

MÉMOIRE

LE DELEGATAIRE DE SERVICE PUBLIC ET LE TIERS

Marion MARTIN

BNDPA 2013, MEM. I





Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit du présent ouvrage, faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées.

© EDPA, 2013

« Le principe de tout système de droit public moderne se trouve résumé dans la proposition suivante : ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont pas un droit subjectif de puissance publique, mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics et à contrôler le fonctionnement »¹.

Par cette affirmation, L. Duguit développe l'idée selon laquelle le service public est un devoir dévolu au dirigeant, autorité publique devant assurer le bien commun et la satisfaction des besoins les plus essentiels des citoyens. Si l'idée du devoir d'organisation d'un service public existe depuis des siècles, la signification et la substance du terme « service public » ont nécessairement évolué jusqu'à aboutir aujourd'hui à des acceptions très larges, caractérisées par une absence de définition.

Le service public, bien qu'il ne bénéficie pas d'une définition textuelle, s'identifie comme une activité exercée par une personne publique en vue de la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi, selon R. Chapus, « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public »².

Il est admis que le service public répond à deux critères cumulatifs : l'un matériel tenant à la poursuite de la satisfaction d'un intérêt général et l'autre organique tenant à la prise en charge de cette activité par une personne publique. En effet, les activités gérées par les personnes publiques sont présumées être de service public, alors que celles poursuivies par les personnes privées ne pourront être qualifiées de service public que si les conditions fixées par la jurisprudence sont réunies.

Ces critères sont énoncés par la jurisprudence du Conseil d'État du 28 juin 1963, « Nancy »³. Il s'agit des trois critères suivants : caractère d'intérêt général de la mission, exercice d'un contrôle

¹L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, 3^{ème} édition, 1928, p. 61

²R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, p.579

³CE, 28 juin 1963, « Nancy », Rec. CE p.401

de l'administration sur l'activité et remise de prérogatives de puissance publique à la personne privée.

Ainsi, si la jurisprudence permet l'identification d'une activité de service public géré par une personne privée, aucun principes ne définit clairement ce qu'est une activité de service public gérée par une personne publique. Les textes peuvent donner à certains services le caractère de service public tel le Code général des collectivités territoriales qui prévoit par exemple en son article L2223-19 que « *le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public* ». De même, les articles L2224-7 et suivants du même code prévoient que le service d'eau potable et d'assainissement est un service public pour lequel la commune est compétente.

Il est donc possible d'identifier un certain nombre d'activités que l'on peut qualifier de service public. Souvent, il peut s'agir d'activités qui appartiennent par nature à l'État mais aussi d'activités qui ne peuvent pas être prises en charge par les personnes de droit privé, soit parce qu'elles ne permettent pas de créer des bénéfices, soit parce que l'investissement initial est bien trop élevé et risqué pour qu'une personne privée s'engage sur cette voie. Il s'agit, de façon générale, d'activités dont la prise en charge par l'administration au sens large paraît nécessaire.

Malgré tout, si la prise en charge d'activités de service public par les personnes publiques paraît logique et nécessaire, l'identification de ces derniers est difficile car, comme le relève P.Weil, « s'il est facile de reconnaître un service public organique, rien n'est plus malaisé que de définir un service public au sens matériel du terme. À lui seul le but d'intérêt général qui paraît le caractériser est trop flou et trop incertain, car en fin de compte presque toutes les activités humaines concourent à un titre ou à un autre à l'intérêt général. (...) Il faut donc y ajouter quelque chose car la notion d'intérêt général est certes nécessaire, mais ne constitue pas un critère suffisant »⁴.

La simple satisfaction d'un intérêt général ne permet pas à elle seule d'identifier le service public. Nombre d'activités contribuent à favoriser l'intérêt général sans pour autant être des activités de service public. Dès lors, ajouter des règles de fonctionnement, des principes « du » service public, facilite son identification.

⁴P. Weil, *Le Droit Administratif*, PUF, Paris 1968

Les lois de Rolland, énonçant trois grands principes du service public, peuvent être citées à ce titre. La continuité, qui implique que le service doit être assuré régulièrement, sans retard dans le temps, sans discontinuité gênante ou pénalisante pour l'utilisateur, l'adaptabilité, qui désigne l'adaptation des services publics à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général et l'égalité, qui interdit la discrimination entre les usagers du service tant vis-à-vis des prestations que des charges, sont autant de règles devant dicter le fonctionnement des services publics.

Il ressort de ces considérations que le service public est largement emprunt de considérations relatives à l'intérêt général, précepte généralement associé à l'action de l'administration. Cette action de l'administration, par principe unilatérale, connaît une contractualisation forte qui amène les personnes publiques à déléguer la gestion de ces services publics, rendant le critère organique qui y est associé plus fragile dans la mesure où, parfois, des personnes privées peuvent le prendre en charge.

Le phénomène de « contractualisme » ou de contractualisation, que l'on peut définir comme le recours croissant au contrat par les personnes publiques dans la gestion et l'organisation des activités administratives, est particulièrement reconnu depuis quelques années. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il s'agit d'un phénomène nouveau.

En effet, il est unanimement constaté que le recours au contrat par la personne publique connaît un essor considérable⁵, depuis quelques dizaines d'années pour certains et depuis plus d'un demi-siècle pour d'autres, que l'on pourrait qualifier de précurseurs⁶.

Le Conseil d'État avait admis que ce principe puisse s'appliquer aux personnes publiques qui étaient alors libre de choisir de recourir au contrat plutôt qu'à un acte administratif unilatéral⁷, de choisir un type de contrat parmi d'autres⁸ mais aussi de déterminer librement le contenu du contrat⁹

⁵Le Professeur L. Richer parle de « *contractualisme* », « phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part à voir des contrats dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volonté, d'autre part à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement ».

⁶G. Péquignot, dans sa thèse datant de 1945, parle du contrat administratif comme d'un « *moteur de la vie administrative* ».

⁷CE, 29 avril 1970, « Société Unipain », n°77935

⁸CE, 8 février 1991, « Région Midi-Pyrénées », n°57679

même si celui ci était défavorable à la personne publique contractante.

Ce recours au contrat permet une intervention administrative plus souple et plus efficace.

En effet, la « préférence donnée à la méthode conventionnelle »¹⁰ plutôt qu'au recours à l'acte administratif unilatéral, qui s'exprime de manière plus ou moins forte selon les domaines et selon les compétences dont disposent l'administration pour agir, témoigne de ce que les personnes publiques adoptent une méthode d'intervention contractuelle plutôt qu'unilatérale et cette préférence découle principalement des avantages inhérents au contrat, accord de volonté par essence, qui ne contraint pas la personne face à l'administration mais fait d'elle un collaborateur autonome.

Les avantages du recours au procédé contractuel dénotent nécessairement avec les griefs opposés au recours à l'acte unilatéral. En effet, l'unilatéralité renvoi souvent à l'idée de « dirigisme »¹¹, et à l'absence de consentement donné par le destinataire de l'acte.

Le contrat a vocation à associer la personne qui se trouve face à l'administration dans un objectif de performance dont le consentement est généralement la base. En ce sens, L. Richer explique que « le contrat est une des techniques qui sont utilisées pour accroître l'efficacité de l'administration grâce à la collaboration des intéressés ».

Dans le cas des délégations de service public, le recours au procédé contractuel est significatif. Et il permet, précisément, d'accroître l'efficacité de l'action publique en transférant une partie des activités de l'autorité délégante à une personne tierce, peut être plus à même de gérer une activité dont la personne publique entend se décharger, au moins matériellement.

La contractualisation de l'action publique a donc amener les acteurs publics à faire le choix, dans un certain nombre de cas, du transfert de la gestion du service public à une personne privée. La méthode privilégiée à cette fin est la délégation de service public, instituée par la loi du 29 janvier

⁹CE, 11 juillet 1939, « Sieur Thouna »

¹⁰A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1983, Tome I, p.18

¹¹Ibid.

1993¹², dite loi Sapin. Mais, comme le relève L. Richer, « bien avant que fût consacrée par la jurisprudence (et la loi à fortiori) la possibilité pour une personne privée de gérer un service public et d'édicter des actes administratifs unilatéraux dans le cadre de cette activité, certains services publics ont été gérés par des personnes privées dans le cadre des contrats de concession »¹³.

La délégation de service public n'est donc pas totalement novatrice dans le domaine de la gestion déléguée d'un service public à une autre personne mais elle est malgré tout le modèle classique de convention de gestion d'un service public par une personne tierce.

Définissant la délégation de service public 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 (...)* », la loi Sapin ne fournissait pas pour autant une définition précise de celle-ci. Les critères d'identification de la délégation ont été énoncés progressivement.

La délégation de service public suppose l'existence d'un contrat ce qui dénie à l'habilitation unilatérale ce caractère¹⁴. Elle suppose également l'existence d'un service public ce qui, conformément à ce qui a été vu plus haut, est susceptible de soulever un certain nombre de difficultés. Un contrat qui ne porterait pas sur une activité de service public mais sur une simple activité d'intérêt général ne serait pas une délégation de service public et encourrait une requalification par le juge¹⁵. Elle suppose également que la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Ce troisième critère a également soulevé un certain nombre de difficultés quant à sa définition.

La jurisprudence « SMITOM »¹⁶ du 30 juin 1999 énonçait que « *la rémunération prévue*

¹²Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

¹³L. Richer, Droit des contrats administratifs, 7ème édition, LGDJ, p.533 §862

¹⁴CE, avis, 9 mars 1995, « Habilitation unilatérale en matière de transport public de voyageurs », EDCE n°47 p.399, GACE, p.328

¹⁵CE, 12 mars 1999, « Ville de Paris c/ Société Stella Maillot-Orée du Bois », n°186085 : « *Considérant que, si l'activité du restaurant "l'Orée du Bois" contribue à l'accueil de touristes dans la capitale et concourt ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique, cette seule circonstance, compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public; que, dans ces conditions, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en estimant que la convention confiant son exploitation à une entreprise constituait une délégation de service public* ».

¹⁶CE, 30 juin 1999, « SMITOM centre ouest Seine et Marnais », n°198147

pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que, dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public », mettant en lumière une rémunération assurée par les résultats d'exploitation. Conformément aux conclusions de C. Bergeal sur cette affaire et l'affaire « Commune de Guilhaumand-Granges »¹⁷ du 7 avril 1999, le critère du risque supporté par le délégataire vint ensuite palier ces difficultés d'identification.

Enfin, la délégation de service public suppose, pour son identification, qu'il existe un véritable transfert de gestion de l'activité de la personne publique délégante à son délégataire. Cela implique non seulement que le délégataire soit investi de cette activité sous le contrôle de la personne publique délégante et qu'il ne soit pas simplement associé à l'exercice d'une activité par la personne publique délégante elle-même, mais encore que le délégataire prenne en charge directement cette activité sous le contrôle de la personne publique, ce qui signifie qu'il bénéficie d'un véritable transfert de la gestion de cette activité et, plus particulièrement, qu'il supporte les risques et les périls de son exploitation. La personne publique doit laisser une certaine autonomie à son délégataire tout en s'assurant qu'il exécute correctement les missions qui lui ont été confiées.

Cette idée est corroborée par le fait que la délégation d'un service public est nécessairement une habilitation donnée à une personne tierce par l'autorité compétente dans le domaine concerné. « Spontanément, la personne habilitée à exploiter une activité de service public ne pourrait exercer elle-même sans l'intervention d'une personne publique l'y habilitant »¹⁸. En ce sens, « la délégation de service n'a pas pour objet ni pour effet de déposséder entièrement la personne publique de ses prérogatives sur l'activité de service public au profit du délégataire ; elle confirme bien au contraire que la personne publique ne s'est pas entièrement dessaisie de ses prérogatives et, plus particulièrement, du pouvoir de contrôle qu'elle exerce sur la personne habilitée »¹⁹.

Le titre d'habilitation, qui peut être donné sous des formes diverses, est toujours nécessaire, attestant du fait que la personne publique est toujours responsable du service qu'elle entend déléguer.

¹⁷CE, 7 avril 1999, « Commune de Guilhaumand-Granges », n°156008

¹⁸Lamy Droit public des affaires, Délégations de service public, commentaire n°3721

¹⁹Ibid.

En tout état de cause, il est admis que sont des contrats de délégation de service public les contrats de concession, d'affermage, de régie intéressée et de gérance.

L'existence d'une délégation de service public suppose donc que l'activité de service public en question soit confiée à une personne tierce qui en assurera la gestion²⁰. Cette personne, titulaire d'un tel contrat, n'est pas totalement libre pour autant et agit sous le contrôle de la personne publique délégante qui fixe au préalable l'étendue des missions et des obligations dévolues. Ce contrôle est notamment rendu nécessaire par la présence d'usagers du service, bénéficiaire de celui-ci, mais aussi par la présence de tiers au service, non usagers mais entrés en contact avec le service, soit que celui-ci leur ait causé un dommage soit qu'ils en contestent certaines mesures.

D'une manière générale, ces personnes, non parties au contrat initial de délégation de service public, sont considérées comme des tiers au sens large.

La notion de tiers au contrat est empreinte d'une certaine complexité dans la mesure où le tiers, généralement celui qui n'est pas partie au contrat initial, peut voir son statut évoluer. Par ailleurs identifier le tiers, totalement étranger au contrat ou intéressé par ce dernier, peut s'avérer difficile tout autant que de lui donner un qualificatif.

Dans le cadre de la délégation de service public, les tiers au contrat dont il sera fait mention dans l'étude sont qualifiés de tiers intéressés, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas parties au contrat initial mais sont intéressés par celui-ci ou par l'objet sur lequel il porte à savoir le service public. Dans cette catégorie de tiers intéressés, il est possible d'intégrer d'une part les propres cocontractants du délégataire dont la relation juridique découle nécessairement de la première, établie entre le délégataire et l'autorité délégante, les usagers du service public, bénéficiaire de la prestation en premier lieu et les tiers non usagers mais entrés en contact avec le service.

Les tiers au contrat de délégation de service public sont nécessairement intéressés par ce dernier, même s'ils n'y sont pas parties. Il en va ainsi de façon générale comme l'explique L. Folliot-Lalliot qui énonce que « la diversification des contrats, aussi bien civils qu'administratifs, la multiplication des obligations qu'ils engendrent en tant que sources potentielles de responsabilités

²⁰CE, 19 janvier 2011, « Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre », n°341669

ainsi que l'hétérogénéité croissante de la catégorie des tiers sont aujourd'hui des réalités qui obligent à repenser l'effet du contrat au-delà des seules parties contractantes »²¹.

Il ressort de ces considérations que la tendance s'oriente aujourd'hui vers un dépassement de l'effet relatif des contrats vis-à-vis des tiers²², ces contrats produisant sur eux (à leur encontre ou en leur faveur), des effets juridiques notables. Il en va par exemple ainsi des contrats de délégations de service public qui impactent directement les usagers du service. Or dès l'instant qu'un contrat produit sur les tiers un effet juridique, il importe que ceux-ci puissent s'en prévaloir ou au contraire le contester mais aussi engager la responsabilité des parties contractantes qui, par l'exécution ou la mauvaise (voire l'absence) d'exécution, leur ont causé un préjudice.

En ce sens, l'exemple des délégations de service public ainsi que des relations juridiques existantes entre le délégataire et les tiers à ce contrat est particulièrement intéressant. Il met en lumière les problématiques soulevées dans le cadre de la responsabilité vis-à-vis des tiers à un contrat et permet de s'interroger sur le fondement de cette responsabilité ainsi que sur les possibilités ouvertes aux tiers de la mettre en jeu même s'ils ne sont pas parties au contrat initial.

Au-delà de ces problématiques générales, l'étude des relations entre le délégataire de service public et les tiers met en avant d'autres enjeux.

La spécificité de la délégation de service public tient à la superposition de trois relations juridiques distinctes qui n'existeraient pas les unes sans les autres. Le délégataire de service public, la personne publique délégante et les tiers à ce contrat, sont intimement liés, les uns par un contrat entre eux, les autres par l'obligation d'exercer leurs missions de service public. Il n'existe pas de contrat tripartite mais la relation juridique née d'un contrat bilatéral est, elle, tripartite.

Le délégataire de service public devient l'intermédiaire entre la personne publique délégante et les tiers au contrat. Il exerce un certain nombre de prérogatives en lieu et place de la personne

²¹L. Folliot-Lalliot, La responsabilité et les tiers au contrat administratif, Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, Sénat, 11 et 12 mai 2001

²²Principe classique de droit des obligations posé par l'article 1165 du code civil : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

publique qui, normalement, gère ce service. Cette dernière, bien qu'elle ne gère plus le service, continue à l'assumer. Et le tiers, « destinataire » de ce pourquoi le contrat a été conclu, se trouve lié aux deux.

Le tiers à un contrat de délégation de service public est lié au délégataire en ce que celui-ci exerce un certain nombre de prérogatives dans le cadre de son contrat, sous contrôle de la personne publique, mais aussi en ce qu'il peut contester les mesures d'exécution du service qui sont prises au titre de ces prérogatives. Parallèlement, le tiers est lié à l'autorité délégante en ce que celle-ci reste toujours responsable du service et en contrôle la bonne exécution, mais aussi en qu'elle doit répondre devant lui des éventuels manquements à ces devoirs.

Ainsi, la relation existante entre le délégataire d'un service public et le tiers au contrat de délégation est-elle toujours influencée par la relation existante entre le délégataire et le délégant qui le contrôle mais aussi par la relation entre le tiers et le délégant qui doit assumer à son endroit le bon fonctionnement du service.

Il est alors opportun de se demander dans quelles mesures et selon quelles modalités l'influence de l'autorité délégante est-elle déterminante sur les relations juridiques existantes entre le délégataire d'un service public et les tiers.

Afin de mieux comprendre les tenants et les aboutissants de ces considérations, analyser la teneur des droits et obligations qui sont accordés ou mises à la charge du délégataire de service public semble primordial. En effet, ce dernier bénéficie d'un certain nombre de prérogatives qu'il a le droit d'exercer dans le cadre d'une délégation, lesquelles ont, souvent, un impact direct sur les tiers. Qu'il s'agisse de la possibilité d'associer un tiers au contrat de délégation en lui confiant une partie des missions demandées par l'autorité délégante ou d'organiser la gestion du service selon ses propres considérations, le délégataire jouit d'une relative autonomie dans le cadre de l'exécution du contrat de délégation.

Cette autonomie, bien qu'encadrée par le pouvoir de direction et d'organisation du délégant, donne au délégataire la possibilité de créer un lien direct avec les tiers au contrat, lesquels sont directement concernés par les séries de mesures que le délégataire prend. En ce sens, il est

fondamental de s'interroger sur le degré de liberté laissé au délégataire dans le cadre d'une délégation de service public. Cette liberté s'illustre d'une part par la faculté offerte au délégataire de sous-déléguer une partie du service à un cocontractant qui lui est propre et d'autre part par la faculté qu'il détient d'organiser le service comme il l'entend, sous réserve des dispositions contractuelles établies préalablement.

La liberté du délégataire de service public n'est pas totale et il est soumis à un contrôle relativement approfondi de l'autorité délégante qui reste, in fine, toujours responsable du service. En ce sens, ce contrôle, qui vise à garantir une exécution correcte du service, s'effectue au bénéfice des tiers et notamment des usagers. On remarque alors à quel point la relation du délégataire avec les tiers est marquée par la présence de l'autorité délégante.

En corrélation directe avec les prérogatives dont il dispose, le délégataire est responsable vis-à-vis des tiers des mesures d'exécution qu'il prend dans le cadre du contrat. En effet, il a la charge d'exécuter correctement le service et de faire en sorte que celui-ci satisfasse les besoins des usagers mais aussi que celui-ci ne cause pas de dommages aux tiers non usagés. Les tiers, non parties au contrat mais intéressés par celui-ci, doivent être en mesure de le contester ou de s'en prévaloir et d'engager la responsabilité du délégataire qui s'est mal exécuté. En ce sens, analyser les différents types de recours et le juge compétent pour connaître de ces contentieux est essentiel.

La relation de responsabilité qui lie le délégataire au tiers est également marquée par la présence de l'autorité délégante qui, au titre de son devoir d'organisation et de contrôle, peut également voir sa responsabilité recherchée par les tiers, victime indirecte de ses manquements ayant permis au délégataire de causer un dommage ou de mal s'exécuter.

Perpétuellement liées les unes aux autres, les relations existantes entre les trois protagonistes d'une délégation de service public peuvent être examinées sous l'angle de la relation entre le délégataire et le tiers dans la mesure où celle-ci, outre le fait qu'elle ne recense pas un très grand nombre d'études lui étant consacrées, illustre particulièrement bien la complexité qui caractérise la superposition de relations juridiques dans le cadre d'une thématique aussi riche que celle du service public. Il apparaît donc particulièrement intéressant de tenter d'établir une analyse générale relative aux différentes prérogatives et à la responsabilité en découlant du délégataire de service public vis-

à-vis des tiers.

La responsabilité du délégataire de service public vis-à-vis des tiers se détermine principalement en fonction des prérogatives dont celui-ci dispose. Jouissant d'une certaine autonomie, il lui est possible de gérer le service délégué selon ses propres considérations mais toujours sous le contrôle de l'autorité délégante (Chapitre I). En retour, le délégataire est susceptible de voir sa responsabilité engagée par les tiers, concernés par la mise en œuvre de ces prérogatives, à condition que ceux-ci ne recherchent pas la responsabilité de l'autorité délégante, toujours responsable du service (Chapitre 2).

Chapitre I :

L'influence partielle de la personne publique délégante sur les rapports entre le délégataire de service public et le tiers

Dans le cadre des contrats de délégation de service public, une relation tripartite naît entre trois protagonistes : l'autorité délégante, le délégataire, et les tiers à ce contrat initial. L'existence de cette relation tripartite s'illustre particulièrement bien à travers l'influence de l'autorité délégante sur les relations juridiques existantes entre le délégataire de service public et les tiers.

En effet, l'autorité délégante, toujours responsable du service, ne peut se défaire de sa mission d'assurer correctement le service public et ce, quand bien même elle aurait choisit de le déléguer. Elle doit donc contrôler son délégataire afin de s'assurer que celui-ci remplit correctement les missions qui lui ont été confiées et donc, l'influence.

Toutefois, le délégataire, conformément à la définition de la délégation de service public, se voit confier la gestion du service ce qui sous entend que ce dernier dispose d'une autonomie et d'un certain degré de liberté dans la manière dont il exécute les missions qui lui ont été confiées.

Il peut, à ce titre, décider de sous-déléguer une partie du service public à une personne tierce. Il va alors créer un rapport juridique avec un tiers au contrat initial qui deviendra son cocontractant. Ce rapport juridique est relativement encadré par l'autorité délégante dans la mesure où un agrément de celle-ci est nécessaire.

Le délégataire jouit également de la possibilité de gérer le service comme il le souhaite dans la limite des obligations qui sont mises à sa charge (notamment par le biais du contrat). L'autonomie dont il dispose est matérielle mais aussi juridique. Par le biais de celle-ci, il sera amené à créer des liens avec les tiers et notamment les usagers qui sont directement concernés par la façon dont le délégataire gère le service. Là encore, l'autonomie du délégataire, bien que nécessaire, est encadrée, et l'influence de l'autorité délégante est relativement forte.

Il ressort de ces considérations que, bien qu'encadré, le délégataire de service public dispose d'une relative liberté dans la gestion du service. Les prérogatives qui lui sont attribuées vont dans le sens d'une influence partielle de l'autorité délégante sur ses actions et sur les relations qu'il entretient avec les tiers.

Cette influence, si elle peut être qualifiée de partielle, n'en est pas moins forte. En effet, l'autorité délégante dispose d'un pouvoir d'organisation du service mais aussi d'un pouvoir de contrôle sur son délégataire. Le fait qu'elle soit responsable de l'organisation et de la direction du fonctionnement du service influence directement les relations entre le délégataire et les tiers. Souvent, ces derniers sont directement concernés par des mesures prises par l'administration sans que le délégataire, simple intermédiaire dans ces cas là, ne puisse intervenir. Mais l'influence de l'autorité délégante s'illustre également par le contrôle qu'elle opère sur son délégataire, in fine, au bénéfice des tiers et notamment des usagers.

Les rapports entre le délégataire et les tiers sont donc marqués par une influence partielle de l'autorité délégante ceci étant illustré par le pouvoir de gestion du délégataire d'une part (Section I) et, parallèlement, par le pouvoir d'organisation et de contrôle de l'autorité délégante d'autre part (Section II).

Section I :

La relation du délégataire vis-à-vis des tiers : une relation marquée par le pouvoir de gestion du délégataire

La délégation de service public est un contrat administratif particulier qui permet de faire exécuter par un tiers une partie des missions de service public appartenant par nature à une personne publique. Dans la mesure où ce délégataire exerce une activité de service public, celui-ci est nécessairement amené à entrer en contact avec des tiers, usagers ou véritables tiers (c'est-à-dire des personnes non usagers mais entrées en contact avec le service), mais aussi avec ses propres cocontractants que l'on peut qualifier de tiers dans la mesure où ils ne sont pas parties au contrat initial de délégation. La naissance de rapports juridiques entre le délégataire et le tiers n'est possible qu'à travers l'existence de ce contrat initial c'est pourquoi il est particulièrement intéressant de s'interroger sur les relations qu'ils entretiennent.

Ces relations sont marquées par les pouvoirs dont dispose le délégataire vis-à-vis des tiers. Le terme de pouvoir doit ici s'entendre comme l'exercice de prérogatives attribuées de différentes manières au délégataire lui permettant de créer un lien avec les tiers, que ce lien soit contractuel ou plus encré dans le cadre du service public.

C'est parce qu'il exécute le service à la place de la personne publique délégante (ce qui ne signifie pas que cette exécution est libre et sans limites) que le délégataire dispose de la faculté d'intégrer un tiers au contrat initial par le biais de la subdélégation (I) mais aussi qu'il dispose d'un certain degré d'autonomie dans la gestion du service. Ces modalités de gestion impactent directement les relations qu'il entretient avec les tiers usagers (II).

I – Le recours encadré à la subdélégation du contrat de délégation de service public

Une fois le contrat de délégation de service public attribué à un délégataire, il est possible et permis à ce dernier de sous-traité une partie de l'activité qui lui a été confiée mais également de la céder²³.

Nous n'envisagerons ici que la sous-traitance autrement appelée subdélégation du service. En effet, l'objet de notre étude est de s'interroger sur les relations existantes entre le tiers et le délégataire, or si le délégataire cède son contrat, il change de statut, n'est plus délégataire, et les relations qu'il entretient avec les tiers s'éteignent.

En revanche, la faculté qui lui est octroyée de sous-déléguer une partie de l'activité déléguée se rattache bien à la présente étude. En effet, le délégataire entretient, dans le cadre de cette subdélégation, une relation particulière avec un tiers au contrat initial de délégation de service public. Cette possibilité est une prérogative importante, témoin de la relative liberté accordée au délégataire dans les choix qu'il opère pour gérer le service. Cette prérogative est néanmoins encadrée dans la mesure où une telle action ne peut se faire sans l'agrément de la personne publique délégante ; là encore l'influence de l'administration sur la gestion de l'activité se profile et illustre la relation tripartite entre le délégataire, le tiers et le délégant.

La mise en balance entre relative liberté du délégataire de sous-déléguer une partie de son activité et le contrôle exercé par la personne publique sur ce choix s'illustre par l'acceptation de la subdélégation (A) tempérée par la nécessité d'un agrément de la personne publique (B).

²³ « La cession est l'acte par lequel le cocontractant se substitue un tiers pour l'exécution totale du contrat », (A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.12).

A – La reconnaissance formelle du pouvoir de subdélégation du délégataire : la possibilité de faire participer un tiers à l'exécution du contrat

Les contrats de délégation de service public sont marqués par un principe d'exécution personnelle pesant sur le délégataire à qui a été attribué le contrat. En effet, en vertu du principe de la sélection effectuée « intuitu personae » dans ce type de contrat, le délégataire est, en principe, censé exécuter lui même les missions qui lui ont été confiées.

Toutefois, ce principe souffre d'une exception qui est la possibilité de subdéléguer une partie des missions dont le délégataire a la charge dans le cadre de la délégation de service public. Cette possibilité est un droit pour le délégataire, un pouvoir dont il dispose pour exécuter le service.

Cette prérogative appelle une série de réflexions dans la mesure où elle permet au délégataire de service public d'associer un tiers à l'exécution du service qui lui a été confié. L'association de ce tiers, admise du fait du dépassement du principe d'exécution personnelle (1), provoque la naissance de rapports juridiques entre ce tiers, le délégataire et la personne publique délégante (2).

1. Le dépassement nécessaire du principe d'exécution personnelle

La loi Sapin²⁴ impose que les contrats de délégation de service public soient conclus selon un degré minimal de publicité et de mise en concurrence²⁵. Cependant, il est généralement admis

²⁴Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 **relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques**

²⁵En effet, l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 énonce que « *Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, (...). La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre*

que le choix du titulaire du contrat est opéré « *intuitu personae* » c'est-à-dire en fonction des caractéristiques propres et des compétences du titulaire. Le pouvoir exécutif, signataire de la convention, dispose à ce titre d'un pouvoir de négociation avec les différents candidats.

La place de l'*intuitu personae* dans le choix du titulaire du contrat de délégation de service public serait, selon les auteurs du Traité des contrats administratifs, A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, un des fondements du principe de l'exécution personnelle dans ces contrats. En effet, ces derniers estiment que « le fondement principal de ce principe (d'exécution personnelle) est la notion de l'*intuitu personae* (qui) signifie que le cocontractant a été choisit par l'administration en raison de ses qualités et capacités personnelles »²⁶.

Cette position est reprise par d'autres auteurs notamment J-M. Peyrical qui énonce, à propos du principe d'exécution personnelle, que « le lien de confiance personnalisé qui unit les deux cocontractants devrait théoriquement empêcher la substitution du titulaire par un autre, et conduire à la passation d'un nouveau contrat dans un tel cas »²⁷.

Il semble évident que, dès lors que l'administration a choisit un partenaire a qui elle confie une mission aussi importante que la gestion d'un service public, elle s'attend à le voir exécuter par cette personne en propre notamment en raison de la confiance qu'elle lui a accordé.

Cependant, le principe d'exécution personnelle souffre de plusieurs exceptions notamment lorsqu'un changement intervient dans le cadre de la gestion du service et que le délégataire désire subdéléguer²⁸ une partie du service à un tiers. De telles exceptions sont admises par la jurisprudence depuis l'arrêt du Conseil d'État du 18 décembre 1959, « Sieur Delansorme »²⁹ qui énonce clairement que le titulaire d'un contrat de concession de service public peut sous déléguer l'exécution partielle du service à un tiers.

après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ».

²⁶A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.10 §805

²⁷J-M Peyrical, L'exécution des conventions de délégations de service public, Encyclopédie des collectivités territoriales, Répertoire Dalloz, Folio n°3130, juin 2002, §22

²⁸L'expression « *subdéléguer* » est propre aux contrats de délégation de service public mais l'on peut également parler de sous concession ou encore de sous-taités comme le font les auteurs du Traité des contrats administratifs.

²⁹CE, section, 18 décembre 1959, « Sieur Delansorme », Rec. CE p.692

La subdélégation ou sous-traitance d'un contrat de délégation de service public peut être définie comme « le contrat par lequel une personne confie à un tiers l'exécution d'une partie du contrat dont elle est elle-même titulaire »³⁰. Le subdélégué sera ensuite rémunéré par le cocontractant principal en fonction des résultats de l'exploitation.

Admettre une telle exception au principe d'exécution personnelle des contrats sous tend deux idées.

La première est que la subdélégation dans les contrats de délégation de service public revêt un aspect pratique et utile ainsi que le relève J-M Peyrical qui explique que « la subdélégation de certaines parties de service public délégué peut présenter des intérêts pratiques qui excluent de l'interdire par principe, comme y inciterait l'*intuitu personae* caractéristique de la délégation »³¹. En effet, il est parfois nécessaire de sous-déléguer une partie des missions confiées au délégataire initial afin d'obtenir la meilleure prestation qui soit, et ce, dans la mesure où ce dernier n'est pas nécessairement le plus apte à exécuter l'intégralité des missions. Cela revient également à prendre en compte le fait que dans la plupart des contrats administratifs les titulaires sous-délèguent ou sous-traitent une partie de leurs missions ; c'est notamment le cas en marché public, matière dans laquelle la sous-traitance est largement admise.

La seconde est que la subdélégation, admise en son principe et autorisée par la personne publique délégante (cf. infra : l'agrément nécessaire de la personne publique), est une illustration parlante des droits et des prérogatives reconnus au délégataire de service public dans ses relations avec les tiers. En effet, le subdélégué est bien un tiers au contrat de délégation de service public initial et il se voit intégré à celui-ci par la naissance d'un rapport contractuel avec le délégataire principal qui est, lui, partie au contrat initial.

Ce dernier dispose donc du droit, certes encadré, d'inclure dans la relation née du contrat

³⁰ A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ 1984, p.12 §808, citant V. Roulet, « Définir la sous-traitance », *Mélanges Azard*, 1980, p.257.

³¹ J-M Peyrical, *L'exécution des conventions de délégations de service public*, *Encyclopédie des collectivités territoriales*, Répertoire Dalloz, Folio n°3130, juin 2002, §27

initial, un tiers. Ce droit est plus étendu que la simple inclusion du tiers, il va permettre au délégataire de faire exécuter une partie des missions qui lui ont été confiées par la personne publique délégante.

Il s'agit bien là de la reconnaissance d'une prérogative importante au profit du délégataire de service qui, dans le cadre de la gestion qui lui a été confiée, peut faire appel à un tiers, peut contracter avec lui et l'introduire dans la relation initiale issue de la délégation de service public. Cette reconnaissance de droit au profit du délégataire s'accompagne de la création de rapports contractuels entre le délégataire initial et le subdélégataire.

