

La soumission des établissements publics au droit privé par leur qualification à caractère marchand

Si l'un des objectifs du mouvement général de libéralisation depuis les années 1980, en réaction au processus de nationalisation d'après-guerre, est de diminuer les interventions publiques suspectes par leur nature même de ne pas respecter la loi du marché, l'autre consiste à soumettre les activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence. Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi, dans leur ouvrage sur le droit du service public, résument la problématique en deux questions qui se posent autour de la notion de service public : l'une sur la définition du domaine d'intervention de l'État dans lequel les personnes publiques créent des entreprises de service public ce qui engendre l'opposition entre État-gendarme et État-providence, État réglementaire et État prestataire, enfin, libéralisme et socialisme ; l'autre sur le régime juridique applicable aux activités de service public et sur la compétence juridictionnelle pour les contentieux qui en ressortent, cette question soulevant quant à elle l'opposition entre soumission la plus large possible des services publics au droit commun et maintien d'un régime juridique exorbitant du droit commun¹⁷⁸.

La politique de « modernisation », prônée également en France et en Chine à partir de la fin des années 1980, révèle en réalité une substitution progressive du modèle de l'État-régulateur à celui de l'État-providence ou de l'État socialiste que la IV^{ème} République de France et la République Populaire de Chine avaient respectivement bâti. Une fois identifié le domaine dans lequel l'État agit comme un commerçant normal (I), ce domaine peut être élargi soit pour étendre l'intervention publique, soit, en ce qui concerne l'évolution actuelle, pour réduire le domaine des activités à caractère administratif (II).

I. La notion de service public à caractère marchand

Au niveau juridique, l'une des conséquences de la confrontation entre l'interventionnisme et le libéralisme en France et en Chine est d'avoir entraîné une hétérogénéité de qualification des établissements publics. Cette division, fondée sur la nature du service que l'établissement assure (A), est largement controversée par les évolutions socio-économiques remettant en cause le lien entre la nature des missions et celle de l'établissement public qui les assure (B).

178 Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, Lextenso éditions, 3^{ème} éd., 2011, p. 65.

A. Le critère de la nature du service

Quelle que soit la divergence entre les régimes français et chinois des activités de l'administration, celles-ci font objet d'une distinction fonctionnelle (1). Pour cette raison, la question de l'application du régime juridique nécessite une recherche de critères d'identification (2).

1. L'origine de la distinction

Les auteurs de *Droit des services publics* rappellent que « la distinction SPA / SPIC est née d'une scission au sein d'une catégorie unique, celle des services publics et que la catégorie des SPIC a été constituée, dans un premier temps, par un prélèvement sur le stock des services publics existant »¹⁷⁹.

la reconnaissance jurisprudentielle des SPIC s'attache à l'arrêt du Tribunal des conflits *Société commerciale de l'Ouest africain* qui a suivi les raisonnements du commissaire du gouvernement Matter, constatant deux catégories de service : ceux qui « entrent dans les fonctions normales de l'État » et « ceux entrepris à titre privé » ; seuls les premiers constituent des « services publics proprement dits » tandis que les seconds s'assimilent aux activités privées. À ce titre, il convient de reproduire ces quelques lignes célèbres des conclusions du commissaire du gouvernement Matter :

« Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de la séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et [...] il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun. »¹⁸⁰

Ainsi, la jurisprudence *Société commerciale de l'Ouest africain* confirme et prolonge la distinction entre la fonction de régulation et la fonction de commercialisation au sein des activités de l'État, distinction déjà esquissée par le commissaire du gouvernement David dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco*, entre « l'État puissance publique » et « l'État personne civile »¹⁸¹,

179 Jean-François Lachaume ..., *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 67

180 Concl. Matter, *op. cit.*, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

181 Concl. David, *op. cit.*, *Blanco*. Il convient d'ailleurs de reproduire un extrait des ces conclusions pour illustration :

puis théorisée par les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous la décision *Terrier*¹⁸². Selon les termes des conclusions Romieu, la distinction des activités des personnes publiques se fonde sur la « gestion publique » et la « gestion privée », « soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier ». Non seulement il peut exister, au sein d'une personne publique, un « domaine privé » dont la gestion ne doit pas impliquer l'utilisation de procédés exorbitants du droit commun, mais une personne publique peut en outre agir, même dans « l'intérêt d'un service public proprement dit », comme une personne privée avec les procédés du droit commun. Dans ce cas, les personnes publiques « empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé »¹⁸³. La « gestion privée » des personnes publiques, qui se présentait comme une exception au sens des conclusions Romieu¹⁸⁴, est élargie et confortée par l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain* sous la forme du service public industriel et commercial qui se distingue de la fonction administrative proprement dite du service public.

