

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
de l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
Membre de l'Institut

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 333

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut

NOUVELLES RECHERCHES SUR LA CONDITION JURIDIQUE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Jean-Hugues Barbé

Préface de
Benoît Plessix

Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Fondée par
Marcel Waline †
Professeur honoraire
de l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
Membre de l'Institut

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 333

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut

NOUVELLES RECHERCHES SUR LA CONDITION JURIDIQUE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Jean-Hugues Barbé

Maître de conférences à l'Université Paris-Saclay

Préface de
Benoît Plessix

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



© 2024, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275142791
ISSN : 0520-0288
Collection : Thèses

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance au Professeur Benoît Plessix d'avoir accepté de diriger ce travail de recherche. Sa disponibilité, sa bienveillance et sa clairvoyance ont été d'un soutien précieux pour le mener à bien. Je veux lui dire toute ma gratitude de m'avoir laissé m'écarter du chemin tracé tout en veillant à ce que je ne m'égare pas.

Je remercie chaleureusement les Professeurs Olivier Beaud, Anne-Laure Girard, Pascale Idoux et Olivier Renaudie de m'avoir fait l'honneur de lire et de juger cette thèse.

Mes remerciements vont également à l'Université Paris-Panthéon-Assas et spécialement aux membres du département de droit public et de science politique de m'avoir fait confiance pour réaliser ce travail en m'accordant une allocation de recherche et en m'attribuant un poste d'attaché temporaire d'enseignement et de recherche.

Je dois le meilleur de ces années de doctorat à Mathieu, Pierre, Benjamin, Claire, William, Mathilde, Johann et Édouard. J'ai trouvé dans ce compagnonnage un refuge en l'existence duquel je ne croyais plus.

Il me faut enfin adresser des remerciements appuyés à Jean-Pierre, Paul, Claire, William et Benjamin d'avoir souffert de me relire et pour les conseils qu'ils m'ont prodigués.

PRÉFACE

Faire une thèse, ce n'est pas nécessairement étudier un phénomène nouveau pour en proposer une étude pionnière. La préparation d'un doctorat peut aussi consister à revenir sur un sujet déjà abordé, peut-être même abondamment traité, mais pour le réexaminer sous un angle nouveau, avec un éclairage différent, selon une nouvelle méthode. Peu importe qu'un paysage ait déjà été peint des dizaines de fois : ce qui compte, c'est le peintre, l'endroit où il pose son chevalet, la perspective qu'il choisit, la technique qu'il met en œuvre.

Tel est très exactement le sens du travail doctoral de Jean-Hugues Barbé que je suis heureux de présenter aujourd'hui, grâce à sa publication, à un public plus élargi que celui qui en a eu connaissance jusqu'à présent. La publication d'une thèse de doctorat a le grand mérite d'assurer une plus grande audience à des travaux universitaires qui le méritent pleinement : celui de Jean-Hugues Barbé en fait assurément partie.

L'intitulé même de sa thèse avertit le lecteur de l'objet de son travail doctoral : *Nouvelles recherches sur la condition juridique des établissements publics*. Ce sont bien ses recherches qui sont nouvelles, non son objet d'étude. Il lui eût été difficile de faire le contraire, tant les établissements publics ont donné lieu à une abondante littérature, qu'il s'agisse d'essayer de comprendre leurs origines, de réfléchir à leur nature statutaire (fondative ou corporative), d'en présenter des typologies ou, naturellement, de mettre l'accent sur la crise identitaire qu'ils traversent depuis plus d'un demi-siècle, en raison tout autant des perturbations provoquées par l'interventionnisme économique d'après-guerre que des restrictions imposées par l'économie de marché néolibérale, notamment au sein de l'Espace économique européen, au point qu'on prédit régulièrement leur disparition. Quant au juge, nul n'ignore qu'il n'a cessé d'ajuster ses critères d'identification pour suivre également ces évolutions du contexte normatif et économique afin de marquer la différence avec les personnes morales de droit privé, au terme d'une jurisprudence aussi ancienne que commentée. Du « On nous change notre État ! » de Maurice Hauriou lancé à propos des associations syndicales de propriétaires aux toutes récentes jurisprudences de la Cour de Luxembourg sur l'incompatibilité de certains établissements publics français avec le régime communautaire des aides d'État, tout paraît très connu, et l'on peut légitimement se demander ce que peut bien avoir à dire de nouveau Jean-Hugues Barbé.

