMON, M. TROPER, *op. cit.*, n° 800, p. 776.

⁵¹⁴ P. ARDANT, B. MATHIEU, *op. rit.*, n° 979, p. 485.

⁵¹⁵ B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, 27^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Sirey Université », 2010, p. 632; D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 159

⁵¹⁶ Sur la qualification administrative de telles institutions ou autorités, voy. aussi P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 17-18; O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *Institutions administratives*, 6^e éd., Paris, LGDJ-lextenso éditions, 2012, n° 685, p. 304.

⁵¹⁷ NGANDANKOYNKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Louvain-la Neuve, Bruylant-Academia, coll. « Bibliothèque de droit africain », 2004, p. 214.

Const.). Le droit de pétition est également un droit constitutionnel en Belgique (art. 28, Const.). Il en résulte qu'en Belgique, le législateur ne peut pas soumettre l'exercice du droit de pétition à des conditions plus strictes que celles prévues par le constituant, qu'il s'agisse de conditions de procédure, de fond ou de recevabilité⁵¹⁸. La pétition est en fait un procédé de démocratie directe⁵¹⁹.

402. Pétition auprès **des autorités** administratives. L'autorité publique à qui la pétition peut être adressée est d'abord une autorité exécutive ou mieux une autorité administrative. Dans ce cas, une pétition formulée peut aussi enclencher un contrôle à l'intérieur même de l'Administration (hiérarchique ou de tutelle). En droit français par exemple, les citoyens peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale d'une question relevant de sa compétence⁵²⁰. En République Démocratique du Congo, le Gouverneur de province, autorité de tutelle, et l'autorité exécutive de l'entité territoriale décentralisée, en l'occurrence le maire, le bourgmestre, le chef de secteur ou de chefferie, peuvent en effet proposer, à la suite d'une pétition, l'inscription d'une question à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de l'entité (art. 25, 53 et 77, L.O. du 7 octobre 2008 sur les ETD). Par ailleurs, les citoyens peuvent saisir par voie de pétition le Conseil économique et social (art. 25, L.O. du 30 octobre 2013 portant son organisation et son fonctionnement?⁵²¹). Cette pétition doit être rédigée en français ou dans une des quatre langues nationales et présentée par au moins 10 000 personnes majeures de nationalité congolaise ou résidant régulièrement en République Démocratique du Congo. Dans un délai maximum de six mois à compter de la recevabilité de la pétition, le Conseil doit se prononcer, par avis, sur les questions soulevées. L'avis du Conseil est publié au journal officiel.

403. Pétition auprès des autorités parlementaires. Dans ce cadre, une pétition est une demande présentée par écrit au président d'une assemblée parlementaire par une ou plusieurs personnes, et tendant généralement à obtenir réparation d'une injustice dont elles s'estiment victimes⁵²². Au niveau du Parlement, on peut constater que c'est seulement le Règlement intérieur du Sénat qui a expressément pris en compte l'existence du droit de pétition. L'article 146 du Règlement intérieur du Sénat précise que les pétitions sont adressées par écrit au Président du Sénat⁵²³. Dans cette hypothèse, l'analyse d'une pétition peut conduire à un contrôle parlementaire (question écrite ou orale, interpellation, commission d'enquête, etc.). Cette présentation peut correspondre à ce qui peut se passer au niveau d'une Assemblée provinciale.

SECTION 2. LE CONTRÔLE POLITIQUE

404. Évolution du parlementarisme. Au XIX^e siècle, à l'époque du parlementarisme dualiste, il s'agissait d'assurer la modération du pouvoir exécutif qui était l'émanation de la volonté du chef de l'État. Aujourd'hui, dans le cadre du parlementarisme moniste, ce contrôle est devenu une garantie de fidélité du Gouvernement à l'égard de la majorité parlementaire et

⁵¹⁸ A. HERAUT, G. PUCKE, «Le droit de pétition», in M. VERDUSSEN, N. 30NBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 683.

⁵¹⁹ C. HOREVOETS, «Commentaire de l'article 28», *op. cit.*, p. 114.

⁵²⁰ J. WALINE, *op. cit.*, n° 131, p. 120; E. FOREY, «Le droit de pétition aux Assemblées délibérantes des collectivités territoriales», *RDP*, 2005, p. 151.

⁵²¹ *J.O.*, n° spécial, 9 novembre 2013, col. 9.

⁵²² En ce sens, P. AVRIL, J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 88.

⁵²³ *JO*, n° spécial, 16 octobre 2008, p. 40.

du programme gouvernemental que celle-ci soutient⁵²⁴. En effet, la procédure de la motion de censure ou de défiance est là plus pour provoquer un débat. Comme le souligne Guy Carcassonne, « C'est l'une des mutations les plus importantes de celles qu'a apportées le parlementarisme moderne : la mise en cause de leur responsabilité n'est plus, nulle part, un mode normal de fin des gouvernements. S'ils sont soutenus par une majorité, celle-ci leur restera fidèle, plus ou moins de bon gré, jusqu'aux élections suivantes..., et elle (motion de censure) n'a plus pour fonction de conduire à la chute du gouvernement, mais bien plutôt de donner lieu à un débat solennel, à la diligence de la minorité »⁵²⁵.

405. Notion de contrôle politique. Le contrôle politique vise à assurer que l'Administration accomplit les objectifs qui lui sont assignés par les organes politiques dans le cadre des moyens juridiques, humains et matériels mis à sa disposition⁵²⁶. L'expression « contrôle politique » désigne des procédures allant de la mise en cause de la responsabilité du Gouvernement ou d'un exécutif local à la simple information des parlementaires ou des élus locaux en passant par l'investigation ou des enquêtes. Alors qu'en droit civil le terme de responsabilité évoque l'idée de faute et de sanction, en droit parlementaire, « il s'agit d'un accord politique que sanctionne la démission du cabinet lorsqu'il vient à perdre la confiance de l'Assemblée »⁵²⁷. En effet, ce contrôle est politique « parce qu'il est fait au nom de critères qui peuvent être purement politiques : l'assemblée blâme tel ministre ou refuse la confiance à tel Gouvernement, non parce qu'ils auraient démerité, ni parce qu'ils auraient enfreint la loi, ou qu'ils feraient preuve de négligence, mais simplement parce qu'elle estime qu'il est opportun de changer la composition du ministère ou de modifier le jeu des alliances »⁵²⁸.

406. Bases juridiques. L'article 100, alinéa 2, de la Constitution dispose en effet que le Parlement contrôle le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et les services publics. De son côté, l'article 197, alinéa 1^{er} *in fine*, de la Constitution dispose que l'Assemblée provinciale contrôle le Gouvernement provincial ainsi que les services publics provinciaux et locaux. La loi organique du 7 octobre 2008 sur les entités territoriales décentralisées (art. 36, 37, 38, 58 et 81) organise également le contrôle politique des conseils locaux sur les collèges exécutifs et les services locaux respectifs.

407. Organes chargés du contrôle. En dehors de leur fonction normative (législative ou réglementaire, selon le cas), les assemblées délibérantes (Assemblée nationale, Sénat, Assemblées provinciales et Conseils locaux - Conseil urbain, Conseil communal, Conseil de secteur ou de chefferie) exercent un rôle important de contrôle politique de l'activité gouvernementale et administrative de l'État⁵²⁹.

408. Contrôle informatif. Ces assemblées disposent des moyens d'information et de contrôle appropriés. Les moyens d'information ou d'investigation à la disposition des parlementaires ou élus locaux peuvent être regardés comme des moyens de contrôle informatif »⁵³⁰. Il s'agit de moyens ci-après : la question orale ou écrite avec ou sans débat non suivie de vote, la question d'actualité, l'interpellation, la commission d'enquête et l'audition par les commissions

⁵²⁴ F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. 2, p. 1035; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, n°476, pp. 383-384.

⁵²⁵ G. CARCASSONNE, *op. cit.*, n°334, p. 245.

⁵²⁶ C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 512.

⁵²⁷ P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, *op. cit.*, n°398, p. 253.

⁵²⁸ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, n°951, p. 805

⁵²⁹ Voy. aussi F. VUNDUAWE te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. 2, p. 1035; A. KAMUKUNY MUKINAY, *op. cit.*, p. 154; E. MPONGBOKAKO BAUTOLINGA, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, t. 1, Kinshasa, EUA, coll. « Droit et Société », 2001, p. 265; J. DJOLI ESENG'EKELI, *Droit constitutionnel. L'expérience congolaise (RDC)* Paris L'Harmattan, coll. « Comptes rendus », 2013, p. 212 ; J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit constitutionnel*, Louvain-La-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2013, p. 153.

⁵³⁰ MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 469-485

permanentes⁵³¹.

409. Contrôle sanctionnateur. C'est seulement dans son aspect de « contrôle sanctionnateur »⁵³² que le contrôle politique peut aboutir à des sanctions politiques, c'est-à-dire au vote d'une motion de censure ou d'une motion de défiance. Ce contrôle sanctionnateur met en réalité en cause la responsabilité politique des organes exécutifs. Pour éviter toute confusion, si les moyens d'information et de contrôle peuvent être indistinctement mis en oeuvre à l'endroit des membres des organes exécutifs (Gouvernement de la République, Gouvernement provincial ou collège exécutif de l'ETD) et des responsables gestionnaires des services publics, l'engagement de la responsabilité politique par une motion de censure ou une motion de défiance n'est possible qu'à l'encontre du Gouvernement (central ou provincial) ou du Collège exécutif ou de l'un de leurs membres. La lecture combinée des articles 138, alinéa 2, 14 et 147 de la Constitution conduit à cette conclusion⁵³³. Et c'est logique dans la mesure où la motion de censure ou la motion de défiance est la sanction juridique de l'accord politique en cas de perte de la confiance de l'Assemblée⁵³⁴, car comme l'écrit René Capitant : « La responsabilité politique a pour but de maintenir l'accord entre la politique ministérielle et la politique de la majorité de l'assemblée ; elle entre en jeu dès qu'un désaccord se manifeste »⁵³⁵. S'agissant du contrôle exercé par le Sénat, même s'il n'a pas le pouvoir de clôturer son contrôle parlementaire par le vote d'une motion de censure ou de défiance, il peut formuler des recommandations au Président de la République, au Premier ministre ou au Ministre de tutelle, selon le cas (art. 182, RI du Sénat). Ces recommandations peuvent contenir des propositions de sanctions à prendre par les autorités précitées dans un délai de 30 jours⁵³⁶.

410. Clôture du contrôle sur les responsables administratifs. S'agissant du contrôle exercé à l'endroit des responsables administratifs, le rapport de contrôle approuvé par la plénière de l'Assemblée peut contenir des recommandations ou même des propositions de sanctions qui sont traduites en actes, dans un délai maximum de 30 jours, par l'autorité compétente de l'Exécutif. Cette règle est expressément reprise par le règlement intérieur de l'Assemblée nationale en ce qui concerne la clôture de la procédure d'interpellation (art. 189) ou des travaux d'une commission d'enquête (art. 200). Ce même dispositif est prévu par les règlements intérieurs des Assemblées provinciales⁵³⁷, qui sont la copie à bien d'égards du règlement intérieur de l'Assemblée nationale.

411. Question de confiance. Le contrôle sanctionnateur comprend aussi la procédure de la question de confiance sur le programme du Gouvernement (central ou provincial) ou d'un organe exécutif d'une ETD, ou sur une déclaration de politique générale ou encore sur le vote d'un texte. C'est une procédure originale. L'initiative appartient à l'organe exécutif. L'objectif

⁵³¹ B Articles 138 de la Constitution et 39 de la loi du 31 juillet 2008 sur la libre administration des provinces, ainsi que les articles 14, 53 et 77 de la loi organique du 7 octobre 2008 sur les ETD.

⁵³² En ce sens, MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, op. cit., vol.1, pp.48-495.

⁵³³ Ces dispositions constitutionnelles font l'objet d'application par la loi du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces et la loi organique du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des ETD et leurs rapports avec l'État et les provinces.

⁵³⁴ En ce sens, P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, op. cit., n° 398, p. 253.

⁵³⁵ R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, repris dans *Écrits d'entre-deux-guerres*, Paris, Éditions Panthéons-1~ssas/LGDJ, 2004, pp. 309-310.

⁵³⁶ Si dans le délai de 30 jours qui suivent la transmission du rapport contenant les recommandations assorties des propositions de sanctions, celles-ci ne sont pas prises, le Président du Sénat saisit l'autorité judiciaire compétente conformément à la loi (art. 82, al. 2, RI du Sénat, *JO*, n° spécial, 16 octobre 2008, p. 47).

⁵³⁷ Par exemple, voy. les articles 182 et 193 du règlement intérieur de l'Assemblée provinciale de la ville de Kinshasa, les articles 159 et 170 du règlement intérieur de l'Assemblée provinciale de l'Équateur, ou les articles 183 et 194 du règlement intérieur de l'Assemblée provinciale de la Province orientale (*JO*, n° spécial, 22 décembre 2008, p. 53 et 55).

poursuivi est l'approbation des intentions (programme ou déclaration de politique générale) ou l'adoption d'un texte. L'annonce de l'engagement de responsabilité par le Premier ministre ou le chef de l'exécutif provincial ou local déclenche un engrenage qui ne laisse que peu de liberté à l'Assemblée (nationale, provinciale ou locale, selon le cas). Le programme, la déclaration de politique générale ou le texte est considéré comme adopté si, dans le délai⁵³⁸, aucune motion de censure n'est déposée. En pratique, l'opposition s'organisera pour réunir le nombre nécessaire de signatures. Si une motion de censure est déposée, deux hypothèses se présentent : ou bien la motion de censure est adoptée et dans ce cas, l'organe exécutif est renversé, ou bien elle est rejetée et dans ce cas, l'organe exécutif se maintient et son projet est considéré comme adopté sans vote ni débat.

SECTION 3. LE CONTRÔLE ADMINISTRATIF

Notion. On ne revient plus ici sur les organes de contrôle au sein des établissements publics ou sur le contrôle qui peut être exercé sur les entreprises publiques en forme de société déjà évoquées lors de l'étude de ces deux modes de gestion des services publics. D'emblée, il faut indiquer que le contrôle administratif est exercé par les autorités ou organes administratifs sur les services publics. Il peut s'agir d'un chef hiérarchique, d'une autorité de tutelle, d'une commission ministérielle, d'un organe d'audit ou d'un corps d'inspection. Le contrôle administratif s'efforce d'assurer le meilleur fonctionnement interne de l'Administration. Ce contrôle s'effectue d'initiative ou sur la base de recours administratifs⁵³⁹ et peut conduire à la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire ou à la censure des actes posés par les subalternes.

Type de contrôle. « À la centralisation correspond le contrôle hiérarchique, à la décentralisation le contrôle de tutelle », relève à propos Jean Rivero⁵⁴⁰. Selon que l'on est en présence d'un service public non personnalisé ou d'un service public décentralisé, il s'exercera un contrôle hiérarchique ou un contrôle de tutelle. En sus, les services publics sont aussi soumis au contrôle effectué par des organismes publics dédiés spécialement à l'inspection ou à l'audit.

I. Le contrôle hiérarchique

Cadre d'exercice du contrôle. Le contrôle hiérarchique s'exerce dans le cadre d'une organisation administrative centralisée mais sous sa forme pratique de la déconcentration. Comme le souligne René Chapus, « Au coeur de la déconcentration, il y a le pouvoir hiérarchique »⁵⁴¹. La déconcentration est une technique d'organisation au sein d'une même personne publique, c'est-à-dire un système d'organisation dans lequel le pouvoir de décision est attribué par délégation ou subdélégation aux agents hiérarchiquement subordonnés à une autorité publique considérée. Dans ce sens, Patrick Goffaux définit la déconcentration comme « un mode d'organisation de l'Administration qui tempère la centralisation et qui consiste en la délégation par l'autorité, titulaire d'une compétence, d'une partie de celle-ci (y compris décision) à une autorité subordonnée, à charge pour cette dernière de l'exercer sous le contrôle hiérarchique de la première »⁵⁴². En d'autres termes, « elle consiste à distribuer les agents et à répartir les compétences entre une Administration centrale et des services extérieurs ou services

⁵³⁸ Ce délai est de 24 heures au niveau de l'Assemblée nationale (art. 208, RI de l'Assemblée nationale).

⁵³⁹ De manière générale, on appelle recours en matière administrative les différentes voies de droit intentées par des particuliers (ou des personnes publiques) devant les autorités administratives ou les juridictions administratives. Le recours est administratif, lorsqu'il est présenté à l'Administration. Gracieux ou hiérarchique, le recours administratif conduit l'autorité saisie à reconsidérer une décision prise précédemment. Q.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, n° 1, p. 3).

⁵⁴⁰ J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., n° 311, p. 266.

⁵⁴¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 543, p. 395.

⁵⁴² P. GOFFAUX, op. cit., p. 78.

déconcentrés qui appartiennent uniformément à une même et unique personne morale »⁵⁴³. Pour saisir le sens du contrôle hiérarchique, il importe de le définir et de préciser ses caractéristiques et mécanismes de mise en œuvre.

A. Notion et caractéristiques du contrôle hiérarchique

Notion. Le pouvoir hiérarchique, exercé par l'autorité supérieure sur ses subordonnés, est la marque de l'organisation déconcentrée de l'Etat⁵⁴⁴. C'est indirectement que le contrôle hiérarchique est défini, en passant par la notion de hiérarchie administrative. Par hiérarchie, il faut entendre « une forme d'organisation du personnel dans laquelle chaque agent se trouve subordonné à un autre agent supérieur à lui, à l'exception de l'un d'entre eux qui exerce son autorité sur tous les autres soit directement soit indirectement »^{10°}. En effet, à chaque niveau de la pyramide administrative se trouve un chef hiérarchique, qui dispose du pouvoir hiérarchique comprenant essentiellement le pouvoir de contrôle sur ses subalternes et leurs actes. Par ce contrôle, l'autorité supérieure est autorisée à vérifier d'office l'activité administrative de l'agent subordo.⁵⁴⁵ Le contrôle hiérarchique est en réalité un volet du pouvoir hiérarchique. Ce contrôle hiérarchique consiste alors en un rapport entre deux autorités de rang inégal au sein de la même personne administrative. Dans sa conception traditionnelle, « le contrôle s'exerce au jour le jour »⁵⁴⁶.

Caractéristiques.