Si, en France, cette distinction a été impulsée par les tendances libérales qui cherchaient un compromis entre la libre concurrence et le développement inévitable de l'intervention publique dans un contexte particulier, nous ne saurions transposer ce raisonnement en Chine au début de la République Populaire de Chine où la montée du socialisme étatique ne rencontrait aucun obstacle idéologique. Or, si l'État et ses administrations avaient vocation à assurer toutes les fonctions, administratives, économiques et sociales, et les entreprises privées devaient théoriquement disparaître un jour, quel était l'intérêt de distinguer les deux types d'établissements publics, établissements administratifs et USP ? Certes, à cette époque, la distinction était plutôt formelle que substantielle, car, d'une part, les USP étaient entièrement subordonnées à leurs établissements administratifs créateurs, d'autre part, elles étaient gérées de la même manière que les établissements administratifs. Néanmoins, c'est précisément cette distinction formelle qui a ultérieurement permis

« Il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier — soit en passant un de ces contrats de droit commun, d'un type nettement déterminé par le Code civil (location d'un immeuble, par exemple, pour y installer les bureaux d'une administration), qui ne suppose par lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, — soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier (commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expédition par chemin de fer aux tarifs du public, etc.). »

182 Concl. Romieu, CE., 6 février 1903, *Terrier*, *op. cit.*.

183 *Idem*.

184 Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2013, p. 69.

le détachement des USP de leurs établissements administratifs créateurs. Il s'agit bien d'une distinction de nature entre les activités de l'État.

Depuis la fondation de la République Populaire, l'image d'un État socialiste, fort et providentiel, est imprégnée dans la mémoire collective. Dans la construction du système de service public, l'État est légitimement le moteur principal. Il réalise sa mission d'intérêt public à travers les établissements de son administration d'une part, et à travers ses USP d'autre part. Mais en même temps, le souffle libéral depuis la Réforme de 1978 donne sans cesse des impulsions à la politique consistant à restreindre l'intervention de l'État dans les prestations de service et, à défaut, de la soumettre aux conditions identiques à celles des activités privées. Si, désormais, les établissements administratifs et les USP assurent tous des missions d'intérêt public, ils ne sont pas régis par le même droit. Celles-ci sont soumises au droit commun comme les personnes privées tandis que ceux-là ont leurs règles propres à suivre. Il s'avère que le gouvernement chinois, au moment de la réforme de l'administration entamée depuis les années 1980, a été confronté à un choix similaire à celui posé au Tribunal des conflits français en 1921, en ce qui concerne le régime juridique des USP :

— Soit doter les USP de la qualité de sujet administratif, c'est-à-dire soumettre leur gestion au régime exorbitant du droit commun ce qui pouvait conduire à aller à l'encontre de la politique de la réforme en élargissant le corps de l'administration et en renforçant l'interventionnisme étatique ;

— Soit considérer que les activités des USP de l'État ne diffèrent pas de celles des personnes privées et, par conséquent, doivent être soumises au droit privé.

Cette dernière solution triomphe sans pour autant éclaircir la notion de la personnalité morale des USP ; elle ne résout pas le paradoxe entre la tutelle de l'État et la personnalité morale indépendante des USP. Celles-ci assument leurs responsabilités civiles, en tant que personnes privées, dans leurs relations avec les autres personnes privées ; cependant, leur gestions internes des biens publics et des personnels publics par exemple, sont souvent soumises aux actes généraux et impersonnels du pouvoir réglementaire. Ce dualisme marque l'hésitation de l'autorité politique dans la construction du système de service public entre le procédé libéral du marché et le procédé socialiste de l'interventionnisme étatique. Or, il est tout de même certain que les USP, par le biais de l'acquisition de la personnalité morale indépendante, sont dorénavant séparées de leurs établissements administratifs créateurs.

À la suite de l'acte de séparation entre les établissements administratifs et les USP, l'État procède à une catégorisation des USP dont l'objet va au-delà d'une simple restructuration administrative¹⁸⁵. Aux termes de l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public »¹⁸⁶, « les unités de service public sont, selon la nature de leurs fonctions sociales, classées en trois catégories : celles chargées de missions administratives, celles exerçant des activités de production et de commercialisation et celles chargées de services d'intérêt public. Les unités chargées de missions administratives seront transformées en établissements administratifs ou séparées de leurs missions administratives ; celles exerçant des activités de production et de commercialisation seront progressivement transformées en sociétés commerciales ; celles chargées de services d'intérêt public seront conservées et leur caractère d'intérêt public sera renforcé. Dès lors il est interdit d'autoriser la création d'unités chargées de missions administratives et d'unités exerçant des activités de production et de commercialisation »¹⁸⁷. L'un des objectifs de cette démarche est de sauver le système des USP, mis en cause par la confusion sur la nature de leurs activités. Force est de constater que cette politique de catégorisation annonce la disparition des USP exerçant des activités de production et de commercialisation. Envisage-t-elle la fin des services publics à caractère marchand ? Il convient dès lors d'interroger la méthode d'identification de ce type de service public.

