HAL
open science

De la relation entre service public et fonction publique. Etude comparée des droits français et chinois

Xiaowei Sun

To cite this version:

Xiaowei Sun. De la relation entre service public et fonction publique. Etude comparée des droits français et chinois. Droit. Université de Franche-Comté, 2014. Français. NNT : 2014BESA0001 . tel-01164329

HAL Id: tel-01164329

https://theses.hal.science/tel-01164329

Submitted on 16 Jun 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

ÉCOLE DOCTORALE « LANGUES, ESPACES, TEMPS, SOCIÉTÉS »

CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

DE LA RELATION ENTRE SERVICE PUBLIC ET FONCTION PUBLIQUE

ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS FRANÇAIS ET CHINOIS

présentée et soutenue publiquement par

Xiaowei SUN

le 26 septembre 2014 à Besançon

Membres du jury :

Monsieur Charles FORTIER, professeur à l'Université de Franche-Comté, directeur de la thèse

Madame Emmanuelle MARC, professeur en détachement, premier conseiller au Tribunal administratif de Versailles

Monsieur Fabrice MELLERAY, professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, rapporteur

Monsieur Gérald SIMON, professeur à l'Université de Bourgogne

Monsieur Antony TAILLEFAIT, professeur à l'Université d'Angers, rapporteur

UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

ÉCOLE DOCTORALE « LANGUES, ESPACES, TEMPS, SOCIÉTÉS »

CENTRE DE RECHERCHES JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

DE LA RELATION ENTRE SERVICE PUBLIC ET FONCTION PUBLIQUE

ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS FRANÇAIS ET CHINOIS

présentée et soutenue publiquement par

Xiaowei SUN

le 26 septembre 2014 à Besançon

Membres du jury :

Monsieur Charles FORTIER, professeur à l'Université de Franche-Comté, directeur de la thèse

Madame Emmanuelle MARC, professeur en détachement, premier conseiller au Tribunal administratif de Versailles

Monsieur Fabrice MELLERAY, professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, rapporteur

Monsieur Gérald SIMON, professeur à l'Université de Bourgogne

Monsieur Antony TAILLEFAIT, professeur à l'Université d'Angers, rapporteur

L'Université de Franche-Comté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I. LE RECUL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS : LA QUESTION DU PÉRIMÈTRE DU DROIT PUBLIC

Titre I. Le déclin de la gestion publique par la privatisation des services publics

Chapitre I. Les modalités communes de privatisation des services publics en France et en Chine

Chapitre II. Les conséquences de la privatisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique

Titre II. Le développement de la gestion indirecte des services publics par l'administration

Chapitre I. Les pratiques françaises et chinoises d'externalisation des services publics

Chapitre II. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique

PARTIE II. L'INFLUENCE DU DROIT PRIVÉ SUR LES ÉVOLUTIONS DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE : LA QUESTION DU CONTENU DU DROIT PUBLIC

Titre I. La contractualisation de la fonction publique

Chapitre I. Des emplois contractuels au sein de la fonction publique

Chapitre II. Les conséquences du développement des emplois contractuels dans la fonction publique

Titre II. Vers une gestion managériale du personnel de la fonction publique

Chapitre I. Les conséquences de l'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique

Chapitre II. La circulation facilitée entre les domaines public et privé du travail

CONCLUSION GÉNÉRALE

Bibliographie

Index alphabétique

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS

AFDA.	Association française pour la recherche en droit administratif
aff.	Affaire
al.	Alinéa
AJCT.	Actualité juridique, collectivités territoriales
AJDA.	Actualité juridique, droit administratif
AJFP.	Actualité juridique, fonction publique
AN.	Assemblée Nationale
ANP.	Assemblée Nationale Populaire
APD.	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile, sociale et commerciale)
c/	Contre
CA.	Cour d'appel
CAA.	Cour administrative d'appel
C. cass.	Cour de cassation
C. cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
C.cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
C. cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. const.	Conseil constitutionnel
CP-ACCP	Contrats publics-L'Actualité de la commande et des contrats publics
CDD.	Contrat à durée déterminée
CDI.	Contrat à durée indéterminée
CE.	Conseil d'État
CFP	Cahiers de la fonction publique et de l'administration
chron.	Chronique
CJCE (CJUE).	Cour de justice des Communautés européennes (Cour de justice de l'Union européenne)
CJEG (RJEP).	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (Revue juridique de l'économie publique)
coll.	Collection
comment.	Commentaire
conl.	Conclusions
D.	Recueil Dalloz
dir.	Direction
Dr. adm.	Droit administratif
DP.	Dalloz périodique
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Édition
EDCE.	Études et documents du Conseil d'État
EPA.	Établissement public administratif
EPIC.	Établissement public industriel et commercial
GRH.	Gestion des ressources humaines

Ibid.	*Ibidem*
JCP A.	Juris-classeur (Semaine juridique), administration et collectivités territoriales
JCP éd. gén.	Juris-classeur (Semaine juridique), édition générale
JO.	Journal officiel
LGDJ.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LOLF.	Loi organique relative aux lois de finances
loc. cit.	*Loco citato*
MAP.	Modernisation de l'action publique
n°	Numéro
obs.	Observation
OMC.	Organisation mondiale du commerce
op. cit.	*Opus citatum*
p.	Page
PCC.	Parti communiste de Chine
Préc.	Précité/ée/és/ées
PUF.	Presses Universitaires de France
QPC.	Question prioritaire de constitutionnalité
RDP.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDI.	Revue de droit immobilier
RDUE.	Revue du Droit de l'Union européenne
RDT.	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administrative d'appel, des jugements des tribunaux administratifs
rééd.	Réédition
req.	Requête
Rev. adm.	Revue administrative
RFAP.	Revue française d'administration publique
RFDA.	Revue française de droit administratif
RGCT.	Revue générale des collectivités territoriales
RGPP.	Révision générale des politiques publiques
RJEP.	Revue juridique de l'entreprise publique (Revue juridique de l'économie publique)
RLCT.	Revue Lamy des collectivités territoriales
S.	Recueil Sirey
sv.	Suivants
S. H.	*In sensu hoc*
SPA.	Service public administratif
SPIC	Service public industriel et commercial
t.	Tome
TA.	Tribunal administratif
TC.	Tribunal des conflits
vol.	Volume
USP.	Unité de service public

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Depuis l'Antiquité la Chine représente aux yeux de l'Occident une civilisation aussi puissante que mystérieuse. Après le récit du Voyageur vénitien[1], l'œuvre encyclopédique du Père du Halde[2] a de nouveau suscité des réflexions notamment chez les hommes des Lumières qui, fascinés par cette civilisation ancienne et la grandeur de son Empire, cherchent à y tester le caractère universel de leur rationalisme. Voltaire cite les sages chinois dans son *Dictionnaire philosophique* ; Montesquieu consacre de longs développements à la Chine dans *De l'esprit des lois* ; Diderot rédige la *Philosophie des Chinois* dans l'*Encyclopédie* ; Turgot offre ses instruments d'analyse par des *Questions sur la Chine adressées à deux Chinois* ; Rousseau puise chez les Chinois les arguments de son *Discours sur les sciences et les arts*… Cependant, nul n'a pu prétendre appliquer les notions et théories occidentales à ce continent à part qui se nomme toutefois la Terre du Milieu.

Au sein de cet empire, Montesquieu observe une juxtaposition des principes les plus contradictoires aux yeux d'un européen. Ce phénomène de contradiction est d'ailleurs toujours d'actualité, malgré deux siècles de modernisation d'abord imposée puis volontaire : modernisation, à l'égard d'une Chine enfermée et mal connue de l'Occident, contrainte par l'intrusion brutale de l'industrialisme occidental ; modernisation pensée et construite en réaction à une société incapable de s'assurer elle-même contre les outrances étrangères. La construction d'un système juridique en Chine au XXème siècle est précisément l'un des piliers de cette modernisation (I). Si, dans cette construction, le droit français exerce une influence considérable sur la doctrine chinoise, une explication des spécificités respectives des droits français et chinois s'impose tant au niveau conceptuel qu'au niveau méthodologique (II). La présentation de ces éléments est indispensable pour la formulation et pour la compréhension de notre problématique (III).

---

1 *Marco Polo* (1254 – 1324), après avoir séjourné 17 ans en Chine, retourne à Venise où emprisonné, il dicte une narration de son voyage chinois à *Rustichello da Pisa* qui la publie sous le titre *Devisement du monde* ou encore *Le livre des merveilles*.

2 Jean-Baptiste du Halde (1674 – 1743), jésuite français, s'appuyant sur les récits et témoignages de divers missionnaires, publie, en 1735, *Description géographique, historique, chronologique, politique et physique de l'Empire de la Chine et de la Tartarie chinoise*.

I. La construction historique du système juridique chinois

Le développement du système juridique en Chine est tributaire des coutumes de l'ancien régime impérial d'une part (A) et des droits étrangers notamment occidentaux d'autre part (B).

A. Le droit dans la Chine ancienne

Si la construction du système juridique chinois est l'entreprise des régimes républicains s'inspirant des modèles occidentaux, le droit, entendu dans le sens de l'ensemble des règles contraignantes édictées par l'autorité souveraine, n'est pas inconnu dans la Chine antique. À la fin de la période des Royaumes-combattants[3], l'École des légistes[4] jouit d'une influence importante auprès des monarques les plus ambitieux et les plus puissants car le système normatif que les légistes proposent consiste à instaurer une administration uniquement au service du souverain, forte et centralisée, dont le fonctionnement est continu et efficace. Ainsi, grâce aux systèmes successivement établis par les légistes tels que SHANG Yang[5], HAN Fei[6] et LI Si[7], le Royaume Qin s'est doté d'une puissance inouïe ; il réunit, en 221 av. J.-C., les royaumes en un vaste empire. Afin d'étendre son règne aux confins de cet immense territoire et d'assurer l'effectivité de son autorité absolue, l'empereur fait édicter des lois qui doivent être appliquées indifféremment à tous les sujets de l'Empire. L'application de ces lois est assurée par les gouverneurs locaux et officiers impériaux qui se substituent aux seigneurs féodaux et vassaux et qui sont également chargés d'enseigner les lois impériales aux sujets de l'Empire. « Que les lois deviennent préceptes, les fonctionnaires, enseignants »[8] : cette proposition, faite par HAN Fei à l'Empereur Ier[9], pose le principe du

3 En chinois *战国*, du Vème siècle av. J.-C. environ jusqu'à l'unification des royaumes par la fondation de l'Empire Qin en 221 av. J.-C..

4 Il s'agit d'une école de pensée de la Chine antique, apparue dès le VIIème siècle av. J.-C. qui est devenue un des courant les plus importants entre les IVème et IIIème siècles av. J.-C.. Les légistes préconisent une normalisation de la volonté du souverain. Celle-ci étant changeante, incertaine et parfois absente, il faut, selon les légistes, établir un système de règles écrites. Cette pensée est considérée, en Chine, comme l'origine de la pensée juridique chinoise.

5 SHANG Yang *商鞅*, ou GONGSUN Yang *公孙鞅* (390 – 338 av. J.-C.), seigneur de Shang, réformateur légiste sous le règne du Prince Xiao *秦孝公* (381 – 338 av. J.-C.) des Qin. Il prône le principe de la souveraineté absolue du prince et la centralisation administrative tant au niveau de l'organisation territoriale qu'au niveau du fonctionnement institutionnel. Ci-après, les noms de famille chinois sont en lettres majuscules.

6 HAN Fei *韩非* (281 – 223 av. J.-C.), penseur politique, légiste auprès du Roi Zheng des Qin *秦王政* puis de l'Empereur Ier des Qin ou Shi Huang Di *秦始皇帝*.

7 LI Si *李斯* (280 ? – 208 av. J.-C.), légiste, premier ministre du Royaume Qin puis de l'Empire Qin.

8 HAN Fei, *Han Fei Zi, Wu Du, 韩非子, 五蠹*, notre traduction de " *以法为教，以吏为师* ". Ci-après, les traductions du chinois en français sont les nôtres lorsqu'il n'y a pas de précision particulière.

9 L'Empereur Ier des Qin ou Shi Huang Di *秦始皇帝* (259 – 210 av. J.-C.).

fonctionnement du régime impérial. Toutes précautions prises avec les risques d'anachronisme, il est possible de dire que deux siècles avant notre ère, s'érige, dans le monde de l'Extrême-Orient, un État dont l'organisation ressemble à celle de la France *post* révolutionnaire.

Bien que le régime de l'Empire Qin ait été considéré comme despotique par ses successeurs en raison de la rigidité et de la cruauté de ses lois, aucun n'a contesté l'efficacité de la méthode qu'il avait appliquée pour maintenir l'ordre sur un territoire immensément étendu et pour gouverner une population si nombreuse. L'Empire Qin s'est effondré dans les révoltes des paysans et des familles nobles des anciens royaumes ; le système institutionnel qu'il a établi fut pourtant repris par presque tous les régimes postérieurs, y compris les républiques. Selon l'historiographie chinoise, depuis la fondation de l'Empire Qin, et malgré les moments de trouble et de déchirement, l'unification en vue de bâtir un État centralisé devient l'objectif principal et constant du pouvoir. Chaque dynastie, imitant le modèle des Qin, édicte des normes écrites afin de gouverner le pays. Ces normes peuvent être clarifiées en deux catégories : la matière pénale[10] et le domaine administratif[11]. Quant aux affaires civiles (hormis celles concernant les fonctionnaires impériaux), les gouverneurs locaux tranchent en fonction des coutumes et d'une éthique qui se dégage de la Raison céleste[12]. Depuis la Dynastie Song (960 – 1279), grâce au renouvellement dogmatique par l'École de Li[13], le confucianisme devient définitivement la pensée dominante en Chine notamment dans le système politique et institutionnel de l'État. Le droit est par conséquent largement tempéré par cette pensée. Il y a des normes écrites, mais les magistrats, issus de l'enseignement confucéen, devront faire primer la Raison céleste, regardée comme vérité éternelle. L'application et l'exécution des normes impériales sont ainsi concurrencées par une sorte de loi naturelle. En outre, la société chinoise ancienne qui s'était entièrement reposée sur le pouvoir de la famille, est marquée par le dédain et le contournement du procès. Dans la plupart des cas, le magistrat et les intéressés cherchent à résoudre les conflits à l'amiable, alors que le pouvoir impérial se contente de monopoliser le domaine que l'on nomme « régalien » en Occident.

---

10 Tels que les codes prescrivant les infractions et crimes ainsi que les sanctions.

11 Notamment les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des appareils d'État et celles sur les impôts.

12 *天理* (Tian-li) ou *理* (Li), une des notions fondamentales du confucianisme, notamment développée par CHENG Hao *程颢* (1032 – 1085), CHENG Yi *程颐* (1033 – 1107) puis ZHU Xi *朱熹* (1130 – 1200), laquelle a eu pour effet de renouveler la doctrine confucéenne et de permettre son essor. Cette notion consiste dans la croyance en une raison céleste immuable et absolue, laquelle est l'origine de toute existence. La méditation, l'observation des lois de la nature, et le désintéressement matériel permettent d'approcher la perception de cette Raison.

13 *理学*, Li-xue.

Le droit dans la Chine ancienne est donc un droit public[14], entendu dans le sens d'un ensemble de normes qui servent à asseoir le pouvoir impérial et caractérisées par le principe de l'unilatéralité[15]. Cette vision régalienne du système normatif va être bouleversée par les révolutions républicaines qui prôneront à la fois les droits des citoyens et le principe de la souveraineté de la nation à l'instar des révolutions européennes. Elles contribueront à doter la Chine d'un système juridique digne d'un État moderne et républicain.

B. L'influence des droits occidentaux : de l'Empire à la République

Si l'analyse du droit dans la Chine impériale peut être suspectée de certains abus de langage, l'introduction des notions philosophiques, politiques et juridiques depuis le début du XXème siècle permet une communication référentielle avec l'Occident moderne. À la fin de la Dynastie Qing (1644 – 1912), les défaites successives ont contraint le gouvernement impérial et la classe des lettrés à comprendre et accepter la nécessité d'apprendre auprès de l'Occident. Les écoles supérieures enseignant les matières scientifiques, copiées des pays occidentaux, sont établies par le gouvernement impérial, et deviendront plus tard les universités sous la République. En même temps, l'État choisit parmi les familles les plus éminentes les enfants les plus talentueux et les envoie dans les pays les plus développés de l'époque. Après leurs études, ces jeunes mandarins occidentalisés sont censés occuper des places considérables à leur retour en Chine. Les ouvrages occidentaux sont traduits en langue chinoise et lus pour que les autorités y puisent des enseignements. La construction d'un système juridique à l'instar des modèles occidentaux est ainsi en germe. Au cours des années 1900, l'Empereur Guangxu[16] a octroyé plusieurs textes juridiques

---

14 L'utilisation du terme « public » est certes abusive. La distinction entre les domaines privé et public n'a jamais été théorisée en Chine pour être concrétisée par les lois impériales bien qu'elle existe de fait. Le bâtiment du siège d'un gouverneur de province n'appartient pas personnellement à celui-ci. À la suite de sa retraite, sa révocation, ou de son décès, son successeur y entre. C'est donc le lieu de l'office du gouverneur. Le titre de gouverneur n'est pas un bien subjectif. Ce principe est valable pour tous les offices impériaux : on ne devient pas serviteur de sa majesté par le lien génétique mais par le mérite.

15 Voir pour une étude de la sinologie juridique, Dominique Gaurier, « L'idée de codification dans la Chine ancienne », *in Mélange Fritz Sturm*, sous la dir. de Jean-François Gerkens, Peter Trenk-Hinterberger, Peter Hansjörg et Roger Vigneron, Éditions Juridiques de l'Universalité de Liège, 1999, p. 687 – 702.