Le contrôle hiérarchique présente les caractéristiques ci-après :

1. le contrôle hiérarchique étant détenu de plein droit par l'autorité supérieure, il s'exerce *de plano*, sans qu'un texte ne soit nécessaire⁵⁴⁷;
2. le pouvoir hiérarchique étant un pouvoir général, le contrôle hiérarchique est exercé « sans cause déterminée », c'est-à-dire, aussi bien pour des raisons d'opportunité que pour des raisons de légalité ou de régularité juridique : qu'il s'agisse de l'exercice du pouvoir d'instruction ou de celui des pouvoirs de réformation et d'annulation⁵⁴⁸ ;
3. le pouvoir hiérarchique étant spécialement un pouvoir de responsabilité, le contrôle hiérarchique peut être exercé spontanément, sans qu'il y ait nécessairement un recours administratif à la base. L'autorité hiérarchique agit *proprio motu* dès qu'elle dispose d'une information qui appelle son intervention. Elle peut aussi agir sur recours des administrés contre les comportements de ses subalternes ou contre leurs actes. Le recours de l'administré peut être gracieux, lorsqu'il s'adresse à l'autorité qui a pris l'acte, sauf dans le cas où les règles de compétence auraient entre-temps changé, ou hiérarchique, lorsqu'il est introduit auprès d'une autorité supérieure se trouvant dans la même hiérarchie administrative⁵⁴⁹. Le particulier lésé par un acte administratif a le droit d'introduire son recours administratif dans les trois mois qui suivent la date de la notification à lui faite personnellement de l'acte⁵⁵⁰, en vue de le voir rapporté ou modifié.

⁵⁴³ GAUDEMET, *Doit administratif, op.cit.*, n°443, p. 240; O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, n° 221, p. 110.

⁵⁴⁴ F. VIJNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 831.

⁵⁴⁵ En ce sens, P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n°286, p. 333.

⁵⁴⁶ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFFLOT, *op. cit.*, n° 124, p. 90.

⁵⁴⁷ En ce sens, J. de BURLET, *op. cit.*, n° 126, p. 75 ; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 70 ; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 148; D. BASTELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 119, p. 92

⁵⁴⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 545, p. 396..

⁵⁴⁹ D. RENDERS, *Droit administratif, op. cit.*, t. 3, n° 5, p. 14.

⁵⁵⁰ Article 88 de l'ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice (*JO*, n°7, le 4 avril 1982, p. 21), encore en vigueur à la lumière des articles 91 de la loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation (*JO*, n° spécial, 20 février 2013, col. 25) et 154 et 156 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (*JO*, n° spécial, 4 mai 2013, col. 36 et 37)..

B. LES MECANISMES DE CONTROLE HIERARCHIQUE

Le contrôle hiérarchique s'exerce aussi bien sur les personnes que sur les actes des subalternes. Exercé sur les personnes, il suppose les pouvoirs d'injonction, d'affectation, de répartition de tâches et de sanction. Exercé sur les actes, le pouvoir hiérarchique suppose les pouvoirs d'instruction, d'annulation et de réformation. Ces pouvoirs existent de plein droit au sein d'une organisation publique centralisée sans qu'il soit nécessaire de les prévoir dans un texte⁵⁵¹.

I. Le contrôle sur les personnes

Respect des ordres reçus.

Le pouvoir hiérarchique permet à son détenteur d'intervenir à l'égard de la conduite de ses subordonnés en exerçant un pouvoir d'instruction ou d'injonction, lequel se traduit par l'émission des ordres définissant ce que doit être le comportement des destinataires de ces prescriptions. Ce pouvoir peut prendre la forme d'ordres collectifs (circulaires ministérielles⁵⁵², directives administratives⁵⁵³, instructions de service⁵⁵⁴) ou individuels, qui sont obligatoires pour les personnes qui les reçoivent. Le supérieur hiérarchique peut donc donner des ordres au subordonné en ce qui concerne l'opportunité, les conditions, le contenu, le moment et la forme de l'acte administratif ou matériel à accomplir⁵⁵⁵. L'autorité hiérarchique, bien qu'elle n'ait pas compétence pour agir à la place du subordonné, peut lui dicter le contenu de ses actes, le pouvoir hiérarchique étant justement un pouvoir d'influence⁵⁵⁶. Dans l'exercice de ses compétences, le subordonné exprime en réalité la volonté de son supérieur hiérarchique.

Poursuites disciplinaires. Aux instructions qui lui sont adressées, le subordonné doit s'y conformer, sous peine de faire l'objet de poursuites disciplinaires fondées sur la méconnaissance de son devoir d'obéissance. Même si le subordonné peut appeler l'attention du supérieur hiérarchique sur l'illégalité des instructions reçues, il n'est libéré de l'obligation d'y obéir que si elles sont manifestement illégales de nature à compromettre gravement un intérêt public. À ce sujet, la Constitution dispose en son article 28 que « Nul n'est tenu d'exécuter un ordre manifestement illégal. Tout individu, tout agent de l'État est délié du devoir d'obéissance, lorsque l'ordre reçu constitue une atteinte manifeste au respect des droits de l'homme et des libertés publiques et des bonnes mœurs.

La preuve de l'illégalité manifeste de l'ordre incombe à la personne qui refuse de l'exécuter »⁵⁵⁷ Peines disciplinaires. En cas d'insubordination, le pouvoir hiérarchique transformé en pouvoir disciplinaire⁵⁵⁸ implique non seulement la prise de la mesure de

⁵⁵¹ En ce sens, P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n°312, p. 265

⁵⁵² L'on vise principalement ici les circulaires interprétatives ou explicatives, qui sont de simples commentaires juridiques d'une législation ou d'une réglementation, destinés à éclairer les agents ou autorités subordonnées qui doivent appliquer ces textes. (En ce sens, P. GAUFFAUX, *op. cit.*, p. 45).

⁵⁵³ Les directives administratives sont des instruments juridiques par lesquels une Administration investie d'une compétence discrétionnaire d'appréciation entend baliser, par avance, ce pouvoir en se fixant elle-même une ligne de conduite ou des règles générales devant présider à l'examen des cas particuliers. (En ce sens, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 366 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n°689, p. 519 ; A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, n° 966, p. 701 ; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 45).

⁵⁵⁴ Les instructions de service désignent des communications par lesquelles un supérieur hiérarchique, spécialement le chef de service, fait connaître à ses subordonnés ses intentions sur un point relatif à l'exécution du service. (En ce sens, J. WALINE, *op. cit.*, n° 397, p. 412).

⁵⁵⁵ D. BASTÉLÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 119, p. 92.

⁵⁵⁶ En ce sens, O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, n° 1298, p. 516.

⁵⁵⁷ JO, n° spécial, 18 février 2006, p. 17 JO, n° spécial, 5 février 2011, p. 13.

⁵⁵⁸ Sur le régime disciplinaire des agents soumis au statut de la Fonction publique, voy. -or. F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, pp. 633-646; J. de BURLET, *op. cit.*, pp. 131-140; C. KABANGENTABALA, *Droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, pp. 125-139 ; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, pp. 205-208.

suspension préventive (mesure provisoire et de sauvegarde dans l'intérêt du service), mais surtout le prononcé à la clôture de l'instruction, des peines disciplinaires (blâme, retenue du tiers du traitement, exclusion temporaire et révocation en ce qui concerne les fonctionnaires par exemple). Il Le contrôle sur les actes Présentation. Le contrôle hiérarchique est plus un pouvoir de contrôle sur les actes que sur les personnes. L'autorité hiérarchique peut suspendre, annuler ou réformer les actes des subalternes ou, dans des cas limités, se substituer à eux.

Pouvoir d'annulation.

Le pouvoir d'annulation permet au supérieur hiérarchique de faire disparaître de l'ordonnement juridique les décisions du subordonné. L'annulation ayant un effet rétroactif, les décisions annulées sont réputées n'être jamais intervenues. La suspension peut précéder l'annulation en cas d'urgence, en attendant que les faits soient vérifiés. L'annulation intervient avoir pour cause d'illégalité ou d'irrégularité juridique. L'annulation peut également avoir pour cause « la contradiction avec l'intérêt général »⁵⁵⁹.

Le pouvoir de réformation. Le pouvoir de réformation donne

Possibilité au supérieur hiérarchique, disposant d'un pouvoir d'évocation, de remplacer la décision du subordonné par une autre décision émanant de lui et plus ou moins différente de la décision initiale⁵⁶⁰. La réformation n'ayant pas d'effet rétroactif, la décision du supérieur hiérarchique ne remplacera celle du subordonné que pour le présent et l'avenir⁵⁶¹.

Pouvoir de substitution

En principe, le supérieur hiérarchique ne dispose pas du pouvoir de substitution. Il ne peut pas, en effet, se substituer à son subordonné pour décider lui-même en son lieu et place. Reconnaître au supérieur hiérarchique un tel pouvoir serait remettre en cause la répartition des compétences établie par des textes. S'il arrive que le subordonné ne prenne pas certaines décisions, il appartient au supérieur hiérarchique de lui donner instruction de les prendre. En conséquence, « on ne peut lui demander d'agir en cas de carence de son subordonné »⁵⁶². Toutefois, en cas de compétence totalement liée, quand l'Administration est obligée d'agir, notamment pour des raisons impérieuses de sécurité publique, l'intervention du supérieur hiérarchique est possible⁵⁶³. Tout naturellement, ce pouvoir de substitution s'exerce lorsqu'un texte particulier l'autorise, en limitant expressément la déconcentration. Mais, même dans cette hypothèse, l'autorité inférieure garde la compétence de principe.

Absence de recours du subordonné.

Conformément à sa position subordonnée, l'autorité destinataire des instructions ou dont les décisions ont été annulées ou réformées n'est pas admise à déférer au juge administratif les mesures prises par le supérieur hiérarchique dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique⁵⁶⁴. En effet, l'inférieur hiérarchique n'a pas la possibilité d'attaquer devant le juge administratif les décisions de son supérieur dès lors qu'elles ne touchent pas à son statut personnel⁵⁶⁵.

2. Le contrôle de tutelle

⁵⁵⁹ C. KABANGENTABALA, *Droit administratif*, op. cit., t. 1, p. 39.

⁵⁶⁰ J. WALINE, op. cit., n°87, p. 78; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, op. cit., n° 119, p. 92.

⁵⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 544, p. 396.

⁵⁶² P. LENXIALLE, avec la coll. de L. DONNAY, op. cit., n°266, p. 315.

⁵⁶³ En ce sens, P.-L. FRIER, J. PETIT, op. cit., n° 185, pp. 127-128.

⁵⁶⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t. 1, n° 544, p. 396; C. DEBBASCH, F. COLIN, op. cit., p. 513.

⁵⁶⁵ P.-L. FRIER, J. PETIT, op. cit., n° 185, p. 127.

Cadre d'exercice du contrôle.

Le contrôle de tutelle s'exerce dans le cadre d'une organisation administrative décentralisée, territorialement ou par services. La tutelle administrative constitue le contrepoids de la décentralisation. Dans ce sens, « la tutelle assure donc la confrontation de deux personnes juridiques différentes sur un terrain de stricte légalité »⁵⁶⁶. Toutefois, en France, le mot « tutelle » a disparu du vocabulaire officiel à la suite de sa suppression par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Un contrôle administratif de l'État sur les collectivités locales y est tout de même maintenu. Mais ce contrôle ne conditionne plus l'entrée en vigueur de l'acte pris par les autorités locales. Ce contrôle ne porte que sur la légalité de l'acte, à l'exclusion de tout contrôle d'opportunité. Le contrôle de légalité *a posteriori* est exercé par le juge administratif, qui seul est compétent pour procéder à l'annulation des actes qu'il estime illégaux, sur saisine du représentant de l'État qui ne peut se prononcer lui-même sur leur légalité.

À ce sujet, Jean Waline estime malgré tout que « le contrôle que la loi maintient sur les collectivités demeure, au sens juridique du terme, un contrôle de tutelle, c'est-à-dire, par opposition au contrôle hiérarchique, un contrôle étroitement limité par les textes »⁵⁶⁷. Vis-à-vis des entités territoriales décentralisées, la tutelle était vue, hier, comme « une arme donnée au pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées, dans l'intérêt de l'unité de l'État »⁵⁶⁸. Il convient à présent d'en préciser la notion et les caractéristiques, avant de cerner ses mécanismes de mise en œuvre.

A. Notion et caractéristiques du contrôle de tutelle

La tutelle permet de garantir l'intérêt général de tous les administrés dont l'État a, en dernier lieu, la charge, par-delà l'attribution de compétences aux entités territoriales décentralisées et aux établissements publics et qui ne saurait permettre qu'il y soit porté atteinte. Le contrôle de tutelle est celui qui est exercé par une autorité supérieure appartenant à une autre personne administrative sur les entités territoriales décentralisées et les établissements publics. En ce sens, Patrick Goffaux définit la tutelle administrative comme « l'ensemble de contrôles administratifs, prévus par ou en vertu d'un texte à portée législative, qui pèsent sur une autorité administrative décentralisée, territorialement ou par service, et qui permettent à une autorité supérieure, dite de tutelle, de vérifier, dans le respect de l'autonomie de la personne décentralisée, si les actes qu'elle pose sont conformes à la loi *sensu lato* et à l'intérêt général »⁵⁶⁹.

Modalités de tutelle.

La doctrine distingue la tutelle générale de la tutelle spéciale⁵⁷⁰. La tutelle générale est un mode de tutelle qui peut être exercée à l'égard de n'importe quel acte administratif émanant d'une autorité administrative décentralisée⁵⁷¹. Si elle est appelée « générale », c'est précisément pour montrer qu'elle existe pour tous les actes des services publics pour lesquels la tutelle est prévue, sans que le législateur ait pris soin d'énumérer ces actes spécialement ou par catégorie⁵⁷². Elle s'exerce par les procédés de suspension et d'annulation⁵⁷³.

⁵⁶⁶O. GOHIN, J.-G. SORBARA, *op. cit.*, n° 248, p. 120.

⁵⁶⁷J. WALINE, *op. cit.*, n° 213, p. 189.

⁵⁶⁸R. NIASPETIOL, P. LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, cité par P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 317, p. 269.

⁵⁶⁹P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁷⁰D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, n° 73, p. 42.

⁵⁷¹A. L. DURVIAUX, *op. cit.*, t. 1, n° 126, p. 166.

⁵⁷²J. de BURLET, *op. cit.*, n° 135, p. 78; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUBELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n°289, p. 336.

⁵⁷³D. RENDERS, *Droit administratif op. cit.*, t. 3, pp. 48-53; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n°340.1, p. 227.

C'est ainsi que cette tutelle peut être considérée comme facultative et répressive⁵⁷⁴. La tutelle spéciale est, par contre, un mode de tutelle qui porte sur les seuls actes énumérés dans la loi *sensu lato*. Elle est obligatoire et préventive, car elle s'exerce principalement par les procédés d'avis préalable, d'autorisation et d'approbation⁵⁷⁵. En sus, la tutelle supplétive ou coercitive fait partie de la tutelle spéciale. Elle consiste à pallier la carence ou la mauvaise volonté d'un service décentralisé en agissant en ses lieux et place, par des mesures d'office prises par l'autorité supérieure⁵⁷⁶. Cette tutelle s'exerce par voie de substitution d'action. Les mesures d'office sont, en effet, prises lorsque l'autorité décentralisée refuse, après mise en demeure, d'accomplir une de ses obligations légales.

Caractéristiques. Le contrôle de tutelle présente les caractéristiques particulières ci-après :

- 1) la tutelle administrative est différente de la tutelle du droit civil. Entre les deux institutions, il n'y a absolument rien de commun, sauf le nom⁵⁷⁷. La tutelle en droit civil a pour objet la protection de certains incapables (mineurs par exemple) à l'égard de leurs biens⁵⁷⁸. En revanche, la tutelle administrative est un pouvoir de contrôle de l'État dans le but de la protection de l'intérêt général et de la sauvegarde des droits individuels⁵⁷⁹ ;
- 2) le contrôle de tutelle est exercé sur les seules personnes publiques, territoriales ou spécialisées, dans le cadre de la décentralisation territoriale ou par services. En droit positif congolais, ce contrôle ne concerne que les ETD et les établissements publics, à l'exclusion des provinces et tout naturellement des autorités administratives indépendantes ;
- 3) le contrôle de tutelle doit tenir compte de la liberté reconnue à la collectivité locale ou à l'établissement public, car il ne s'exerce qu'en vertu de la loi⁵⁸⁰. Le texte est donc nécessaire⁵⁸¹. En effet, à l'égard de l'autorité décentralisée, la liberté est la règle, le contrôle l'exception. L'adage « pas de tutelle sans texte, ni au-delà des textes » marque la différence avec le contrôle hiérarchique dont l'exercice ne nécessite pas un texte⁵⁸².

B. Les mécanismes de contrôle de tutelle

Les différents mécanismes de contrôle de tutelle peuvent mieux s'apprécier lorsqu'on examine séparément la tutelle sur les établissements publics et celle s'exerçant sur les entités territoriales décentralisées et partant sur les services publics locaux.

I. La tutelle sur les établissements publics

Principes de base en la matière. La décentralisation étant une forme d'autonomie mais non d'indépendance, il est de toute logique que le pouvoir de rattachement de

⁵⁷⁴ J DEMBOUR, *Droit administratif*, Faculté de Droit de Liège, 3^e éd., 1978, p. 139.

⁵⁷⁵ En ce sens, M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n°60, p. 127; J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 142; D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, pp. 54-60; D. BASTÉLÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, n°340.2, p. 227; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER, F. PIRET, *op. cit.*, n°290, pp. 336-339; les articles 25 et 26 de la loi n°08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics.

⁵⁷⁶ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n°65, p. 155; P. GILLIAUX, *Le concours de tutelles administratives*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1990, p. 63.

⁵⁷⁷ F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 838.

⁵⁷⁸ G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, p. 401.

⁵⁷⁹ En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 563, p. 408.

⁵⁸⁰ En ce sens, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 2, p. 402; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, n°58, p. 121.

⁵⁸¹ « Pas de tutelle sans texte » (J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, p. 150; F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 838; L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 77).

⁵⁸² P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT, *op. cit.*, n° 124, p. 91; J. de BURLET, *op. cit.*, n° 132, p. 77.

l'établissement public exerce le contrôle de tutelle. L'établissement public est placé, en effet, sous la tutelle du ministre en charge du secteur d'activité concerné par son objet (art. 3 *in fine* et 25, L. du 7 juillet 2008 sur les établissements publics). Tenant compte du champ d'application de la loi du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, l'expression « ministre en charge du secteur d'activité concerné » doit viser, selon le cas, le ministre de la République ou le ministre provincial, les établissements publics pouvant être nationaux ou provinciaux. Au niveau des établissements publics locaux, la tutelle peut s'exercer par un membre du Collège exécutif de l'entité, c'est-à-dire un échevin, en fonction de la répartition des tâches opérée par arrêté portant organisation et fonctionnement dudit Collège. Toutefois, le contrôle de tutelle sur les établissements d'enseignement (maternel, primaire, secondaire, professionnel et spécial) relevant des ETD est exercé par le Gouverneur de province (art. 157, L.-C. sur l'enseignement national).

