

LA DÉLÉGATION UNILATÉRALE DE SERVICE PUBLIC AU PROFIT DE PERSONNES PRIVÉES

Rachid ZOUAIMIA

*Professeur à la Faculté de droit et des Sciences Politiques,
Université Abderrahmane Mira Béjaïa*

INTRODUCTION

On assiste, depuis les années 1990, à la mise en œuvre d'une nouvelle politique de libéralisation, mesurée, qui touche d'abord le secteur marchand à travers l'ouverture d'un ensemble d'activités économiques à l'initiative privée comme elle s'est traduite par un mouvement de privatisation des entreprises publiques. Une telle politique a été étendue à diverses activités érigées en services publics : c'est le cas d'un ensemble d'activités à caractère industriel et commercial, c'est également le cas d'autres activités traditionnellement gérées par des établissements publics à caractère administratif.

La première technique de dévolution du service public prend la forme d'une délégation conventionnelle. Le procédé contractuel touche un grand nombre d'activités qui relevaient exclusivement du secteur public par le passé. On peut citer l'alimentation en eau potable, l'assainissement, l'exploitation de gares routières, le transport par route, le transport maritime et aérien, l'exploitation des autoroutes¹. Parallèlement se développent de nouvelles formes de partenariat entre le secteur public et le secteur privé pour répondre aux multiples exigences du développement qui se font de plus en plus pressantes². Dans le cas des délégations unilatérales, la

¹Voir Rachid Zouaïmia, « La délégation conventionnelle de service public au profit de personnes privées », Revue Idara, n° 41, 2011.

² Sur la question, voir Tayeb Essaid, « Le partenariat public-privé en Algérie en matière d'exécution du service public », Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, n° 3, 2007, pp. 5-25.

collectivité publique confie une mission de service public à des personnes privées au même titre que dans le cas d'une délégation conventionnelle, toutefois, une telle délégation résulte d'un acte unilatéral de la puissance publique et non pas d'un contrat.

A la lumière des textes régissant la délégation unilatérale, on constate que les pouvoirs publics tentent de concilier entre les objectifs d'intérêt général et les principes du libéralisme économique. En d'autres termes, si la gestion du service public est externalisée et donc confiée à des organismes privés³, il reste qu'elle sera soumise, au même titre que dans le cas d'une gestion directe par la collectivité publique ou de la dévolution de la gestion à un établissement public, à un régime juridique exorbitant de nature à garantir la continuité du service public et à soumettre les prestations offertes par le délégataire au principe d'adaptation constante, de sorte que la qualité du service soit assurée.

La délégation de service public par voie unilatérale au profit de personnes privées ne semble pas susciter l'intérêt de la doctrine. Sans doute qu'un tel désintérêt trouve son explication dans la circonstance que les organismes privés chargés d'une mission de service public par voie unilatérale forment un groupe composite qui englobe des organismes aussi divers que les fédérations sportives, les ordres professionnels ou les organismes privés de placement des travailleurs. Une telle diversité, cumulée à l'hétérogénéité des tâches qui leur sont confiées, implique que de tels organismes ne soient pas soumis au même régime juridique, ce qui ne manque pas de rejaillir sur toute tentative d'examen synthétique du phénomène juridique de la délégation unilatérale. Pour contourner de telles difficultés, sans renoncer à une tentative d'examen synthétique, on peut distinguer entre deux modalités de délégation : la délégation législative et la délégation par voie d'acte administratif unilatéral.

I – LA DÉVOLUTION LÉGISLATIVE DU SERVICE PUBLIC

A l'origine, la dévolution unilatérale s'effectue au profit d'établissements publics dont l'acte de création définit les missions de service public qui leur sont confiées. Elle peut résulter soit d'une loi, soit d'un texte réglementaire. Toutefois, la dévolution unilatérale peut être également effectuée au profit de personnes privées. La loi désigne ainsi de manière expresse les personnes de droit privé auxquelles elle confie la gestion du service public. A titre d'exemple, on peut citer le cas des fédérations sportives nationales ainsi que celui des mutuelles sociales, ce à quoi on peut ajouter le cas spécifique des ordres professionnels.

3 Voir Etienne Fatôme, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.

A – Les fédérations sportives nationales

La fédération sportive nationale est une association à vocation nationale qui regroupe l'ensemble des ligues et clubs sportifs qui lui sont affiliés. Celle-ci « participe à l'exécution d'une mission de service public en contribuant à travers ses activités et ses programmes, à l'éducation de la jeunesse, à la promotion du fair-play, à la protection de l'éthique sportive et au renforcement de la cohésion et de la solidarité sociales »⁴.

Parmi les missions de service public assignées à la fédération sportive nationale, on relève notamment la préparation et la gestion des équipes nationales pour représenter le pays dans le cadre de leur participation aux compétitions internationales, la mise en place et la gestion du système de compétition, l'exercice du pouvoir disciplinaire sur les ligues et clubs qui lui sont affiliés ainsi que sur les organismes qu'elle crée, l'édiction des règlements techniques et généraux de la discipline sportive, la délivrance des licences, titres, grades, médailles et diplômes fédéraux conformément à la réglementation en vigueur.

Quant à l'article 53 de la loi précitée, il précise que « Lorsque la fédération sportive nationale est reconnue d'utilité publique et d'intérêt général par le ministre chargé des sports, elle exerce ses activités par délégation ». Ainsi, la délégation de service public n'est pas automatique en ce que la loi en subordonne la mise en œuvre à une condition sine qua non : la reconnaissance d'utilité publique et d'intérêt général par arrêté du ministre chargé des sports et ce, sur la base d'un ensemble de critères définis par la loi⁵.

Lorsqu'elle est reconnue d'utilité publique, la fédération exerce les missions de service public qui lui sont confiées par la loi selon le procédé de la délégation. La fédération se voit investie d'un pouvoir de mise en œuvre des règles techniques et déontologiques, elle délivre licences, grades et autres titres comme elle est investie d'un pouvoir disciplinaire à l'égard des ligues et clubs sportifs qui en dépendent.

Au point de vue de la mise en œuvre de la procédure de délégation, les relations entre les parties sont soumises à une charte de bonne gouvernance et de partenariat établie après consultation du comité national olympique. La charte est assortie :

4 Art. 51 de la loi n° 04-10 du 14 août 2004 relative à l'éducation physique et aux sports, *JORA* n° 52 du 18 août 2004 (rectificatif in *JORA* n° 72 du 13 novembre 2004).

5 Art. 38 du décret exécutif n° 05-405 du 17 octobre 2005 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que les conditions de reconnaissance d'utilité publique et d'intérêt général des fédérations sportives nationales, *JORA* n° 70 du 19 octobre 2005, modifié et complété par décret exécutif n° 11-22 du 26 janvier 2011, *JORA* n° 06 du 30 janvier 2011.

- d'une convention bilatérale portant mission de service public incombant à la fédération en vue de la mise en œuvre d'un plan fédéral pluriannuel pour le développement de la ou des disciplines sportives ;

- d'un cahier des charges-type fixant, notamment, les conditions et obligations à respecter par les fédérations concernées ;

- d'un contrat de programmation annuelle et/ou pluriannuelle de financement dudit plan articulé autour des objectifs de performance quantitative, qualitative et technique dans les domaines du développement de la pratique, de la formation, de la préparation sportive, des stages et des compétitions⁶.

La délégation de service public comporte un certain nombre d'avantages qui sont consentis au profit de la fédération sportive nationale. Elle est en effet dotée par le ministre en charge du secteur de personnels techniques et administratifs, lorsque la fédération en est dépourvue. Par ailleurs, la fédération sportive nationale bénéficie de subventions, aides et contributions financières de l'Etat et des collectivités locales. Elles sont destinées à couvrir le financement des opérations et moyens liés aux activités qui en relèvent.

En contrepartie de tels avantages, la fédération est soumise à diverses obligations qui sont autant de sujétions de service public : d'abord les statuts et le règlement intérieur de la fédération sont approuvés par le ministre chargé des sports. Par ailleurs, la fédération est soumise au contrôle des pouvoirs publics, notamment s'agissant de l'utilisation des subventions et contributions des personnes publiques. La fédération ne peut disposer librement de son patrimoine : c'est ainsi que « toute cession portant sur les biens immobiliers de la fédération sportive nationale est interdite » et ce, en vertu des dispositions de l'article 35 du décret exécutif n° 05-405 du 17 octobre 2005 modifié et complété.