2. *La naissance de rapports contractuels consécutive à la subdélégation*

Ainsi que le relève H. Hoepffner, « le sous-contrat a pour effet d'associer un tiers à l'exécution du contrat initial, sans le modifier. Il met en place une situation juridique complexe, caractérisée par la superposition de deux relations contractuelles : celle issue du contrat originaire et celle issue du sous-contrat »³². La subdélégation fait donc naître des rapports complexes entre trois personnes juridiques distinctes : le délégataire et son subdélégataire et la personne publique délégante. Pour autant, les trois ne sont pas nécessairement liées contractuellement. En effet, le subdélégataire reste le cocontractant du concessionnaire et pas de l'administration. Par conséquent sa responsabilité ne peut être engagée par l'administration qui devra se retourner, le cas échéant, contre le délégataire initial, seul responsable de la bonne exécution des missions qui lui ont été confiées. Ce dernier ne peut d'ailleurs pas se prévaloir de la faute de son cocontractant pour s'exonérer de sa responsabilité vis-à-vis de l'administration³³.

En ce sens, les auteurs du Traité des contrats administratifs expliquent qu' « à la différence de la cession, le sous-traité n'entraîne pas une substitution du sous-traitant au cocontractant principal ; il laisse intact le lien contractuel qui lie celui-ci à l'administration, et le sous traitant ne devient pas partie au marché (ou à la concession). Il en résulte que la responsabilité du cocontractant reste entière vis-à-vis de l'administration pour la totalité de l'exécution du contrat,

³²H. Hoepffner, Exécution du contrat administratif, droit et obligations du cocontractant, Jcl. A. n°609

³³CE, 27 mai 1974, « Société P. Millet » : le titulaire d'un marché public de travaux ne peut se prévaloir de la faute de ses sous-traitants pour s'exonérer de sa responsabilité contractuelle.

même pour la partie exécutée par le sous-traitant »³⁴.

L'existence d'un lien juridique entre l'administration et le subdéléataire n'apparaît que dans certains cas notamment dans le cadre de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle³⁵ lorsque le cocontractant du délégataire fait valoir la violation d'un droit propre en raison d'une faute commise par l'administration ou encore dans le cas d'une demande de paiement direct de ce dernier³⁶. Les rapports juridiques nés de la subdélégation sont donc limités, et la jurisprudence prête une attention toute particulière au principe selon lequel les rapports juridiques nés de la subdélégation ou de la sous-traitance ne lient pas l'administration au subdéléataire ou au sous-traitant³⁷.

Mais si la subdélégation n'entraîne pas l'existence de liens contractuels entre la personne publique et le subdéléataire, il n'en va pas de même concernant le délégataire et le subdéléataire. En effet, comme nous l'avons remarqué plus haut, le pouvoir de confier à un tiers une partie de l'exécution du contrat initial est un droit important pour le délégataire dans le cadre des délégations de service public ; ce droit s'accompagne nécessairement de la création de rapports juridiques entre les deux parties au contrat de subdélégation.

La nature juridique des subdélégations est contractuelle ainsi que le relèvent les auteurs du Traité des contrats administratifs qui énoncent que « la cession et le sous-traité constituent évidemment des contrats pour les deux parties qui les concluent »³⁸. Cette relation contractuelle échappe en principe à la compétence administrative³⁹ dans la mesure où les deux parties sont des personnes juridiques privées et que dès lors, le critère organique de qualification d'un contrat administratif n'est pas rempli⁴⁰.

³⁴A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.37 §834

³⁵CE, 23 janvier 1976, « Hôpital-hospice de la Ferté-Macé », Rec. CE p.992

³⁶Une telle demande intervient principalement dans les marchés publics lorsque le titulaire fait exécuter une partie des missions par un sous traitant. Dans le cas des délégations de service public, le subdéléataire est principalement rémunéré par le délégataire lui-même en fonction des résultats d'exploitation.

³⁷CE, 27 janvier 1954, « Établissement Boudet », Rec. CE p.56

³⁸A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.33 §828

³⁹CE, 24 janvier 1962, « Établissements Pilleux », n°41205

⁴⁰En effet, en l'absence de mandat délivré par la personne publique délégante au délégataire, aucune personne publique n'est partie au contrat de subdélégation, dès lors le critère organique qui permet de qualifier un contrat administratif n'est pas rempli.

Les liens contractuels entre le délégataire de service public et le tiers subdélégataire sont donc, sauf exception⁴¹, de droit privé et les litiges pouvant en découler relèvent de la compétence du juge judiciaire et sont soumis aux règles de droit civil. Bien que ce principe puisse heurter, comme le relève J-C. Douence en exprimant qu'« il y a certes quelque chose de choquant à ce qu'un contrat portant sur l'exécution d'un service public puisse être régi par le droit privé et relever de la compétence du juge judiciaire »⁴², c'est l'absence d'une personne publique partie au contrat qui dicte une telle solution « à laquelle la jurisprudence reste fermement attachée »⁴³.

Ainsi, la possibilité conférée au délégataire de subdéléguer une partie du service dont il a la charge est-elle encadrée en principe par le droit privé. Une telle affirmation ne vaut bien sûr que pour les relations juridiques nées entre les parties au contrat de subdélégation si elles sont toutes deux des personnes de droit privé.

La création de lien contractuel entre le délégataire et le subdélégataire est parlante et témoigne de la force du pouvoir de subdélégation. Il ressort de ces considérations que la subdélégation illustre l'autonomie laissée au délégataire pour organiser et gérer le service dont il a la charge et met en lumière le fait que, dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, la participation d'un tiers (non usager du service) peut être admise et ce, malgré le principe d'exécution personnelle qui pèse sur le cocontractant de l'administration.

Toutefois, cette admission, présentée comme un *pouvoir* du délégataire de service public, reste conditionnée à l'agrément de la personne publique délégante qui, en tant que responsable du service public, doit nécessairement consentir à la conclusion d'un tel contrat de subdélégation.

⁴¹L'exception principale à ce principe concerne les contrats conclus par les concessionnaires de service public comportant une autorisation d'occupation domaniale. En ce sens l'avis du Conseil d'État du 16 mai 2002 « EDCE », n°366305 énonce à propos des sous-contrats conclus par les sociétés concessionnaires d'autoroute avec des entreprises prestataires de services annexes comportant occupation du domaine public que « ces contrats sont (...) *administratifs* ». Voir également en ce sens : TC, 18 octobre 1999, « Martinetti », n°03169.

La seconde exception concerne l'hypothèse du mandat administratif.

⁴²J-C Douence, La délégation contractuelle du service public local, Encyclopédie des collectivités territoriales, Répertoire Dalloz, Folio n°6150, décembre 2010, §148

⁴³Ibid.

B – L'encadrement « souple » du pouvoir de subdélégation du délégataire : la nécessité d'obtenir l'agrément de la personne publique

La faculté pour le délégataire d'un service public de recourir à la subdélégation est admise dans son principe et donne lieu à la naissance de relations juridiques qui n'auraient pas existé en l'absence du contrat de délégation de service public initial. La possibilité d'associer un tiers à l'exécution de sa mission illustre l'autonomie du délégataire.

Cette autonomie est toutefois encadrée dans la mesure où, toujours en vertu du principe de l'intuitu personae, très présent dans le cadre des délégations de service public, l'agrément de la personne publique délégante est nécessaire, celle-ci devant s'assurer que le subdélégataire est bien apte à exécuter les missions qui lui seront confiées.

Un tel encadrement paraît justifié dans la mesure où le service public est en jeu (1). Il est toutefois lui même encadré car le refus d'agrément doit être justifié ce qui témoigne du fait que, dans ses rapports avec les tiers et notamment les tiers participants, le délégataire de service public dispose d'une certaine autonomie (2).

1. La nécessité de l'obtention d'un agrément de la personne publique

La subdélégation, bien qu'admise dans son principe, n'est pas totalement libre et la participation d'un tiers à la délégation de service public est soumise à l'approbation de la personne publique délégante. En ce sens, les liens qui peuvent s'établir entre le délégataire de service public et un tiers subdélégataire sont circonscrits par le pouvoir du délégant de donner ou non son assentiment à la conclusion d'un tel contrat.

Comme nous l'avons vu plus haut, le principe de l'exécution personnelle domine en matière de contrat administratif et plus particulièrement dans les contrats de délégation de service public dans la mesure où ceux-ci sont souvent conclus en vertu de *l'intuitu personae*. C'est ce principe qui commande la nécessité d'obtenir l'agrément de la personne publique pour recourir à la subdélégation.

À ce titre J-C Douence relève que « si la portée de l'obligation d'exécution personnelle peut être tempérée, *l'intuitu personae* qui caractérise le choix du cocontractant conserve toute sa force. Dès l'origine, la cession ou la sous-traitance d'un contrat de concession ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation de l'administration cocontractante »⁴⁴. En effet, la personne publique ayant sélectionné un délégataire en se fondant sur ses capacités et compétences personnelles, elle est en droit, en tant que responsable du service, d'exercer un contrôle sur les personnes à qui le délégataire entend confier une partie de ses attributions.

D'une manière générale, l'agrément délivré par la personne publique avant tout recours à un sous-contrat est défini par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975⁴⁵ qui énonce que « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage* ».

En matière de subdélégation, le principe de l'agrément est énoncé par une jurisprudence ancienne du Conseil d'État du 20 janvier 1905, « Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres »⁴⁶ et reste constant⁴⁷.

⁴⁴J-C Douence, La délégation contractuelle du service public local, Encyclopédie des collectivités territoriales, Répertoire Dalloz, Folio n°6150, décembre 2010, §151

⁴⁵Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

⁴⁶CE, 20 janvier 1905, « Cie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres », Rec. CE p.54

⁴⁷CE, 4 juin 1999, « SARL Maison Dulac », n°155825 : « *l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédé par le concessionnaire à une entreprise tierce sans l'accord de l'autorité concédante* ».

CAA Nancy, 26 janvier 2012, « Mme A. », n°11NC00307 : à propos d'un contrat de subdélégation conclut entre un délégataire de service public et la requérante sans l'accord préalable de la personne publique délégante la Cour énonce que « *la collectivité n'était pas tenue, ainsi que l'ont souligné à bon droit les premiers juges, d'accepter le fait accompli du contrat conclu entre l'association et Mme A et de délivrer à l'intéressée un titre pour l'exercice de son activité* ».

Plus encore, il s'agit d'un principe qui s'applique « même sans texte, à tous les contrats administratifs : il s'agit là d'un principe général de leur régime »⁴⁸. Mais même sans texte, ce principe est bien souvent repris dans le cahier des charges des contrats de concessions de service public voire dans le contrat lui même qui peut, soit le prévoir dans une de ses clauses, ou au contraire l'interdire.

L'objet de la demande d'autorisation est, selon les auteurs du Traité des contrats administratifs, « non seulement de faire accepter le principe de la cession ou du sous-traité, mais la personne à qui le contrat est cédé ou sous-traité : elle doit présenter au moins les mêmes garanties que le cocontractant initial »⁴⁹. Une telle affirmation illustre, d'une part, les implications très fortes du principe de la conclusion d'un contrat *intuitu personae* puisque la personne publique va s'assurer, comme elle l'a fait pour le délégataire initial, que le subdélégataire présente bien des garanties et démontre un certain niveau de compétence, et, d'autre part, la place prise par la personne publique délégante dans les choix de son cocontractant.

Ce dernier, bien qu'ayant la possibilité de faire appel à un tiers pour exécuter une partie de ses obligations et de créer des relations juridiques propres avec lui doit toujours demander l'accord de la personne publique.

A notre sens, la mise en place d'une telle relation tripartite, de fait plus que de droit puisque le subdélégataire et la personne publique ne sont pas liés contractuellement, se justifie au regard de la responsabilité qui pèse sur la personne publique d'organiser et de faire fonctionner correctement le service public ; en effet celle-ci « demeure l'autorité organisatrice du service et en contrôle la bonne exécution »⁵⁰.

C'est à travers l'agrément délivré à son délégataire que la personne publique délégante validera d'une part, le choix fait par ce dernier et d'autre part, la qualité du prestataire choisit. Cette action est emblématique de la relation tripartite existante entre le tiers (ici participant, subdélégataire), le délégataire et la personne publique délégante tant les liens entre eux sont ténus et

⁴⁸A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.18 §816

⁴⁹A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.21 §817

⁵⁰B. Roman-Séquence, Notion de sous-délégation de service public, RCMP n°8, août 2011, comm. n°279

ne peuvent exister indépendamment les uns des autres : le lien de subdélégation n'existerait pas en l'absence du lien initial de délégation et pareillement, le lien tenant à l'agrément n'existerait pas en l'absence des deux premiers.

Si le principe de l'agrément préalable de la personne publique délégante encadre fortement la possibilité laissée au délégataire de subdéléguer le contrat, la délivrance de l'agrément est elle-même encadrée ce qui dénote la volonté de conférer une certaine autonomie au délégataire.

2. *L'encadrement du refus d'agrément*

Le délégataire de la personne publique délégante ayant fait connaître sa volonté de sous-déléguer une partie du service public qu'il a en charge à un tiers, celle-ci est logiquement libre de refuser ou d'accepter l'agrément. En réalité, et contrairement à la sous-traitance dans le cadre des marchés publics⁵¹, « l'autorisation de subdélégation ne peut être accordée ou refusée de façon discrétionnaire »⁵² car la jurisprudence va dans le sens d'une limitation au pouvoir de l'administration de refuser cet agrément.

Tout d'abord, et selon les auteurs du Traité des contrats administratifs, « l'administration doit répondre à la demande de cession dans un délai raisonnable »⁵³. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État du 19 février 1932, « Melon », explique que l'administration saisie d'une demande d'agrément d'un sous concessionnaire ne peut simplement garder le silence et refuser par la même la demande d'agrément.

Ensuite, et toujours selon les mêmes auteurs, « un tel refus ne peut être fondé que sur des motifs tirés de l'incapacité technique ou financière du concessionnaire proposé »⁵⁴. Le refus de l'administration est donc conditionné à certains motifs et est susceptible, s'il ne se fonde pas sur ceux-ci, d'entraîner différents recours devant le juge administratif par le cocontractant de la

⁵¹ Le refus d'agrément doit être motivé en matière de concessions, contrairement au marché public ou « l'administration dispose d'un véritable pouvoir discrétionnaire pour accepter ou refuser le sous-traitant ». A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.27 §822

⁵² J-C Douence, La délégation contractuelle du service public local, Encyclopédie des collectivités territoriales, Répertoire Dalloz, Folio n°6150, décembre 2010, §155

⁵³ A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, ouvrage précité, p.28 §824

⁵⁴ A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, ouvrage précité, p.18 §816

personne publique⁵⁵.

Enfin, la personne publique qui donne l'agrément ne doit pas, lors de l'appréciation des capacités et compétences du subdélégué, remettre en cause les éléments essentiels du choix initial ni modifier substantiellement l'économie du contrat.

L'idée est ici de contrôler l'administration qui ne doit pas profiter de la demande d'agrément pour vérifier des éléments qu'elle n'aurait pas vérifiés lors de l'examen des compétences du délégué principal.

En tout état de cause, le refus de la personne publique de donner son agrément lors de la présentation par le délégué de service public d'un subdélégué doit être justifié. Il s'agit de permettre au délégué principal de pouvoir faire exécuter une partie des missions qui lui ont été confiées ; cela se justifie d'un point de vue pratique dans la mesure où le recours à certains prestataires plus spécialisés que le délégué (titulaire d'un contrat global) permet d'obtenir une satisfaction plus importante des besoins des usagers du service.

La recherche de cette satisfaction et de cette efficacité dans le cadre des délégations de service public, comme dans les marchés publics, induit que le titulaire du contrat principal ne soit pas empêché par la personne publique cocontractante. C'est pourquoi le refus de l'administration d'agréer un subdélégué est encadré.

Il ressort de ces considérations que le pouvoir donné au délégué de service public de faire participer un tiers à l'exécution d'une mission de service public est encadré par le pouvoir de contrôle de l'administration, lui-même encadré par la nécessité de laisser un minimum d'autonomie au délégué dans un objectif d'efficacité des missions remplies. L'exercice de cette prérogative illustre la complexité des rapports juridiques existants entre le tiers (ici participant) et le délégué, toujours sous contrôle de la personne publique délégante.

⁵⁵En ce sens :

CE, 8 mars 1944, « Commune de Balaguères », Rec. CE p.80 : annulation du refus
CE, 13 novembre 1908, « Wuillaume » : résiliation du contrat initial
CE, 20 mars 1942, « Dame veuve Bastit », Rec. CE p.92 : réparation pécuniaire

Dans le même ordre d'idée, l'autonomie dont dispose le délégataire au titre de son pouvoir de gestion du service est elle aussi soumise à divers degrés de contrôle de la part de la personne publique délégante ce qui influence nécessairement les rapports du délégataire avec les tiers, bénéficiaire du service ou en lien avec le service.

II – Le pouvoir circonstancié de gestion du délégataire

Le délégataire de service public jouit d'une certaine autonomie dans la gestion du service qui lui a été délégué. Cette autonomie concerne d'une part la faculté pour lui de subdéléguer une partie de ses missions et d'autre part la liberté qui lui est laissée en ce qui concerne la gestion du service. Cette autonomie est relative dans la mesure où, comme nous le verrons après, le délégant conserve un pouvoir très important en ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement et la responsabilité du service.

Néanmoins, dans le cadre de l'étude des relations entre le tiers et le délégataire de service public, il apparaît fondamental d'examiner les différentes prérogatives dont dispose le délégataire. En effet, ces prérogatives auront nécessairement un impact sur les tiers, soit qu'elles aient un effet bénéfique sur eux ou négatif. Dans la seconde hypothèse, l'exercice de ses prérogatives par le délégataire, s'il cause un préjudice au tiers ou aux usagers, est susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier. L'étude de la responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers et des usagers sera examinée dans le second chapitre mais pour cela, il convient tout d'abord de s'interroger sur les prérogatives dont dispose le délégataire.

Les prérogatives et les pouvoirs du délégataire sont bien souvent définis dans le contrat de délégation de service public au moyen du cahier des charges ; le contenu est donc variable mais fait l'objet de négociation en vertu du principe de liberté contractuelle (A). Néanmoins, sans se référer à chaque cahier des charges types existant en matière de délégation de service public, il est possible de dresser un bref inventaire des prérogatives dont dispose le délégataire de service public, qui auront, dans la plupart des cas, une influence sur ses relations avec les tiers (B).

A - La définition contractuelle des prérogatives du délégataire de service public

Les prérogatives qui sont attribuées au délégataire de service public sont encadrées et ne sont jamais totalement libres. En effet, il s'agit de lui accorder la possibilité de gérer le service comme il l'entend en fonction de ces prérogatives.

En ce sens, les prérogatives du délégataire, c'est-à-dire ce qu'il lui est possible de mettre en œuvre dans le cadre d'une délégation de service public, sont définies par le contrat.

Cette possibilité de définir contractuellement les prérogatives du délégataire de service public découle avant tout de la liberté contractuelle des personnes publiques qui, bien qu'elle ait connu un certain nombre de variations, a été admise en tant que telle (1). Cette faculté, offerte aux personnes publiques, leur permet donc de prévoir contractuellement l'étendue des missions déléguées au délégataire ainsi que les pouvoirs de ce dernier. Souvent, l'utilisation d'un cahier des charges est privilégiée à cette fin (2).

1. Une définition fondée sur la liberté contractuelle des parties

La délégation de service public est définie 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 »⁵⁶. Il s'agit d'un contrat administratif qui, comme tout contrat, est librement formé par les parties en vertu du principe d'autonomie de la volonté et dont le contenu est librement déterminé en vertu du principe de la liberté contractuelle.

Il convient également de rappeler que les collectivités jouissent de la liberté de gérer leurs

⁵⁶Article L1411-1 du Code général des collectivités territoriales

services publics comme elles l'entendent en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État du 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence » qui énonce que « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service (...) lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie...* »⁵⁷.

Deux éléments doivent donc être retenus pour expliquer le fait que le délégataire du service public dispose d'une certaine autonomie dans la gestion du service qui lui a été confié : le pouvoir de délégation des personnes publiques et la liberté contractuelle de ces dernières leur permettent de décider du contenu du contrat de délégation de service public et donc d'accorder une autonomie plus ou moins grande à leur délégataire par l'intermédiaire des clauses qui sont insérées dans ce contrat.

La liberté contractuelle s'entend comme la liberté de choix dans le fait de recourir au contrat et d'en déterminer son contenu ainsi que de choisir son cocontractant et, de manière plus générale, elle s'entend comme « le libre déroulement de la vie contractuelle »⁵⁸. Celle-ci s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle au terme d'un débat riche devant le Conseil constitutionnel alors qu'elle est restée pendant longtemps une notion controversée. Au départ, posée comme un postulat pour les personnes publiques par l'arrêt du Conseil d'État du 2 février 1983, « Union des transports publics, urbains et régionaux »⁵⁹ selon lequel les exigences d'un décret relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local « *n'apportent pas à la libre administration des collectivités locales et à la liberté contractuelle des limitations excédant les limites de l'habilitation conférée au gouvernement par l'article 4 de ladite loi* », le principe de liberté contractuelle a ensuite

⁵⁷CE, 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence », n°284736

⁵⁸ C. Maugüe, Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, AJDA 1998, p.694

⁵⁹CE, 2 février 1983, « Union des transports publics, urbains et régionaux », n°34027

connu des explications de plus en plus précises⁶⁰.

C'est finalement par le célèbre arrêt « Société Borg Warner »⁶¹ que le Conseil d'État a spécifiquement constaté que « *les dispositions précitées de l'article L316-2 du code des communes, qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement* » ce qui donne à la liberté contractuelle une valeur juridique forte bien qu'elle reste contestée par certains⁶².

Mais une fois la liberté contractuelle explicitement reconnue, la question de sa valeur restait en suspend. En effet, dans sa décision du 4 juin 1984⁶³ le Conseil Constitutionnel avait jugé que bien qu'étant un principe fondamental, la liberté contractuelle n'a pas en elle même valeur constitutionnelle puis il avait réitéré sa position en refusant par deux fois de reconnaître une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle⁶⁴ en affirmant « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* » en 1994, et que, « *le principe de liberté contractuelle n'a pas valeur constitutionnelle* » en 1997.

Toutefois, une brèche semblait s'ouvrir avec cette dernière décision dans la mesure où le Conseil acceptait que la méconnaissance de la liberté contractuelle puisse être invoquée devant lui si celle-ci conduisait à porter atteinte à d'autres droits et libertés constitutionnellement garantis⁶⁵.

En d'autres termes, le Conseil procédait alors à l'adossement de la liberté contractuelle à d'autres libertés⁶⁶ dont la violation permettait *in fine* de connaître de la méconnaissance de la liberté

⁶⁰Le Conseil d'État a d'abord reconnu la liberté de recourir au procédé contractuel parmi d'autres modes d'action comme les actes administratifs unilatéraux dans l'affaire « Société Unipain » du 29 avril 1970, n°77935. Ensuite, il a reconnu la possibilité de choisir un type de contrat parmi d'autres par l'arrêt « Région Midi-Pyrénées » du 8 février 1991, n°57679. Et enfin le Conseil d'État avait reconnu, il y a longtemps, la liberté contractuelle quant au contenu même du contrat par un arrêt « redécouvert » récemment : l'arrêt « Sieur Thouna » du 11 juillet 1939 selon lequel si le contrat comporte des clauses qui sont peu avantageuses pour la personne publique celles ci seront tout de même légales.

⁶¹CE, Section, 28 janvier 1998, « Société Borg Warner », n°138650

⁶²La valeur juridique de la liberté contractuelle pour les personnes publiques soulève encore des interrogations, notamment chez le Professeur E. Picard selon lequel la liberté contractuelle des personnes publiques n'est pas, en sus de ne pas être une liberté constitutionnelle, un droit fondamental en raison de la particularité de la personnalité juridique des personnes publiques : E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998 p. 651

⁶³CC n°84-137 DC, 4 juin 1984

⁶⁴CC n°94-348 DC, 3 août 1994 dite « Transposition de directives communautaires » et DC n°97-388, 20 mars 1997

⁶⁵CC, 20 mars 1997, n°97-388 DC : « *Considérant que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

⁶⁶La liberté contractuelle s'est trouvée adossée à la liberté d'entreprendre dont la valeur constitutionnelle a été

contractuelle. Le Conseil constitutionnel a notamment admis par sa décision du 19 décembre 2000, dite « loi de financement de la sécurité sociale »⁶⁷ que la liberté contractuelle puisse être protégée constitutionnellement en ce qu'elle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789.

En tout état de cause, la reconnaissance de la liberté contractuelle au profit des personnes publiques, quelles que soient les contestations portant sur sa valeur, permet à ces dernières de définir relativement librement le contenu du contrat de délégation de service public qu'elles concluent avec un tiers. Toutefois, cette liberté est encadrée dans la mesure où « dans certains domaines, seule la voie de la décision unilatérale peut être empruntée. Il en va ainsi en raison de la nature de certaines activités comme l'organisation du service public »⁶⁸.

Il faut donc distinguer deux choses lors de la conclusion d'un contrat de délégation de service public: d'une part la personne publique est libre de déléguer le service en question mais d'autre part elle reste soumise à certaines règles et, surtout, elle reste responsable de la bonne exécution de ce service. L'organisation du service public appartient par nature à l'administration qui est responsable d'une part, de la mise en place d'un service public capable de répondre aux besoins des usagers et d'autre part, de la bonne exécution de ce service qui doit être dominé par des principes d'adaptabilité, d'égalité et de continuité. Parce qu'elle est responsable, la personne publique ne peut pas laisser totalement libre le délégataire et devra nécessairement prévoir contractuellement son degré d'autonomie. Cet encadrement peut se retrouver dans le cahier des charges.

2. *Une définition contenue dans les cahier des charges*

La définition contractuelle des droits et obligations du délégataire, si elle est fondée sur la liberté contractuelle, trouve également son fondement dans les cahiers des charges annexés au contrat de délégation de service public.

reconnue par la décision CC, n°1982-132 DC du 16 janvier 1982 ; la méconnaissance de la liberté contractuelle pourrait empêcher le plein exercice de la liberté d'entreprendre.

Pour un panorama complet des différentes libertés constitutionnelles auxquelles la liberté contractuelle a pu être adossée, il convient de se référer à l'article du Professeur F. Moderne, RFDA 2006, p.2 « La liberté contractuelle est elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? »

⁶⁷CC, n°2000-437 DC

⁶⁸B. Stirn, La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif, AJDA 1998, p.673

En effet, l'élément essentiel est l'acte de délégation mais s'ajoutent d'autres documents qui énoncent les droits et obligations des parties notamment le cahier des charges particulier qui peut se référer à un cahier des charges type, élaboré par l'administration au sens large.

Comme le relèvent les auteurs du Traité des contrats administratifs, « presque toujours, les stipulations du contrat sont établies à l'avance par l'administration (...) et présentées au candidat cocontractant pour être acceptées ou rejetées en bloc par lui ». Cependant, « la rédaction unilatérale et préalable des dispositions du contrat n'enlève pas à celui-ci sa nature contractuelle »⁶⁹.

Ainsi, la reconnaissance formelle du pouvoir de gestion du délégataire est elle principalement fondée sur des clauses que l'on retrouve dans les cahiers des charges des contrats de délégation de service public.

Ces cahiers des charges, souvent définis par l'administration, comme en matière de marchés publics, peuvent recouvrir des formes très diverses et ne sont pas toujours rédigés par l'administration.

Nous donnerons ici quelques exemples de clauses relatives au pouvoir de gestion du délégataire. Ces clauses sont, comme nous l'avons vu précédemment, contractuellement établies et fondent le pouvoir du délégataire.

Dans un contrat de délégation de service public de type affermage pour l'exploitation d'un centre aquatique, est prévu ce qui suit : «

- *Le Délégué s'engage à assurer le bon fonctionnement, la continuité, la qualité ainsi que la bonne organisation du service aux usagers.*
- *Le Délégué poursuivra l'exploitation du service à ses risques et périls. Il est autorisé à percevoir auprès des usagers un prix fixé dans les conditions prévues au chapitre VI.*
- *Le Délégué devra notamment assurer : la prise en charge et l'exploitation complète du centre aquatique à ses risques et périls ;le cas échéant, la prise en charge et l'exploitation, à compter de sa date de mise en service, du projet de centre de remise en forme, aux risques et périls du Délégué ;la gestion administrative et financière du*

⁶⁹A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome I, LGDJ, 1983, §654

Centre ;la mise en place de la billetterie (tickets d'entrée, cartes d'abonnements, etc.) ;la perception des recettes sur les usagers ;l'accueil du public, la promotion du centre aquatique, l'information aux usagers, la commercialisation et le développement du Centre dans toutes ces dimensions ;l'accueil des établissements scolaires (primaires et collèges) dans le respect des textes réglementaires ;l'enseignement et l'apprentissage de la natation ;l'accueil des associations ;la sécurité des installations et des usagers ;le respect des normes d'hygiène et de sécurité et l'ensemble des contrôles techniques réglementaires nécessaires ;le parfait état de propreté des ouvrages, installations et biens confiés ;la mise en œuvre d'une démarche d'exploitation visant la réduction des consommations de fluides, d'énergies et l'utilisation de consommables éco compatibles ;l'entretien, la maintenance et le renouvellement des ouvrages, équipements, installations et biens confiés selon des modalités et la répartition entre la Collectivité et le Déléataire prévues dans le présent Contrat ;une qualité globale de service dans toutes les missions dont le Déléataire devra rendre compte à la Collectivité ;la fourniture de rapports d'activité ;la reprise du personnel affecté à l'exploitation du service délégué conformément à la législation en vigueur.

À cet effet, le Déléataire affecte à l'exécution du service les moyens humains et techniques nécessaires. »⁷⁰

Le délégataire de service public est donc libre de gérer le service comme il l'entend mais dans le respect des prescriptions énoncées par la personne publique délégante. Il s'agit bien d'une définition contractuelle de ses prérogatives. Cette définition a nécessairement un impact sur les relations entre le délégataire et les tiers dans la mesure où ce dernier sera responsable des missions qui lui ont été contractuellement confiées.

Au delà de la définition contractuelle des prérogatives du délégataire de service public, une définition plus générale peut être établie. Celle-ci fonde également le degré de responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers.

⁷⁰Modèle de cahier des charges type pour une délégation de service public de type affermage pour l'exploitation d'un centre aquatique, Moniteur Références, Délégation de service public, Éditions le Moniteur (site internet).

B – La définition généraliste des prérogatives du délégataire de service public

La définition contractuelle des prérogatives du délégataire de service public étant par nature casuistique, une définition plus générale de ces prérogatives semble nécessaire. L'identification de ces prérogatives permet en effet d'appréhender plus précisément les relations existantes entre le délégataire d'un service public et les tiers : le délégataire est responsable vis-à-vis des tiers au titre de ces prérogatives et si elles lui sont accordées c'est dans un objectif de satisfaire les besoins d'une certaine catégorie de personnes tierces : les usagers.

Ces prérogatives trouvent leur fondement dans l'autonomie laissée au délégataire dans la gestion du service. Cette autonomie, dont la nécessité est justifiée au regard de la nature même de la délégation de service public (1), permet au délégataire de jouir de prérogatives matérielles et juridiques pour exécuter le service (2).

1. La nécessaire autonomie du délégataire de service public

Dans le cadre des délégations de service public la personne publique transfère la gestion du service public dont elle est responsable à un tiers, le délégataire. Si en principe la personne publique « assure elle-même, avec ses propres moyens, l'activité »⁷¹, elle « peut librement apprécier s'il convient que l'exécution d'un service public soit assurée par elle même en gestion directe, ou bien en gestion indirecte c'est-à-dire : par les soins d'une personne (physique ou morale) à laquelle cette exécution aura été déléguée, notamment par un contrat »⁷². René Chapus s'exprime bien ici à propos de transfert d'exécution à une personne. Cela démontre que, lorsqu'une personne publique délègue un service public à un tiers, cette délégation ne porte pas sur le service dans son ensemble (son organisation, ses modalités de fonctionnement, etc...) mais sur son exécution, sur sa gestion au

⁷¹R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, Montchrestien, 15ème édition, p.580 §750

⁷²R. Chapus, ouvrage précité, p.627 §799

sens matériel.

En ce sens René Chapus rappelle bien que la jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner la décharge totale d'une activité d'une collectivité vers une personne tierce⁷³ ; la personne publique délégante reste, comme nous le verrons par la suite, responsable du service et ne peut se défaire de ses compétences.

Mais, si la personne publique ne peut se défaire de sa responsabilité quant à l'organisation et au fonctionnement du service puisque « tout service public relève, en dernier ressort, d'une autorité publique »⁷⁴ et qu'elle exerce à ce titre un contrôle sur son délégataire, elle doit néanmoins lui laisser une certaine autonomie, fondement du pouvoir de gestion du délégataire.

Le critère de l'autonomie dans la gestion du service est une des conditions pour qualifier une délégation de service public ; en effet il ressort du texte même de la loi Sapin de 1993⁷⁵ qu'« *une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire* ».

Cette autonomie s'explique, comme le relèvent G. Guglielmi et G. Koubi, par le fait que « le but poursuivi par la personne publique délégante est précisément de ne pas se charger elle-même d'activités qui mobilisent de manière jugée inopportune ses moyens d'action, ce qui suppose que le cocontractant délégataire soit libre de ses mouvements et décisions, pour les tâches qu'il assure, et dans le respect des spécifications contractuelles »⁷⁶.

L'idée est ici claire que la personne publique, si elle délègue un service public, entend le voir exécuté par une tierce personne sans avoir « le souci de la gestion quotidienne »⁷⁷ de ce service. Et pour cela, elle doit lui laisser une certaine autonomie.

⁷³Voir en ce sens :

CE, 27 mars 1995, « Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes », n°108096, à propos de la censure d'une délibération d'un conseil général transférant globalement à une association les compétences du département en matière agricole.

CE, 12 novembre 1997, « Syndicat national des médecins du travail », n°157222 à propos d'un décret confiant à un organisme privé l'ensemble des missions du service de médecine préventive.

⁷⁴J. Rivero, Droit administratif, Dalloz, 17ème édition, 1998, p.432

⁷⁵Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite Loi Sapin

⁷⁶G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien, 3ème éd., p.429 §834

⁷⁷Ibid.

Cette autonomie ressort de la lettre des contrats, c'est un des buts poursuivis par la délégation de service public. Comme l'énonce de manière opportune M. Douence à propos du délégataire : « par le biais du contrat, la personne publique ne se contente pas de le solliciter comme un prestataire : elle l'investit d'une mission »⁷⁸. Elle ne lui « commande » pas une simple contribution à la satisfaction de ses besoins. Elle l'habilite, au sens strict du terme »⁷⁹. L'effet de la délégation de service public est dévolutif.