Mais c'est sans compter sur les travaux de l'esprit et les méthodes intellectuelles. Seuls en effet de nouveaux outils mentaux d'intelligibilité et de compréhension justifient de revenir sur des faits, des idées ou des règles et permettent d'en renouveler la connaissance. Sans nouvelle grille d'analyse, pas de nouvelle analyse possible. À méditer par tous ceux qui douteraient de l'utilité des méthodes intellectuelles, surtout dans les sciences sociales ou humaines. Si le savant – quel qu'il soit, historien, sociologue, psychologue, anthropologue ou juriste – ne travaillait pas avec de

nouvelles grilles de lecture et ne renouvelait pas sa boîte à outils conceptuels, les savoirs tourneraient en rond. Et l'on ne saurait reprocher cette sclérose à ceux qui ne consacrent pas leur vie à l'étude des phénomènes humains et n'ont pas d'autres choix que de s'en tenir aux savoirs institués et aux connaissances acquises. C'est aux travailleurs intellectuels d'enrichir en permanence leurs méthodes d'observation : là est leur raison d'être.

Telle est bien la leçon à tirer de la lecture de la thèse de Jean-Hugues Barbé. S'il s'était contenté d'analyser de nouveau la jurisprudence administrative, il n'aurait rien eu à dire de neuf sur les traits distinctifs d'un établissement public par rapport à une personne morale de droit privé. S'il s'était placé dans la perspective d'une approche décliniste, il n'aurait pu que confirmer le phénomène de privatisation des établissements publics en sociétés de droit privé. S'il avait de nouveau abordé son sujet avec le prisme conceptuel de la « personne publique spéciale », de la « spécialisation fonctionnelle », avec la catégorie du « service public personnalisé » pour reprendre la définition des grands auteurs de la discipline qui se sont intéressés à ces déroutants organismes juridiques (Duguit, Hauriou, Michoud), il n'aurait rien pu dire de neuf, situation d'autant plus frustrante que tout observateur voit pourtant que la forme de l'établissement public est utilisée pour accomplir des fonctions bien plus diversifiées que la seule gestion de services publics. Avec ce concept de personne morale spéciale, Jean-Hugues Barbé n'hésite pas à parler de « concepts-écran » qui empêchent de voir autrement.

Parce qu'il en avait eu connaissance au titre de sa culture personnelle, Jean-Hugues Barbé s'est décidé à appliquer à son objet d'étude un courant de pensée anglo-saxon, en tête duquel figurent les juristes Martin Loughlin et Paul Kahn, insistant sur l'importance de la dimension politique dans l'élaboration du droit public, et notamment soulignant combien ce droit public est le produit des pratiques du pouvoir, de tous les usages et savoir-faire qui permettent aux dirigeants politiques d'agir, non pas rationnellement mais avec pragmatisme et empirisme, non pas avec la Raison, mais avec la Prudence. Or, en appliquant cette grille de lecture, Jean-Hugues Barbé a « vu » ce que les autres prismes empêchaient de voir.

Ce nouvel angle d'attaque lui a d'abord permis de faire fi de toutes les barrières spatiotemporelles. Ce faisant, il a enfin percé le mystère de l'origine des établissements publics. Ceux-ci ont émergé à partir de l'exercice par le Roi de France de son droit de régle, construit sur le modèle de la réserve pontificale, entendu comme un pouvoir de disposer de certains bénéfices. Transposé dans le contexte de l'affirmation de la souveraineté royale puis étatique, ce pouvoir discrétionnaire de réserve a permis au pouvoir politique de « mettre la main » sur un certain nombre d'ensembles de choses pour en assurer l'administration afin de les affecter au bien commun et de garantir leurs interventions au service de la communauté politique.

Mais la grille de lecture de Loughlin et de Kahn n'a pas eu seulement pour objet d'ouvrir une nouvelle voie d'explication du passé. La thèse de Jean-Hugues Barbé n'est pas un travail d'histoire. C'est une étude de droit positif, d'analyse des règles actuelles d'organisation et de fonctionnement des établissements publics, de décortication des régimes de nomination et de gestion de leurs organes. Précisément, l'approche politique du droit public permet à Jean-Hugues Barbé de se présenter aujourd'hui devant la communauté des juristes avec une thèse positive et originale que je trouve, pour ma part, très convaincante et que l'on peut résumer ainsi : l'établissement public est une forme juridique spontanée et non habilitée ; elle est dépendante pour sa formation de la pratique politique, de l'activité d'un pouvoir spontané de disposer – que Jean-Hugues

Barbé appelle la « réserve d'autorité » – qui donne à l'autorité politique le pouvoir d'agir à l'écart du droit existant pour décider librement de la direction et de l'organisation de certains établissements en soumettant leur administration à un contrôle totalement imprégné des directives de la prudence politique – qu'il propose précisément d'appeler « contrôle prudentiel », au lieu et place de celui, trop convenu, de tutelle.