16 *光绪帝* (1871 – 1908), le XIème empereur de la Dynastie Qing. Son ambition de transformer l'Empire en une monarchie constitutionnelle et de développer la Chine avec une profonde occidentalisation s'est effondrée par sa mort précoce (soupçonnée d'empoisonnement). Voir LI Guilian et WANG Zhiqiang, « 1902 (la 8ème année du règne de Guangxu) centenaire du droit chinois », *in Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, actes du colloque international des 7 et 8 octobre 2002 au Palais du Luxembourg, organisé par l'Universalité de Bourgogne-CNRS, travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous la dir. de Xiao-Ying Li-Kototchikhine, Litec, Clamecy, 2004, p. 119 – 138.

plus symboliques que fonctionnels, tels le « Code impérial du commerce »[17] du 2 janvier 1904, la « Constitution impériale »[18] du 27 août 1908, le « Code impérial pénal » du 25 janvier 1911 et le « Projet de Code impérial civil »[19] achevé en août 1911 et qui n'a pu entrer en vigueur qu'au moment de la proclamation de la République en 1912. En un mot, ces textes juridiques sont largement inspirés des droits occidentaux et en particulier français, souvent *via* l'influence du droit japonais[20].

Sous la République, la méthode n'a pas changé, tandis que la conviction et la volonté de modernisation, ou plus exactement d'occidentalisation, sont plus fermes et constantes. Les traductions des droits occidentaux constituent les sources principales de la législation chinoise et de la construction du système juridictionnel de la République. Comme la plupart des régimes issus d'une révolution politique, prônant la modernité, la République de Chine, après avoir unifié le territoire de l'ancien empire, entame un travail de codification et adopte le système du droit dit continental, c'est-à-dire romano-germanique. Les Six Codes de la République[21] établis autour des années 1930 (exceptée la Constitution de la République) montrent l'ambition du gouvernement républicain de construire un système juridique moderne. Pendant ces codifications, le droit japonais a été, comme à la fin de l'Empire, source première de référence. Or, le droit japonais est lui-même inspiré des droits européens, et notamment du droit français en ce qui concerne tant le système de codification que le droit public. Ainsi, le Baron Rinsho Mitskuri[22], après avoir été ébloui par le

17 〝*钦定大清商律*〞, *Qin-ding-da-qing-shang-lü*.

18 〝*钦定宪法大纲*〞, *Qin-ding-xian-fa-da-gang*.

19 〝*大清民律草案*〞, *Da-qing-min-lü-cao-an*.

20 Grâce à la Restauration de Meiji (*明治維新*, *めいじいしん*, Mei-ji-i-shin) entraînant des bouleversements politique, économique et social durant la seconde moité du XIXème siècle, l'Empire du Japon s'est transformé en une des plus grandes puissances mondiales. Cela donne un grand espoir et un exemple à beaucoup de lettrés chinois. Le Japon devient alors une des sources les plus importantes des idées réformatrices autour de la Révolution de 1911. Au lieu d'aller puiser directement les renseignements dans les pays occidentaux, les lettrés réformistes et révolutionnaires préfèrent souvent étudier au Japon et traduire les ouvrages et textes japonais qui sont eux-mêmes des traductions des écrits en langues occidentales. Cette démarche est en grande partie due à la proximité géographique et, surtout, à la facilité de la compréhension linguistique. En effet, la langue japonaise utilise les sinogrammes pour énoncer les notions tandis que ses alphabets ne sont employés que pour des traductions purement phonétiques.

21 Le Code pénal du 10 mars 1928 (abrogé), le Code de la procédure pénale du 28 juillet 1928 (abrogé), le Code civil dont les dispositions sont successivement promulguées entre mai 1929 et décembre 1930, le Code de la procédure civile du 29 janvier 1932 (abrogé), le Code administratif du 22 octobre 1932 (notamment la loi du 22 octobre 1932 sur « la procédure administrative ») et la Constitution de la République du 1er janvier 1947. Sous la République de Chine, le terme « Six Codes » est communément employé pour désigner l'ensemble des textes juridiques de droit positif, bien qu'aujourd'hui le nombre des codes soit supérieur à six. Il s'agit d'une clarification en six catégories des normes juridiques : le droit constitutionnel, le droit civil y compris le droit du commerce, le droit pénal, les deux droits procéduraux civil et pénal et le droit administratif y compris la procédure administrative.

22 *箕作麟祥*, *みつくり りんしょう* (1846 – 1897), homme d'État, juriste et penseur japonais de l'ère Meiji, Baron

modernisme occidental lors de l'exposition universelle de Paris en 1867, a fait traduire en langue japonaise les cinq codes dits napoléoniens[23], lesquels constituent une des inspirations les plus importantes[24] des codifications japonaises. Les traductions sont lues par les juristes chinois, témoins du succès de cette transposition du droit romano-germanique dans un pays asiatique proche de leur culture. S'inspirant de cette transplantation japonaise et en l'adaptant au contexte chinois avec certaines modifications (telle que l'intégration du code de commerce dans le code civil), les juristes de la jeune république chinoise envisagent un code administratif réunissant toutes les normes régissant les rapports entre les particuliers et l'administration ainsi que l'organisation et le fonctionnement de celle-ci. Les juristes chinois auraient-ils prévu l'ascension du droit administratif français en observant son essor depuis la fin du XIXème siècle ? La traduction de l'ouvrage d'Henri Berthélemy[25] par trois juristes chinois, publiée en 1912, l'an I de la République, sous le titre de « Droit administratif français »[26], a certainement joué un rôle majeur dans le développement de la doctrine juridique chinoise de l'époque.

L'influence française s'exerce également dans la construction du système juridictionnel. Ainsi, l'instauration du Conseil des litiges administratifs[27] en 1914 (l'an III de la République) opère une distinction entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif sur le plan de la répartition des compétences juridictionnelles. Le Conseil des litiges administratifs est l'instance juridictionnelle de premier et dernier ressort pour les litiges relatifs à l'administration publique de l'État ; il est également chargé de sanctionner et notamment, le cas échéant, de révoquer les fonctionnaires de l'État. Le Conseil devient, en 1933 (l'an XXII de la République), la Cour administrative[28] en perdant ses attributions de sanction des fonctionnaires. Le système de séparation des compétences judiciaire et administrative continue à s'appliquer après le repli de la République de 1912 à Taïwan. En 2000

---

et membre de la Pairie. Largement influencé par la doctrine juridique française et en étroite collaboration avec le juriste français Gustave Émile Boissonnade de Fontarabie, il a été l'un des principaux rédacteurs du Code de commerce et du Code civil du Japon.

23 Le Code civil de 1804, le Code de procédure civile de 1806, le Code de commerce de 1807, le Code d'instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810.

24 Le droit allemand a également eu un impact considérable sur les codifications japonaises notamment dans leurs évolutions ultérieures.

25 Vu le libellé du titre en langue chinoise et la date de la traduction, il s'agit du « Traité élémentaire de droit administratif » paru en 1908.

26 XIANG Fang, ZHANG Qiyu, JIANG Hancheng, *Droit administratif français*, Pékin, Shang-wu-yin-shu-guan (*Commercial Press*), 1912, [*项方, 张其棫, 姜汉澄,* 法国行政法, *北京, 商务印书馆*].

27 *平政院*, Ping-zheng-yuan, instauré par le gouvernement de Pékin en 1914.

28 *行政法院*, Xing-zheng-fa-yuan, instaurée par le gouvernement de Nankin en 1933.

(l'an LXXXIX de la République), avec la création de trois cours supérieures administratives[29] en tant qu'instances de premier ressort, la Cour administrative s'est transformée en Cour administrative suprême[30].

La construction du système juridique qu'entreprend la République de 1912 s'est ainsi déroulée sous l'influence du droit occidental et notamment celle de la doctrine française. Cette construction se poursuit malgré la Guerre sino-japonaise de 1937 à 1945 et la Guerre civile chronique entre le gouvernement de Nankin et le Parti communiste de 1927 à 1949. Cependant, ce système est supprimé par le gouvernement de la République Populaire de 1949 (ci-après République Populaire), décidé à rompre avec le régime précédent. Il continue à s'appliquer à Taïwan, aux Pescadores (îles Penghu), à Jinmen et aux îles Matsu, c'est-à-dire sur le territoire actuel de la République de Chine (territoire de Taïwan). Tout le reste est désormais soumis à un nouveau régime, fondé par le Parti communiste victorieux de la Guerre civile : la République Populaire.

Le début de la République Populaire est marqué par une double rupture, avec la Chine ancienne et avec le monde occidental. Sur le plan juridique, le système des « Six Codes » établi par le régime précédent est entièrement rejeté. La décision d'abolir les codes de la République de 1912 a été prise avant même la proclamation de la République Populaire par le Comité central du Parti communiste de Chine (ci-après PCC). Celui-ci, dans sa directive du 22 février 1949, considère que les « Six Codes » sont « par principe contraires à l'intérêt du peuple chinois » et qu'ils doivent, par conséquent, être « abolis »[31]. La réaction au régime précédent se manifeste non seulement par l'abrogation totale des normes qu'il avait établies, mais aussi par le rejet du système même de codification. Depuis la fondation de la République Populaire en 1949 jusqu'à la grande réforme entamée à partir de 1978, le pays est gouverné par le PCC : l'Assemblée Populaire nationale (organe législatif suprême, et unique depuis 1954) n'a exercé que deux fois sa fonction, en adoptant la Constitution de 1954 puis une révision totale de celle-ci en 1975. Cependant, l'absence de normes législatives n'implique pas l'inexistence du droit, car les textes du Comité central du PCC

---

29 *高等行政法院*, Gao-deng-xing-zheng-fa-yuan, créées par la loi du 3 février 1999 sur « l'organisation de la juridiction administrative » (*行政法院组织法*), entrée en vigueur le 1er juillet 2000. Elles sont trois siégeant à Taipei, Taichung et Kaohsiung.

30 *最高行政法院*, Zui-gao-xing-zheng-fa-yuan, créée par la loi du 3 février 1999 sur « l'organisation de la juridiction administrative » [*行政法院组织法*], entrée en vigueur le 1er juillet 2000. Elle siège à Taipei.

31 Directive du 22 février 1949 du Comité central du PCC « sur l'abolition des "Six Codes" de Guo-min-dang et sur les principes de la justice du territoire libéré » [*中共中央关于废除国民党《六法全书》和确定解放区司法原则的指示*] : " *基本上不合乎广大人民利益* " et " *废除* ".

constituent un ensemble de normes contraignantes ayant force exécutoire. Ces trois premières décennies de la République Populaire, et surtout les dix années de la Révolution culturelle entre 1966 et 1976, sont considérées comme une période d'exception selon l'historiographie chinoise. La Réforme de 1978 affectera considérablement la structure économique et le paysage politique, et aura vocation à restaurer la « normalité ». Un des actes les plus importants de cette réforme est de doter la République Populaire d'un système juridique avec pour ambition de construire un État de droit.

Il convient une nouvelle fois de souligner, à propos de cette construction de l'État de droit, l'impact des modèles occidentaux sur le droit chinois. En effet, la Chine réformée et désormais connectée au monde occidental, recommence son apprentissage auprès de nombreux pays occidentaux tels que les États-Unis d'Amérique, l'Allemagne de l'Ouest et la France. Comme à la fin de l'Empire et sous la République de 1912, les droits étrangers sont les principales sources d'inspiration tant pour la rédaction des textes juridiques que pour la doctrine. En dépit des différences culturelles, la Chine partage dès lors avec les pays occidentaux un système référentiel unique et l'emploi de termes juridiques identiques. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit chinois tende à s'inscrire dans l'homogénéisation planétaire du droit impulsée par la standardisation industrielle et la globalisation culturelle. Le fossé historique entre l'identité romano-canonique de l'Occident et les spécificités structurelles de la Chine ne saurait être comblé par la technicité juridique. Celle-ci permet, certes, de construire un système « auto-poïétique »[32] du droit, cependant il serait insignifiant de traiter le droit « en pure instrumentalité, comparable aux inventions industrielles telles que l'automobile ou l'énergie électrique, indifférentes à l'origine des utilisateurs »[33].

L'universalisme est l'une des marques de la civilisation occidentale. Les Grecs, les Romains, les Chrétiens ont cette conviction et, depuis les hommes des Lumières, la conviction se transforme en conscience. Si certaines civilisations pratiquent des systèmes apparemment tout autres, ce serait faute de conceptualisation. Il serait toujours possible de repérer des critères permettant de comprendre l'organisation et le fonctionnement des autres systèmes par rapport aux modèles occidentaux. La comparaison est requise par l'universalité de la science. Mais, comparer ne veut pas

---

32 Le terme « auto-poïétique » est utilisé par Catherine Valcke, « "Droit" et comparaison », *in Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de Pierre Legrand, PUF., 2009, p. 115.

33 Pierre Legendre, *Leçons IX L'autre Bible de l'Occident : Le Monument romano-canonique Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Librairie Arthème, Fayard, 2009, p. 16.

dire confondre. Au contraire, la comparaison suppose d'emblée la distinction. Si le phénomène juridique n'est pas une spécificité de l'Occident, ses manifestations dans les autres civilisations ne sont certainement pas identiques. Les études comparatives entre des droits similaires (tels que les droits latins et germaniques) ou des droits de pays qui partagent une interface culturelle (tels que les droits anglo-saxons et romano-germaniques) ont vocation à identifier des solutions semblables dans les différents systèmes. En un mot, l'ambition de ces recherches tend à l'unification du droit[34]. Toutefois, cette perspective d'unification est assise sur la possibilité de communication entre les droits en cause. Cette communication ne ressort pas d'une simple technicité juridique, mais de facteurs humains tels que l'histoire, la culture, la politique et l'économie. Cela étant, certains pays de culture non occidentale transposent, avec des capacités stratégiques et d'adaptation plus ou moins grandes, mécaniquement les systèmes occidentaux en cherchant à partager le même système référentiel. La Chine depuis les années 1990 est l'un des plus zélés parmi ces pays. Non seulement les pensées juridiques occidentales représentent les sources principales de réflexion de la doctrine chinoise, mais encore l'acquisition de la connaissance des droits occidentaux, par le biais des traductions, constitue l'une des inspirations les plus importantes de la législation elle-même.

De nouveau, parmi ces pays occidentaux, la France représente un modèle particulièrement intéressant pour les Chinois. Certes, le libéralisme anglo-américain triomphe dès la fin de la Seconde Guerre mondiale et domine le Monde entier depuis l'effondrement de l'Union soviétique : les réformes promues depuis les années 1990 en Chine sont largement impulsées par ce courant libéral, une sorte de révolution économique et juridique se produisant au sein d'un État qui prône toujours un collectivisme étatique. Mais, c'est précisément le même impact que subit la France, pourtant réputée pour l'importance de son service public et marquée par son interventionnisme étatique. Avant de développer ce mouvement conjoint, il est indispensable d'apporter quelques précisions sur les spécificités respectives des droits chinois et français.

II. Les spécificités des droits chinois et français

Dans le cadre de notre étude comparée, certains éléments extérieurs au droit, mais inhérents à la Chine, conditionnent le développement de son système juridique (A). Il est aussi utile de confronter l'état du droit chinois avec l'une des spécificités les plus emblématiques du droit

34 Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 733.

français : la *summa divisio* public / privé (B). Ces éléments doivent être pris en compte au niveau méthodologique (C).

A. De quelques « éléments déterminants » de l'ordre juridique chinois dans le cadre de notre étude comparée

Le droit de chaque pays est conditionné par les facteurs idéologique, politique, socio-économique, historique, culturel et même parfois géographique. Ces éléments extérieurs au droit, qui jouent un rôle certain dans l'édiction et l'exécution des normes juridiques de chaque pays, désignés par Léontin-Jean Constantinesco comme « éléments déterminants »[35], permettent de comprendre une règle ou une institution du droit étranger. Dans la méthode comparative, la prise en considération des éléments déterminants évite une comparaison formelle des technicités juridiques. Il convient dès lors, dans le cadre de notre étude comparée, de montrer les éléments déterminants de l'ordre juridique chinois.

En premier lieu, il est impossible de saisir le fonctionnement de l'ordre juridique chinois sans avoir une compréhension exacte du rôle du PCC dans l'édiction et l'exécution des normes juridiques. Bien que son rôle soit en train de vivre une évolution considérable[36], il est tout de même pertinent, voire évident pour certains, de considérer que le PCC est le véritable législateur de la République Populaire. Certes, selon la Constitution, l'Assemblée Populaire nationale, en tant qu'organe suprême de l'État, a le monopole du pouvoir législatif qu'elle délègue hors de ses sessions à son Comité permanent et partiellement au Conseil des affaires d'État (le gouvernement central de la République Populaire). Mais personne n'ignore que le PCC décide du contenu des projets de loi et que le vote de l'Assemblée Populaire nationale ne sert qu'à entériner ces projets. Ainsi, chaque fois, le congrès du PCC a lieu quelques mois avant la session de l'Assemblée Populaire nationale (les calendriers de ces deux actes coïncidant à dessein) et les lois votées par l'Assemblée Populaire nationale ont déjà été présentées sous une autre forme pendant le congrès du PCC. C'est par ce même mécanisme que le PCC assure la mise en application et le contrôle de l'exécution des normes.

---

35 Pour la notion et les explications des « éléments déterminants » chez Léontin-Jean Constantinesco, voir son ouvrage *Traité de droit comparé,* t. II, *La méthode comparative* : introduction, LGDJ., 1974, p. 111 – 119 et p. 212 – 237.

36 Évolution notamment à partir de la construction du système juridique entamée dans les années 1980 avec la grande réforme économique. Impulsé par le libéralisme économique et, par conséquent adhérant à une nouvelle conception de l'État, le PCC commence à séparer le droit (en procédant à une série de codifications dans les divers domaines) de la politique lesquels étaient naguère confondus comme entre l'administration et le Parti.

À côté des normes juridiques telles que les lois, les ordonnances et règlements du Conseil des affaires d'État, et les décrets, il existe une série de normes du PCC hiérarchisées de la même façon. Les normes du Parti n'ont pas de valeur juridique concrète car elles ne peuvent pas être invoquées en justice. Néanmoins, elles s'appliquent pleinement aux membres du Parti et sont exécutées de façon plus efficace que les normes juridiques[37]. Si la construction du système juridique a eu pour effet d'affaiblir l'influence du PCC dans le domaine privé, le Parti domine encore largement le domaine public notamment en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de l'administration publique et les services qui y sont attachés. C'est pourquoi il nous paraît indispensable de tenir compte, dans le cadre de notre démonstration, des textes du PCC afin de s'attacher à la réalité du droit chinois.