Peu de jurisprudences illustrent cette idée et la notion d'autonomie du délégataire est difficile à appréhender. A tout le moins permet-elle de requalifier certains contrats comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'État du 19 janvier 2011 « CCI de Pointe-à-Pitre »⁸⁰ par lequel ce dernier annule une ordonnance du juge des référés en estimant que celui-ci, « *sans rechercher si la convention en cause avait en l'espèce pour effet de déléguer au cocontractant la gestion d'un service public, alors qu'il résulte des dispositions [de la loi du 29 janvier 1993] qu'un contrat ne peut être qualifié de délégation de service public que s'il opère effectivement une telle dévolution* », a commis une erreur de droit en requalifiant cette convention d'occupation domaniale en contrat de délégation de service.

Comme le relève M. Douence à propos de cet arrêt « le Conseil d'État reconnaît là clairement l'objet dévolutif du contrat de délégation de service public et donc sa nature d'acte d'habilitation »⁸¹.

Ainsi, le critère de l'autonomie du délégataire de service public est-il primordial, tant pour identifier un contrat de délégation de service public que pour définir les missions de ce dernier. En effet, l'autonomie du délégataire semble être le fondement de son pouvoir de gestion du service et lui confère un certain nombre de prérogatives. Il s'agit de missions dévolues au délégataire en vertu de son autonomie, missions qu'il devra assurer et dont il sera responsable vis-à-vis des tiers. Sans cette autonomie, la personne publique responsable du service serait également responsable de ces

⁷⁸M. Douence, La notion de convention de délégation de service public, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, Décembre 2012, §65

⁷⁹Ibid.

⁸⁰CE, 19 janvier 2011, « CCI de Pointe-à-Pitre », n°341669

⁸¹Ibid.

missions.

La notion d'autonomie dans la définition de la délégation de service public est donc très importante. Mais au delà d'une simple notion, souvent mal définie, il s'agit d'un fondement à des prérogatives plus précises dont nous tenterons de dresser un bref panorama.

2. *L'existence consécutive de prérogatives matérielles et juridiques*

Comme nous l'avons vu précédemment, la notion d'autonomie du délégataire dans la définition des délégations de service public revêt une grande importance. Bien que sa définition soit imprécise, le Conseil d'État a pu utiliser une expression « plus éclairante »⁸² permettant de déterminer plus facilement ce que recouvre cette notion. Dans un arrêt d'assemblée du 4 novembre 2005 « Société J-C. Decaux »⁸³, le Conseil d'État parle de « *prise en charge effective* » du service public pour dénier à un contrat de mobilier urbain la qualification de délégation de service public « *faute notamment de prise en charge effective d'un service public par la société contractante* ».

L'autonomie du délégataire serait donc apparentée à la prise en charge d'un service public. Mais l'expression prise en charge reste elle-même imprécise c'est pourquoi il convient de s'interroger plus spécifiquement sur les implications de cette notion.

Selon M. Douence, l'autonomie du délégataire de service public recouvre deux aspects : l'un matériel et l'autre juridique.

En ce qui concerne le premier, « le délégataire doit être chargé des tâches d'exécution matérielle de l'activité elle-même »⁸⁴ c'est-à-dire que ce dernier doit assurer l'exécution du service en mettant en place des moyens matériels pour y parvenir. Il ne s'agit pas simplement de participer à un service public en contribuant à sa réalisation ou en fournissant les éléments matériels dont il a

⁸²M. Douence, La notion de convention de délégation de service public, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, Décembre 2012, §66

⁸³CE, 4 novembre 2005, « Société J-C. Decaux », n°247298

⁸⁴M. Douence, article précité, §74

besoin pour fonctionner mais d'une véritable prise en charge qui suppose notamment que le délégataire assumera les risques liés à l'activité. Selon G. Koubi et G. Guglielmi, « l'acceptation du risque par le cocontractant est souvent présentée comme le corollaire de l'autonomie qui lui est reconnue »⁸⁵.

Toujours selon M. Douence, l'identification d'une prise en charge matérielle du service public par le délégataire est susceptible d'être opérée « selon l'ampleur des tâches matérielles confiées au cocontractant de l'administration »⁸⁶.

Au titre de cette prise en charge matérielle de l'activité, l'autonomie du délégataire s'illustre par sa faculté à apporter à l'exercice de cette activité les moyens matériels et humains qu'il juge appropriés.

En ce qui concerne le second, « le délégataire doit jouir d'une certaine autonomie vis-à-vis de la personne publique »⁸⁷ c'est-à-dire que d'une part, ce dernier sera libre, au delà des clauses contractuelles fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement du service, de déterminer les modalités de gestion du service et d'autre part, ce dernier sera juridiquement responsable d'un certain nombre de points relatifs à l'exécution du service. Selon G. Koubi et G. Guglielmi, cette autonomie juridique correspond à une fonction dans l'activité de service public⁸⁸. Cette fonction est selon eux « intermédiaire » et correspond à la « gestion opérationnelle »⁸⁹ du service.

L'« autonomie juridique » du délégataire peut être divisée en deux points.

Premièrement, le délégataire dispose d'une autonomie juridique vis-à-vis de la personne publique délégante ; selon G. Koubi et G. Guglielmi, « le délégataire, pour mener à bien les

⁸⁵G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien, 3ème édition, p.429 §837

⁸⁶M. Douence, La notion de convention de délégation de service public, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, Décembre 2012, §75

⁸⁷Ibid.

⁸⁸Selon ces auteurs, « il faut distinguer plusieurs fonctions dans l'activité de service public ». La première est la direction stratégique du service qui appartient nécessairement à la personne publique responsable du service (elle correspond à la compétence de création, de direction, de détermination de l'organisation et du fonctionnement du service et de contrôle de celui-ci). La seconde est la gestion opérationnelle qui peut être transférée et la troisième est l'exécution matérielle du service qui peut également être transférée.

⁸⁹G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien 3ème éd., p.328 §625

activités de service public, reçoit les moyens nécessaires, en termes de compétence juridique »⁹⁰. Cela signifie qu'il n'est pas « dépendant » de la personne publique et qu'il dispose de prérogatives juridiques propres pour mener à bien la mission qui lui a été confiée.

Tout d'abord, le délégataire est juridiquement indépendant de la personne publique délégante en ce qu'il exerce lui-même la maîtrise d'ouvrage liée aux travaux qu'il doit réaliser pour les besoins de l'activité qu'il a en charge ; en effet, le maître de l'ouvrage étant celui qui bénéficie immédiatement de l'ouvrage conçu pour répondre à ses besoins, le délégataire d'un service public est maître des ouvrages qu'il construit et exploite pendant la durée du contrat⁹¹. Il convient de noter qu'à ce titre, les tiers à l'ouvrage, s'ils sont opposés au maître d'ouvrage, devront se retourner contre le délégataire.

Ensuite, le délégataire peut « être doté par la personne publique d'une faculté de décision relative à l'activité et, plus largement, de prérogatives de puissance publique »⁹². L'exercice de telles prérogatives va permettre au délégataire d'exécuter sa mission de service public en usant des mêmes pouvoirs que l'administration⁹³ et ce bien que la présence de telles clauses ne soit plus strictement nécessaire à l'identification du service public : en effet, « ce n'est finalement qu'en 2007 que le Conseil d'État a pris soin de remettre à plat les conditions d'identification d'un service public dans l'activité d'une personne privée. L'arrêt décrit en termes limpides les différentes alternatives à cette identification »⁹⁴. Toutefois, une telle habilitation à exercer des prérogatives de puissance publique doit nécessairement être prévue au contrat.

Enfin, et en lien avec l'exercice de prérogatives de puissance publique par le délégataire de

⁹⁰G. Guglielmi, G. Koubi, ouvrage précité, p.429 §835

⁹¹CE, 17 juin 2009, « Société anonyme d'économie mixte nationale (SAEMN) Bibracte », n°297509

⁹²M. Douence, La notion de convention de délégation de service public, Répertoire de droit immobilier, Dalloz, Décembre 2012, §75

⁹³Il s'agira par exemple d'exercer la tenue du « Livre des origines françaises » et de fixer les conditions d'inscription à un concours de pedigree, voir en ce sens, CE, 18 juin 2008, « Landes c/ Société centrale canine », n°298857.

⁹⁴M. Douence, article précité, §58, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 22 février 2007, « Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n°264541 qui énonce qu'« indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

service public, ce dernier « dispose du pouvoir d'édicter un règlement du service, applicable aux usagers »⁹⁵. Ce dernier point amène nécessairement à s'interroger sur le second aspect de l'autonomie juridique du délégataire.

Deuxièmement, le délégataire dispose d'une autonomie juridique vis-à-vis des tiers ; en ce sens, il est d'une part habilité à édicter des règlements liés au service qu'il a en charge, il s'agit de la « compétence de réglementer les liens avec les usagers du service public qui sont clients »⁹⁶ et d'autre part, il est responsable de l'exécution du service à l'égard des tiers (notamment les usagers) sans que la personne publique délégante ne soit mise en cause.

La responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers sera abordée dans la seconde partie mais il convient néanmoins de remarquer que, déjà, se profile le lien entre les prérogatives du délégataire et cette responsabilité. En effet, celui-ci dispose d'une autonomie qui lui permet de gérer le service avec comme moyens d'action les « fonctions » développées ci dessus (autonomie matérielle et autonomie juridique) ; c'est de cette gestion que le délégataire devra répondre. À chaque prérogative qui lui est attribuée correspond un point de responsabilité dont les tiers pourront se prévaloir.

Toutefois, la personne publique délégante n'est pas épargnée car c'est au titre de son pouvoir d'organisation et de contrôle que sa responsabilité pourra être engagée. Il convient alors de s'interroger sur les prérogatives de l'administration, encadrant nécessairement les missions du délégataire et illustrant encore une fois l'existence d'une relation tripartite entre le délégataire, les tiers et le délégant.

⁹⁵G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien 3ème éd., p.429 §836

⁹⁶G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien, 3ème édition, p.329 §628

Section II :

La relation du délégataire vis-à-vis des tiers : une relation marquée par un pouvoir encadré du délégataire

La délégation de service public induit, comme l'énonce la définition qui en est donnée par la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin, qu' « une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé ». Aux termes de la loi, l'objet de la délégation de service public est donc de confier à un délégataire la gestion d'un service public.

En ce sens, deux éléments doivent retenir notre attention. D'une part, le fait qu'il s'agit d'un service public ce qui sous entend que la personne publique qui choisit de le déléguer en est toujours responsable. D'autre part, le fait qu'il s'agit de confier la gestion de ce service ce qui sous entend que le délégataire ne dispose pas du pouvoir d'organisation du service en question. Cette prérogative appartient à la personne publique délégante, laquelle est responsable du service public.

Il ressort de ces considérations que le délégataire, parce qu'il n'est pas tenu de l'ensemble du service mais seulement de sa gestion, voit ses relations avec les tiers à ce service, nettement influencés par l'intervention de la personne publique délégante. En effet cette dernière, en ce qu'elle œuvre pour le service et l'intérêt général, va également agir vis-à-vis des tiers et notamment des usagers. Cette action se manifeste par l'organisation du service (I) mais aussi par le contrôle que la personne publique opérera sur son délégataire dans le but de vérifier que le service est bien effectué (II). Cette action vis-à-vis des tiers peut être qualifiée d'indirecte. Néanmoins, elle vient encadrer le pouvoir du délégataire.

I - L'implication du pouvoir d'organisation du déléguant sur la relation entre le déléguataire et le tiers

La relation entre le tiers à un service public et le déléguataire de celui-ci possède une existence propre dans la mesure où le déléguataire dispose d'un pouvoir de gestion du service. Comme nous l'avons vu précédemment, le déléguataire dispose d'une autonomie matérielle et juridique qui lui permet de créer avec les tiers une relation juridique propre : il est responsable vis-à-vis des tiers (notamment les usagers) en fonction des missions qui lui ont été confiées par la personne publique déléguante.

Toutefois, cette relation est nécessairement marquée par l'intervention de la personne publique déléguante qui dispose d'un pouvoir d'organisation du service. Ce pouvoir d'organisation se justifie par le fait que la personne publique est toujours responsable du service dans la mesure où il s'agit d'une des facettes de la satisfaction de l'intérêt général. Ainsi, parce qu'elle est responsable du service, la personne publique qui le délègue peut définir un certain nombre de mesures relatives à son organisation et à son fonctionnement à travers l'insertion de clauses réglementaires (A). Une telle opération a nécessairement un impact sur les tiers qui bénéficient ou au contraire subissent ces clauses.

Par ailleurs, le pouvoir d'organisation de la personne publique s'illustre par un autre biais qui est celui de la mise à la charge du déléguataire d'un certain nombre d'obligations relatives au service public (B). Là encore, cette opération se justifie au regard de la responsabilité qui pèse sur la personne publique d'organiser correctement le service et ce, principalement au bénéfice des tiers usagers.

A - L'existence d'un pouvoir souverain d'organisation du délégrant

La relation existante entre le délégataire d'un service public, qui dispose d'un certain degré d'autonomie, et le tiers, est toujours marquée par l'influence de la personne publique délégante dans la mesure où elle est toujours responsable du service et dispose d'un pouvoir relatif à l'organisation et au fonctionnement de celui-ci.

En ce sens, l'étude des relations entre les tiers à un service public et le délégataire ne peut exclure la prééminence des fonctions de la personne publique délégante qui prend toujours des décisions relatives à l'organisation du service susceptibles d'impacter sur les tiers.

Le délégataire, bien qu'il exécute la majorité des missions relatives au service public et l'exécute, est encadré par la volonté initiale de la personne publique qui ne peut se défaire de sa compétence relative au service public (1) et doit exécuter le service en fonction de ce qu'elle aura décidé et prévu, notamment à travers l'édition de clauses réglementaires (2).

1. L'exercice non transférable d'un pouvoir d'organisation du service public

Le délégataire de service public bénéficie, comme nous l'avons vu précédemment, d'une certaine autonomie dans la gestion du service qui lui a été transférée. Cette autonomie est d'intensité variable et modifie, vis-à-vis des tiers, le degré de responsabilité du délégataire. Cette relation entre le tiers et le délégataire est nécessairement marquée par la présence d'une troisième personne : la personne publique délégante.

En effet, cette dernière reste responsable du service qu'elle choisit de déléguer et ne peut se défaire de sa compétence relative à l'organisation et au fonctionnement du service. Le Conseil d'État

a pu réaffirmer ce principe dans un avis du 11 juin 1991 en énonçant que « *si le concessionnaire assure l'exécution du service, le concédant en conserve la responsabilité et exerce, pour ce motif, un contrôle sur le concessionnaire* ».

La personne publique délégante conserve toujours un pouvoir d'organisation générale du service. Ce pouvoir a notamment été mis en lumière par l'arrêt du Conseil d'État du 6 janvier 1995 « Ville de Paris »⁹⁷ dans lequel le Conseil énonce clairement qu' « *il appartient au seul conseil municipal et, à Paris, au seul conseil de Paris, de décider de créer ou de supprimer des services publics, d'en fixer les règles générales d'organisation et, de façon générale, de prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services de la commune ; que, dans ces conditions, la décision de confier les missions assumées par un service municipal à une entreprise privée relève de la seule compétence du conseil municipal ou, à Paris, du conseil de Paris* ».

Il ressort de ces jurisprudences que le pouvoir d'organisation du service public ne peut être exercé que par la personne publique délégante qui reste toujours responsable du service et qui doit exercer à ce titre un certain nombre de fonctions.

Comme le relèvent G. Koubi et G. Guglielmi à propos de la fonction de « direction stratégique » du service : « il est totalement exclu que la personne publique responsable du service public se défasse de cette fonction »⁹⁸.

Selon les mêmes auteurs, cette « fonction supérieure » de direction stratégique regroupe cinq compétences : « la compétence de fondation et de suppression du service public, la compétence de choix du gestionnaire opérationnel et des exécutants du service public, la compétence de fixation des principes d'organisation et de fonctionnement du service public, la compétence de contrôle du respect de ces principes et la compétence de sanction en cas de violation »⁹⁹. Les autres fonctions, vues précédemment, peuvent être transférées.

⁹⁷CE, section, 6 janvier 1995, « Ville de Paris », n°93428

⁹⁸G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien, 3ème édition, p.328 §625

⁹⁹Ibid.

Il ressort de ces considérations qu'une partie importante des missions relatives à l'activité de service public au sens général appartient à la personne publique, que celle-ci décide ensuite de déléguer le service ou pas. Cela induit nécessairement que, quelque soit le degré d'autonomie du délégataire et quelque soit l'ampleur des tâches qui lui seront confiées, la responsabilité du service public en lui-même ainsi que le « choix des objectifs »¹⁰⁰ le concernant reviendra toujours à la personne publique délégante.

Dès lors, la relation entre le délégataire de service et le tiers est, comme nous l'avons déjà remarqué, toujours influencé par les choix opérés en amont par la personne publique délégante : le délégataire ne sera jamais à l'origine¹⁰¹ ou responsable de l'organisation d'un service public et ne sera que l'exécutant d'une personne publique qui détient la compétence pour mettre en place et exercer cette activité. La relation juridique entre le tiers et le délégataire est donc dépendante des choix du délégant et basculera bien souvent vers ce dernier pour s'établir avec lui.

Cette prééminence de la personne publique dans l'organisation du service public s'explique par deux éléments.

D'une part, la personne publique est toujours responsable du service public dans la mesure où celui-ci « donne satisfaction à un intérêt général »¹⁰² et que cet intérêt « caractérise l'élément matériel de la définition du service public »¹⁰³. Il semble évident que la mission d'assurer le Service Public, parce qu'elle concerne en premier lieu la satisfaction de l'intérêt général, ne peut être transférée en elle même à une personne tierce.

¹⁰⁰Cette expression est empruntée aux auteurs précédemment cités qui analysent la fonction de direction stratégique du service comme « *la réponse à la question : à qui revient le dernier mot quant au choix des objectifs [du ou dans le service public] ?* », voir G. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, 3ème édition, p.328 §625

¹⁰¹Cette affirmation peut toutefois être nuancée dans la mesure où il arrive qu'une personne privée soit à l'origine de la création d'une activité ayant le caractère d'une activité de service public qui sera érigée en tant que telle par une personne publique.

¹⁰²G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome II, LGDJ 1932, p.349

• ¹⁰³J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, p.57 §104

D'autre part, « la délégation de service public ne correspond ni à un transfert de compétence ni à un mandat »¹⁰⁴. En effet, ce n'est pas parce qu'elle délègue le service public que la personne publique délégante transfère sa compétence en la matière au délégataire.

Le Professeur P. Delvolvé explique à ce titre que l'on ne peut pas parler de transfert de compétence car « il ne peut y avoir de transfert de compétence. Lorsqu'une collectivité publique détient une compétence, elle ne peut y renoncer pour la confier à autrui en s'en déchargeant totalement »¹⁰⁵.

La jurisprudence va d'ailleurs dans ce sens et, comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt du 27 mars 1995 « Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes », qu'un conseil général ne pouvait pas se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences en matière agricole.

Selon J-C. Douence, cette idée découle du « principe d'indisponibilité des compétences [selon lequel] toute autorité investie d'une compétence doit l'exercer elle-même, pleinement et personnellement car il s'agit d'une fonction qu'elle a mission d'exercer et non d'un droit subjectif dont elle pourrait disposer »¹⁰⁶.

Ainsi, le délégant conserve toujours la maîtrise du service et exerce un pouvoir général d'organisation du service dont la substance, selon J-C. Douence, « est définie en termes généraux : il porte sur la définition de la mission de service public et les modalités de sa mise en œuvre »¹⁰⁷. A ce titre le délégant, au delà de sa prérogative générale relative à l'organisation et au fonctionnement du

¹⁰⁴P. Delvolvé, Les contradictions de la délégation de service public, AJDA 1996, p.675 ; selon l'auteur, les délégations de service public présentent une contradiction dans leur intitulé même puisqu'il ne s'agit pas de déléguer un service mais seulement sa gestion. Selon lui « *il vaut mieux parler de « délégation de la gestion du service public », de « gestion déléguée »*. Ces expressions sont déjà employées. Elles devraient remplacer celle de délégation de service public, notamment dans les textes régissant la matière. Cela contribuerait à lever les contradictions qu'ils présentent eux-mêmes ».

¹⁰⁵Ibid.

¹⁰⁶J-C. Douence, La délégation contractuelle du service public local, Encyclopédies des collectivités territoriales Dalloz répertoire, folio n°6150, §77

¹⁰⁷J-C. Douence, article précité, §86

service public, dispose de prérogatives plus spécifiques illustrant son pouvoir d'organisation notamment la détermination de certaines clauses : les clauses à caractère réglementaire.

2. L'insertion de clauses à caractère réglementaire dans le contrat : l'illustration du pouvoir d'organisation de la personne publique délégante

Il est admis que le pouvoir d'organisation de la personne publique délégante doit se traduire dans les clauses du contrat. À ce titre, un certain nombre de clauses reflètent le pouvoir général de l'administration qui peut notamment fixer les clauses relatives aux missions du délégataire, les clauses relatives aux horaires du service¹⁰⁸, les clauses relatives aux tarifs¹⁰⁹ ou encore les clauses relatives à la durée du contrat¹¹⁰.

Le pouvoir de décision quant à l'organisation du service se retrouve principalement dans le cadre de ces clauses à caractère réglementaire.

Comme le relève le Professeur P. Terneyre « les parties stipulent parfois des **clauses qui vont avoir un effet juridique direct sur d'autres personnes, tierces au contrat** et non associées à sa conclusion (...). Cette situation se rencontre plus particulièrement dans le cas des contrats à objet de service public et, notamment, de ceux qui confient au cocontractant la gestion d'un service public dont la collectivité publique contractante a la responsabilité et qui, par définition, sont conclus à destination des usagers (des clients ?) de ce service public »¹¹¹.

Ces clauses ont un effet juridique direct sur des tiers au contrat. Elles sont décidées, le plus souvent, par la personne publique délégante et ont une valeur contractuelle pour les parties mais, parce qu'elles peuvent être contestées par les tiers envers lesquels elles s'exercent, ont également une valeur réglementaire.

¹⁰⁸Voir en ce sens l'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires du quartier de la Croix-de-Seguey Tivoli », Rec. CE p.962

¹⁰⁹CE, 30 octobre 1996, « Wajs et Monnier », n°136071

¹¹⁰CAA Marseille, 15 octobre 2009, « Commune du Grau-du-Roi », n°07MA03431

¹¹¹P. Terneyre, *Réflexions nouvelles sur les clauses à caractère réglementaire des contrats administratifs à objet de service public*, RFDA 2011, p.893

Parmi ces clauses, on retrouve bien évidemment les clauses tarifaires et notamment les clauses établissant le tarif des redevances dues par les usagers¹¹², les clauses organisant l'indexation de ces tarifs¹¹³ ou encore les clauses prescrivant le bénéfice de tarifs préférentiels au profit de certains usagers¹¹⁴.

Ces clauses intéressent directement les tiers et illustrent parfaitement le caractère tripartite de la relation établie dans le cadre des délégations de service public : la personne publique délégante décide de ces clauses, le délégataire les exécute et est souvent autorisé à percevoir les redevances, et les tiers usagers paient. D'autres clauses contractuelles sont bien évidemment susceptibles d'intéresser les tiers mais les clauses relatives à la tarification nous semble être les plus à même d'illustrer notre propos.

Ces clauses relatives aux tarifs impactent donc directement les tiers et illustrent le pouvoir d'organisation de la personne publiques délégante. Comme le relèvent les auteurs du Traité des contrats administratifs « le tarif des redevances perçues par le concessionnaire est normalement établie par l'acte de concession ; mais il ne l'est pas toujours d'une manière entièrement libre (...). Le concessionnaire peut être appelé à collaborer à la préparation du tarif en ce sens que l'administration peut estimer opportun de le consulter »¹¹⁵. L'idée est ici claire que, si le délégataire peut être consulté, il ne fixe pas les clauses relatives à la tarification des services, ce pouvoir appartient nécessairement à la personne publique délégante.

Nous reviendrons plus précisément sur ces clauses de tarification mais il est possible de constater que, de manière générale, le pouvoir d'organisation du service du délégant s'illustre parfaitement à travers l'insertion de clauses à caractère réglementaire dans le contrat de délégation de service public. L'influence de la personne publique délégante est ici bien présente et celle-ci vient s'intégrer dans la relation entre le tiers au service public et le délégataire, normalement gestionnaire de celui-ci. Mais l'influence de la personne publique se mesure encore, au delà de son pouvoir général d'organisation, dans les obligations imparties au délégataire au bénéfice du tiers.

¹¹²CE, 30 octobre 1996, « Wajs et Monnier », précité

¹¹³Ccass. 1^{ère} civ., 31 octobre 2007, « Société de distribution de l'eau intercommunale », n° 06-20.209

¹¹⁴CAA Bordeaux, 13 novembre 2007, « Régie des Sports d'hiver de Luz-Ardiden », n°06BX01607

¹¹⁵A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.335 §1130

B – La prééminence des obligations de service public mises à la charge du délégataire au bénéfice du tiers

Les différents services publics sont régis par des règles communes visant à assurer avant toute chose l'intérêt général. La présentation traditionnelle de ces règles se fait sous forme de trinité avec le principe de continuité du service, d'adaptabilité du service et d'égalité devant le service.

Plus généralement appelées « Lois de Rolland »¹¹⁶, ces règles sont « intimement liées à l'essence même du service public, ou, en d'autres termes, à son caractère d'activité du plus grand service » comme l'explique René Chapus¹¹⁷. Il faut comprendre par là que les activités de service public ne sont pas des activités comme les autres puisqu'elles sont destinées à répondre aux besoins des usagers et non pas à un intérêt individuel déterminé.

Dès lors, si la personne publique décide de déléguer le service public en question, les principes applicables au service public ne peuvent disparaître sous prétexte que l'activité est gérée par une personne privée. En effet, le respect des lois du service public constitue pour les usagers de celui-ci des droits.

En effet, bien que ces derniers n'aient pas de droit acquis au maintien d'un service public qui s'avérerait inutile¹¹⁸, ils bénéficient d'un certain nombre de garanties et en premier lieu d'un droit au fonctionnement normal du service. C'est la protection de ces droits qui doit être assurée par la personne publique qui délègue un service public et ce, par différents moyens.

Il reviendra donc à la personne publique délégante, dans l'intérêt du service et dans l'intérêt des tiers, de définir clairement les obligations liées au service public mises à la charge du délégataire (et ce, principalement par le biais du contrat) mais aussi de surveiller la bonne exécution de celles-ci, et notamment de l'obligation de continuité du service.

¹¹⁶Les « lois du service public » ont été systématisées par L. Rolland dans les cours qu'il dispensait à la faculté de droit de Paris entre 1934 et 1946.

¹¹⁷R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, Montchrestien, 15ème édition, p. 604 n°775

¹¹⁸CE, 27 janvier 1961, « Vannier », Rec. CE p.60

La continuité peut se définir comme « le fonctionnement ponctuel et régulier des services publics »¹¹⁹. Selon certains auteurs, elle serait consubstantielle à la nature même du service¹²⁰ et serait avant tout justifiée par la satisfaction des besoins des usagers. En effet, il est difficile de concevoir qu'une personne publique ayant créé et gérant un service public, l'abandonne à son sort, sans se préoccuper de savoir si les besoins des usagers seront satisfaits. Il s'agit d'un des fondements « naturels »¹²¹ du principe de continuité.

Les conséquences juridiques du principe de continuité du service sont que la personne, publique ou privée, qui gère le service, se voit imposer un certain nombre de contraintes pour que la continuité soit assurée.

La continuité suppose que l'accès au service soit garanti aux usagers en période normale ce qui implique que l'utilisateur puisse y accéder normalement¹²², et, selon les cas, de façon permanente¹²³. Notons à ce titre que tous les services publics ne sont pas soumis aux mêmes exigences en ce qui concerne le principe de continuité. Si certains nécessitent un accès permanent tels que les hôpitaux, d'autres peuvent donner lieu à un accès plus ponctuel tels que les services administratifs. Le degré d'accessibilité au service dépend avant tout des besoins des usagers. Cependant, quelque soit le service envisagé, celui-ci doit être capable de fonctionner normalement et être accessible.

Par ailleurs, la continuité suppose que le service fonctionne de façon continue y compris en période exceptionnelle (par exemple en période de guerre, ou encore après la survenance d'une catastrophe naturelle) où la continuité « apparaît plus que jamais nécessaire pour assurer la satisfaction de l'intérêt général »¹²⁴.

¹¹⁹J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p.429 §821

¹²⁰En ce sens, voir les conclusions de M. Tardieu sur l'arrêt CE, 7 août 1909, « Winkell », Rec. CE p.826 qui énonçait que « *la continuité est donc l'essence du service public* » mais aussi L. Duguit qui énonçait que « *Le devoir des gouvernants est d'employer leur puissance à en assurer l'accomplissement d'une manière absolument continue. La continuité est un des caractères essentiels du service public* », Traité de droit constitutionnel, Tome III, 3ème édition, 1928, p.61

¹²¹J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, C. Deffigier, ouvrage précité, p.435 §831

¹²²CE, 25 juin 1969, « Vincent », n°69949

¹²³CE, 13 février 1987, « Touche-Boeuf », Rec. CE p.45

¹²⁴J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, C. Deffigier, ouvrage précité, p.441 §846

Le service public doit également fonctionner à *minima*, notamment en cas de grève¹²⁵.

Le respect de ces obligations pèse sur la personne gérant le service. Ainsi, dans le cadre d'une délégation de service public, la mission d'assurer la continuité du service pèse sur le délégataire qui, en tant qu'il gère le service et prend les mesures nécessaires à son fonctionnement, sera responsable des éventuels manquements à ce principe.

Cependant, si la charge pèse sur le délégataire, la personne publique reste responsable du service et à ce titre, sa responsabilité pourra être engagée par les tiers en cas de dysfonctionnement du service. A charge pour elle ensuite de prendre les mesures qui s'imposent à l'encontre de son cocontractant ; à ce titre, il convient de noter que la résiliation unilatérale pour faute est une sanction appropriée en cas d'inexécution de l'obligation de continuité¹²⁶.

Mais c'est avant tout par le contrat que la personne publique responsable du contrat devra organiser les garanties à la bonne exécution du service dans le respect des règles fondamentales de celui-ci.

Les stipulations contractuelles peuvent préciser ou développer le contenu de ces obligations de service public et prévoir des mécanismes visant à veiller au respect de certains principes notamment la continuité. En ce sens, il est possible de prévoir contractuellement que la personne publique délégante protégera son délégataire face à la concurrence pour que celui-ci puisse exécuter de façon continue le service et ne soit pas mis en difficulté¹²⁷.

Par ailleurs, le délégant peut imposer au délégataire une modification unilatérale du contrat afin de s'assurer que les principes de service public soient bien respectés. Par exemple, il est logique que l'administration puisse user de son pouvoir de modification unilatérale si, les besoins des usagers ayant changé, le service n'est plus adapté à ceux-ci. Rappelons à ce titre que le principe d'adaptabilité est l'un des piliers de la trinité des lois du service public ; le service doit être adapté et adaptable aux besoins concrets et actuels des usagers. En effet, un service répondant à des besoins

¹²⁵Voir en ce sens CE, 12 novembre 1976, « Syndicat unifié de radio et de télévision CFTD », Rec. CE p.484

¹²⁶CE, 26 novembre 1971, « SIMA », Rec. CE p.723 : l'interruption du service par le cocontractant est une faute grave justifiant la résiliation unilatérale pour faute

¹²⁷CE, 10 octobre 2007, « Société SPS Tarbes », n°255213

désuets ne saurait plus être qualifié de service public puisqu'il ne pourrait plus satisfaire les besoins du plus grand nombre.

La modification unilatérale, consacrée¹²⁸ par l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1910, « Compagnie générale française des Tramways »¹²⁹ et réaffirmée par l'arrêt du Conseil d'État du 2 février 1983, « Union des transports publics urbains et régionaux »¹³⁰, permet à l'administration de décider de la modification de certaines clauses du contrat sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant du fait de cette modification et sous réserve que cette modification ne bouleverse pas l'économie générale du contrat¹³¹.

On constate donc que l'administration dispose d'un certain nombre de moyens, et en premier lieu le contrat, pour s'assurer que le délégataire exécutera sa mission dans le respect des règles fondamentales du service public. Ces moyens sont mis en œuvre afin de satisfaire l'intérêt général et plus particulièrement les usagers du service public. Une fois encore, se dessine l'idée que la personne publique délégante, dans le cadre de son pouvoir d'organisation du service et parce qu'elle en est le responsable, intervient sur les obligations pesant sur le délégataire et ce, au profit des tiers.

Si la personne publique peut intervenir en amont de toutes problématiques en définissant les obligations mises à la charge du délégataire, que celles-ci découlent de clauses réglementaires ou des principes généraux applicables au service public, elle se doit également d'intervenir en aval, lors de l'exécution du contrat en contrôlant son délégataire voire en le sanctionnant.

¹²⁸ Une partie de la doctrine contestait alors l'interprétation de l'arrêt du 11 mars 1910 notamment les Professeurs J. L'Huillier et M. Benoît.

¹²⁹ CE, 11 mars 1910, « Compagnie générale française des Tramways », Rec. CE p.216

¹³⁰ Arrêt précité, il consacre notamment le fait que le pouvoir de modification unilatérale fait partie « *des règles générales applicables aux contrats administratifs* ».

¹³¹ Voir en ce sens l'arrêt CE, section, 27 octobre 1978, « Ville de Saint-Malo », Rec. CE p.401 : une modification trop importante est fautive.

II - L'implication du pouvoir de contrôle et de sanction du délégant sur la relation entre le délégataire et le tiers

La délégation de service public se caractérise par la présence, nécessaire et permanente, du délégant dans l'exécution du contrat. Ce dernier dispose en effet d'un pouvoir d'organisation du service dont il reste toujours responsable même s'il l'a délégué. Ce pouvoir d'organisation aurait une efficacité moindre si, parallèlement, n'existait pas un pouvoir de contrôle et de sanction du délégataire par le délégant.