Enfin, la délégation de service public est précaire. Si elle est accordée à la fédération pour une période de quatre ans renouvelable, elle peut lui être retirée dans plusieurs hypothèses : en cas de non-conformité des statuts et des activités de la fédération avec les lois et règlements en vigueur, de prononciation de mesures disciplinaires, de violation des lois et règlements en vigueur par les dirigeants de la fédération, d'atteinte à l'ordre public ou à la moralité publique, Lorsque le retrait de la délégation est prononcé, les financements et aides de l'Etat et des collectivités locales sont supprimés ou suspendus.

6 Art. 4 ter du décret exécutif n° 05-405 du 17 octobre 2005 fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement ainsi que les conditions de reconnaissance d'utilité publique et d'intérêt général des fédérations sportives nationales, *JORA* n° 70 du 19 octobre 2005, modifié et complété par décret exécutif n° 11-22 du 26 janvier 2011, *JORA* n° 06 du 30 janvier 2011.

B – Les mutuelles sociales

Les mutuelles sociales sont des personnes morales de droit privé⁷ constituées sous forme d'associations à but non lucratif régies par la loi du 4 décembre 1990 relative aux associations⁸. Elles regroupent des membres d'une même branche professionnelle comme le précise l'article 6 de la loi relative aux mutuelles sociales. Ce dernier dispose en effet que « la mutuelle peut être constituée entre des travailleurs salariés des institutions, administrations et établissements publics, des entreprises publiques ou privées ainsi qu'entre des personnes exerçant pour propre compte ». En dehors des catégories de salariés et autres personnes exerçant une activité pour propre compte, elle peut également être constituée par des personnes retraitées ou titulaire de pensions ou de rentes, au titre de la sécurité sociale, des moudjahidines et veuves de chouhada bénéficiant de pensions d'Etat, les ayants droit de mutualistes décédés.

Bien que n'étant pas des organismes publics, comme dans le cas des caisses d'assurances sociales, elles concourent au fonctionnement d'un service public. Tout comme ces dernières, elles sont chargées par le législateur d'une mission de service public : elles exercent une mission d'intérêt général au profit de diverses catégories de citoyens notamment au regard de l'importance des enjeux de santé publique en question. Elles sont chargées par la loi de mener, au moyen de cotisations de leurs membres et dans l'intérêt de ces derniers ainsi que de leurs ayants-droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts afin de contribuer au développement physique, culturel, moral et intellectuel de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie.

Au plan pratique, les mutuelles sociales assurent la prise en charge de la protection sociale complémentaire, individuelle et collective, et ce, du fait que les politiques sociales adoptées par les pouvoirs publics suscitent un transfert de charges important du régime obligatoire vers les mécanismes complémentaires. A ce titre, elles assurent trois types de prestations au profit de leurs adhérents : des prestations individuelles, des prestations collectives et des prestations facultatives.

Dans le cas des prestations individuelles servies, la mutuelle est chargée de réaliser diverses opérations comme les prestations en nature complémentaires de l'assurance maladie, les indemnités journalières complémentaires de l'assurance maladie, la majoration de la pension

7 Loi n° 90-33 du 25 décembre 1990 relative aux mutuelles sociales, *JORA* n° 56 du 26 décembre 1990, modifiée et complétée par ordonnance n° 96-20 du 6 juillet 1996, *JORA* n° 42 du 7 juillet 1996.

8 Loi n° 90-31 du 4 décembre 1990 relative aux associations, *JORA* n° 53 du 5 décembre 1990.

d'invalidité des assurances sociales, les prestations sous forme d'aide en nature ou en espèce, de secours, de prêts sociaux.

Quant aux prestations collectives, elles consistent en la prise en charge de prestations complémentaires en matière de santé, d'actions sociales en faveur des membres et/ou ayants droit, d'activités culturelles, sportives ou récréatives ainsi que des actions en matière de logement.

Par ailleurs, la mutuelle est en mesure de prendre en charge des prestations à caractère facultatif servies en contrepartie de cotisations spécifiques. Il s'agit notamment de l'accès au logement, l'accès à des prestations à caractère touristique, à la formation continue, le bénéfice du fonds d'aide en cas de maladie ou accident de travail ou décès ainsi que l'accès au fonds d'aide aux retraites.

Au vu des missions que la loi confie aux mutuelles, on constate que celles-ci partagent avec les caisses de sécurité sociale un ensemble de missions communes. En effet, elles couvrent des risques sociaux ou en atténuent les effets et contribuent ainsi à l'amélioration de l'état sanitaire de la population, ce qui constitue manifestement une mission de service public comme a pu le relever la jurisprudence française⁹. Il y a lieu toutefois de distinguer entre les deux types d'organismes en ce que la sécurité sociale est un droit, elle est obligatoire comme par exemple dans le cas des activités salariées tandis que l'adhésion à une mutuelle est libre. Par ailleurs, si la cotisation à une caisse de sécurité sociale est liée aux revenus de l'assuré, il n'en est pas de même de la cotisation à une mutuelle qui varie d'un organisme à un autre. Enfin, au point de vue de la gestion, la sécurité sociale est gérée par des organismes publics que sont les caisses d'assurances sociales, qualifiées d'établissements publics spécifiques¹⁰. Quant aux mutuelles, ce sont des organismes privés soumis au régime de la loi sur les associations et sont gérés par des organes dont les membres sont élus par les adhérents.

Si les organismes de mutualité sont investis d'une mission de service public, leur statut diffère fondamentalement de celui des personnes privées

⁹ CE, 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », www.conseil-etat.fr/

¹⁰ Voir décret exécutif n° 92-07 du 4 janvier 1992 portant statut juridique des caisses de sécurité sociale et organisation administrative et financière de la sécurité sociale, *JORA* n° 2 du 8 janvier 1992, modifié par décret exécutif n° 06-370 du 19 octobre 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la caisse nationale de recouvrement des cotisations de sécurité sociale, *JORA* n° 67 du 28 octobre 2006. Voir, à titre d'exemple, décret exécutif n° 93-119 du 15 mai 1993 fixant les attributions, l'organisation et le fonctionnement administratif de la caisse nationale de sécurité sociale des non salariés (CASNOS), *JORA* n° 33 du 19 mai 1993.

auxquelles les collectivités publiques délèguent la gestion d'un service public et ce, à différents points de vue.

D'abord il s'agit d'une délégation par voie législative, tandis qu'habituellement la dévolution d'un service public est opérée par voie contractuelle. En outre, l'exercice d'une mission de service public par des organismes mutualistes pose de sérieux problèmes juridiques au regard de la théorie du service public. On le sait, en effet, la délégation de service public obéit à plusieurs conditions. Lorsque l'activité de service public ne fait pas l'objet d'une qualification expresse par la loi, on doit pouvoir en cerner les contours au moyen du triptyque classique : la satisfaction d'un intérêt général, l'existence d'une autorité publique responsable de l'organisation du service, la soumission de l'activité, soit totalement, soit partiellement, à un régime exorbitant de droit commun.

Dans le cas des mutuelles sociales, nul doute qu'elles exercent une activité d'intérêt général. S'agissant de l'autorité publique responsable de l'organisation du service, là également c'est l'autorité publique qui charge les mutuelles de l'exercice de la mission qui leur est conférée, qui en fixe les règles d'organisation et de fonctionnement et qui en assure le contrôle. En définitive, reste le critère des prérogatives exorbitantes qui semble absent dans le cas des mutuelles¹¹. C'est ici qu'on constate une évolution remarquable de la jurisprudence du Conseil d'Etat français sur la question. Dans un considérant de principe, tiré d'une espèce ayant trait à l'exploitation de salles de cinéma, il estime « 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 ; que 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, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »¹².