2. L'identification des services publics à caractère marchand

Si la reconnaissance récente de la catégorie d'USP à caractère marchand rencontre une difficulté quant à leur identification faute de qualification automatique par les textes, la qualification des SPIC en France est aussi tributaire de cette même difficulté. De surcroît, non seulement la qualification textuelle est aléatoire et peut être incertaine¹⁸⁸, mais encore la qualification réglementaire est soumise au contrôle du juge administratif qui applique ses propres critères de qualification.

185 Voir section 1 – II – B – 1 : Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes.

186 Préc..

187 " 在清理规范基础上, 按照社会功能将现有事业单位划分为承担行政职能、从事生产经营活动和从事公益服务三个类别。对承担行政职能的, 逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构; 对从事生产经营活动的, 逐步将其转为企业; 对从事公益服务的, 继续将其保留在事业单位序列、强化其公益属性。今后, 不再批准设立承担行政职能的事业单位和从事生产经营活动的事业单位".

188 C'est le cas, par exemple, de l'article L. 2224 – 11 du Code général des collectivités territoriales : « les services d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial ».

La qualification de la jurisprudence administrative française repose sur une présomption d'administrativité¹⁸⁹. Autrement dit c'est aux SPIC de démontrer leur existence et non aux SPA. Cela étant, la qualification de SPIC se fonde sur trois critères, en principe, cumulatifs : objet du service, modalités de gestion et mode de financement du service¹⁹⁰.

L'objet du service n'est pas toujours aisé à déterminer, bien qu'il offre un premier indice pour le renversement de la présomption d'administrativité du service public. Dans le silence des textes, le juge administratif examine au cas par cas l'objet du service en cause afin de savoir s'il constitue ou non un obstacle au renversement de la présomption d'administrativité¹⁹¹.

Quant aux modalités de gestion du service, elles doivent être adaptées à la « fonction de production ou d'échanges »¹⁹², c'est-à-dire proches de celles utilisées par les entreprises privées. Les principaux indices sont : le recours aux techniques de la comptabilité privée¹⁹³, le caractère commercial des contrats passés avec les usagers et notamment le financement par la rémunération perçue sur l'utilisateur mais non par l'impôt¹⁹⁴, les modalités de fonctionnement « marquées par la pluralité des intervenants publics ou privés »¹⁹⁵, etc.¹⁹⁶.

Parmi ces trois critères, celui du mode de financement paraît le plus fiable et le plus opérationnel. Le service serait qualifié de SPIC lorsque son financement ne provient pas de l'impôt mais de la rémunération perçue sur l'utilisateur. Le Conseil d'État précise, dans une décision du 17 octobre 2003, dite « Bompard », que « les tarifs qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux usagers d'un service public à caractère industriel et commercial en vue de couvrir les dépenses d'investissement et de fonctionnement relatives à la fourniture de ce service — y compris les dépenses correspondant à son renouvellement et à sa modernisation —, doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers »¹⁹⁷.

189 Concl. Laurent, CE., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. p. 434 ; S. 1957, 38 ; D. 1956, 759 ; concl. Bertrand, CE., 26 janvier 1968, *Dame Maron*, Rec. p. 69 ; *AJDA* 1968, p. 293.

190 CE., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*. Rec. p. 434.

191 Pour une liste, bien que non exhaustive, de ces cas, voir Jean-François Lachaume ..., *op. cit.*, *Droit des services publics*, p. 83 – 84.

192 Concl. Laurent, CE., *Union syndicale des industries aéronautiques*, *op. cit.*.

193 CE., 19 décembre 1955, *Milliet*, Rec. p. 797.

194 CE., avis n° 123539, *Société Hofmiller*, 10 avril 1992 ; TC., 7 octobre 1996, *Breton*, Rec. p. 793.

195 CE., avis n° 358102, 19 décembre 1995.

196 Pour une liste plus complète de ces indices, voir Jean-François Lachaume ..., *op. cit.*, *Droit des services publics*, p. 89 – 90.

197 CE., 17 octobre 2003, *Bompard*, req. n° 244521 ; *AJDA* 2003, p. 2028, chron. Francis Donnat et Didier Casas.

Ce critère constitue aussi un indice de base pour les deux autres. C'est pourquoi le Conseil d'État a fait prévaloir le critère du mode de financement lorsque l'objet du service ne peut pas répondre à la question de la distinction. Ainsi, dans un avis du 10 avril 1992, le Conseil d'État estime que « lorsqu'une commune décide de financer son service d'enlèvement des ordures ménagères par la redevance mentionnée à l'article L. 233-78 du code des communes et calculée en fonction de l'importance du service rendu, ce service municipal, qu'il soit géré en régie ou par voie de concession, doit être regardé comme ayant un caractère industriel et commercial »¹⁹⁸. Il y a eu, certes, quelques incertitudes quant à la place prépondérante du critère du mode de financement, comme l'illustre la décision du Tribunal des conflits *Hôtel-restaurant de la Mense épiscopale de Strasbourg*¹⁹⁹. Mais, *in fine*, le mode de financement peut être vu comme un corollaire du fonctionnement du service²⁰⁰.