En effet, le fait de pouvoir contrôler la bonne exécution du service par le délégataire semble primordial en amont afin de s'assurer que celui-ci remplit bien les missions qui lui ont été confiées. Ce pouvoir de contrôle trouve une importance toute particulière dans le cadre des délégations de service public puisqu'est en jeu un service public et plus globalement l'intérêt général. Et, dans le même ordre d'idée, l'efficacité du contrôle du délégataire est assurée par la possibilité de sanctionner ce dernier s'il ne s'exécute pas ou exécute mal ses missions.

Ces deux types de prérogatives appartenant à l'administration délégante influence toujours la relation du délégataire avec les tiers dans la mesure où le contrôle permet d'anticiper les éventuels manquements du délégataire, parfois bien avant qu'ils ne surviennent et de les corriger (A), ce qui profite aux tiers notamment aux usagers, mais aussi dans la mesure où le pouvoir de sanction permet de faire en sorte, soit que le délégataire s'exécute correctement, soit, qu'il soit remplacé et ce, toujours au bénéfice du tiers usagers (B).

A - Le contrôle à *priori* du respect de ses obligations par le délégataire au bénéfice du tiers

Dans la mesure où elle est toujours responsable du service public qu'elle délègue, la personne publique se doit de contrôler son délégataire. Il ne s'agit pas simplement pour elle de contrôler à posteriori que son cocontractant s'est bien exécuté, mais de procéder à un « contrôle préalable » de celui-ci, en anticipant un certain nombre de manquements que celui-ci pourrait commettre.

Ce contrôle, effectué à priori, bénéficie principalement aux tiers usagers du service qui, dans leur relation avec le délégataire, profitent de ce contrôle dans la mesure où ils ne subissent pas les manquements de ce dernier.

Le contrôle à priori peut être entendu comme celui concernant la définition préalable de certaines clauses par la personne publique notamment les clauses tarifaires qui, bien que pouvant associer le délégataire, relèvent toujours de la compétence de la personne publique (1). Il peut également être entendu comme le contrôle opéré grâce à la communication de certaines informations par le délégataire au délégant (2).

1. Un contrôle opéré par la définition des clauses par le délégant

Le pouvoir d'organisation du service par la personne publique délégante implique que celle-ci puisse contrôler son délégataire et vérifier qu'il exécute correctement les missions qui lui ont été confiées. Mais une telle vérification nécessite que les obligations du délégataire aient été clairement définies dans le contrat de délégation de service public et plus particulièrement que certaines clauses aient été édictées directement par la personne publique délégante. C'est le cas des clauses à caractère réglementaire qui illustrent le pouvoir d'organisation du délégant. La définition à priori de ces clauses par le délégant lui permettra par la suite de contrôler son délégataire.

Ces clauses vont s'imposer au délégataire ce qui aura nécessairement un impact sur ses relations avec les tiers puisque, bien souvent, ces clauses organisent le fonctionnement même du service notamment les horaires, les tarifs, etc... ce qui intéresse directement les tiers.

Parmi ces clauses on trouve notamment les clauses relatives à la tarification du service qui sont fixées dans le contrat de délégation. Le tarif est établi dans les documents contractuels notamment le cahier des charges ; à ce titre, comme il s'agit d'un document contractuel, le cocontractant peut être amené à collaborer avec le délégant pour fixer les tarifs mais il n'a pas de pouvoir décisionnaire en la matière, cette mission appartient à la personne publique responsable du service. Comme le rappellent J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, « il résulte des principes traditionnels relatifs aux services publics que le délégataire ne dispose pas d'autonomie en matière tarifaire »¹³².

La loi elle même prévoit que les clauses tarifaires sont fixées par la personne publique délégante puisque l'article L1411-2 du code général des collectivités territoriales prévoit que « *La convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution* ».

Selon les auteurs précédemment cités, un tel énoncé par la loi ne ferait qu'entériner une pratique contractuelle déjà ancienne. En effet, cette définition préalable des clauses tarifaires par l'administration n'est pas apparue avec l'intervention de la loi Sapin de 1993. Les auteurs du Traité des contrats administratifs y consacraient déjà des développements en 1984.

Cet encadrement, prévu par la loi, n'interdit pas au délégataire de participer à l'élaboration des tarifs comme le remarquent les auteurs précités, mais « les propositions du concessionnaire ne sont que des consultations destinées à aider l'administration contractante à établir l'acte de concession »¹³³.

On constate toutefois qu'une certaine marge de manœuvre est laissée au délégataire en ce qui concerne la perception des redevances ; il s'agit de la méthode dite du tarif maximum.

¹³² J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p.400 §763

¹³³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.335 §1131

Avec cette pratique, l'acte de délégation va seulement fixer un maximum qui pourra être perçu par le concessionnaire ; cela laisse au délégataire une part de liberté et d'initiative mais cela est toujours encadré. La jurisprudence s'est également prononcé sur cette méthode notamment dans un arrêt ancien du Conseil d'État du 3 avril 1935, « Ville de Raincy », à propos d'une clause prévoyant que le concessionnaire pourrait relever les tarifs sous la réserve que le prélèvement ne dépasse pas 50% du montant initial.

Il est donc possible que le délégataire fasse varier le montant des redevances, mais cela reste très encadré, notamment en vertu des règles fondamentales applicables au fonctionnement du service public et du principe de l'égalité d'accès au service public et d'égalité de traitement des usagers¹³⁴. Des discriminations sont parfois admises mais elles doivent toujours être justifiées¹³⁵.

Ainsi, le délégataire de l'administration est tenu, d'une part, par les prescriptions légales qui impose à la personne publique de fixer le montant des redevances à percevoir sur les usagers et d'autre part, par les principes généraux du service public.

À ce titre, comme le relèvent les auteurs du Traité des contrats administratifs « le cocontractant est lié par les clauses tarifaires ; il ne peut modifier le tarif ni prétendre percevoir en fait des redevances non conformes au tarif ; les initiatives qu'il prendrait à cet égard ne seraient légales que dans le cas où le contrat lui-même lui reconnaît le droit de procéder à des changements tarifaires. En l'absence de dispositions lui reconnaissant de tels pouvoirs, les modifications de tarifs introduites par le cocontractant seraient irrégulières et donneraient lieu à son encontre à l'application de sanctions »¹³⁶. La jurisprudence du Conseil d'État du 30 avril 1948,

¹³⁴Voir en ce sens la jurisprudence du Conseil d'État, Assemblée, du 25 juin 1948, « Société du journal l'Aurore », Rec. CE p.289

¹³⁵Les différences de traitement entre les usagers d'un même service peuvent être admises si :

- elles résultent de la loi
- elles résultent d'une différence de situation objective, voir en ce sens CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. CE p. 274
- elles résultent d'un intérêt général à accorder certains avantages à une catégorie de personne, voir en ce sens CE, 17 décembre 1982, « Préfet de la Charente-Maritime », Rec. CE p. 427 pour un refus d'accorder une différence de tarification.

¹³⁶A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome II, LGDJ 1984, p.350 §1142

« Ville de Nantes »¹³⁷ va dans le même sens en prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre du délégataire.

On ne peut que constater que le pouvoir d'organisation du délégataire prédomine sur les prérogatives du délégataire de service public ; mais ceci peut sembler nécessaire au regard de la fonction même du service public et des principes qui l'encadrent. Il est difficilement imaginable qu'un délégataire, personne morale de droit privé, dispose de la possibilité de fixer lui même les redevances perçues sur les usagers d'un service public qui, selon sa vocation, assure les besoins du plus grand nombre. Il ne semble pas contestable qu'un encadrement existe *à priori* sur la tarification des services publics.

Cet encadrement, permettant un contrôle *à priori* de la personne publique délégante sur son délégataire, illustre parfaitement la relation tripartite existante dans le cadre des services publics délégués. Les trois relations sont imbriquées : la redevance déterminée par le délégant est versée par les usagers et assure la rémunération du délégataire.

En dehors de cet encadrement préalable de la délégation par l'édition de clauses (à destination des usagers), un pouvoir de contrôle *à priori* existe envers le délégataire qui doit transmettre les informations relatives à la délégation au délégant.

2. Un contrôle opéré par l'obligation d'information du délégant par le délégataire

Afin de contrôler la bonne exécution du service public qu'elle a délégué, la personne publique dispose d'un certain nombre de moyens (en premier lieu la faculté de définir certaines clauses qui s'imposeront au délégataire) dont l'un des plus pertinents est l'information par le délégataire relative à l'exécution de la mission de service public.

Le contrôle des personnes publiques délégantes sur leur délégataire est « généralement

¹³⁷CE, 30 avril 1948, « Ville de Nantes », Rec. CE p.188

prévu dans le contrat »¹³⁸ mais a fait l'objet d'une formalisation par la loi du 8 février 1995¹³⁹ transposée au Code général des collectivités territoriales pour améliorer les pratiques en la matière ; en effet, le contrôle était variable selon les collectivités et les délégataires.

Le code prévoit donc expressément en son article L1411-3 que « *Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public* ».

Le contenu de ce rapport a été précisé par un décret du 14 mars 2005¹⁴⁰ codifié aux articles R1411-7 et 8 du même code. Il est notamment prévu que « *Ce rapport comprend (...) : le compte annuel de résultat de l'exploitation de la délégation (...), une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation (...), un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat (...), un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué (...), un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué (...), un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles, un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué, les engagements à incidences financières (...), l'analyse de la qualité du service mentionnée à l'article L. 1411-3 comportant tout élément permettant d'apprécier la qualité du service rendu et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers (...)* ».

¹³⁸J.-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p.412 §786

¹³⁹Loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public

¹⁴⁰Décret n°2005-236 du 14 mars 2005

Il ressort donc de cet article que le délégataire doit fournir un rapport détaillé sur la gestion du service qui lui a été confié et notamment sur la qualité du service. Ce point est important et, quelque soit le degré de précision de l'article, « le grand mérite des dispositions nouvelles est d'éclairer le délégataire dans l'élaboration de son rapport et le délégant sur ce qu'il peut au minimum exiger de son cocontractant »¹⁴¹.

Surtout, tel que le remarque C. Boiteau, « les indicateurs de qualité seront définis par voie contractuelle »¹⁴², en ce sens, le contrôle de la personne publique sur la qualité du service pourra être effective puisqu'elle sera effectuée selon des données prédéfinies et acceptées par les deux parties au contrat. L'analyse de la qualité concerne directement les usagers du service qui, à travers la communication de ce rapport, voient leurs besoins mieux pris en considération.

Mais les usagers du service ont à leur disposition un autre moyen de faire valoir leur voie en ce qui concerne l'exécution du service public. En effet l'article L1411-13 du CGCT prévoit que « *Dans les communes de 3 500 habitants et plus, les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués, qui doivent être remis à la commune en application de conventions de délégation de service public (...) sont mis à la disposition du public sur place à la mairie et, le cas échéant, à la mairie annexe, dans les quinze jours qui suivent leur réception par voie d'affiche apposée* ».

Grâce à la communication de ces documents, les usagers et les administrés bénéficient d'un droit à information non négligeable leur permettant « d'appréhender les données économiques et financières de la gestion de leurs services publics »¹⁴³.

Il ressort de ces considérations que le délégataire de service public est soumis à un double contrôle : celui de la personne publique délégante et celui des usagers et des administrés. Ce contrôle incite sans nul doute les délégataires à exécuter correctement la mission qui leur est impartie et illustre encore une fois l'influence considérable de la personne publique dans sa gestion du service.

¹⁴¹C. Boiteau, Brèves observations sur le rapport annuel du délégataire de service public local, Mélanges M.Guibal, Tome II, Université Montpellier I, p.233

¹⁴²C. Boiteau, Brèves observations sur le rapport annuel du délégataire de service public local, Mélanges M.Guibal, Tome II, Université Montpellier I, p.233

¹⁴³Ibid.

B – Le contrôle à *posteriori* du respect de ses obligations par le délégataire au bénéfice du tiers

Dans le cadre de la délégation de service public, il semble primordial que la personne publique délégante, au delà d'un pouvoir de contrôle qu'elle exerce à priori sur son délégataire, puisse contrôler ce dernier lors de l'exécution de la mission qui lui a été confiée.

En effet, la satisfaction des besoins des usagers par le service public suppose que celui-ci fonctionne correctement y compris lorsque celui-ci est délégué à une personne privée. Cette satisfaction peut, bien entendu, être assurée sans aucune difficulté par le délégataire. Cependant, il peut aussi arriver que celui-ci exerce l'activité de façon incorrecte ce qui justifie que l'administration délégante le sanctionne.

La sanction du délégataire est la mesure la plus radicale (2) mais précédemment à celle-ci, l'administration doit avant tout contrôler son délégataire, il s'agit d'une prérogative inhérente à ces pouvoirs mais aussi d'un devoir (1).

1. Un pouvoir de contrôle et de direction nécessaire

Le pouvoir de contrôle de l'administration est particulièrement nécessaire dans le cadre des délégations de service public, c'est d'ailleurs « à propos des concessions de service public qu'est apparue la nécessité de reconnaître, même dans le silence du contrat, la possibilité pour l'administration de surveiller son cocontractant »¹⁴⁴. Si cette idée trouve un sens particulier dans le cas de la délégation d'un service public qui nécessite que la personne publique responsable de celui-ci s'assure toujours qu'il est bien exécuté, le pouvoir de contrôle de l'administration sur son cocontractant est inhérent au contrat administratif en général.

¹⁴⁴A. Roblot-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA 2007, p.990

Selon les grands auteurs en la matière et principalement G. Péquignot, l'idée de l'existence d'un pouvoir de contrôle inhérent au contrat administratif tient à la présence d'un service public¹⁴⁵ et plus généralement à la présence d'un intérêt public.

Le pouvoir général de contrôle de l'administration sur son cocontractant s'illustre de deux manières en dehors du pouvoir de sanction.

D'une part, la personne publique dispose d'un pouvoir de surveillance, c'est-à-dire qu'elle va vérifier que le cocontractant exécute correctement les missions qui lui ont été confiées. Ce pouvoir ne doit toutefois pas aller jusqu'à empêcher le cocontractant de s'exécuter ni constituer une immixtion dans le pouvoir de gestion du délégataire.

D'autre part, la personne publique dispose d'un pouvoir de direction à l'égard de son cocontractant. Il se manifeste « lorsque l'administration ne se borne plus à s'assurer de l'exécution des obligations prévues dans le contrat, mais intervient dans le choix des modalités d'exécution qui ont pu ne pas être précisées dans le contrat »¹⁴⁶.

Ces prérogatives sont souvent prévues dans les documents contractuels notamment dans le cahier des charges ou autre. Cependant, la plupart des auteurs s'accordent à dire que ces pouvoirs de surveillance et de contrôle existent même en l'absence de texte. En ce sens, G. Jèze estime que « même au cas de silence du contrat sur l'étendue du pouvoir de contrôle de l'administration, l'idée générale qui inspire les stipulations précises des cahiers des clauses et conditions générales fournit la solution : (...) l'administration, responsable du bon fonctionnement du service public, a le droit de surveiller l'exécution du contrat à tous les moments de l'exécution (...) »¹⁴⁷.

En ce qui concerne le pouvoir de direction, la réponse est moins évidente et s'il apparaît parfaitement normal que la personne publique délégante puisse surveiller la bonne exécution du

¹⁴⁵ « Dans les contrats administratifs, l'administration jouit d'un droit de contrôle, voire un droit de direction sur son cocontractant. On voit que ce droit dérive moins d'une idée contractuelle que de l'idée de service public », G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p.306

¹⁴⁶A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ 1984, p.383 §1164

¹⁴⁷G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Tome I, LGDJ 1936, p.431

service par son cocontractant¹⁴⁸, le fait qu'elle puisse intervenir dans les choix de gestion du service peut être discutable dans la mesure où le pouvoir de gestion appartient, comme nous l'avons vu, au délégataire.

Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* formulent ainsi cette problématique : « Dans la concession de service public, le problème doit donner lieu à une conciliation entre l'idée que la gestion du service est l'affaire du concessionnaire et l'idée que l'objet de la concession est le fonctionnement d'un service public dont l'administration ne peut se désintéresser »¹⁴⁹.

L'idée n'est pas nouvelle d'une conciliation entre les deux intérêts en présence et déjà en 1910 dans ses conclusions sur l'affaire « Compagnie générale des Tramways »¹⁵⁰, le commissaire de gouvernement L. Blum affirmait que « l'État reste garant de l'exécution du service (...). Ainsi, il ne peut se désintéresser du service public de transport une fois concédé ».

Le pouvoir de contrôle de l'administration sur son délégataire est donc marqué par l'idée que ce contrôle doit s'exercer dans le respect de l'autonomie laissée au délégataire. Comme le relève A. Roblot-Troizier, « une convention de délégation de service public n'en est plus une si, par le contrôle de l'administration, le délégataire ne bénéficie pas d'une autonomie dans l'exploitation du service »¹⁵¹.

Mais si l'autonomie du délégataire est importante, le pouvoir de contrôle ne saurait être remis en cause pour une raison évidente : « si deux intérêts s'affrontent, l'un d'eux est l'intérêt public que l'administration est seule à poursuivre, et qui, devant primer les intérêts privés, donne à l'administration des pouvoirs exorbitants du droit commun »¹⁵².

Le pouvoir de contrôle de l'administration sur son délégataire se justifie donc, dans le cadre d'une délégation de service public, par la prééminence de l'intérêt général sur l'intérêt privé.

¹⁴⁸Rappelons qu'à ce titre la personne publique délégante se voit transmettre, par le délégataire, un rapport concernant la gestion du service en vertu de l'article L1411-3 CGCT (cf. supra).

¹⁴⁹A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ 1984, p.387 §1166

¹⁵⁰CE, 11 mars 1910, « Compagnie générale des Tramways », précité

¹⁵¹A. Roblot-Troizier, *Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant*, RFDA 2007, p.990

¹⁵²G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p.306

Cet argument renvoie nécessairement à l'idée que, dans ses relations avec les tiers au contrat de délégation de service public et plus particulièrement les usagers, le délégataire est soumis à l'influence de la personne publique délégante qui, par ce contrôle, opère en faveur des tiers, au nom de l'intérêt général.

Là encore, l'existence d'une relation tripartite est évidente : sans contrôle de la personne publique, le délégataire pourrait mal exécuter les missions qui lui sont confiées ce qui impacterait directement sur les usagers voire d'autres personnes tierces. Il est donc possible de dire que le contrôle de la personne publique sur son délégataire est exercé « pour le compte » des tiers.

Ce contrôle, ici de surveillance et de direction, peut aller plus loin, toujours en vertu de l'intérêt général.

2. *Un pouvoir de sanction légitime*

Au delà du pouvoir de contrôle entendu comme la surveillance et la direction, la personne publique délégante exerce sur son délégataire un pouvoir de sanction. Ce dernier permet de veiller au respect par le délégataire de ses obligations dans le cadre d'une délégation de service public, parfois en le contraignant.

Comme le précise le Professeur L. Richer, « à côté de la sanction résolutoire qu'est la résiliation pour faute existent des sanctions pécuniaires et des sanctions coercitives »¹⁵³.

Les sanctions pécuniaires consistent la plupart du temps en des pénalités infligées au cocontractant de l'administration qui aurait mal exécuté ses obligations¹⁵⁴. Généralement, ces pénalités sont prévus dans le contrat et, dans le cas des délégations de service public, dans le cahier des charges.

¹⁵³L. Richer, *Droits des contrats administratifs*, 7ème édition, LGDJ, p.260 §502

¹⁵⁴Il convient de noter ici que le prononcé de pénalités n'est pas obligatoire puisque l'administration peut renoncer à les infliger dans la mesure où il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, voir en ce sens CE, 15 mars 1999, « Jarnac », n°190720

Les sanctions coercitives s'analysent, dans le cadre des délégations de service public, comme la reprise de l'activité en régie par la personne publique ou comme la transmission de l'activité en question à un nouveau délégataire au frais du titulaire initial.

En cas d'échec de ces sanctions, l'administration a la possibilité de résilier le contrat qu'elle a conclu avec le délégataire c'est-à-dire de prononcer sa déchéance.

La sanction la plus lourde est, sans nul doute, la résiliation unilatérale du contrat par l'administration en raison d'une faute commise par le cocontractant. L'existence de cette prérogative au profit de l'administration, admise de longue date, n'a jamais été remise en cause et constitue « une règle générale applicable aux contrats administratifs »¹⁵⁵, applicable même sans texte, et sans prévision contractuelle.

La résiliation unilatérale pour faute, également applicable en l'absence de texte¹⁵⁶, est la sanction la plus grave puisqu'elle est résolutoire et, de surcroît, prive le cocontractant fautif d'une indemnisation¹⁵⁷.

Elle est toutefois encadrée dans le cadre des délégations de service public ; en effet, en matière de déchéance d'un concessionnaire, la résiliation pour faute « doit conserver le caractère de sanction exceptionnelle »¹⁵⁸ et ne peut intervenir que pour des motifs graves. En ce sens, si elle est prévue par le contrat de délégation, celui-ci stipule généralement qu'elle ne peut intervenir qu'en cas d'échec des autres sanctions, pécuniaires et coercitives, prévues.

Par ailleurs, l'administration a l'obligation de saisir le juge administratif pour prononcer cette déchéance si elle n'est pas prévue au contrat¹⁵⁹. Celui-ci exerce dans tous les cas un plein contrôle sur le prononcé de cette sanction : il vérifie que la faute soit suffisamment grave pour motiver cette

¹⁵⁵CE, 2 mai 1958, « Distillerie de Magnac-Laval », Rec. CE p. 246

¹⁵⁶CE, 30 septembre 1983, « SARL Comexp. », Rec. CE p. 393

¹⁵⁷CE, 20 janvier 1988, « Société d'étude et de réalisation des applications du froid », Rec. CE p. 28

¹⁵⁸Voir les conclusions de J. Romieu sur l'arrêt CE, 20 janvier 1905, « Compagnie départementale des eaux », Rec. CE p. 61

¹⁵⁹CE, 20 mai 1982, « Teissier » ; en revanche, si une clause explicite prévoit la résiliation unilatérale, l'administration ne peut demander au juge de prononcer la déchéance du concessionnaire, voir en ce sens CE, 25 mars 1991, « Copel », n°92035

sanction résolutoire¹⁶⁰ et tient également compte du comportement de l'administration¹⁶¹.

L'exercice de son pouvoir de sanction par la personne publique délégante induit deux séries de réflexions. D'une part, il permet à cette dernière d'agir, souvent, en faveur des tiers au contrat et plus particulièrement des usagers ; en effet, si le délégataire n'exécute pas correctement ses missions ou commet des fautes dans l'exercice de celles-ci, l'impact sur les usagers est immédiat et nécessite l'intervention de la personne publique, toujours responsable du service. Le lien entre le délégataire, les tiers et le délégant est ici bien établi.

D'autre part, et allant dans le sens de la première réflexion, le pouvoir de contrôle et de sanction de l'administration se transforme parfois en **devoir**, vis-à-vis des tiers. En effet, l'exercice du contrôle est, pour la personne publique délégante, une obligation pour assurer le bon fonctionnement du service. En ce sens, « ce caractère d'obligation se traduit par la possibilité pour les usagers de mettre en mouvement des voies de droit soit pour obliger le concédant à exercer son contrôle, soit pour mettre en cause sa responsabilité si sa négligence à cet égard leur cause un préjudice »¹⁶².

Les tiers peuvent donc agir devant le juge administratif en contestant par la voie de l'excès de pouvoir le refus de l'administration d'exercer ses prérogatives¹⁶³. Les usagers du service public peuvent obtenir la condamnation de l'administration à réparer le préjudice qu'ils ont subi du fait de cette inaction¹⁶⁴.

Il ressort de ces considérations que la personne publique délégante a l'obligation de contrôler son délégataire pour assurer le bon fonctionnement du service au bénéfice des tiers. C'est à ce titre que ceux-ci peuvent agir contre elle. Mais en réalité, l'action intentée à pour destinataire final le

¹⁶⁰En ce sens :

CE, 8 mars 1939, « Berthod », Rec. CE p.147 : le refus d'obéir aux injonctions du délégant est une faute grave justifiant la résiliation unilatérale pour faute

CE, 26 novembre 1971, « SIMA », Rec. CE p.723 : l'interruption du service par le cocontractant est une faute grave justifiant la résiliation unilatérale pour faute

¹⁶¹En ce sens : CE, 4 mars 1991, « Département de la Haute-Loire », n°81446 ; CE, 12 mars 1999, « SA Méribel 92 », n°176694 : le juge substitue à la résiliation pour faute la résiliation prononcée par lui aux torts de l'administration.

¹⁶²A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome II, LGDJ 1984, p.427 §1198

¹⁶³CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey Tivoli », précité

¹⁶⁴En ce sens, l'arrêt CE, 5 novembre 1937, « Caire », Rec. CE p. 899, énonce à propos de la non souscription d'une assurance par le délégataire qu'« *en ne vérifiant pas si le concessionnaire s'était conformé à l'obligation à lui imposée (...), la ville de Saint-Galmier a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité* ».

déléataire qui, par une action fautive ou une omission fautive, a causé un préjudice au tiers et déclenché par la même le processus juridictionnel permettant de faire cesser ou de réparer ce préjudice.

On constate donc que le pouvoir de contrôle de la personne publique délégante s'inscrit directement entre les relations entre le délégataire et les tiers. La relation unissant ces trois protagonistes est complexe mais reflète toujours la même idée à savoir que, quelque soit le mode de gestion du service public, la personne publique en est toujours responsable et peut être condamnée au titre des agissements de son délégataire, par le biais de l'intervention des tiers au contrat directement intéressés par le service.

Ainsi dans le cadre des droits et obligations appartenant ou pesant sur le délégataire, la personne publique a toujours une influence, soit que celle ci s'exerce au bénéfice des tiers, soit qu'elle impacte sur les relations entre ceux ci et le délégataire. Dans ce sens, la responsabilité de la personne publique peut être engagée aussi souvent que celle du délégataire par les tiers et bien souvent, du fait d'un agissement de ce dernier.

Chapitre II :

Le partage circonstancié de responsabilité du délégataire de service public et de l'autorité délégante vis-à-vis des tiers

Les contrats de délégation de service public regroupent trois personnes juridiques distinctes, nécessairement amenées à créer des liens juridiques entre elles. Le délégataire, l'autorité délégante, et les tiers, sont liés par le service public faisant l'objet du contrat de délégation. Il s'agit du point central de rencontre de ces trois protagonistes.

Le délégataire assure la gestion du service public qui lui a été transférée par l'autorité délégante qui, elle, en assure le fonctionnement et l'organisation et, surtout, en est responsable. Les tiers, selon qu'ils sont usagers et donc destinataires du service public ou qu'ils sont extérieurs, au contrat et au service, entrent nécessairement en contact avec ce dernier et donc, directement ou indirectement, avec le délégataire ou le délégant.

Dans l'hypothèse où le service est correctement exécuté et ne cause aucun dommage à des tiers, la question de la responsabilité du délégataire ou de l'autorité délégante ne semble pas se poser. En revanche, il est tout à fait possible, et fréquent, que le service ne fonctionne pas correctement, ne satisfasse pas les usagers ou cause un dommage à des tiers. Dans ce cas, déterminer la responsabilité du délégant ou du délégataire est primordiale.

Dans le cadre de l'étude des relations entre le délégataire d'un service public et les tiers, il apparaît fondamental de s'interroger sur la part et le degré de responsabilité du délégataire vis-à-vis du tiers. Il s'agit alors, en écho à ce qui a été développé dans le premier chapitre, de déterminer quelles sont les actions dont dispose le tiers vis-à-vis du délégataire,

et non pas, comme vu précédemment, de déterminer quelles sont les prérogatives dont dispose le délégataire vis-à-vis des tiers.

Il apparaît alors que la relation de ces deux personnes est marquée par la réciprocité : l'un a une influence sur l'autre parce qu'elle dispose d'un certain nombre de droits et de prérogatives pour gérer le service et, réciproquement, l'autre peut alors engager sa responsabilité à ce titre.

Mais dans cette relation « réciproque », l'autorité délégante est toujours amenée à intervenir. D'une part, à l'encontre du délégataire car elle lui impose un certain nombre d'obligations et elle le contrôle, et d'autre part, à l'encontre du tiers et notamment de l'usager qui se trouve confronté à elle dès lors qu'il s'agit pour lui de contester ou de faire valoir une mesure d'organisation du service.

Si le tiers est impacté par les décisions de l'autorité délégante, il doit également être en mesure de rechercher sa responsabilité. Il doit pouvoir contester l'action ou l'inaction de cette autorité si cela a permis au délégataire de mal s'exécuter. Il ressort donc de ces considérations que le tiers, pour contester une mesure prise par le délégataire, doit se retourner contre l'autorité délégante.

Le partage de responsabilité entre le délégataire et le délégant, bien que complexe, permet au tiers de bénéficier d'un champ d'action contentieux étendu. Il peut rechercher la responsabilité du délégataire, ceci après avoir déterminé l'ordre juridictionnel compétent (Section I), mais aussi la responsabilité du délégant, laquelle connaît, aujourd'hui, une ouverture dans le contexte nouveau d'un transfert d'activités, par nature régaliennne, à des personnes privées (Section II).

Section I :

La mise en jeu de la responsabilité du délégataire de service public au titre de son pouvoir de gestion

Le délégataire de service public, dans la mesure où il s'est vu confier la gestion du service, dispose d'un certain nombre de prérogatives pour exécuter correctement sa mission. Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, il peut notamment subdéléguer une partie du service mais aussi procéder à une organisation interne selon ses propres modalités d'organisation. Au titre de ces pouvoirs, il est responsable vis-à-vis des tiers.

Or, la présence d'un gestionnaire privé du service public pose certaines difficultés. Cette présence emporte, dans la plupart des cas, compétence du juge judiciaire, lequel fait application des règles de droit privé. Ceci est d'autant plus fort lorsque le service public en question est industriel et commercial. Toutefois, les services publics ne sauraient échapper complètement au droit public et le juge administratif se voit souvent octroyer une partie du contentieux y ayant attiré.

Il ressort de ces considérations que l'engagement de la responsabilité du délégataire par les tiers soulève une première difficulté de répartition des compétences juridictionnelles (I). Analyser cette répartition ainsi que ces difficultés paraît indispensable puisque cela permet, par la suite, de savoir quel régime juridique appliquer. Mais l'engagement de la responsabilité du délégataire par les tiers soulève d'autres difficultés tenant notamment à l'identification des missions et des pouvoirs de ce dernier. Une fois identifiés, ces deux types d'actions doivent répondre à certaines conditions pour permettre d'engager la responsabilité du délégataire et là encore, la répartition contentieuse n'est pas limpide tant la délégation de service public est emprunte des règles de droit public, favorisant un éclatement des compétences lorsqu'est en cause un acte qui peut s'apparenter à un acte administratif (II).

I – La difficile répartition de compétence juridictionnelle dans le contentieux des délégations de service public

La délégation de service public, largement admise et utilisée, présente de nombreux avantages pour les personnes publiques qui souhaitent transférer la gestion d'un service dont elles sont responsables à un délégataire privé. Ce transfert induit toutefois un certain nombre de difficultés, lesquelles tiennent principalement à la difficulté de répartir le contentieux naissant de ces délégations ou du service délégué entre juge administratif et juge judiciaire.

Ces difficultés se posent dans la mesure où le service public a, en principe, une connotation publique, lié à son objet d'intérêt général, et au fait qu'il soit régi par des principes de droit public. Or, une fois sa gestion transférée à un délégataire personne privée, le service public est marqué par la présence de règles de droit privé tenant à la personnalité juridique de celui qui le gère. Deux mouvements sont alors en œuvre et induisent une répartition de compétence juridictionnelle complexe.

L'examen de cette répartition est essentielle dans la mesure où elle permet de déterminer quel est le juge compétent pour connaître d'un litige opposant le tiers au délégataire du service public. Que ce tiers soit usager ou victime du service, il doit être en mesure de déterminer vers quel juge il devra se tourner et quel droit il se verra appliquer. Cette répartition, particulièrement complexe dans le cadre des services publics administratifs soumis à une logique forte de droit public (A), apparaît plus logique dans le cadre des services publics industriels et commerciaux emprunts, eux, d'une logique de droit privé (B).

A - Une répartition complexe dans le cadre de la délégation d'un service public administratif

La délégation des services publics administratifs soulève des difficultés dans la mesure où il s'agit de service appartenant par nature à l'administration et où leur vocation est, en principe, de satisfaire des besoins d'intérêt général qui ne pourraient être satisfaits par une initiative privée. Toutefois, il est admis que les personnes privées puissent se charger de la gestion de ces services.

Ceci soulève nécessairement des difficultés de répartition des compétences juridictionnelles et d'application d'un régime juridique public ou privé. En effet, l'application du droit public dans le cadre des services administratifs domine mais la présence d'une personne privée vient faire pencher la balance en faveur du droit privé.

L'examen de ces difficultés de répartition contentieuse dans le cadre des services administratifs est un préalable à l'examen de la responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers car permettant de connaître le juge compétent. Cet examen (2) nécessite de revenir sur l'évolution des possibilités de déléguer un service public administratif (1).

1. La possibilité acquise de déléguer un service public administratif

Les rapports juridiques naissant entre le délégataire d'un service public et les tiers sont soumis à différentes règles et à une compétence juridictionnelle distincte selon que le service délégué est administratif ou industriel et commercial. En effet, comme le relève R. Chapus, « les rapports d'un service administratif avec ses usagers, son personnel et les tiers sont en principe régis par le droit public, alors que c'est le droit privé qui s'applique en principe aux relations d'un service public industriel et commercial (...) »¹⁶⁵.

¹⁶⁵R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, p.592 § 765

En parallèle de cette dualité de rapports juridiques, il existe une dualité de compétence juridictionnelle puisque les litiges en rapport avec un service public administratif relèvent de la compétence du juge administratif et ceux en rapport avec un service public industriel et commercial relèvent de la compétence du juge judiciaire. En effet, bien que ces deux types de service public aient toujours existé, les services administratifs étaient « exclusivement assurés par les personnes publiques »¹⁶⁶ tandis que les services industriels et commerciaux l'étaient, la plupart du temps, « par les personnes de droit privé auxquelles ils avaient été concédés »¹⁶⁷.