11 On est toutefois en droit de se demander si les décisions prises par l'assemblée et ayant pour objet une augmentation des cotisations ne sont pas la manifestation de prérogatives de puissance publique dans la mesure où elles imposent à l'organisme employeur, notamment une institution publique, d'opérer le précompte de la nouvelle cotisation de manière automatique. Sur la question, voir CE, 8 octobre 2000, Mutuelle générale des agents de la protection civile c/Direction générale de la protection civile, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 3, 2003, pp. 184-187.

12 CE, 5 octobre 2007, Société UGC Ciné Cité, req. n° 298773, www.conseil-etat.fr/

Ainsi, en l'absence de prérogatives de puissance publique mises entre les mains de la personne privée, la Haute juridiction utilise un faisceau d'indices qui doivent conduire à scruter l'intention de la collectivité publique délégante. Si l'on transpose le raisonnement du Conseil d'Etat au cas spécifique des mutuelles sociales, nul doute que le législateur leur confie une mission d'intérêt général, la création des mutuelles est opérée par la loi qui leur en fixe l'organisation et les modes de fonctionnement, c'est la loi qui leur impose un ensemble d'obligations comme elle assigne au gouvernement le pouvoir de fixer les modalités de contrôle pour vérifier que les objectifs qui leur sont assignés sont atteints¹³.

Ainsi, le contrôle qu'exerce la collectivité publique sur les organismes privés devient décisif lorsque ces derniers ne bénéficient pas de prérogatives de puissance publique. Dans le cas des mutuelles sociales, le contrôle relève de la compétence du ministre chargé de la sécurité sociale qui l'exerce selon deux types de modalités : un contrôle *ex ante* au niveau de la constitution de l'association qui permet au ministre de vérifier si la mutuelle réunit les conditions ayant trait au nombre minimum d'adhérents requis pour la constitution de la mutuelle¹⁴, un contrôle *ex post* qui a pour objectif de s'assurer de la mise en place des organes prévus par la loi, de la conformité des statuts et du règlement intérieur aux dispositions législatives, de la conformité du taux de cotisation affecté au régime général au taux maximum prévu par la loi, du respect des conditions et limites fixées par la législation en matière d'octroi de prestations. A ce titre, la mutuelle doit lui transmettre un ensemble d'informations de manière périodique.

C – Les ordres professionnels

Les ordres professionnels, que le législateur qualifie d'organisations professionnelles nationales, (médecins, pharmaciens, dentistes, avocats, experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés, architectes, géomètres experts fonciers, traducteurs interprètes officiels, commissaires-priseurs, syndics-administrateurs judiciaires, notaires, huissiers), doivent être distingués des organisations syndicales comme a pu le préciser le Conseil d'Etat à propos du syndicat national des magistrats de la Cour des comptes¹⁵. Personnes morales de droit privé, les ordres

13 Voir décret exécutif n° 97-428 du 11 novembre 1997 fixant les modalités du contrôle du ministre chargé de la sécurité sociale sur l'application de la législation relative aux mutuelles sociales, *JORA* n° 75 du 12 novembre 1997.

14 Voir décret exécutif n° 91-159 du 18 mai 1991 fixant le nombre minimum d'adhérents requis pour la constitution d'une mutuelle sociale, *JORA* n° 25 du 29 mai 1991.

15 CE, 24 août 2002, n° 14431, Président de la Cour des comptes c/Syndicat national des magistrats de la Cour des comptes, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 2, 2002, p. 217.

professionnels sont également chargés de l'exécution d'un service public¹⁶. Toutefois, et à l'inverse des fédérations sportives nationales, la mission de service public qui leur est dévolue n'est pas évidente. On chercherait en vain dans les textes législatifs qui les instituent une quelconque référence à des missions de service public. Il reste qu'au détour des textes qui les instituent, on relève la volonté du législateur d'encadrer de telles professions à raison de l'intérêt public qu'elles présentent.

La première corporation relevant de la formule ordinale est constituée par les médecins, pharmaciens et dentistes. Ces derniers participent à une mission de protection et de promotion de la santé qui doit concourir « au bien être physique et moral de l'homme et à son épanouissement au sein de la société, et constituent, de ce fait, un facteur essentiel du développement économique et social du pays »¹⁷. Quant au code de déontologie médicale, il dispose que les professionnels de la santé sont au service de l'individu et de la santé publique et exercent leur mission dans le respect de la vie humaine, comme ils ont vocation à défendre la santé physique et mentale de l'homme et à soulager la souffrance dans le respect de la vie et de la dignité de la personne humaine¹⁸.

Un autre exemple nous est fourni par le décret législatif ayant trait à la production architecturale et à l'exercice de la profession d'architecte qui dispose en son article 2 que « la qualité des constructions et leur insertion dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains, la préservation du patrimoine et de l'environnement bâti sont d'intérêt public »¹⁹. Dans la même perspective, les géomètres-experts fonciers sont associés à la même mission d'intérêt public en ce sens que le texte législatif ayant trait à la profession précise que le géomètre-expert foncier « établit les plans topographiques et documents techniques destinés à être annexés à des actes authentiques relatifs aux mutations de la propriété foncière »²⁰.

16 Sur la question en France, voir Michel Lascombe, *Les ordres professionnels*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg 2, 1987.

17 Art. 2 de la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, *JORA* n° 08 du 17 février 1985, modifiée et complétée par loi n° 90-17 du 31 juillet 1990, *JORA* n° 35 du 15 août 1990, modifiée et complétée par ordonnance 06-07 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 08-13 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3 août 2008.

18 Art. 6 et 7 du décret exécutif n° 92-276 du 6 juillet 1992 portant code de déontologie médicale, *JORA* n° 52 du 08 juillet 1992.

19 Décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994 relatif aux conditions de la production architecturale et à l'exercice de la profession d'architecte, *JORA* n° 32 du 25 mai 1994, modifié par loi n° 04-06 du 14 août 2004 portant abrogation de certaines dispositions du décret législatif n° 94-07 du 18 mai 1994, *JORA* n° 51 du 15 août 2004.

20 Art. 2 de l'ordonnance n° 95-08 du 1^{er} février 1995 relative à la profession de géomètre-expert foncier, *JORA* n° 20 du 16 avril 1995.

Par ailleurs, il va sans dire que les notaires²¹, les huissiers²², les traducteurs interprètes officiels²³ ainsi que les commissaires-priseurs²⁴ sont des officiers publics mandatés par l'autorité publique pour la gestion d'un office public et sont ainsi considérés comme auxiliaires de justice. S'agissant des syndics-administrateurs judiciaires, ils sont chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui comme ils peuvent être chargés de procéder à la liquidation d'une société commerciale déclarée en état de faillite. A ce titre, ils exercent leur profession sous la surveillance du ministère public²⁵.

Dans le cas de la profession d'avocat, « elle œuvre pour le respect et la sauvegarde des droits de la défense » que garantit la Constitution. Elle concourt, par ailleurs, « à l'œuvre de justice, au respect du principe de la primauté du droit et à la garantie de la défense des droits et libertés du citoyen »²⁶.

On le voit, toutes ces dernières professions gravitent autour du service public de la justice et y sont associées à un titre ou à un autre. D'une manière générale, le législateur encadre de telles professions au regard de l'importance des enjeux que comporte leur exercice libéral : droits de défense devant les juridictions, santé publique, aménagement du territoire, ...

A partir de l'intérêt public qu'attache le législateur à de telles professions, il en soumet les membres au régime ordinal de sorte que l'ordre soit en mesure de se substituer à la puissance publique pour exercer une mission de service public par délégation. Celle-ci consiste à garantir une certaine qualité de service, non pas dans le sens de prestations de qualité, mais plutôt dans le sens où « il convient de prendre en compte l'ensemble des aspects humains qui lient professionnels et clients dans l'exercice de ces professions »²⁷. En un mot, le législateur charge l'ordre professionnel de s'assurer que ses membres exercent leurs charges en toute probité de sorte que soit préservé le capital de confiance entre ces derniers et leur clientèle. Un tel objectif pousse le législateur jusqu'à s'immiscer dans la vie privée

21 Loi n° 06-02 du 20 février 2006 portant organisation de la profession de notaire, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006.

22 Loi n° 06-03 du 20 février 2006 portant organisation de la profession d'huissier de justice, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006.