En deuxième lieu, bien que la Chine ait vécu au moins trente ans de modernisation et se montre désormais dans certains domaines (notamment au niveau économique) en pleine connexion avec le monde occidental, il ne faut pas sous-estimer l'influence de la pensée chinoise classique[38] sur les évolutions du droit. Certes, l'idée de la construction d'un système juridique (sous la République de 1912 ou celle de 1949) découle de l'introduction des pensées philosophiques et politiques occidentales en Chine, mais celles-ci ont subi une forte adaptation sous l'effet de la pensée chinoise classique. Afin de diffuser ces pensées étrangères et surtout d'expliquer les notions capitales, les réformateurs ont dû puiser dans la pensée classique. Or, les équivalents notionnels ne s'y trouvent pas nécessairement. Pour assurer l'efficacité de la théorie, le pragmatisme des lettrés chinois suggère souvent le sacrifice du sens originel de la notion étrangère. C'est pourquoi tout en assistant à une série de réformes inspirées des idées des Lumières, du libéralisme, du socialisme, voire du communisme et du néolibéralisme, nous constatons la permanence de certains principes, connus avant les révolutions républicaines. Concernant ces principes « immuables », il serait inapproprié — et d'ailleurs impossible — de les évoquer, *hic et nunc*, de façon exhaustive, car ils ne concernent pas tous notre recherche. S'agissant de ceux qui sont impliqués par notre étude, nous les expliquerons dans le développement de notre thèse en fonction des sujets précis.

---

37 Les normes du PCC sont souvent exécutées avant que la force des normes juridiques n'intervienne.

38 L'auteur entend par la « pensée chinoise classique » un ensemble de pensées formées au cours de la civilisation chinoise avant la République de 1912. Parmi ces pensées, nous citons en particulier le confucianisme (ou littéralement traduit du terme chinois « Ru-jia » [儒家] comme « École des lettrés ») qui, devenue la pensée dominante de l'Empire du Milieu depuis le XIVe siècle, continue à jouer de son influence sous les républiques.

Enfin il convient d'évoquer les spécificités de l'organisation et du fonctionnement de l'État chinois, qui à défaut pourraient faire obstacle à la bonne compréhension du lecteur étranger. Schématiquement la Chine est classée parmi les États unitaires eu égard à sa forme d'organisation étatique et à la relation qui se noue entre pouvoir central et entités locales. D'ailleurs, la Chine ne connaît pas de décentralisation territoriale comme la France. Néanmoins, il ne faut pas croire que les normes de l'État chinois soient en mesure de s'appliquer directement à ses entités territoriales. En effet, après l'édiction de chaque norme centrale (loi, ordonnance ou règlement), chaque entité locale (province ou agglomération directement subordonnée à l'autorité centrale) élabore un texte de « transposition » tenant compte notamment de certaines spécificités locales pour permettre l'application de la norme centrale. L'autorité centrale préfère souvent rédiger ses textes de façon générale afin de laisser une marge suffisante aux autorités locales car ce qui est réellement exécuté est l'acte local de transposition. Il faut, cependant, se garder de confondre cette démarche avec les procédés de répartition des compétences législatives des États fédéraux où la constitution fédérale détermine les champs de compétence législative respectifs de l'État fédéral d'une part et des États fédérés d'autre part. En Chine, il ne s'agit pas d'une question de répartition des compétences, mais d'un souci bien plus pragmatique de conciliation entre la volonté centrale et les particularités locales. Ces actes de transposition ne s'assimilent pas non plus aux actes de transposition du droit de l'Union européenne. En effet, la norme centrale n'est pas remplacée par l'acte de transposition, elle reste la norme de référence en droit et devant les instances juridictionnelles tandis que les textes locaux ne sont cités que de façon accessoire. En outre, cette coutume de transposition n'est pas érigée en principe : nul n'empêche que le pouvoir central édicte une norme suffisamment précise qui s'applique directement dans les entités locales.

B. La *summa divisio* public / privé du droit français et son interprétation en droit chinois

La soumission à un régime souvent exorbitant du droit commun est, en France, à la fois le résultat de la reconnaissance du service public et, en retour, l'un des critères de son identification. La question de la répartition des compétences liées au dualisme juridictionnel français a conduit à développer des recherches sur les critères juridiques déterminant le droit applicable (public ou privé). Cette *summa divisio* droit public / droit privé n'existe pas en droit positif chinois. Celui-ci, étant un ordre unique, est clarifié en fonction des matières tels que le droit administratif, le droit pénal, le droit du travail, le droit des sociétés, le droit du commerce, etc.. Néanmoins, la doctrine n'ignore pas la distinction des deux droits. Ainsi, dans les Facultés de droit, les matières comme le

droit du commerce, le droit des contrats, les droits réels et le droit de la famille sont classées parmis mes disciplines relevant du droit privé. Les juristes chinois ont bien conscience que le droit administratif et le droit pénal ne peuvent être subsumés sous la catégorie du droit privé étant donné leur lien intrinsèque avec la puissance publique et l'omniprésence de l'intérêt public dans de telles questions. D'ailleurs, l'existence de chambres spécialisées en matières administrative et pénale au sein des juridictions chinoises est moins justifiée par la complexité de la matière, comme c'est le cas des chambres spécialisées dans la propriété intellectuelle, que par le souci de la distinction entre des droits de nature différente. En revanche, l'indépendance de la juridiction administrative française a, certes, ses justifications théoriques et juridiques (notamment le principe de la séparation des pouvoirs), mais elle est surtout due à une évolution historique qui est propre à la France. Qui pensait, à l'heure de sa création sous le Consulat, puis sous l'Empire, que le Conseil d'État allait juger au nom du peuple ou de la République, et devenir le protecteur des particuliers à l'égard de l'administration ? N'avait-on pas hésité, à la fin de la Monarchie de Juillet puis lors de la rédaction de la Constitution de 1848, entre une justice déléguée et la suppression des compétences contentieuses du Conseil ? Cette division juridictionnelle résulte donc bien de certaines contingences historiques. Mais au fond, c'est une distinction de nature entre deux droits qu'elle consacre et met en œuvre.

En France, l'existence d'une juridiction administrative est intrinsèquement liée au caractère exorbitant du droit applicable à la puissance publique. La formation d'un ordre juridique administratif découle d'une pratique ancienne, renouvelée et théorisée depuis la Révolution : l'administration est son propre juge, parce qu'elle assume de missions particulières et doit dès lors être soustraite à l'application systématique du droit commun. Une telle pratique n'est pas étrangère à la Chine impériale. Dans le système mandarinal, l'administration concentrait toute la fonction juridictionnelle. Si en France, de l'Ancien Régime à la Révolution, l'on témoigne d'une série de victoires de l'administration sur le pouvoir judiciaire la conduisant finalement à être son propre juge, en Chine, depuis la Réforme de 1978, le monopole de la justice par le pouvoir administratif est battu en brèche par la magistrature juridictionnelle ; en d'autres termes, l'administration chinoise est depuis lors restreinte, n'étant plus juge que de son propre domaine. Néanmoins, il n'existe pas de magistrature administrative en Chine ; ni le droit positif, ni la doctrine n'envisage une telle création. L'indépendance de la juridiction administrative française n'apparaît pas d'emblée évidente aux juristes « mandarins ». Certes, le statut actuel du Conseil d'État ne permet plus de contester son caractère juridictionnel ; toutefois, comment faire comprendre à un conseiller des affaires d'État

chinois sans une explication exhaustive, que son homologue français est en réalité un juge[39] ? Il serait plus efficace de lui dire que c'est un magistrat du droit administratif, consulté en outre, régulièrement, par le gouvernement. En revanche, le fait que l'administration soit son propre juge ne surprend aucunement les juristes chinois. Les affaires relevant de l'administration sont bien d'une nature différente de celles qui n'intéressent que les particuliers. L'administration, en effectuant ses actes, a souvent recours à des moyens exorbitants afin d'atteindre un but d'intérêt public. Dans ce cas, elle a ses règles propres à appliquer. Les cours et tribunaux ordinaires n'ont pas la compétence pour appliquer ces règles. Celles-ci constituent, pour reprendre le terme français, un régime exorbitant du droit commun.

Toutefois, tous les actes de l'administration ne sont pas soumis à ce régime exorbitant du droit commun. Aux termes de l'article 11 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif »[40], « les cours et tribunaux Populaires reconnaissent leur compétence sur les conflits relevant de l'exécution des actes administratifs concrets tels que la répression des contraventions, les amendes administratives, les réquisitions, les arrestations et les refus de l'administration »[41]. Il s'agit donc des questions individuellement soulevées par les administrés lorsqu'ils font valoir des droits personnels. La nature de ces conflits, selon une classification française dite matérielle, correspond à la notion de contentieux subjectif[42]. Le contentieux subjectif correspond, si la classification s'opère au point de vue de l'office du juge, au contentieux général de pleine juridiction[43] où, comme le souligne Olivier Gohin, « la situation du juge administratif est, en réalité,

---

39 Michel Debré, dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958, n'a-t-il pas contesté l'indépendance de la juridiction administrative ayant affirmé que « la magistrature administrative n'existe pas : il y a seulement des fonctionnaires administratifs qui occupent des fonctions de juge » ? Voir dans *Travaux préparatoires de la Constitution*. *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, séance du 5 août 1958, La Documentation française, 1960, p. 70.

40 " *行政诉讼法* ", Xing-zheng-su-song-fa.

41 " *人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；认为行政机关没有依法发给抚恤金的；认为行政机关违法要求履行义务的；认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。* "

42 Léon Duguit propose, quant à la classification des contentieux administratifs, une théorie matérielle qui se pose du point de vue du requérant. Selon la nature du droit invoqué, droit subjectif ou objectif, le contentieux est subjectif ou objectif. Voir Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 3ème éd., 1928, p. 458 – 478.

43 Selon la classification formelle d'Édouard Lafferière, le contentieux administratif se décline en quatre catégories selon l'étendue des pouvoirs du juge : le contentieux de pleine juridiction, le contentieux de l'annulation, le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression, en privilégiant les deux premières catégories. Voir

assimilable à celle du juge civil »[44]. À ce titre, l'appropriation de la compétence sur le contentieux subjectif par les cours et tribunaux Populaires ne devrait pas étonner les juristes français. En revanche, c'est plutôt la compétence du juge administratif reconnue pour le contentieux subjectif qui laisserait une ombre au tableau[45]. Or ce regret, aujourd'hui presque négligeable, est largement compensé par le développement du contentieux objectif, plus précisément du recours pour excès de pouvoir loué par Gaston Jèze comme « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »[46]. Nous sommes loin de croire que les juristes chinois ignorent la puissance de ce mécanisme juridictionnel français et ses avantages pour les administrés[47], sachant que, désormais, ces derniers devront être traités comme des usagers du service public. Mais quelle institution sera chargée de trancher le contentieux de l'excès de pouvoir ? En théorie, il n'y a pas d'inconvénient à attribuer aux cours et tribunaux Populaires, car le principe de séparation des pouvoirs étant absent et le pouvoir législatif étant la source de tout pouvoir en Chine, celui-ci pourrait sans contestation déléguer son pouvoir de contrôle au pouvoir judiciaire sur les actions administratives pour annuler les règlements, arrêtés et circulaires du gouvernement en vue du respect de la loi. Toutefois, vu le nombre important de textes, d'un côté, les chambres administratives seront encombrées de requêtes et, de l'autre, le pouvoir réglementaire sera infiniment entravé dans l'édiction et l'application des normes. Une certaine paralysie tant du pouvoir exécutif que du pouvoir judiciaire est prévisible. Or, la Chine se trouve dans une période de transition où l'exécutif joue un rôle prééminent. La création du contentieux de l'excès de pouvoir au sein du pouvoir judiciaire n'est donc pas envisageable. Ainsi, ce domaine est laissé à la discrétion de l'administration comme le dispose l'article 12 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif »[48] :

> « Sont exclus de son champ d'application, les conflits nés des actes en matière de défense nationale et diplomatique, d'actes administratifs abstraits, de

---

Édouard Lafferière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1887 – 1888, rééd. par LGDJ., 1989.

44 Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, LexisNexis, Litec, 6ème éd., 2009, p. 202.

45 À ce sujet, voir la thèse de Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ., coll. « Bibliothèque de droit public », 2001.

46 Gaston Jèze, *Rapport à l'Institut international de droit public*, Annuaire de l'Institut, 1929, p. 129.

47 Pour une comparaison entre les contentieux administratifs français et chinois, voir ZHANG Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Bruylant, coll. « Droit administratif », Bruxelles, 2009.

48 " *行政诉讼法* ", Xing-zheng-su-song-fa.

décisions administratives concernant les nominations, révocations et sanctions disciplinaires des employés des établissements administratifs, et d'actes administratifs concrets dont la loi confère l'arbitrage à l'administration. »[49]

Ce domaine, défini de façon négative par la loi « sur le contentieux administratif », se situe hors du droit connu par les cours et tribunaux Populaires et coïncide avec la notion française de droit exorbitant du droit commun.

Le caractère déterminant de ces quelques éléments relatifs au droit chinois et spécificités du droit français appelle quelques précisions et précautions méthodologiques.

C. Précautions méthodologiques

Il est inévitable d'examiner chaque ordre juridique séparément avant de les comparer. Aucun des deux ordres, français ou chinois, ne doit être regardé *a priori* comme le modèle de référence.

> « Ce n'est qu'après la comparaison qu'on pourra conclure que les solutions des deux ordres juridiques coïncident en ce qui concerne le terme à comparer, complètement, partiellement ou pas du tout. »[50]

Cela étant, l'auteur de la comparaison juridique ne peut prétendre à la neutralité. Lui et sa méthode de pensée sont conditionnés par un ensemble d'éléments tels que la langue, la culture, l'histoire, la politique et même ses expériences personnelles. Prendre les droits comme objet d'étude en se situant en dehors et au-dessus des droits nationaux ne lui permet pas de sortir de ces conditions. Le comparatiste serait donc tôt ou tard amené à se positionner. Un tel positionnement s'appuie en grande partie sur la langue dans laquelle le travail de recherche est rédigé : en l'occurrence, le français. Sa langue maternelle étant le chinois, l'auteur peut parfois prétendre à une traduction simultanée entre les termes français et chinois, cependant le but final est de présenter ces termes en langue française. À ce titre, il doit prendre d'abord les termes du droit français et, le cas échéant, si la démonstration l'exige, créer des termes (traduits du chinois) qui désignent des sens

---

49 L'article 12 de ladite loi :

> " *人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：国防、外交等国家行为；行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。* "

50 Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, *op*., *cit*., p. 41.

concrets et immédiatement compréhensibles en français. C'est pourquoi une méthode de traduction s'impose au sein même de la méthode comparative.

La méthode de traduction juridique ne diffère pas de la méthode de traduction linguistique générale. Le but est de faire comprendre le plus fidèlement et le plus précisément possible les énoncés d'une langue aux interlocuteurs ou lecteurs pratiquant une autre langue.

La démarche première et la plus adéquate est de trouver des équivalents. Mais c'est précisément là qu'il faut éviter un écueil : la traduction littérale. Il arrive que parfois le terme littéralement traduit existe dans l'autre langue, mais il n'est pas sûr qu'il signifie toujours la même chose. Ainsi le terme « Conseil d'État » pourrait trouver son équivalent littéral en langue chinoise qui est " *国务院* " (Guo-wu-yuan)[51]. Néanmoins celui-ci est le synonyme du gouvernement central tandis que celui-là désigne l'instance suprême de la juridiction administrative. Il ne faut donc pas se contenter de poser le terme traduit et de l'utiliser comme étant acquis. La vérification de la conformité réciproque doit être systématique.

En deuxième lieu, en cas d'absence d'équivalent, l'auteur s'autorise à créer des termes inexistants en droit français. Si, parfois, ces termes créés sont dépourvus de sens précis et ne sont pas d'emblée compréhensibles, une explication doit être jointe. Tel est le cas du terme " *事业单位* " (Shi-ye-dan-wei), traduit en français comme « unité de service public » qui n'existe pas en droit français. S'inspirant du terme « unité », au sens institutionnel, issu de la science économique, l'auteur le combine avec le terme « service public » connu du droit public, pour traduire le terme chinois. En conséquence, la définition du terme créé s'impose dès sa première utilisation.

*

La pertinence de la comparaison est dévoilée par l'opération comparative même : nous ne pouvons pas savoir ce qui est comparable sans avoir effectué une comparaison. Or, quel est l'intérêt de cette comparaison, au-delà de la simple curiosité scientifique ? La Chine est-elle choisie au hasard pour la connaissance d'un droit étranger par rapport au droit français ? Nous ne saurions rejeter cette démarche empirique car toute thèse se fonde d'abord sur l'observation des phénomènes et des faits après quoi, par une intuition scientifique, l'observateur examine et analyse son objet en

51 Le terme chinois littéralement traduit en français est « Conseil des affaires d'État ». Ce n'est certes pas tout à fait identique au terme français. Mais le mot « affaires » au pluriel ne permet évidemment pas de faire la distinction.

formulant des hypothèses. Ainsi, la connaissance du droit étranger n'est pas le but de la comparaison, mais elle en est la substance. Le choix du droit chinois peut donc être intuitif. Cependant, la décision de poursuivre et d'approfondir une étude comparée entre la France et la Chine est bien impulsée par un objectif précis : la comparaison se poursuit dans un but de politique législative, c'est-à-dire que l'étude du droit chinois aurait une fonction informative et, le cas échéant, suggestive à l'égard du législateur français. Au-delà de cette fonction pratique, l'auteur se contentera d'enrichir les notions (en droits français et chinois) par une comparaison dont l'objet est peu abordé.

Une telle comparaison intuitive débute avec une recherche documentaire en droit français comme en droit chinois.