Certes, comme tout travail doctoral, celui de Jean-Hugues Barbé n'est pas à l'abri de critiques et son jury a pu lui faire observer que la thèse soutenue, si elle s'appliquait fort bien à la création et à la tutelle sur les établissements publics de l'État, était beaucoup moins convaincante pour expliquer l'essence des établissements publics locaux. Il n'empêche : pour le reste, la thèse est sacrément séduisante. Comme tout travail de recherche réussi, elle éclaire d'un jour nouveau ce qu'on croyait connaître et offre des clés de compréhension qu'on ne possédait pas. Il faut avouer que la « réserve d'autorité » et le « contrôle prudentiel » sont des nouvelles catégories conceptuelles pertinentes pour expliquer l'apparition et la gestion d'établissements publics aussi anciens (hôpitaux, universités, offices industriels de l'entre-deux-guerres) que tout récents (agences régionales de santé, ports maritimes, Banque publique d'investissement, Société du Grand Paris). Ils mettent un sacré coup de vieux à la théorie de la décentralisation fonctionnelle, en expliquant pourquoi, au contraire, les établissements publics apparaissent plus que jamais sous une tutelle originale de l'État, à l'image de ces ARS d'abord créées sous forme de groupements d'intérêt public et volontairement transformées en établissements publics lorsque l'État a voulu reprendre en main sa politique de santé publique sous une forme nationale mais territorialisée. Ils expliquent encore pourquoi les établissements publics ne se contentent pas de personnaliser des services publics mais servent de support à toutes les activités sur lesquelles la pratique politique, parlementaire comme gouvernementale, entend exercer un pouvoir de direction et de contrôle (y compris l'activité de régulation, à l'image de l'autorité indépendante de sécurité ferroviaire). Quant au discours rebattu sur le déclin des établissements publics, la thèse de Jean-Hugues Barbé le rend vain puisque l'établissement public est moins une manifestation du désordre du droit que l'illustration d'une réserve d'autorité hors du droit.

C'est dire qu'une telle thèse vient bousculer les certitudes établies. Mais elle ne fait pas que cela, fort heureusement, car l'originalité n'est jamais en rien un gage de scientificité. Si elle propose une relecture du phénomène juridique des établissements publics, c'est parce qu'elle repose en amont sur une nouvelle grille de lecture, et la plus sérieuse qui soit, fondée sur l'exploitation de concepts solides fournis par d'authentiques penseurs du droit public que, parce qu'ils sont étrangers, nul n'avait songé à exploiter pour comprendre le droit administratif français. Si cette thèse peut servir de modèle à de futurs chercheurs, c'est bien au nom de sa méthode. Mais je m'arrête là car Jean-Hugues Barbé n'aimerait pas que je dise de lui ou de son travail qu'il peut servir de modèle. Car celui-ci a une seconde qualité indispensable au vrai chercheur, et qui dans son cas lui est naturelle : la modestie, face à la thèse soutenue ; l'humilité, face à ceux qui ont travaillé avant lui sur son sujet et face à tous ceux qui l'aborderont dans l'avenir avec d'autres méthodes.