Le droit positif congolais organise également une double tutelle sur les établissements publics. C'est le cas du FONER qui est placé sous la tutelle administrative du ministre des Finances et sous la tutelle technique des ministres ayant respectivement les travaux publics et les transports dans leurs attributions⁵⁸³, ou des écoles et instituts d'enseignement médical qui sont soumis à une double tutelle : la tutelle administrative⁵⁸⁴ assurée par le ministre du Gouvernement central de la Santé publique et la tutelle technique⁵⁸⁵ par le ministre du Gouvernement central de l'Enseignement maternel, primaire et secondaire (art. 3 et 4, Ord. n° 14/077 du 5 décembre 2014 portant dispositions particulières relatives aux écoles et instituts d'enseignement médical de niveau secondaire⁵⁸⁶). Ce contrôle s'exerce tant sur les personnes, c'est-à-dire sur les organes de l'établissement public, que sur les actes de ce dernier.

Contrôle sur les personnes. L'expression de tutelle sur les personnes ne désigne rien d'autre que le pouvoir disciplinaire exercé sur les autorités décentralisées⁵⁸⁷. Ce contrôle s'exerce précisément par voie de suspension ou de révocation d'un membre d'un organe d'un établissement public. Concrètement, ce contrôle s'exerce sur les organes de gestion (directions générales pour tous établissements publics en général ou comités de gestion spécifiquement pour les établissements publics de l'ESU) et sur les organes de décision (conseils d'administration) des établissements publics.

Contrôle sur les actes.

1. Modalités. Le contrôle de tutelle sur les actes s'exerce de deux manières. La tutelle s'exerce généralement, *cr posteriori*, à l'initiative de l'autorité de tutelle ou sur recours des administrés. En principe, « le recours administratif existe sans texte, n'est enfermé dans aucun délai et n'est lié par aucun formalisme »⁵⁸⁸ Elle est *a priori* lorsqu'un texte l'impose.

Tutelle *a priori* par voie d'autorisation. L'autorisation est un certificat de légalité et de conformité à l'intérêt général, délivré préalablement à la décision que se propose de prendre l'organe décentralisé. Comme l'approbation, l'autorisation suppose nécessairement l'existence déjà d'une délibération, mais celle-ci porte, dans ce cas, sur un projet de décision ou sur un

⁵⁸³ Ces autorités de tutelle exercent leurs pouvoirs sous la coordination du ministre des Travaux publics, qui agit conjointement avec le ministre des Finances pour des matières administratives et conjointement avec le ministre des Transports pour des matières techniques (art. 41, D. n° 08/27 du 24 décembre 2008 portant création et statuts d'un établissement public dénommé Fonds national d'entretien routier, *Les Codes Larcier RDC*, t. VI, B. *Droit administratif*, 2010, p. 919).

⁵⁸⁴ La tutelle administrative porte sur les matières relatives à la gestion des ressources humaines, financières et matérielles des administrations centrale et provinciale ainsi que les établissements d'enseignement. La tutelle technique porte sur les questions relatives au contrôle pédagogique et à l'évaluation.

⁵⁸⁵ *JO*, n° 24, 15 décembre 2014, col. 13.

⁵⁸⁶ En ce sens, L. RICHER, «La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP*, 1979, p. 971 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., t.1, n° 564, p. 409

⁵⁸⁷ J. WALINE, op. cit., n°521, p. 554; D. RENDERS, *Droit administratif op. cit.*, t. 3, n° 10, p. 15.

⁵⁸⁸ Article 26 de la loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics.

acte à accomplir. Les actes ci-après des établissements publics sont soumis à l'autorisation préalable¹⁴¹¹ : les acquisitions et aliénations immobilières, les marchés de travaux et de fournitures d'un montant égal ou supérieur à 500 000 000 de Francs congolais⁵⁸⁹, les emprunts à plus d'un an de terme, les prises et cessions de participations financières ainsi que l'établissement d'agences et bureaux à l'étranger. La tutelle par voie d'autorisation préalable est spécialement prévue en ce qui concerne le fonctionnement des établissements publics de l'enseignement national, dans la mesure où aucun établissement ne peut ouvrir une nouvelle classe, une nouvelle section, une nouvelle faculté ou option, sans l'autorisation préalable du ministre du Gouvernement central ayant l'Éducation dans ses attributions⁵⁹⁰ ou du Gouverneur de province, selon le cas (art. 142, L.-C. de l'enseignement national).

Tutelle *a posteriori*. Sur base des dispositions expresses de la loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics et de la loi-cadre du 11 février 2014 de l'enseignement national et des statuts spécifiques des établissements publics, la tutelle *a posteriori* sur les actes des établissements publics s'exerce suivant deux modalités : par voie d'approbation ou par voie d'opposition.

Tutelle *a posteriori* par voie d'approbation. La tutelle s'exerce par voie d'approbation lorsque le caractère exécutoire est subordonné à l'approbation qui rétroagit à la date de l'édition de la décision⁵⁹¹. Cette approbation peut être explicite ou implicite après l'écoulement du délai imparti pour décider. Il importe de préciser que l'approbation et l'acte soumis au contrôle sont deux actes distincts, l'un et l'autre. Le délai d'introduction de la requête en annulation ne commence à courir qu'après l'approbation.

Dans cet ordre d'idées, est irrecevable le recours en annulation dirigé contre un acte non encore approuvé, car celui-ci ne fait pas immédiatement grief. En outre, l'approbation doit être pure et simple, car l'autorité de tutelle ne peut rien ajouter ni rien retrancher à la décision qui lui est soumise. Seules les préoccupations de légalité et d'intérêt général doivent être ici prises en compte, car la tutelle d'approbation est plus stricte que la tutelle d'annulation. Enfin, il importe de souligner que le refus d'approbation rend l'acte inopérant ou inexistant depuis son origine⁵⁹². Ainsi sont soumis limitativement à l'approbation les actes des établissements publics ci-après : le cadre organique, le budget arrêté par le Conseil d'administration sur proposition de la Direction Générale, le barème de rémunération du personnel, le statut du personnel fixé par le Conseil d'administration sur

Proposition de la Direction générale, le règlement intérieur du Conseil d'administration et le rapport annuel d'activité (art. 30, L. sur les établissements publics et les statuts particuliers de ceux-ci pris par voie de décret du Premier ministre).

Tutelle *a posteriori* par voie d'opposition.

La tutelle s'exerce par voie d'opposition à l'exécution de toute délibération ou décision jugée contraire à la loi, à l'intérêt général ou à l'intérêt particulier de l'établissement public, prise par le Conseil d'administration (art. 29, L. sur les établissements publics). La tutelle

⁵⁸⁹ Ce montant peut être actualisé par arrêté du ministre ayant les Finances dans ses attributions.

⁵⁹⁰ Les établissements publics de l'ESU sont placés sous la tutelle du ministre ayant l'enseignement supérieur et universitaire dans ses attributions (art. 85, al. 1^{er}, L.-C. de l'enseignement national).

⁵⁹¹ En dépit de son caractère rétroactif, le délai d'introduction de la requête en annulation ne commence à courir qu'après l'approbation ou, à tout le moins, à dater du jour où le requérant en aura connaissance si l'approbation n'est ni publiée ni notifiée à celui-ci. (M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, p. 132).

⁵⁹² En ce sens, M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 1, p. 132; J. de BURLET, *op. cit.*, t. 1, 143, p. 81.

par voie d'opposition s'exerçant à l'égard de toute délibération ou toute décision de l'établissement public non concernée par les procédés d'autorisation préalable ou d'approbation, exige que l'autorité de tutelle reçoive copie de toutes les délibérations du Conseil d'administration, et ce, dans les conditions que cette autorité fixe (art. 29, al. 1^{er} C, L. sur les établissements publics). Dans ces conditions, les délibérations et décisions du Conseil d'administration ne sont exécutoires que dix jours francs⁵⁹³ après leur réception par l'autorité de tutelle, sauf si celle-ci déclare en autoriser l'exécution immédiate. Lorsque l'autorité de tutelle fait opposition, elle notifie celle-ci par écrit au président du Conseil d'administration ou au Directeur général, selon le cas, et fait rapport au Premier ministre. Si ce dernier ne rejette pas l'opposition dans le délai de quinze jours francs à dater de la réception du rapport fait par l'autorité de tutelle, l'opposition devient exécutoire.

Tutelle générale

L'annulation des décisions illégales de l'autorité administrative décentralisée par l'autorité de tutelle est le procédé-type de la tutelle générale s'exerçant à l'égard de n'importe quel acte administratif émanant de l'autorité sous tutelle. Comme le souligne Jacques de Burlet, « la tutelle générale est celle qui existe pour tous les services publics décentralisés pour lesquels le législateur s'est contenté de prévoir l'existence d'une tutelle sans préciser les actes qui en feraient l'objet »⁵⁹⁴. L'annulation est parfois précédée de la suspension, qui peut être analysée comme étant une mesure à caractère provisoire en cas d'urgence. La suspension prive momentanément d'effets l'acte suspendu, tandis que l'annulation par l'autorité de tutelle met définitivement à néant l'acte annulé ; ce dernier est censé n'avoir jamais existé. La décision de suspension étant un acte préparatoire à l'éventuelle annulation, elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif⁵⁹⁵.

Procédés de tutelle non prévus. La loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics n'a pas prévu le contrôle de tutelle par voie de substitution d'action, qui se traduit par l'adoption de mesures d'office qui ne peuvent être prises qu'en vue de l'accomplissement d'obligations légales limitativement énumérées. En outre, la tutelle par voie de substitution de décision ou la tutelle par voie de réformation sur recours, qui est un mode de tutelle spéciale de légalité et de conformité à l'intérêt général, n'est pas aussi expressément prévue par la loi du 7 juillet 2008 sur les établissements publics.

II. LA TUTELLE SUR LES ENTITES TERRITORIALES DECENTRALISEES

Principes de base en la matière.

La tutelle sur les ETD ne s'exerce plus sur les personnes, car les organes délibérants de ces entités disposent d'un pouvoir de contrôle politique sur les organes exécutifs. Cette limitation s'explique par le souci de respecter au mieux le principe de la libre administration des entités territoriales décentralisées posé par les articles 3 et 123, point 1, de la Constitution. Désormais, cette tutelle s'exerce uniquement sur les actes. La tutelle sur les actes des ETD est exercée par le Gouverneur de province, qui peut déléguer cette compétence à l'Administrateur du territoire (art. 95, L.O. sur les ETD). Le Gouverneur de province exerce cette compétence d'autorité de tutelle au nom de l'État en sa qualité de représentant du Gouvernement central dans sa province. Il est comparable au Préfet en France, qui est le

⁵⁹³ Comme ce délai est qualifié de franc, cela signifie que dans son calcul ne sont compris ni le jour de la réception par l'autorité de tutelle ni le jour de l'échéance ou de l'épuisement du délai, c'est-à-dire le délai est allongé d'un jour. Dans ce cas, l'exécution de la délibération ou de la décision n'est possible que le lendemain du *dies ad quem*.

⁵⁹⁴ J. de BURLET, *op. cit.*, t. 1, n° 135, p. 78.

⁵⁹⁵ En ce sens, D. RENDERS, *Droit administratif op. cit.*, t. 3, n° 84, p. 48.

représentant de l'État dans le département. Antérieurement dans notre pays, la tutelle sur les ETD par le ministre ayant l'Intérieur ou l'Administration du Territoire dans ses attributions s'exerçait sur les organes (par voie de suspension, de report de réunion ou de dissolution de l'organe délibérant ou par voie de suspension ou de révocation de l'autorité exécutive de l'entité) et sur les actes (par voie d'autorisation préalable, d'approbation, de suspension, d'annulation, de réformation ou de substitution d'action).

Modalités d'exercice. Elle s'exerce suivant deux modalités : *a priori* sur certain nombre d'actes et *a posteriori* pour tout le reste.

Tutelle *a priori* par voie d'avis préalable. Les actes suivants des ETD sont soumis à un contrôle *a priori* par voie d'avis préalable :

- l'avant-projet de budget afin de valider la compatibilité avec les orientations fixées par le Gouvernement central relativement à l'élaboration de la loi de finances ;
- la création des taxes conformément à la loi sur la nomenclature des taxes⁵⁹⁶ et l'émission d'emprunt conformément à la loi relative aux finances publiques ;
- la création d'entreprises industrielles et commerciales, et la prise de participation dans les entreprises ;
- les règlements de police assortis de peine de servitude pénale principale ;
- les actes et les actions pouvant entraîner des relations structurées avec les États étrangers, les entités territoriales des États étrangers quelle qu'en soit la forme⁵⁹⁷;
- la signature de contrat comportant des engagements financiers sous différentes formes de prise de participation ;
- l'exécution des travaux sur les dépenses d'investissement du budget de l'État comme maître d'ouvrage délégué ;
- la décision de recourir à la procédure de gré à gré, par dérogation à la législation sur les marchés publics⁵⁹⁸.

S'agissant de ce dernier cas, le législateur organique sur les ETD souligne le fait que la dérogation concerne les règles de seuil et de volume des marches se rapportant aux procédures d'appel d'offres. Aujourd'hui, la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics retient comme mode de principe de passation des marchés publics l'appel d'offres⁵⁹⁹ au lieu de l'adjudication publique prévue dans l'ancienne législation en la matière portée par l'ordonnance loi n° 69-054 du 5 décembre 1969 relative aux marchés publics. La nouvelle législation sur les marchés publics n'a pas à vrai dire prévu de seuils pour le recours exceptionnel au marché de gré à gré⁶⁰⁰. Son article 42 énumère, plutôt, de manière exhaustive les cinq cas possibles de passation des marchés publics suivant la procédure de gré à gré⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ En réalité, l'ordonnance-loi n° 13/001 du 23 février 2013 fixant la nomenclature des impôts, droits, taxes et redevances des provinces et des ETD ainsi que leurs modalités de répartition ne reconnaît pas aux ETD le pouvoir de créer lesdites taxes (art. 4, al. 2). En effet, les règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature sont fixées par le Parlement dans les lois de finances initiales ou rectificatives. Toutefois, les lois de finances peuvent décider de déléguer aux organes délibérants des ETD le pouvoir de fixer le taux ou les modalités de recouvrement de certains impôts et taxes locaux (*JO*, n° spécial, 27 février 2013, col. 4). L'article 9 de la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques règle la question dans le même sens en disposant que les Assemblées provinciales et les organes délibérants des ETD ne peuvent créer ni impôt, ni taxe, ni droit ou redevance. L'habilitation se limite au pouvoir de fixer le taux ou les modalités de recouvrement desdits droits (*JO*, n° spécial, 25 juillet 2011, p. 15).

⁵⁹⁷ Le législateur vise-t-il ici principalement la pratique de jumelage de collectivités locales, principalement ce qui se passe entre les villes congolaises et les villes d'un État étranger ?

⁵⁹⁸ Article 97, alinéa 2, de la loi organique sur les ETD et leurs rapports avec l'État et les provinces.

⁵⁹⁹ *JO*, n° spécial; 30 avril 2010 ; n° spécial, 14 janvier 2012, pp. 7-28.

⁶⁰⁰ Les seuils fixés par le décret n° 10/34 du 28 décembre 2010 concernent plutôt les modalités de publicité des marchés conclus par voie d'appel d'offres, les modalités de contrôle *a priori* de la procédure des marchés par appel d'offres et la répartition de compétence d'approbation de marchés conclus entre autorités administratives (Premier ministre, ministre du Budget ou ministre de tutelle).

⁶⁰¹ *JO*, n° spécial, 30 avril 2010, pp. 20-21, n° spécial, 14 janvier 2012, p. 19.

Procédure à suivre.

Les actes soumis au contrôle *a priori* sont transmis au Gouverneur de province avant d'être soumis à délibération ou à exécution. À cet égard, en droit belge, la transmission de tels actes doit correctement s'opérer : les actes doivent être accompagnés des pièces justificatives ou de tous les documents et annexes de nature à étayer l'acte administratif en cause⁶⁰². L'autorité de tutelle dispose de 20 jours à compter de la réception pour faire connaître ses avis. Passé ce délai, le projet d'acte est soumis à délibération ou la décision déjà prise, à exécution. La décision négative de l'autorité de tutelle est motivée. Le silence de l'autorité de tutelle endéans 30 jours constitue une décision implicite de rejet. Dans les deux cas, l'ETD peut former, selon le cas, un recours administratif et juridictionnel⁶⁰³.

Discussion sur le procédé de tutelle a priori envisagé.

À l'analyse, il s'agit ici d'une tutelle préventive par voie d'avis préalable. L'autorité de tutelle dispose de 20 jours pour faire connaître ses avis. Si ces avis sont obligatoires avant délibération et constituent une formalité substantielle dont l'inobservation donne lieu à l'annulation de la délibération ou de la décision par le juge administratif, peut-on considérer que les avis du Gouverneur de province lient-ils les organes des ETD ? La loi ne précise pas si on est en face d'un cas de consultation obligatoire assortie de l'exigence de l'avis conforme. On peut aussi remarquer que le législateur organique sur les ETD indique qu'en cas de décision négative de l'autorité de tutelle, qui doit être motivée, un recours administratif et/ou juridictionnel est possible. On ne sait pas ici si la décision négative renvoie à l'avis contraire du Gouverneur de province. Un avis contraire à une initiative est-il une décision exécutoire et, dans ce cas, susceptible de recours en annulation pour excès de pouvoir ? Peut-on penser que ces avis renvoient à des autorisations avant délibération et à des approbations préalables avant exécution ? Il est permis de le penser.

Tutelle a posteriori.

Tous les autres actes des ETD sont soumis à un contrôle de tutelle *a posteriori*. Mais le législateur ne précise pas si ce contrôle s'exerce exactement par quelle voie ? On peut se demander si ce contrôle s'exercera par voie de suspension, d'annulation, de réformation ou de substitution de décision ou d'action. Il s'agit ici d'un cas de vide juridique. Louis Yuma Biaba est d'avis que la loi organique du 7 octobre 2008 sur les entités territoriales décentralisées a institué une tutelle générale sur les actes non soumis au contrôle *a priori*⁶⁰⁴. Dans ce cas, on peut rappeler qu'en règle générale, l'annulation pour illégalité ou pour contrariété à l'intérêt général est le procédé-type de tutelle générale laquelle doit s'appliquer à tous les actes de l'autorité décentralisée. La suspension comme un autre procédé de tutelle générale peut précéder, en cas d'urgence, l'annulation.