Si la recherche documentaire en droit français ne comporte aucune particularité par rapport aux autres recherches juridiques nationales, il est utile d'apporter quelques précisions sur la recherche documentaire en droit chinois. Il convient de souligner que l'accès, en Chine, à certains documents et à certaines institutions administratives a été problématique. L'auteur doit avouer que l'obtention de certains textes (lesquels sont aujourd'hui publiés et accessibles par voie normale) relevant, au moment de sa demande de consultation, du domaine du secret d'État, n'a pas été toujours faite par voie officielle. En effet, non seulement le délai de la décision d'autorisation n'était pas prévisible, mais encore une telle demande, suspecte par nature, aurait été automatiquement refusée. L'auteur, de par son identité chinoise, a dû suivre parfois les règles du « savoir-vivre chinois » : contourner la voie officielle et obtenir les informations par des réseaux de connaissance personnelle. Cette démarche a permis de gagner du temps et ne nuit en rien à l'authenticité des documents utilisés dans la recherche car ceux-ci sont aujourd'hui tous accessibles au public par la voie normale.

Il importe en outre de présenter un moteur de recherche numérique qui a fourni nombre de documents concernant la doctrine chinoise : le site CNKI (*中国知网*, http://www.cnki.net/). Au sein de ce site sont recensés la quasi-totalité des publications universitaires (thèses, mémoires, articles, etc.) de toutes les disciplines, des journaux officiels, des articles de presse et des enregistrements de conférences. L'accès est limité aux abonnés. Les documents sont consultables et téléchargeables dans des formats qui assurent l'authenticité des textes. L'avantage de cet outil-web est de permettre une recherche des documents chinois depuis la France : il a pu être utilisé de façon complémentaire

aux nécessaires séjours à Beijing, Tianjin ou Shanghai destinés à constituer l'essentiel de la bibliographie concernant le droit chinois.

C'est au cours de cette recherche documentaire qu'une comparaison intuitive s'est systématiquement déroulée en ce qui concerne les évolutions des droits français et chinois. Le comparatiste s'intéresse en particulier aux mutations de la notion de service public d'une part, à leur interaction avec l'évolution du droit de la fonction publique d'autre part, et à leurs conséquences sur l'organisation et le fonctionnement de la fonction publique dans les deux pays enfin. Ces éléments sont au cœur d'une problématique qui consiste à analyser la relation entre la prise en charge de l'intérêt général par le biais des services publics et l'existence d'une fonction publique soumise à un régime exorbitant du droit commun. L'intuition première a été confortée par le constat d'évolutions convergentes du service public dans les deux pays, transformant progressivement la conception même d'un État central interventionniste. Dans ce contexte partagé, le sort réservé à la fonction publique ne pouvait que donner des indications intéressantes sur son rôle dans la modernisation de l'État et sur ses nécessaires adaptations.

III. Problématique : le service public et la fonction publique

En France, la notion juridique de service public de l'État répond à une stratégie politique, qui permet tantôt de favoriser le développement des activités de l'État, tantôt, au contraire, de cantonner son intervention. À mesure que la conception de l'État providence triomphe sur la conception classique de l'État régalien à partir de la IIIème République puis à nouveau à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, le service public s'étend dans les secteurs économique, social, et culturel. Cela va jusqu'à créer une confusion entre le service public en tant que catégorie juridique et les services au public de fait. L'État intervient de façon directe par le biais de la gestion publique, exerçant son monopole dans des domaines tels que l'enseignement public ou la sécurité sociale, mais aussi dans les réseaux de distribution d'électricité et de gaz, les chemins de fer, les télécommunications, la production industrielle… en un mot, dans les secteurs traditionnellement pris en charge par les initiatives privées selon le libéralisme économique. L'image d'un État prestataire de services publics s'est imposée dans la conscience collective de la société durant les IVème et Vème Républiques. Cette image est incarnée par les fonctionnaires, agents et acteurs des services publics.

Les fonctionnaires constituent ainsi l'élément humain du service public comme institution. Si le développement de la corrélation du service public et de la fonction publique était encore entravé par les réticences parlementaires et l'instabilité gouvernementale chronique de la IVème République, la Vème République, marquée par un renforcement de l'exécutif, réaffirme le rôle prééminent de l'administration publique dans la mise en œuvre des politiques publiques et dans la gestion des services publics ; après une nouvelle vague de nationalisations au début des années 1980[52], le législateur procède à une structuration unificatrice des statuts de la fonction publique[53].

Cependant, c'est au cours de ces années 1980, malgré un président de la République et plusieurs majorités parlementaires socialistes, que la France se montre à nouveau perméable à un certain libéralisme visant à critiquer le dirigisme étatique qui semble perdurer après son succès dans la période exceptionnelle de l'après-guerre. Ces critiques, inspirées de la pensée libérale du XIXème siècle, teintées de protestation contre le régime stalinien qui régnait presque sur l'autre moitié du monde, lâchent leurs flèches sur le service public et ses personnels publics. Le service public est accusé, comme Évelyne Pisier le constate, d'être le « moyen de généralisation de l'assistance irresponsable, le lieu de l'opacité administrative, l'instrument du nivellement social, l'arme de la dictature »[54]. On dénonce d'ailleurs l'immobilisme, l'inefficacité et le corporatisme de la gestion des personnels administratifs.

En parallèle aux critiques internes, la construction européenne exige de la France qu'elle réduise les effets de l'intervention publique sur la libre concurrence. La limitation des aides publiques, l'attribution désormais exceptionnelle à des acteurs économiques de droits exorbitants dans des activités d'entreprise, ont obligé les pouvoirs publics à réexaminer les moyens juridiques et institutionnels par lesquels ils assurent les prestations de service public. Bientôt, le rempart de la fonction publique française avec son système de carrière sera battu en brèche par les normes européennes favorisant l'instauration d'un système de fonction publique d'emploi.

En réaction à ces critiques et pressions, la France s'engage, depuis la fin des années 1980, dans une politique continue de réforme de l'État. De la circulaire du 23 février 1989 « sur le renouveau du service public » à la « Modernisation de l'action publique » en passant par la

52 Nationalisations inspirées par les « 110 propositions » de François Mitterrand, concrétisées par la loi du 13 février 1981, touchant nombre de secteurs industriels et financiers.

53 Les statuts de 1983-1986, constitués par les lois du 13 juillet 1983, du 26 janvier 1984, du 11 février 1984, et du 9 janvier 1986, concernent les fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales et des hôpitaux publics.

54 Jean-Marie Rainaud, *La crise du service public français*, PUF., *Que sais-je ?*, 1ère éd., 1999, p. 16.

« Révision générale des politiques publiques », une série de mesures diverses ont visé à redéfinir les missions et actions de l'État. Le service public et la fonction publique se trouvent au cœur de ce mouvement de réforme générale.

Si le service public, malgré ses mutations, constitue toujours l'instrument de réalisation des missions d'intérêt général, il subit désormais une forte « marchandisation » qui remet en cause la pertinence de ses moyens traditionnels. Non seulement l'intervention publique est de plus en plus régie par les règles du droit privé, mais la puissance publique a tendance à emprunter des moyens relevant du droit commun en diminuant l'utilisation de ses prérogatives. Cette évolution est illustrée par la transformation croissante des services publics administratifs en services publics industriels et commerciaux et par les politiques d'externalisation des services publics administratifs. Ces mutations entraînent des conséquences sur la structure de ces services ainsi que sur la situation juridique des agents qui y sont affectés.

Parallèlement, le droit de la fonction publique traditionnellement imprégné par les exigences de la puissance publique et marqué par son caractère exorbitant au regard du droit du travail, connaît des modifications importantes tant sur la gestion de ses personnels que sur sa structure même. D'aucuns évoquent alors une certaine « travaillisation »[55], « banalisation »[56] ou encore « privatisation »[57] de la fonction publique[58]. Quoi qu'il en soit, la politique de « modernisation » de la fonction publique se concrétise par la croissance des agents contractuels, par la montée d'un intérim d'origine privée et par les modifications du statut sous l'influence du droit privé. Ces changements ne pourront pas demeurer sans incidences sur la réalisation des missions d'intérêt général qui doit être, *a priori*, le but et la justification de l'existence d'une fonction publique.

Dès lors, dans la réalisation des missions d'intérêt général, il y a lieu de revisiter les rapports entre le service public en tant qu'élément institutionnel et la fonction publique en tant qu'élément humain. Les évolutions qui ont eu lieu depuis une vingtaine d'années ont-elles pour objectif de les

---

55 L'expression de « travaillisation » a été respectivement employée par Emmanuel Aubin, *L'Essentiel du droit de la fonction publique*, Gualino, 2007 et Alain Ondoua, « Les principes généraux du droit de la fonction publique », *in Mélange Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 777.

56 Sabine Bazile, « La loi n° 2009 – 972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique, *AJFP* 2010, p. 166.

57 Didier Jean-Pierre, « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A* 2003, 1672, p. 973 ; Yves Saint-Jours, « La situation juridique des personnels employés dans les services publics », *Le Droit ouvrier*, 2008, p. 186.

58 Mathieu Touzeil-Divina, dans un article intitulé « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? » (*AJFP* 2010, n° 5, p. 228 – 233), donne des définitions plus précises de ces termes.

isoler l'un de l'autre ou ont-elles plutôt vocation à consolider leur liaison eu égard à une philosophie évolutive de l'intérêt général et à un changement du rôle de l'État ? Le droit public français est en train de connaître, si l'on peut se permettre de reprendre l'expression de Léon Duguit, une « transformation »[59]. Or, cette « transformation » du droit public français coïncide avec la naissance du droit public chinois, dont la doctrine s'inspire du droit français.

S'agissant de cette inspiration, l'ouvrage intitulé *Droit administratif français*[60] de WANG Mingyang[61] a exercé une influence considérable sur le développement de la doctrine chinoise du droit public. L'ouvrage se présente sous la forme d'un manuel de droit administratif général. Son intérêt majeur, après une présentation précise de l'organisation et du fonctionnement des institutions administratives et de la justice administrative françaises, est d'introduire les notions fondamentales du droit administratif français telles que la personne publique, le service public, les établissements publics, la fonction publique et le contrat administratif. Ses traductions des termes juridiques français ont été reprises, presque mot à mot, par les universitaires et légistes de l'État. Désormais référence quant au vocabulaire, le *Droit administratif français* est le livre le plus cité dans les études de droit administratif en Chine. Au surplus, les traductions des ouvrages français de droit public continuent à introduire de nouvelles notions françaises en droit chinois. À ce titre, il convient de citer une série de traductions des écrits de Léon Duguit et de Maurice Hauriou concomitamment éditées par les maisons d'édition Liaohai et Chunfengwenyi en 1999[62]. Des ouvrages et manuels plus récents ont également été traduits tels que le *Droit administratif général* de Gustave Peiser en 2002[63], une publication conséquente abordant le droit administratif français par Bruno Trescher dans

---

59 Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, rééd. par La Mémoire du Droit, 1999.

60 WANG Mingyang, *Droit administratif français*, Pékin, édité par *China University of Political Science and Law*, 1ère éd. 1988, [*王名扬，法国行政法，北京，中国政法大学出版社*].

61 WANG Ming-yang, *王名扬*, juriste comparatiste chinois, envoyé par le gouvernement de la République de Chine en 1946 en France, docteur en droit administratif de l'Université de Paris en 1953, de retour en Chine en 1958, a enseigné le droit et la langue française dans les différentes institutions universitaires. Il est auteur de « Droit administratif anglais » (1987), « Droit administratif français » (1988), « Droit administratif des État-Unis d'Amérique » (1995) et de « Droit administratif comparé (inachevé), Tome I » (2006).

62 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, trad. par WANG Liwen et ZHENG Ge, [*王文利、郑戈*] ; *Les transformation du droit public*, trad. par ZHENG Ge et LENG Jing, [*郑戈、冷静*] ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, trad. par GONG Mi, [*龚觅*], éd. Liaohai et Chunfengwenyi, [*辽海出版社、春风文艺出版社*], 1999.

63 Gustave Peiser, *Droit administratif général*, 19ème éd., trad. par LIAO Kunming et ZHOU Jie, éd. École administrative nationale, 2002, [*廖坤明、周洁，法国行政法，国家行政学院出版社*] .

la revue *Recherche de droit public* en 2005[64] et le *Droit administratif* de Jean Rivero repris par Jean Waline[65].

L'introduction des notions du droit administratif français a largement contribué au développement de la doctrine du droit public en Chine, lequel droit public accompagne et favorise les constructions parallèles et solidaires de la fonction publique et d'un système de services publics.

L'effondrement de l'Union soviétique dans les années 1990 a renforcé la conviction du gouvernement de Pékin sur la nécessité de se rapprocher du monde occidental ; le souffle intellectuel libéral de la même période n'a certes pas ébranlé l'édifice institutionnel de l'État chinois, cependant le libéralisme économique s'est implanté partout au sein de la société et a pénétré les systèmes d'organisation et de fonctionnement de l'État socialiste. Depuis 1992, avec la construction de l'économie socialiste de marché préconisée par le XIVème Congrès du PCC, l'État s'engage dans la recherche d'un nouveau mode de gouvernement adapté à cet objectif. Une vague de réformes au sein de l'État concerne toutes ses unités organiques dans le but de changer le rôle de l'État et de clarifier les rapports nés de l'action étatique. Cela se réalise par l'édiction de normes juridiques consistant à limiter et à encadrer l'administration, non seulement dans ses actions, mais aussi dans son organisation. Ainsi, le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État »[66] esquisse une fonction publique constituant le personnel de l'administration tandis que les autres personnels de l'État doivent être séparés de celle-ci. En effet, les établissements auxquels ces personnels sont attachés ne doivent plus être considérés comme faisant partie de l'appareil administratif. Une classification attachée à la nature des missions voit le jour au sein des établissements administratifs. Cette vague de réformes atteint son paroxysme après l'entrée de la Chine dans l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Une nouvelle politique s'ajoute à ces réformes : la construction d'un système de services publics.

L'utilisation du terme « service public » marque une évolution idéologique : l'État ne doit plus être un outil simple de domination, mais un authentique prestataire de services au bénéfice des citoyens et au nom de l'intérêt public. Depuis les années 2000, le service public est devenu l'un des

64 Bruno Trescher, « Précis de droit administratif français », trad. par SHEN Jun, *Recherche de droit public*, 2005, n° 2, p. 374 – 416 [*法国行政法精要，沈军，*公法研究]. À ce titre, voir également ZHANG Li, *Le droit public français contemporain — système théorique et jurisprudence*, Presses de l'Université de science politique et de droit de Chine, 2013 [*张莉*，当代法国公法——制度学说与判例, *中国政法大学出版社*].

65 Jean Waline, *Droit administratif*, trad. par LU Ren, Commercial Press, 2008, [*鲁仁，商务印书馆*].

66 "*国家公务员暂行条例* ", Guo-jia-gong-wu-yuan-zan-xing-tiao-li.

sujets les plus abordés, en Chine, par les sciences économiques, politiques, sociologiques, de gestion et enfin juridiques. Les études sont destinées à déterminer le rôle de l'État dans la gestion et dans l'exécution des services publics ainsi que le domaine le plus approprié du service public. Le Comité central du PCC, dans sa résolution du 14 octobre 2003 « sur certains problèmes relatifs à l'amélioration du système de l'économie socialiste de marché »[67], utilise pour la première fois le terme « service public »[68]. Celui-ci est repris par le *Rapport d'activités du gouvernement*[69] du 5 mars 2004, présenté par le Premier Ministre lors de la IIème session plénière de la Xème Assemblée Populaire nationale. Cependant, les autorités se contentent d'afficher l'objectif de construire un « gouvernement de service public »[70] sans pour autant préciser la définition du service public. C'est là que la notion française de service public, introduite par les traductions des comparatistes, présente tout son intérêt théorique pour la doctrine du droit public chinois.

Il est dès lors utile d'éclairer les rapports entre le service public chinois et la notion française de service public. Selon la doctrine française, grossièrement, l'identification du service public s'opère à l'aune de deux critères : l'implication d'une personne publique et l'existence d'une activité d'intérêt général. Il en résulte, dans certaines situations, l'application d'un régime exorbitant du droit commun[71]. Parmi ces trois éléments, il convient de souligner, en particulier, l'influence de la notion française de personnalité publique sur la notion chinoise de « sujet administratif ».

La notion de personnalité morale de droit public est introduite en Chine autour des années 1990 par les juristes comparatistes. Le terme utilisé dans le droit administratif chinois est une traduction de la notion française de « personnalité publique » par WANG Mingyang dans son *Droit administratif français* :

---

67 " *中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定* ", Résolution du Comité central du PCC « sur certains problèmes relatifs à l'amélioration du système de l'économie socialiste de marché », adoptée, le 14 octobre 2003, par la IIIème Assemblée plénière du XVIème Congrès du PCC.

68 *公共服务*, Gong-gong-fu-wu.

69 *政府工作报告，国务院总理 温家宝，第十届全国人民代表大会第二次会议*, *Rapport d'activités du gouvernement*, 5 mars 2004, Premier Ministre WEN Jiaobao, IIème session de la Xème assemblée plénière de l'Assemblée Populaire nationale.

70 " *服务型政府* ", Fu-wu-xing-zheng-fu.

71 Voir Jean-François Lachaume, Claudine Boiteau et Hélène Pauliat, *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, Armand Colin, 3ème éd., 2004, p. 8.

« Le sujet administratif est une entité chargée de la fonction administrative, c'est-à-dire un sujet, doté du pouvoir administratif, qui assume les droits, devoirs et obligations nés de l'exercice de sa fonction. »[72]

Bien que le « sujet administratif » et la « personnalité publique » désignent une même notion juridique, leurs contenus diffèrent. Aujourd'hui, selon le droit positif français, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont titulaires de la personnalité publique. Cette double décentralisation territoriale et fonctionnelle n'est pas connue du droit positif chinois. Les sujets administratifs en Chine n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de l'État, autrement dit ils n'ont pas d'intérêts qui leur soient propres. Les sujets administratifs ne sauraient d'ailleurs contracter entre eux comme les personnes publiques en France. Les sujets administratifs constituent ensemble, pour tout dire, la personne morale de l'État et représentent celle-ci dans les diverses situations où l'administration est entraînée au gré des relations avec une ou plusieurs personnes privées.