23 Ordonnance n° 95-13 du 11 mars 1995 portant organisation de la profession de traducteur-interprète officiel, *JORA* n° 17 du 29 mars 1995.

24 Ordonnance n° 96-02 du 10 janvier 1996 portant organisation de la profession de commissaire-priseur, *JORA* n° 03 du 14 janvier 1996.

25 Ordonnance n° 96-23 du 9 juillet 1996 relative au syndic-administrateur judiciaire, *JORA* n° 43 du 10 juillet 1996.

26 Art. 1^{er} de la loi n° 91-04 du 8 janvier 1991 portant organisation de la profession d'avocat, *JORA* n° 02 du 9 janvier 1991.

27 Michel Lascombe, « Les ordres professionnels », *AJDA*, 1994, pp. 855-862.

du professionnel dont l'attitude n'échappe pas au contrôle de l'ordre. A titre d'exemple, « Le médecin, chirurgien dentiste, doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte susceptible de déconsidérer celle-ci ».

Pour mener à bien une telle mission de service public, l'ordre professionnel se voit confier un ensemble d'attributions qui relèvent des prérogatives de puissance publique. Il dispose en effet du pouvoir de prendre des actes tant réglementaires qu'individuels qui constituent des actes administratifs unilatéraux susceptibles d'être déférés devant le juge de l'excès de pouvoir :

- Les actes réglementaires :

L'ordre exerce des compétences réglementaires notamment en ce que les organes de l'ordre sont habilités à établir le règlement intérieur qui définit les modalités de fonctionnement de ces instances. Il les exerce par ailleurs à travers l'édition du code de déontologie qui renferme des prescriptions obligatoires définissant notamment les obligations qui pèsent sur les professionnels, les rapports de confraternité, les relations à la clientèle. A titre d'exemple, l'article 40 de la loi relative à la profession d'huissiers de justice précise que la chambre nationale des huissiers de justice élabore le code de déontologie de la profession qui est publié par arrêté du ministre de la justice au *Journal officiel*. Les mêmes dispositions sont reprises, notamment, par les textes relatifs à la profession de notaire, à celle de traducteur-interprète officiel ou encore aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé²⁸. Parfois, l'ordre participe à l'élaboration du code de déontologie comme dans le cas de l'ordre des architectes dont le code des devoirs professionnels est défini par voie réglementaire sur proposition du conseil national de l'ordre des architectes²⁹. Enfin, le code de déontologie relève dans certains cas de la compétence exclusive du pouvoir réglementaire comme dans le cas de la déontologie médicale.

- Les actes individuels :

D'abord, l'ordre professionnel exerce un pouvoir de contrôle *ex ante* à l'accès à la profession. A ce titre, il statue d'abord sur l'inscription au stage. A titre d'exemple, « Le conseil local de l'ordre des architectes statue

28 Art. 15 de la loi n° 10-01 du 29 juin 2010 relative aux professions d'expert-comptable, de commissaire aux comptes et de comptable agréé, *JORA* n° 42 du 11 juillet 2010.

29 Art. 21 du décret exécutif n° 96-293 du 2 septembre 1996 fixant les modalités de fonctionnement des instances de l'ordre de la profession d'architecte, *JORA* n° 51 du 4 septembre 1996.

sur la demande de stage »³⁰. Ensuite, il procède à l'inscription au tableau de l'ordre.

Par ailleurs, l'ordre exerce des pouvoirs disciplinaires en sanctionnant les atteintes à la morale professionnelle, les manquements aux règles de déontologie, les violations des dispositions légales et réglementaires qui encadrent la profession. De telles attributions sont généralement exercées par les organes locaux ou régionaux de l'ordre tandis que les organes nationaux constituent des instances de recours. Parfois, le pouvoir disciplinaire appartient à un seul organe, comme dans le cas de l'ordre des architectes dont le conseil national est seul habilité à prononcer des sanctions disciplinaires.

Au point de vue du contentieux des actes des ordres professionnels, lorsque l'ordre prend des mesures réglementaires ou des décisions individuelles, il agit par voie d'actes administratifs unilatéraux qui relèvent du contrôle de la légalité devant le Conseil d'Etat lorsqu'ils émanent de l'instance nationale³¹. A titre d'exemple, lorsque l'inscription au stage obligatoire relève de l'instance locale ou régionale, le professionnel concerné dispose d'un droit de recours devant l'organe national en cas de rejet de sa demande³². Quant aux décisions de l'organe national elles sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat. Lorsque l'organe central de l'ordre agit en formation disciplinaire, il est considéré comme une juridiction administrative spéciale et ses décisions sont susceptibles d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. C'est la solution retenue tardivement par le Conseil d'Etat à propos des décisions prononcées par la commission nationale de recours compétente en matière de discipline des avocats³³.

A ce stade de l'analyse, il est nécessaire de s'interroger sur la qualification de service public des ordres professionnels au regard des critères habituels qui en délimitent les contours. Il s'agit d'une activité d'intérêt général, qui, même gérée par des personnes privées, reste malgré tout dans l'orbite de l'administration. Le service public correspond à la satisfaction d'un besoin

30 Art. 6 du décret exécutif n° 98-153 du 13 mai 1998 définissant la forme, le contenu, la durée et les modalités d'accomplissement du stage pour l'inscription au tableau national des architectes, *JORA* n° 31 du 17 mai 1998.

31 On relève que s'agissant de la profession des avocats, les décisions à caractère individuel, comme le refus de délivrance du certificat de stage, relèvent de la compétence du tribunal administratif. La profession n'est pas organisée en un seul ordre comme dans le cas des autres professions libérales. Elle comprend en effet des ordres régionaux.

32 A titre d'exemple, le conseil local de l'ordre des architectes statue sur la demande de stage. « En cas de refus de la demande de stage, un recours peut être introduit auprès du conseil national de l'ordre des architectes » (Art. 6 du décret exécutif n° 98-153 du 13 mai 1998 définissant la forme, le contenu, la durée et les modalités d'accomplissement du stage pour l'inscription au tableau national des architectes, *JORA* n° 31 du 17 mai 1998).

33 CE, 21 octobre 2008, n° 047841, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 9, 2009, pp.140-142.

d'intérêt général et relève, directement ou indirectement, d'une autorité publique en dernier ressort³⁴. Dans le cas des ordres professionnels, il est nécessaire de dissocier deux éléments dans l'idée de service public : d'une part, l'organisation fondamentale du service public qui relève de la puissance publique et sa gestion qui relève de personnes privées.

En effet, si la gestion de la profession est laissée à l'initiative de l'ordre professionnel, il n'en va pas de même de son organisation fondamentale qui relève de l'administration et comprend la création de l'ordre, la fixation des règles de son fonctionnement, sa suppression. Il faut y ajouter le contrôle qu'exerce la collectivité publique à l'égard de l'ordre et ce, selon diverses modalités. A titre d'exemple, les offices notariaux sont placés sous le contrôle du ministre de la justice, quant à l'office public d'huissier de justice, il est placé sous le contrôle du procureur de la République du lieu d'implantation de son office.

Parfois, les pouvoirs publics désignent une partie des membres des organes de l'ordre professionnel. Dans le cas de l'ordre des architectes, « Le conseil national de l'ordre est composé de 14 membres élus par le congrès parmi les membres des conseils locaux et du conseil national sortant pour une durée de quatre années et du représentant du ministre chargé de l'architecture et de l'urbanisme ». Dans le cas de la profession d'avocat, la commission nationale de recours est composée de 7 membres dont 3 magistrats de la Cour suprême.

L'administration se réserve également dans certains cas le pouvoir de contrôler les décisions des organes. A titre d'exemple, la décision du conseil national l'ordre des architectes est susceptible de recours auprès du ministre chargé du secteur.

Enfin, la dévolution de tâches de service public aux ordres professionnels reste marquée par la précarité. Le législateur est en mesure de déposséder l'ordre d'un ensemble de prérogatives pour les confier à l'autorité administrative. Le cas le plus emblématique est celui de l'ordre national des experts comptables, commissaires aux comptes et comptables agréés auquel le législateur a retiré les compétences en matière d'agrément comme en matière disciplinaire, compétences qui relèvent désormais d'un organe administratif : le conseil national de comptabilité, placé sous l'autorité du ministre chargé des finances.