Pistes de solution définitive.

En attendant que le législateur intervienne pour indiquer les procédés de tutelle à mettre en œuvre dans le cadre de la tutelle *a posteriori* sur les actes des ETD non concernés par la tutelle *a priori*, le juge peut combler ces lacunes⁶⁰⁵. Car il appartient au juge de suppléer la carence du législateur en faisant une œuvre palliative par application des principes généraux du droit⁶⁰⁶. Lorsqu'une décision de justice tranche un litige aux données juridiques lacunaires,

⁶⁰² RENDES, *Droit administratif*, op. cit., t. 3, n° 75, p. 43.

⁶⁰³ Articles 98,99 et 100, alinéa 1^{er}, de la loi organique sur les ETD.

⁶⁰⁴ L. YUMA BIABA, op. cit., p. 79.

⁶⁰⁵ En ce sens, C. PERELVIAIT, op. cit., n°5 29 et 30, pp. 45-49.

⁶⁰⁶ F. Van DROOGHENBROECK, F. BALOT, G. WILLENS, op. cit., n° 16-20.

elle revêt une grande importance et finit par constituer une véritable « source » du droit⁶⁰⁷. On dit d'ailleurs d'un jugement qu'il fait jurisprudence lorsqu'il tranche de façon nouvelle un point de droit contesté.

Le contrôle effectué par des organismes publics dédiés à l'inspection ou à l'audit

Généralités. Le contrôle est nécessaire à l'égard de tout organisme, quel qu'il soit. Il est la contrepartie nécessaire de l'action et vise à mettre en oeuvre la notion de responsabilité administrative. Il est encore plus nécessaire parce que l'Administration fonctionne à l'aide de deniers publics et qu'il faut veiller à la meilleure utilisation possible de ceux-ci. C'est pourquoi de nombreuses structures de contrôle et d'audit existent au sein des services publics relevant de l'Administration d'État comme au sein de ceux relevant de l'Administration décentralisée. Le contrôle interne renvoie à un ensemble des dispositifs formalisés et permanents à mettre en oeuvre par les responsables de tous les niveaux, qui visent à maîtriser les risques liés à la réalisation des objectifs de chaque service, tandis que l'audit interne est une activité exercée de manière indépendante et objective qui donne à chaque service une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations et lui apporte ses conseils pour l'améliorer. Ainsi l'audit interne s'assure-t-il que les dispositifs de contrôle interne sont efficaces⁶⁰⁸. En plus, le contrôle s'exerce aussi par des corps d'inspection, comme l'Inspection générale des finances ou l'Inspection générale de la Police nationale, et par la Cour des comptes considérée ici comme un service public administratif qui soumet chaque année au Parlement, avec ses observations, le compte général de la République (art. 173, al. 1^{er}, Const.). Ces organismes publics dédiés à l'inspection ou à l'audit exercent un contrôle interne par rapport aux services publics contrôlés. À leur égard, le propos se limitera ici à épingle le rôle des deux importants organismes d'audit et d'inspection dans le domaine des finances publiques, à savoir : l'Inspection générale des finances et la Cour des comptes comme service public administratif.

A. L'Inspection générale des finances

Nature juridique. L'Inspection générale des finances (IGF) est un service spécialisé de contrôle doté d'une certaine autonomie administrative et financière. Son personnel, composé des Inspecteurs des Finances et du personnel administratif, est régi par le Statut des agents de carrière des services publics de l'État prévu à l'article 122, point 12 *in limine*, de la Constitution. Elle est le service de contrôle du Gouvernement dans le domaine des finances et des biens publics. Elle ne peut contrôler les ministres, car son contrôle se limite aux services administratifs qui viennent en appui à ces autorités politico-administratives.

Dépendance administrative. L'IGF est en principe placé sous l'autorité du ministre des Finances. En pratique, depuis 2009, l'IGF est rattachée à l'autorité directe du Président de la République⁶⁰⁹. Mais ce rattachement ne se justifie pas du fait que la gestion au quotidien de l'État est sous la responsabilité du Gouvernement (art. 91, Const.). L'article 122 de la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques a logiquement remis l'IGF sous l'autorité du ministre ayant les Finances dans ses attributions⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ C. RICCI, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., p. 48.

⁶⁰⁸ Faisant suite au rapport de l'Inspection générale des Finances de 2009 relatif à la structuration de la politique de contrôle et d'audit interne de l'État, le décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'Administration, tel que explicité par la circulaire n° 55401SG du 30 juin 2011 du Premier ministre relative à la mise en oeuvre de l'audit interne dans l'Administration, a permis, en France, la mise en place d'un dispositif de contrôle et d'audit internes au niveau de chaque ministère (y compris Matignon) visant à assurer la maîtrise des risques liés à la gestion des politiques publiques. (P. GÉRARD, op. cit., n° 474, p. 317).

⁶⁰⁹ Voy. l'article 4 de l'ordonnance du 15 septembre 1987 tel qu'il était modifié par l'article 1^{er} du décret n° 034- B/2003 du 18 mai, 2003, JO, n° spécial-IGF, 1^{er} mai 2003, p. 6.

⁶¹⁰ JO, n° spécial, 25 juillet 2011, p. 47

Domaine du contrôle. Créée par l'ordonnance n° 87-323 du 15 septembre 1987 et dont le rôle est renforcé par la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques, l'IGF dispose d'une compétence générale et supérieure en matière de contrôle des finances et des biens publics. Ce contrôle tient tout autre en état⁶¹¹, excepté ceux de l'Assemblée nationale, du Sénat ou de l'Assemblée provinciale et celui de la Cour des comptes, car l'IGF est simplement en fin de compte un service d'audit supérieur du Gouvernement. À ce titre, elle peut accomplir toute enquête ou mission de vérification, de contre vérification et de surveillance, tant en recettes qu'en dépenses, de toutes les opérations financières de l'État, des provinces et des entités territoriales décentralisées ainsi que des organismes ou entreprises de toute nature bénéficiant du concours financier de l'État, des provinces et des entités territoriales décentralisées sous une forme de participation en capital, de subvention, de prêt, d'avance ou de garantie⁶¹². En définitive, l'IGF veille à l'application des lois et règlements qui régissent les finances publiques et à l'uniformisation des méthodes de travail.

Mise en œuvre du contrôle. Les missions de l'IGF sont ordonnées, sur base d'un programme d'action annuel ou ponctuel approuvé par le ministre ayant les Finances dans ses attributions, par de cette législation peut conduire à faire cette distinction lorsqu'elle dispose que « la Cour des comptes juge les comptes des comptables publics pour aboutir soit à des arrêts de quitus, soit à des arrêts de débet » et lorsqu'elle dit simplement que la Cour des comptes exerce un contrôle sur les organismes qui bénéficient du concours financier des pouvoirs publics ou effectue un contrôle sur la gestion des ordonnateurs. L'assistance apportée à l'Assemblée nationale ou à une Assemblée provinciale dans le contrôle de l'exécution de la loi de finances ou de l'édit budgétaire, en vue d'évaluer notamment les rapports de performance, n'a rien de juridictionnel. Il est question à cet égard d'un contrôle administratif aboutissant à des observations ou à des recommandations. Par ailleurs, la Cour des comptes doit chaque année établir des rapports qui sont remis au Président de la République, au Parlement et au Gouvernement (art. 180, al. 2, Const.). L'établissement de ces rapports n'a rien de juridictionnel. Le droit belge⁶¹³ fait également une distinction nette entre la mission juridictionnelle à l'égard des comptables publics et les autres missions de contrôle à *posteriori* de la Cour des comptes, à savoir : l'audit financier des administrations publiques⁶¹⁴, le contrôle de légalité des actes posés par le Gouvernement et son Administration dans le cadre de l'exigence de l'État de droit⁶¹⁵ et le contrôle du bon emploi des deniers publics, c'est-à-dire un contrôle de bonne gestion ou un audit opérationnel pour le respect des trois « E » (économie, efficacité et efficience).

Implantation nationale.

Organiquement, la Cour des comptes relève de l'Assemblée nationale. Aussi l'Assemblée nationale peut-elle recourir à ses services dans le cadre soit du contrôle de l'exécution de la loi de finances, soit de celui du fonctionnement des services publics de l'État.

⁶¹¹ Le contrôle de l'IGF tient également en état le contrôle administratif exercé par les locaux de contrôle des provinces et des entités territoriales décentralisées.

⁶¹² Les articles 121, alinéa, 2, et 210 de la loi du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques et les articles 2 et 2 bis de l'ordonnance n° 87-323 du 15 septembre 1987 portant la création de l'Inspection -générale des finances, telle que modifiée et complétée tout récemment par le décret n° 04/018 du 19 février 2004, (*JO*, n° 5, 1^{er} mars 2004, col.4).

⁶¹³ Voy. Notamment P. RION, A. TROSCHE, *Initiation au droit budgétaire et comptable des administrations publiques*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Initiations », 2013, pp. 367-405

⁶¹⁴ Les résultats des audits financiers font l'objet d'un débat contradictoire avec l'autorité concernée, avant leur transmission à l'assemblée parlementaire.

⁶¹⁵ Ce contrôle peut porter sur les règles en matière de marchés publics, de statut du personnel, de calcul des pensions à charge du Trésor public ou de transparence administrative. Les résultats de cet audit de légalité font l'objet de débat contradictoire avec l'Administration, puis avec le ministre.

Une Assemblée provinciale peut également recourir aux services de la Cour des comptes pour l'aider dans le contrôle des aspects financiers des services publics provinciaux et locaux. Le législateur dispose que « les comptes des provinces et ceux des différentes entités territoriales décentralisées sont soumis au contrôle de l'Inspection générale des finances et de la Cour des comptes » (art. 46, L. sur la libre administration des provinces⁶¹⁶). De même, la loi organique du 7 octobre 2008 sur les entités territoriales décentralisées dispose que « les comptes d'une entité territoriale décentralisée sont soumis au contrôle de l'Inspection générale des finances et de la Cour des comptes » (art. 107). Dans cet ordre d'idées, la Cour des comptes est appelée à ouvrir, sous son contrôle, des Chambres des comptes déconcentrées dans les provinces (art. 211, al. 3, L. relative aux finances publiques). Il Les types de contrôle non juridictionnel de la Cour des comptes.

Formes de contrôle non juridictionnel.

À l'occasion du jugement des comptes des comptables publics et par la connaissance qu'il a nécessairement des pièces de l'exécution administrative de la dépense publique par les ordonnateurs sur lesquels il n'a pas juridiction, le juge des comptes est en mesure d'apprécier la gestion des administrations. Il peut exercer un contrôle financier administratif, qui renvoie entre autres au contrôle budgétaire qui s'exerce sur certains actes financiers et repose sur des procédures spécifiques permettant la réformation rapide desdits actes plutôt que leur annulation rétroactive, laquelle est inadaptée tant ses conséquences peuvent être ici excessives⁶¹⁷. En réalité, ce contrôle administratif effectué par la Cour des comptes peut prendre la forme d'un contrôle budgétaire ou d'un contrôle de gestion.

Le contrôle budgétaire.

La Cour des comptes examine les pièces justificatives des recettes et des dépenses effectuées au titre du budget général et des budgets annexes de l'État, des provinces et des ETD⁶¹⁸, en vue de l'arrêt du compte général de la République. Le rapport sur le compte général de l'État établi par les magistrats de la Cour est examiné par la suite par la Cour des comptes, siégeant toutes sections réunies. La Cour des comptes se prononce alors sur la conformité ou non entre les comptes individuels des comptables et le compte général de l'État⁶¹⁹, des provinces ou des ETD, selon le cas. La décision de la Cour des comptes et ses annexes, accompagnée des observations sur l'exécution de la loi de finances sont transmises à l'Assemblée nationale, en même temps que le projet de loi portant arrêt du compte général de la République (art. 38, Procédure devant la Cour des comptes)⁶²⁰.

Contrôle de gestion. La Cour des comptes contrôle la gestion des services de l'État (pouvoir central, provinces et ETD) et de tous les organismes et établissements publics afin d'en apprécier la qualité et de formuler des suggestions sur les moyens susceptibles d'en améliorer les méthodes et d'en accroître l'efficacité et le rendement. Ce contrôle porte sur tous les aspects de gestion. À ce titre, la Cour des comptes apprécie la réalisation des objectifs assignés, les moyens utilisés, les coûts des biens et services produits, les prix pratiqués et les

⁶¹⁶ JO, n° spécial, 31 juillet 2008, col. 12.

⁶¹⁷ M. CANEDO-PARIS, « L'allègement du contrôle financier administratif », *Revue française des finances publiques*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, n° 119-Septembre 2012, p. 14.

⁶¹⁸ Article 36 de l'Ordonnance-loi n° 87-031 du 22 juillet 1987 relative à la procédure devant la Cour des Comptes. (JO, n° spécial, septembre 1987, p. 15).

⁶¹⁹ Par exemple, la Cour des comptes a procédé à la déclaration de non-conformité entre les comptes individuels des comptables et le compte général de l'État de l'exercice budgétaire 2007 et fait des recommandations précises au Gouvernement. (JO, n° spécial, 25 avril 2010, pp. G1-G3).

⁶²⁰ Concrètement, on peut citer, par exemple, les « Observations de la Cour des comptes relatives au projet de loi portant arrêt des comptes et règlement définitif du budget de l'État pour l'exercice 2003 », JO, n° spécial, 24 juin 2005, pp. 1-50, avec l'*erratum*. Il s'agit d'un document officiel signé par le Président de la Cour des comptes, le professeur Mabi Mulumba et le Secrétaire Général [de la Cour] Kitambala N'Gbeze, Conseiller à la Cour des comptes.

résultats financiers. Ce contrôle porte également sur la régularité et la sincérité des comptabilités ainsi que sur la matérialité de leurs opérations. (art. 43, Procédure devant la Cour des comptes). Dans ce cadre, la Cour des comptes a le pouvoir d'entendre tout dirigeant ou agent des services et établissements soumis à son contrôle ainsi que tous les membres des corps de contrôle, comme l'Inspection générale des finances, l'Inspection générale de l'Enseignement primaire et secondaire ou les services d'inspection ou d'audit au sein des organismes publics (art. 47, Procédure devant la Cour des comptes).

Rapports particuliers et référés

Des rapports particuliers peuvent également être établis par la Cour des comptes pour faire observer certaines situations spécifiques sur les fautes de gestion⁶²¹, dans le cadre de l'exécution d'une loi de finances. Lorsque, au cours de l'examen des comptes de l'État, des provinces et des ETD, la Cour des comptes relève des irrégularités, des lacunes dans la réglementation ou des insuffisances dans l'organisation administrative et comptable, le Président de la Cour les porte par voie de référé⁶²² à la connaissance des ministres intéressés ou des provinces et des ETD concernées. Il leur demande de lui faire connaître les mesures mises en œuvre pour y remédier. Les ministres et les autorités provinciales et locales sont tenus de répondre aux référés dans les deux mois de leur réception. La Cour des comptes signale à l'Assemblée nationale et, éventuellement, l'Assemblée locale intéressée, les référés qui n'ont pas reçu de suite adéquate (art. 39 et 40, Procédure devant la Cour des comptes).

I. Illustration sur les référés.

On peut signaler, par exemple, l'envoi des deux référés du Président de la Cour des comptes au cours de l'année 2003. Le premier portant n° 03/2003 du 9 septembre 2003 fut adressé aux ministres du Budget, des Finances, du Portefeuille et du Travail et de la Prévoyance sociale, concernant les paiements au Trésor public de contributions spéciales et d'avances sur dividendes par l'Institut National de Sécurité Sociale (INSS)⁶²³. La Cour des comptes invite le Gouvernement à rapporter sa décision assujettissant l'INSS au paiement de ces contributions spéciales et autres avances sur dividendes et à se conformer aux textes légaux et réglementaires régissant la sécurité sociale en République Démocratique du Congo. Le deuxième référé portant n° 04/2003 du 8 décembre 2003 fut adressé, pour sa part, au Parlement, au ministre du Budget, au ministre des Finances et au ministre du Portefeuille, au sujet du système de paiement des avances par les entreprises publiques⁶²⁴. Par ce référé, la Cour des comptes attire l'attention du Gouvernement et du Parlement sur les conséquences négatives du système de paiement des avances sur dividendes qui contribue à la décapitalisation des entreprises publiques et son impact négatif pour l'économie nationale. Elle recommande au Gouvernement de contraindre les entreprises publiques du régime de l'ancienne loi du 6 janvier 1978, à la publication régulière de leurs états financiers afin de lui permettre non seulement d'évaluer leurs performances mais également de pouvoir prélever sa part de dividendes sur une base objective et saine.

Cas de découverte d'infractions pénales. Qu'il s'agisse du contrôle budgétaire ou du contrôle de gestion, lorsque la Cour des comptes révèle des faits susceptibles de constituer des infractions, le Procureur général de la Cour des comptes en informe le Procureur général de la

⁶²¹ Voy. :

- Rapport sur les opérations ayant affecté le Compte Général du Trésor durant l'exercice budgétaire 1994. (%O, n° spécial, 21 juin 2005, pp. 1-49) ;

- Rapport sur le fonctionnement du Compte G 11300/3695 intitulé « République du Zaïre - Ministère des Finances - Provisions à répartir » en les livres de la Banque centrale. (%O, n° spécial, 21 juin 2005, pp. 50-68).

⁶²² Le référé de la Cour des comptes est une communication adressée à un ministre, pour appeler solennellement son attention sur les irrégularités d'une certaine importance commises par ses services et découvertes par la Cour dans l'exercice de ses fonctions administratives de contrôle. (S GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 770).

⁶²³ JO, n° spécial, 21 juin 2005, pp. 69-72.

⁶²⁴ *Idem*, pp. 69-72.