Nonobstant le développement doctrinal de la notion de « sujet administratif »[73], le droit positif chinois n'utilise pas ce terme. La loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif » se contente d'évoquer les établissements administratifs ; quant au règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil »[74], il opère une classification des personnes juridiques en fonction de la nature leurs activités. Une *summa divisio* est effectuée entre les activités commerciales et celles n'ayant pas cette qualité. Il en ressort une première catégorie de personnes juridiques : les « personnes d'entreprise » (l'article 41 dudit règlement général)[75]. Le reste est subdivisé en trois catégories : les « personnes d'établissement administratif », les « personnes d'unité de service public » et les « personnes d'organisme social » (l'article 50 dudit règlement général)[76]. Les « personnes d'établissement administratif » sont, selon la doctrine, les sujets administratifs à l'instar de la notion française de

---

72 WANG Mingyang, *op. cit.*, p. 39, [*行政主体是实施行政职能的组织，即享有实施行政职务的权力，并负担由于实施行政职务而产生的权利、义务和责任的主体*].

73 Voir ZHANG Li, « Débat doctrinal sur la notion de sujet administratif en Chine », *in Recueil des débats doctrinaux en droit durant les 60 ans de la République Populaire de Chine — Partie du droit administratif*, sous la dir. de MA Huaide, Presses de l'Université de Xiamen, 2009, p. 31 [*张莉，中国行政主体理论论争*，共和国六十年法学论争实录——行政法卷，*厦门大学出版社*].

74 " *民法通则* ", Min-fa-tong-ze.

75 " *企业法人* ", Qi-ye-fa-ren.

76 " *机关法人* ", Ji-guan-fa-ren, " *事业单位法人* ", Shi-ye-dan-wei-fa-ren, " *社会团体法人* ", She-hui-tuan-ti-fa-ren.

personne publique. Les « personnes d'organisme social » sont en principe des personnes de droit privé, mais peuvent devenir sujets administratifs par décret ou par la loi. Demeure relative la nature juridique des unités de service public, dont l'organisation et le fonctionnement font l'objet de réformes depuis 30 ans.

Le terme « unité de service public » (USP) est apparu pour la première fois dans l'ordonnance du 27 juin 1952 du Conseil des affaires politiques (le futur Conseil des affaires d'État) « sur la prise en charge publique des maladies des travailleurs des gouvernements populaires central et locaux, des partis politiques, des organismes sociaux ainsi que les unités de service public qui leur sont attachées »[77]. C'est à partir de son utilisation par le Conseil des affaires d'État dans son rapport « sur les politiques budgétaires et des finances publiques de 1954 et de 1955 »[78] lors de la IIème session plénière de la Ière Assemblée Populaire nationale qu'il devient un terme récurrent dans les textes officiels des autorités publiques. La première définition juridique est formulée par le règlement provisoire du 25 octobre 1998 « de la gestion d'immatriculation des unités de service public » (modifié par la décision du 27 juin 2004 du Conseil des affaires d'État)[79], dans son article 2 : les USP sont « les organismes sociaux, créés par les établissements administratifs ou par les organismes moyennant des fonds publics, en vue de l'intérêt public, exerçant les activités telles que l'éducation, la recherche, la culture et la santé publique »[80]. La loi du 28 juin 1999 « sur la donation en vue d'intérêt public »[81] apporte une définition pour les USP dites « de nature non lucrative ». Celles-ci sont « les organismes d'éducation, de recherche, de santé, de culture, d'activités sportives et de sécurité sociale, établis en vertu de la loi et exerçant des activités non lucratives et d'intérêt public »[82]. D'après ces textes, deux critères peuvent être retenus pour la qualification des USP : leur

---

77 " *政务院关于全国各级人民政府、党派、团体及其事业单位的国家工作人员实行公费医疗预防的指示* ", Conseil des affaires politiques, le 27 juin 1952.

78 " *关于1954年国家决算和1955年国家预算的报告* ", Conseil des affaires d'État, vice-président du Conseil des affaires d'État, Ministre des Finances Li Xiannian, le 6 juillet 1955.

79 " *事业单位登记管理暂行条例* ", Shi-ye-dan-wei-deng-ji-guan-li-zan-xing-tiao-li.

80 Article 2 du règlement provisoire du 25 octobre 1998 « de la gestion d'immatriculation des unités de service public » (modifié par la décision du 27 juin 2004 du Conseil des affaires d'État), *op. cit.* [*国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织*].

81 " *公益事业捐赠法* ", Gong-gong-shi-ye-fa.

82 Article 11, al. 2 de la loi du 28 juin 1999 « sur la donation en vue d'intérêt public », *op. cit.*, notre traduction de [*依法成立的，从事公益事业的不以营利为目的的教育机构、科学研究机构、医疗卫生机构、社会公共文化机构、社会公共体育机构和社会福利机构等*].

lien financier avec l'État (notamment concernant leur création) et l'intérêt public en tant qu'objectif de leur mission.

Pour leur création, trois procédés sont possibles :

— Soit l'État intervient, *ab initio*, dans tel ou tel domaine qu'il soit public ou privé, en institutionnalisant un service. C'est la manière la plus directe et la plus courante : la plupart des hôpitaux et écoles publics ont été fondés de cette manière.

— Soit l'État nationalise un service privé en l'érigeant en USP. La nationalisation a été un procédé largement utilisé au début de la République populaire. Les hôpitaux et écoles qui ont été fondés par les ordres religieux ou initiatives privées sous la république précédente ont été ainsi intégrés dans le corpus administratif de l'État.

— Soit, à partir de la séparation de l'administration publique des USP, l'État transforme un établissement administratif, souvent en le dissociant en plusieurs organismes, en unités de service public. C'est le cas, par exemple, de certains offices d'évaluation ou de contrôle technique des services et productions, de certains services de l'administration publique non directement liés à l'exercice de la souveraineté nationale, et des bureaux de gestion de certaines activités socioculturelles.

Avant la Réforme de 1978, les USP étaient gérées comme les établissements administratifs. À partir des années 1980, avec la réforme de l'administration publique, le gouvernement procède à une séparation des USP de l'administration tout en conservant entre elles un certain lien, plus ou moins fort. Le règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil »[83] a doté les USP de la « personnalité morale d'unité de service public »[84] ; cependant, non seulement la notion de personnalité morale d'unité de service public s'avère ambivalente au regard des autres personnalités juridiques, mais encore un certain nombre d'USP directement attachées à l'administration de l'État restent sujets administratifs, composantes de la personnalité publique de l'État. C'est, par exemple, le cas des USP directement attachées au Conseil des affaires d'État et de celles qui sont directement attachées aux gouvernements locaux. Elles sont dotées de certaines compétences administratives et, par conséquent, de la qualité de sujet administratif. Cependant, le seul critère organique ne suffit pas

83 Préc..

84 " *事业单位法人* ", Shi-ye-dan-wei-fa-ren.

à distinguer, au sein des USP, celles n'ayant pas cette qualité de sujet administratif. Ainsi, les universités et hôpitaux publics, établissements publics administratifs et, par conséquent, personnes publiques en France, sont des USP en Chine dont la nature juridique reste indéterminée.

Les USP sont indubitablement une spécificité chinoise qui ne trouve pas d'équivalent en droit français. Toutefois, leur évolution est largement orientée par le développement de la notion de service public. Bien que l'introduction de la notion française de service public par l'ouvrage de WANG Mingyang se soit avérée passagère[85], la volonté politique de construire un « gouvernement de service public » incite à reprendre cette notion avec un intérêt particulier.

Un autre critère fondamental de la notion française de service public est l'intérêt général. La notion d'intérêt général[86] occupe une place éminente dans l'histoire politique de la France dès lors que l'État est conçu comme titulaire de la souveraineté nationale. Elle revêt une importance particulière notamment après le déclin de l'Église dans la sphère publique : il s'agit désormais de trouver une nouvelle référence de conscience commune qui ordonne la société au-delà des logiques particulières. Elle a ainsi succédé au bien commun classique de la religion chrétienne par ses présupposés laïques, individualistes et rationalistes[87]. Si le pouvoir émane de la volonté des hommes, l'État en tant que phénomène d'institutionnalisation du pouvoir politique doit justifier la légitimité de son pouvoir par ses actions exclusivement accomplies dans un but d'intérêt général. À mesure qu'une démocratie représentative se construit en France depuis le renversement de la monarchie absolue, les croyances républicaines, telles que la souveraineté du peuple comme source fondamentale de tout pouvoir politique, la loi comme expression de la volonté générale, la transcendance des particularismes par la citoyenneté, l'État comme instituteur social et la

---

85 Le service public a été traduit par WANG Mingyang comme " 公务 " (Gong-wu), deux idéogrammes qui signifient respectivement « public » (Gong) et « affaire » (Wu). À dire le vrai, cette notion, « pierre angulaire du droit administratif français », n'a pas été mise en exergue par l'auteur voulant rester dans sa position neutre de comparatiste.

86 La notion d'intérêt général, avant d'être une question juridique, relève d'une appréhension philosophique et politique. La signification de l'expression « intérêt général » doit être comprise de prime abord de façon négative : l'intérêt général se distingue des intérêts particuliers. Cependant, cela ne suffit pas pour cerner la notion d'intérêt général, car chaque intérêt particulier comporte un sens substantiel qui désigne un objet précis ; en d'autres termes, un intérêt particulier est nécessairement déduit de l'expérience réelle, tandis que le concept d'intérêt général résulte d'une idée et sa consistance varie infiniment selon les circonstances. En effet, l'idée d'intérêt général a été pensée sous différentes expressions à travers le temps et l'espace, telles que l'utilité commune positive d'Épicure, l'utilité de la chose publique de Cicéron, le bien commun thomiste ou le bien commun de Machiavel, le bien public de Hobbes et celui de Locke, la volonté générale de Rousseau, l'intérêt national de Sieyès et la « main invisible » chez Smith.

87 Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2006, pp. 164-169.

conception d'un État providence comme promoteur des services publics, ont contribué à l'édification d'une conception moniste et étatiste de l'intérêt général[88].

Cependant, l'intérêt général ne constitue pas seulement un outil de légitimation du pouvoir politique. Il constitue aussi bien une limitation des actions de la puissance publique. Cela suppose, selon les partisans de la théorie de l'auto-limitation de l'État par le droit, tel que Raymond Carré de Malberg, une distinction entre l'intérêt général et l'intérêt de l'État[89]. Les actes de l'État sont encadrés par les lois, expression de la volonté générale et la Constitution, norme authentifiée par le peuple. Pour assurer l'effectivité de la limitation de l'État par l'intérêt général, il faut non seulement des contrôles exercés par les citoyens en tant que « gouvernés » vis-à-vis des « gouvernants » si l'on reprend les termes de Léon Duguit[90], mais aussi des contrôles juridictionnels qui vérifient la conformité des actes de l'État aux normes supérieures exprimant l'intérêt général.

L'intérêt général est donc à la fois le résultat d'un traitement arbitral de l'État et le principe au nom duquel celui-ci exerce ses prérogatives à l'égard des activités d'intérêt particulier. La notion d'intérêt général joue, ce faisant, un rôle fondateur dans le droit public français[91]. En regard de cette notion française d'intérêt général, se développe, en Chine depuis le début du XXIème siècle, une notion d'intérêt public[92].

Le terme « intérêt public » n'est certes pas nouveau. Il s'agit d'une exploitation du vocabulaire utilisé par l'article 13 de la Constitution de 1954, qui le dote d'une fonction nouvelle. En effet, l'apparition du mot « intérêt public » dans la Constitution de 1954 a été plutôt un choix factuel. La signification ne devait pas se distinguer du terme « intérêt du Peuple » ; d'où sa

88 Bruno Denis, Avant propos, *in* « L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme », *Problèmes politiques et sociaux*, n°946, 2008, La Documentation française, p. 6.

89 Ici, le terme « État » se comprend plutôt dans le sens de l'ensemble des appareils administratifs permettant de mettre en place des décisions validées directement ou indirectement par le peuple. Cette vision de la distinction de l'intérêt général et de l'intérêt de l'État se heurte quelque peu à la tradition philosophique dominante de la France selon laquelle, au moins sous la Cinquième République, il paraît indéniable que l'État et la nation ne sont pas réductibles à la simple addition des individus qui les composent. Il est donc nécessaire de laisser reposer l'intérêt général sur une abstraction.

90 Léon Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Albert Fontemoing, 1903, rééd. par Dalloz, 2005, 774 p..

91 Pour une étude approfondie des fonctions de la notion d'intérêt général dans le droit public français, voir notamment deux thèses : Didier Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, sous la dir. de Jean-Marie Auby, Bordeaux, 1975, 451 p. et Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, sous la dir. de Jean Boulouis, 1975, thèse publiée sous le même titre, LGDJ., 1977, 394 p. ; voir aussi pour une étude élargie sur la notion d'intérêt général selon le droit de l'Union euriopéenne : Thomas Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ., 2001, 179 p..

92 " *公共利益* ", Gong-gong-li-yi.

disparition dans les constitutions de 1975 et de 1978. Il n'était d'ailleurs pas employé par les textes officiels des autorités publiques (de l'État comme du PCC). Autour des années 2000, le terme « intérêt public » réapparaît cette fois de façon significative, dans des lois telles que celle du 28 juin 1999 « sur la donation en vue d'intérêt public »[93], celle du 30 août 1999 « sur les appels d'offres »[94], celle du 29 juin 2002 « sur la commande publique »[95], ou encore celle du 27 août 2003 « sur l'autorisation administrative »[96]. Dans ces textes, l'intérêt public est invoqué dans le but principal de justifier la dérogation de l'action publique aux principes du droit commun. La formule classique se présente comme suit :

> « Afin de satisfaire aux besoins de l'intérêt public, l'État peut… »

L'intérêt public a donc tendance à devenir une notion clé dans le droit chinois en ce qui concerne les conflits entre les sujets administratifs représentant la personne publique de l'État et les personnes privées. La révision constitutionnelle de 2004 intègre la notion d'intérêt public dans les articles 10 et 13 de la Constitution.

L'introduction et le développement de la notion d'intérêt public en Chine s'inscrivent dans la logique des réformes économiques et politiques impulsées par le souffle du libéralisme occidental. Si, désormais, l'utilisation des prérogatives de l'État nécessite une justification par la poursuite d'une mission d'intérêt public, toutes les activités de l'État ne sont pas des activités d'intérêt public. Ces activités non liées à l'intérêt public ne doivent pas être distinguées de celles entreprises par les personnes privées. Sous la République Populaire, cette situation représente un changement idéologique significatif, alors qu'elle est tout à fait familière à la doctrine française. Celle-ci, dès le début du siècle dernier, reconnaissait déjà la différence de nature entre les activités d'une personne publique :

> « Le service peut, en effet, tout en intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion de son domaine privé : on considère dans ce cas que la

93 Préc..

94 " *招标投标法* ", Zhao-tou-biao-fa.

95 " *政府采购法* ", Zheng-fu-cai-gou-fa.

96 " *行政许可法* ", Xing-zheng-xu-ke-fa. Hormis les quatre lois sus-mentionnées, les textes comportant le terme « intérêt public » sont encore multiples.

personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire dans les conditions du droit commun. »[97]

Quant à la définition soit de la notion française d'intérêt général, soit de la notion chinoise d'intérêt public, on observe une même démarche : le législateur se contente de prescrire le principe dans ses textes, en laissant aux autorités administratives et juridictionnelles le soin d'en définir le contenu.

L'intérêt général en France ou l'intérêt public en Chine constituent ainsi à la fois le fondement, la finalité et la limite du pouvoir de l'État, tandis que l'État en monopolise la définition. Telle est la relation entre l'intérêt général et l'État en France ; telle est aussi celle qui se développe en Chine entre l'intérêt public et l'État. De cette relation découle un autre critère d'identification du service public en droit français, lequel ne présente pas moins d'importance en Chine.

Selon la doctrine française, toutes les activités de service public sont des activités d'intérêt général, même si le domaine des activités d'intérêt général est plus large que celui du service public. En comparaison de ce lien entre service public et intérêt général dans le droit français, la notion d'intérêt public joue également un rôle décisif dans la définition du service public en Chine.

Elle a d'abord vocation à affermir la légitimité des fonctions des établissements de l'administration. Le rapport traditionnel hiérarchique entre administration et administrés a tendance à se transformer, au moins en partie, en un rapport entre prestataire de service et usagers. L'administration est au service des citoyens et ses prérogatives ne peuvent être utilisées que pour la sauvegarde de l'intérêt public. L'idée de la limitation du pouvoir de l'État, un des éléments fondamentaux de la notion française d'intérêt général, est aussi bien présente dans sa version chinoise. Les établissements de l'administration, sujets administratifs, sont indéniablement des composantes du service public en Chine.

La notion chinoise d'intérêt public consiste, en outre, à exclure les activités lucratives de l'État du domaine du service public. Ces activités lucratives sont d'abord celles des entreprises

---

97 Concl. Romieu, CE., 6 février 1903, *Terrier*, *Rec*., p. 94. Il est d'ailleurs possible de citer une formule similaire dans les conclusions David sous l'arrêt *Blanco* (TC., 8 février 1873) :

> « [S]i l'État en tant que personne civile, considérée soit comme propriétaire, soit comme contractant et à raison des rapports qui découlent de ces situations entre lui et les particuliers, est justiciable des tribunaux ordinaires, il ne l'est pas en tant que puissance publique chargée d'assurer la marche des divers services administratifs […]. »

nationales dorénavant considérées en principe comme les entreprises d'initiative privée. C'est le cas des sociétés nationales de production et de fourniture de marchandises et des sociétés commerciales. En revanche, certaines entreprises sont régulièrement ou occasionnellement amenées à exercer des fonctions administratives au nom de l'intérêt public. C'est le cas des sociétés de chemin de fer notamment la Société de chemin de fer de Chine, et des sociétés d'électricité, d'eau ou de gaz. Nombre d'auteurs soulignent le caractère public des activités de ces entreprises et proposent leur intégration dans le domaine du service public malgré leur personnalité morale de droit privé.