34 Voir Rachid Zouaïmia et Marie-Christine Rouault, *Droit administratif*, Berti Editions, Alger, 2009.

II – LA DÉLÉGATION PAR VOIE D'ACTE ADMINISTRATIF UNILATÉRAL

Dans cette hypothèse, la loi se contente de prévoir la possibilité ouverte au profit de personnes privées d'exercer des missions de service public sans que celles-ci puissent bénéficier d'une quelconque exclusivité. La délégation est mise en oeuvre par voie d'acte administratif unilatéral qui prend la forme d'une autorisation, d'un agrément, d'une licence. Tel est le cas des services publics ayant pour but la protection sanitaire, ceux à vocation éducative et culturelle comme ceux à caractère économique ou services en réseaux ou encore ceux à caractère social et sportif.

A – Les services publics en réseaux

1 - L'électricité et à le gaz

La loi du 5 février 2002 précise en son article 1^{er} que les activités liées à la production, au transport, à la distribution, à la commercialisation de l'électricité ainsi qu'au transport, à la distribution et à la commercialisation du gaz par canalisations « sont assurées, selon les règles commerciales, par des personnes physiques ou morales de droit public ou privé et exercées dans le cadre du service public » et l'article 3 précise que « La distribution de l'électricité et du gaz est une activité de service public »³⁵. De telles activités échappent à l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie pour se voir soumettre à un régime exorbitant.

D'abord la loi soumet l'accès à l'activité à des conditions spécifiques : la production d'électricité est soumise au régime de l'autorisation préalable délivrée par la commission de régulation de l'électricité et du gaz, l'activité de distribution obéit au régime de la concession attribuée par décret exécutif sur proposition du ministre chargé de l'énergie.

Par ailleurs, dans la mesure où l'autorisation comme la concession sont accordées sur la base de l'*intuitu personae*, le délégataire est tenu d'exercer lui-même l'activité. Ainsi, l'article 10 de la loi relative à l'électricité dispose que l'autorisation d'exploiter délivrée par la commission de régulation est incessible. En outre, en cas de changement de contrôle, de fusion ou scission du titulaire de l'autorisation, la commission de régulation se prononce sur la suite à réserver à l'autorisation et fixe, le cas échéant, les conditions à remplir et les procédures à suivre soit pour le maintien, soit pour la délivrance d'une nouvelle autorisation d'exploiter. Le principe subit toutefois quelques aménagements en ce que la réglementation prévoit qu'en

35 Loi n° 02-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, *JORA* n° 8 du 6 février 2002.

cas de changement du titulaire de l'autorisation d'exploiter, la demande doit être soumise à l'accord préalable de la commission de régulation³⁶.

L'exercice de l'activité de distribution est régi, comme toute activité de service public, par les lois de Rolland : principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. A ce titre, l'article 5 du texte réglementaire ayant trait à la concession de distribution d'électricité et du gaz dispose que « Les principes généraux de la concession de distribution d'électricité et/ou du gaz sont notamment : (...) l'obligation pour le concessionnaire de respecter les principes de continuité et d'adaptabilité du service concédé, l'égalité de traitement des clients ainsi que toute autre obligation résultant des missions de service public »³⁷.

En second lieu, l'administration exerce de multiples contrôles auxquels doivent se soumettre tant le titulaire d'une autorisation que le concessionnaire, ce qui démontre qu'elle conserve la gestion stratégique du service public. A titre d'exemple, le concessionnaire est soumis au contrôle de bonne exécution du service concédé qu'exercent conjointement la commission de régulation et le ministre en charge du secteur de l'énergie.

S'agissant de la sanction du contrôle, l'autorité de régulation ou le ministre compétent, selon le cas, dispose du pouvoir de prononcer des sanctions à l'encontre du producteur ou du concessionnaire. En cas de manquements avérés, l'autorité compétente adresse une mise en demeure au délégataire de service public de faire cesser le manquement dans un délai préalablement déterminé. Lorsque l'intéressé ne se conforme pas au dispositif de la mise en demeure, la commission de régulation de l'électricité et du gaz est en mesure de prononcer le retrait de l'autorisation d'exploiter tandis que le ministre en charge du secteur de l'énergie peut prononcer le retrait de tout ou partie du périmètre donné en concession et prononcer la déchéance du concessionnaire aux torts de ce dernier.

Enfin, parmi les sujétions exorbitantes qui pèsent sur le concessionnaire, il y a lieu de signaler spécialement l'obligation de remise à l'Etat, à l'expiration de la durée de la concession des biens de retour qui recouvrent « les biens indispensables au service concédé de la distribution de l'électricité ou du gaz dont la propriété ou la disposition doit revenir obligatoirement à l'Etat à l'expiration de la concession »³⁸. Ils recouvrent les biens meubles et immeubles indispensables au service délégué qui, tout au long de la durée de la concession, demeurent la propriété de l'autorité

36 Décret exécutif n° 06-428 du 26 novembre 2006 fixant la procédure d'octroi des autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité, *JORA* n° 76 du 29 novembre 2006.

37 Décret exécutif n° 08-114 du 9 avril 2008 fixant les modalités d'attribution et de retrait des concessions de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier des charges relatif aux droits et obligations du concessionnaire, *JORA* n° 20 du 9 avril 2008.

38 Ibid. Art. 2.

administrative et qui, en fin de concession, reviennent de plein droit à la personne publique et ce, sans indemnisation au profit du concessionnaire. Quant aux biens de reprise, ils peuvent, à l'expiration de la durée de la concession, être repris par l'Etat, mais à sa seule initiative et moyennant indemnisation du concessionnaire.

En contrepartie des charges et sujétions qui pèsent sur le délégataire, ce dernier bénéficie de droits, avantages et prérogatives. Ainsi, en matière de distribution d'électricité et de gaz, le droit d'exploitation de la concession de distribution implique pour le délégataire le droit d'utilisation des biens de la concession, le droit de perception directe auprès des clients du service concédé des paiements de ce service. Lorsque les sujétions de service public qui pèsent sur le délégataire sont de nature à porter atteinte à l'équilibre financier de l'exploitation de l'activité et à sa rentabilité, il bénéficie d'une compensation financière. L'article 4 de la loi du 5 février 2002 dispose en effet que « Toute sujétion de service public donne lieu à rémunération par l'Etat, après avis de la commission de régulation ».

En outre, le délégataire bénéficie de prérogatives et doit disposer des moyens que nécessitent les interventions dans les immeubles et dans tous lieux où les circonstances l'exigent. Il bénéficie, au besoin, de l'assistance des autorités publiques et jouit de prérogatives de puissance publique comme l'acquisition de terrains par voie d'expropriation publique ou l'occupation temporaire de terrains, les servitudes d'utilité publique.

2 - Le secteur de la poste et des télécommunications

L'activité postale comme les télécommunications ont toujours été considérées comme des activités de service public. Au point de vue de ses modalités de gestion, le service public était exploité sous le régime de la régie. Toutefois, à l'occasion de la réforme du secteur en 2000³⁹, le législateur y renonce en confiant l'activité postale à un établissement public à caractère industriel et commercial⁴⁰ tandis que l'exploitation des télécommunications est dévolue à un opérateur public. Il va sans dire que les deux catégories d'activités sont toutefois ouvertes à l'investissement privé selon des modalités différenciées.

S'agissant des activités postales, l'établissement, l'exploitation et la fourniture de services et prestations de la poste aux lettres n'excédant pas un poids de 2 kilogrammes, les mandats postaux, le service des chèques postaux, l'émission de timbres-poste (...), sont concédés au profit de l'établissement public Algérie Poste sous le régime de l'exclusivité.

39 Loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000.

40 Décret exécutif n° 02-43 du 14 janvier 2002 portant création d'«Algérie Poste», *JORA* n° 4 du 16 janvier 2002.

Quant aux autres activités (établissement, exploitation et/ou fourniture de services de courrier accéléré international), elles relèvent du régime de l'autorisation et peuvent être exercées par toute personne physique ou morale remplissant certaines conditions fixées par l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications. L'autorisation, qui est délivrée par l'autorité de régulation, est personnelle et ne peut faire l'objet d'une quelconque cession⁴¹.