Le caractère opérationnel du critère du mode de financement est aussi bien pris en considération par les autorités chinoises dans leur politique de catégorisation des USP. Comme les SPIC en France, le coût d'une USP à caractère marchand devrait être supporté par les usagers mais non pas par les contribuables. Ainsi, s'établit une distinction entre les usagers effectifs et les contribuables qui sont susceptibles de devenir usagers du service public. Le service public en question reste certes toujours universel ; toutefois, l'accentuation de son caractère marchand par son mode de financement l'assimile davantage à une marchandise ou un service dans le secteur privé.

Or, la question se pose non seulement de la survie de cette catégorie de services publics mais aussi de son lien avec les établissements publics qui réalisent de telles missions.

B. Le lien entre la nature du service et celle de l'établissement

Le but de la création des établissements publics à caractère marchand est de permettre à l'État d'avoir une certaine souplesse dans la réalisation des missions autres que celles de nature administrative mais tout de même liées à l'intérêt général. Il y a, par conséquent, une concordance souhaitable entre la qualification donnée à l'établissement et celle des services publics qui lui sont

198 CE., avis n° 123539, *SARL Hofmille*, *op. cit.*.

199 TC., 13 décembre 2010, *Hôtel-restaurant de la Mense épiscopale de Strasbourg*, req. n° C3748. La référence au critère du mode de financement est absente : « un établissement public du culte chargé de gérer, sous l'autorité de l'archevêque de Strasbourg, les biens du diocèse ; qu'en tant qu'elle exploite, sur le site du Mont Saint-Odile, une activité d'hôtellerie restauration, elle gère, eu égard à l'objet et aux modalités de fonctionnement de cette activité, un service public industriel et commercial »

200 Concl. Laurent, CE., *Union syndicale des industries aéronautiques*, *op. cit.* : « des procédés techniques et juridiques adaptés à sa fonction de production ou d'échanges, qu'il s'agisse des moyens de financement, de la comptabilité ou des contrats ».

assignés. Cette concordance servirait de base quant au choix du régime juridique à appliquer. Le principe a été ainsi dressé au cours des années 1920 en France par la jurisprudence dite *du Bac d'Eloka* selon laquelle un établissement chargé d'une mission de SPA est soumis au droit public, et celui chargé d'un SPIC au droit privé. Or, le commissaire du gouvernement Matter n'avait pas envisagé, ou plutôt n'a pas voulu envisager, une évolution socio-économique accompagnée de l'expansion des actions de l'État. En outre, parfois dans la recherche d'une plus grande souplesse, les pouvoirs publics, au lieu de créer un EPA, adoptent la qualification d'EPIC pour la gestion de SPA ; et il arrive aussi que les EPA gèrent déjà des SPIC. On parle alors d' « établissements publics à visage inversé » et d' « établissements publics à double visage »²⁰¹.

La même confusion existe entre les établissements administratifs et les USP en Chine. En dépit de la séparation entre ces deux catégories d'institutions, la distinction des activités n'est pas facile à établir dans la pratique. Il est évident que certaines USP exercent parfois des missions de nature purement administrative telles que le contrôle des activités commerciales et l'inspection du travail, d'où dorénavant l'interdiction de créer des USP chargées de missions administratives. En outre, eu égard à la relation traditionnellement étroite entre les établissements administratifs et les USP, souvent un même établissement est qualifié à la fois d'administratif et d'USP comme c'est le cas, par exemple, des offices d'État dans les domaines de l'agriculture, des transports, de la comptabilité, de la sécurité sociale, de l'énergie et des activités socioculturelles, etc..

Ainsi, dans les deux pays, les EPIC et les USP peuvent exercer à la fois plusieurs types de missions (1), ou assurer des missions qui ne correspondent pas du tout à la nature de leur établissement (2).

1. Les établissements publics à caractère marchand « à double visage »

Le phénomène d' « établissement public à double visage » désigne en France l'accumulation de missions de SPA et de SPIC par un établissement public soit à caractère administratif soit à caractère industriel et commercial. Toutefois, force est de constater que la question concernant les EPA a moins occupé les esprits. Il en est de même en Chine. En effet, la séparation entre les établissements administratifs et leurs USP offre une méthode — fondée sur un critère organique — suffisamment opérationnelle pour ôter les fonctions non administratives des établissements

201 Voir Jean-François Lachaume ..., *Droit des services publics, op. cit.*, p. 147 (l'établissement public à double visage) et 148 (l'établissement public à visage inversé), p. 78 – 80. Sur la question de « l'établissement public à double visage », voir aussi Benoît Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif ». *op. cit.*, p. 37 – 39.

administratifs. Les difficultés se trouvent plutôt au sein des USP dont ni la nature des établissements, ni celle des activités n'est certaine.