Benoît PLESSIX

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit Administratif</i>
Ass.	Assemblée
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CAA	Cour administrative d'appel
C. cass.	Cour de cassation
C.	Cour des comptes
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusions
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
Fasc.	Fascicule
<i>JCl. Adm.</i>	<i>JurisClasseur Administratif</i>
<i>JCPA</i>	<i>JurisClasseur Périodique/La semaine juridique – Édition Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Lebon T.	Tables du Recueil Lebon
Ord.	Ordonnance
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil Lebon
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue Française d'Administration Publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue Française de Droit Administratif</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'Économie Publique</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
Sect.	Section
TC	Tribunal des conflits
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	5
PRÉFACE	7
INTRODUCTION.....	15
PARTIE I	
LA RÉSERVE D'AUTORITÉ, CAUSE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS	43
Titre I : La réserve d'autorité dans la formation des établissements publics	45
Chapitre 1. L'incidence limitée de la légalité	47
Chapitre 2. La prédominance de la logique prudentielle	89
Titre II : La réserve d'autorité dans l'organisation des établissements publics	139
Chapitre 1. La libre disposition des choses composant l'établissement public	141
Chapitre 2. La libre élaboration des statuts des établissements publics	177
PARTIE II	
LA FORME DE L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC, VECTRICE DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ POLITIQUE	215
Titre I : L'exercice d'un pouvoir d'orientation.....	219
Chapitre 1. L'orientation de l'administration par le principe d'autonomie	221
Chapitre 2. L'orientation de l'administration par le principe de spécialité.....	259
Titre II : L'exercice d'un contrôle prudentiel.....	287
Chapitre 1. La différenciation du contrôle de l'autorité politique	289
Chapitre 2. La caractérisation du contrôle prudentiel	335
CONCLUSION GÉNÉRALE	385

INTRODUCTION

1. La réduction de la forme de l'établissement public à la notion de personne publique spéciale est un événement dans la pensée juridique française. Autrement dit, cette manière d'appréhender les établissements publics est déterminée par des idées qui peuvent être étudiées historiquement. L'appréhension des établissements publics par le prisme de la personnalité morale à la fin du XIX^e siècle s'inscrit en effet dans une démarche doctrinale particulière. La notion actuelle d'établissement public, entendue comme personne publique spéciale, a été élaborée dans le cadre de la construction du droit administratif moderne. Elle tend à faire de l'idée d'établissement public une catégorie juridique, réductible à des critères fixes d'identification, dans le but de lui appliquer un ensemble de règles déterminées. Cette démarche n'est pas neutre sur le plan des idées. Elle implique des choix épistémologique, éthique et méthodique, c'est-à-dire une perspective, qui, certes, apporte des précisions sur la condition juridique des établissements publics et leur développement, mais elle risque dans le même temps de manquer certaines de leurs particularités. La compréhension actuelle des établissements publics est en ce sens le fruit d'une démarche *a priori*, éthique et statique.

2. C'est une démarche *a priori* en ce qu'elle est fondée sur la théorie du subjectivisme et du positivisme légaliste. Ces représentations du droit sont en effet utilisées comme des postulats préalables à l'étude des établissements publics. D'une part la construction de la notion d'établissement public repose directement sur le subjectivisme juridique. Cette théorie, selon laquelle « pour qu'il y ait des droits, il faut des personnes »¹, fonde par exemple l'entreprise de rationalisation du droit administratif de Maurice Hauriou : « Pour que l'administration tout entière soit ramenée à n'être que l'exercice des droits, il faut que toutes les matières administratives puissent être réduites en droits appartenant aux personnes administratives ; [...] il faut dire que les unités administratives ont une double personnalité : celle de personne privée qui leur donne la jouissance des droits privés, et celle de puissance publique qui leur confère la jouissance des droits de puissance, y compris les droits de police »².

Aussi, la personnalité morale est pensée comme la pierre angulaire du droit administratif³. L'usage de ce concept concrétise l'ambition de bâtir un système du

1. Voyez notamment Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, éd. L. Larose et Forcel, 2^e éd., Paris, 1893, préface, p. IX : « partout et toujours le Droit est fait pour réglementer des droits et (...) les droits ne peuvent appartenir qu'à des personnes. De là vient que d'une façon inconsciente le droit crée des personnes fictives là où il n'en existe pas de réelles, ce qu'il a fait d'une façon si remarquable en matière administrative ».

2. *Ibid.*, p. V.

3. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, éd. L. Larose et Forcel, 2^e éd., Paris, 1893, p. I : « Dans l'exposition juridique du droit administratif, j'ai

droit administratif⁴ en prenant pour modèle le plan du Code civil⁵. La doctrine a en effet trouvé dans le droit civil un modèle à partir duquel elle a ordonné la matière administrative conformément à ses besoins de cohérence et de systématisation⁶. Prenant appui sur le Code civil, dont le plan repose sur la tripartition, personnes, choses, et exercice de droits, la personnalité juridique a ainsi été mise au centre de la construction du droit administratif.