Quant aux activités de télécommunications, elles sont soumises à différents régimes : celui de la licence d'exploitation, celui de l'autorisation et enfin celui de la simple déclaration. Sont assujettis au régime de la licence d'exploitation, qui est délivrée par décret exécutif, l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications, et/ou la fourniture de services téléphoniques. Par contre, sont soumis au régime de l'autorisation, délivrée par l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications, l'établissement et l'exploitation des réseaux privés empruntant le domaine public, y compris hertzien, des réseaux utilisant exclusivement des capacités louées à des opérateurs titulaires de licence, des services de fourniture d'accès à l'internet y compris le transfert de la voix sur internet, de l'audiotex, des centres d'appels ainsi que des services de certification électronique⁴².

La délégation est consentie moyennant le paiement d'une redevance qui diffère d'un régime à un autre. Dans le cas des opérateurs titulaires d'une autorisation, la redevance annuelle comporte une partie fixe qui doit être réglée dès la délivrance de l'autorisation, et une partie variable, calculée sur la base du taux de 5% sur le chiffre d'affaires de l'opérateur⁴³.

Par ailleurs, la licence est un titre personnel et ne peut faire l'objet d'une quelconque cession qu'après accord préalable de l'autorité de régulation. Lorsque celle-ci accepte le projet de cession, il est attribué une nouvelle licence au cessionnaire par décret exécutif. Lorsqu'elle rejette le projet de cession, sa décision doit être motivée et peut faire l'objet d'un recours contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir. Lorsque le titulaire de

41 Voir décret exécutif n° 01-418 du 20 décembre 2001 relatif au régime d'exploitation applicable à chaque service et prestation de la poste, *JORA* n° 80 du 26 décembre 2001.

42 Décret exécutif n° 01-123 du 9 mai 2001 relatif au régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, *JORA* n° 27 du 13 mai 2001, modifié et complété par décret exécutif n° 04-157 du 31 mai 2004, *JORA* n° 35 du 2 juin 2004, modifié et complété par décret exécutif n° 05-98 du 20 mars 2005, *JORA* n° 20 du 20 mars 2005, modifié et complété par décret exécutif n° 07-162 du 30 mai 2007, *JORA* n° 37 du 7 juin 2007.

43 Décret exécutif n° 03-37 du 13 janvier 2003 fixant le montant de la redevance applicable aux opérateurs titulaires d'autorisations pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunications et/ou la fourniture de services de télécommunications, *JORA* n° 4 du 22 janvier 2003, complété par décret exécutif n° 05-99 du 20 mars 2005 *JORA* n° 20 du 20 mars 2005.

la licence est un opérateur étranger ou lorsqu'une partie du capital de la société est détenu par des actionnaires étrangers, la loi prévoit que « L'Etat ainsi que les entreprises publiques économiques disposent d'un droit de préemption sur toutes les cessions de participations des actionnaires étrangers ou au profit d'actionnaires étrangers »⁴⁴.

Dans la mesure où l'exploitation d'activités postales ou de télécommunications constitue une activité de service public, le législateur en soumet la délégation à un ensemble de sujétions auxquelles correspondent des droits et prérogatives au profit du délégataire.

S'agissant des sujétions de service public qui pèsent sur le délégataire, il y a lieu de noter les trois règles fondamentales qui gouvernent traditionnellement l'ensemble des services publics : la continuité, l'égalité et l'adaptabilité du service. C'est ce que prévoient les dispositions des articles 8 et 9 de la loi relative aux télécommunications qui précisent, s'agissant des télécommunications, que le délégataire est tenu à la mise à disposition des usagers d'un service minimum « et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité »⁴⁵.

En outre, et dans la mesure où l'intérêt général l'exige (pour raisons liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale), l'administration est en mesure de modifier le cahier des charges, sous réserve que la décision de modification soit notifiée au titulaire de la licence au moins 6 mois avant son entrée en vigueur⁴⁶. Cependant, ces modifications ne doivent pas remettre en cause de manière fondamentale les équilibres économiques sous-jacents à la licence.

Enfin, le bénéficiaire de la délégation est soumis à un contrôle tout au long de la période d'exploitation de la licence. Pour mettre l'autorité de régulation en mesure d'assurer le contrôle de l'exploitation de la licence, la loi impose au délégataire de lui fournir tous documents et informations nécessaires afin de lui permettre de s'assurer du respect des obligations mises à sa charge. En outre, ce dernier est tenu de communiquer à l'autorité de régulation un rapport annuel accompagné des états financiers

44 Art. 4 *quinquies* de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, *JORA* n° 47 du 22 août 2001, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, *JORA* n° 49 du 29 août 2010.

45 Voir décret exécutif n° 03-232 du 24 juin 2003 déterminant le contenu du service universel de la poste et des télécommunications, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n° 39 du 29 juin 2003, modifié et complété par décret exécutif n° 09-310 du 23 septembre 2009, *JORA* n° 55 du 27 septembre 2009.

46 Art. 22 du décret exécutif n° 01-124 du 9 mai 2001 portant définition de la procédure applicable à l'adjudication par appel à la concurrence pour l'octroi des licences en matière de télécommunications, *op. cit.*

annuels certifiés. Enfin, l'autorité de régulation peut procéder à des enquêtes, y compris celles qui nécessitent des interventions directes ou des branchements d'équipements extérieurs sur son propre réseau.

Quant aux prérogatives exorbitantes dont bénéficie le titulaire de la licence, on recense spécialement celles prévues par l'article 34 de la loi relative à la poste et aux télécommunications qui dispose que les opérateurs titulaires de la licence bénéficient du droit de passage sur le domaine public et de servitudes sur les propriétés publiques et privées.

B - Le secteur sanitaire

A l'origine, la loi de 1985, qui abroge l'ancien code de la santé publique, reprend largement les dispositions de ce dernier s'agissant de la gestion du service public de la santé au moyen d'établissements publics relevant de l'Etat⁴⁷. Le premier aménagement au service public sanitaire a permis aux praticiens de la santé de créer des cliniques privées⁴⁸. Il sera suivi d'une libéralisation du secteur en ce que le législateur, en modifiant la loi en 2006, autorise les professionnels à créer des établissements hospitaliers. En vertu des dispositions de l'article 208 bis introduit par la nouvelle loi, les établissements hospitaliers privés sont des établissements de soins et d'hospitalisation dont l'exploitation est assurée par des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés par actions, des mutuelles et associations.

En application du texte législatif, le gouvernement édicte un décret exécutif qui fixe les modalités de création et de fonctionnement des établissements hospitaliers privés⁴⁹. Ces derniers sont soumis à une double procédure d'autorisation administrative préalable :

- la première autorisation, qui relève de la compétence du ministre chargé de la santé, concerne la réalisation de l'établissement hospitalier ;
- la seconde autorisation concerne l'ouverture de l'établissement hospitalier. Elle est conditionnée par la délivrance au profit de l'opérateur

47 Loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, *JORA* n° 08 du 17 février 1985, modifiée et complétée par loi n° 88-15 du 3 mai 1988, *JORA* n° 18 du 04 mai 1988, modifiée et complétée par loi n° 90-17 du 31 juillet 1990, *JORA* n° 35 du 15 août 1990, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-07 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 08-13 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3 août 2008.

48 Décret n° 88-204 du 18 octobre 1988 fixant les conditions de réalisation, d'ouverture et de fonctionnement des cliniques privées, *JORA* n° 42 du 19 octobre 1988, modifié et complété par décret exécutif n° 92-380 du 13 octobre 1992, *JORA* n° 75 du 18 octobre 1992.

49 Décret exécutif n° 07-321 du 22 octobre 2007 portant organisation et fonctionnement des établissements hospitaliers privés, *JORA* n° 67 du 24 octobre 2007.

d'une décision de conformité par la direction de wilaya chargée de la santé. Le ministre se prononce sur la demande d'ouverture de l'établissement dans un délai de 30 jours.

En raison de l'activité de service public exercée par l'établissement privé hospitalier, ce dernier est soumis à un ensemble de sujétions exorbitantes.