Rapidement, la dualité de gestion des services s'étiolo, les personnes publiques gérant en régie certains de leurs services industriels et commerciaux, et les personnes privées se voyant concéder la gestion de services publics administratifs. Ceci devait forcément amener à une intervention assez large du régime de droit privé dans des domaines autrefois réservés aux personnes publiques et imposer l'idée que « l'intervention des personnes privées dans l'action administrative est aujourd'hui un fait acquis »¹⁶⁸. Ce n'est donc plus la nature de la personne gérant le service qui permet de déterminer si celui-ci est administratif ou industriel et commercial.

Le critère organique n'étant plus suffisant, le Conseil d'État, dans son arrêt d'assemblée du 16 novembre 1956, « Union syndicale des industries aéronautiques »¹⁶⁹ établit un nouveau mode de distinction de ces deux types de service. Ainsi, lorsque la qualification d'un service n'est pas donnée expressément par un texte¹⁷⁰, les critères utilisés pour qualifier un service public d'industriel et commercial sont l'objet de ce service, l'origine de ses ressources et, les modalités de son organisation et de son fonctionnement. Ces critères doivent permettre d'identifier « une véritable entreprise »¹⁷¹.

¹⁶⁶R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, p.592 § 765

¹⁶⁷Ibid.

¹⁶⁸B. Lerousseau, La responsabilité des personnes privées gérant un service public administratif, AJDA 1977, p.401

¹⁶⁹CE, Assemblée, 16 novembre 1956, « Union syndicale des industries aéronautiques », Rec. CE p.434

¹⁷⁰La qualification d'un service public peut être donnée directement par un texte, tel est le cas pour les services publics d'eau et d'assainissement qui sont qualifiés d'industriels et commerciaux par la loi sur l'eau du 30 décembre 2006, n°2006-1772 (article L2224-11 CGCT : « *Les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial* »).

¹⁷¹M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genvois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} édition, Dalloz, commentaire 37 point n°3, p.232

En effet, la justification de l'application d'un régime de droit privé et de la compétence du juge judiciaire dans le cadre des services publics industriels et commerciaux tient principalement au fait que ces services sont gérés de la même façon que s'ils étaient une entreprise privée. Leur gestion et leur mode de fonctionnement reposent sur des principes de droit privé et s'inscrivent dans une logique d'entreprise. L'application d'un régime de droit privé, dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, semble alors évidente.

Dans le même ordre d'idée, l'application d'un régime de droit public aux services publics administratifs paraît elle aussi évidente dans la mesure où ces services relèvent, bien souvent, des prérogatives mêmes de l'État.

Pour un certain nombre d'auteurs, la gestion d'un service public relève du « domaine naturel de la compétence administrative (...). Ce n'est que par exception que certaines activités correspondent à des services publics à gestion privée »¹⁷². Ainsi, si le juge se réfère à la notion de service public, « c'est parce qu'il suppose que les activités administratives de service public sont normalement soumises à un droit spécial »¹⁷³.

Il ressort de ces considérations que le service public administratif, parce qu'il relève naturellement des prérogatives de l'administration et des personnes publiques, prenant en charge les activités d'intérêt général¹⁷⁴, est soumis à un régime de droit public exorbitant du droit privé classique.

Ainsi, et en dépit d'une qualification textuelle, la jurisprudence reconnaît expressément la compétence du juge administratif pour connaître de certains contentieux, relatifs aux activités de police, de réglementation ou de contrôle¹⁷⁵, mais aussi relatifs à certaines activités de santé

¹⁷² M. Paillet, *La faute du service public en droit administratif*, LGDJ 1980, p.73

¹⁷³ M. Amselek, cité par M. Paillet, ouvrage précité, p.73

¹⁷⁴ Selon J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, « *l'intérêt général se présente bien comme le dénominateur commun de tous les services publics* », *Droit des services publics*, Lexis Nexis, p. 28 §50

¹⁷⁵ Voir en ce sens :

TC, 29 décembre 2004, « *Époux Blanckeman* », n°C3416 : « *Considérant que 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*

publique¹⁷⁶ ou encore relatifs à la réalisation et à l'exploitation d'ouvrage publics nécessaires à la circulation¹⁷⁷.

L'application d'un régime de droit public ne semble donc pas poser de difficultés dès lors qu'est en cause un service appartenant par nature à une personne publique et que celui-ci est exercé par elle ; cette application est alors « maximale ». Elle évolue cependant dès lors que le service public administratif est délégué à une personne privée.

La délégation d'un service public administratif a pu soulever des interrogations conceptuelles¹⁷⁸, mais aussi d'ordre plus pratique, notamment sous l'angle de la rémunération du délégataire. En effet, la délégation d'un service public suppose, comme l'énonce le Code général des collectivités territoriales, que le délégataire soit rémunéré par le paiement de redevances par les usagers¹⁷⁹. C'est d'ailleurs, dans bien des cas, ce qui distingue la délégation de service public des marchés de prestations de services¹⁸⁰.

Ainsi, dès lors que la délégation suppose le versement d'une redevance, cela sous entend que le service délégué soit rentable et par la même s'oppose à la gratuité. La conséquence logique de cette caractéristique est que certains services publics sont, par nature, réfractaires à la délégation de

compétence de la juridiction 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 ».

TC, 16 octobre 2006, « Caisse centrale d'assurance c/ Mutuelle des architectes français », n°C3506 : même considérant.

¹⁷⁶Voir en ce sens : CE, avis, 20 octobre 2000, « Mme Torrent », n°222672 : « Cette mission de santé publique se rattache par son objet au service public administratif, alors même qu'une part importante des ressources de l'établissement français du sang est constituée par la cession de produits sanguins labiles et que le régime administratif, budgétaire, financier et comptable de cet établissement, précisé par le décret n° 99-143 du 29 décembre 1999, fait application de règles adaptées à la nature particulière de ses missions **et qui peuvent être semblables à celles généralement appliquées aux établissements publics industriels et commerciaux** ».

¹⁷⁷Voir en ce sens : TC, 20 novembre 2006, « SA ERTL », n°C3569 : « Considérant qu'une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif ».

¹⁷⁸En ce sens, P. Péréon considère que la délégation des services publics administratifs « n'est pas naturelle » (par opposition à la délégation des services industriels et commerciaux) et ce parce que « la délégation des SPA met en situation deux intérêts traditionnellement opposés : l'intérêt public dans sa substance et l'intérêt privé », P. Péréon, La délégation des services publics administratifs, AJDA 2004, p. 1449

¹⁷⁹L'article L1411-1 CGCT énonce qu'« Une délégation de service public est 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** ».

¹⁸⁰Aux termes de l'article 1 du code des marchés publics « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux (...) ».

service public dans la mesure où, au delà des considérations d'ordre théorique, le délégataire ne pourrait pas se rémunérer.

La classification des services publics administratifs déléguables, si difficile soit-elle¹⁸¹, n'empêche pas de constater que la délégation de ceux-ci est admise et que, par là même, une personne privée est susceptible de prendre en charge une activité de service public administratif dont la mise en œuvre appartient en principe à une personne publique.

Dès lors, il convient de s'interroger sur les relations juridiques entretenues entre le délégataire de ce service et les tiers, notamment les usagers au regard de ces particularités. La gestion des services publics et leur soumission à un régime juridique intéressent directement les tiers notamment lorsque ceux-ci intentent un recours dû au service public.

Si le service public administratif, caractérisé par la logique publique et la satisfaction des besoins du plus grand nombre, est censé être régi par le droit public et ce, qu'il soit géré par une personne publique ou privée, les exceptions sont nombreuses.

2. Les difficultés soulevées par le caractère public des délégations de services publics administratifs

Les relations juridiques existantes entre le délégataire d'un service public administratif personne privée et les tiers (notamment les usagers), sont marquées par un double mouvement de répartition de compétence juridictionnelle qui conduit ces derniers à porter leur action devant un juge différent. D'une part, il apparaît logique d'assigner la compétence pour connaître du contentieux résultant d'un service public administratif au juge administratif ; mais d'autre part, il apparaît tout aussi logique de réserver la compétence pour connaître du contentieux résultant d'un litige entre deux personnes privées (puisque la personne publique, bien que toujours responsable du service, en a transféré la gestion à une personne privée), au juge judiciaire.

En effet, comme le relève M. Paillet, « s'il est un principe qui paraît solidement établi, c'est

¹⁸¹ Pour une tentative de classification des services publics administratifs déléguables ou non, voir l'étude de P. Péréon, La délégation des services publics administratifs, AJDA 2004, p. 1449

bien celui selon lequel le juge administratif ne saurait connaître des litiges entre personnes privées »¹⁸², et réciproquement, en l'absence de personne publique, « il manque (...) un des éléments de base qui déclenchent l'application du droit administratif »¹⁸³. Dès lors, la compétence du juge judiciaire et l'application d'un régime de droit privé semble s'imposer dès qu'une personne privée gère un service public même si celui-ci est administratif et qu'il relève, comme nous l'avons vu plus haut, en principe du droit public.

Cette idée est corroborée par l'analyse de R. Chapus, selon lequel, lorsque le service public est assuré par une institution de droit privé, le principe est le suivant : « On dira donc : que le service assuré soit administratif ou judiciaire, les litiges opposant l'institution de droit privé à ses usagers ou à des tiers relèvent des tribunaux judiciaires »¹⁸⁴.

Ainsi, il serait possible de considérer que la répartition des compétences découlerait avant tout de la nature des personnes parties à un litige dans le cadre d'un service public administratif, le critère déterminant devenant donc un critère organique. Mais la clé de répartition n'est pas si aisée à trouver et c'est plutôt un critère fonctionnel qui permet de déterminer la compétence et le régime applicable.

En ce sens R. Chapus, nuancé son propos, explique que deux hypothèses générales vont dans le sens de l'attribution au juge administratif de ce contentieux. D'une part, il s'agit du cas où « le litige se rapporte à un acte relatif à l'organisation du service, ou bien a été provoqué par une décision traduisant l'exercice d'une prérogative de puissance publique »¹⁸⁵. D'autre part, il s'agit du cas où « est demandée la réparation d'un dommage de travaux public dû au fait de l'ouvrage utilisé par le service »¹⁸⁶.

En ce qui concerne le premier cas, il convient de distinguer selon que le service est géré par un délégataire personne privée ou par la personne publique elle-même, ceci étant déterminant dans l'examen des rapports juridiques avec les tiers. Il faut noter que, selon l'explication de R. Chapus, la

¹⁸²M. Paillet, La faute du service public en droit administratif, LGDJ 1980, p. 74

¹⁸³J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p. 54 §101

¹⁸⁴R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, p.845 §1067

¹⁸⁵Ibid.

¹⁸⁶Ibid.

compétence du juge administratif découle notamment de l'existence d'un acte d'organisation du service. En ce sens, et selon les considérations développées dans le premier chapitre, le critère organique est toujours opérant : les actes d'organisation du service appartiennent à la personne publique délégante c'est pourquoi le juge administratif est compétent pour en connaître. Ces actes, lorsqu'ils sont contestés par les tiers, relèvent de la responsabilité de la personne publique délégante et non pas du délégataire (ce qui sera développé plus loin). Parmi eux, on peut inclure par exemple les actes relatifs à la légalité de la tarification d'un service (et non pas sa mise en œuvre par un organisme de droit privé)¹⁸⁷.

Pour ce qui est de l'exercice de prérogatives de puissance publique par le délégataire de service public, les questionnements relatifs la répartition de compétence seront abordés plus loin dans le cadre des développements relatifs aux actes pris par le délégataire. Mais de manière générale, il est admis que lorsqu'est en cause un service public administratif ainsi que l'exercice de telles prérogatives, la compétence revient au juge administratif¹⁸⁸.

Ainsi, il est possible de constater que la délégation des services publics administratifs soulève des questionnements quant au régime applicable aux relations entre le délégataire personne privée et le tiers. Si un régime de droit administratif semble primer en premier lieu du fait de la nature même du service public administratif (celui-ci étant même parfois réfractaire à la délégation), ceci n'est vrai que dans la mesure où le service est assuré par une personne publique. Mais dès l'instant où intervient une gestion privée, la compétence bascule vers le juge judiciaire pour ce qui est de la responsabilité de ce délégataire envers les tiers. Restent toutefois exclues les hypothèses dans lesquelles est en cause un acte d'organisation du service, ou la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique par le délégataire.

¹⁸⁷Voir en ce sens :

TC, 7 octobre 1996, « Préfet de l'Essonne », n°03033 : « *cette demande, qui portait sur le choix des éléments déterminants du prix de revient de la chaleur produite par le concessionnaire, et mettait ainsi en cause la légalité de la tarification prévue par le cahier des charges et non l'application de cette tarification aux usagers, ne peut être regardée comme se rattachant à une action pouvant relever, même en partie, de la compétence de la juridiction judiciaire* ».

¹⁸⁸Voir en ce sens :

CE, Section, 13 octobre 1978, « Association départementale pour l'aménagement des structures d'exploitation agricoles du Rhône », Rec. CE p.368

TC, 6 novembre 1978, « Bernardi », Rec. CE p.652

Il est donc possible de déduire, à contrario, l'application par principe du régime de droit privé : même dans le cadre des services publics administratifs, la délégation à une personne privée entraîne application du droit privé. C'est notamment le cas des services sociaux tels que la sécurité sociale¹⁸⁹, mais aussi des autres services publics administratifs. L'existence d'un contrat entre le délégataire et le tiers emporte l'application des règles classiques de responsabilité contractuelle de droit privé.

Dans le même sens, la responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers tels que ses cocontractants ou les tiers ayant subi un dommage ne résultant pas de l'exécution d'un travail public ou d'un ouvrage public doit être engagée devant le juge judiciaire¹⁹⁰.

Ces questionnements n'ont pas la même force en ce qui concerne la délégation des services publics industriels et commerciaux, ceux-ci appelant, par leur nature, à l'application d'un régime de droit privé.

¹⁸⁹La compétence du juge judiciaire est, dans ce domaine, fixée par la loi : article L142-1 et 2 du code de la sécurité sociale.

¹⁹⁰Voir en ce sens : CE, 13 décembre 1963, « Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord », Rec. CE p.623

B - Une répartition logique dans le cadre de la délégation d'un service public industriel et commercial

A la différence des services publics administratifs, les services publics industriels et commerciaux sont marqués par une emprise forte du droit privé et ce, dans la mesure où ils sont gérés à la manière d'une véritable entreprise privée. Dès lors, les contentieux naissant de l'exécution de ces services ont vocation, en général, à être dirigés devant le juge judiciaire.

Cette emprise est d'autant plus forte lorsque ce service est, en plus, géré par une personne privée car, comme nous l'avons vu plus haut, le contentieux né des relations juridiques entre deux personnes privées appartient en principe au juge judiciaire.

La reconnaissance jurisprudentielle¹⁹¹ des services publics industriels et commerciaux date du célèbre arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, « Société commerciale de l'Ouest africain »¹⁹², plus connu sous le nom de l'arrêt « Bac d'Eloka ». Par cette jurisprudence, le Tribunal des conflits « a ainsi décidé que l'autorité judiciaire était compétente pour connaître des actions intentées par des particuliers en réparation des conséquences dommageables de l'exploitation d'un service public industriel et commercial, c'est-à-dire d'un service fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée »¹⁹³.

Admettre que des services publics entiers puissent fonctionner sous un régime de droit privé semblait à l'époque audacieux¹⁹⁴ voire contradictoire¹⁹⁵, cependant, cette idée est aujourd'hui

¹⁹¹ Il est admis que des services publics gérés sous l'empire des règles applicables aux entreprises existaient avant la consécration par l'arrêt du Tribunal des conflits.

¹⁹² TC, 22 janvier 1921, « Société commerciale de l'Ouest africain » Rec. CE p.91

¹⁹³ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genvois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} édition, Dalloz, commentaire 37 point n°1, p.231

¹⁹⁴ Selon les auteurs précités, « avant 1921, cette notion demeurait limitée à des opérations isolées, telles la gestion du domaine privé ou la conclusion de certains contrats ». En outre, l'idée défendue par le commissaire de gouvernement M. Matter dans ses conclusions sur l'affaire selon laquelle l'application du droit privé à ces services se justifierait à partir du moment où ceux-ci seraient exploités dans les mêmes conditions juridiques que toute entreprise individuelle fut parfois critiquée notamment par M. Waline.

¹⁹⁵ En ce sens P. Sandevour expliquait à propos de ces services que ceux-ci, censés protéger l'intérêt général, doivent dans le même temps s'adapter à l'économie de marché, à la loi du profit et à la concurrence ce qui revient à « réaliser œuvre altruiste avec des moyens égoïstes ». P. Sandevour, Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial, Mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 317

largement admise.

L'identification de ces services, ne pouvant, comme nous l'avons vu précédemment, se limiter à la nature de la personne les gérant, s'opère grâce à la mise en œuvre de différents critères définis par la jurisprudence¹⁹⁶ : l'objet du service¹⁹⁷, l'origine de ses ressources¹⁹⁸, les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

Dès lors, l'instauration de tels services, apparentés à des activités à gestion privée, nécessitait que le régime juridique s'y appliquant corresponde aux prestations délivrées mais aussi aux usagers en bénéficiant. En effet, il semble logique qu'un régime de droit privé, non exorbitant du droit commun, s'applique afin de répondre de manière satisfaisante aux différents contentieux naissants.

Par exemple, en ce qui concerne les usagers, il apparaît normal que ceux-ci se voient appliquer un régime de droit commun, dans la mesure où ils se trouvent finalement dans la même situation que s'ils étaient confrontés à une entreprise privée et qu'ils attendent de ce service les mêmes prestations. L'application de ces règles apparaît alors plus adaptée que l'application des règles de droit public.

Il existe une certaine variation dans l'application du droit privé aux services publics industriels et commerciaux. Selon J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, deux options sont possibles selon que le service est géré par une personne publique ou par une personne privée. Dans le premier cas, l'application du droit public est « limitée »¹⁹⁹ : elle concerne les actes unilatéraux à portée réglementaire mais aussi les relations contractuelles et extra-contractuelles avec les tiers. Seules les relations individuelles entre les usagers et la personne publique sont régies par le droit privé ce qui constitue néanmoins la majorité des relations existantes. Dans le second cas, l'application du droit privé est « essentielle »²⁰⁰ et ce, en raison « de la conjonction de deux éléments : l'intervention d'une personne privée et la nature industrielle et commerciale du service »²⁰¹.

¹⁹⁶ CE, assemblée, 16 novembre 1956, « Union syndicale des industries aéronautiques », précité

¹⁹⁷ Voir en ce sens : TC, 21 mars 2005, « Mme Alberti Scott c/ Commune de Tournefort », n°C3413

¹⁹⁸ Voir en ce sens : CE, 20 janvier 1988, « SCI la Colline c/ Commune de La Bénisson-Dieu », Rec. CE p.21

¹⁹⁹ A l'inverse, cette application est maximale lorsqu'il s'agit d'un service public administratif géré par une personne publique. J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, p. 54 §102.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

Il est donc possible de dire qu'en principe quelque soit la personne qui gère le service public industriel et commercial, les relations entre les usagers et ce service relèvent du juge judiciaire et sont soumis à un régime de droit privé.

En effet, les usagers sont placés dans une situation contractuelle, à moins qu'ils ne soient candidat-usager, c'est-à-dire l'utilisateur « qui manifeste la volonté, non équivoque, d'entrer en relation avec le service pour bénéficier de la prestation offerte par celui-ci »²⁰². Ce dernier est alors placé dans une relation pré-contractuelle. Toutefois, le bloc de compétence, fondé sur la notion de liens de droit privé, s'étend à l'ensemble des relations individuelles entre le service et ses usagers, même en dehors de tout contrat. Il joue donc à l'égard des candidats usagers qui se trouvent dans une situation pré-contractuelle et qui se heurtent à une décision de refus²⁰³.

Si l'on se concentre sur l'utilisateur effectif du service public, c'est-à-dire « celui qui bénéficie effectivement et individuellement de la prestation offerte par le service »²⁰⁴, on relève l'existence d'un contrat le liant au service. L'utilisateur d'un tel service, lorsqu'est en cause le contrat qui le lie au gestionnaire, verra le litige porté devant le juge judiciaire et ce, quelques soient les clauses qu'il comporte, que celles-ci soient exorbitantes du droit commun ou non²⁰⁵.

C'est également le cas pour les tiers, non titulaire d'un contrat avec le gestionnaire mais qui ont subi un dommage du fait du service²⁰⁶.

Cependant, les services publics industriels et commerciaux ne sont pas totalement réfractaires au droit public. En effet, il subsiste des domaines dans lesquels le régime de droit public trouve toujours à s'appliquer. Comme dans le cadre des services publics administratifs gérés par une personne de droit privé, les contentieux des travaux publics échappent au juge judiciaire²⁰⁷, ainsi

²⁰²J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, *Droit des services publics*, Lexis Nexis, p. 54 §102

²⁰³CE, 21 avril 1961, « Dame veuve Agnesi », Rec. CE p.253 ; CE, 20 janvier 1988, « SCI la Colline c/ Commune de La Bénisson-Dieu », précité

²⁰⁴Ibid.

²⁰⁵CE, section, 13 octobre 1961, « Établissements Campanon-Rey », Rec. CE p.567

²⁰⁶TC, 11 juillet 1933, « Dame Mélinette », Rec. Lebon p.1237

²⁰⁷Voir en ce sens CE, 7 octobre 1966, « Ville de Bordeaux », Rec. CE p.526 et CE, section, 25 avril 1958, « Dame Veuve

que ceux relatifs aux actes d'organisation du service qui sont pris par les personnes publiques.

Une exception doit être faite lorsque certains actes de nature réglementaire ont causé un préjudice à un tiers : le juge judiciaire reste compétent dans le cadre du service public industriel et commercial²⁰⁸. Il en irait différemment si c'était l'annulation de ces actes qui était demandée.

Il ressort de ces considérations que le contentieux relatif au service public industriel et commercial pose moins de difficultés que celui relatif au service public administratif. La compétence logique du juge judiciaire, bien qu'elle connaisse quelques exceptions, semble justifiée et répondre aux exigences découlant de la présence d'usagers « clients ».

Barbaza », Rec. CE p.228

²⁰⁸CE, 3 octobre 2003, « Peyron », n°242967

II - La difficile détermination de la responsabilité du délégataire de service public

Au delà des interrogations qui peuvent survenir en ce qui concerne la compétence juridictionnelle dans le cadre du contentieux des services publics, une question d'importance se pose qui est de savoir quelles sont les obligations du délégataire de service public vis-à-vis des tiers. En effet, la répartition juridictionnelle des compétences ne permet pas de déterminer le degré de responsabilité du délégataire, elle permet simplement de déterminer à quel juge le requérant doit s'adresser.

Afin de répondre à cette question, il convient de rappeler que dans le cadre d'une délégation de service public, la personne publique reste toujours responsable du service : elle en assure l'organisation et contrôle la bonne exécution des missions par le délégataire. Sa responsabilité peut donc être engagée par les tiers au titre de ces pouvoirs et ceux-ci peuvent également contester les actes pris par elle dans le cadre de ces mêmes pouvoirs. Ces points seront développés plus loin.

Le délégataire quant à lui, dispose d'un pouvoir général de gestion du service qui peut varier, comme nous l'avons vu, selon les prescriptions du contrat. À ce titre il peut subdéléguer une partie des missions qui lui ont été confiées à un tiers mais aussi décider des modalités de gestion du service ; cela concerne principalement l'exécution matérielle et fonctionnelle du service. Sa responsabilité peut, en écho à ce qui a été dit plus haut, être engagée par les tiers au titre de ces pouvoirs (A) et ceux-ci peuvent également contester les actes pris dans le cadre de ces mêmes pouvoirs (B).

A – La responsabilité du délégataire de service public au titre de la gestion du service

Le délégataire de service public dispose d'un pouvoir de gestion du service public qui lui a été confié. A ce titre, il peut organiser son activité comme il l'entend dans la limite du cadre fixé par la personne publique délégante qui exerce toujours un pouvoir d'organisation et de contrôle du service.

Lorsque les modalités de gestion du service par le délégataire sont en cause, ce dernier est responsable vis-à-vis des tiers, et ce, selon la répartition contentieuse vue plus haut. Cette responsabilité est différente selon que le tiers en question est usager ou simple victime du fonctionnement du service ou encore, si celui-ci est un cocontractant du délégataire.

Vis-à-vis des usagers, le délégataire de service public est principalement tenu par des obligations contractuelles (notamment dans le cadre des services industriels et commerciaux) (1). Parallèlement, sa responsabilité extra-contractuelle peut être engagée par les usagers victimes et les tiers, de même que sa responsabilité contractuelle peut être engagée par ses propres cocontractants (2).

1. La responsabilité du délégataire vis-à-vis des usagers du service public

La responsabilité du délégataire de service public vis-à-vis des tiers se définit principalement en fonction des missions qui lui sont confiées et de la façon dont il les exécute. Disposant d'un pouvoir de gestion du service, il est responsable des mesures et des agissements qu'il opère dans le cadre de ce pouvoir. Par exemple, si le délégataire doit assurer un service de transport, une de ses missions principales sera d'assurer la sécurité des voyageurs, dès lors, s'il ne s'exécute pas et qu'un accident survient, sa responsabilité pourra être engagée par la victime.

Notons toutefois que l'origine même du dommage peut faire varier l'attribution de

responsabilité. En effet, pour le même exemple, s'il s'avère que l'origine de l'accident découle en réalité d'une mesure d'organisation du service prise par la personne publique, la responsabilité de cette dernière sera engagée. Enfin, il est également possible qu'un partage de responsabilité ait lieu si le dommage résulte de deux actions combinées provenant du délégataire et du délégant. Pour le même exemple, il est possible que la responsabilité soit partagée entre les deux protagonistes si le délégataire a manqué à son obligation de sécurité et si parallèlement la personne publique délégante s'était abstenue de contrôler ce dernier sur cette obligation de sécurité.

Différents scénarios sont envisageables selon les situations, et la responsabilité recherchée par un tiers au contrat de délégation de service public, qu'il soit tiers, usager ou cocontractant, est susceptible de varier et d'être supportée par l'une des deux parties au contrat initial ou par les deux conjointement.

Toutefois, de manière générale, il est possible de dire que le délégataire, lié directement aux usagers, est responsable vis-à-vis d'eux dans plusieurs situations.

Premièrement, le délégataire d'un service public industriel et commercial est dans une situation contractuelle avec les usagers de celui-ci : ils sont bénéficiaires d'un contrat et peuvent s'en prévaloir devant le juge judiciaire. À ce titre le délégataire peut engager sa responsabilité contractuelle au sens des articles 1134²⁰⁹ et 1147²¹⁰ du code civil s'il ne remplit pas les obligations qui sont mises à sa charge dans ce contrat. Par exemple, le gestionnaire d'un service engagé vis-à-vis des usagers à fournir une prestation peut voir sa responsabilité engagée par eux.

Bien entendu, la spécificité du service public, même si celui-ci est industriel et commercial, tend à rendre cette relation contractuelle quelque peu artificielle. En effet, comme le font remarquer J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, « les règles de gestion du service [sont] définies de façon unilatérale au moyen de lois ou d'actes administratifs réglementaires édictés par le pouvoir législatif ou réglementaire, par le gestionnaire public (...) »²¹¹.

²⁰⁹ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (...) »

²¹⁰ « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution (...) »

²¹¹ J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p. 629 §1209

Ainsi, l'usager ne bénéficie pas de la possibilité de négocier le contrat, celui-ci s'impose à lui et il se trouverait alors dans une situation légale et réglementaire identique à celle de l'usager du service public administratif.

Toutefois, bien que ce constat ne puisse être remis en cause tant les contrats liant l'usager au service public industriel et commercial sont emprunts de réglementation, affirmer que les usagers sont dans une situation contractuelle n'est pas totalement erroné. En effet, ces derniers, bien qu'ils n'aient pas eux-mêmes déterminés les termes de leur contrat, peuvent s'en prévaloir devant le juge à l'encontre du délégataire si celui-ci ne s'est pas exécuté.

Notons que c'est également sur la base de ce contrat que les tiers usagers peuvent contester par la voie du recours pour excès de pouvoir les mesures à caractère réglementaire édictées par l'administration délégante.

Les actions en responsabilité extra-contractuelle des usagers doivent également être portées devant le juge judiciaire par ceux ayant subi un dommage ne résultant pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique²¹². La responsabilité extra-contractuelle du délégataire suppose la mise en application des articles 1382²¹³ et 1383²¹⁴ du code civil et des règles classiques de responsabilité : le préjudice indemnisable doit être direct, actuel et certain. Le plus souvent il s'agit d'un préjudice matériel²¹⁵ mais il peut aussi être immatériel²¹⁶. Les causes exonératoires de responsabilité classiques peuvent également exonérer le délégataire de sa responsabilité.

²¹²Voir en ce sens : TC, 23 juin 2003, « Société GAN-Eurocourtage », n° C3360 « *considérant que si la société Cars Laridant (...) est ainsi chargée d'une mission de service public administratif, le dommage ne se rattache pas à l'exercice d'une prérogative de puissance publique par cette personne morale de droit privé ou par son préposé et qu'(...) il résulte de ce qui précède que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître des conclusions (...)* ».

²¹³« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »

²¹⁴« *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* »

²¹⁵CE, 13 novembre 1970, « Ville de Royan », Rec. CE p.683, à propos d'un incendie provoqué par un tir de feu d'artifice

²¹⁶CCass, 1^{ère} civ, 3 décembre 1968, Rec. Dalloz, 1969, p.73, à propos d'un syndicat d'initiative n'ayant pas inscrit un établissement hôtelier dans la liste communiquée aux estivants.

Le gestionnaire privé du service public administratif est lui aussi directement responsable devant le juge judiciaire de l'exécution plus ou moins réussie de celui-ci²¹⁷. Parmi eux on peut inclure les actes relatifs à la légalité de la tarification d'un service (et non pas sa mise en œuvre par un organisme de droit privé)²¹⁸. Par ailleurs les actions en responsabilité extra-contractuelle doivent également être portées devant le juge judiciaire par l'usager ayant subi un dommage ne résultant pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique²¹⁹.

Il ressort de ces considérations que le délégataire de service public est responsable vis-à-vis des usagers en fonction, soit du contrat le liant à eux, soit du dommage qu'il leur a causé dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives sans que soit mis en cause la personne publique délégante au titre de son pouvoir d'organisation.

2. La responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers et de ses cocontractants

Le délégataire de service public est également lié par un contrat à ses propres cocontractants. Il peut s'agir de ses fournisseurs mais aussi de son subdélégataire. En effet, le délégataire est lié à ce dernier par le contrat qu'il a conclu avec lui pour l'exécution d'une partie des missions qui lui ont été originellement confiées par la personne publique. Comme nous l'avons vu au chapitre premier, le lien contractuel entre l'administration et le délégataire n'est pas aboli dès lors qu'intervient un subdélégataire, celui-ci n'est pas non plus lié par contrat à l'administration.

²¹⁷Voir en ce sens :

CE, 23 février 1962, « Dame veuve Picard », Rec. CE p.120, à propos de la responsabilité d'un centre social d'aide à l'enfance géré par une association Loi 1901.

CE, 2 octobre 1974, « Chatelais », à propos de la responsabilité d'un entrepreneur privé chargé de tirer un feu d'artifice.

²¹⁸Voir en ce sens : TC, 7 octobre 1996, « Préfet de l'Essonne », n°03033 : « *cette demande, qui portait sur le choix des éléments déterminants du prix de revient de la chaleur produite par le concessionnaire, et mettait ainsi en cause la légalité de la tarification prévue par le cahier des charges et non l'application de cette tarification aux usagers, ne peut être regardée comme se rattachant à une action pouvant relever, même en partie, de la compétence de la juridiction judiciaire* ».

²¹⁹Voir en ce sens : TC, 23 juin 2003, « Société GAN-Eurocourtage », n° C3360 « *considérant que si la société Cars Laridant (...) est ainsi chargée d'une mission de service public administratif, le dommage ne se rattache pas à l'exercice d'une prérogative de puissance publique par cette personne morale de droit privé ou par son préposé et qu'(...) il résulte de ce qui précède que la juridiction judiciaire est compétente pour connaître des conclusions (...)* ».

Le lien contractuel naissant s'opère entre le délégataire et son subdélégataire et relève de la compétence du juge judiciaire²²⁰. Le délégataire est donc responsable vis-à-vis de son subdélégataire au même titre qu'à l'égard de ses cocontractants. Il s'agit là encore de rapports de responsabilité contractuelle classique, soumis au droit des obligations.

Parallèlement, le subdélégataire dispose d'actions pouvant être exercées à l'encontre de la personne publique délégante mais elles sont plus restrictives.

Par ailleurs le délégataire de service public a également une responsabilité vis-à-vis des tiers au service. Bien que ce terme soit utilisé de façon générale pour désigner les personnes extérieures à la relation juridique existante entre le délégataire et la personne publique délégante ce qui englobe tout à la fois les usagers, les cocontractants du délégataire et les personnes tierces ne rentrant pas dans ces catégories, il sera ici entendu comme désignant « toute personne qui entre en contact avec le service public sans avoir la qualité d'usager ou d'agent »²²¹. Il recoupe avant tout les personnes ayant subi un dommage du fait des services sans posséder les qualités mentionnées plus haut.

Les tiers au service ne sont, par définition, pas liés au délégataire par un contrat mais simplement « entrés en contact » avec celui-ci. Dans le cas des tiers victime d'un dommage, il est permis d'admettre que, souvent, ceux-ci ne sont pas entrés volontairement en contact avec le service mais qu'ils en subissent les conséquences. En tout état de cause, ces tiers sont dans une situation extra-contractuelle avec le délégataire.

Les actions en responsabilité extra-contractuelle dirigées par le tiers contre le délégataire d'un service public doivent être portées, comme nous l'avons vu plus haut, devant le juge judiciaire en raison de la prévalence du critère organique. Une réserve existe toutefois en ce qui concerne les dommages résultant directement de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou ceux relatifs à un acte d'organisation du service pour lequel le juge administratif est compétent.

Il est possible de distinguer deux types de dommages liés au service public que peuvent

²²⁰CE, 24 janvier 1962, « Établissements Pilleux », précité

²²¹J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat et C. Deffigier, Droit des services publics, Lexis Nexis, p. 647 §1245

subir les tiers : d'une part les dommages relatifs aux travaux publics liés au service ou aux ouvrages liés à celui-ci et d'autre part les dommages relatifs au fonctionnement même du service.