Il est vrai que l'identification des USP ne rencontre pas la même difficulté que celle des EPIC en France, car elles sont dès leur création enregistrées selon les règles du règlement provisoire du 25 octobre 1998 « de la gestion d'immatriculation des unités de service public »²⁰². Néanmoins, le texte ne précise pas la nature, administrative ou non, des activités qu'exercent les USP. Cela correspond à la réalité selon laquelle beaucoup d'USP exercent effectivement à la fois des missions administratives et des activités d'intérêt public mais non administratives. Il suffit de passer devant ces établissements pour observer deux étiquettes, l'une portant le nom d'établissement administratif, l'autre celui d'USP, qui sont accrochées sur leurs façades²⁰³. Cette situation s'avère tout fait similaire au phénomène des « EPIC à double visage » en France²⁰⁴ où, non seulement la qualification textuelle n'est pas automatique, mais même quand il y a des textes, ceux-ci ne résolvent pas le problème.

En effet, le législateur français admet lui-même l'existence d'établissements publics « à double visage ». C'est ainsi que la loi du 26 juillet 1983 « relative à la démocratisation du secteur public » vise dans son article 1^{er}, quant à son champ d'application, « les autres établissements publics de l'État qui assurent à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial ».

En outre, même quand l'établissement est qualifié, par un texte, d'EPIC, il n'est pas sûr qu'il assure uniquement des missions de SPIC, car pour le juge, le critère de détermination de la nature du service et, *a fortiori*, celui de l'identification de la compétence juridictionnelle, n'est pas la nature

202 Ce règlement provisoire, établi en 1998, a été modifié en 2004 et accompagné désormais d'une circulaire d'application du 15 avril 2005.

203 Pour une illustration avec une liste non exhaustive (car les cas sont trop nombreux), nous pouvons citer le Bureau d'inspection de l'Office du contrôle de la sécurité des productions / Inspection générale du contrôle de la sécurité des productions [安全生产监督管理局监察科加挂安全生产综合执法大队], le Bureau du contrôle de sécurité de l'Office du service des eaux / Station de contrôle de qualité du service des eaux [水利局安全监督处(科、股)加挂水利水电工程质量监督站], l'Office de l'environnement / Commission de l'environnement urbain [市容环境管理委员会加挂环境卫生局], l'Office de services du travail et de la sécurité sociale / Pôle emploi [劳动和社会保障局就业服务处(科、股)加挂就业服务中心] et le Bureau des abattoirs de l'Office du commerce / Inspection du contrôle des abattoirs [商务局生猪定点屠宰办公室加挂生猪定点屠宰稽查大队]. Dans notre traduction, le nom d'établissement administratif précède celui d'USP.

204 Pour une liste non exhaustive : l'Office national de la navigation (TC., 10 février 1949, *Guis, Rec.*, p. 592), les ports autonomes (CE., 19 avril 1959, *Abadie, Rec.*, p. 239 ; CE., 26 juillet 1982, *Port autonome Bordeaux, Rec.*, p. 292), l'Office national interprofessionnel des céréales (TC., 23 novembre 1959, *Société de meunerie, Rec.*, p. 870), le Fonds d'intervention et d'organisation des produits de la pêche maritime et de la conchyliculture (TC., 12 novembre 1984, *Société Interfrost c/ FIOM, Rec.*, p. 450), l'Office national des forêts (TC., 9 juin 1986, *Commune Kintzeim c/ ONF, Rec.*, p. 565)

d'un établissement mais celle de ses activités. Dans sa décision *Blanckeman*, la formule du Conseil d'État ne peut être plus claire : « lorsqu'un établissement tient de la loi la qualité d'établissement public à caractère industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles notamment la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature des prérogatives administratives de la puissance publique et ne peuvent donc être exercées que par un service public administratif »²⁰⁵. C'est d'ailleurs la première fois que le juge administratif donne une liste de prérogatives de puissance publique. La rédaction du Conseil d'État est suivie par le Tribunal des conflits dans sa décision sur la même affaire²⁰⁶. Cela étant, il importe de souligner une légère différence parfois négligée : le terme « service public administratif » a disparu dans la décision du juge des conflits. Cette nuance a été confirmée par deux décisions ultérieures²⁰⁷.

Si l'on pouvait espérer une interprétation simplifiée de la solution du Conseil d'État en 2004 en faisant coïncider les prérogatives de puissance publique avec les missions de service public administratif²⁰⁸, les décisions du Tribunal des conflits à partir de l'affaire *Blancheman* laissent plutôt entendre que la nature du service en question importe peu : c'est la présence des prérogatives de puissance publique qui conduit à soumettre un EPIC à la juridiction administrative. Il s'agit en réalité d'une sorte de limitation de l'existence des EPIC « à double visage ».

Or, le questionnement formulé par Benoît Plessix reste tout à fait judiciaire : « il existe des services publics administratifs sans prérogatives de puissance publique tandis que la gestion de

205 CE., 2 février 2004, *Blanckeman*, *Rec.*, p. 18.

206 TC., 29 décembre 2004, *Époux Blanckeman c/ Voies navigables de France (VNF)*, *Rec.*, p. 525 : « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ».