D'abord, au point de vue du fonctionnement de l'établissement, ce dernier est soumis, au même titre que les hôpitaux publics, à l'un des principes fondamentaux qui régissent le service public : celui de la continuité. L'article 5 du décret exécutif du 22 octobre 2007 dispose en effet que « L'établissement hospitalier privé doit assurer un service permanent et continu ». Par ailleurs, l'administration doit être tenue informée de tout changement au niveau de la direction de l'établissement.

En outre, les prestations fournies par l'établissement obéissent au régime des tarifs réglementés en vertu de l'article 211 de la loi relative à la santé.

Enfin, l'administration exerce un double contrôle sur l'activité de l'établissement hospitalier :

- le directeur technique de l'établissement hospitalier privé doit transmettre un bilan d'activité trimestriel ainsi qu'un rapport annuel d'activité, à la direction de wilaya chargée de la santé ;

- les établissements hospitaliers privés sont soumis au contrôle des services compétents relevant du ministère chargé de la santé. Par ailleurs les agents de contrôle établissent des procès-verbaux qu'ils transmettent aux services de santé concernés avec copie au responsable de l'établissement hospitalier.

S'agissant de la sanction du contrôle, en cas de constatation de manquements à la législation et à la réglementation en vigueur, l'intéressé est mis en demeure et doit s'y conformer dans un délai n'excédant pas un (1) mois. En cas d'inobservation de la mise en demeure, il encourt la suspension de l'exercice de l'activité hospitalisation, pendant une durée de deux (2) mois, la fermeture de l'établissement pendant une durée n'excédant pas trois (3) mois, enfin le retrait de l'autorisation.

C – Les services publics à vocation éducative

Le secteur éducatif au sens large a toujours été pris en charge par des établissements publics à caractère administratif. Dès 1991, les pouvoirs publics entreprennent d'autoriser la création d'établissements de formation

professionnelle par des personnes privées⁵⁰. La loi du 23 février 2008 confirme une telle option en ce qu'elle prévoit que les personnes physiques ou morales de droit privé peuvent créer des établissements de formation ou d'enseignement professionnels et sont ainsi appelés à assurer une mission de service public en ce que « Le service public de la formation et de l'enseignement professionnels constitue une composante du système national d'éducation et de formation »⁵¹. La gestion déléguée sera ensuite étendue au secteur de l'éducation en 2003⁵² puis à celui de l'enseignement supérieur en 2008⁵³.

L'Etat assume la responsabilité du service public. A ce titre, il lui appartient d'abord de délimiter les missions du service public dont il a la charge. Dans le cas des établissements privés de formation supérieure, ils doivent répondre aux besoins de la société dans les domaines de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique. A cet effet, ils doivent contribuer, dans le cadre de l'exercice de missions de service public, au développement de la recherche, à la diffusion du savoir, à l'élévation du niveau scientifique, culturel et professionnel du citoyen⁵⁴.

Il lui appartient ensuite de fixer les règles générales d'organisation du service public qui relève de sa responsabilité. A ce titre, les pouvoirs publics fixent les conditions d'ouverture des établissements privés auxquels l'Etat délègue la gestion du service public ainsi que les règles qui les gouvernent. Elles ont trait notamment aux moyens financiers et humains nécessaires, ce à quoi il faut ajouter les infrastructures et équipements nécessaires à la mission de formation. En outre, l'ouverture d'un établissement privé est soumise soit au régime de l'agrément, soit à celui de l'autorisation administrative préalable. A titre d'exemple, l'agrément est accordé par

50 Décret exécutif n° 91-141 du 11 mai 1991 fixant les conditions de création et de contrôle d'établissements agréés de formation professionnelle, *JORA* n° 23 du 22 mai 1991, abrogé et remplacé par décret exécutif n° 01-419 du 20 décembre 2001 fixant les conditions de création, d'ouverture et de contrôle des établissements privés de formation professionnelle, *JORA* n° 80 du 26 décembre 2001.

51 Art. 2 et 15 de la loi n° 08-07 du 23 février 2008 portant loi d'orientation sur la formation et l'enseignement professionnels, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008.

52 Ordonnance n° 03-09 du 13 août 2003 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-35 du 16 avril 1976 portant organisation de l'éducation et de la formation, *JORA* n° 48 du 13 août 2003, abrogée par la loi n° 08-04 du 23 janvier 2008 portant loi d'orientation sur l'éducation nationale, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008. Voir ordonnance n° 05-07 du 23 août 2005 fixant les règles générales régissant l'enseignement dans les établissements privés d'éducation et d'enseignement, *JORA* n° 59 du 28 août 2005.

53 Loi n° 08-06 du 23 février 2008 modifiant et complétant la loi n° 99-05 du 4 avril 1999 portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur, *JORA* n° 10 du 27 février 2008.

54 Art. 3 de la loi n° 99-05 du 4 avril 1999 portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur, *JORA* n° 24 du 7 avril 1999, modifiée et complétée par loi n° 08-06 du 23 février 2008, *JORA* n° 10 du 27 février 2008.

arrêté du wali pour les établissements privés de formation professionnelle⁵⁵. Quant à l'autorisation, elle est délivrée par arrêté du ministre chargé de l'éducation nationale pour les établissements privés d'éducation et d'enseignement⁵⁶ ou par arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur pour les établissements privés de formation supérieure⁵⁷.

Les textes juridiques imposent au délégataire un ensemble de charges qui peuvent avoir trait au personnel d'encadrement, aux programmes pédagogiques ou encore au financement de l'activité de l'établissement. S'agissant des personnels d'encadrement et d'enseignement, ils doivent justifier de qualifications au moins identiques à celles requises dans les établissements publics du même type. En outre, l'établissement privé est tenu d'appliquer les programmes officiels en vigueur dans les établissements publics de même nature. Dans le cas où une telle formation n'est pas assurée par des établissements publics, les programmes d'enseignement ainsi que les conditions de progression dans le cursus doivent être validés par le ministre chargé de l'enseignement supérieur »⁵⁸.

Les établissements privés sont soumis au respect des principes classiques qui gouvernent le service public. A titre d'exemple et au nom du principe de continuité du service, lorsqu'il est procédé à la fermeture d'un établissement d'éducation et d'enseignement, l'autorité administrative compétente en assure le fonctionnement jusqu'à la fin de l'année scolaire et ce, en usant des moyens et ressources propres de l'établissement⁵⁹. De même, dans le cas d'un établissement privé de formation supérieure, en cas de force majeure rendant impossible la poursuite de l'activité de l'établissement ou de retrait de l'autorisation, le ministre peut requérir du juge compétent la nomination d'un gérant parmi le corps des personnels enseignants relevant d'établissements universitaires pour assurer la continuité du service⁶⁰.

Enfin, les établissements privés sont soumis à un régime exorbitant en matière de contrôle. A titre d'exemple, les établissements privés de formation professionnelle sont placés sous le contrôle technique et

55 Décret exécutif n° 01-419 du 20 décembre 2001 fixant les conditions de création, d'ouverture et de contrôle des établissements privés de formation professionnelle.

56 Décret exécutif n° 05-432 du 8 novembre 2005 fixant les conditions de création, d'ouverture et de contrôle des établissements privés d'éducation et d'enseignement, *JORA* n° 74 du 13 novembre 2005.

57 Voir arrêté du 18 juin 2008 fixant le cahier des charges en vue de délivrer l'autorisation de création d'un établissement privé de formation supérieure, *JORA* n° 48 du 24 août 2008.

58 Art. 43 *bis* 6 de la loi n° 99-05 du 4 avril 1999 modifiée et complétée portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur.

59 Art. 32 de l'ordonnance n° 05-07 du 23 août 2005 fixant les règles générales régissant l'enseignement dans les établissements privés d'éducation et d'enseignement, *JORA* n° 59 du 28 août 2005.