Le même phénomène s'observe s'agissant des USP. Selon la définition donnée par l'article 2 du règlement provisoire du 25 octobre 1998 « sur la gestion et l'enregistrement des unités de service public » :

> « Sont des unités de service public visées par le présent règlement, les organismes prestataires de services tels que l'éducation, la recherche, les activités culturelles et la santé, créés par les établissements administratifs de l'État ou les autres organismes moyennant le financement de l'État pour satisfaire aux besoins de l'intérêt public. »[98]

Dans son alinéa suivant, cet article précise que les organismes lucratifs établis par les USP doivent être séparés de leurs comptes et régis par les dispositions relatives à la gestion des sociétés privées[99]. Une interprétation de cet article considère que les USP ne doivent en principe exercer que des activités d'intérêt public et, par conséquent, devraient être intégrées dans le domaine du service public. Pour les USP qui ont la qualité de « sujet administratif », leur intégration ne soulève aucun débat. Cependant, l'incorporation des USP, personnes morales de droit privé, susciterait le même problème que les entreprises exerçant des activités d'intérêt public. À mesure que se multiplient les règles spéciales régissant les activités de service public ainsi que celles encadrant les régimes des personnels chargés de leur exécution, voient le jour les germes d'un droit public au sein du système juridique de la République Populaire.

Ce n'est donc pas une simple coïncidence que les constructions du système de services publics et de la fonction publique, tout en étant impulsées par les tendances anglo-saxonnes, restent

98 Préc., al. 1 [*本条例所称事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织*].

99 *Ibid*., al. 2 [*事业单位依法举办的营利性经营组织，必须实行独立核算，依照国家有关公司、企业等经营组织的法律、法规登记管理*].

en liaison étroite avec le droit français qui leur fournit nombre de références théoriques. Malgré les différences culturelles entre la France et la Chine, les évolutions concernant les rapports entre l'État, ses activités et ses agents sont manifestement convergentes et, *a fortiori*, comparables.

Ces convergences se manifestent au travers des réformes de l'État, dans les deux pays, depuis les années 1980. En Chine, depuis la IIIème session du XIIème Congrès du PCC en 1984, les programmes poursuivant et approfondissant les réformes des institutions gouvernementales, de l'administration, des USP et des entreprises publiques sont présentés chaque fois à l'occasion des Congrès du PCC et des sessions plénières de l'Assemblée Populaire nationale. Après la séparation des entreprises publiques des établissements publics, à partir des années 1990, ces derniers subissent une série de réformes qui touchent tant leur organisation que leur fonctionnement. À ce titre, les USP, une des spécificités du système institutionnel chinois, sont en train de vivre une évolution inouïe. Les réformes ne se contentent pas de les séparer simplement de l'administration publique, elles préparent une refonte complète des USP en tenant compte de la nature de leurs activités. Il s'agit d'abord de les classer en trois catégories (les USP à caractère administratif, celles à caractère d'intérêt public, et celles qui relèvent du domaine des services communs et du commerce) puis d'exclure les USP à caractère administratif et celles relevant du domaine des services communs et du commerce en les transformant en établissements administratifs d'un côté, en sociétés anonymes de l'autre[100]. Cette réforme d'ampleur concerne environ 1 300 000 établissements publics et touchent presque 30 000 000 de personnes employées dans ces établissements. Au-delà de cette importance numérique, c'est l'identité même du service public qui est en cause.

En France, la politique de renouveau du service public, lancée par le gouvernement Rocard en 1989, inscrite dans la politique générale de réforme de l'État et de l'administration est toujours d'actualité. Elle est complétée et développée par d'autres programmes de réformes relatives au secteur public et à l'administration telles que la création du Comité interministériel à la réforme de l'État en 1995, la loi organique du 1er août 2001 « relative aux lois de finances », le décret du 30 décembre 2005 « instaurant la Direction générale de la modernisation de l'État »[101] et la « Révision générale des politiques publiques » lancée par le gouvernement Fillon en 2007. Malgré le

100 Cette politique, suggérée dès le début des année 2000 et accompagnée de quelques essais locaux, est définitivement mise en place par l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public » [*关于分类推进事业单位改革的指导意见*], Guan-yu-fen-lei-tui-jin-shi-ye-dan-wei-gai-ge-de-zhi-dao-yi-jian.

101 Décret n° 2005-1792 du 30 décembre 2005 « portant création d'une direction générale de la modernisation de l'État au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ».

changement de majorité politique après les élections de 2012, la « Modernisation de l'action publique » prolonge dans les grandes lignes les politiques précédentes. Si le pas de la privatisation se ralentit, le développement du système managérial dans la gestion publique se poursuit.

La construction d'un « gouvernement de service public » en Chine et le renouveau du service public en France s'inscrivent dans un même courant de modernisation de l'État et de ses administrations dont l'impulsion est largement marquée par le libéralisme économique. En même temps, cette « modernisation » libérale modifie logiquement l'organisation et la gestion du personnel public. Est souvent dénoncée par les tendances réformatrices, une administration rigide, inefficace et pourtant trop nombreuse. À ce titre, il convient d'emblée de constater une politique de réduction des effectifs du personnel public, commune aux deux pays. Nonobstant les raisons liées aux difficultés financières, un changement idéologique se dessine et exerce son impact sur le droit. Inspirées de la théorie de la nouvelle gestion publique, les réformes récentes de la fonction publique tendent à intégrer les méthodes de la gestion des ressources humaines dans la gestion de la fonction publique. Les réformateurs ne se contentent donc pas de réduire le personnel public : c'est la gestion publique même qu'ils visent comme objet de réforme en vue de l'efficacité et de l'efficience. En outre, à l'instar des établissements publics, une distinction s'opère au sein du personnel public. Par delà les différences quant aux origines historiques et philosophiques, depuis les années 1990, la construction de la fonction publique chinoise et les réformes de la fonction publique française convergent vers une situation duale : la coexistence de fonctionnaires et d'agents publics non titulaires au sein de la fonction publique. L'introduction de contrats à durée indéterminée par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 dans la fonction publique française et la contractualisation totale des emplois des USP en Chine illustrent cette évolution.

*

Les convergences sont encore nombreuses. Pour les caractériser de façon générale, nous constatons tout d'abord l'existence d'une certaine ligne politique, constante depuis les années 1990, consistant à réduire le champ de l'intervention directe de l'État malgré la croissance des besoins de service public. Il s'agit d'une redéfinition du rôle de l'État face au marché des prestations de service. Cette redéfinition, largement impulsée par le libéralisme économique, tend à cantonner le rôle de l'État dans la détermination des règles relatives au service public et dans les fonctions de contrôle et de sanction. Ainsi les mesures de privatisation et d'externalisation des services publics coïncident-

elles avec les réformes de l'État telles que la « Révision générale des politiques publiques » en France et la construction d'un « gouvernement de service public » annoncée par les autorités de l'État chinois. Dès lors, une classification des activités de service public en fonction de leur nature s'impose. Si la division classique du service public en deux catégories, l'une administrative, l'autre industrielle et commerciale, joue toujours un rôle considérable dans le droit administratif français, et si la distinction entre établissement administratif et unité de service public constitue encore un élément déterminant au niveau de l'organisation des services publics en Chine, elles sont depuis une vingtaine d'années largement affectées par des réformes qui sont impulsées par une tendance libérale consistant à restreindre les activités de l'État dans le champ des fonctions régaliennes. De surcroît, en parallèle avec la restriction de l'intervention étatique, cette politique prône des changements dans les modes de gestion publique. Les modifications de l'organisation et du fonctionnement des services publics ont inéluctablement des incidences sur la situation des personnels des services publics, et en particulier, des agents publics dont le régime juridique est censé être lié à la nature des missions qu'ils exercent. Avec le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics, c'est le périmètre du droit public qui est mis en question (partie I).

En sus de la limitation matérielle de l'intervention publique, la frontière entre les sphères publique et privée est elle-même mise en cause par l'intégration de principes du droit privé et de méthodes de la gestion privée dans la fonction publique. L'élargissement du recours au contrat, le développement de la gestion des ressources humaines comme nouveau mode de gestion publique, et les modifications substantielles de certains principes du régime des fonctionnaires au détriment des spécificités d'une fonction publique de carrière affectent le contenu du droit public (partie II).

- *Partie I. Le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics : la question du périmètre du droit public*

- *Partie II. L'influence du droit privé sur les évolutions du droit de la fonction publique : la question du contenu du droit public*

PARTIE I

LE RECUL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS : LA QUESTION DU PÉRIMÈTRE DU DROIT PUBLIC

Sur le plan socio-économique, l'essor du service public en France après la II^{nde} Guerre mondiale a été largement favorisé par les mesures de nationalisation. L'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946 pose le principe de la corrélation entre le service public et la propriété collective. L'État avec ses établissements publics, et les collectivités territoriales avec les leurs, interviennent massivement, en qualité de personnes publiques, au sein des activités de prestation de services. La transformation de la société Renault en régie par l'ordonnance du 16 janvier 1945, la nationalisation de la Banque de France par la loi du 2 décembre 1945, les créations de GDF et EDF par la loi du 8 avril 1946 et la nationalisation de nombreuses compagnies d'assurance par la loi du 25 avril 1946 illustrent l'ampleur de ce phénomène après la Libération.

Un mouvement similaire s'observe au début de la République Populaire de Chine. Une grande vague de nationalisations est déclenchée par le gouvernement du PCC après une période de transition préparatoire entre 1949 et 1953. Cette politique a une visée ambitieuse : il s'agit de nationaliser tous les secteurs de la production industrielle et de prestation de services. Les biens et entreprises du régime précédent, ceux des grandes familles industrielles et commerciales, et ceux des investisseurs étrangers, ont été successivement nationalisés, tandis que l'État procédait à une incorporation des entrepreneurs privés dans les entreprises publiques. Fin 1956, la nationalisation totale des entreprises s'est officiellement achevée dans les agglomérations. Hormis la propriété collective des territoires ruraux, les autres formes de possession ne doivent être que marginales à l'égard du monopole national. Cette marge devrait même disparaître en vertu de la Constitution révisée en 1975 :

> « Il existe principalement deux formes de possession des biens de production sous la République Populaire de Chine : possession nationale par tous les membres de la société et possession collective par les travailleurs. »[102]

Jusqu'en 1978, toute activité de production industrielle ou de prestation de services relève donc du domaine de l'État. Celui-ci dirige, gère et exécute ces activités par les différentes catégories d'entités de l'administration publique telles que les entités administratives, de production industrielle, de commerce et socioculturelles. La notion de personne publique n'avait pas de sens en

102 L'article 5 de la Constitution de 1975 de la République Populaire de Chine (abrogée) [*中华人民共和国生产资料所有制现阶段主要有两种：社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制*].

Chine durant cette période, car toute entreprise était publique, alors qu'en France elle permet de distinguer des activités de prestation de services susceptibles de relever du service public de celles qui n'en relèvent pas. Or la Réforme de 1978, prônant une modification profonde du système de nationalisation jugé inadapté aux exigences contemporaines de la société, rouvre la voie aux initiatives privées. La distinction entre personne publique et personne privée apparaît de nouveau signifiante. Dès lors, sous l'impulsion libérale, la nouvelle politique du gouvernement chinois consiste à rétrécir l'intervention directe de l'État au profit du développement d'un marché au sein duquel les activités marchandes de l'État devraient être soumises aux règles de la concurrence. Cette tendance se traduit notamment, comme en France, par la transformation des établissements publics en sociétés anonymes.

En France, entamée par la loi du 26 juillet 1996 transformant France Télécom en société anonyme, la politique de transformation des EPIC en sociétés anonymes se poursuit : en 2004, EDF et GDF, en 2006 Aéroports de Paris, en 2010 la Poste et peut-être très prochainement, la SNCF. Ainsi, la réforme a touché une partie importante du secteur public[103]. En Chine, bien que la politique ne soit officiellement mise en place qu'en 2011 par un avis exécutoire du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État[104], les essais locaux et ministériels ont déjà produit des effets considérables. En effet, avant 2011, plusieurs textes du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État sont intervenus, soit de façon générale, soit visant ponctuellement certains domaines précis (tels que la recherche scientifique, la culture et la diffusion médiatique). Par ailleurs, les domaines des télécommunications, de la distribution d'eau, d'électricité et de gaz, et des aéroports civils ont déjà été séparés de l'administration publique et sont désirmais gérés par des sociétés anonymes (publiques ou d'économie mixte). En mars 2013, pendant sa XIIème réunion plénière, Ière session, l'Assemblée Populaire nationale a approuvé la suppression du ministère des chemins de fer en transférant ses compétences réglementaires au ministère des transports et laissant le reste de ses fonctions à la Société générale des chemins de fer de Chine[105], société anonyme nationale créée par cette même décision[106].

103 À propos de la transformation des grands EPIC en sociétés de capitaux, voir le rapport du 15 octobre 2009 du Conseil d'État, *Les établissements publics*, La Documentation française, 2010, p. 18 – 19.

104 Avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public », *op. cit.*.

105 " *中国铁路总公司* ", Zhong-guo-tie-lu-zong-gong-si.

106 Il s'agit de l'adoption du programme du 14 mars 2013 du Conseil des affaires d'État « sur la réforme des offices et la réorientation des fonctions » [*国务院机构改革和职能转变方案*], Guo-wu-yuan-ji-guo-gai-ge-he-zhi-neng-zhuan-bian-fang-an.

Avec le phénomène de privatisation, on évoque parfois le déclin d'un État providentiel qui avait tendance à prendre en charge toute prestation de service. Or, le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics se traduit également par le développement de la gestion indirecte des services publics par l'administration. Cette gestion indirecte se réalise notamment par l'externalisation des services publics. En France, ce développement se concrétise par une série de normes juridiques mise en place depuis la fin des années 1980. Le 7 août 1987, une circulaire « relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services » a été édictée pour encadrer la délégation de gestion des services publics locaux ; la loi n° 92-125 du 6 février 1992 dite « loi Sapin » officialise l'expression « délégation de service public » ; en 1995, une autre circulaire[107] préconise une réforme de l'État en redéfinissant le champ de ses missions ; tout cela est relayé par la « Révision générale des politiques publiques » lancée depuis juillet 2007 dont un des axes est de recentrer les administrations sur le cœur de leurs missions ; cet objectif n'est pas remis en cause par la « Modernisation de l'action publique » malgré le changement de majorité politique en 2012. Le vocable « externalisation », comme le souligne Gilles J. Guglielmi, « s'est répandu de plus en plus fortement dans les discours juridiques et institutionnels »[108].

De même, le gouvernement chinois s'est engagé, depuis la fin des années 1980, dans une politique continue de réforme de l'État et de ses administrations. Tous les cinq ans, à l'occasion de l'assemblée plénière du Congrès national du PCC et de celle de l'Assemblée Populaire nationale, les objectifs de redéfinition du rôle de l'État et de recentrage de ses missions sont repris et précisés[109]. La théorie du « gouvernement de service public », prônée par l'École chinoise de la nouvelle gestion publique, s'impose tant au niveau politique que sur le plan doctrinal. Il s'agit non seulement de réduire les interventions de l'État dans les domaines industriels et commerciaux par le biais de la privatisation, mais aussi de changer les modalités traditionnelles de mise en œuvre des services publics, même s'ils sont de nature administrative, à travers le concours d'opérateurs privés. Il ne s'agit pas de se désengager de certaines activités au profit de l'initiative privée, mais d'une

107 Circulaire du 26 juillet 1995 « relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics ».

108 Gilles J. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Le Droit ouvrier*, 2008, n° 717, p. 175.

109 Voir les rapports du Comité central du PCC devant le Congrès national de 1987, 1992, 1997, 2002, 2007 et 2012 et les rapports d'activités du gouvernement du Conseil des affaires d'État devant l'Assemblée Populaire nationale de 1988, 1993, 1998, 2003 2008 et 2013.

rationalisation des moyens mis en œuvre par la puissance publique[110]. C'est pourquoi, tout en suivant la logique de la privatisation, l'externalisation ne se confond pas avec celle-ci.

Pour distinguer l'externalisation de la privatisation, Paul Lignières propose de les situer dans deux dimensions géométriquement opposées : la privatisation considère les services publics de façon « verticale » c'est-à-dire « sectorielle », tandis que l'externalisation appréhende les activités d'un service public de façon « horizontale » ou « fonctionnelle ».

> « Lorsque l'État privatise, écrit cet auteur, il se retire des fonctions d'opérateur d'un secteur pour n'y exercer en principe que des fonctions de réglementation et de régulation. La privatisation déplace donc la frontière entre les activités de service public et les activités qui relèvent de la liberté du commerce et de l'industrie. L'externalisation a, au contraire, pour objet de permettre à l'État d'utiliser le secteur privé afin de l'assister à mettre en œuvre des activités régaliennes (que l'on assimile souvent en France aux activités de service public). »[111]

Après avoir redéfini ce que fait l'État, il s'agit d'opérer une clarification fonctionnelle au sein des activités traditionnellement assurées par des personnes publiques[112]. Ainsi, la privatisation (titre I) et l'externalisation (titre II) des service publics sont les manifestations du recul de l'administration publiques dans la gestion des services publics et ont pour effet de modifier le périmètre du droit public dans les deux pays.

- *Titre I. Le déclin de la gestion publique par la privatisation des services publics*
- *Titre II. Le développement de la gestion indirecte des services publics par l'administration*

---

110 Jean-David Dreyfus, « L'externalisation, élément de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214. Dans le même sens s'agissant de la doctrine chinoise, voir ZHOU Wei, « L'externalisation contractuelle des services publics : une réforme des moyens de mise en œuvre des services publics », *Doctrinal*, 2010, n° 2, n° série 435, p. 27 [*周伟，公共服务合同外包：公共服务职能提供方式的变革*，理论界]. L'article sus-cité est rédigé en langue chinoise. Le titre est traduit par nous. Il en est de même ci-après.

111 Paul Lignières, « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », *in Chaire « mutations de l'action publique et du droit public »*, Science Po Paris, 2ème session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global » : L'externalisation des activités publiques en droit comparé, 14 mars 2007, p. 3.

112 Cette supposition chronologique serait plutôt un souhait qu'une réalité, car les mesures d'externalisation ont été pratiquées avant ou pendant la privatisation.