207 TC., 16 octobre 2006, *Caisse centrale réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, req. n° 3506 ; *AJDA* 2006, p. 2382, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica ; Benoît Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *op. cit.*, p. 35 : « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique » ; TC., 28 mars 2011, *Groupement forestier de Beaume-Haie. c/ Office national des forêts*, req. n° 3787 : « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception des litiges relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ».

208 Ce qui n'est pas illogique selon une autre jurisprudence du Tribunal des conflits du 12 novembre 1984, *Société Interfrost c/ Fonds d'intervention et d'organisation des produits de la pêche maritime et de la conchyliculture*, *Rec.*, p. 450 : « l'engagement invoqué par la société *Interfrost* qui n'a pas par lui-même un caractère administratif et ne comporte aucune prérogative de puissance publique ». Encore faut-il s'interroger si le « et » signifie un caractère cumulatif ou une implication réciproque.

services publics industriels et commerciaux peut se traduire par l'exercice de prérogatives de puissance publique »²⁰⁹.

2. Les établissements publics dont la qualification ne correspond pas à la nature du service

En France, le législateur peut qualifier un établissement d'EPIC alors même que celui-ci ne gère qu'un service à caractère administratif. Dans ce cas, le juge ne saurait contredire la volonté du législateur. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une qualification réglementaire, le juge applique ses critères de distinction SPA / SPIC et opère une requalification du gestionnaire. Alors, la qualification textuelle réglementaire n'a pas d'incidence sur la nature du service, c'est le contraire : la nature du service commande celle de l'établissement²¹⁰. À ce titre, le Tribunal des conflits a montré sa position sur la question de la répartition des compétences à propos d'un EPIC qui ne gère que des SPA, à savoir le Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles. Il considère que « si, en vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} du décret du 29 juillet 1961, le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles a été créé sous la dénomination d'établissement public à caractère industriel et commercial, il résulte des termes du paragraphe 2 dudit article que cet organisme a pour mission "de préparer les décisions gouvernementales relatives aux interventions de l'État sur les marchés agricoles et de les exécuter" ; qu'à cet effet, il passe avec les exportateurs, selon les modalités fixées et les pouvoirs conférés par les ministres compétents, des "contrats" comportant pour les intéressés une subvention allouée avec des ressources qu'il reçoit exclusivement de l'État ; qu'il ne poursuit aucune action propre et se borne à réaliser les buts déterminés par l'État avec les moyens fournis par ce dernier ; qu'ainsi il exerce, en réalité, une action purement administrative ; que, d'autre part, les contrats qu'il conclut dans les conditions ci-dessus définies ont pour objet l'exécution même du service public dont il est investi ; que, dès lors, les litiges soulevés par leur exécution ressortissent à la compétence de la juridiction administrative »²¹¹. Le juge tient ainsi en échec la qualification du pouvoir réglementaire lorsque celle-ci ne correspond pas à la nature des activités qu'exerce l'établissement.

209 Benoît Plessix, « L'établissement publics industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A* 2007, n° 13, 2077, p. 39.

210 CE., 4 juillet 1986, *Berger, Rec.*, p. 564 ; CE., 6 février 1987, *Maurice, JCP* 1988, II, 20971, note Christophe Guettier.

211 TC., 24 juin 1968, *Société « Distilleries Bretonnes »*, req. n° 01917. Voir aussi une décision du même jour, *Société d'approvisionnements alimentaires*, n° 1911 ; *Rec.*, p. 801, concl. Gégout ; *AJDA* 1969, p. 311, note André de Laubadère.

En Chine, la question de la répartition des compétences n'est pas en jeu ; le juge ne joue pas de rôle dans la qualification des établissements publics ; même le législateur est muet en la matière. C'est le pouvoir réglementaire qui est, au moins pour le moment, entièrement responsable de la qualification des établissements publics ainsi que de leurs activités. À ce titre, aucune précision n'est portée par ses actes réglementaires. Toutefois, cela ne doit point étonner compte tenu de la grande réforme en cours qui modifie l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des administrations, qu'il s'agisse des établissements administratifs ou des USP. Le règlement provisoire « de la gestion d'immatriculation des unités de service public » de 1998 reste toujours « provisoire » après sa modification en 2004. Ce texte s'inscrit en réalité dans la série de textes promouvant et approfondissant la réforme des USP entamée depuis 1996. Pendant ce courant de réformes, si la transformation des USP en établissements administratifs reste pour le moment limitée²¹² (bien que certaines transformations soient en cours de préparation²¹³), celle des établissements administratifs en USP puis, voire directement, en sociétés publiques est saillante.