D'autre part, la technique de la personnalité morale, telle qu'elle a été utilisée par les fondateurs du droit administratif moderne, relève idéologiquement du positivisme légaliste⁷. Elle implique une éviction des aspects politiques des institutions auxquelles elle s'applique, car elle ne les appréhende que par le prisme de leurs droits et de leurs devoirs au sein d'un système juridique dans lequel le droit est fondé sur lui-même. Ce système devait comporter un nombre défini d'acteurs, de personnes, reconnaissables par des critères fixes et auxquels seraient imputés un ensemble déterminé de droits et de devoirs.

3. La systématisation de la matière administrative à partir de la personnalité morale est de plus guidée par une éthique⁸. Elle vise notamment à soustraire les

voulu, mettant à profit certains résultats considérables auxquels la jurisprudence du Conseil d'État a abouti, reprendre une méthode inaugurée il y a trente ans par Batbie et M. R. Dareste, et tenter d'organiser ce droit d'après la théorie de la personnalité ».

4. Gilles Guglielmi, « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 41 : « En recherchant précisément cet ordre, Gérando, fidèle à ses conceptions philosophiques développées dans d'autres ouvrages, accrédite l'idée que matériellement, le droit administratif constitue un objet autonome, doté d'une cohérence interne et susceptible de régulation. En un mot, il s'agit d'un système. [...] L'entreprise de Gérando est, à la fois, systémique, et systématique ».

5. Adolphe Chauveau, *Programme d'un cours de droit administratif*, Toulouse, imp. De Dieulafoy, 1838, p. 520 : « Le propos dans son ensemble traduit, à travers la répartition des matières, la conception d'un système juridique global qui reproduirait les principes du droit civil, et prendrait pour objet non pas l'homme, mais l'Administration publique ». Voyez également les remarques d'Achille Mestre, « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1922, p. 247-271 : « Dans l'esprit des juristes qui ont suivi cette voie, toute forme juridique tend à prendre figure de droits privés ; puisqu'on veut construire le droit administratif, on est donc conduit à le soumettre à la *summa divisio* qui distingue les personnes, les biens, les modes d'acquiescer ».

6. Voyez les explications de Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 375 et s.

7. Martin Loughlin, « Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, n° 16, juillet 2016, p. 30 : « La domination de l'école du légalisme positiviste dans le droit public moderne a abouti à un rétrécissement des frontières du savoir juridique. Le traitement de l'idée d'État par les tenants du légalisme positiviste l'illustre parfaitement : l'État est reconstruit comme une personne légale, une entité qui possède des droits et des devoirs. Cette personnification de l'ordre juridique a abouti à une réduction du concept d'État, à tout le moins, en supprimant ses aspects politiques intrinsèques. Cette positivisation dans la recherche d'un savoir scientifique atteint son apothéose dans la théorie du droit positif d'Hans Kelsen, qui « purifie » la souveraineté de tous ses aspects politiques et identifie l'État à l'ordre juridique. Il devient alors possible de traiter le droit public comme « une pure et simple technologie de règles ». Ma traduction de « The dominance of the school of legal positivism in modern public law has led to a considerable narrowing of the boundaries of juristic knowledge. This is graphically illustrated by the legal positivists treatment of the idea of the state : the state is reconstructed as a legal person, an entity which possesses rights and duties. This personification of juridical order led to a considerable narrowing of the concept of the state, not least, by removing its intrinsically political aspects. This positivization in the pursuit of scientific knowledge reaches its apotheosis in Hans Kelsen's theory of positive law, which « purifies » sovereignty of all political aspects and treats state and legal order as synonymous. It then becomes possible to treat public law as « a pure and simple technology of rules » ».

8. Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 375 « [...] intentions techniques de Dareste : démystifier la puissance publique, la dépouiller de son inaccessible *imperium*. « Ainsi que le droit civil, le droit administratif se rapporte tout entier aux personnes, aux choses et