République qui saisira les cours et tribunaux compétents (art. 16, al.2, et 53, Procédure devant la Cour des comptes). À l'installation de la Cour de cassation, le Procureur général près cette Cour sera informé afin qu'il puisse requérir l'action publique devant la juridiction compétente de l'ordre judiciaire⁶²⁵

SECTION 4. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

Notion. Le contrôle juridictionnel des services publics est assuré par le juge. Le terme «juge » (du latin *judex*, venant de jus-droit- et *dicere-dire*) renvoie à toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie, son pouvoir, sa composition ou l'ordre dans lequel elle appartient. En ce sens, le mot « juge » désigne tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire le pouvoir de dire le droit, de trancher un litige ou une contestation eu égard à la règle de droit. Plus pacifiquement, le terme « juge » renvoie au magistrat du siège par opposition aux magistrats du parquet. Le contrôle juridictionnel est donc exercé par les cours et tribunaux. Car le pouvoir judiciaire, qui est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, est dévolu aux cours et tribunaux. Les parquets y rattachés formulent notamment les avis. En effet, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire communiquent obligatoirement pour avis au Ministère public les causes concernant l'Etat, les provinces, les ETD, les établissements publics et les entreprises publiques (art. 69, L.O. sur les juridictions de l'ordre judiciaire).

§ 1. Le dualisme juridictionnel congolais

459. Aperçu historique. La Constitution du 18 février 2006 se sépare de la longue tradition de notre droit qui voulait que les juridictions administratives de droit commun (sections administratives de la CSJ et des cours d'appel) relèvent de l'ordre judiciaire. Dans ce cadre, la section judiciaire d'une cour d'appel était juge de l'impôt (contentieux d'assiette). Et la cassation en matière fiscale relevait de la section judiciaire de la CSJ. Dans cet ancien système, il n'existait qu'un seul ordre de juridictions, l'ordre judiciaire assorti d'une division du travail d'après la diversité de contentieux administratifs. En application des articles 223 et 224 de la Constitution, la CSJ et la Cour d'appel sont également juges administratifs de droit commun de transition pour exercer les attributions dévolues respectivement au Conseil d'État et à la Cour administrative d'appel et appliquent les règles de compétence définies par les articles 146 à 149 du COCJ.⁶²⁶ En outre, en application de l'article 224 de la Constitution, la cour d'appel est compétente, jusqu'à l'installation des juridictions de l'ordre administratif, pour connaître du contentieux fiscal de l'assiette sur la base des règles définies aux articles 150 à 152 du COCJ.⁶²⁷

460. Présentation générale. La Constitution institue aujourd'hui, en ses articles 153 et 154, deux ordres de juridictions : un ordre de juridictions judiciaires (comprenant les tribunaux de paix, les tribunaux de grande instance, les tribunaux de commerce, les tribunaux du travail, les cours d'appel et la Cour de cassation ainsi que les cours et tribunaux militaires⁶²⁸) et un ordre de juridictions administratives (composé des tribunaux administratifs, des cours administratives

⁶²⁵ Article 72 de la loi organique du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (*JO*, n° spécial, _ mai 2013, col. 20).

⁶²⁶ Ces dispositions sont transitoirement maintenues par l'article 154 de la loi organique du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

⁶²⁷ La surveillance de ces dispositions de manière transitoire est réalisée par l'article 155 de la loi organique du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

⁶²⁸ Article 6, alinéa 1^{er}, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire. (*JO*, spécial, 4 mai 2013, col. 4-5).

d'appel et du Conseil d'État). Il s'agit ici des juridictions administratives de droit commun ou à compétence générale. Par ailleurs, suivant la Constitution, il y a possibilité d'existence de « juridictions de l'ordre administratif spécialisé » ou de « juridictions administratives spécialisées » (art. 149, al. 6, Const.). Les juges administratifs de l'ordre dit spécialisé peuvent être institués par le législateur. Enfin, sans appartenir à un ordre de juridictions⁶²⁹, la Cour constitutionnelle constitue une juridiction spéciale (art. 157, Const.).

461. Juridictions administratives spécialisées. En sus des juridictions de l'ordre administratif ordinaire, l'appareil juridictionnel congolais dispose, conformément à l'article 149, alinéa 6, de la Constitution, d'une juridiction administrative spécialisée, la Cour des comptes, qui est précisément le juge des comptes, c'est-à-dire des écritures comptables des comptables publics œuvrant tant au niveau du pouvoir central qu'au niveau des provinces et des ETD⁶³⁰. Toutefois, la Cour des comptes ne fait pas partie du pouvoir judiciaire à la lumière de l'article 178 de la Constitution. En sus, l'on doit situer parmi les juridictions administratives de l'ordre spécialisé, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) comme juridiction disciplinaire des magistrats, à travers la chambre nationale et les chambres provinciales de discipline⁶³¹, ainsi que le conseil national et les conseils provinciaux de chaque ordre professionnel comme juridictions disciplinaires au sein de la profession. Il s'agit ici, par le dernier cas, de juridictions ordinaires. C'est l'exercice d'une mission de répression disciplinaire qui confère à ces organismes qui en sont chargés le caractère d'une juridiction⁶³². Enfin, il n'y a pas lieu de faire la confusion entre les juridictions spécialisées qui peuvent être instituées par la loi, acte législatif formel du pouvoir central, et les tribunaux extraordinaires ou d'exception, sous quelque dénomination que ce soit, dont l'existence est interdite par la Constitution (art. 149, al. 5). Dans notre droit, cette interdiction remonte à une des dispositions de la Constitution du 1^{er} août 1964 (art. 122). L'explication est donnée par le Mémoire explicatif ayant accompagné la publication de cette Constitution⁶³³. Cette interdiction vise en effet la création de juridictions à caractère politique qui seraient uniquement chargées de juger des personnes visées à titre individuel, pour des infractions politiques⁶³⁴. C'est dans cet esprit que la Cour de sûreté de l'État a été dissoute dès l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 février 2006.

Les modalités de contrôle juridictionnel des services publics et de leurs agents

Propos liminaire. Les modalités sont différentes selon que le contrôle est exercé par les juridictions de l'ordre judiciaire, par les juridictions de l'ordre administratif ordinaire ou spécialisé ou par la Cour constitutionnelle qui exerce, entre autres, la justice constitutionnelle de manière concentrée. À cet égard, les détails peuvent être trouvés dans des ouvrages spécialement consacrés au droit judiciaire, au contentieux administratif et au contentieux constitutionnel. Le propos se limitera ici à quelques grands traits. Le contrôle exercé sur les comptes des comptables publics par la Cour des comptes et celui effectué par les juridictions disciplinaires des magistrats ou au sein des ordres professionnels ne connaîtront pas aussi

⁶²⁹ Sur cette position, voy. MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, op. cit., vol. II, pp. 660-664.

⁶³⁰ Article 180, alinéa 1^{er}, de la Constitution ainsi que les articles 21 et 22 de l'Ordonnance-loi n° 87-005 du 6 février 1987 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes.

⁶³¹ Articles 20 et 21 de la loi organique n°08/013 du 5 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature

⁶³² En ce sens, D. TURPIN, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Paris, Hachette Supérieur, coll. « Les Fondamentaux Droit », 2010, p. 6.

⁶³³ JO, n° spécial, 5 octobre 1965, p. 106.

⁶³⁴ La même interdiction telle que reprise par la Constitution du 24 juin 1967 et réexpliquée par le Mémoire explicatif de celui-ci. (Voy. F. VUNDUAWE et PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIAYFA, op. cit., vol. II, p. 1377).

d'autres développements. Il importe cependant de rappeler que la question de juridictions ordinaires fut partiellement abordée lorsque les ordres professionnels ont été examinés.

A. Le contrôle par les juridictions de l'ordre judiciaire

Généralités.

Les juridictions de l'ordre judiciaire jouent le rôle soit de juge pénal pour sanctionner le comportement des responsables et agents des services publics, soit de juge civil pour examiner les demandes en réparation des dommages ordinaires causés par les services publics et leurs agents⁶³⁵. Les victimes des actes infractionnels dont un agent public est l'auteur bénéficient aussi des facilités offertes par les dispositions de l'article 108 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire qui organisent le prononcé d'office par les tribunaux répressifs des dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux. En outre, l'action en réparation du dommage causé par une infraction peut être poursuivie en même temps que l'action publique et devant le même juge (art. 107, L.O. du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire). Par ailleurs, sur pied de l'article 153, alinéa 4, de la Constitution, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent refuser d'appliquer, dans le cadre de la procédure d'exception d'illégalité, un acte réglementaire dans un procès si cet acte réglementaire est estimé illégal.

I. Le contrôle par la Cour de cassation

Le Juge pénal en premier et dernier ressort. D'une part, la Cour de cassation juge en premier et dernier ressort les membres du Gouvernement autres que le Premier ministre, les Gouverneurs, les Vice Gouverneurs de province et les ministres provinciaux. La Cour de cassation est aussi le juge pénal de toutes les personnes qui ont rang de ministre ou de ministre provincial⁶³⁶. C'est le cas, par exemple, du Directeur de cabinet du Président de la République, du Directeur de cabinet du Premier ministre, du Gouverneur de la Banque centrale du Congo ou du Président de la CENI. Les personnes qui ont rang de viceministre sont également justiciables de la Cour de cassation. On peut citer ici, par exemple, les autres membres de la CENI en dehors du Président ou les conseillers principaux du Premier ministre. Tous les neuf membres de la CNDH sont justiciables de la Cour de cassation (art. 35, al. 2, L.O. du 21 mars 2013 sur la CNDH).

Juge pénal d'appel. D'autre part, elle connaît également de l'appel des arrêts rendus au premier degré par la Cour d'appel jugeant des cadres supérieurs de l'Administration⁶³⁷. Il importe de relever que les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou non réglementaires, et pour en apprécier indirectement la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis⁶³⁸. Le juge répressif ayant le pouvoir de porter atteinte aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux des citoyens, il est inadmissible qu'il puisse punir les individus qui auraient refusé de se conformer à des règlements illégaux⁶³⁹.

II. Le contrôle par la Cour d'appel

⁶³⁵ Le préjudice réparable qui porte atteinte aux intérêts et aux droits d'une personne, présente certaines caractéristiques : il doit être direct (imputable à l'action administrative qui lui a donné naissance), certain (atteinte effective), matériel ou moral.

⁶³⁶ Articles 153, alinéa 3, de la Constitution et 93 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire ainsi que les articles 80 à 84 et 87 de la loi organique relative à la procédure devant la Cour de cassation.

⁶³⁷ Article 153, alinéas 1^{er} et 5 de la Constitution ainsi que l'article 94 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire.

⁶³⁸ F. VUNDUAWETE PEMAKO, *op. cit.*, pp. 672-673 ; J. VIGUIER, *Le contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005, p- 30.

⁶³⁹ En ce sens, G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 200

Juge pénal au premier degré. D'abord, la Cour d'appel juge, au premier degré, le Maire, le Maire adjoint et des cadres supérieurs de l'Administration⁶⁴⁰. Dans ce dernier cas, on fait allusion aux fonctionnaires et dirigeants des établissements publics revêtus au moins du grade de Directeur ou du grade équivalent. Tous les quinze membres du CSAC sont justiciables de la Cour d'appel (art. 56, L. O. du 10 janvier 2011 portant composition, attribution et fonctionnement du CSAC). Il en est de même de 68 membres du Conseil économique et social (art. 11, L.O. du 30 octobre 2013 portant son organisation et fonctionnement).

Juge pénal d'appel. Ensuite, elle connaît de l'appel des jugements rendus au premier degré par les tribunaux de Grande instance, les tribunaux de commerce et les tribunaux de travail concernant l'Administration ou ses agents, en matière pénale, civile, commerciale et du travail⁶⁴¹.

Juge administratif transitoire. Enfin, elle connaît, transitoirement, en premier et dernier ressort, des recours introduits contre les décisions rendues sur réclamation du contribuable par l'Administration des Impôts⁶⁴², et, au premier degré, des recours en annulation pour excès de pouvoir contre les actes et décisions des autorités administratives provinciales et locales. Elle est également compétente, pendant cette transition, pour connaître du contentieux de pleine juridiction, lorsque le requérant demande à la fois l'annulation d'un acte administratif et le versement d'une indemnité consécutive au dommage ordinaire dû à cet acte illégal.

III. Le contrôle par les cours et tribunaux civils et militaires

Le contrôle par les cours et tribunaux civils et militaires se fait en matière pénale, civile, commerciale et du travail, selon le cas. Les tribunaux de grande instance ont, par exemple, compétence de juger le Bourgmestre, le chef de secteur ou de chefferie et leurs adjoints. Les tribunaux de travail connaissent des litiges individuels survenus entre un salarié et l'établissement public ou l'entreprise publique comme employeur et des conflits collectifs de travail entre un ou plusieurs établissements publics ou entreprises publiques comme employeurs et un certain nombre de membres de leur personnel. Les tribunaux de commerce connaissent des litiges relatifs à l'activité des entreprises publiques et des sociétés d'économie mixte, lesquelles forment les entreprises du portefeuille de l'État. Les cours et tribunaux militaires connaissent des infractions commises par les membres des Forces armées et de la Police nationale (art. 156, al. 1^{er}, Const.).

B. Le contrôle par les juridictions de l'ordre administratif ordinaire

Généralités. C'est ici le siège de la justice administrative, qui est celle qui peut s'exercer sur et donc contre l'action administrative. L'existence d'un contentieux administratif constitue une arme de dissuasion supposée empêcher les agents évoluant dans les services publics de s'affranchir de la légalité *lato sensu*. Elle représente l'un des maillons de l'État de droit, c'est-à-dire, elle constitue en fait un critère de l'effectivité de l'État de droit. L'expression « contentieux » vise les litiges qui n'ont pu trouver solution entre l'Administration et le

⁶⁴⁰ Articles 149, alinéa 2, et 153, alinéa 1^{er}, de la Constitution ainsi que l'article 91 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

⁶⁴¹ Articles 149, alinéa 2, et 153, alinéa 1^{er}, Constitution ; les articles 91, alinéa 1^{er}, et 115 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire, ainsi que l'article 39 de la loi sur les tribunaux de commerce et 20 de la loi sur les tribunaux de travail.

⁶⁴² Articles 224 de la Constitution ainsi que l'article 155 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire.

particulier (administré ou usager) ou entre les instances administratives. Contrairement au juge judiciaire qui peut exercer une juridiction « gracieuse », le juge administratif n'intervient que pour rendre une décision à la suite d'un litige né. L'expression « contentieux administratif » ne se confond pas avec celle de « procès faits à l'Administration », car certains de ces procès ont lieu devant le juge judiciaire (par exemple, ceux relatifs aux services publics à caractère industriel ou commercial, ou ceux relatifs à la réparation du dommage ordinaire causé par l'Administration). Sous l'inspiration du droit français, la Constitution du 18 octobre 2006 suggère une définition organique du contentieux administratif (art. 154 et 155, Const.), c'est-à-dire le procès fait à l'Administration devant le juge administratif (Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs). Avant de terminer ce propos liminaire, il importe de relever que ce contentieux administratif déborde des stricts rapports entre l'Administration et les particuliers (administrés ou usagers). Le contentieux administratif couvre également les litiges portés devant le juge administratif par une personne administrative contre une autre personne administrative.

I. LES COMPETENCES DES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF ORDINAIRE

Conseil d'État.

Le Conseil d'État dispose de deux mécanismes de contrôle. D'abord, il connaît en premier et dernier ressort, d'une part, des recours en annulation des actes et décisions des autorités administratives centrales de la République et des organismes décentralisés placés sous la tutelle de ces autorités⁶⁴³, ainsi que des actes administratifs des organes nationaux des ordres professionnels et, d'autre part, des demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un préjudice exceptionnel résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République⁶⁴⁴, c'est-à-dire ici les autorités administratives du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées. Ensuite, le Conseil d'État connaît en appel des recours contre les décisions des cours administratives d'appel⁶⁴⁵.

Cours administratives d'appel. En attendant l'édiction de la loi organique portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et en vertu de l'article 224 de la Constitution, il est permis de penser que les cours administratives d'appel pourront être compétentes pour connaître, au premier degré, du contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir contre les actes et décisions des autorités administratives des provinces et des organismes personnalisés placés sous la tutelle de ces autorités ainsi que les actes administratifs des organes provinciaux des ordres professionnels, et en premier et dernier ressort, des recours introduits contre les décisions rendues sur réclamation du contribuable par l'Administration des Impôts.

Tribunaux administratifs. En revanche, les tribunaux administratifs seraient chargés de l'examen des recours en annulation des actes et décisions des autorités des entités

⁶⁴³ Articles 155, alinéa 1er, et 223 de la Constitution ainsi que l'article 154 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire.

⁶⁴⁴ Articles 155, alinéa 3, et 223 de la Constitution ainsi que l'article 154 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire. Notons que le dommage exceptionnel est un dommage consécutif à la rupture de l'égalité devant les charges publiques, à la suite de l'exécution d'une mesure prise ou ordonnée par une autorité administrative territoriale. La responsabilité de l'Administration s'engage ici sans faute, car la mesure exécutée est régulière du point de vue du droit.

⁶⁴⁵ Articles 155, alinéa 2, et 223 de la Constitution ainsi que l'article 154 de la loi organique sur les Juridictions de l'ordre judiciaire.

territoriales décentralisées et celles du territoire. La proposition de loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif projette de confier également aux tribunaux administratifs l'examen des contentieux relatifs aux marchés publics, aux travaux publics, à l'opération d'expropriation pour cause d'utilité publique et aux opérations de réquisitions, ainsi que l'examen du contentieux des élections administratives au sein des assemblées, corps ou organismes administratifs (par exemple, l'élection du recteur ou du directeur Général d'un établissement public de l'ESU). S'agissant des élections politiques, le règlement du contentieux est reparti de la manière suivante : la Cour constitutionnelle pour les élections présidentielles et législatives, la cour administrative d'appel pour les élections provinciales et le tribunal administratif pour les élections urbaines, communales et locales⁶⁴⁶.

Rôle de conseiller des pouvoirs publics.

En lieu et place de l'ancienne section de législation de la CSJ, le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs disposeront également d'une section consultative pour donner des avis motivés sur les projets ou propositions de textes, et se prononcer, par voie d'avis motivés, sur les difficultés d'interprétation des textes, c'est-à-dire ils seront appelés à jouer le rôle de conseiller des pouvoirs publics⁶⁴⁷.

LES TYPES DE CONTENTIEUX

Présentation générale.