II. Le rétrécissement du domaine des activités à caractère administratif

Comme il a été montré, la qualification simple d'un établissement public de nature marchande ne suffit pas à soumettre toutes ses activités au droit privé car celles-ci peuvent tantôt s'avérer de nature industrielle et commerciale, tantôt de nature administrative. Cette situation peut paraître assez fâcheuse pour les promoteurs de la politique libérale désormais dominante, sans compter qu'il reste toujours de nombreux îlots administratifs dans le domaine du marché. Un moyen plus efficace est ainsi envisagé : réduire le champ des activités administratives. Ce rétrécissement du domaine des activités à caractère administratif s'effectue par la transformation des activités administratives en activités à caractère marchand. Quant à cette opération, les autorités françaises prennent souvent une précaution de passer par le statut des services publics à caractère marchand lesquels sont eux-mêmes susceptibles d'être régis par le droit commun (A), tandis qu'en Chine, la transformation est, dans la plupart des cas, directe (B).

212 Un seul groupe d'USP ont été transformées en établissements administratifs depuis l'annonce de la réforme : les offices de l'administration urbaine générale et de l'exécution des normes législatives et administratives [城市综合管理行政执法局]. Au niveau quantitatif, ce groupe a pourtant un nombre considérable d'USP qui se présentent dans les zones urbaine à tous les niveaux administratifs.

213 Très récemment, une éventuelle transformation de quatre USP est mise à discussion par les autorités publiques et la doctrine. Il s'agit de la Commission de régulation et de réglementation du marché des valeurs mobilières, connue sous le nom traduit en anglais "*China Securities Regulatory Commission*" [中国证券监督管理委员会], de la Commission de régulation et de réglementation des activités bancaires, connue sous le nom traduit en anglais "*China Banking Regulatory Commission*" [中国银行业监督管理委员会], de la Commission de régulation et de réglementation des assurance et des mutuelles connue sous le nom traduit en anglais "*China Insurance Regularoty Commission*" [中国保险监督管理委员会] et du Conseil national des fonds de la sécurité sociale [全国社会保障基金理事会].

A. La transformation des activités administratives en services publics à caractère marchand en France

En France, la disparition du monopole public peut changer la nature d'un SPA en SPIC. C'est, par exemple, le cas des services des pompes funèbres. Dans son avis du 19 décembre 1995, le Conseil d'État estime qu'« à l'issue de la période transitoire instituée par l'article 28 de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 relative à la législation dans le domaine funéraire, le service extérieur des pompes funèbres revêtira le caractère d'un service public industriel et commercial. Il en ira ainsi eu égard à l'origine de ses ressources, constituées par le prix acquitté par les familles en paiement des prestations assurées, et aux modalités de son fonctionnement, marquées par la pluralité des intervenants publics ou privés agissant dans le cadre de la loi précitée du 8 janvier 1993 »²¹⁴.

La soumission à la concurrence et, concomitamment, le changement des modalités de financement ou de l'origine de ses ressources peuvent conduire à la transformation d'un SPA en SPIC. Une certaine flexibilité est observable dans la mesure où la logique peut être inversée au profit, cette fois, de la nature administrative d'un service²¹⁵ ; rien n'empêche que le législateur décide un jour de transformer ces établissements publics chargés de SPIC en sociétés anonymes comme c'est le cas des services de la poste et des télécommunications²¹⁶.

Ainsi, la transformation des services publics à caractère administratif en activités commerciales passe dans la plupart des cas par le statut de SPIC vu comme une situation intermédiaire. D'ailleurs, même quand ces services ne sont plus assurés par des personnes publiques, cela ne change pas le caractère de SPIC de l'activité en question. C'est ainsi le cas des services de la poste et des télécommunications. Une fois France Télécom et la Poste transformés en sociétés anonymes, celles-ci assurent tout de même un SPIC. Cette situation est aussi observable lors de la prise en charge de missions de SPA par une personne privée. Ce qui compte *in fine*, c'est que, dans les deux cas, ces activités de service public, hormis les rares cas de présence de prérogatives de puissance publique²¹⁷, sont, par principe, soumises au droit privé. Pour résumer, les

214 CE., avis n° 358102, 19 décembre 1995.

215 Comme c'est le cas des bacs maritimes de transport lesquels, après avoir été les premiers SPIC dès l'invention de cette notion, ont été remis en question. Voir TA. Poitiers, 7 juin 1972, *Denoyez, Rec.*, p. 889 ; CE., 10 mai 1974, *Denoyez et Chroques, Rec.*, p. 274 ; CE., 10 juillet 1989, *Régie départementale des passages d'eau de la Charente Maritime*, req. n° 77006, *RFDA* 1991, 180, note François Lachaume et TC., 15 octobre 1973, *Barbou, Rec.*, p. 848 (avec quelques réserves).

216 Ces services ont été d'abord qualifiés de caractère administratif par le Tribunal des conflits dans une décision du 24 juin 1968, *URSOT (Rec.)*, p. 739, puis érigés en SPIC par la loi du 2 juillet 1990 relative à « l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ».