personnes morales à l'action discrétionnaire de l'État⁹. D'une part, la personnalisation de l'État limite son action à leur égard. Raymond Carré de Malberg estimait en ce sens que « le grand intérêt de l'application du concept de personnalité et de subjectivité bilatérale aux rapports de puissance dominatrice, c'est que seul ce concept permet de transformer cette puissance de fait en une puissance de droit, c'est-à-dire en une puissance juridiquement réglementée et limitée »¹⁰. Cette position était également celle de Léon Michoud : « Conçue comme la simple représentation juridique du droit collectif, l'idée de personnalité de l'État ne contient en elle-même le germe d'aucun développement exagéré de la puissance publique. Elle aide au contraire à la limiter en montrant quelle est sa vraie raison d'être, et aussi en la soumettant aux procédés habituels de la méthode juridique. L'idée que la puissance publique est un droit appartenant à un sujet et que ce sujet n'est autre que la collectivité nationale, ne répond pas seulement aux exigences logiques de notre esprit ; elle nous permet d'appliquer à ce sujet de droit des règles analogues à celles qui régissent les autres sujets de droit, en tenant compte seulement de ce fait qu'il a des droits plus étendus à raison de la mission qui lui est propre »¹¹. D'autre part, de manière symétrique, la représentation des établissements publics par la notion de personne morale a pour but de leur attribuer des droits qu'ils pourraient si besoin opposer à l'État. L'inquiétude de Léon Michoud est révélatrice de cette ambition : « S'il n'y a pas de sujet, qui l'État trouvera-t-il en face de lui pour le défendre ? »¹². Cette conception a des conséquences directes sur la définition des rapports entre l'État et les établissements publics : elle soumet l'intervention de l'État dans leur formation et le contrôle qu'il exerce sur leur administration à des règles préétablies.

4. Cette méthode a pour autre inconvénient, si elle n'est pas complétée par une autre approche, de ne proposer qu'une représentation statique de la réalité juridique et politique. Elle n'explique pas comment émergent les formes juridiques ni comment elles évoluent. La personnalité morale constitue en effet le point de départ à partir duquel les institutions sont appréhendées en droit administratif. Aussi, la notion d'établissement public actuellement utilisée en droit administratif a été construite suivant une méthode déductive partant du postulat de la personnalité morale par la recherche de critères de différenciation des autres personnes morales. L'entreprise de classification est justifiée par la nécessité de déterminer un ensemble de règles fixes applicables à l'espèce que l'on cherche à isoler. Ainsi, l'étude de Pierre Avril sur la distinction entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique est commandée par la volonté d'avoir des « genres bien définis » et des « catégories bien distinctes »

aux actions. L'État et les corporations publiques, [...], sont des personnes civiles. Ils peuvent être comme tout le monde propriétaires, créanciers, ..., tenter des actions" ».

9. Pour des développements plus conséquents sur le mouvement de soustraction des personnes morales à l'action discrétionnaire de l'État, voyez les développements aux § 65 et s. ainsi qu'aux § 471 et s.

10. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I., Sirey, 1920, rééd. 2004, p. 255. Voyez également les réflexions plus récentes d'Étienne Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, t. 166, 1984, p. 84 : « Enfermer toute l'activité administrative, même les opérations de puissance publique, dans la personnalité administrative, c'est par là même l'emprisonner dans les mailles du filet juridique. Développer la personnalité juridique de l'État, ce n'est pas affranchir celui-ci, c'est au contraire augmenter la prise du Droit sur lui, c'est le limiter du côté de l'arbitraire et le soumettre au principe de responsabilité ».

11. Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1924, t. 1, p. 320.

12. *Ibid.*, p. 42.

pour leur appliquer des règles fixes¹³. Cette entreprise de rationalisation des personnes morales n'a jamais pleinement abouti. Puisque les droits et devoirs des personnes morales diffèrent et que ceux d'une même personne morale sont susceptibles d'évolution, la diversité des personnes morales est souvent réduite à un infime dénominateur commun. L'impossibilité de déterminer un contenu fixe et cohérent de droits et devoirs attachés à la personnalité morale a poussé certains auteurs à la réduire à « l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, [à] la qualité de sujet de droit actif et passif »¹⁴. La définition des établissements publics comme personne publique spéciale n'échappe pas à cette difficulté. En effet, alors que l'idée de personnalité morale de droit public devrait impliquer certaines sujétions de droit administratif, le bénéfice de prérogatives de puissance publique et la poursuite d'une activité spéciale¹⁵, la diversité des établissements publics se caractérise par l'absence d'homogénéité de leur régime juridique.

5. La démarche qui a conduit à la définition des établissements publics comme personne publique spéciale est donc *a priori*, en ce qu'elle pose la personnalité juridique comme postulat de toute recherche juridique et en ce qu'elle évince tout élément politique de l'étude des formes juridiques ; éthique, en ce qu'elle tend à limiter l'action de l'autorité politique à leur égard ; ainsi que statique, car elle se donne pour seul objet de décrire le droit positif en vigueur et de déterminer les droits et devoirs des personnes morales actrices du droit administratif sans intégrer dans son analyse la manière dont les formes juridiques se développent en lien avec l'évolution de leur milieu.