En ce qui concerne les premiers, le délégataire peut n'être que partiellement responsable.

En principe et en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, le contentieux relatifs aux travaux publics est attribué au juge administratif. Le caractère attractif de cette notion a pour conséquence que sont attribués au juge administratif non seulement les dommages directement liés à l'exercice d'un travail public et d'un ouvrage public mais aussi, et c'est le plus intéressant, les dommages causés par le fonctionnement du service, c'est-à-dire par un « fait d'exploitation du service »²²².

En tout état de cause, le fait que le juge administratif soit compétent en ce qui concerne les dommages de travaux publics subis par les tiers à un service public ne veut pas dire que la personne publique est responsable. Le délégataire, qui peut exécuter des travaux, ou utiliser l'ouvrage public, reste responsable ; en ce sens, l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 mars 1998 « Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône »²²³ énonce à propos d'un dommage causé à un automobiliste qu'« *en l'absence de lien contractuel entre l'usager d'une autoroute et la société concessionnaire, les dommages imputés par cet usager à la divagation d'un animal sur la voie publique constituent un défaut d'entretien de l'ouvrage public relevant de la compétence des juridictions administratives* ». Cet arrêt démontre que le juge administratif peut être compétent pour connaître d'un litige relatif à la responsabilité du concessionnaire vis-à-vis des tiers.

Par la même, il faut noter que le délégataire d'un service est responsable, vis-à-vis des tiers, d'une obligation d'entretien normal des ouvrages publics dont il dispose au titre de l'activité de service public.

C'est le maître de l'ouvrage qui est responsable, c'est-à-dire la personne pour le compte de laquelle l'ouvrage fonctionne. Dans le cadre des délégations de service public, c'est la responsabilité du délégant qui sera donc recherchée dès lors que survient un dommage lié au fonctionnement ou à l'entretien de l'ouvrage. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que la responsabilité du

²²²R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15^{ème} édition, Montchrestien, p.833 §1051 ;

Voir en ce sens CE, 27 novembre 1931, « Lemaire », Rec. CE 1932 p.41

²²³Ccass, 1^{ère} chambre civile, 10 mars 1998 « Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône », n° 96-15079

délégrant peut être engagée, notamment en cas d'insolvabilité du délégataire²²⁴. Il est également possible de rechercher la responsabilité pour faute du délégant si celui-ci a commis un manquement dans son obligation de contrôle du délégataire (cf. infra).

En ce qui concerne les seconds, le délégataire est là aussi partiellement responsable. Dans la mesure où les tiers victime de dommage du fait du fonctionnement du service ne sont pas liés par contrat au délégataire, ils ne peuvent engager la responsabilité du délégataire en vertu du contrat. Ils peuvent rechercher leur responsabilité selon les règles classiques applicables en droit civil. Il faut pour cela que ces tiers aient subi un dommage direct, actuel et certain dû au fonctionnement même du service, mais aussi que ce dommage résulte d'une action ou d'une omission commise par le délégataire. Toutefois, dans le cadre des délégations de service public, nous avons vu que le délégataire ne dispose que d'un pouvoir de gestion. A ce titre, il ne peut être tenu responsable d'un dommage que si celui-ci lui est directement imputable au titre de ce pouvoir.

Là encore, le délégataire peut être exonéré de sa responsabilité si le dommage causé résulte, en réalité, d'un manquement à son obligation de contrôle par le délégataire qui a permis que se réalise le dommage.

Au delà de sa responsabilité au titre de son pouvoir de gestion matérielle, le délégataire est également responsable vis-à-vis des actes qu'il adopte dans le cadre du service.

²²⁴CE, 9 juin 1967, « Société des eaux de Marseille », Rec. CE p.241

B - La responsabilité du délégataire au titre de l'exercice de prérogatives de puissance publique

L'exercice de prérogatives de puissance publique se définit comme le fait pour l'administration d'utiliser des moyens exorbitants du droit commun « dont sa qualité de puissance publique lui donne la disposition »²²⁵. Il s'agit donc pour elle de ne pas se placer sous le régime de droit privé classique, alors même qu'elle peut le faire en passant par exemple des contrats de droit commun comme les particuliers, afin d'exercer un certain nombre d'actions notamment une action unilatérale qui s'imposera aux administrés²²⁶.

Si l'exercice de telles prérogatives semble, de prime abord, réservé à l'administration, en tant que puissance publique, il peut être conféré à des personnes de droit privé notamment les délégataires de services publics. En réalité, l'exercice de telles prérogatives est considéré comme un des critères de l'identification d'une délégation de service public²²⁷. L'exercice de telles prérogatives impacte directement la relation entre les tiers et le délégataire et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'exercice de prérogatives de puissance publique donne compétence au juge administratif pour connaître du contentieux y ayant attrait et ce, quelque soit la nature du service et la nature de la personne le gérant.

En ce qui concerne le service public administratif, lorsque celui-ci est géré par une personne publique, cela ne pose pas de difficultés. En revanche, lorsqu'il est géré par une personne privée, nous avons vu plus haut que le critère organique faisant défaut, la compétence juridictionnelle de principe est celle du juge judiciaire. Il en va différemment dès lors que le gestionnaire privé use de prérogatives de puissance publique²²⁸.

²²⁵R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15ème édition, Montchrestien, p. 469 §637

²²⁶On peut par exemple citer le pouvoir d'expropriation qui s'impose aux administrés dans le cas où, dans l'intérêt général et après indemnisation, l'administration décide de réquisitionner un terrain qui ne lui appartient pas.

²²⁷Voir en ce sens : CE, 28 juin 1963, « Narcy », Rec. CE p.401

²²⁸Voir en ce sens : CE, section, 13 octobre 1978, « Association départementale pour l'aménagement des structures d'exploitations agricoles du Rhône », Rec. CE p.368

En ce qui concerne le service public industriel et commercial, lorsque celui-ci est géré par une personne publique, le contentieux est attribué soit au juge judiciaire soit au juge administratif en fonction de la nature du litige. Ainsi, si le litige concerne un usager de ce service, la compétence est attribuée au juge judiciaire²²⁹. Il en ira différemment dès lors qu'est en cause une prérogative de puissance publique²³⁰. De même, si le litige concerne un tiers au service, la compétence est normalement attribuée au juge judiciaire sauf hypothèse d'exercice de prérogatives de puissance publique pour lequel le juge administratif sera compétent²³¹. Lorsque le service est géré par une personne privée, nous avons vu que la présomption de compétence judiciaire est double : tenant à la nature du service à gestion privée et tenant à la personnalité privée du gestionnaire. Là encore, l'exercice de prérogatives de puissance publique par ce dernier emporte compétence du juge administratif²³².

On constate donc que l'exercice de prérogatives de puissance publique a comme conséquence première de faire varier l'attribution de compétence juridictionnelle.

Ensuite, l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées gérant un service public permet d'identifier des actes à caractères administratifs. C'est l'exercice « d'un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général ou plus précisément les besoins du service public assuré »²³³ qui permet de qualifier d'administratif un acte pris par une personne privée.

²²⁹CE, 21 avril 1961, « Dame veuve Agnesi », Rec. CE p.253 : refus de raccordement au service municipal de distribution d'eau ou d'assainissement

²³⁰TC, 26 juin 1988, « Société de distribution d'eau intercommunale », : le prélèvement d'une taxe relative au raccordement au réseau d'eau constitue une prérogative de puissance publique.

²³¹TC, 22 novembre 1993, « Matisse », n°02876 : « *Considérant que la demande des héritiers de Z. tend à la réparation des préjudices résultant des atteintes au droit d'auteur (...) que la responsabilité de la Poste est ainsi recherchée sur le fondement de fautes qu'elle aurait commises dans la gestion du service industriel et commercial, **sans que soit mis en cause l'exercice de la prérogative de puissance publique** d'émettre des timbres-poste qu'elle tient du législateur ; d'où il suit que le litige ressortit à la juridiction judiciaire ».*

²³²Voir en ce sens :

CE, 23 mars 1983, « Société Bureau Véritas », Rec. CE p.133

CE, 29 juillet 1994, « Courty », n°102324, à contrario : « *Considérant que par sa décision du 24 octobre 1986, le président de l'association "Espaces pour la petite enfance" a exclu la jeune Gaëlle X. de la crèche gérée par cette association ; que si la crèche participait ainsi au service public des vaccinations obligatoires, son président, en prenant la décision attaquée, **n'a usé d'aucune prérogative de puissance publique** ; que c'est, dès lors, à bon droit que le tribunal administratif de Pau a rejeté les conclusions de M. X. dirigées contre cette décision comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître ».*

²³³R. Chapus, Droit administratif général, Tome I, 15ème édition, Montchrestien, p.537 §712

Cette solution a été donnée par la jurisprudence « Monpeurt » du 31 juillet 1942²³⁴ énonçant que « *les comités d'organisation (...) sont chargés de participer à l'exécution d'un service public, et que les décisions qu'ils sont amenés à prendre dans la sphère de ces attributions, soit par voie de règlement, soit par des dispositions d'ordre individuel, constituent des actes administratifs* ». Bien que cette jurisprudence présente une ambiguïté quant à la nature des comités d'organisation (créés par une personne publique mais sans qualification précise), l'édition d'actes administratifs par des personnes privées a été par la suite largement admise²³⁵.

C'est dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique que ces actes peuvent être qualifiés d'administratifs ; la jurisprudence « Magnier » du 13 janvier 1961 vient le rappeler. Par ailleurs, la jurisprudence récente n'admet cette qualification que si les deux conditions sont remplies: existence d'un service public²³⁶ et mise en œuvre de prérogatives de puissance publique²³⁷.

Cette qualification d'acte administratif a, selon les auteurs des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative », un intérêt certain. En effet en attribuant le contentieux de ces actes au juge administratif, le Conseil d'État a permis « d'assurer le contrôle du juge administratif sur des décisions qui, si elles lui avaient échappé, n'auraient pu sans doute être soumises au respect de la légalité avec toute la rigueur désirable »²³⁸. Il semble en effet normal que des décisions prises de la même manière et produisant un effet juridique comparable à celui des actes de l'administration,

²³⁴CE, assemblée, 31 juillet 1942, « Monpeurt », voir : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} édition, Dalloz, commentaire 54 p. 341

²³⁵Voir en ce sens :

Certains actes d'organismes sociaux, TC, 22 avril 1974, « Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans », Rec. CE p.791

Certains actes d'organismes sportifs, CE, section, 22 novembre 1974, « Fédération des industries françaises d'articles de sport », Rec. CE p.577 : institution d'une redevance pour agrément des balles de tennis utilisées dans les épreuves officielles.

²³⁶CE, 24 février 1999, « Wildenstein », n°185113 : absence de compétence administrative déduite de l'absence de service public

²³⁷Voir en ce sens :

TC, 13 décembre 2004, « Société Guibor EURL », n°C3418 : « *que les décisions litigieuses de remplacement de la cotation à la criée par un système de négociation par voie informatique, prises par les entreprises de marché, pour leur propre compte, afin d'assurer un meilleur développement du marché réglementé dans un contexte de développement de l'utilisation des nouvelles technologies, ne procèdent pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique conférées pour l'accomplissement d'une mission de service public ; qu'il appartient donc à la juridiction judiciaire de connaître du litige* ».

²³⁸M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^{ème} édition, Dalloz, commentaire 54, point 10 p. 348

soient soumises aux mêmes règles que ceux-ci.

De plus, ces actes peuvent également être contestés au titre de la responsabilité de la personne privée qui les a édicté s'ils sont à l'origine d'un dommage²³⁹.

Cet exercice d'une prérogative de puissance publique peut se traduire par exemple par une décision de sanction²⁴⁰, ou par d'autres décisions prises le plus souvent par des organismes sociaux²⁴¹, sportifs²⁴² ou encore professionnels²⁴³.

En revanche, ne seront pas qualifiées d'actes administratifs, car ne sont pas édictés dans le cadre de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, les actes liés au fonctionnement interne du service géré par une personne privée²⁴⁴, ou encore lorsque l'exercice de telles prérogatives lui est dénié²⁴⁵.

La jurisprudence Monpeurt ne fait pas de distinction selon que l'acte en question est individuel ou réglementaire mais la jurisprudence postérieure apporte certaines précisions. Il ressort de l'arrêt du Tribunal des conflits du 15 janvier 1968 « Compagnie Air France c/ Époux Barbier »²⁴⁶

²³⁹TC, 23 septembre 2002, « Société Sotrame et Metalform », n°C3300 : « *Considérant que, si le GIE Sesam-Vitale a le caractère d'une personne morale de droit privé, la décision à l'origine du litige qui l'oppose à la Société Sotrame a été prise par lui dans le cadre de la mission qu'il assume au nom et pour le compte des caisses qui l'ont constitué et notamment de la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, pour l'exécution même du service public administratif de mise en œuvre du système de saisie électronique des données de l'assurance maladie en vue duquel lui ont été conférés des droits exclusifs ; que le litige né de cette décision relève par suite des juridictions administratives* »

²⁴⁰Voir en ce sens :

TC, 12 février 2001, « Gagon c/ CPAM Côte d'Or », n°3222

CE, 28 juillet 2000, « Godignon », n°197715

CE, 13 octobre 2003, « Marquand », n°257718

²⁴¹TC, 22 avril 1974, « Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans c/ Blanchet », précité, Rec. CE p.791

²⁴²CE, section, 22 novembre 1974, « Fédération des industries françaises d'articles de sport », précité, Rec. CE p.577

²⁴³CE, section, 13 janvier 1961, « Magnier », précité, Rec. CE p.33

Voir également : TC, 18 juin 2001, « Ordre des avocats au barreau de Tours c/ Conseil national des barreaux », n°3250 : les actes relatifs à l'organisation même d'une profession réglementée peuvent être considérés comme des actes administratifs pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées.

²⁴⁴Voir en ce sens :

CE, section, 26 juin 1946, « Morand », Rec. CE p.183

CE, 19 décembre 1984, « Automobile Club de Monaco », Rec. CE p.426

²⁴⁵Voir par exemple : CE, 26 mai 2004, n°259682 : la participation des établissements privés sous contrat d'association au service public de l'enseignement ne les investit d'aucune prérogative de puissance publique, mais aussi TC, 27 novembre 1995, « Le Troedec », Rec. CE p.501 : même solution concernant des mesures disciplinaires.

²⁴⁶TC, 15 janvier 1968, « Compagnie Air France c/ Époux Barbier », Rec. CE p.789

que dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, seuls les actes réglementaires pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique sont administratifs.

En effet, les mesures réglementaires ont toujours un caractère administratif. La solution vaut quel que soit leur auteur, autorité administrative ou personne de droit privé. Elle vaut aussi quelle que soit la nature de la mesure d'organisation, règlement administratif ou contrat administratif.

Ainsi, les décisions des personnes de droit privé assurant un service public peuvent être considérés comme des actes administratifs relevant de la compétence du juge administratif dès lors qu'elles traduisent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Enfin, au delà des actes pris par les personnes privées gérant un service public, l'exercice par celles-ci de prérogatives de puissance publique peut également mener à l'engagement de leur responsabilité extra-contractuelle. La règle selon laquelle les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour apprécier la responsabilité d'une personne privée s'applique normalement, sauf usage d'une prérogative de puissance publique²⁴⁷, et dans ce cas, la circonstance que les agissements prétendument dommageables ne seraient pas détachables des missions de service public de l'organisme est à cet égard indifférente²⁴⁸.

Mais, dès lors que le dommage résulte de l'exercice d'une telle prérogative par la personne privée, le contentieux devient administratif (cela n'empêche pas que la responsabilité du délégataire soit engagée, même devant le juge administratif)²⁴⁹.

Aux termes des éléments examinés, plusieurs remarques peuvent être formulées. D'une part, la première remarque que l'on peut formuler est la difficulté contentieuse de ce régime : tantôt l'usager devra se tourner devant le juge judiciaire dans le cadre du service public industriel et commercial tantôt devant le juge administratif s'il s'agit de l'exercice d'une prérogative de puissance

²⁴⁷Voir en ce sens :

TC, 25 janvier 1988, « Brunelier »

CE, 17 février 1992, « Société Textron »

²⁴⁸CE, section, 13 octobre 1978, « Association départementale d'aménagement des structures exploitations agricoles du Rhône », cité supra.

²⁴⁹CE, 23 mars 1983, « Société Bureau Véritas », cité supra. Rec. CE p. 134

TC, 23 juin 2003, n°3360

publique sachant que dans ce cas, conformément à la jurisprudence « Époux Barbier » citée plus haut, il faudra distinguer selon que l'acte en question est individuel ou réglementaire.

Par ailleurs, en cas de dommage causé à l'utilisateur par le service, il faudra distinguer selon qu'est en cause un dommage de travail public ou un dommage dû au fonctionnement du service ; la compétence juridictionnelle variant, comme vu plus haut, d'un litige à un autre.

Il ressort de ces considérations que le contentieux lié à la délégation de service public entre le délégataire et les tiers notamment l'utilisateur est d'une complexité frappante, tant pour les parties au litige que pour le juge, en témoigne le foisonnement d'arrêts du Tribunal des conflits pour trancher ces questions.

D'autre part, la seconde remarque que l'on peut formuler, plus nuancée, est que cette complexité contentieuse s'avère relativement nécessaire. En effet, il paraît par exemple justifié que le juge judiciaire ait à connaître du contentieux relatif aux services industriels et commerciaux de même qu'il paraît justifié que le juge administratif ait à connaître du contentieux relatif à l'exercice de prérogatives de puissance publique pour les raisons évoquées plus haut, de même qu'il paraît logique que s'appliquent, respectivement au service en question, des régimes juridiques différents.

La complexité de ce contentieux devient plus forte encore lorsqu'est également en jeu la responsabilité du délégant.

Section II :

La mise en jeu de la responsabilité du délégant au titre de son pouvoir d'organisation du service

Dans le cadre des délégations de service public, une relation juridique tripartite se crée logiquement entre le délégant, le délégataire et les tiers. En ce sens, les tiers au contrat de délégation peuvent avoir à contester des mesures ou des actes pris par l'un et l'autre des deux autres protagonistes et ce, d'autant plus que chacun est responsable d'un type d'acte en fonction de ses propres pouvoirs. Nous avons vu plus haut que le délégataire est responsable au titre de ses actes de gestion, parallèlement, le délégant est responsable au titre de ses actes d'organisation et parmi ceux-ci, on retrouve les clauses réglementaires et les actes détachables du contrat mais aussi le pouvoir de contrôle que celui-ci exerce sur son cocontractant.

La relation juridique existante entre le délégataire et les tiers est toujours emprunte de l'exercice de ses prérogatives par la personne publique délégante. D'une part, celle-ci est responsable du service et prend un certain nombre de mesures à ce titre et d'autre part, elle doit également veiller à ce que son cocontractant s'exécute correctement. Dans les deux cas, elle est censée agir dans l'intérêt du service et donc dans l'intérêt des tiers, soit afin de contenter les usagers et de faire en sorte que leurs besoins soient satisfaits, soit afin d'éviter que des tiers ne se voient causer un préjudice par le service. Mais, si la mission de la personne publique est d'œuvrer pour ces tiers, il peut arriver que cette action aboutisse à un effet négatif du fait d'un manquement de la personne publique à l'une de ses obligations.

Dès lors, bien que ceci ne concerne pas directement les relations entre les tiers et le

délégataire, examiner le degré de responsabilité de la personne publique est essentiel, soit parce que cela permet d'identifier les recours ouverts aux tiers qui doivent pouvoir se prévaloir d'un certain nombre d'éléments allant dans le sens du fonctionnement du service public, soit parce que cela permet de démontrer que les actions des tiers ont, in fine, un impact sur le délégataire même lorsqu'elles sont dirigées contre le délégant.

Ainsi, la responsabilité de la personne publique peut-elle être engagée par les tiers au titre de son pouvoir d'organisation du service (I) mais aussi au titre de son pouvoir de contrôle sur le délégataire, lequel peut être illustré à travers l'examen du transfert récemment admis des activités de police à des personnes privées (II). Dans les deux cas, l'exercice de recours par les tiers est toujours susceptible d'impacter le délégataire.

I - L'engagement logique de la responsabilité du délégrant du service public au titre des actes d'organisation du service

Bien que la possibilité pour les tiers à un contrat de délégation de service public de contester les clauses réglementaires et les actes détachables de celui-ci ne semble pas, à priori, entrer dans le cadre de l'étude des relations entre le tiers et le délégataire, cette possibilité nécessite d'être explicitée. En effet, il s'agit de déterminer dans quelle mesure les tiers peuvent agir pour bénéficier le plus efficacement possible du service public. La finalité n'est pas la même lorsque les tiers agissent à l'encontre du délégataire de service public qui, soit a mal exécuté le contrat qui le lie à son cocontractant ou à l'utilisateur, soit a causé un dommage à ce dernier ou à un tiers : leur but est avant tout d'obtenir satisfaction de ce qui était contractuellement prévu, soit d'obtenir réparation. Par la contestation des actes réglementaires du contrat, les tiers cherchent à obtenir soit l'annulation de l'un de ces actes, soit le bénéfice de l'un de ces actes qui leur a été refusé.

Dans la mesure où la personne publique délégante organise le service, elle détermine un certain nombre de mesures ayant un impact sur les tiers dont ils doivent pouvoir se prévaloir. Dans le cas inverse, le délégataire ne pouvant être tenu pour responsable de ces mesures, les tiers seraient confrontés parfois à des cas d'irresponsabilité mais aussi d'empêchement de modification du service qui ne répond plus à leurs attentes.

Il apparaît donc que la contestation des clauses réglementaires des contrats de délégations de services publics (A) ainsi que des actes détachables de ceux-ci (B) est justifiée.

A – La possibilité justifiée pour les tiers de contester les clauses à caractère réglementaire

Dans le cadre d'une délégation de service public, il est admis que la personne publique délégante exerce un pouvoir d'organisation du service. Pour ce faire, elle dispose d'un certain nombre de moyens à sa disposition au premier rang desquels se trouvent les clauses contenues dans le contrat dont la finalité est d'organiser le service. Nous avons vu dans le chapitre premier que toutes les clauses des contrats de délégation de service public n'ont pas nécessairement vocation à remplir cette mission mais c'est le cas pour certaines d'entre elles notamment pour les clauses relatives à la tarification mais aussi aux horaires. Il s'agit là des deux principales clauses, la liste n'est pas limitative et varie en fonction du contrat en question.

Ainsi, dans la plupart des contrats une partie des clauses, et donc des obligations mises à la charge du délégataire, est définie de façon unilatérale par la personne publique délégante. Or, ces clauses ont un impact direct sur les tiers et plus particulièrement sur les usagers du service. La question est donc de savoir comment ces tiers, alors même qu'ils sont extérieurs au contrat de délégation de service public et sont liés au délégataire, peuvent contester ou faire valoir ces clauses ? Il s'agit bien pour eux de mettre en cause la responsabilité de la personne publique délégante au titre de son pouvoir d'organisation du service ; en ce sens l'étude de la relation entre le délégataire et le tiers ne saurait exclure les possibilités de recours des tiers à l'encontre du délégant. Le recours à l'encontre des clauses réglementaires, bien que constituant un tempérament au principe de l'effet relatif des contrats (1.), a été admis à juste titre (2.).

1. *Le principe originel de l'effet relatif du contrat vis-à-vis des tiers*

Il est admis que le contrat produit, vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des personnes qui n'y sont pas parties, un effet relatif. L'article 1165 du code civil²⁵⁰ consacre cette affirmation, reprise par ailleurs en droit administratif²⁵¹. Originellement lié à la théorie de l'autonomie de la volonté, l'effet relatif du contrat vis-à-vis des tiers a progressivement décliné, en même temps que cette dernière²⁵².

Toutefois, malgré les divers aménagements et exceptions portés à ce principe, celui-ci reste significatif. L'effet relatif des contrats interdit en principe aux tiers, d'une part, de se prévaloir de ce contrat qui en théorie ne leur accorde pas de droit ni ne leur procure des avantages, et d'autre part, de contester ce contrat qui, toujours en théorie, ne peut porter atteinte à leurs droits ni leur nuire.

Pour ces raisons, le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des contrats administratifs est prohibé. Il n'est pas admis que le contrat, acte individuel créateur de droits et d'obligations pour les parties, puisse faire l'objet d'un recours de droit objectif visant à sanctionner la légalité en général. Le contrat ne saurait être considéré comme « une norme juridique objective »²⁵³. En ce sens, le Professeur M. Ubaud-Bergeron explique que « l'irrecevabilité de tout recours d'un tiers formé directement à l'encontre d'un contrat s'explique par deux considérations convergentes qui sont le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir et l'effet relatif de la convention qui s'oppose à ce que les tiers puissent saisir le juge du contrat »²⁵⁴.

²⁵⁰ « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »

²⁵¹ En ce sens, les auteurs du Traité des contrats administratifs constatent que « Les termes de l'article 1165 sont parfaitement applicables (au contrat administratif) », A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, Traité des contrats administratifs, Tome I, LGDJ 1983, §784

²⁵² Voir en ce sens : M. Ubaud-Bergeron, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, Mélanges Guibal 2006, Tome I, p. 575

²⁵³ A. Bourrel et J. Gourdou explique que « les tiers ne pouvaient, en raison de l'absence d'effet du contrat à leur égard, être admis à contester la légalité de ce dernier. **Cette approche du contrat lui refusant la qualité de norme juridique objective mais comme une règle subjective liant les parties explique également que le juge de l'excès de pouvoir ait refusé de le regarder le contrat comme une règle dont la violation pouvait justifier l'annulation d'une décision administrative** », Contentieux de la légalité des contrats – Recours des tiers, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Folio n°4600, septembre 2012

²⁵⁴ Ibid.

Ainsi, le principe de l'effet relatif des contrats vis-à-vis des tiers semblait dénier aux tiers à un contrat administratif, et plus précisément à un contrat de délégation de service public, toute possibilité de contester ou de faire valoir les clauses contenues dans le contrat. Il faut noter que ce n'est pas tant la possibilité de pouvoir contester le contrat qui intéresse les tiers mais le fait de pouvoir se prévaloir de ses clauses qui les impactent directement. La jurisprudence ne permettait pas aux tiers d'exercer d'actions en ce sens. À ce titre, l'arrêt du Conseil d'État du 16 avril 1986 « Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion » affirme le refus du recours contre les clauses du contrat par un tiers y compris si celles-ci ont un caractère réglementaire. Par ailleurs, seules les parties peuvent contester la validité du contrat, devant le juge du contrat.

Toutefois, le principe semble depuis un certain temps remis en cause et permet aux tiers à un contrat de délégation de service public de contester les clauses à caractère réglementaire de celui-ci. Ce mouvement d'ouverture contentieuse s'explique par les raisons suivantes.

Comme le relève M. Ubaud-Bergeron, « le droit public a toujours conféré une place plus résiduelle à la volonté des contractants, nécessairement concurrencée par les fins de l'action publique »²⁵⁵. Il est donc admis que, dans la mesure où l'administration n'agit pas véritablement pour elle-même mais dans l'intérêt général, la notion d'accord de volonté s'amointrit ; or c'est la base de tout contrat. Ainsi, il faut considérer que lorsque l'administration contracte, non pas pour elle-même mais dans l'intérêt général (et c'est le but du service public), ce contrat, même s'il ne peut être directement contesté par les tiers « destinataires » de l'intérêt général, leur est opposable. En ce sens, ils peuvent s'en prévaloir par l'intermédiaire des clauses qui les affectent.

Pour certains, l'administration userait en réalité de la stipulation pour autrui prévue à l'article 1121 du code civil²⁵⁶ ; pour d'autres, ce fondement donné au tempérament à l'effet relatif des contrats ne découle pas de cette disposition. Selon les auteurs du Traité des contrats

²⁵⁵M. Ubaud-Bergeron, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, Mèl. Guibal 2006, Tome I, p. 575

²⁵⁶« On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter »

administratifs la stipulation pour autrui est inapplicable à la situation des usagers des services concédés bien que souvent « on déclare que l'acte de concession est un contrat et que les clauses relatives aux règles de fonctionnement du service constituent des stipulations au profit des futurs usagers du service »²⁵⁷. Selon eux, « la concession de service public n'est pas intégralement un contrat mais un acte de nature mixte, que les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service sont des clauses réglementaires et que par suite les droits des usagers à l'application correcte de ces clauses ne sont pas des droits contractuels issus d'une stipulation pour autrui, mais traduisent le droit que possède tout intéressé à l'application de dispositions réglementaires »²⁵⁸.

Cette idée d'acte mixte est reprise par certains auteurs²⁵⁹ selon lesquels le contrat a une double nature : il reste un acte contractuel pour les parties qui peuvent le modifier²⁶⁰ mais ses clauses peuvent s'apparenter à un acte réglementaire pour les tiers. En ce sens, le Professeur P. Delvolvé remarque que le caractère réglementaire peut « se comprendre pour un cahier des charges-types approuvé par décret (...) ce document étant ainsi à la fois unilatéral dans son adoption et général et impersonnel dans son application »²⁶¹. Mais, même lorsque certaines clauses sont élaborées en collaboration avec le cocontractant, elles peuvent avoir un effet réglementaire. Il en va ainsi des clauses relatives aux tarifs des services publics à la rédaction desquelles le délégataire peut être associé et qui conservent leur caractère réglementaire.

Ainsi, quel que soit le fondement donné au tempérament à l'effet relatif des contrats, il est possible de dire que dans le cadre des délégations de service public, ce tempérament est nécessaire. L'administration est toujours responsable du service et si elle ne l'assure pas directement elle

²⁵⁷A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, *Traité des contrats administratifs*, Tome I, LGDJ 1983, §788

²⁵⁸Ibid.

²⁵⁹Voir notamment sur ce point l'analyse de P. Terneyre qui précise que « dans un contrat administratif « classique », toutes les clauses de celui-ci, quel que soit leur objet, ont, entre les parties, une nature juridique exclusivement contractuelle. En d'autres termes, dans les contrats administratifs à objet de service public, si toutes les clauses du contrat ont une valeur contractuelle, il se trouve que certaines d'entre elles peuvent être contestées ou invoquées par des tiers, d'où alors leur « caractère » réglementaire », *Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public*, RFDA 2011, p.893

²⁶⁰Selon M. Ubaud-Bergeron, « la clause réglementaire demeure pleinement une stipulation du contrat entre les parties, qui peuvent la négocier et la modifier en cours d'exécution », *Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, Mèl. Guibal 2006, Tome I, p. 575

²⁶¹P. Delvolvé, *Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat*, RFDA 1997, p.89

l'assume et prend des décisions dans ce sens, notamment en ce qui concerne son organisation et son fonctionnement. Quel que soit le degré d'intensité du lien qui unit la personne publique délégante d'un service public à ce dernier, elle est toujours, à minima, responsable de l'organisation fondamentale de ce dernier.

À ce titre, le recours pour excès de pouvoir, bien qu'il ne puisse être ouvert contre le contrat lui-même, doit pouvoir s'exercer contre des clauses qui sont insérées dans le contrat mais appartiennent néanmoins à la volonté de la personne publique. C'est un moyen pour les tiers, destinataires de l'intérêt général qui est un but du service public, de contester ces clauses qui produisent sur eux le même effet qu'un acte administratif. La pertinence des moyens d'actions des tiers dans le cadre des services publics, tant pour contester que pour bénéficier de certaines dispositions, ne serait pas complète s'ils ne pouvaient agir à l'encontre de la personne publique délégante.

2. La possibilité pour les tiers de contester les clauses à caractère réglementaire

Bien que connaissant certains tempéraments, le principe demeure celui de l'effet relatif des contrats. Ces tempéraments, qu'ils concernent la possibilité de contester les actes détachables du contrat²⁶² ou les clauses réglementaires, ont connu une évolution. L'évolution qui concerne la possibilité pour les tiers d'exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires a été lente.

Le Conseil d'État avait tout d'abord reconnu dans son célèbre arrêt « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli »²⁶³ du 21 décembre 1906 que les tiers intéressés, en l'occurrence les usagers du service public, pouvaient invoquer les clauses réglementaires d'un contrat à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision

²⁶²CE, 4 août 1905, « Martin », Rec. Dalloz 1907, tome 3, p.49

²⁶³CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli », Rec. Dalloz 1907, tome 3, p.41

de l'administration refusant de faire exécuter ledit contrat. Il en allait de même pour les tiers à ce service²⁶⁴.

Par ailleurs le recours pour excès de pouvoir était également admis contre des *actes réglementaires* relatifs à l'organisation du service²⁶⁵.

Mais la contestation d'une *clause* réglementaire contenue dans le contrat, en elle même, restait insusceptible d'un tel recours²⁶⁶.

Cette solution a finalement été abandonnée par l'arrêt du Conseil d'État du 10 juillet 1996, « Cayzeele »²⁶⁷ qui fait clairement la distinction entre les clauses contractuelles et les clauses réglementaires qui sont celles relatives à l'organisation et au fonctionnement du service. Aux termes de cet arrêt, il s'agit de « *dispositions* » qui « *ont un caractère réglementaire* » et qui peuvent « *être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir* ». Selon le Professeur P. Delvolvé, « le mot dispositions, et non stipulations selon le vocabulaire propre aux contrats, souligne déjà que l'article échappe à la forme contractuelle ; il est lié à l'affirmation du caractère réglementaire »²⁶⁸.

Selon le même auteur, ce caractère réglementaire découle « des effets de l'article sur les tiers, mais aussi, et en même temps, de son objet : il règle l'organisation du service public. C'est bien à ce titre qu'il s'impose aux usagers »²⁶⁹. C'est donc bien au titre du pouvoir d'organisation du service de la personne publique délégante que les tiers à un contrat de délégation de service public peuvent contester les clauses réglementaires de ce contrat.

La solution est novatrice car, bien que le recours pour excès de pouvoir ait été admis à

²⁶⁴CE, 11 décembre 1963, « Syndicat de défense du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande », Rec. CE p.610

²⁶⁵CE, 1^{er} décembre 1971, « Société des établissements Dubreuil », Rec. CE p.332 ; CE, 3 octobre 2003, « Peyron », n°242967 « *le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations* ».

²⁶⁶CE, assemblée, 16 avril 1986, « CLT », Rec. CE p.98 : « *le contrat de concession et le cahier des charges qui y est annexé ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir* ».