Titre I. Le déclin de la gestion publique par la privatisation des services publics

Il est aisé d'observer, en droit français comme en droit chinois, une tendance politique consistant à soumettre au droit privé des services jusqu'alors régis par un régime exorbitant du droit commun. On parle communément de privatisation. Il est nécessaire de situer le phénomène de privatisation dans son contexte.

Le triomphe du modèle euro-américain à la fin des années 1980 favorise largement l'avènement d'un néolibéralisme à l'échelle mondiale. Les pays de l'ancienne Union soviétique ont, presque tous, subi une sorte de révolution tant au niveau économique qu'au niveau politique. Face à cette situation, la France n'était pas si intégrée au modèle sociopolitique de ses partenaires de l'OTAN, tandis que la Chine n'était pas si intime avec son ancien précepteur socialiste occidental ; les deux pays, partageant une même tradition interventionniste sous différentes formes, n'en accueillent pas moins, chacun de son côté, le retour du libéralisme. La vision interventionniste est ainsi remise en cause au profit d'une conception minimaliste de l'État.

En Chine, les entreprises publiques et USP, traditionnellement considérées comme faisant partie du corps de l'État, sont depuis l'édiction du règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil », séparées des établissements administratifs et régies par le droit privé et par des règles qui leur sont spécifiquement dédiées. En France, depuis le milieu des années 1980, à mesure que les entités économiques de l'État sont transférées du secteur public au secteur privé et que les normes communautaires privilégiant le droit de la concurrence pénètrent le droit interne, le bloc du service public français, forgé par les nationalisations des IVème et Vème Républiques, est fissuré par les mesures de privatisation.

La privatisation, comme la nationalisation, implique une détermination des frontières entre le secteur public et le secteur privé. La présence des pouvoirs publics dans l'activité concernée n'implique pas automatiquement le caractère public de celle-ci. Autrement dit, l'État et les collectivités territoriales peuvent se trouver en concurrence avec des entrepreneurs privés. Dans ce cas, selon la logique économique, les entreprises publiques ne doivent pas déroger aux règles du marché. Or, lorsqu'une personne publique exerce ses autres activités non marchandes, au nom de l'intérêt général et par le biais de ses moyens exorbitants, elle suit ses propres règles. Cette distinction de nature entre les activités de la personne publique, tout à fait compréhensible au niveau intellectuel, est cependant peu opérationnelle sur le plan juridique. C'est pourquoi la recherche de

concordance entre le critère de la nature des activités et celui de l'appartenance organique se poursuit tant au niveau politique qu'au niveau juridique.

Dans la construction du système des services publics en Chine comme dans l'évolution du service public en France, les effets de la privatisation s'avèrent considérables. Ces effets s'appliquent avant tout à l'organisation de la fonction publique qui constitue l'élément humain du service public. La politique de privatisation des services publics a entraîné, dans les deux pays, de grandes mutations des personnels publics telles que des suppressions d'emplois publics et des transferts de personnels publics à la suite d'une transformation d'un établissement administratif en société commerciale ou en entité économique régie par le droit privé. La question de la concordance entre la qualification de l'établissement, la nature des activités et le régime juridique applicable aux agents, suscite d'importants débats doctrinaux.

La transformation des établissements publics en sociétés anonymes et celle de leurs activités administratives en activités marchandes sont des modalités communes de privatisation des services publics en France et en Chine (chapitre I) ; cette série de privatisations a eu pour effet de modifier considérablement l'organisation et le mode de gestion des personnels de ces établissements (chapitre II).

- *Chapitre I. Les modalités communes de la privatisation des services publics en France et en Chine*

- *Chapitre II. Les conséquences de la privatisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique*

Chapitre I. Les modalités communes de privatisation des services publics en France et en Chine

L'intervention de l'État au sein de la société se manifeste de manières différentes suivant le degré plus ou moins fort d'utilisation des moyens exorbitants ressortissant à la puissance publique. La manière la plus radicale est un monopole étatique pur et simple, doté de prérogatives de puissance publique. En France, il s'agit de services publics administratifs et de certaines activités industrielles en régie directe, échappant ainsi au domaine concurrentiel[113]. Ces deux méthodes étaient également utilisées en Chine sous une forme idéaliste avant la réforme des années 1980 : les unités de production étaient attachées aux établissements administratifs et gérées par eux tandis que l'État se chargeait de la distribution des produits aux citoyens.

Or, ce modèle de l'économie planifiée est largement remis en cause à mesure que l'idéologie communiste décline au profit du néolibéralisme qui exerce une influence dominante à l'échelle mondiale. En réaction à l'interventionnisme étatique, les néolibéraux, reprenant le modèle ancien de l'État gendarme et de l'État régulateur, tendent à délimiter un domaine d'activités privées dans lequel même quand les pouvoirs publics interviennent, ils doivent s'adapter aux modalités de fonctionnement des activités de nature privée et, par conséquent, être soumis au droit commun. La notion de privatisation a donc un double sens selon l'approche socio-économique ou l'approche juridique.

Au sens général ou socio-économique, la privatisation consiste à transférer les activités des personnes publiques au secteur privé et s'intéresse substantiellement à la participation proportionnelle des personnes publiques et des personnes privées à la gestion des activités en question[114] ; au sens juridique, elle tend à tracer une frontière entre les services publics administratifs et les activités de nature industrielle et commerciale et pose formellement la question du droit applicable, public ou privé. Il convient de rappeler que la question du choix du régime juridique en France est liée au dualisme de son ordre juridique. En Chine, étant donnée l'unité de l'ordre juridictionnel, la distinction entre les notions juridique et socio-économique de la privatisation n'est pas sérieusement prise en considération par la doctrine. Mais la question de

113 L'exemple de la Régie Renault paraît particulièrement intéressant. L'ordonnance du 16 janvier 1946 la définissait comme un établissement de nature industrielle et commerciale, mais il était admis que la régie n'était pas une personne publique, sans pour autant constituer une société puisque dépourvue jusqu'en 1970 de capital social.

114 Pour la définition générale de la privatisation, voir Pierre Guislain avec la collaboration de Michel Kerf, *Les privatisations un défi stratégique juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck, Droit / Économie, 1995, p. 24 – 25.

l'application ou non du droit privé en Chine est au fond la même interrogation que celle du régime juridique applicable en France. À ce titre, la privatisation des entreprises nationales et des USP en Chine a été entamée à partir de l'édiction du règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil », c'est-à-dire dès le début de la codification du droit civil. La question se pose moins du caractère public ou privé d'une entreprise que du degré de sa soumission au droit applicable à l'État ou aux règles de la concurrence. En effet, le gouvernement chinois tend à accroître l'autonomie des entreprises publiques et à les soumettre à une concurrence égale à celle qui prévaut entre les entreprises privées, sans pour autant changer la nature publique de leur propriété.

Or, en France comme en Chine, les entreprises publiques sont marquées par une hétérogénéité selon leur lien plus ou moins étroit avec l'administration. Par ailleurs, il arrive que certaines exercent des activités de nature administrative. Ainsi les établissements publics « à double visage » et ceux dont la nature des activités ne correspond pas à celle de leur qualification illustrent bien la problématique en France, tandis qu'en Chine, la politique de catégorisation des USP est présentée comme un remède à l'amalgame des diverses activités de l'État. Force est de constater un mouvement convergent, dans les deux pays, consistant à homogénéiser les interventions économiques de l'État au profit de la forme de société commerciale et à réduire le champ des activités monopolistiques de l'administration publique. Le détachement des activités de nature marchande de l'administration (section 1) et la soumission des établissements publics au droit privé par leur qualification à caractère marchand (section 2) sont les modalités communes de privatisation utilisées dans les deux pays.

Section 1. Le détachement des activités de nature marchande de l'administration publique

Les idéologies de l'État-providence et de l'État socialiste s'étaient respectivement développées à partir de la IIIème République en France et sous la République Populaire en Chine. La conséquence commune de ces développements est d'avoir créé un secteur public dont la substance est particulièrement extensive. En Chine, l'État avait vocation à devenir l'unique producteur industriel et prestataire de services publics tandis qu'en France, l'intervention publique, au lieu d'être le remède aux carences des initiatives privées, constituait parfois un obstacle à leur développement. Ainsi, parmi les entités publiques, beaucoup sont chargées de la production de biens ou de prestations, c'est-à-dire de la commercialisation de services. Ces entités publiques, par la nature de leurs activités, constituent un secteur public marchand.

En Chine, à l'époque de l'économie planifiée où l'administration publique gérait directement ces entités, le secteur public n'avait pas de limite. Sans se prononcer sur la question de l'efficacité ou de l'efficience, il y avait au moins une cohérence. Or, une fois cette idéologie remplacée par l'économie de marché laquelle fait jouer la concurrence et la recherche de l'efficience économique, ces entités ne peuvent plus être organisées ni gérées de la même manière. La recherche de l'adaptation a eu pour objectif et pour effet d'assimiler la gestion de ces entités économiques publiques aux entreprises privées désormais reconnues par les lois de la République Populaire. Ainsi, le marché est partagé par les entreprises privées et les entreprises publiques.

Un tel paysage est sans doute familier aux observateurs français pour qui les établissements publics à caractère industriel et commercial et les sociétés commerciales à capitaux publics, coïncidant avec la notion d'entreprise publique du droit de l'Union européenne, représentent l'un des emblèmes de leur identité nationale. Or, ce système est remis en cause par le processus général de privatisation, prôné sous le nom de « modernisation ». Le dualisme établissement public industriel et commercial/société commerciale à capitaux publics ne convient pas à une logique stricte de libre concurrence sur le marché, laquelle ne tolère guère les maints îlots dérogatoires des EPIC, malgré leur soumission de principe au droit privé. À ce titre, la transformation des établissements publics en sociétés anonymes constitue le processus de privatisation par excellence. Et c'est là que la Chine rejoint encore une fois la France. Après avoir séparé les sociétés publiques de l'administration, la République Populaire, approfondissant la réforme des USP, prône la transformation en sociétés commerciales des USP n'exerçant que des activités à caractère marchand.

Il sied de constater que la soumission des établissements publics à caractère marchand au droit privé ne suffit pas à accomplir le processus de détachement des activités de nature marchande de l'administration publique (I). C'est la disparition de cette catégorie d'établissements publics, au profit d'une homogénéisation des statuts des entreprises, qui est envisagée par les politiques de l'économie libérale (II).

I. Les activités de l'administration dans le secteur public marchand

Pour le droit de l'Union européenne, une entreprise est une « entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »[115]. Une entreprise « sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »[116] est qualifiée d'entreprise publique. À mesure que s'accroît l'influence de la notion d'entreprise publique sur le droit public français, malgré l'absence de reconnaissance juridique[117], certains auteurs tendent à en dégager une définition adaptée aux spécificités françaises. Ainsi Jean Rivero entend-il par entreprises publiques « des entreprises industrielles et commerciales qui échappent à l'appropriation par le capital privé et relèvent en dernière analyse de l'autorité de l'État »[118]. Si cette définition s'appuie notamment sur le critère de la détention majoritaire du capital par l'État et de l'influence de l'État sur la gestion de l'entreprise, André Delion ajoute qu'il faut que l'entreprise soit dotée de la personnalité juridique[119], ce qui présente une tendance restrictive du domaine des entreprises publiques par rapport à la définition du droit de l'Union européenne car l'obligation de la personnalité juridique exclut les régies directes des activités économiques[120].

---

115 CJCE (CJUE)., 23 avril 1991, *Höfner*, aff. n° C-41 / 90.

116 Article 2 de la directive 80 / 723 / CEE de la Commission du 25 juin 1980 « relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques » :

> « Au sens de la présente directive on entend par pouvoirs publics : l'État, ainsi que d'autres collectivités territoriales, entreprise publique : toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.
>
> « L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. »

117 Stéphane Albert et Claudie Buisson, *Entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire*, La Documentation Française, 2002, p. 9.

118 Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006, p. 176 et sv..

119 André Delion, *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ., coll. « Système », 2003, p. 29.

120 *S. H.*, Sophie Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2ème éd., 2010, n° 652 et 654.

Si l'on combine les propositions de définition françaises, trois éléments sont donc nécessaires pour constater l'existence d'une entreprise publique : la personnalité juridique, l'exercice d'activités de nature industrielle et commerciale, et l'influence prépondérante d'une autorité publique par la détention majoritaire du capital. Parallèlement, la notion d'entreprise publique ainsi définie correspond, en Chine, à un ensemble d'organismes de diverses qualités juridiques à savoir les USP (excepté celles chargées de missions purement administratives) et les sociétés à capitaux publics. Ces organismes, selon la nature de leurs activités, sont soumis à des régimes juridiques différents. Cette diversité du régime juridique des entreprises publiques chinoises s'avère similaire à l'état du droit français, selon lequel l'absence de capital et la prise en charge d'une mission d'intérêt public peuvent placer une entreprise publique dans une situation juridique dérogatoire au droit commun[121]. Par conséquent, il y a lieu de distinguer les entreprises publiques dont les missions sont susceptibles d'entraîner l'application d'un régime exorbitant du droit commun (B) de celles soumises, par principe, au droit privé (A).

A. Les sociétés commerciales à capitaux publics : des agents économiques de l'État soumis aux lois du marché

Les sociétés commerciales à capitaux publics représentent une des formes les plus importantes d'entreprise publique en France. Elles sont, selon l'importance du capital que détient la personne publique, les sociétés nationales (à capitaux exclusivement publics) et les sociétés d'économie mixte (à capitaux majoritairement publics). Une telle configuration existe également en Chine où l'État, par le biais de sa participation plus ou moins importante au capital de la société, exerce une influence monopolistique ou dominante. Cependant, si, en France, la distinction entre les sociétés à capitaux 100 % publics et celles à capitaux majoritairement publics n'a pas de conséquence sur l'application des règles juridiques notamment en ce qui concerne la procédure de leur faillite et leur règlement judiciaire, le droit chinois fixe un régime particulier aux sociétés nationales à l'égard des sociétés d'économie mixte qui sont confondues avec les autres sociétés anonymes. Afin de comprendre cette divergence, il convient de retracer les évolutions des sociétés à capitaux majoritairement publics (1) et celles à capitaux 100 % publics (2) dans les deux pays.

121 L'application de la règle de la déchéance quadriennale aux contrats administratifs passés entre EPIC et des tiers (CE., 10 janvier 1969, *ORTF. c/ Villars-Rebeyra*t, *Rec*., p. 19 ; l'écartement traditionnel du recours à l'arbitrage (CE., 13 décembre 1957, *Société nationale des ventes de surplus*, *Rec*., p. 678 ; l'insaisissabilité des biens des EPIC (C.cass. com., 9 juillet 1951, *SNEP*, *S*. 1952, I, p. 125, note Roland Drago.

1. Les sociétés à capitaux majoritairement publics

Par le biais de sa participation financière majoritaire, l'État peut jouer un rôle dominant au sein d'une société d'économie mixte. Le but de la création de cette catégorie de sociétés est de permettre une souplesse à l'État dans la sphère économique. En France, revêtues de la forme de société commerciale, les sociétés d'économie mixte sont par principe soumises aux règles du droit du commerce[122] mais également régies par certaines dispositions législatives spécifiques[123]. Au lieu d'accorder des privilèges aux sociétés d'économie mixte, ces dispositions ont plutôt pour objectif d'éviter les abus de l'administration tendant à déroger aux règles de la libre concurrence. À l'instar de la situation française, la législation chinoise a, dès l'adoption de la loi du 29 décembre 1993 « sur les sociétés commerciales »[124], classé les sociétés à capitaux mixtes parmi les sociétés commerciales à responsabilité limitée. Une seule restriction a été émise concernant la passation des biens publics aux personnes privées[125] laquelle est supprimée par la réforme de ladite loi en 2005[126]. Les sociétés à capitaux majoritairement publics sont ainsi dans les deux pays, par principe, soumises au droit appliqué aux sociétés commerciales anonymes. La tendance générale est de limiter l'intervention des pouvoirs publics au seul contrôle de l'action et du compte de la personne publique actionnaire.

S'il est aisé de comprendre que la prépondérance des actionnaires publics au sein des sociétés d'économie mixte ne résulte que du fait que les personnes publiques détiennent une partie majoritaire du capital, la situation s'avère quelque peu ambiguë lorsque les personnes publiques détiennent 100 % du capital.

2. Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière

Soit par une nationalisation totale, soit par création *ab initio*, soit par la transformation d'un établissement public en société anonyme, l'État peut détenir 100 % du capital d'une société. En France, lorsqu'une société nationale n'exerce pas de mission de service public administratif et n'est

122 Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 « sur les sociétés commerciales » (abrogée), puis les articles L225-1 et suivants du Code du commerce.

123 Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 « relative aux sociétés d'économie mixte », les articles L1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales et la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 « tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales ».

124 " *公司法* ", Gong-si-fa.

125 L'article 81 de la loi du 29 décembre 1993 (modifiées par le deuxième amendement du 27 octobre 2005 de l'Assemblée populaire nationale) dispose que « lorsque les entreprises nationales sont transformées en sociétés anonymes à responsabilité limité, il est interdit de solder les biens publics à un prix inhabituel ou de les proposer gratuitement aux personnes privées » [*国有企业改建为股份有限公司时，严禁将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人*].

126 Après le deuxième amendement du 27 octobre 2005, la loi « sur les sociétés commerciales » est de nouveau entrée en vigueur le 1er janvier 2006.

dotée d'aucune prérogative de puissance publique, elle est une personne morale de droit privé soumise à la législation commerciale nonobstant le monopole de la détention du capital par l'État. Au risque de toute ambivalence à propos de l'application des règles de la concurrence, les sociétés nationales françaises sont séparées de l'administration publique.