6. Les études récentes sur les établissements publics s'inscrivent toujours, consciemment ou non, dans ce schéma. Elles continuent en effet de prendre pour point de départ la personnalité morale. La définition des établissements publics comme personne publique spéciale est ainsi prise pour un donné. Plutôt que de chercher à déterminer l'origine et les raisons d'être des établissements publics, la doctrine a concentré ses efforts sur leur intégration dans une classification cohérente de personnes morales. Le travail de mise en ordre du droit administratif par le prisme de la personnalité morale précise certes certaines de leurs caractéristiques en mettant en avant notamment leur autonomie et la spécialité de leur objet statutaire et tend à encadrer leur développement et leur fonctionnement. Cependant, le concept de personne publique spéciale ne permet pas de particulariser les établissements publics. Benoît Plessix souligne sur ce point la « vanité » de la recherche d'une définition opérante de l'établissement public à partir de la personnalité morale¹⁶. Ainsi, de la difficulté de réduire les établissements publics à un type de personne morale isolé a pu être déduite l'impossibilité de les distinguer rationnellement des personnes morales privées, en ce que ces deux groupes de personnes morales, dit Benoît Plessix, « relèvent d'une idée commune de "personne morale à vocation spéciale". [...] Rien, sur un plan conceptuel,

13. Pierre Avril, Les origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique, étude de droit français, Thèse Grenoble, éd. A. Rousseau, Paris, 1900, p. 1.

14. Jacques Petit, « La personnalité publique », Rapport de synthèse du colloque sur la personnalité publique organisé par l'AFDA les 14 et 15 juin 2007, LexisNexis, 2007, p. 244.

15. Voyez en ce sens les remarques de Benoît Plessix, « Établissements publics. Notion, création, contrôle », *JCl. Administratif*, fasc. n° 135, mars 2014, § 12 et s.

16. Benoît Plessix, « Établissements publics. Notion, création, contrôle », *JCl Adm.*, fasc. 135, juillet 2014, § 8 : « Il est donc délicat de définir une notion technique d'établissement public, fondée sur une singularité irréductible de la personnalité morale de droit public ».

ne distingue une association syndicale libre (personne privée) d'une association syndicale autorisée ou forcée (établissement public), une clinique privée d'un hôpital public, etc. »¹⁷. De plus, il existe des personnes morales spéciales privées qui exercent des missions et des prérogatives réservées traditionnellement aux personnes publiques et qui sont soumises au droit administratif et, de manière symétrique, certains établissements publics exercent des missions réservées habituellement à l'initiative privée et sont soumis aux règles du droit privé¹⁸. Dans le même sens, non seulement d'autres personnes publiques spéciales ont été reconnues sans être clairement distinguées des établissements publics¹⁹, mais aussi la compétence générale des collectivités territoriales mise en avant pour les opposer aux établissements publics est remise en question²⁰. Pour tenir compte de ces évolutions, les critères de distinction entre les différentes personnes morales ont été réévalués à plusieurs reprises²¹, mais les sous-basements théoriques de ces définitions et les origines historiques des premiers établissements publics n'ont pas été interrogés.

L'étude de l'émergence des premiers établissements publics et de leur préfiguration historique, ainsi que l'attention portée à leur développement révèlent une compréhension différente et justifie le recours à une autre perspective (§ 1). Sans remettre totalement en cause les considérations actuelles, cette approche enrichit la compréhension des établissements publics en posant un nouveau regard sur la forme qui les caractérise et sur les enjeux auxquels ils sont confrontés (§ 2).

§ 1. LA VALEUR HEURISTIQUE DE L'HISTOIRE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

7. La personnalité morale a fonctionné comme un véritable *concept-écran*, restreignant ainsi l'accès à la réalité, en ce que la doctrine n'a pas pensé les établissements publics à partir d'autres notions que celles de personne publique spéciale ou plus largement que celles du droit positif²². Afin de déterminer ce qui a pu être masqué par la démarche anhistorique et systématique des fondateurs du droit administratif, il est nécessaire de se libérer de toute conception *a priori* et de porter une attention plus forte à la provenance et au développement des établissements publics. C'est en effet toujours dans l'épaisseur de la durée et de l'expérience que se repèrent les traits saillants des formes juridiques. C'est la résistance au temps de leurs éléments, leur adaptation à l'expérience et leur permanence qui en détermine la substance. Plutôt que de partir d'une conception *a priori*, que ce soit du droit ou des exigences du droit public, on peut d'abord réexaminer le thème des établissements publics en repartant de leur origine et de l'histoire de leur développement, notamment pour rechercher les traits caractéristiques communs des premiers établissements publics. Ce préalable, dont les enseignements enrichissent la compréhension des établissements publics, n'est pas pour autant une étude historique au sens strict du terme. Elle n'a pas pour

17. *Ibid.*, § 8.