²⁶⁷CE, 10 juillet 1996, Cayzeele, n°138536

²⁶⁸P. Delvolvé, Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat, RFDA 1997, p.89

²⁶⁹Ibid.

plusieurs reprises contre différents types d'actes, il s'agit là de la possibilité de contester une partie du contrat. L'arrêt « Cayzeele » va donc plus loin que les jurisprudences précédentes.

En conséquence, comme l'explique le Professeur P. Terneyre, « la présence et l'exécution de ces clauses affectent directement la situation juridique de tiers au contrat (pour la plupart, mais pas exclusivement, les usagers du service public dont le contrat est l'objet), ces tiers peuvent en revendiquer l'application ou la non-application, la modification ou l'illégalité, alors même, à la différence des stipulations pour autrui, que la clause ne les désigne pas individuellement comme bénéficiaires de celle-ci »²⁷⁰.

Il apparaît donc nécessaire que les tiers et plus particulièrement les usagers puissent contester ces clauses tant elles peuvent impacter sur eux. Qu'il s'agisse des clauses relatives aux horaires²⁷¹ ou aux tarifs²⁷², ou de façon plus générale à l'organisation générale du service, leur possible contestation ou revendication doit être possible. De même, les tiers peuvent demander réparation du préjudice résultant d'une de ces clauses ou de son inobservation²⁷³ au titre de la responsabilité extra-contractuelle.

Une remarque doit être faite sur ce point. Dans le cas où une clause réglementaire serait contestée à l'appui d'une action dirigée contre le délégataire d'un service public industriel et commercial, le juge judiciaire, en principe compétent pour connaître du litige, devra surseoir à statuer en ce qui concerne la légalité de la clause et poser une question préjudicielle à son homologue administratif.

Les conséquences de l'exercice de ce recours sont diverses. Tout d'abord, si le juge administratif déclare illégale la clause, il peut l'écarter et alors cette déclaration ne vaudra que pour

²⁷⁰P. Terneyre, *Réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public*, RFDA 2011, p.893

²⁷¹CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de Croix-de-Seguey-Tivoli », Rec. Dalloz 1907, tome 3, p.41

²⁷²CE 30 octobre 1996, « Wajs et Monnier », Rec. CE p.387

²⁷³CE, 23 février 1968, « Picard », Rec. CE p.131

le litige en question et pour les parties à celui-ci ; l'effet erga omnes est alors annihilé. Ensuite, si le juge administratif est saisi directement d'une demande d'annulation d'une clause réglementaire et que celle-ci est annulée, l'administration cocontractante devra en tirer les conséquences et, au besoin, modifier le contrat qui la lie au délégataire. Dans le premier cas, on constate que la personne visée par le recours est bien l'administration mais que les conséquences, juridiques, contractuelles et parfois financières, rejaillissent sur les deux parties au contrat. En ce sens l'exercice d'un recours en excès de pouvoir par un tiers à l'encontre d'une clause réglementaire a bien un impact sur le délégataire de service public.

Malgré ces aménagements, nécessaires, le principe reste bien celui de l'effet relatif des contrats. En ce sens l'arrêt du Conseil d'État du 14 mars 1997 « Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne »²⁷⁴ précise que « *sont irrecevables des conclusions à fin d'annulation qui sont dirigées contre des stipulations contractuelles qui n'ont pas un caractère réglementaire* ».

La question reste néanmoins posée de savoir quels seraient les effets de l'annulation d'une clause réglementaire indivisible du contrat. Le Professeur P. Terneyre avance l'idée selon laquelle le tiers pourrait « sur le modèle de la théorie des actes détachables, demander au juge administratif de l'exécution qu'il ordonne à l'administration contractante - éventuellement sous astreinte - soit de saisir le juge du contrat pour que celui-ci prononce l'invalidité du contrat, soit de résilier elle-même le contrat, le cas échéant avec un effet différé ». Si tel était le cas, on retrouverait nécessairement les mécanismes prévus par la jurisprudence « Société Ophrys »²⁷⁵ du 21 février 2011 applicable au cas d'annulation des actes détachables du contrat.

Dans cette hypothèse, l'influence du recours intenté par les tiers à l'encontre d'une clause réglementaire sur la situation du délégataire serait indéniable et très importante. Ce dernier pourrait voir le contrat dont il est titulaire résilié du fait de cette action. C'est le cas en ce qui concerne le contentieux des actes détachables.

²⁷⁴CE, 14 mars 1997, « Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne », n°119055 ; voir également en ce sens : CE, 18 février 2009, « Association Comité CSG », n°295233 : le recours pour excès de pouvoir reste exclu contre le contrat lui-même.

²⁷⁵CE 21 février 2011, « Société Ophrys », n° 337349

B - L'impact sur le délégataire de la contestation des actes détachables du contrat par les tiers

Les actes détachables du contrat correspondent à une fiction juridique²⁷⁶ communément admise permettant de dissocier du contrat certains des actes ayant notamment servis à sa préparation mais aussi des actes relatifs à son exécution. On pense en premier lieu à la délibération d'un organe délibérant autorisant la conclusion d'un contrat²⁷⁷ ou à la signature de celui-ci²⁷⁸, mais d'autres actes sont considérés comme détachables²⁷⁹, le juge ayant entendu cette notion assez largement. Le fait que l'un de ces actes soit entaché d'illégalité permet d'obtenir la remise en cause du contrat lui-même.

Tout comme la contestation des clauses réglementaires, la contestation par les tiers d'un acte détachable du contrat semblait de prime abord impossible en raison de l'effet relatif des contrats vis-à-vis des tiers. Toutefois, cette irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat lui-même et contre les actes qui l'avaient préparé « présentait des inconvénients non négligeables, en particulier pour les tiers, dont les intérêts pouvaient être lésés par le contrat conclu par l'administration »²⁸⁰.

²⁷⁶On peut parler de fiction dans la mesure où matériellement, l'acte ne se détache pas du contrat, mais il peut s'en détacher « *intellectuellement et juridiquement* », M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17ème édition, commentaire 15, §2 p.90

²⁷⁷CE, 11 février 1977, « Société de chasse de Thénissey », Rec. CE p.85

²⁷⁸CE, 19 décembre 2007, « Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais », n°291487

²⁷⁹Par exemple : les décisions relatives au choix du cocontractant : CAA Douai, 31 mars 2005, « Société Thermotique SA c/ OPAS Oise Habitat », n°02DA00889 : décision de la CAO rejetant la candidature de la société ; CE 10 décembre 2003, « Institut de recherche pour le développement », n°248950 : décision attribuant le contrat.

²⁸⁰A. Bourel et J. Gourdou, Contentieux de la légalité des contrats – Recours des tiers, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Folio n°4600, septembre 2012

Ainsi, le Conseil d'État a-t-il admis, par son célèbre arrêt « Martin »²⁸¹, du 4 août 1905, que les actes détachables d'un contrat administratif, en l'occurrence des délibérations au sujet de la concession des tramways, pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En ce qui concerne les actes antérieurs à la passation du contrat le recours est assez largement ouvert puisque l'intérêt à agir des tiers est apprécié de façon souple et ce notamment parce que ces derniers ne dispose que de ce recours en dehors des actions extra-contractuelles²⁸². Selon les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative, « c'est spécialement pour eux que le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables est utile »²⁸³. A ceux-ci, peuvent également s'ajouter les candidats évincés²⁸⁴.

Les requérants recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables antérieurs à la passation du contrat sont donc nombreux.

Les conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte antérieur à la passation du contrat sont diverses et peuvent être plus graves que celles tenant à l'annulation d'un acte relatif à l'exécution du contrat. En principe, dans le cas où l'acte antérieur est entaché d'illégalité, l'annulation prononcée ne vaudra que pour cet acte. Toutefois, ce contentieux a connu une évolution notable. Si à l'origine l'annulation des actes détachables avait un effet platonique²⁸⁵, elle emporte aujourd'hui des conséquences beaucoup plus importantes pour les parties au contrat.

Tout d'abord, le juge reconnaît qu'« *il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque espèce et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de cette annulation* »²⁸⁶ : le sort du contrat dépendait donc de la volonté de l'administration de le faire perdurer ou non en présence d'un acte détachable jugé illégal. Il est à noter toutefois que cette

²⁸¹CE, 4 août 1905, « Martin », Rec. CE p.749

²⁸²Voir en ce sens :CE, 29 juin 1973, « Ministre de l'équipement et du logement c/ Sté parisienne pour l'industrie électrique » et CE, 29 avril 1987, « SIEPARG c/ Sté Bonna et autres » : l'action exercée par le tiers est une action extra-contractuelle

²⁸³M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17ème édition, commentaire 15, §2 p.90

²⁸⁴CE, 16 avril 1986, « CLT », précité

²⁸⁵Expression tirée des conclusions du commissaire de gouvernement J. Romieu sur l'arrêt « Martin » du 4 août 1905 : l'annulation d'un acte détachable du contrat n'entraînait pas de conséquences sur celui-ci.

²⁸⁶CE, 14 mai 2001, « Avrillier », n°194410

jurisprudence peut être nuancée puisque en 1994 le Conseil d'État²⁸⁷ avait ordonné à l'administration de saisir le juge du contrat afin de lui en faire constater la nullité à la suite de l'annulation d'une délibération.

Ensuite, le juge reconnaît que *« l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général »*²⁸⁸. Il ressort de cette jurisprudence que le sort du contrat dépend, cette fois-ci, de la volonté des tiers qui pourraient souhaiter son annulation après que l'acte détachable ait été annulé mais aussi de l'appréciation du juge de l'exécution qui doit, avant d'enjoindre à l'une des parties de saisir le juge du contrat, vérifier la nature de l'acte attaqué initialement et vérifier que l'annulation potentielle du contrat ne portera pas atteinte à l'intérêt général.

L'effet de l'annulation des actes détachables n'est plus ici « platonique » mais dépendant de la volonté et de l'appréciation de plusieurs acteurs. Toutefois, l'annulation du contrat reste une éventualité.

Enfin, la jurisprudence « Société Ophrys »²⁸⁹ du 21 février 2011 a reconnu au juge de l'exécution un pouvoir plus large dans l'appréciation des suites à donner l'annulation d'un acte détachable antérieur à la passation du contrat. S'inscrivant dans la lignée de l'arrêt « IRD » de 2003, le Conseil d'État précise qu'après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, le juge de l'exécution peut ordonner dans un premier temps deux types de mesures : soit décider, si elle est possible, la poursuite de l'exécution du contrat sous réserve éventuellement de mesures de

²⁸⁷ CE, section, 7 octobre 1994, « Epoux Lopez », Rec. CE p.430

²⁸⁸ CE, 10 décembre 2003, « IRD », n° 248950

²⁸⁹ CE, 21 février 2011, « Société Ophrys », n°337349 : *« l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée »*

régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit enjoindre à la personne publique, après avoir vérifié que cette décision ne portera pas atteinte à l'intérêt général, de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé. Dans un second temps, ce n'est qu'en cas d'illégalité d'une particulière gravité – qui pourrait porter notamment sur le contenu illicite du contrat ou les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement – que le juge de l'exécution peut inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles, ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat. Dans ce cas, il appartient au juge du contrat de régler les modalités de la résolution du contrat. Le juge du contrat dispose donc à son tour d'un pouvoir d'appréciation, la prise de position du juge de l'exécution ne le liant pas dans le choix de la mesure à adopter. On constate donc que l'appréciation casuistique du juge prédomine.

Deux sortes de considérations peuvent être mises en balance. D'une part, comme le relève le Professeur M. Ubaud-Bergeron, « l'effet relatif du contrat n'implique pas, à l'évidence, une autonomie du contrat telle qu'il serait soustrait à la légalité »²⁹⁰ ; en effet, l'administration est soumise à un principe de légalité de ces actes, en ce sens, un contrat conclu sur le fondement d'une décision illégale devrait lui aussi être illégal.

D'autre part, pour nuancer cette idée de réaction en chaîne, il convient de noter que souvent, le vice entachant l'acte détachable n'est pas d'une gravité telle qu'il mérite que tout le contrat soit annulé. En effet, « les nécessités du service public, les droits qui résultent du contrat pour le cocontractant de l'administration, la sécurité juridique peuvent militer pour le maintien du contrat »²⁹¹, et ce, plus particulièrement lorsque le vice est d'une moindre gravité. En ce sens le juge a admis que l'acte détachable entaché d'un vice qui lui est propre puisse être régularisé²⁹².

Ainsi, apparaît une sorte d'opposition entre l'intérêt général de la légalité et l'intérêt plus particulier de la contractualisation et de la garantie de voir les droits et obligations souscrits exécutés. Cet intérêt particulier peut toutefois valoir intérêt général et ce plus particulièrement lorsque l'administration est partie au contrat. Selon M-C. Vincent-Legoux, la jurisprudence Ophrys témoigne de « l'influence de l'arrêt du Conseil d'État du 28 décembre 2009 Commune de Béziers,

²⁹⁰M. Ubaud-Bergeron, *Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, Mèl. Guibal 2006, Tome I, p. 575

²⁹¹M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17ème édition, commentaire 15, §5 p.92

²⁹²CE, 8 juin 2011, « Commune de Divonne-les-Bains », n°327515 : la personne publique peut adopter un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé.

qui a justement restreint les cas dans lesquels une illégalité fonde la disparition rétroactive du contrat par la voie de son annulation »²⁹³. Si cette mise en balance a d'abord été laissée à l'appréciation de l'administration, elle appartient désormais au juge de l'exécution et du contrat.

Après la conclusion du contrat, la collectivité publique contractante peut encore être amenée, dans le cadre de l'exécution du contrat, à édicter un certain nombre de décisions administratives. En ce sens les actes détachables du contrat qui concerne des mesures d'exécution de celui-ci peuvent aussi être contestés par la voie de l'excès de pouvoir en fonction de leur « détachabilité »²⁹⁴.

Le régime d'annulation est quelque peu différent mais ce sont surtout les conséquences de cette annulation qui varient comparativement à celles découlant de l'annulation d'un acte antérieur à la conclusion du contrat.

Les tiers au contrat peuvent tenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables postérieurs à la conclusion du contrat mais ne peuvent invoquer, à l'appui de ce dernier, l'éventuelle violation des clauses de celui-ci par l'un des cocontractants²⁹⁵. Ceci s'explique par la non assimilation de la faute contractuelle à la faute quasi délictuelle par le juge administratif. Si la Cour de Cassation a admis dans un arrêt du 6 octobre 2006²⁹⁶ que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice* », le juge administratif, confronté à la même question, a refusé de suivre cette position et a décidé, à propos d'un cocontractant d'une personne liée par contrat à une personne publique, que « *les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne pouvaient en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle* » à l'encontre des parties au contrat administratif²⁹⁷.

En revanche, les tiers peuvent contester par la voie de l'excès de pouvoir les actes

²⁹³M-C. Vincent-Legoux, L'office du juge de l'exécution après l'annulation d'un acte détachable de la passation du contrat, AJDA 2011, p.1739

²⁹⁴Tous les actes d'exécution ne peuvent pas être contestés par la voie du recours en excès de pouvoir, ils le sont le plus souvent.

²⁹⁵CE, assemblée, 8 janvier 1988, « Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg », Rec. CE p.3 : la méconnaissance des stipulations d'un contrat, si elle est susceptible d'engager, le cas échéant, la responsabilité d'une partie vis-à-vis de son cocontractant, ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre d'une décision administrative.

²⁹⁶Ccass, assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255

²⁹⁷CE, 11 juillet 2011, « Mme Gilles », n°339409

concernant l'exécution du contrat²⁹⁸ ou les actes concernant la modification²⁹⁹ voire la fin du contrat telle que la résiliation³⁰⁰ de celui-ci.

Comme le relèvent A. Bourrel et J. Gourdou, « les effets de l'annulation des actes détachables de l'exécution du contrat soulèvent des questions moins délicates que celles des effets de l'annulation des actes détachables de la formation du contrat. En effet, si la validité du contrat et sa survie ne sont en principe pas en jeu, la question pourrait en revanche se poser en cas de l'annulation du refus de résilier le contrat qui oblige l'administration à prononcer cette résiliation »³⁰¹.

Ainsi, le tiers à un contrat de délégation de service public peut-il faire annuler un acte détachable relatif à la formation ou à l'exécution du contrat. Ce pouvoir est important et illustre la relation tripartite existante entre les trois protagonistes de la relation dans les délégations de service public : l'action contentieuse de l'un impacte directement sur la relation contractuelle existante entre les deux autres et ce, par le biais d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre un acte de l'administration. C'est donc bien contre l'administration que le requérant, tiers au contrat, agit mais cette action peut interférer sur la situation du délégataire.

Parfois cette action, dirigée contre l'administration, va en réalité à l'encontre du délégataire. Il s'agit des cas où ce dernier, n'ayant pas respecté ses obligations, cause un préjudice à un tiers qui engage la responsabilité de l'administration en ce que celle-ci a manqué à son devoir de contrôle de son délégataire.

²⁹⁸Voir en ce sens : CE, 9 décembre 1983, « Ville de Paris, société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information », Rec. CE p.499

²⁹⁹CE, 29 avril 1987, « Commune d'Élancourt », Rec. CE p.153

³⁰⁰Voir en ce sens : CE, assemblée, 2 février 1987, « Société TV6 », Rec. CE p.29 : recours en excès de pouvoir contre une décision de résiliation.

³⁰¹A. Bourel et J. Gourdou, Contentieux de la légalité des contrats – Recours des tiers, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Folio n°4600, septembre 2012

II – L’engagement logique de la responsabilité du délégant au titre de son pouvoir de contrôle

La délégation d’un service public à un délégataire sous-entend que la personne publique qui assure normalement le service s’en décharge. Le délégataire, disposant d’un pouvoir de gestion du service, peut exercer un certain nombre de prérogatives dont il décide seul. Toutefois, il est toujours soumis à un certain contrôle de la personne publique délégante comme nous l’avons vu dans le premier chapitre.

En effet, dans la mesure où la personne publique est toujours responsable du service public, elle se doit de contrôler son délégataire et ce, principalement au profit des tiers, que ceux-ci soient concernés directement par la bonne exécution du service (les usagers), ou qu’ils ne doivent tout simplement pas subir les dysfonctionnements de celui-ci (les tiers au sens large, notamment les tiers victime du fonctionnement du service). Il est donc possible de dire que le contrôle exercé par la personne publique est opéré dans l’intérêt général, c’est pourquoi il est obligatoire et est susceptible d’engager la responsabilité de l’administration si elle manque à cette obligation (A).

Le pouvoir de contrôle trouve une illustration parlante dans le transfert des activités de police à des personnes privées. Ce transfert, admis partiellement et récemment, nécessite un contrôle approfondi de la personne publique. En effet, l’activité en question, la police, intéresse les tiers d’une autre manière que les activités de service public, elle les intéresse sous l’angle de la contrainte ce qui oblige la personne publique à veiller étroitement au respect de ses obligations par le tiers titulaire de la gestion de cette activité (B).

A - La responsabilité de la personne publique délégante au titre de son pouvoir de contrôle

Les relations entre le délégataire de service public et les tiers sont marquées par la présence de la personne publique délégante qui organise et contrôle le service. Le contrôle exercé par celle-ci est un droit et une obligation. Elle doit s'assurer que son cocontractant remplit bien ses missions et exécute bien le service public. En ce sens, l'étude des relations entre le délégataire et les tiers ne saurait faire l'économie de cet élément : les tiers doivent pouvoir être en mesure de contester une action imputable au délégataire à travers la mise en jeu de la responsabilité du délégant qui, par un manquement à son obligation de contrôle, a permis la réalisation d'un dommage.

Il y a alors un dépassement de l'effet relatif du contrat puisque la responsabilité de l'administration peut être engagée si elle ne remplit pas cette mission et que de ce fait, un dommage est causé à un tiers (1).

Dans la mesure où ce manquement à une obligation qui lui incombe peut causer préjudice à un tiers, la personne publique délégante peut être considérée comme ayant causé une faute de service (2) ce qui sous-entend, ici, que le service n'a pas fonctionné correctement.

1. Une obligation de contrôle justifiée

La délégation de service public est marquée, comme bien des contrats administratifs, par l'existence d'un fort pouvoir de contrôle de l'administration délégante sur son cocontractant, le

délégataire. Comme nous l'avons vu dans le chapitre premier, ce pouvoir de contrôle s'exerce de différentes manières et il est indispensable et ce, plus particulièrement dès lors qu'entre en jeu un service public. En effet, l'administration reste toujours responsable du service public quand bien même elle aurait fait le choix de le déléguer. A ce titre, elle dispose d'un droit de regard sur les activités de son cocontractant mais aussi, comme nous l'avons vu, d'un pouvoir de sanction.

Ces pouvoirs ont une importance primordiale dans la mesure où ils permettent à la personne publique délégante de s'assurer que le service est bien réalisé et bien exécuté. Selon certains auteurs, ce pouvoir de contrôle aurait pour origine l'objet même du contrat qui est de déléguer un service. Par exemple G. Jèze considère que « l'administration a le devoir et le droit d'exercer un contrôle sur l'exploitation du service afin d'en garantir le fonctionnement régulier »³⁰².

On constate donc que le lien entre la délégation d'un service public et le contrôle exercé par la personne publique délégante sur l'exécution de ce service est très fort. Le but de ce pouvoir est d'assurer la satisfaction des besoins de ceux qui utilisent le service public. Comme le soulignait L. Blum dans ses conclusions sur l'arrêt « Compagnie générale française des Tramways »³⁰³ de 1910 « l'État reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens ».

Si le pouvoir de contrôle peut être considéré comme un « droit originaire »³⁰⁴ appartenant à l'administration, celui-ci est aussi un devoir. En effet, parce qu'elle est toujours responsable du service public et que, même si elle ne l'assume pas, elle l'assume, la personne publique délégante a l'obligation de contrôler son délégataire. Comme le souligne A. Roblot-Troizier « la jurisprudence administrative a fait de l'exercice d'un contrôle sur le cocontractant une obligation pesant sur l'autorité administrative, obligation dont la méconnaissance est de nature à engager sa responsabilité tant à l'égard des tiers, et particulièrement des usagers du service public, qu'à l'égard de ses cocontractants »³⁰⁵.

³⁰²G. Jèze, Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, Tome II, LGDJ 1932, p.382

³⁰³CE, 11 mars 1910, « Compagnie générale française des tramways », Rec. Lebon, p.218

³⁰⁴G. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, 1945, p.310

³⁰⁵A. Roblot-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA 2007,

Cette obligation pesant sur l'administration découle du fait que, en tant que responsable du service, cette dernière doit veiller à ce que soit assuré le bon fonctionnement ou à tout le moins le fonctionnement normal du service.

Selon G. Koubi et G. Guglielmi, « le droit au fonctionnement normal du service est une des conséquences pratiques pour l'utilisateur, des principes de continuité et d'adaptabilité du service public »³⁰⁶. Ce fonctionnement est dit normal car il doit répondre aux attentes classiques des usagers de ce service c'est-à-dire une attente d'accessibilité, une attente de délivrance de prestations et une attente de qualité. La qualité induit nécessairement que soient prises en compte les évolutions du service. Selon les auteurs précités, le droit au bon fonctionnement du service s'accompagne d'un « droit à l'obtention de la prestation »³⁰⁷ c'est-à-dire d'un droit à recevoir ce à quoi l'utilisateur a droit « dès l'instant où l'utilisateur a respecté toutes les conditions d'accès au service et s'est impliqué dans le fonctionnement de ce service »³⁰⁸. Le fonctionnement normal du service est donc un droit pour les usagers.

De ce droit pour les usagers de voir le service fonctionner normalement, découle donc une obligation pour l'administration délégante de vérifier la bonne exécution du service de manière à ce que les besoins de usagers soient satisfaits. Elle doit y veiller et, pour cela, elle doit parfois utiliser son pouvoir de contrôle voire de sanction.

C'est à ce titre que sa responsabilité peut être engagée, parce qu'elle a fait un mauvais usage de ce pouvoir voire ne l'a pas utilisé.

Les tiers, et plus particulièrement les usagers, disposent donc d'un droit à exercer un recours en excès de pouvoir dès lors que l'administration n'a pas utilisé les pouvoirs qui lui étaient conférés

³⁰⁶G. Koubi et G. Guglielmi, Droit du service public, Montchrestien, p.753 §469

³⁰⁷Ibid.

³⁰⁸Ibid.

dans le cadre du contrat. La jurisprudence l'a admis de longue date par la jurisprudence « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli »³⁰⁹.

Par ailleurs, les tiers peuvent engager la responsabilité de l'administration dès lors que celle-ci a fait un mauvais usage ou n'a pas utilisé son pouvoir de contrôle pour s'assurer du fonctionnement du service ou pour éviter que ce fonctionnement ne cause un dommage. Cette idée est explicitée par l'arrêt du Conseil d'État « Caire » du 5 novembre 1937 dans lequel il a été admis qu'« *en ne vérifiant pas si le concessionnaire s'était conformé à l'obligation à lui imposée et avait fait muter à son nom la police d'assurance contractée par son prédécesseur, la ville de Saint-Galmier a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité* ». Dans cette affaire, le cocontractant de l'administration était tenu, en vertu de l'article 4 du contrat de concession, de conclure des contrats d'assurance auprès de compagnies sérieuses, ce qui n'avait pas été vérifié par la ville. Celle-ci, dès lors qu'elle n'a pas exercé son pouvoir de contrôle, commet une faute et engage sa responsabilité vis-à-vis des usagers ou des tiers³¹⁰.

Ainsi, dans le cadre d'une délégation de service public, le pouvoir de contrôle de l'administration est justifié en ce qu'il lui permet de s'assurer de la bonne exécution du service public par son délégataire et il justifie également, en ce qu'il est un devoir mis à sa charge, que celle-ci voit sa responsabilité engagée si elle ne l'a pas utilisé ou l'a mal utilisé.

Toutefois, comme le relève A. Roblot-Troizier, « l'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir de contrôle connaît des limites »³¹¹ ; en effet, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa mise en œuvre, de même que le pouvoir de sanction, nécessite une appréciation particulière de la situation. Par ailleurs, toutes les clauses du contrat ne sont pas invocables par les tiers. Si ceux-ci peuvent intenter un recours en excès de pouvoir contre le refus de mettre en œuvre certaines clauses de type réglementaire qui sont à leur bénéfice³¹², ils ne

³⁰⁹CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli », Rec. CE, p.962

³¹⁰A contrario : CE, 6 février 1987, « Cie nationale Air France », Rec. CE p.38 : dès lors qu'aucune faute lourde n'a été commise dans le contrôle exercé par l'État sur l'établissement gérant le service, la responsabilité de ce dernier est seule engagée pour les nuisances sonores reprochées.

³¹¹A. Roblot-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA 2007, p.990

³¹²CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli », Rec.

peuvent pas systématiquement invoquer au moyen de légalité d'une décision administrative les clauses organisant le contrôle car il s'agit de clauses contractuelles liant les deux parties. En ce sens le Conseil d'État a jugé dans un arrêt « Association pour le respect du site du Mont-Blanc »³¹³ du 28 avril 2004 que « *son article 3, qui stipule que des commissions paritaires franco-italiennes sont chargées de contrôler la construction et l'exploitation du tunnel (...) ne comportent aucune clause à caractère réglementaire ; que, par suite, les requérants ne sont pas recevables à demander l'annulation de la décision par laquelle le ministre de l'équipement, des transports et du logement a refusé de modifier ces articles ».*

Par cet arrêt, le Conseil d'État adopte « une conception restrictive de la clause réglementaire »³¹⁴. En effet, les clauses organisant le contrôle constituent, pour l'administration contractante, un moyen de s'assurer du bon fonctionnement du service public et, à ce titre, le juge aurait pu leur reconnaître un caractère réglementaire.

En tout état de cause, la responsabilité de la personne publique peut être engagée pour faute lorsque le non usage ou le mésusage de son pouvoir de contrôle cause un préjudice. En ce sens, cela peut être assimilé à une faute de service.

2. *L'assimilation à une faute de service*

Le manquement à son obligation de contrôle par la personne publique délégante peut être assimilé à une faute en ce qu'il répond à la définition classique de celle-ci. Selon M. Planiol la faute est « un manquement à une obligation préexistante ». Il s'agirait donc d'un manquement à une obligation pesant sur l'administration d'assurer le bon fonctionnement du service, ceci justifiant l'exercice d'un recours par les tiers à ce service (on entendra ici les usagers et les tiers).

CE, p.962

³¹³CE, 28 avril 2004, « Association pour le respect du site du Mont-Blanc », n°236076

³¹⁴L. Richer, Droit des contrats administratifs, 7ème édition, LGDJ, p.96

Cette corrélation entre faute et service public peut sembler logique comme le relève M. Paillet selon qui « on n'est pas surpris qu'une large frange de la doctrine ait fait appel à la notion de service public pour définir la faute administrative »³¹⁵. Citant notamment les études de M. Hauriou, M. Paillet explique que, lors de la construction du régime de la responsabilité pour faute de l'administration, le service public était la mesure de cette responsabilité, le critère de cette faute se trouvant être le mauvais fonctionnement du service. En effet, ce fonctionnement irrégulier est susceptible de causer un préjudice aux usagers ou aux tiers et il doit dès lors, être sanctionné.

En ce sens, certains auteurs considèrent que « la faute administrative est constituée par un fonctionnement défectueux du service public, le caractère correct ou défectueux de ce fonctionnement étant apprécié purement et simplement par rapport à ce que doit être le fonctionnement du service en application des lois et règlements qui le définissent »³¹⁶.

Ainsi, il est possible de considérer que l'administration responsable du service commet une faute dès lors qu'elle n'assure pas le bon fonctionnement du service. Il s'agit bien d'une faute dans la mesure où, le bon fonctionnement du service étant une obligation textuelle, elle ne l'a pas respecté. Par ailleurs, il est possible de considérer que le bon fonctionnement du service est un droit des usagers et que l'administration commet une faute quand elle n'accorde pas ou n'assure pas ce droit. En ce sens, il est permis de considérer que l'administration commet une faute dès qu'elle n'assure pas le bon fonctionnement du service parce qu'elle fait une mauvaise utilisation de son pouvoir de contrôle. La présence d'une telle faute justifie que la responsabilité de l'administration puisse être engagée. Dans le cadre d'une délégation de service public il s'agirait, pour le tiers, d'invoquer la faute de l'administration en ce qu'elle n'a pas fait (ou mal fait) usage de son pouvoir de contrôle ce qui a provoqué un dysfonctionnement du service et lui a, par la même, causé un préjudice.

L'engagement de la responsabilité de l'administration pour faute emporte deux considérations. D'une part, il permet de protéger les tiers contre les omissions et l'inaction de

³¹⁵M. Paillet, La faute du service public en droit administratif, LGDJ, 1980, p.290 §329

³¹⁶M. Bénoit, Le droit administratif français, 1968, p.709

l'administration dès lors que celle-ci a délégué un service public. Elle en est toujours responsable et doit contrôler son cocontractant. Si certaines réserves peuvent être formulées, notamment celles tenant au fait qu'*in fine* « le juge administratif sanctionne par l'allocation de dommages et intérêts ce droit des particulier à un fonctionnement régulier des services publics »³¹⁷, il convient de noter que la responsabilité de l'administration vis-à-vis du fonctionnement du service public est un gage de bon fonctionnement de ceux-ci.

D'autre part, et c'est là un point plus délicat à envisager, l'engagement de la responsabilité de l'administration dans ce contexte pourrait être de nature à désintéresser les délégataires de leurs obligations dans la mesure où, n'étant pas tenu pour responsables de certains faits, imputables à l'administration ayant commis une faute, ceux-ci pourraient avoir tendance à considérer avec moins de sérieux certaines obligations pesant sur eux.

En tout état de cause, il ressort de ces considérations que la responsabilité pour faute de l'administration peut être engagée par les usagers et les tiers, notamment lorsque celle-ci a fait un mésusage de son pouvoir de contrôle. Cette idée illustre, là encore, la relation tripartite existante entre les délégataires, les tiers et le délégant dans le cadre d'une délégation de service public. Un tiers peut exercer une action à l'encontre de l'administration en ce que celle-ci n'a pas contrôlé efficacement son délégataire et que ce dernier a pu causer un dommage. On constate donc que les liens entre ces trois protagonistes sont entremêlés et qu'ils n'existeraient pas en dehors d'une telle relation tripartite. En l'absence de délégataire, la personne délégante ne serait pas responsable au titre de son pouvoir de contrôle et parallèlement, le tiers ne contesterait pas cette action ou omission de la part de l'administration. L'étude des rapports entre les délégataires et les tiers d'un service public ne pourrait ici, faire l'exclusion de ces rapports juridiques nés de la faute de l'administration délégante.

Toutefois, il convient de rappeler que, quelque soit la forme de gestion d'un service public, la personne publique reste toujours responsable de celui-ci. Une tendance à l'externalisation vient toutefois opérer une nouvelle répartition de la responsabilité. La personne publique, délégant de plus en plus certaine activité telle que la police, voit le régime de responsabilité qui lui est

³¹⁷M. Paillet, La faute du service public en droit administratif, LGDJ 1980, p.290 §329

normalement applicable en la matière, modifié.

B – L’extension de la responsabilité du délégant par la délégation d’une activité de police

La personne publique délégante d’un service public assume une obligation de contrôle de son délégataire afin de s’assurer que celui-ci exécute correctement les missions qui lui sont assignées. Elle est, à ce titre, responsable vis-à-vis des tiers d’un éventuel manquement à cette obligation. Ce contrôle, s’il est primordial dans toutes les activités de service public, l’est plus particulièrement dans le cadre du transfert d’une partie de l’activité de police administrative à une personne privée et ce, dans la mesure où l’impact sur les tiers est très fort.

Cette activité, nouvellement transférable, illustre bien les problématiques concernant l’obligation de contrôle de la part des personnes publiques sur leur cocontractant mais aussi le pouvoir d’organisation de ces dernières. En effet, le pouvoir de police administrative appartient par nature à l’Administration qui édicte des normes en la matière et organise donc cette activité. Celle-ci est, à l’origine, insusceptible de faire l’objet d’un transfert à une personne privée (1). Toutefois, le dépassement de cette idée amène à s’interroger sur le degré de responsabilité de la personne publique délégante lorsqu’elle transfère une partie de son activité à un tiers (2).