60 Art. 43 *bis* 12 de la loi n° 99-05 du 4 avril 1999 modifiée et complétée portant loi d'orientation sur l'enseignement supérieur.

pédagogique du ministre chargé du secteur. Quant aux modalités du contrôle, ce dernier s'exerce à travers l'inspection technique et pédagogique, le suivi et l'évaluation. S'agissant des établissements privés de formation supérieure, ils sont soumis au contrôle pédagogique, administratif ainsi qu'au suivi et à l'évaluation des services du ministère de l'enseignement supérieur qui s'assurent du respect des conditions fixées par la législation et la réglementation qui leur sont applicables ainsi que du respect des conditions fixées dans l'arrêté ministériel fixant le cahier des charges qu'ils doivent souscrire⁶¹. A cela, on peut ajouter que le ministre chargé de l'enseignement supérieur désigne un enseignant rattaché à un établissement public d'enseignement supérieur, pour siéger et le représenter au niveau du conseil scientifique de l'établissement privé.

Aux pouvoirs de contrôle que reconnaissent les textes au profit de la collectivité publique s'ajoute le pouvoir de sanction qui lui est confié. Dans le cas de l'établissement privé de formation professionnelle, il peut être procédé à la suspension ou au retrait de l'arrêté d'agrément soit lorsque ce dernier ne remplit plus les conditions que lui imposent les textes, soit en cas de reconversion ou de changement des activités pour lesquelles l'établissement a été agréé.

D – Les services publics à caractère social

La loi du 25 décembre 2004 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi prévoit en son article 2 que « L'activité de placement et de contrôle de l'emploi est une mission de service public dans le cadre de la politique de développement de l'emploi, de l'équilibre régional et de la lutte contre le chômage »⁶². Une telle activité consiste à mettre en relation employeurs et demandeurs d'emploi afin qu'ils puissent conclure des contrats de travail. La loi précise que le service public de placement est assuré par l'agence nationale de l'emploi, établissement public spécifique, toutefois, elle ajoute en son article 9 : « Peuvent concourir, également, au service public de placement, les organismes privés agréés par le ministre chargé de l'emploi, après avis d'une commission interministérielle ».

Ces organismes, dénommés organismes du service public de placement des travailleurs, sont soumis à la procédure d'agrément préalable, délivré par arrêté du ministre chargé de l'emploi pour une durée de trois (3) ans renouvelable.

S'agissant des obligations auxquelles ils sont soumis, la réglementation leur impose un traitement égal de toutes les catégories de personnes et leur

61 Voir Arrêté du 18 juin 2008 fixant le cahier des charges en vue de délivrer l'autorisation de création d'un établissement privé de formation supérieure, *JORA* n° 48 du 24 août 2008.

62 Loi n° 04-19 du 25 décembre 2004 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi, *JORA* n° 83 du 26 décembre 2004.

interdit « un quelconque traitement de faveur »⁶³. En outre, les prestations qu'ils assurent au profit des demandeurs d'emploi ne doivent faire l'objet d'aucune rémunération à la charge des bénéficiaires du service et ce, du fait que celle-ci doit incomber à l'employeur.

Par ailleurs, ils sont soumis à un contrôle étroit de l'autorité publique qui s'assure du respect par les organismes concernés des dispositions légales et réglementaires qui leur sont applicables ainsi que des stipulations du cahier des charges auquel ils doivent souscrire. A titre d'exemple, « l'organisme est tenu d'informer le ministre chargé de l'emploi de tout changement intervenu dans la gestion, le fonctionnement et les personnels habilités à engager l'organisme dans un délai de dix (10) jours »⁶⁴ tout comme il est tenu de transmettre au ministre chargé de l'emploi, avant le 31 mai, un rapport annuel d'activité accompagné des documents justifiant sa situation vis-à-vis des administrations concernées et de ses engagements en matière fiscale et de sécurité sociale⁶⁵.

Lorsque l'organisme privé de placement a manqué à ses obligations, l'administration lui adresse une mise en demeure. Il s'expose aux sanctions administratives prévues par la réglementation et qui sont la fermeture de l'établissement pour une durée n'excédant pas deux (2) mois, la suspension temporaire de l'exercice de l'activité pour une durée de trois (3) mois, enfin, le retrait d'agrément.

E – Les services publics à vocation sportive

L'article 24 de la loi n° 04-10 du 14 août 2004 relative à l'éducation physique et aux sports dispose que « L'Etat et les collectivités locales, en coordination avec les fédérations sportives concernées et les clubs sportifs, veillent à la création de centres de formation de talents sportifs ». En application de telles dispositions législatives, le gouvernement a édicté un décret exécutif qui régit les centres de formation des talents sportifs, soit « des établissements de droit privé spécialisés dans la formation sportive des talents sportifs dans une ou plusieurs disciplines sportives. Ils peuvent

63 Décret exécutif n° 07-123 du 24 avril 2007 déterminant les conditions et les modalités d'octroi et de retrait d'agrément aux organismes privés de placement des travailleurs et fixant le cahier des charges-type relatif à l'exercice du service public de placement des travailleurs, *JORA* n° 28 du 2 mai 2007.

64 Art. 4 al. 2 du cahier des charges-type relatif à l'exercice du service public de placement des travailleurs, annexé au décret exécutif n° 07-123 du 24 avril 2007, précité.

65 Voir décret exécutif n° 09-94 du 22 février 2009 définissant la périodicité et les caractéristiques des informations ainsi que les données statistiques transmises à l'agence nationale de l'emploi par les employeurs, les communes et les organismes privés agréés de placement, *JORA* n° 13 du 25 février 2009.

être créés par toute fédération, ligue, club ou association sportifs »⁶⁶. Par ailleurs, la création d'un centre est subordonnée à l'obtention d'un agrément délivré par le ministre chargé des sports après avis du président de la fédération sportive nationale concernée.

Sur le plan des contrôles auxquels sont soumis les centres, on peut mentionner l'obligation qui leur incombe d'adresser un rapport annuel sur leurs activités au ministre chargé des sports, à la direction de la jeunesse et des sports de la wilaya et à la fédération sportive nationale concernée. En outre, ils sont soumis à des contrôles et inspections qui relèvent d'agents habilités auxquels ils sont tenus de transmettre toute information ou tout document nécessaire et de nature à leur faciliter l'exercice de leur mission de contrôle.

Sur le registre des sanctions, et en cas d'irrégularités constatées, le centre fait l'objet d'une mise en demeure à laquelle il doit se conformer dans un délai de quinze (15) jours, faute de quoi il s'expose aux sanctions prononcées par le ministre en charge du secteur, soit la suspension provisoire de l'activité pour une durée de trois (3) mois, la fermeture temporaire pour une durée de six (6) mois, le retrait de l'agrément.

CONCLUSION

La multiplicité des situations auxquelles on a pu faire référence conduit à nous interroger sur l'utilité de la formule de la délégation unilatérale de service public. Certes, dans le cas d'une délégation législative, la question se pose autrement au vu de la spécificité des missions que le législateur entend confier à des personnes qui les exercent en dehors de toute idée de profit comme dans le cas des mutuelles sociales, des ordres professionnels, des fédérations sportives nationales. Quant à la délégation par voie d'acte administratif unilatéral, elle n'a aucune justification et participe seulement à une grande confusion en matière de régime juridique applicable à la délégation de service public d'une manière générale. Le choix de la technique contractuelle serait plus pertinent en ce qu'il assure à l'administration les différents moyens de contrôle sur la gestion du service. Une telle simplification pourrait être accompagnée de l'édiction d'un texte général qui engloberait les règles juridiques constitutives d'un tronc commun en la matière, à l'image de ce qui existe pour les marchés publics.

66 Art. 2 du décret exécutif n° 09-97 du 22 février 2009 fixant les conditions de création, l'organisation, le fonctionnement, l'agrément et le contrôle des centres de formation des talents sportifs, *JORA* n° 14 du 4 mars 2009.

Par ailleurs, la formule conventionnelle serait la plus indiquée pour intégrer dans le contrat des clauses permettant de régler les litiges éventuels entre les parties en prévoyant le recours aux modes alternatifs de règlement des différends consacrés par le code de procédure civile et administrative. A cela il faudrait ajouter la nécessité d'une refonte des dispositions du même code ayant trait à l'arbitrage qui, curieusement, limitent l'arbitrabilité des litiges mettant en cause l'administration à la matière des marchés publics.