Les juridictions de l'ordre administratif ordinaire (Conseil d'État, cours administratives et tribunaux administratifs) sont premièrement les juges de l'annulation des actes administratifs unilatéraux pour illégalité ou excès de pouvoir (incompétence en raison de la matière - usurpation de fonction, usurpation de pouvoir et empiètement de fonction -, en raison du temps ou en raison du lieu ; vice de forme - vice de procédure et de forme de l'acte administratif -; violation de la loi - erreur de droit et erreur de fait-; détournement de pouvoir ou de procédure). Ces juges administratifs de droit commun sont aussi juges à la fois, à titre principal, de l'annulation et de la réparation du préjudice ordinaire dans le cadre du contentieux de pleine juridiction⁶⁴⁸, aux conditions définies par l'article 149 du COCJ maintenu transitoirement par l'article 154 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire. En outre, le contentieux de réparation pour dommage exceptionnel relève exclusivement du Conseil d'État comme en Belgique. Par là et du fait que c'est le juge judiciaire qui joue de manière transitoire le rôle de juge administratif, le droit congolais rejoint dans une certaine mesure la définition matérielle du contentieux administratif retenue en droit belge⁶⁴⁹. Dans ce sens, le contentieux administratif est une masse de litiges suscités par l'activité des administrations publiques et réglés par tout juge. Il existe deux grandes classifications historiques des recours contentieux : la classification d'Édouard Laferrière fondée sur les pouvoirs du juge (contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction)⁶⁵⁰ et celle proposée à l'origine par Léon Duguit fondée sur l'opposition entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif à partir de la nature de la question posée au

⁶⁴⁶ Article 74 de la loi du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, telle que modifiée par la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 (Textes coordonnés), Jp, n spécial, 20 août 2011, col. 19.

⁶⁴⁷ Voy. aussi BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais*, t. 1, Louvain-la-Neuve, Éditions Academia, 2014, pp. 52-55.

⁶⁴⁸ En ce sens, F. VUNDUAWA et PEVIK0, *op. cit.*, pp. 889-891.

⁶⁴⁹ En ce sens, P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.* n° 1, p. 17.

⁶⁵⁰ E. LAFFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2° éd., Paris, Berger-Levrault & Cie, 1896.

juge⁶⁵¹. Cette dernière classification fondée sur la nature de la demande présentée au juge a été défendue par la suite par Gaston Jèze et Marcel Waline⁶⁵². Ces classifications ne s'opposent pas. Mais nous faisons principalement recours la classification de Laferrière.

a) Le contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir

Contentieux

Le contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir est un contentieux objectif dirigé contre un acte administratif qui a fait grief. Ceci veut dire que les seuls moyens qui peuvent être invoqués à l'appui du recours en annulation sont ceux qui sont fondés sur une illégalité. Le juge administratif est donc incompétent pour connaître d'un recours qui se bornerait à invoquer l'équité.

Intérêt à agir.

L'action popularisée fondée sur le simple intérêt qu'à chaque citoyen de voir respecter la légalité n'est pas admise⁶⁵³. C'est ce que relève l'article 87, alinéa 1^{er}, de la procédure devant la Cour suprême de justice. La raison est simple à cet égard : la recevabilité du recours implique que l'acte attaqué fasse effectivement grief à celui qui en demande l'annulation. Il faut que le requérant ait un intérêt à agir. Cette condition d'intérêt à agir assure un équilibre entre les impératifs contradictoires de légalité et de sécurité juridique. Dans ces conditions, le recours dans le seul intérêt de la loi n'est pas recevable. Il s'agit là d'une règle de droit commun qui subordonne la recevabilité de toute action en justice à la possession d'un intérêt par le demandeur⁶⁵⁴. Le requérant est tenu de montrer qu'il tirerait avantage à obtenir l'annulation de la décision litigieuse⁶⁵⁴. S'agissant des actes non réglementaires ou individuels, il apparaîtrait assurément anormal que leur critique puisse émaner de ceux qu'ils ne lèsent pas quand ceux qui sont visés s'en satisfont⁶⁵⁵. Quant aux actes réglementaires ou généraux, il est également exigé du requérant qu'il appartienne au « cercle » des personnes estimées « spécialement concernées » par la décision⁶⁵⁶. Il est logique que « n'importe qui ne peut agir contre n'importe quel acte »⁶⁵⁷, le requérant étant un plaignant qui doit se défendre. D'ordre matériel ou moral, les effets négatifs de l'acte sur la situation du requérant doivent présenter certaines caractéristiques pour conférer à ce dernier un intérêt à agir. Le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert que si l'on justifie d'un intérêt actuel⁶⁵⁸, certain⁶⁵⁹, direct⁶⁶⁰ et personnel⁶⁶¹ à agir. Il existe, par exemple en France, un intérêt légal à agir, lorsque le préfet présente un déferé devant le tribunal administratif⁶⁶², contre un contrat conclu par une collectivité locale ou un établissement public

⁶⁵¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Boccard, 1928

⁶⁵² J. VIGUIER, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁵³ En ce sens, R. ERGEC, *op. cit.*, t. 1, n° 516, p. 218; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, *op. cit.*, n° 87, p. 120.

⁶⁵⁴ J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 292, p. 628.

⁶⁵⁵ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuels », 2011, n° 83, p. 66.

⁶⁵⁶ En ce sens, B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2014, n° 92, p. 102.

⁶⁵⁷ C. BROUELLE, *op. cit.*, n° 83, p. 66.

⁶⁵⁸ B. PACTEAU, *op. cit.*, n° 91, p. 101.

⁶⁵⁹ Il faut éviter des recours prématurés ou inutiles, parce que le tort porté au requérant par la décision doit être réel, c'est-à-dire qu'il doit exister. (C. BROUELLE, *op. cit.*, n° 85, p. 67)

⁶⁶⁰ J.-J. THOURUDE, *Pratique du contentieux administratif*, Paris, Gualino Lextenso éditions, n° 263, p. 181).

⁶⁶¹ Le requérant ne doit pas se limiter à contester un acte qui risque seulement de lui faire grief, car il ne faut pas que la situation du requérant ne soit affectée par l'acte attaqué que de façon éventuelle, lointaine, hypothétique ou aléatoire. (P. LE WALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n° 461, p. 783 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 302, p. 648).

⁶⁶² Le préjudice invoqué doit être la conséquence de l'acte contesté, (J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 31.22, p. 643). Car l'annulation doit apporter au requérant une satisfaction effective, fût-elle purement morale ; ceux qui ne tireraient de l'annulation qu'un avantage indirect ne sont pas recevables à agir. (M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 471). J. VIGUIER, *op. cit.*, p. 102.

de coopération intercommunale⁶⁶³. En Belgique, le Conseil d'État admet également un intérêt fonctionnel, c'est-à-dire un intérêt en raison de la fonction occupée. C'est le cas, par exemple, des membres d'un conseil communal qui ont un intérêt fonctionnel à l'annulation de délibérations adoptées en violation de dispositions régissant la composition et le fonctionnement de cet organe communal⁶⁶⁴. En l'espèce, un conseil communal a été admis à attaquer la délibération d'un conseil communal qui s'était déroulée en séance publique, alors qu'elle aurait dû avoir lieu à huis clos⁶⁶⁵.

Actes attaquables. Il s'agit des actes administratifs définitifs unilatéraux et faisant grief⁶⁶⁶. L'expression « actes faisant grief » désigne, dans la terminologie du recours pour excès de pouvoir, les actes administratifs de nature à produire par eux-mêmes des effets juridiques et contre lesquels ce recours est ainsi recevable. D'où l'adage « pas de nullité

⁶⁶³ J. VIGUIER, *op. cit.*, p. 102

⁶⁶³ J.-J. THOUROUDE, *op. cit.*, n° 13, pp. 26-27.

⁶⁶⁴ Le requérant ne doit pas invoquer rien d'autre que sa qualité de citoyen, d'étranger, de consommateur ou même d'élu. (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 574, p. 477).

⁶⁶⁵ J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 298.2, p. 641 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 462 ; P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n° 467, p. 805.

⁶⁶⁶ C.E.b., 1^e décembre 1966, *Bassleer c/commune de Bressoux*, n° 12.085, *Rec.*, 1966, p. 946.

sans grief », c'est-à-dire l'acte attaqué doit causer préjudice aux droits subjectifs du requérant. Dans ces conditions, une réglementation trop avantageuse par rapport à ce que la loi autorise ne fait pas grief et n'est pas attaquable⁶⁶⁷. Le grief doit être certain et prouvé dans le chef du requérant et résulter d'un acte, d'une décision ou d'un règlement d'une autorité administrative⁶⁶⁸.

C'est dans ce sens que les circulaires, les dépêches, les notes de service, les procès-verbaux ne faisant pas en principe grief, ne peuvent être attaqués devant le juge administratif. Dans le même ordre d'idées, ne sont pas susceptibles de recours, les actes matériels, les actes préparatoires, les actes confirmatifs, les actes d'exécution (par exemple, la notification d'un acte), les explications et renseignements, les déclarations d'intention, etc. Il importe cependant de signaler qu'en cas de sa responsabilité pécuniaire (déficit, perte de recette, dépense payée à tort, etc.), un comptable public peut être notifié d'un ordre de versement émis par le ministère des Finances du Gouvernement central ou son délégué. Si le comptable public concerné n'acquiesce pas la somme réclamée en l'absence du sursis de versement non sollicité dans un délai de 15 jours ou à l'expiration du sursis, un arrêté de débet est immédiatement décerné à son encontre en remplacement de l'ordre de reversement. Cet arrêté de débet, qui entraîne la saisie du cautionnement au bénéfice du Trésor public, étant un acte administratif, il peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État⁶⁶⁹. Enfin, le juge administratif connaît également des recours formés contre les actes des organes parlementaires, des organes du pouvoir judiciaire ou de la Cour des comptes⁶⁷⁰, relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel. Cette position a un fondement constitutionnel en ce qui concerne les membres du personnel des chambres parlementaires dans la mesure où leurs règlements intérieurs organisent « des services

⁶⁶⁷ En ce sens, M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, op. cit., n° 87, p. 120.

⁶⁶⁸ En ce sens, G. BOUCHOMS, « Commentaire de l'ordonnance-loi du 8 janvier 1969 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice », *Revue congolaise de droit*, n° 1, Kinshasa, ONRD, 1971, p. 31

⁶⁶⁹ Article 42, alinéa 5, du décret n° 13/050 du 6 novembre 2013 portant règlement général sur la comptabilité publique. (*JO*, n° 24, 15 décembre 2013, col. 17).¹¹ MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, op. cit., vol. 2, pp. 571-576.

⁶⁷⁰ S'agissant des marchés publics ou des contrats administratifs, ce sont des actes détachables qui sont attaquables devant le juge administratif.

administratifs dirigés par un secrétaire général de l'administration publique » (art. 112). Le constituant exclut donc la possibilité d'existence des fonctionnaires parlementaires dans notre droit, contrairement à la position erronée adoptée par le règlement intérieur du Sénat (art. 268) qui prévoit l'existence d'une loi portant statut particulier du personnel administratif du Sénat⁶⁷¹, en dehors du statut des agents de carrière des services publics de l'État prévu à l'article 122, point 12 *in limine*, de la Constitution. En droit belge, c'est le législateur *qui* a étendu la compétence du Conseil d'État aux actes administratifs relatifs aux marchés publics et aux membres du personnel des assemblées législatives ou de leurs organes, de la Cour des comptes, de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la magistrature⁶⁷².

Théorie de l'écran législatif.

En application de la « théorie de la loi-écran » ou de « l'écran législatif », le juge administratif ne peut censurer un règlement subordonné pris conformément à une loi qui serait inconstitutionnelle, mais non encore annulée par le juge constitutionnel⁶⁷³. En France, en l'absence de loi-écran, le Conseil d'État peut censurer les actes administratifs contraires à la Constitution⁶⁷⁴. L'appréciation de la légalité d'un acte administratif se fait ici en fonction de la Constitution pour autant que le contrôle du juge administratif ne se trouve pas affecté par une disposition législative faisant écran entre la Constitution et l'acte administratif en cause⁶⁷⁵. En Belgique, les actes administratifs qui trouvent directement leur fondement dans la Constitution et lui sont contraires sont annulés ou font l'objet d'un refus d'application (s'ils sont réglementaires et ne sont plus susceptibles d'être annulés) par le Conseil d'État⁶⁷⁶. Toutefois, du fait qu'en droit congolais, le juge administratif saisi d'une exception d'inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire (dont le règlement administratif) doit surseoir à statuer et saisir, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle (art. 162, al. 1^{er}, 3 et 4, Const.), il y a lieu de se demander si le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires administratifs ne peut s'exercer par le juge administratif. En outre, le juge constitutionnel pouvant également être saisi, par voie d'action, par toute personne pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire (art. 162, al.2, Const.), il y a lieu aussi de se demander si le juge administratif deviendrait incompétent pour connaître de l'inconstitutionnalité de tout acte réglementaire administratif, alors que le juge administratif de droit commun a la mission d'annuler, c'est-à-dire de mettre à néant avec effet rétroactif, tout acte administratif unilatéral, réglementaire ou individuel, pour irrégularité juridique. Sur ce dernier aspect, n'y a-t-il pas lieu de penser à la concurrence de compétence entre le juge constitutionnel et le juge administratif ? L'incompétence du Conseil d'État à l'égard de règlements autonomes peut-elle s'affirmer à la lumière de l'article 155, alinéa 1^{er}, de la Constitution ? En définitive, le juge administratif ne peut pas censurer un règlement subordonné, lorsque celui-ci est pris conformément à une loi, et ce, en vertu de la théorie de la loi-écran ou de l'écran législatif. Car tout juge ordinaire dit le droit sous l'autorité de la loi au sens technique du terme. C'est ce qui explique que tout juge judiciaire a le pouvoir de refuser

⁶⁷¹ Ce fut également le cas du règlement intérieur de l'Assemblée nationale (art. 229) sous la première législature de la Troisième République. (*JO*, n° spécial, 20 février 2007, P- 65).

⁶⁷² Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif op. cit.*, p. 287; art. 14 § 1^{er}, Lois coordonnées sur le Conseil d'État, in D. RENDERS, *Code administratif*, 5^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 1027.

⁶⁷³ En ce sens aussi, L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷⁴ En ce sens, D. TURPIN, *op. cit.*, p. 27

⁶⁷⁵ En ce sens, B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in G. DRAGO (dit.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires Actes », 2007, p. 35.

⁶⁷⁶ J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, n° 336, p. 734.

d'appliquer les actes réglementaires administratifs dans le cadre d'un procès lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée par l'une des parties, qui est toute personne (un particulier ou une autorité administrative), sur pied de l'article 153, alinéa 4, de la Constitution. De son côté, le juge administratif ne peut méconnaître la loi, sùtèment juridique d'un règlement, lors d'un procès.

480. Effets de l'annulation. Une fois l'annulation prononcée, elle produit ses effets à l'égard de tous, c'est-à-dire elle produit des effets *erga omnes*. L'acte administratif annulé est supprimé de l'arsenal juridique dès l'origine (*ab ovo, ab initio, de origine ou ex tunc*). Autrement dit, l'annulation produit ses effets rétroactivement au jour de la prise de l'acte annulé. Toutefois, en droit comparé, il est reconnu au juge administratif le pouvoir de « modulation dans le temps » des effets de l'annulation⁶⁷⁷. En effet, il est dérogé à la rétroactivité de l'annulation lorsqu'une telle rétroactivité est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives. Il serait par exemple absurde d'exiger d'un fonctionnaire, dont la nomination a été annulée plusieurs mois après son entrée en fonction, le remboursement des sommes perçues, au motif qu'il devrait être considéré comme n'ayant jamais été embauché par l'Administration⁶⁷⁸.

b) Le contentieux de l'indemnité

481. Contentieux subjectif. Le contentieux de l'indemnité vise l'indemnisation de la personne lésée d'un préjudice causé par les services publics et leurs agents. Comme un contentieux subjectif, le contentieux de l'indemnité vise comme résultat l'indemnisation sur base de droits subjectifs dont se prévaut l'administré. Léon Duguit a eu à expliciter la notion de droit subjectif: « Le droit subjectif est un pouvoir de l'individu vivant en société. C'est le pouvoir pour l'individu d'obtenir la reconnaissance sociale du résultat qu'il veut, quand l'objet voulu et le motif qui détermine son acte de volonté sont reconnus légitimes par le droit objectif »⁶⁷⁹. Dans tous les cas, seul un individu doté de la personnalité juridique (personne physique ou morale) peut avoir des droits, car les droits sont des pouvoirs d'action qui ne peuvent appartenir qu'à des êtres doués de raison, soit immédiatement (personne physique ou être juridique naturel), soit médiatement (personne morale ou être juridique artificiel ou construit)⁶⁸⁰. L'indemnité à verser est à charge de la partie civilement responsable. Ainsi ce contentieux a-t-il des effets *erga partes*, c'est-à-dire entre parties au procès.

⁶⁷⁷ En France, par décision du Conseil d'État (CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC.*, n° 2555886, *Rec.*, 2004, p. 127; C. BROYELLE, *op. cit.*, n°343, pp. 251-252). Dans d'autres États de l'Union européenne comme en Belgique, c'est par la loi. (P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n° 633, pp. 1116-1117).

⁶⁷⁸ J.-J. THOUROUDE, *op. cit.*, n°386, p. 272.

⁶⁷⁹ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4e éd., Paris, E. de Boccard, Éditeur, 1923 ; rééd. Éditions Panthéon Assas, 2007, n° 1, p. 1.

⁶⁸⁰ C. RICCI, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 104.

482. Nature du préjudice réparable. Le préjudice pour lequel il y a demande en réparation doit être certain, direct et avoir porté atteinte aux droits subjectifs de particuliers ou tout au moins à un intérêt juridiquement protégé. Le préjudice est généralement matériel, mais il peut être aussi moral dans la mesure où ce préjudice moral est souvent porté par quelques éléments matériels tels que les atteintes à l'intégrité et à l'harmonie corporelles pour le préjudice esthétique, la perte d'un être cher pour la douleur morale, etc.

483. Double objectif de la responsabilité de la puissance publique. La responsabilité de la puissance publique ou de l'Administration poursuit un double objectif: 1°) la protection des administrés ou usagers par la réparation des dommages provoqués par l'action des services publics. Sous cet angle, on distingue la responsabilité pour faute (faute contractuelle, délictuelle⁶⁸¹ ou quasi-délictuelle⁶⁸² ; préjudice physique, matériel ou moral ; et le lien de causalité entre la faute et le dommage subi) de la responsabilité sans faute de l'Administration (pour risque pris par l'Administration par la création des choses dangereuses - explosifs, armes et engins dangereux, ouvrages publics dangereux - ou pour rupture de l'égalité de tous devant les charges publiques - mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de réquisition) ; 2°) la protection de l'Administration par la distinction du régime de la faute personnelle de l'agent ou de la faute détachable du service (faute étrangère à l'exercice normal de fonctions, dictée par les faiblesses de l'agent, ses passions ou ses imprudences) du régime de la faute de service liée à la mauvaise organisation ou au mauvais fonctionnement du service

(*culpa in vigilando*).