1. L’impossibilité originelle de déléguer une activité de police

Il est largement admis que les activités de police ne peuvent, en principe, être transférées à une personne privée. Il s’agit en effet d’un service public régalién qui doit être assuré par l’État. D’une manière générale, les activités de police sont réfractaires au contrat administratif.

Depuis la jurisprudence du Conseil d'État du 17 juin 1932 « Ville de Castelnaudary »³¹⁸, il est admis que le pouvoir de police ne peut pas faire l'objet d'un contrat. L'interdiction de déléguer les activités de police « impose à l'autorité de police d'exercer elle-même ce pouvoir sans avoir la possibilité de se décharger de sa mission sur une personne privée »³¹⁹. Cette interdiction, entendue assez largement par la jurisprudence³²⁰, concerne les activités de décision et les activités matérielles de police.

Cette prohibition s'explique principalement par la nature particulière des activités de police, activités régaliennes appartenant par nature à l'État qui doit les assumer, mais aussi, selon le Professeur J. Moreau dont les explications³²¹ sont reprises par E. Lemaire, parce que « les incidences propres du mécanisme contractuel (...) provoque en effet la constitution de droits acquis au profit des cocontractants de l'administration, susceptibles, en tant que tels, d'être opposés à l'autorité de police »³²². Ceci reviendrait alors, selon le Professeur J. Moreau, à lier l'effectivité de la police à la réalisation d'obligations contractuelles ce qui ne semble pas souhaitable.

Les raisons de l'incompatibilité apparente entre police et délégation de service public peuvent être discutées mais en tout état de cause il convient de retenir que les activités de police sont en principe insusceptibles d'être déléguées à des personnes privées.

Toutefois, comme le relève B. Delaunay, « on ne peut plus se satisfaire de l'énoncé brut de la règle de l'antinomie alors que se multiplient des situations de contractualisation du pouvoir de

³¹⁸CE, assemblée, 17 juin 1932, « Ville de Castelnaudary », Rec. Lebon p. 595

³¹⁹E. Lemaire, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA 2009, p.767

³²⁰Voir en ce sens :

CE, section, 23 mai 1958, « Amoudruz », Rec. CE p.301 : interdiction de déléguer les activités de surveillance de baignade

CE 19 décembre 2007, « Société Sogeparc-Compagnie générale de stationnement », n° 260327 : « *considérant que les clauses du cahier des charges n°3 ayant eu pour effet de déléguer à la société gestionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique que seule l'autorité administrative pouvait exercer (...) le contrat était, pour ces raisons, frappé de nullité* ».

³²¹J. Moreau, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat, AJDA 1965, p.3

³²²E. Lemaire, article précité

police »³²³.

Dans le même sens, E. Lemaire précise que « si le principe d'interdiction de la privatisation de la police est solidement établi, sa mise en œuvre s'avère fort délicate »³²⁴.

Selon ces auteurs, il n'est aujourd'hui plus correct de prétendre sans modération que la police est réfractaire au contrat dans la mesure où, même si l'activité en elle-même n'est pas déléguée à une personne privée, une partie de l'activité peut l'être, notamment certaines activités matérielles d'exécution, mais aussi dans la mesure où il est possible d'associer les personnes privées à l'exercice du pouvoir de police.

Par exemple, les personnes publiques peuvent, dans certains cas, recourir au concours de sociétés privées de protection sans que cela ne soit considéré comme incompatible avec le principe jurisprudentiel énoncé plus haut. Tel est le cas dans l'affaire « Commune d'Ostrincourt »³²⁵ du 29 décembre 1997, dans laquelle le Conseil d'État, tout en reconnaissant qu'« *un tel contrat (...) (qui) avait pour effet de faire assurer (à une société privée) une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune, était entaché d'illégalité et ne pouvait qu'être annulé* », ne se réfère pas au principe jurisprudentiel reconnu par l'arrêt du 17 juin 1932 mais seulement à la loi du 12 juillet 1983³²⁶.

Par ailleurs, le législateur a reconnu expressément la possibilité pour les personnes publiques de conclure des contrats de sécurité. En ce sens la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne prévoit en son article 1^{er} que « *L'État associe, dans le cadre des contrats locaux de sécurité, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, qui participent également à la politique de sécurité. D'autres personnes, morales et privées, et notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport, peuvent concourir à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces contrats* ».

³²³B. Delaunay, Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique, RFDA 2012, p.481

³²⁴E. Lemaire, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA 2009, p.767

³²⁵CE, 29 décembre 1997, « Commune d'Ostrincourt », n°170606

³²⁶Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds

Cette même loi prévoit également en son article 25 que, dans le cadre de la sécurité aéroportuaire, s'agissant de « *visite des personnes, des bagages, du fret, des colis postaux, des aéronefs et des véhicules (...), les officiers de police judiciaire peuvent également faire procéder à cette visite sous leurs ordres par des agents de nationalité française ou ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne, que les entreprises de transport aérien ou les gestionnaires d'aérodromes ont désignés ou fait désigner par des entreprises liées par un contrat de louage de services pour cette tâche (...)* ». Sous réserve d'un certain nombre de précautions (notamment un agrément délivré par un représentant de l'État et le procureur de la République), des prestataires privés peuvent participer à des activités de police.

D'une manière générale, il ressort de ces dispositions que certaines personnes morales de droit privé peuvent directement être associées à des activités de police. Dès lors, il convient de constater, comme l'énonce E. Lemaire que « l'interdiction de la délégation du pouvoir de police à des personnes privées souffre, sous l'influence d'éléments divers, de nombreuses exceptions »³²⁷. Ces exceptions, souvent justifiées par des considérations d'ordre financier ou pratique, ne concernent que les activités matérielles de police et non pas les aspects normatifs de la matière.

Elles tendent à remettre en cause le principe posé par la jurisprudence « Ville de Castelnaudary » et sont particulièrement intéressantes dans le cadre de l'étude relative à la délégation de service public.

2. L'engagement consécutif de la responsabilité de l'Administration

La possibilité d'associer des personnes de droit privé à des activités de police ne signifie pas pour autant qu'il s'agisse d'une véritable délégation de service public. En effet, pour reconnaître

³²⁷E. Lemaire, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA 2009, p.767

cette qualification à un contrat, encore faut-il que l'activité déléguée soit une activité de service public.

La jurisprudence a pu assimiler l'activité de police à un service public dans deux décisions. Dans un arrêt du Conseil d'État du 24 mai 1968, « Ministre de l'Intérieur c/ Chambrin »³²⁸, confirmé par un arrêt du Tribunal des conflits du 14 mai 1990, « GIE Copagau-Copagly-Taxitel c/ Préfet de police »³²⁹, le juge reconnaît que *« si l'article 289 du code de la route fixe forfaitairement le mode de liquidation et le tarif dus par les propriétaires des véhicules mis en fourrière, ces dispositions ne régissent pas les rapports de l'administration avec le gestionnaire de la fourrière, lorsqu'elle a choisi de confier à un particulier l'exécution de ce service public »*.

La fourrière, activité de police, peut donc connaître une double gestion : l'une publique en ce qui concerne l'édition de règles, et l'autre privée en ce qui concerne l'exploitation purement matérielle de l'activité. Une telle solution peut sembler justifiée dans la mesure où, en tout état de cause, la possibilité d'exercer une activité de police matérielle est nécessairement subordonnée à l'existence d'une réglementation en la matière qui appartient aux pouvoirs publics. Il en irait différemment si, dans le même cas de figure, des personnes de droit privé exerçaient leur propre réglementation. Mais comme le relève E. Lemaire « la compétence normative des autorités publiques dans le domaine de la police reste, pour l'instant, intacte »³³⁰.

Ainsi, si l'on considère qu'une partie de l'activité de police, purement matérielle mais néanmoins nécessaire à celle-ci, peut être considérée comme un service public, une délégation est possible. Dans cette hypothèse, les relations juridiques existantes entre les tiers à cette délégation et le délégataire de celle-ci seront nécessairement marquées par des considérations relatives à l'activité de police en elle-même et à la responsabilité des pouvoirs publics en la matière.

Le tiers à la délégation, qu'il s'agisse de l'utilisateur d'un service de protection qui « bénéficie »

³²⁸CE, 24 mai 1968, « Ministre de l'Intérieur c/ Chambrin », Rec. Dalloz p.331

³²⁹TC, 14 mai 1990, « GIE Copagau-Copagly-Taxitel c/ Préfet de police », Rec. Dalloz, p.394

³³⁰E. Lemaire, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA 2009, p.767

de ce service ou au contraire le « subit » (on pense à l'usager de la fourrière qui ne se considère probablement pas comme un usager d'un service public), ou qu'il s'agisse du véritable tiers, victime d'un dommage causé par la personne privée gérant l'activité, devra être en mesure d'engager la responsabilité soit du délégataire, soit du délégant qui « n'abandonne pas toute responsabilité même s'il confie l'exécution de la police matérielle à une personne privée »³³¹. Dès lors, la nature même de l'activité de police vient transformer les rapports juridiques classiques des ces trois protagonistes.

Dans un arrêt récent du 10 octobre 2011, « Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet »³³², le Conseil d'État a jugé que « *eu égard à l'objet du contrat administratif passé à cet effet entre l'État et la société, contrat qui, associant une personne privée à la mise en œuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police, devait être exécuté sous le contrôle et la responsabilité de l'administration, la cour administrative d'appel de Lyon, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il appartenait à l'État de réparer les dommages subis par M. A du fait des fautes commises par les préposés de la société CTH, sans subordonner cette responsabilité à l'impossibilité pour l'intéressé d'obtenir de cette société la réparation de ces dommages* ».

Il ressort clairement de ce considérant que lorsque l'administration entend confier à une personne privée une activité matérielle relative à l'exercice du pouvoir de police, elle doit exercer sur cette dernière un contrôle. Si, par un manquement à ce devoir de contrôle de la personne privée, un dommage est causé au tiers, l'administration en est responsable et ce, même si la faute a été commise par la personne privée ou, comme dans le cas d'espèce, par ses préposés.

Ainsi, la responsabilité de la personne publique qui délègue une partie de l'activité de police est « double » ; elle peut être engagée au titre de la responsabilité générale qu'exerce l'administration sur le service de police et elle peut être engagée au titre du pouvoir de contrôle dont dispose l'administration vis-à-vis du délégataire. Si un manquement à l'une ou l'autre de ces obligations pesant sur l'administration cause un dommage, cette dernière est dans l'obligation de

³³¹B. Delaunay, Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique, RFDA 2012, p.481

³³²CE, 10 octobre 2011, « Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet », n°337062

réparer le préjudice de la victime.

Cette obligation de réparation, fondée sur « le contrôle et la responsabilité que n'ont cessé d'exercer l'administration malgré l'exécution matérielle de l'activité de police par la personne privée »³³³, entraîne un élargissement des facteurs d'engagement de la responsabilité de la personne publique délégante. Il est néanmoins possible de considérer que cette solution est justifiée dans la mesure où les activités de police administrative, d'une nature particulière, sont considérées comme régaliennes et relèvent toujours de la responsabilité de l'administration.

Cet arrêt illustre donc l'étendue de la responsabilité de l'autorité publique délégante dans le cadre du transfert d'une activité administrative à une personne tierce. Bien que l'on ne puisse à proprement parler d'une délégation de service public de la police administrative, un parallèle peut être fait entre le transfert de cette activité régalienne et la délégation de certains services publics. Il est possible de constater que, dans les deux cas, l'autorité délégante (ou celle qui transfère), est toujours tenue vis-à-vis des tiers car elle est toujours responsable du service en question. Les relations entre les tiers et le délégataire sont donc nécessairement marquées par cette considération. S'il n'est pas souhaitable que les autorités délégantes soient dessaisies de leur compétence et de la responsabilité qui l'accompagne, il semblerait opportun de repenser quelque peu les possibilités d'engager la responsabilité du délégataire par les tiers afin que celui-ci réponde véritablement des erreurs qu'il a pu commettre. De même, la simplification des règles contentieuses en la matière permettrait une meilleure lisibilité et un pouvoir de saisine plus efficace par les tiers, souvent touchés par la complexité de la répartition des compétences juridictionnelles en la matière.

³³³B. Delaunay, Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique, RFDA 2012, p.481

Bibliographie :

Jurisprudences (ordre chronologique) :

Conseil d'État :

CE, 10 octobre 2011, « Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet », n°337062

CE, 11 juillet 2011, « Mme Gilles », n°339409

CE, 8 juin 2011, « Commune de Divonne-les-Bains », n°327515

CE 21 février 2011, « Société Ophrys », n° 337349

CE, 19 janvier 2011, « Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre », n°341669

CE, 17 juin 2009, « Société anonyme d'économie mixte nationale (SAEMN) Bibracte », n°297509

CE, 18 février 2009, « Association Comité CSG », n°295233

CE, 18 juin 2008, « Landes c/ Société centrale canine », n°298857

CE, 19 décembre 2007, « Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais », n°291487

CE 19 décembre 2007, « Société Sogeparc-Compagnie générale de stationnement », n° 260327

CE, 10 octobre 2007, « Société SPS Tarbes », n°255213

CE, 6 avril 2007, « Commune d'Aix-en-Provence », n°284736

CE, 22 février 2007, « Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n°264541

CE, 4 novembre 2005, « Société J-C. Decaux », n°247298

CE, 26 mai 2004, n°259682

CE, 28 avril 2004, « Association pour le respect du site du Mont-Blanc », n°236076

CE 10 décembre 2003, « Institut de recherche pour le développement », n°248950 :

CE, 13 octobre 2003, « Marquand », n°257718

CE, 3 octobre 2003, « Peyron », n°242967

CE, 14 mai 2001, « Avrillier », n°194410

CE, avis, 20 octobre 2000, « Mme Torrent », n°222672

CE, 28 juillet 2000, « Godignon », n°197715

- CE, 30 juin 1999, « SMITOM centre ouest Seine et Marnais », n°198147
- CE, 4 juin 1999, « SARL Maison Dulac », n°155825
- CE, 7 avril 1999, « Commune de Guilhaud-Granges », n°156008
- CE, 15 mars 1999, « Jarnac », n°190720
- CE, 12 mars 1999, « Ville de Paris c/ Société Stella Maillot-Orée du Bois », n°186085
- CE, 12 mars 1999, « SA Méribel 92 », n°176694
- CE, 24 février 1999, « Wildenstein », n°185113
- CE, Section, 28 janvier 1998, « Société Borg Warner », n°138650
- CE, 29 décembre 1997, « Commune d'Ostricourt », n°170606
- CE, 12 novembre 1997, « Syndicat national des médecins du travail », n°157222
- CE, 14 mars 1997, « Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne », n°119055
- CE, 30 octobre 1996, « Wajs et Monnier », n°136071
- CE, 10 juillet 1996, « Cayzeele », n°138536
- CE, 27 mars 1995, « Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes », n°108096
- CE, avis, 9 mars 1995, « Habilitation unilatérale en matière de transport public de voyageurs », EDCE n°47 p.399, GACE, p.328
- CE, section, 6 janvier 1995, « Ville de Paris », n°93428
- CE, section, 7 octobre 1994, « Epoux Lopez », Rec. CE p.430
- CE, 29 juillet 1994, « Courty », n°102324,
- CE, 17 février 1992, « Société Textron »
- CE, 25 mars 1991, « Copel », n°92035
- CE, 4 mars 1991, « Département de la Haute-Loire », n°81446
- CE, 8 février 1991, « Région Midi-Pyrénées », n°57679
- CE, 20 janvier 1988, « Société d'étude et de réalisation des applications du froid », Rec. CE p. 28
- CE, 20 janvier 1988, « SCI la Colline c/ Commune de La Bénisson-Dieu », Rec. CE p.21
- CE, assemblée, 8 janvier 1988, « Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg », Rec. CE p.3
- CE, 29 avril 1987, « SIEPARG c/ Sté Bonna et autres »
- CE, 29 avril 1987, « Commune d'Élancourt », Rec. CE p.153
- CE, 13 février 1987, « Touche-Boeuf », Rec. CE p.45
- CE, 6 février 1987, « Cie nationale Air France », Rec. CE p.38
- CE, assemblée, 2 février 1987, « Société TV6 », Rec. CE p.29

- CE, assemblée, 16 avril 1986, « CLT », Rec. CE p.98
- CE, 19 décembre 1984, « Automobile Club de Monaco », Rec. CE p.426
- CE, 9 décembre 1983, « Ville de Paris, société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information », Rec. CE p.499
- CE, 30 septembre 1983, « SARL Comexp. », Rec. CE p. 393
- CE, 23 mars 1983, « Société Bureau Véritas », Rec. CE p. 134
- CE, 2 février 1983, « Union des transports publics, urbains et régionaux », n°34027
- CE, 17 décembre 1982, « Préfet de la Charente-Maritime », Rec. CE p. 427
- CE, 20 mai 1982, « Teissier »
- CE, section, 27 octobre 1978, « Ville de Saint-Malo », Rec. CE p.401
- CE, Section, 13 octobre 1978, « Association départementale pour l'aménagement des structures d'exploitation agricoles du Rhône », Rec. CE p.368
- CE, 11 février 1977, « Société de chasse de Thénissey », Rec. CE p.85
- CE, 12 novembre 1976, « Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT », Rec. CE p.484
- CE, 23 janvier 1976, « Hôpital-hospice de la Ferté-Macé », Rec. CE p.992
- CE, section, 22 novembre 1974, « Fédération des industries françaises d'articles de sport », Rec. CE p.577
- CE, 2 octobre 1974, « Chatelais »
- CE, 27 mai 1974, « Société P. Millet »
- CE, 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », Rec. CE p. 274
- CE, 29 juin 1973, « Ministre de l'équipement et du logement c/ Sté parisienne pour l'industrie électrique »
- CE, 1^{er} décembre 1971, « Société des établissements Dubreuil », Rec. CE p.332
- CE, 26 novembre 1971, « SIMA », Rec. CE p.723
- CE, 13 novembre 1970, « Ville de Royan », Rec. CE p.683
- CE, 29 avril 1970, « Société Unipain », n°77935
- CE, 25 juin 1969, « Vincent », n°69949
- CE, 24 mai 1968, « Ministre de l'Intérieur c/ Chambrin », Rec. Dalloz p.331
- CE, 23 février 1968, « Picard », Rec. CE p.131
- CE, 9 juin 1967, « Société des eaux de Marseille », Rec. CE p.241
- CE, 7 octobre 1966, « Ville de Bordeaux », Rec. CE p.526
- CE, 13 décembre 1963, « Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord », Rec.

CE p.623

CE, 11 décembre 1963, « Syndicat de défense du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande », Rec. CE p.610

CE, 28 juin 1963, « Narcy », Rec. CE p.401

CE, 23 février 1962, « Dame veuve Picard », Rec. CE p.120

CE, 24 janvier 1962, « Établissements Pilleux », n°41205

CE, section, 13 octobre 1961, « Établissements Campanon-Rey », Rec. CE p.567

CE, 21 avril 1961, « Dame veuve Agnesi », Rec. CE p.253

CE, 27 janvier 1961, « Vannier », Rec. CE p.60

CE, section , 13 janvier 1961, « Magnier », Rec. CE p.33

CE, section, 18 décembre 1959, « Sieur Delansorme », Rec. CE p.692

CE, section, 23 mai 1958, « Amoudruz, », Rec. CE p.301

CE, 2 mai 1958, « Distillerie de Magnac-Laval », Rec. CE p. 246

CE, section, 25 avril 1958, « Dame Veuve Barbaza », Rec. CE p.228

CE, Assemblée, 16 novembre 1956, « Union syndicale des industries aéronautiques », Rec. CE p.434

CE, 27 janvier 1954, « Établissement Boudet », Rec. CE p.56

CE, 25 juin 1948, « Société du journal l'Aurore », Rec. CE p.289

CE, 30 avril 1948, « Ville de Nantes », Rec. CE p.188

CE, section, 26 juin 1946, « Morand », Rec. CE p.183

CE, 8 mars 1944, « Commune de Balaguères », Rec. CE p.80

CE, assemblée, 31 juillet 1942, « Monpeurt »

CE, 20 mars 1942, « Dame veuve Bastit », Rec. CE p.92

CE, 11 juillet 1939, « Sieur Thouna »

CE, 8 mars 1939, « Berthod », Rec. CE p.147

CE, 5 novembre 1937, « Caire », Rec. CE p. 899

CE, assemblée, 17 juin 1932, « Ville de Castelnaudary », Rec. CE p. 595

CE, 27 novembre 1931, « Lemaire », Rec. CE 1932 p.41

CE, 11 mars 1910, « Compagnie générale française des Tramways », Rec. CE p.216

CE, 7 août 1909, « Winkell », Rec. CE p.826

CE, 13 novembre 1908, « Guillaume »

CE, 21 décembre 1906, « Syndicat des propriétaires du quartier de la Croix-de-Seguey Tivoli », Rec.

CE p.962

CE, 4 août 1905, « Martin », Rec. Dalloz 1907, tome 3, p.49

CE, 20 janvier 1905, « Cie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres », Rec. CE p.54

Cour administrative d'appel :

CAA Nancy, 26 janvier 2012, « Mme A. », n°11NC00307

CAA Marseille, 15 octobre 2009, « Commune du Grau-du-Roi », n°07MA03431

CAA Bordeaux, 13 novembre 2007, « Régie des Sports d'hiver de Luz-Ardiden », n°06BX01607

CAA Douai, 31 mars 2005, « Société Thermotique SA c/ OPAS Oise Habitat », n°02DA00889

Tribunal des conflits :

TC, 20 novembre 2006, « SA EGTL », n°C3569

TC, 16 octobre 2006, « Caisse centrale d'assurance c/ Mutuelle des architectes français », n°C3506

TC, 21 mars 2005, « Mme Alberti Scott c/ Commune de Tournefort », n°C3413

TC, 29 décembre 2004, « Époux Blanckeman », n°C3416

TC, 13 décembre 2004, « Société Guibor EURL », n°C3418

TC, 23 juin 2003, « Société GAN-Eurocourtage », n° C3360

TC, 23 septembre 2002, « Société Sotrame et Metalform », n°C3300

TC, 18 juin 2001, « Ordre des avocats au barreau de Tours c/ Conseil national des barreaux », n°3250

TC, 12 février 2001, « Gagon c/ CPAM Côte d'Or », n°3222

TC, 18 octobre 1999, « Martinetti », n°03169

TC, 7 octobre 1996, « Préfet de l'Essonne », n°03033

TC, 27 novembre 1995, « Le Troedec », Rec. CE p.501

TC, 22 novembre 1993, « Matisse », n°02876

TC, 14 mai 1990, « GIE Copagau-Copagly-Taxitel c/ Préfet de police », Rec. Dalloz, p.394

TC, 26 juin 1988, « Société de distribution d'eau intercommunale »

TC, 25 janvier 1988, « Brunelier »

TC, 6 novembre 1978, « Bernardi », Rec. CE p.652

TC, 22 avril 1974, « Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans », Rec. CE p.791

TC, 15 janvier 1968, « Compagnie Air France c/ Époux Barbier », Rec. CE p.789

TC, 11 juillet 1933, « Dame Mélinette », Rec. Lebon p.1237

TC, 22 janvier 1921, « Société commerciale de l'Ouest africain » Rec. CE p.91

Conseil Constitutionnel :

CC n°2000-437 DC

CC n°97-388 DC

CC n°94-348 DC

CC n°84-137 DC

CC n°1982-132 DC

Cour de cassation :

Ccass. 1ère chambre civile., 31 octobre 2007, « Société de distribution de l'eau intercommunale », n° 06-20.209

Ccass, assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255

Ccass, 1ère chambre civile, 10 mars 1998 « Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône », n° 96-15079

CCass, 1ère chambre civile, 3 décembre 1968, Rec. Dalloz, 1969, p.73

Textes et codes :

Code Général des Collectivités Territoriales

Code des Marchés Publics

Code de la Sécurité Sociale

Code Civil

Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance

Loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public

Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds

Décret n°2005-236 du 14 mars 2005

Encyclopédies :

Jurisclasseur (Lexis Nexis) :

- Jcl. A n°1045 : Compétence administrative ou judiciaire, E. Breen
- Jcl. A n°820 : La faute de service, M. Paillet
- Jcl. A n°662 : La délégation de service public, C. Boiteau
- Jcl. A n°609 : Exécution du contrat administratif, droit et obligations du cocontractant, H.

Hoepffner

Répertoire Dalloz (Dalloz) :

- Encyclopédies des collectivités territoriales, Folio 6150, La délégation contractuelle du service public local, J-C. Douence
- Encyclopédies des collectivités territoriales, Folio 3130, L'exécution des conventions de délégations de service public, J-M. Peyrical
- Encyclopédie des collectivités territoriales, Folio 4600, Contentieux de la légalité des contrats – Recours des tiers, A. Bourrel et J. Gourdou
- Répertoire de droit immobilier, Décembre 2012, La notion de convention de délégation de service public, M. Douence

LAMY :

- Lamy Droit public des affaires, Délégations de service public, commentaire n°3721

Ouvrages :

- A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, Tome I et II, LGDJ, 1983 et 1984
- C. Boiteau, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur
- G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, M. Long, P. Weil, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17ème édition 2009
- G. Guglielmi, G. Koubi, Droit du service public, Montchrestien, 3ème édition
- G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, Tome II, LGDJ 1932
- G. Jèze, Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, Tome II, LGDJ 1932
- J-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, Droit des services publics, Lexis Nexis, 3ème édition, 2004
- L. Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 7ème édition
- L. Richer, La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État, Economica, 1978
- R. Chapus, Droit administratif général, Tome I et III, Montchrestien, 15ème édition
- S. Braconnier, Droit des services publics, PUF, Thémis Droit
- S. Traoré, L'usager du service public, LGDJ

Thèses :

- A. Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, LGDJ, 1996
- B. Delaunay, La faute du service public en droit administratif, LGDJ, 1980
- E. Juvilliers-Zuccaro, Le tiers en droit administratif, 2010
- G. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, 1945
- J. Du Bois de Gaudusson, L'usager du service public administratif, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1974
- P. Laroque, Les usagers des services publics industriels, 1933

Articles (revues et ouvrages collectifs) :

AJDA :

- B. Lerousseau, La responsabilité des personnes privées gérant un service public administratif, AJDA 1977, p. 401
- B. Monségu-Toges, Un exemple de délégation de service public : la distribution de l'eau, AJDA 1996, p.627
- B. Stirn, La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif, AJDA 1998, p.673
- C. Mauguë, Les délégations de service public et le juge administratif, AJDA 1996, p.597
- C. Mauguë, Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs, AJDA 1998, p. 694
- D. Chauvaux, Les dispositions d'un contrat ayant un caractère réglementaire peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, AJDA 1996, p.732
- E. Picard, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit

fondamental ?, AJDA 1998, p. 651

- F. Moderne, Remarques sur le concept d'acte administratif dans ses relations avec les notions de personne privée et de service public à gestion privée, AJDA 1975, p. 40
- J-F. Thurière, La délégation de service public, problématique du sujet pour le juge administratif, AJDA 1996, p.581
- M-T. Sur-le-Liboux, Les prix et les services dans les délégations de service public, AJDA 1996, p.642
- M-C. Vincent-Legoux, L'office du juge de l'exécution après l'annulation d'un acte détachable de la passation du contrat, AJDA 2011, p.1739
- P. Delvolvé, Les contradictions de la délégation de service public, AJDA 1996, p.675
- P. Limouzin-Lamothe, La pratique de la délégation de service public, AJDA 1996, p.572
- P. Péréon, La délégation des services publics administratifs, AJDA 2004, p.1449

RFDA :

- A. Roblot-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA 2007, p.990
- B. Delaunay, Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique, note sous CE, 10.10.2011, « Jonnet », RFDA 2012, p.481
- E. Lemaire, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, RFDA 2009, p.767
- F. Moderne, La liberté contractuelle est elle vraiment et pleinement constitutionnelle ?, RFDA 2006, p.2
- L. Janicot, Qualification des sous contrats d'occupation du domaine public, l'invocabilité des contrats administratifs par les tiers, RFDA 2012, p.692
- P. Delvolvé, Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un

contrat, note sous CE, 10.07.1996, « Cayzeele », RFDA 1997, p.89

- P. Therneyre, Réflexions nouvelles sur les clauses à caractère réglementaire des contrats administratifs à objet de service public, RFDA 2011, p.893

RCMP :

- B. Roman-Séquense, Notion de sous-délégation de service public, RCMP août 2011, n°279
- B. Dacosta, Un délégataire condamné par le juge judiciaire à indemniser des usagers peut-il rechercher devant le juge administratif la responsabilité du délégant ?, BJCP octobre 2009, p.389
- E. Delacour, Juge judiciaire et clauses réglementaires des délégations de service public, RCMP juillet 2007, n°222
- G. Eckert, Les tarifs des services publics industriels et commerciaux, RCMP octobre 2009, n°331
- G. Eckert, Responsabilité de la collectivité délégante à l'égard de son délégataire, RCMP juillet 2009, n°238

Mélanges :

- C. Boiteau, Brèves observations sur le rapport annuel du délégataire de service public local, Mélanges Mélanges Guibal, Tome II, Université Montpellier I, p.233
- M. Ubaud-Bergeron, Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, Mélanges Guibal 2006, Tome I, Université Montpellier I, p. 575
- M. Ubaud-Bergeron, Subdélégation de service public, l'accord de la personne publique est nécessaire, RCMP, 2012
- P. Sandevour, Les vicissitudes de la notion de service public industriel et commercial, Mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 317

Divers :

- L. Folliot-Lalliot, La responsabilité et les tiers au contrat administratif, Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique, Sénat, 11 et 12 mai 2001

Sommaire

Introduction.....p.4

Chapitre I :

L'influence partielle de la personne publique délégante sur les rapports entre le délégataire de service public et les tiers

.....p.15

Section I :

La relation du délégataire vis-à-vis des tiers : une relation marquée par le pouvoir de gestion du délégataire

.....p.17

I - Le recours encadré à la subdélégation du contrat de délégation de service public

.....p.18

A - La reconnaissance formelle du pouvoir de subdélégation du délégataire : la possibilité de faire participer un tiers à l'exécution du contrat

.....p.19

1. Le dépassement nécessaire du principe d'exécution personnelle

2. La naissance de rapports contractuels consécutive à la subdélégation

B - L'encadrement « souple » du pouvoir de subdélégation du délégataire : la nécessité d'obtenir l'agrément de la personne publique

.....p.25

1. La nécessité de l'obtention d'un agrément de la personne publique

2. L'encadrement du refus d'agrément

II - Le pouvoir circonstancié de gestion du délégataire de service public

.....p.30

A – La définition contractuelle des prérogatives du délégataire de service public
.....p.31

1. *Une définition fondée sur la liberté contractuelle des parties*
2. *Une définition contenue dans les cahier des charges*

B – La définition généraliste des prérogatives du délégataire de service public
.....p.37

1. *La nécessaire autonomie du délégataire de service public*
2. *L'existence consécutive de prérogatives matérielles et juridiques*

Section II :

La relation du délégataire vis-à-vis des tiers : une relation marquée par un pouvoir encadré du délégataire

.....p.44

I – L'implication du pouvoir d'organisation du délégant sur la relation entre le délégataire et le tiers

.....p.45

A – L'existence d'un pouvoir souverain d'organisation du délégant

.....p.46

1. *L'exercice non transférable d'un pouvoir d'organisation du service public*
2. *L'insertion de clauses à caractère réglementaire dans le contrat : l'illustration du pouvoir d'organisation de la personne publique délégante*

B – La prééminence des obligations de service public mises à la charge du délégataire au bénéfice du tiers

.....p.52

II – L'implication du pouvoir de contrôle et de sanction du délégant sur la relation entre le délégataire et le tiers

.....p.56

A - Le contrôle à priori du respect de ses obligations par le délégataire au bénéfice du tiers

.....p.57

1. *Un contrôle opéré par la définition des clauses par le délégant*

2. *Un contrôle opéré par l'obligation d'information du délégant par le délégataire*

B - Le contrôle à posteriori du respect de ses obligations par le délégataire au bénéfice du tiers

.....p.63

1. *Un pouvoir de contrôle et de direction nécessaire*

2. *Un pouvoir de sanction légitime*

Chapitre II :

Le partage circonstancié de responsabilité du délégataire de service public et de l'autorité délégante vis-à-vis des tiers

.....p.70

Section I :

La mise en jeu de la responsabilité du délégataire de service public au titre de son pouvoir de gestion

.....p.72

I - La difficile répartition de compétence juridictionnelle dans le contentieux des délégations de service public

.....p.73

A - Une répartition complexe dans le cadre de la délégation d'un service public administratif

.....p.74

1. *La possibilité acquise de déléguer un service public administratif*

2. *Les difficultés soulevées par le caractère public des délégations de services publics administratifs*

B - Une répartition logique dans le cadre de la délégation d'un service public industriel et commercial

.....p.82

II - La difficile détermination de la responsabilité du délégataire de service public

.....p.86

A - La responsabilité du délégataire de service public au titre de la gestion du service

.....p.84

1. La responsabilité du délégataire vis-à-vis des usagers du service public

2. La responsabilité du délégataire vis-à-vis des tiers et de ses cocontractants

B - La responsabilité du délégataire au titre de l'exercice de prérogatives de puissance publique

.....p.94

Section II :

La mise en jeu de la responsabilité du délégant au titre de son pouvoir d'organisation du service

.....p.100

I - L'engagement logique de la responsabilité du délégant du service public au titre des actes d'organisation du service

.....p.102

A - La possibilité justifiée pour les tiers de contester les clauses à caractère réglementaire

.....p.103

1. Le principe originel de l'effet relatif du contrat vis-à-vis des tiers

2. La possibilité pour les tiers de contester les clauses à caractère réglementaire

B - L'impact sur le délégataire de la contestation des actes détachables du contrat par les tiers

.....p.111

II - L'engagement justifié de la responsabilité du délégant au titre de son pouvoir de contrôle

.....p.117

A - La responsabilité de la personne publique délégante au titre de son pouvoir de contrôle

.....p.118

1. *Une obligation de contrôle justifiée*

2. *L'assimilation à une faute de service*

B - L'extension de la responsabilité du délégant par la délégation d'une activité de police

.....p.125

1. *L'impossibilité originelle de déléguer une activité de police*

2. *L'engagement consécutif de la responsabilité de l'Administration*

Bibliographie

.....p.132

Sommaire

.....p.144