217 Pour les SPA gérés par une personne privée, l'application du droit public est possible lorsqu'il s'agit des actes réglementaires visant la gestion du service et relevant, par conséquent, des prérogatives de puissance publique d'une part, et de la question de responsabilité extra-contractuelle pour les dommages causés *via* la mise en œuvre

services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, peuvent être soumis au droit privé lorsque les conditions sont réunies, mais la présence de prérogatives de puissance publique justifie l'application d'un droit exorbitant du droit commun. Le service public n'implique pas les prérogatives de puissance publique. Or, la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique est-elle possible sans service public ? Cette hypothèse ne peut pas être démontrée par le droit positif. Le raisonnement est ainsi ramené au point de départ — l'arrêt *Blanco* et les conclusions du commissaire du gouvernement David — avec une interprétation adaptée au temps actuel : les prérogatives de puissance publique ne peuvent naître que de la mise en œuvre des services publics. Si le Tribunal des conflits en 1873 s'est approprié le terme « service public » en tant que critère de répartition des compétences judiciaire et administrative, il entend par « service public » le synonyme de la puissance publique, autrement dit, le service public est, malgré tout, toujours susceptible d'engendrer les prérogatives de puissance publique.

La répétition de ces deux termes paraît certes quelque peu fastidieuse, mais elle est utile pour montrer que ni la qualification de SPIC, ni la prise en charge par des personnes privées ne saurait accomplir parfaitement l'objectif de soumettre les activités marchandes et celles non administratives de l'administration au droit privé dès lors qu'elles restent des services publics. C'est pourquoi les réformateurs chinois préfèrent transformer directement les activités administratives en activités purement commerciales, compte tenu d'ailleurs des évolutions incertaines des USP.

B. La transformation des activités à caractère administratif en activités commerciales en Chine

La solution jurisprudentielle française ne se rencontre pas dans le droit chinois où la nature d'une activité de l'administration est tributaire de la qualification du pouvoir réglementaire. Si, en théorie, l'administration peut accueillir le retour de certains services de nature administrative assurés par des USP, elle doit surtout transmettre les services de nature non administrative aux USP, bien que la transformation pour des raisons financières d'un établissement administratif en USP soit prohibée par l'avis du 89 juillet 1996 « sur les questions relatives à la réforme des unités de service public »²¹⁸. Or, étant données les évolutions incertaines des USP, le pouvoir réglementaire, au lieu d'attribuer les activités en question aux USP — ce qui aurait pour effet d'accroître l'incertitude et d'alourdir les opérations de réforme —, préfère les transformer directement en activités commerciales désormais assurées par les sociétés anonymes publiques.

des prérogatives de puissance publique.

218 Avis du Comité chargé de l'organisation des institutions de l'État « sur les questions relatives à la réforme des unités de service public » du 8 juillet 1996, *op. cit.*, chapitre II § 1.

Telle est le cas de la transformation des services de télécommunication en activités commerciales. Tout débute par la création, approuvée par le Conseil des affaires de l'État, de la société nationale *China Unicom* le 19 juillet 1994 par le ministère de l'industrie électronique (aujourd'hui ministère de l'information et des industries informatiques). L'objectif est de briser la situation monopolistique des services de télécommunication jusqu'alors assurés uniquement par la direction du ministère de la poste et de la télécommunication (supprimé en 1998). Ce dernier, pour répondre à la création de *China Unicom*, a doté, le 27 avril 1995, son office exécutif de la personnalité d'entreprise en vertu du règlement général « du droit civil », sous le nom de *China Telecom*, sans pour autant changer ses fonctions. Il s'agissait, en réalité, d'un établissement administratif commerçant qui, à la fois, édictait les règles du jeu et participait au jeu. Pour mettre fin à cette situation, laquelle est évidemment inadmissible aux yeux des réformateurs, le 17 mai 2000, les fonctions liées à la poste et celles relevant de la compétence réglementaire sont détachées de *China Telecom* et ce n'est qu'en septembre 2002 que *China Telecom* est définitivement transformée en société anonyme à responsabilité limitée. Pendant tout ce processus, aucune loi, ni décret du Conseil des affaires d'État, n'est intervenu. Les usagers ne se rendaient d'ailleurs pas compte de la coïncidence entre les développements drastiques des services de télécommunication depuis les années 1990 et la refonte de la structure institutionnelle concernant la gestion de ces services, se contentant de leur nouveau statut de clients.

Or, cette discrétion fut abandonnée lors de la suppression du ministère des chemins de fer au profit de la création de la Société générale des chemins de fer de Chine en 2013. Le projet de réforme a été directement élaboré par le Conseil des affaires d'État et adopté par la XII^{ème} réunion plénière de l'Assemblée Populaire nationale²¹⁹. C'est la première fois que l'État chinois affiche son acte de réforme d'une manière si solennelle et si résolue. Avec les développements de la construction de son système juridique, les réformes de l'administration et des USP se poursuivent plus profondément et plus résolument par les impulsions libérales de l'économie de marché.

219 Programme du 14 mars 2013 du Conseil des affaires d'État « sur la réforme des offices et la réorientation des fonctions » », *op. cit.*.