484. Organisation par ailleurs d'une responsabilité spéciale. Le droit congolais admet l'existence d'une responsabilité spéciale de l'Administration fondée sur un double régime : 1°) le régime de substitution de responsabilité automatique de l'État pour des erreurs commises par le conservateur des titres immobiliers ou pour erreur judiciaire commise par un magistrat ou de l'autorité de tutelle lorsque la tutelle s'exerce par voie de substitution d'action en cas de faute lourde commise au cours de cette intervention ; 2°) le régime d'extension de responsabilité en cas de troubles. En la matière, le droit congolais fait la distinction entre les victimes directes (émeutiers ou insurgés) et les tiers. L'État engage uniquement sa responsabilité pour les dommages causés à des tiers par les forces de l'ordre. Encore que celles-ci doivent commettre une faute, car si leur action s'est déroulée en conformité avec leur mission, la réparation par l'État ne sera pas possible⁶⁸³.

485. Compétence de principe du juge civil. Si en droit français la responsabilité de la puissance publique est administrative sur la base des principes autonomes dégagés par l'arrêt *Blanco du 8 février 1873* du Tribunal des conflits⁶⁸⁴, en droits belge et congolais, cette responsabilité est civile sur la base des règles du droit civil (art. 258 et 260, Code civil congolais, livre III) à la suite de l'arrêt *La Frandria* du 5 novembre 1920 de la Cour de cassation de Belgique⁶⁸⁵. Conformément à l'article 122 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire, la compétence du tribunal est déterminée par la nature et le montant de la demande. Les fruits, intérêts, arrérages, dommages-intérêts, frais et autres accessoires ne sont ajoutés au principal que s'ils ont une cause antérieure à la demande. Le

⁶⁸¹ La faute delectuelle est intentionnelle ou délit civil.

⁶⁸² La faute quasi-delectuelle est non intentionnelle, se commettant par imprudence ou négligence, par maladresse ou inattention (quasi-délit).

⁶⁸³ En ce sens aussi, C. KABANGENTA\$ALA, *Droit administratif, op. cit., t. I*, pp. 198-200.

⁶⁸⁴ Voy. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *op. cit., p. 1*; J.-C. RICCI, *Mémento de la jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 9

⁶⁸⁵ Voy. par exemple, M. UYTENDAELE, *op. cit.*, n°3, pp. 597-598; R. ERGEC, *op. cit.*, n°503, p. 208.

tribunal de paix connaît des contestations dont la valeur ne dépasse pas 2 500 000,00 francs congolais, et le tribunal de grande instance au-delà de ce montant.

486. Compétence résiduaire du Conseil d'État. L'article 155, alinéa 3, de la Constitution dispose que « le Conseil d'État connaît, dans les cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes, de demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, matériel ou moral résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République. Il se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé ». Le dommage exceptionnel peut résulter d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités centrales comme par les autorités provinciales et locales⁶⁸⁶. Le constituant vise ici le cas où un particulier est inéquitablement lésé par un acte dont l'annulation ne peut être obtenue, car il s'agit d'une mesure qui n'est pas entachée d'illégalité. Le préjudice doit en effet avoir « un caractère exceptionnel en ce sens que celui qui en est victime par un choix arbitraire de l'autorité ou par un effet malheureux du hasard se trouve inéquitablement défavorisé par rapport aux autres citoyens »⁶⁸⁷. Ce préjudice exceptionnel doit être direct (la conséquence immédiate de la mesure de l'autorité), certain (il doit résulter d'une mesure définitive, c'est-à-dire la demande en indemnité ne peut être introduite par crainte d'une décision à intervenir) et spécial (dans la mesure où il est imprévisible, d'une certaine gravité et frappe spécialement un particulier ou un groupe limité de particuliers)⁶⁸⁸. En réalité, l'indemnisation du préjudice exceptionnel est d'inspiration directe du droit belge. Aussi, la consultation de la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique et de la doctrine belge est-elle nécessaire en la matière⁶⁸⁹. En effet, la doctrine belge précise à cet égard que le contentieux de l'indemnité pour dommage exceptionnel⁶⁹⁰ devant le Conseil d'État a pour objet de permettre l'indemnisation de personnes que l'action régulière des pouvoirs publics lèse gravement de manière anormale, au mépris du principe de l'égalité devant les charges publiques⁶⁹¹. Dans cet ordre d'idées, « pour qu'une demande de réparation ressortisse à la compétence du Conseil d'État, la demande doit trouver son fondement dans l'équité, non dans une règle de droit dont il s'agit de requérir l'application ou

⁶⁸⁶ Si en Belgique il est précis qu'il doit s'agir d'une mesure émanant des autorités administratives *stricto sensu*, c'est-à-dire des organes qui ressortissent au pouvoir exécutif (fédéral, régional, communautaire, provincial ou communal) ainsi que des organes créés par ces autorités (établissements publics notamment), mais également des ordres professionnels et des personnes privées investies par la loi d'une mission de service public, en revanche, en République Démocratique du Congo, le constituant utilise l'expression « les autorités de la République ». Il est dès lors difficile de se limiter aux seules autorités administratives. Le terme « République » vise la forme du gouvernement de l'État, personne morale à qui est reconnu l'exercice de l'autorité souveraine sur un territoire déterminé. Dans ces conditions, il peut même être envisagé la réparation d'un dommage exceptionnel causé par un acte législatif.

⁶⁸⁷ A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais*, t. 1, Kinshasa, Université Lovanium, Bruxelles, Larcier, 1970, n° 255, p. 289.

⁶⁸⁸ En ce sens, J. de BURLET, *op. cit.*, r. 1, n° 496, pp. 255-256 ; F. VUNDUAWETE PEMAKO, *op. cit.*, p. 789.

⁶⁸⁹ Voy. not. C. CAMBIER, *op. cit.*, pp. 515->20 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, t. 2, pp. 1300-1315 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, pp. 333-342 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 849-898 ; P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, pp. 499-525 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op. cit.*, pp. 784-786 ; D. RENDERS, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 3, pp. 381-396 ; M. UYTTENDAELE, *op. cit.*, pp. 580-583.

⁶⁹⁰ J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op. cit.*, vol. I, p. 335, n° 138 ; M. UYTTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 580-581. En droit congolais, voir notamment J. de BURLET, *op. cit.*, pp. 254-257 ; F. VUNDUAWETE PEMAKO, *op. cit.*, pp. 787-789 et 885-887 ; C. KABANGENTABALA, *Droit administratif*, *op. cit.*, t. 1, pp. 188-193 ; MBOKODJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 618-621 ; BOTAKILE BATANGA, *Du contentieux de la responsabilité devant le juge administratif congolais: contribution pour une théorie de réforme*, Thèse de doctorat, Université de Kinshasa, 2013, pp. 268-313.

⁶⁹¹ La notion de « dommage exceptionnel » a été conçue pour permettre l'indemnisation des préjudices non couverts par le juge judiciaire, car les citoyens ne doivent pas subir, sans indemnisation, de lourds sacrifices à la suite de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, alors que la collectivité (l'État, la province ou l'entité territoriale décentralisée) retire un avantage des mesures à l'origine des préjudices subis. (M. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 580 ; P. LEWALLE, avec la coll. de L. DONNAY, *op. cit.*, n° 353, pp. 500-502 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 849-850).

de sanctionner la violation »⁶⁹². C'est dans ce sens qu'à l'alinéa 3 *in fine* de l'article 155, la Constitution congolaise dispose: « il (le Conseil d'État) se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé ». Car, ici, comme Cyr Cambier le souligne, « le Conseil d'État ne se prononce point en droit sur un conflit de droits, mais en équité sur un conflit d'intérêts non protégés par une loi⁶⁹³

487. **Intervention** aussi du juge pénal. Le juge pénal peut connaître en même temps de la réparation du préjudice causé par une infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou en vertu de celles-ci (art. 107, L.O. sur les juridictions de l'ordre judiciaire). La victime bénéficie aussi des facilités prévues par la loi qui voudraient que le juge répressif saisi de l'action publique prononce d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux⁶⁹⁴(art. 108, L.O. sur les juridictions de l'ordre judiciaire).

c) Le contentieux de pleine juridiction

488. Bases juridiques. L'article 149 de l'ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires est maintenu transitoirement par l'article 154 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

489. Caractéristiques. Le contentieux de pleine juridiction est un double contentieux objectif et subjectif qui vise à la fois l'annulation de l'acte administratif jugé illégal et l'indemnisation pour le préjudice subi. Ces deux requêtes doivent s'introduire à titre principal et au même moment devant le juge administratif compétent. La requête en réparation pour dommage causé ne peut pas être une question nouvelle dont le juge n'a pas été saisi *in limine litis*. Le contentieux de l'indemnité pour réparation d'un dommage exceptionnel ne peut pas se combiner avec une requête en annulation pour excès de pouvoir. Le requérant doit choisir la seule voie à suivre (*electa una via, non datur recursus ad alteram*, c'est-à-dire une voie ayant été choisie, on ne peut en adopter une autre). Car, en droit congolais, le contentieux de l'annulation ne se combine avec le contentieux de l'indemnité dans le cadre du contentieux de pleine juridiction que s'il s'agit d'un préjudice ordinaire subi.

C. Le contrôle par la Cour constitutionnelle

490. Présentation générale. La Cour constitutionnelle est juge de la Constitution dans le cadre d'un système concentré suivant le modèle européen, mieux autrichien⁶⁹⁵. L'exercice de la justice constitutionnelle implique que le juge constitutionnel concentré ou unique contrôle la conformité des normes infra-constitutionnelles à la Constitution, expression juridique de la

⁶⁹² Il convient d'invoquer un traitement inéquitable ou anormal sans se référer à une règle violée qui induirait nécessairement l'existence d'une faute. (D. RENDERS, *op. cit.*, t. 3, n° 819, p. 383).

⁶⁹³ C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 517.

⁶⁹⁴ Le principe de l'allocation d'office des D.I. est propre au droit congolais ; cela vient du droit colonial qui avait prévu ce mécanisme en faveur des indigènes.

⁶⁹⁵ Ces compétences non contentieuses sont organisées par les articles 82 à 87 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle (*JO*, n° spécial, 18 octobre 2013, col. 17-18). Elles concernent la réception du serment du Président de la République, la connaissance de la déclaration du patrimoine familial du Président de la République et des membres du Gouvernement, la déclaration de vacance de la présidence de la République et la prolongation du délai de l'élection présidentielle en cas de force majeure..

souveraineté, vérifie le respect de la répartition des compétences entre organes actifs de l'État ou entre l'État central et les collectivités politiques infra-étatiques. La Cour constitutionnelle congolaise est en outre le juge des conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions institués (art. 153, al. 1^{er}, et 154, Const.). Cette Cour exerce également des compétences non contentieuses (art. 74, 76 et 99, Const.)⁶⁹⁶ et est juge du contentieux électoral pour les élections présidentielle et législative nationales ainsi que pour le référendum. Par conséquent, c'est à elle que revient la compétence de proclamer les résultats définitifs de ces consultations. Au demeurant, la Cour constitutionnelle congolaise est principalement « juge de la constitutionnalité » des traités et accords internationaux, des lois, des actes ayant force de loi, des édits, des règlements intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et des institutions d'appui à la démocratie ainsi que des actes réglementaires des autorités administratives. À l'exception des traités et accords internationaux, la saisine directe par toute personne (physique ou morale de droit public ou de droit privé) contre les autres actes ne peut se faire que dans les six mois suivant la publication de l'acte législatif ou réglementaire administratif ou suivant la date de la mise en application du règlement intérieur concerné (art. 50, al. 1^{er}, L.O. sur la Cour constitutionnelle). S'agissant des traités et accords internationaux, le recours en inconstitutionnalité d'une loi d'approbation ou d'autorisation de ratification d'un traité n'est recevable que s'il est introduit dans les 60 jours qui suivent la publication de cette loi au journal officiel (art. 50, al. 2, L.O. sur la Cour constitutionnelle). Tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit (art. 168, al. 2, Const.).

⁶⁹⁶ Les cours constitutionnelles n'auraient jamais existé sans Hans Kelsen. Par ses travaux et son projet de Constitution autrichienne de 1920, le maître de Vienne a mis au point un nouveau type de justice constitutionnelle fonctionnant différemment de celui des États-Unis. (L. FAVOREU, W. NIASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2011, p. 7; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 34; F. VUNDUAWE et PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *op. cit.*, vol. II, pp. 1041-1042)

son installation,⁶⁹⁷ la Cour constitutionnelle sera appelée à contrôler, à plusieurs titres, l'activité administrative et le comportement de certaines autorités administratives.

491. La Cour est juge d'interprétation de la Constitution (art. 161, al. 1^{er}, Const.). Dans ce cadre, elle peut préciser, en cas de difficultés, la portée des attributions reconnues à de nombreuses autorités administratives (Président de la République, premier ministre, ministres, autorités administratives indépendantes, etc.). La requête à former par des organes publics ou un dixième des membres de l'Assemblée nationale ou du Sénat (possibilité pour l'opposition politique de saisir le juge constitutionnel) mentionne les dispositions dont l'interprétation est sollicitée. La Cour statue, dans le délai de 30 jours ou de 8 jours en cas d'urgence exprimée par le Gouvernement de la République, par voie d'arrêt qui s'impose aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, civiles et militaires, ainsi qu'aux particuliers (art. 56, L.O. sur la Cour constitutionnelle).

492. La Cour est juge des conflits d'attribution d'un litige entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif (art. 161, al. 4, Const.). Il y a conflit d'attribution, lorsque la Cour de cassation et le Conseil d'État déclarent tous une juridiction de l'ordre judiciaire et une juridiction de l'ordre administratif compétente ou incompétente pour connaître une même demande mue entre les mêmes parties. Le recours n'est recevable que si une exception d'incompétence a été soulevée par ou devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État au motif que la demande relève en tout ou en partie de l'autre ordre. L'arrêt de règlement de conflit s'impose aux deux ordres de juridiction (art. 71, L.O. sur la Cour constitutionnelle).

493. La Cour est juge des conflits de compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif au niveau central de l'État et des conflits de compétences entre l'État et les provinces (art. 161, al.3, Const.). Dans le premier cas, la Cour se prononce sur le caractère législatif ou réglementaire des matières en cause ou, à la demande du Gouvernement, détermine le caractère réglementaire d'une matière réglée par une loi mais relevant désormais du domaine réglementaire (art. 59 et 60, L.O. sur la Cour constitutionnelle). Dans le second cas, la Cour se prononce sur l'échelon du pouvoir compétent (art. 63, L.O. sur la Cour constitutionnelle). Par ailleurs, dans les matières relevant de la compétence concurrente, le recours doit être précédé de la notification de la nature de l'incompatibilité à la province concernée (art. 64, L.O. sur la Cour constitutionnelle). À ce sujet, l'article 205, alinéa 4, de la Constitution dispose que tout édit incompatible avec les lois et règlements nationaux, intervenu dans les matières de la compétence concurrente entre l'État et les provinces, est nul de plein droit.

494. La Cour est juge pénal du Président de la République et du Premier ministre (art. 163, Const.), qui sont bel et bien les plus hautes autorités administratives à la tête de l'Administration d'État. Ces deux hautes autorités de l'État sont justiciables de la Cour constitutionnelle pour des infractions politiques comme pour des infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En sus de l'infraction politique d'outrage au Parlement qui concerne spécialement le Premier ministre, l'article 165 de la Constitution, tel qu'appliqué par les articles 73 à 78 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, énumère trois autres infractions politiques : la haute trahison, l'atteinte à l'honneur ou à la probité et le délit d'initié. En principe, une infraction

⁶⁹⁷ En attendant l'installation de la Cour constitutionnelle, la CSJ a reçu mandat du constituant d'exercer ses attributions (art. 233, Const.). Instituée par la Constitution (art. 157), la Cour constitutionnelle devait impérativement être mise en place dans les six mois de la promulgation de la loi organique du 15 octobre 2013 portant son organisation et son fonctionnement (art. 118 de cette loi organique). Autrement dit, les membres de la Cour constitutionnelle auraient dû être présentés à la Nation représentée par le Président de la République, l'Assemblée nationale, le Sénat et le Bureau du Conseil supérieur de la magistrature, et prêté serment devant le Président de la République au plus tard le 15 avril 2014. À cette date, rien n'y avait été fait. Les membres de la Cour constitutionnelle ne seront désignés et nommés qu'en juillet 2014. Jusqu'à la fin de l'année 2014, cette installation n'est pas aussi intervenue malheureusement !

est politique lorsque son auteur agit avec l'intention de porter atteinte à l'ordre politique (intention politique) et que les faits commis portent directement atteinte à des institutions politiques (effet politique)⁶⁹⁸. La décision de poursuites et la mise en accusation du Président de la République ou du Premier ministre sont votées à la majorité de 2/3 des membres du Parlement réunis en Congrès.

495. La Cour est juge du contrôle de constitutionnalité, par voie d'action, des actes réglementaires de toute autorité administrative (art. 162, al. 2, Const. ; art. 43 et 46, L.O. sur la Cour constitutionnelle), sur saisine de toute personne physique ou morale de droit public ou de droit privé. Si le contrôle de constitutionnalité des règlements autonomes par la Cour constitutionnelle n'appelle aucune nuance, la doctrine estime que « le juge constitutionnel ne peut apprécier la constitutionnalité du règlement subordonné intervenant dans le sillage de la loi sans évoquer au préalable la constitutionnalité de la loi sur la base de laquelle le règlement subordonné tire son fondement juridique »⁶⁹⁹. Le même raisonnement devra être tenu en ce qui concerne l'édit et le règlement de son exécution. Au demeurant, le juge constitutionnel n'est compétent à cet égard que pour censurer l'inconstitutionnalité des actes administratifs réglementaires. Or les actes administratifs unilatéraux sont, du point de vue du contenu ou suivant le critère matériel, soit réglementaires soit non réglementaires, c'est-à-dire individuels et particuliers ou des décisions d'espèce⁷⁰⁰. Par conséquent, il importe de noter que le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs individuels ou particuliers relève plutôt du juge administratif. Le contrôle *a priori* par voie d'action des actes législatifs formels et des règlements intérieurs (des Chambres parlementaires, du Congrès ou des institutions d'appui à la démocratie), lorsqu'il aboutit à un arrêt d'inconstitutionnalité, empêche la promulgation ou la mise en

application de l'acte ou du texte juridique entrepris. Toutefois, si la disposition déclarée contraire à la Constitution n'est pas jugée inséparable de l'ensemble du texte ou de l'acte juridique, celui-ci peut, selon le cas, être promulgué ou appliqué, à l'exception de ladite disposition.