18. André Demichel, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, thèse, Bordeaux, 1960, p. 588.

19. Fabrice Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public. La reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *A.J.D.A.*, 2003, p. 711.

20. *Infra*, n° 446 et s.

21. Voyez notamment la première partie de l'étude de Jacques Chevallier sur *La place de l'établissement public en droit administratif français*, Publications de la faculté de droit d'Amiens 1972-1973, n° 3.

22. Sur cette tendance de la doctrine, voyez l'article de Jean-Jacques Bienvenu, « Actes juridiques et classifications », *Droits*, n° 7, 1988, p. 26 : « L'ensemble de la doctrine contemporaine se limite désormais à l'exégèse des catégories du droit positif [...] ».

objet de décrire un passé révolu, mais, par l'étude de la provenance des établissements publics, d'insister sur leur raison d'être et de révéler des caractéristiques apparaissant de manière plus évidente lors de l'émergence des premiers établissements publics et qui continuent de marquer cette forme juridique. Le but de ce détour par l'histoire des établissements publics est surtout de montrer sa valeur heuristique, de faire découvrir qu'il y a d'autres voies pour étudier les établissements publics que celles du positivisme légaliste. Les enseignements de l'étude de la préfiguration historique des établissements publics, notamment parce qu'elle révèle leur dépendance à l'égard d'une réserve d'autorité (A), justifient de rattacher l'étude des établissements publics à la tradition du droit public pour en proposer une approche renouvelée (B).

A. LA RÉSERVE D'AUTORITÉ À L'ORIGINE DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

8. L'étude du développement des établissements publics montre qu'ils ne sont pas les produits d'une création *ex nihilo*. Leur auteur intervient toujours dans un milieu donné et agit sur la matière existante. Les premiers établissements publics, que ce soient les hôpitaux, les haras nationaux ou les universités existaient avant sous une autre forme. Ils ont été transformés en établissements publics²³. La personnalité morale apparaît alors au second plan, car ces établissements en bénéficiaient avant d'être des établissements publics et n'ont pas obtenu les attributs de la personnalité publique après leur transformation. Ils n'étaient pas dénués pour autant de traits communs qui les distinguaient des autres formes d'établissements. Nombre de ces traits communs se rattachent à l'action de l'autorité politique, à la manière dont elle agit sur ces établissements. Il est alors apparu nécessaire de réaliser une étude de la préfiguration historique des établissements publics, préalablement à la description des déterminants de leur forme et de leurs traits caractéristiques. Afin de comprendre les causes de la transformation de ces établissements en établissements publics, il était nécessaire de remonter à l'origine du mécanisme par lequel l'autorité politique s'en est rendue maître. Il ressort de cette recherche que la forme de l'établissement public a émergé à partir de l'exercice par les Rois de France de leur droit de régle sur les bénéfices ecclésiastiques (1) avant que l'action royale sur les établissements trouve un fondement plus étendu dans l'affirmation d'une réserve d'autorité (2).

1. L'émergence de la forme de l'établissement public par l'exercice de la régle royale

9. La forme de l'établissement public a émergé à partir de l'exercice par les rois de France de leur droit de régle, lequel est entendu largement comme un pouvoir de disposer des bénéfices ecclésiastiques. Catégorie particulière de biens ecclésiastiques, le bénéfice pouvait être défini comme une masse de biens dotée de la personnalité morale dont le bénéficiaire a la charge. Ce dernier retire une partie de l'emploi de ce bénéfice pour assurer sa subsistance, le surplus devant être affecté à des œuvres de pitié. Le mot « bénéfice » était également entendu comme « le droit attribué à un clerc de jouir durant sa vie des revenus de certains biens consacrés à Dieu à cause de l'office spirituel dont ce clerc est chargé par l'autorité de l'Église »²⁴. Il n'est pas utile d'entrer dans une dispute sur la définition de la notion de bénéfice. Ce qui

23. *Infra*, n° 218 et s.

24. *Encyclopédie méthodique de jurisprudence*, Panckoucke, Paris, 1782-1791, t. 2, p. 12.