496. La Cour est juge de l'exception d'inconstitutionnalité, plutôt de la question préjudicielle de constitutionnalité⁷⁰¹, soulevée par toute personne (physique ou morale de droit public ou privé) devant une juridiction ou par celle-ci (art. 162, al. 1^{er} C et 3, Const.). Signalons d'emblée que hormis les traités et accords internationaux, la procédure d'exception d'inconstitutionnalité ne concerne pas que les actes législatifs (lois formelles, actes ayant force de loi et édits). L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée à l'égard des actes réglementaires des autorités administratives de tous les trois niveaux d'exercice du pouvoir d'État en République Démocratique du Congo (pouvoir central, provinces et ETD), que ces autorités administratives soient indépendantes vis-à-vis du Gouvernement de la République, sous tutelle ou ceuvrant dans le cadre d'une Administration déconcentrée. Dans le cadre cette procédure d'exception d'inconstitutionnalité, le législateur organique a disposé que « l'acte déclaré non-conforme à la

⁶⁹⁸ En ce sens, M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'UCL, XXVI », 1995, pp. 632-633

⁶⁹⁹ L. YUMA BIABA, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁰⁰ La distinction entre actes réglementaires et actes individuels n'épuise pas la classification des actes administratifs unilatéraux (en ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, t. 1, n° 700, p. 525 ; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 271). Par exemple, l'acte de convocation ou de dissolution d'un conseil communal, les actes de tutelle administrative, la décision de fusion de communes ou de transfert du chef-lieu d'une entité territoriale, l'acte par lequel le statut de ville ou de commune est conféré à une agglomération, la décision d'ouverture d'un recours de recrutement, l'acte de convocation des électeurs à une élection ou la décision de classement d'un site, d'un immeuble ou de déclassement d'un véhicule d'un service public sont des décisions d'espèce ou des actes particuliers.

⁷⁰¹ En ce sens, MBOKO DJ'ANDIMA, *État de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, vol. I, pp. 312-325.

Constitution ne peut être appliqué dans le procès en cours »⁷⁰². Cette disposition est rédigée dans le sens de dire dans le cadre de cette procédure que l'arrêt de la Cour produirait un effet relatif comme c'est le cas dans le système diffus suivant le modèle américain⁷⁰³. L'erreur part de la qualification de la procédure d'une « procédure d'exception d'inconstitutionnalité » au lieu de la « question préjudicielle de constitutionnalité ». En droit, le juge de l'action est le juge de l'exception. Dans ce cas, le juge saisi de l'action principale est en face d'une question préalable, qui est tranchée par lui. En revanche, en cas de question préjudicielle, qui ne relève donc pas de la compétence du juge saisi de l'action principale, celui-ci doit surseoir à statuer et attendre la décision d'un autre juge. En l'espèce, le juge de l'action est incompétent pour statuer sur notre soi-disant exception d'inconstitutionnalité. La question est plutôt posée à un autre juge, le seul compétent en la matière. La décision de ce juge a effet *erga omnes* sur la question soulevée⁷⁰⁴. Il n'y a donc pas lieu à faire de confusion entre exception d'illégalité, comme question préalable de légalité devant un juge ordinaire autre que le juge administratif, et la question préjudicielle de constitutionnalité baptisée en droit congolais depuis la rédaction malencontreuse, sur ce point, de la Constitution du 1^{er} août 1964 d'« exception d'inconstitutionnalité ».

D. Conclusion

497. Aboutissement du contrôle juridictionnel. Le contrôle juridictionnel peut aboutir à l'annulation des actes et décisions des autorités administratives qui sont jugés inconstitutionnels ou illégaux ou à leur inapplicabilité, à la condamnation des responsables et agents des services publics à des sanctions pénales (peines de servitude pénale et amendes), à la condamnation des services publics et de leurs agents à la réparation du préjudice causé à la victime, à l'application des peines disciplinaires à l'endroit des magistrats relevant de deux ordres de juridictions (judiciaires et administratives) ou à l'endroit des membres des ordres professionnels ainsi qu'à la condamnation des comptables publics à la réparation du préjudice causé à la collectivité nationale ou locale, ou à la restitution du trop-perçu indûment. Enfin, il importe de signaler qu'à la requête du Ministère public ou de la partie la plus diligente, toute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif est tenue de rétracter toute décision même coulée en force de chose jugée, rendue en application de tout acte législatif ou réglementaire déclaré contraire à la

Constitution ou en application de tout règlement pris en exécution d'un tel acte⁷⁰⁵.

498. *De lege ferenda*. Du fait que l'introduction du recours n'a pas d'effet suspensif, il est indiqué que la demande devant le juge administratif de suspension de l'exécution d'un acte administratif bénéficiant naturellement du privilège du préalable en vertu de sa présomption de légalité soit envisagée devant le juge administratif. En effet, la suspension de l'exécution d'un acte administratif a pour but de prévenir la survenance d'un dommage que pourrait causer l'exécution immédiate de l'acte. Ce pouvoir de suspension de l'exécution d'un acte administratif a pour

⁷⁰² Article 53, alinéa 2, de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JO*, n° spécial, 18 octobre 2013, col. 12.

⁷⁰³ Même dans ce modèle, il faut nuancer le propos en raisons du jeu de la règle du précédent (*stare decisis*) dans le cadre du système de *judicial review*. (F. VUNDUAWA et PEMAKO, *op. cit.*, vol. II, note en bas de page n° 80, p. 1040).

⁷⁰⁴ En ce sens, P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », vol. 11, 2014, p. 49 ; M. FROMONT, *justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 115 ; M. VERDUSSEN, *justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 285 ; D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », in *La question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 54.

⁷⁰⁵ La décision rendue par toute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif rendue dans ce cadre n'est aussi susceptible d'aucun recours (art. 115, L.O. sur la Cour constitutionnelle).

finalité de préserver l'effet utile d'une annulation éventuelle et permet au juge administratif de prendre des mesures qui préservent les intérêts des parties, et principalement du requérant, de manière à ce que, après une annulation éventuelle, celui-ci puisse être replacé dans une situation semblable à celle qu'il aurait connue si cet acte n'avait pas été émis.

CHAPITRE

LA SUPPRESSION DES SERVICES PUBLICS

Limite de l'opération. L'État, les provinces et les entités territoriales décentralisées (villes, communes, secteurs et chefferies) ont le droit de supprimer les services publics qu'ils ont créés. Mais, en toute logique, les personnes publiques ne doivent pas supprimer des services publics fondamentaux non seulement pour elles-mêmes (défense nationale, police, justice, etc.) mais aussi pour les usagers (voirie, eau, électricité, transports). En les supprimant, la collectivité territoriale couperait, en quelque sorte, la branche sur laquelle elle est assise. Car il faut bien reconnaître que la création et la gestion des services publics pour répondre à des besoins d'intérêt général constituent la justification la plus sérieuse de l'État et des collectivités locales. La disparition des services publics concerne essentiellement les services publics non *obligatoires* au regard *des dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire en définitive*, ceux qui sont librement créés par le législateur ou le pouvoir réglementaire.

Disparition individuelle. La mort ou la suppression des services publics présente en principe un aspect individuel: est supprimé un service public donné qui n'apparaît plus nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général ou lorsque l'intérêt général en cause est satisfait par un autre procédé que le service public. C'est donc la disparition individuelle, au cas par cas, des services publics qui sont envisagée ici. Dès lors, il convient d'étudier l'acte juridique de suppression du service public et les conséquences que celle-ci est susceptible d'entraîner.

SECTION I. L'ACTE JURIDIQUE PORTANT SUPPRESSION DU SERVICE PUBLIC

Principe de parallélisme des compétences et des formes.

La matière est dominée par le principe de parallélisme de compétences et des formes. Si toutes choses restent égales par ailleurs (*rebus sic stantibus*), les règles de compétence et de forme sont les mêmes que celles qui prévalaient au moment de la création du service public. Celles-ci s'appliquent en vertu de la théorie de l'acte contraire. Dans ces conditions, lorsque le service public est créé par une loi ou un édit, le parallélisme des compétences et des formes voudrait que sa suppression soit décidée par la loi ou l'édit, selon le cas. Si le service public est créé par un acte réglementaire d'une autorité administrative donnée (Président de la République, Premier ministre, Gouverneur de province, Conseil local) qui continue à demeurer l'autorité compétente et à agir par voie du même mode d'expression juridique, c'est cette autorité administrative qui interviendra pour supprimer le service public en application du principe de parallélisme des compétences et des formes en vertu de la théorie de l'acte contraire.

Nouvelles règles de compétence. En revanche, si les règles de compétence ont changé dans l'entre-temps, le principe de parallélisme des compétences et des formes ne s'applique plus. Seules les nouvelles règles de compétence sont alors d'application. La nouvelle autorité compétente (législative ou réglementaire) est donc habilitée à supprimer le service public en question, sous la forme qui lui est propre et suivant la procédure requise⁷⁰⁶. C'est dans ce sens qu'il faut envisager les nombreux statuts des établissements publics et des services publics fixés par des décrets du Premier ministre à la suite de la transformation des anciennes entreprises publiques correspondantes⁷⁰⁷. Les dispositions finales de ces différents décrets ont abrogé toutes les dispositions antérieures contraires.

⁷⁰⁶ En ce sens, F. WNDUAWA et PEMA KO, *op. cit.*, pp. 161-162

⁷⁰⁷ *JO*, n° spécial, 10 décembre 2009, pp. 5-192.

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ACTE SUPPRIMANT LE SERVICE PUBLIC

503. Effets sur les moyens du service public. Il existe trois séries de conséquences juridiques de l'acte supprimant le service public : les unes concernent les actes juridiques relatifs au service public, les autres intéressent les agents du service public ou, enfin, les biens affectés au service.

§ I. Les conséquences à l'égard des actes juridiques

Présentation. Les conséquences de la suppression du service public s'apprécient tant à l'égard des actes juridiques unilatéraux (législatifs ou réglementaires) que des contrats.

A. Les conséquences concernant les actes juridiques unilatéraux

Abrogation de textes. La suppression du service public peut appeler l'abrogation ou la modification d'un texte de loi ou d'un texte réglementaire ou seulement d'une partie d'un texte qui visait spécialement le service supprimé. Par exemple, la suppression de l'établissement public « Fonds national d'entretien Routier (FONER) » doit appeler l'abrogation de plusieurs dispositions de la loi du 7 juillet 2008 portant création d'un fonds national d'entretien routier.

Délai de mise en œuvre. Lorsque le texte, la partie de texte ou l'article dont l'abrogation ou la modification s'impose, compte tenu de la suppression d'un service public donné, est de nature réglementaire, l'Administration doit édicter dans un délai raisonnable, les actes à portée générale précisant les modalités d'application de l'acte (législatif ou réglementaire) décidant la suppression du service public.

Adaptation de textes. Dans certains cas, la suppression du service public appelle uniquement l'adaptation des règlements existants à la nouvelle situation née de la suppression du service public. C'est le cas, par exemple, de la transformation de l'Office des douanes et accises (OFIDA) en un service public dénommé « Direction générale des douanes et accises » (DGDA), qui a appelé l'adaptation du cadre organique et du règlement d'administration relatif au personnel.

B. Les conséquences concernant les contrats existants

508. Cas du contrat d'exécution du service. Au moment de la suppression d'un service public, des contrats conclus par celui-ci peuvent encore être en cours d'exécution. En cas de contrats administratifs par lesquels la personne publique, créatrice du service public, charge une personne de droit privé de l'exécution même du service public (concession, régie intéressée), il y a lieu d'indiquer qu'en supprimant le service public, la personne publique fait disparaître par là même l'objet du contrat. La solution juridiquement convenable est la résiliation de plein droit du contrat, puisque la disparition de l'objet du contrat s'analyse comme une résiliation administrative, c'est-à-dire un fait de prince⁷⁰⁸ Dans ces conditions, l'indemnisation du cocontractant s'impose.

Cas des contrats avec les prestataires ou les fournisseurs. S'agissant de contrats passés avec les prestataires de services et autres fournisseurs de biens, la suppression du service public, comprise comme une résiliation administrative, doit entraîner également l'indemnisation du cocontractant.

LES CONSEQUENCES A L'EGARD DES AGENTS DU SERVICE

⁷⁰⁸ A. DE LAURADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *op. cit.*, n° 1415; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 365.

Cas des fonctionnaires.

Pour les fonctionnaires œuvrant au sein des services publics administratifs gérés tout naturellement en régie, il faut relever que ceux-ci tiennent de leur situation statutaire une protection contre une perte d'emploi en cas de suppression du service public dans lequel ils œuvraient. L'Administration ne peut se séparer des agents statutaires que dans les conditions prévues par la loi qui fixe leur statut (mise à la retraite, révocation à la suite d'une procédure disciplinaire, licenciement pour inaptitude professionnelle ou pour inaptitude physique, démission d'office en cas d'abandon de poste, etc.). Dans ces conditions, ces fonctionnaires devront être affectés dans d'autres services publics de la personne administrative territoriale considérée.

Cas des agents publics contractuels.

Quant aux agents publics contractuels des services publics administratifs, il faut dire que ceux-ci sont les plus vulnérables. Ils sont les plus exposés au licenciement⁷⁰⁹. La jurisprudence administrative française par exemple considère que la suppression du service public entraîne la résiliation de plein droit du contrat de l'agent, et cela à tout moment qu'il s'agisse de contrats à durée déterminée ou de contrats à durée indéterminée⁷¹⁰. L'absence de protection des agents publics contractuels contre le licenciement en cas de suppression du service public est seulement tenue en échec dans un cas très précis : l'état de grossesse, qui interdit le licenciement.

Cas des travailleurs de droit commun. Lorsque le service public est supprimé par une autorité qui n'est pas celle qui le gère, cette dernière est en droit d'invoquer la force majeure pour résilier les contrats la liant aux agents qu'elle a elle-même recrutés pour le fonctionnement du service. S'agissant des agents des services publics industriels et commerciaux et des établissements publics congolais en dehors du secteur de l'enseignement national, qui se trouvent dans une situation individuelle de droit privé, c'est le droit commun du travail qui s'applique en cas de suppression du service public. Si le service public n'est pas précisément géré par la personne publique qui prend la décision de le supprimer (par exemple, un conseil local supprimant une cantine scolaire gérée par une association de parents d'élèves), le gestionnaire du service est en droit d'invoquer la force majeure dans les relations *contractuelles de travail le liant aux agents qu'il a recrutés pour les besoins du service*.

3. Les conséquences à l'égard des biens du service

Sort des biens d'une régie supprimée. Si le service public est géré en régie directe ou indirecte par la collectivité territoriale (État, province, entité territoriale décentralisée), les biens affectés au service sont la propriété de cette personne publique et la suppression du service entraîne soit la réaffectation des biens rendus disponibles à un autre service public, soit l'aliénation des biens dont la personne publique propriétaire estime qu'elle n'en a plus besoin de l'utilisation. Toutefois, lorsque les biens affectés au service public font l'objet d'aménagements spéciaux, ceux-ci se trouvent soumis au régime juridique de la domanialité publique. Dans ce cas, leur aliénation suppose, au préalable, une décision formelle de désaffectation⁷¹¹.

Sort des biens d'un établissement public supprimé Si le service public est géré par un

⁷⁰⁹ Mais cette limite au licenciement ne joue pas lorsque la suppression du service public entraîne, non pas la résiliation du contrat, mais le refus de son renouvellement. (J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 369).

⁷¹⁰ CE, 19 décembre 1969, Karila, *RD*, 1970, p. 1075 ; CE, 4 juillet 1975, Habourdin, *RD*, 1976, p. 596.

⁷¹¹ Cette décision est nécessaire même si, au départ, un acte formel de classement dans le domaine public n'avait pas eu lieu. (J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, p. 371).

établissement public, deux solutions peuvent être envisagées. En cas de suppression du service public lorsqu'au départ la collectivité territoriale de rattachement a affecté à l'établissement des biens pour le fonctionnement, sans transfert de propriété, la collectivité territoriale reprend possession des biens en cause, à charge pour elle de les affecter à un autre service ou de les aliéner après déclassement s'ils appartenaient à son domaine public. Au cas où l'établissement public disposant, par définition, de la personnalité morale et de l'autonomie financière, a pu acquérir, en propre, des biens nécessaires au fonctionnement du service public, la solution qui s'impose est la remise des biens à la collectivité de rattachement lors de la suppression du service public entraînant la disparition de l'établissement public. C'est la solution qui a été retenue par le décret n° 09/13 du 24 avril 2009 portant dissolution et liquidation de quelques entreprises publiques (Office des Biens Mal Acquis - OBMA -, Complexe sucrier de Lotokila - CSL, etc.)⁷¹², En effet, en son article 2, ce texte réglementaire dispose : « Sont transférés à l'État, tous les biens meubles et immeubles... qui appartiennent ou sont censés appartenir aux entreprises dissoutes ».

Sort des biens à la fin de la concession de service public.

Dans l'hypothèse d'une concession de service public consentie à une personne privée, le cahier des charges prévoit le sort des biens à la fin de la concession, que cette fin soit prématurée ou coïncide avec l'arrivée du terme du contrat de concession. Concrètement, faut-il le rappeler, lorsque la concession prend fin, les biens doivent se répartir en trois catégories⁷¹³.

- les « biens de retour », désignés à l'avance par le cahier des charges, qui deviennent gratuitement la propriété du concédant (cas des immeubles nécessaires à l'exploitation du service)⁷¹⁴;
- les « biens de reprise », qui sont ceux que le concédant a le droit, s'il le veut, d'acheter sans que le concessionnaire puisse s'y opposer (cas des meubles servant à l'exploitation du service) ;
- les « biens propres », lesquels demeurent la propriété du concessionnaire.

Le sort normal de ces immeubles est une nouvelle affectation au même service public, mais dans un autre contexte juridique, lorsque la décision du concédant a été précisément celle de choisir un nouveau mode de gestion du service public.

⁷¹² *JO*, n°spécial, 30 avril 2009, pp. 19-21.

⁷¹³ En ce sens, G. LEBRETON, *op. cit.*, n° 113, pp. 163-164.

⁷¹⁴ Le sort normal de ces immeubles est une nouvelle affectation au même service public, mais dans un autre contexte juridique, lorsque la décision du concédant a été précisément celle de choisir un nouveau mode de gestion du service public.