Une telle séparation est aussi privilégiée en Chine, au terme d'une évolution spectaculaire. Avant la loi « sur les sociétés commerciales » du 29 décembre 1993, le seul texte juridique appliqué aux sociétés nationales était la loi du 13 avril 1988 « portant sur les entreprises industrielles nationales »[127]. Aux termes de cette loi, « les autorités administratives, conformément aux règles édictées par le Conseil des affaires d'État, encadrent les entreprises nationales par les circulaires de planification […] ; elles nomment, sanctionnent et, le cas échéant, révoquent les directeurs des entreprises ainsi que les directeurs adjoints sur l'avis de leur directeur […] »[128]. Cette influence publique est bien plus directe et plus forte que ce que le droit de l'Union européenne qualifie de « contrôle analogue » pour les entités économiques « *in house* »[129], car il s'agissait d'une gestion administrative hiérarchique exercée par les ministères responsables. En fonction de la nature de leurs activités, ces entités économiques de l'administration étaient classées en plusieurs catégories telles que l'industrie lourde, l'industrie légère, la communication et le commerce. Cette situation n'a pas beaucoup changé malgré la réforme économique entamée depuis 1978, laquelle n'avait, au début, que pour effet de permettre à l'administration une certaine souplesse de gestion. L'acquisition de la personnalité juridique indépendante après l'édiction du règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil »[130] a, certes, permis aux entreprises publiques une autonomie tant au niveau économique que sur le plan juridique, mais la tutelle administrative subsistait et la gestion était, après tout, de nature administrative.

Les années 1990 ont marqué un tournant à l'égard de l'évolution antérieure encore hésitante. Deux textes sont intervenus en 1993 : la décision du Comité central du PCC du 14 novembre 1993 « sur les questions relatives à la construction du système de l'économie de marché socialiste » fixant l'orientation de la réforme des entreprises nationales et préconisant l'indépendance de la gestion, du financement et de la responsabilité des entreprises nationales à l'égard de l'administration

---

127 " *全民所有制工业企业法* ", Quan-min-suo-you-zhi-gong-ye-qi-ye-fa.

128 Article 55 de ladite loi : " *政府主管部门依照国务院规定统一对企业下达指令性计划* […] ; *任免、奖惩厂长，根据厂长的提议，任免、奖惩副厂级行政领导干部* […] ".

129 CJCE (CJUE)., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. n° C-107 / 98.

130 Préc..

publique[131] ; la loi du 29 décembre 1993 « sur les sociétés commerciales » offrant un statut juridique aux entreprises nationales, désormais régies sous forme de société commerciale nationale, c'est-à-dire de société commerciale à capital exclusivement public. Toutefois, cette loi, dans le chapitre relatif à la création et à l'organisation des sociétés commerciales, consacre une section spécifique (comprenant les articles 64 à 72) aux sociétés nationales afin de les distinguer des autres sociétés commerciales (y compris celles dont l'État détient une partie du capital). Selon ces articles les sociétés nationales et l'administration de l'État restent tout de même dans une relation particulièrement étroite[132]. Lors d'une crise grave d'une société nationale telle que la faillite, l'État est toujours en mesure de recourir aux solutions qui relèvent non seulement de l'ordre financier mais aussi de l'ordre politique.

Cette sorte d'intervention que l'on pourrait qualifier d'exorbitante à l'égard des principes de la concurrence est aussi bien présente en France. C'est le cas, par exemple, des sociétés publiques locales au sens de la loi du 28 mai 2010 « pour le développement des sociétés publiques locales »[133]. En effet, les collectivités territoriales peuvent confier, sans publicité ni mise en concurrence, des

---

131 " *中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定* ", Zhong-gong-zhong-yang- guan-yu-jian-li-she-hui-zhu-yi-shi-chang-jing-ji-ti-zhi-ruo-gan-wen-ti-de-jue-ding, adoptée lors de la IIIème séance de l'assemblée plénière du XIVème Congrès du PCC.

132 Pour illustration voir, par exemple, les articles 64, 65 et 66 :

Article 64 alinéa 2

> « Les sociétés désignées par le Conseil des affaires d'État pour les productions particulières ou celles dont les activités entrent dans les domaines spécifiques [de l'État] doivent acquérir la forme de société nationale [*国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业的公司，应当采取国有独资公司形式。*]. »

Article 65

> « Les statuts des sociétés nationales sont déterminés par les organismes de capital-investissement agréés par l'État ou d'autres établissements désignés par l'État à cet effet, en vertu de la présente loi ; ils peuvent également être établis par les conseils d'administration sous réserve de l'autorisation desdits organismes et établissements [*国有独资公司的公司章程由国家授权投资的机构或者国家授权的部门依照本法制定，或者由董事会制订，报国家授权投资的机构或者国家授权的部门批准。*]. »

Article 66

> « Les sociétés nationales ne disposent pas d'assemblée générale. Les grandes décisions sont prises par le conseil d'administration sous l'autorisation des organismes de capital-investissement agréés par l'État ou d'autres établissements désignés par l'État à cet effet. Cependant, les décisions concernant les fusions, scissions, dissolutions, augmentation ou diminution du capital et émission des obligations ne peuvent être prises que par les organismes de capital-investissement agréés par l'État ou d'autres établissements désignés par l'État [*国有独资公司不设股东会，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门，授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、分立、解散、增减资本和发行公司债券，必须由国家授权投资的机构或者国家授权的部门决定。*]. »

133 Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 « pour le développement des sociétés publiques locales », JO n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697.

missions de service public ou d'intérêt public aux sociétés publiques locales et exercent un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services[134]. Les sociétés publiques locales sont des sociétés commerciales anonymes au sens du code du commerce et l'obligation d'exercer « leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires » est tout à fait conforme aux principes du droit des sociétés. Néanmoins, elles ne peuvent pas agir comme un commerçant normal, c'est-à-dire dans le but de rechercher le profit. En effet, les sociétés publiques locales ne peuvent effectuer leurs activités que sur le territoire des collectivités territoriales associées[135], alors que la logique économique suppose une mobilité géographique beaucoup plus grande. Les « privilèges » dus à leur relation étroite avec l'administration sont ainsi compensés par les restrictions sur leurs activités commerciales en vue du respect de la libre concurrence[136].

Or, la restriction territoriale n'a plus de sens pour les sociétés publiques nationales, et les avantages des sociétés publiques à l'égard des sociétés privées, candidates aux mêmes prestations de services, sont indéniables. À ce titre, il convient de tourner notre regard vers la Chine des années 1990 où nombre de sociétés commerciales ont été créées et entièrement investies par les établissements administratifs, démembrements de l'administration de l'État. Grâce à leur lien étroit avec le pouvoir adjudicateur, les sociétés publiques avaient le monopole dans beaucoup de domaines économiques et commerciaux. Dans le même temps, les établissements administratifs retiraient parfois du bénéfice de leurs sociétés publiques pour enrichir leurs propres comptes. L'image d'une administration commerçante a été imprégnée dans la conscience collective qui allait jusqu'à remettre en cause la légitimité de l'État.

Il s'avère finalement que la distinction des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte n'est pas une question de nature, car elles ont le même but commercial et, par conséquent, sont soumises aux mêmes règles du droit commercial. Leur soumission aux règles du droit de la concurrence est maintenue même quand elles sont investies d'une mission de service public comme

---

134 Pour une étude approfondie, voir Philippe Terneyre, « Les sociétés publiques locales », *in* actes du colloque « Contrats / Marché public », *JCP A* 2011, n° 51 – 52, p. 24.

135 Article 1er de la loi du 28 mai 2010, *op. cit.*, « Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. »

136 On pourrait, à ce titre, être tenté de faire une observation sur le lien entre le développement des sociétés à capitaux exclusivement publics et l'évolution de la théorie de la gestion « *in house* » du droit de l'Union européenne. Cependant, étant donnée l'ampleur de la question « *in house* », une telle tentative aurait pour effet de compromettre la cohérence de la présente étude laquelle est spécifiquement consacrée à la comparaison entre France et Chine.

c'est le cas en France d'EDF, de GDF SUEZ[137] ou de la Poste[138]. Or, dans les deux pays, il existe une autre forme d'entreprise publique que les sociétés commerciales : les EPIC en France et les USP en Chine.

B. EPIC et USP : une catégorie incertaine d'entreprise publique ?

Les EPIC en France, et les USP en Chine, se distinguent des sociétés commerciales chargées de missions de service public par l'absence de capital (1) et par leur personnalité de droit public (2).

1. L'absence de capital permettant un contrôle économique de l'État

Un EPIC n'a pas de capital réparti en actions. Ses fonds propres se présentent sous forme de dotation par la ou les personnes publiques ayant initié sa création. Ce faisant, la dotation peut, selon l'Union européenne, constituer une aide indirecte de l'État, susceptible de fausser le jeu de la concurrence. La France est ainsi contrainte de réduire le nombre de ses EPIC d'une part, et de supprimer la garantie illimitée de l'État aux EPIC d'autre part[139]. Cette question sera développée plus loin dans la partie concernant la transformation des établissements publics en sociétés anonymes. Ici, nous nous bornons à montrer le point commun entre les EPIC et les USP s'agissant de leur structure financière. En effet, les USP, comme les EPIC, n'ont pas de capitaux répartis en actions. Selon l'article 2 du règlement provisoire du 25 octobre 1998 « de la gestion d'immatriculation des unités de service public » (modifié par la décision du 27 juin 2004 du Conseil des affaires d'État)[140], les USP peuvent être créées soit par les établissements administratifs, soit par les organismes sociaux moyennant des fonds publics. Aux termes du règlement du 5 octobre 1996 « de la comptabilité des unités de service public », modifié par la décision du ministère des finances n° 68 du 7 février 2012[141], la comptabilité des USP est strictement soumise au contrôle de l'État, bien que le revenu de certaines d'entre elles puisse être entièrement indépendant du financement

137 Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 « relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ».

138 Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 « relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales ».

139 Voir Christophe Barthélemy, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP* 2004, p. 423.

140 " *事业单位登记管理暂行条例* ", Shi-ye-dan-wei-deng-ji-guan-li-zan-xing-tiao-li.

141 " *事业单位财务规则* ", Shi-ye-dan-wei-cai-wu-gui-ze.

public[142]. C'est grâce à ce contrôle financier que l'État assure son influence sur l'orientation des décisions au sein des USP.

En France, un tel contrôle existe également au sein des EPIC. C'est le cas par exemple des ports maritimes. En vertu de l'article R. 102-29 du Code des ports maritimes, « [l]e commissaire du Gouvernement s'assure de la compatibilité des orientations et des décisions adoptées par les autorités du port avec les intérêts dont l'État a la charge, notamment en matière de politique portuaire nationale, d'environnement et de développement économique » ; il participe avec l'autorité chargée du contrôle économique et financier « avec voix consultative aux séances du conseil de surveillance du grand port maritime et assistent aux réunions du conseil de développement et de ses commissions permanentes »[143]. Ce contrôle permet une tutelle, bien que limitée, de l'État sur les EPIC. En parallèle avec ce contrôle administratif, un contrôle juridictionnel est exercé par la Cour des comptes sur les EPIC concernant leurs opérations comptables, celles-ci étant soumises à la comptabilité publique. Malgré leur autonomie budgétaire par rapport aux tutelles (État et collectivités territoriales) auxquelles ils sont attachées, les EPIC sont donc strictement soumise au contrôle budgétaire de l'État.

Le contrôle de l'État sur les EPIC en France, comme les USP en Chine, n'est pas seulement pour assurer l'intérêt économique de l'État[144]. Il exprime surtout l'idée selon laquelle les EPIC et USP sont des entités de l'État dédiées à des missions d'intérêt général et, par conséquent, l'État et les collectivités territoriales ne sont pas des simples actionnaires qui financent une entreprise en vue d'en tirer profit. L'absence de capital a pour objectif d'éloigner les EPIC et les USP du marché concurrentiel et, le cas échéant, de leur assurer une garantie financière presque illimitée pour accomplir les missions d'intérêt public qui leur sont confiées.

2. La personnalité juridique publique des EPIC et des USP

Il existe, en droit chinois, quatre catégories de personne morale : entreprise, établissement administratif, USP et organisme social. Les USP ont la personnalité juridique qui reprend leur

---

142 L'article 7 dudit règlement dispose :

> « Les revenus et dépenses des unités de service public sont soumis au contrôle de l'État […]. La somme de subvention peut être zéro [*国家对事业单位实行核定收支 … 定额或者定项补助可以为零*]. »

143 Article R. 102-29 du Code des ports maritimes, créé par le décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008 « pris en application de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 « portant réforme portuaire et portant diverses dispositions en matière portuaire ». Pour une étude approfondie sur les grands ports maritimes, voir Jean-François Kerléo, « L'autonomie des établissements publics L'exemple du droit portuaire », *AJDA* 2011, p. 716.

144 Le contrôle de la gestion s'exerce en effet sur toute entreprise publique quel que soit son statut.

propre nom. Or, il n'existe pas un droit spécifique régissant les USP. Celles-ci sont, comme leur homologues français, régis individuellement par les textes réglementaires et parfois législatifs. L'attribution de la personnalité morale distingue les EPIC des régies industrielles comme les arsenaux ou l'imprimerie nationale, dépourvues de personnalité morale. Cela leur offre, dans une économie libérale, une plus grande souplesse dans leur gestion et une meilleure adaptation de leur fonctionnement au regard du marché. Toutefois, le caractère public de leur personnalité rappelle leur mission d'intérêt général laquelle peut entraîner l'application d'un régime exorbitant du droit commun. À ce titre, il serait tentant de qualifier la personnalité d'USP de droit public comme les EPIC en France. Par conséquent, la consécration juridique de la notion de personne publique, vivement suggérée par la doctrine[145], par les autorités serait largement souhaitable. De surcroît, le droit chinois met à l'abri les USP de certaines règles du droit civil telles que celles concernant les procédures civiles d'exécution et l'arbitrage civil et commercial. Ce sont en effet les mêmes conséquences que celles attachées à la personnalité morale de droit public des EPIC. À ce titre, il convient de citer par exemple le principe de l'insaisissabilité des biens d'une personne publique, énoncé par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire *Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) c/ Société Lloyd Continental* : « s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé »[146]. Quant à l'interdiction du recours à l'arbitrage, le principe est consacré par l'article 2060 du Code civil, lequel laisse pourtant une réserve dans son alinéa 2 qui autorise l'arbitrage aux EPIC par décret. En outre, certains EPIC peuvent recourir à l'arbitrage en vertu de leurs statuts législatifs tels que la SNCF, RFF, la Poste avant sa transformation en société anonyme, Charbonnage de France avant sa dissolution, les chambres de commerce et d'industrie, les établissements publics à caractère scientifique[147]. Il est aisé de constater que la plupart de ces établissements d'exception ont été

145 Dans ce sens, voir notamment LIU Jie et LI Yu, « Réflexions sur l'instauration du système de personne publique en Chine », *Presses universitaires de l'Université de l'économie de Nanjing*, 2004 n° 2, p 93 – 97, [*刘洁 李煜, 设立我国公务法人制度的构想*，南京财经大学学报] ; SHENG Suping, « De la personnalité publique des établissements de l'enseignement supérieur », *Études de la pédagogie de l'Université Qinghua*, 2002 n° 3, p. 65 – 70 [*申素平, 论公立高等学校的公法人化趋势,* 清华大学教育研究] ; JIANG Guang-jun, « Réflexions sur la notion de personne publique », *Échanges doctrinaux*, 2008 n° 4, p. 66 – 69, [*姜广俊, 公务法人制度探讨,*学术交流] ; ZUO Ran, « Étude sur la notion de personne publique », *Études Droit administratif*, 2007 n° 1, p. 28 – 35 [*左然, 公务法人研究,* 行政法学研究].

146 C. cass. 1ère civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) c/ Société Lloyd Continental*, n° 86-14167.

147 Pour une étude approfondie, voir Benoît Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A* 2007, n° 13, 2077, p. 39 – 41.

transformés en sociétés anonymes, tandis que le reste est aussi bien mis en question pour une transformation prochaine.

Ainsi, les USP, comme les EPIC, représentent une catégorie particulière d'entreprise publique, laquelle échappe parfois à l'empire du droit privé. À cet égard, tant impulsées par une conception libérale de l'économie (qui règne au sein de l'Union européenne et de l'Organisation mondiale du commerce) que pour rationaliser les rapports entre les autorités publiques et les entités économiques et commerciales, la France et la Chine ont commencé, depuis les années 1990, à transformer les EPIC et les USP en sociétés anonymes.

II. La transformation des établissements publics en sociétés anonymes

Les EPIC et les USP, malgré leur possibilité d'échapper aux règles de la concurrence, sont, par principe, soumis au droit commun. Leur invention même consiste à admettre que les activités de l'État peuvent, lorsqu'elles s'assimilent, par leur nature, à celles communément reconnues comme relevant du domaine privé, être soumises aux règles du droit privé. La question se pose davantage de la nature de l'activité que de la nature de la personne gestionnaire. En France, si le droit de l'Union européenne a considérable contribué au développement du critère de la nature du service, celui-ci a déjà été inventé au début du XXème siècle par les commissaires du gouvernement[148] et notamment mis en exergue par les conclusions Matter à l'occasion de l'affaire *Société commerciale de l'Ouest africain*[149]. Le commissaire du gouvernement Matter dans ses conclusions opère une distinction entre deux catégories de service : ceux qui « entrent dans les fonctions normales de l'État » et « ceux entrepris à titre privé ». Si les premiers constituent des services publics au sens propre du terme, les seconds, bien que entrepris dans un « dessein d'intérêt général », sortent du « domaine naturel » de l'État et « ne sont point par essence d'administration »[150]. Les conclusions de Matter sont suivies par le Tribunal des conflits qui considère que lorsqu'un service est exploité « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire », les litiges nés de ce service relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire[151]. L'idée était là : en dépit de quelques exceptions, le droit privé devait être appliqué en matière de contrats avec les usagers, de responsabilité et de statut du personnel des EPIC.

---

148 Tels que Jean Romieu, Léon Blum et Paul Matter.

149 TC., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec*. p. 91, concl. Matter.

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

151 T.C., *Société commerciale de l'Ouest africain*, *op. cit*..

Les exceptions sont justifiées par l'intérêt général qui ne disparaît pas après la transformation d'un EPIC en société anonyme. Ce constat est aussi valable s'agissant des USP en Chine. Les transformations se sont avérées plus symboliques que substantielles. Il est intéressant de comparer les raisons de la politique de transformation des établissements publics en sociétés anonymes (A) et les modalités de transformation (B) dans les deux pays.

A. Les raisons de la volonté de transformer les établissements publics en sociétés anonymes

Les raisons ici évoquées relèvent du domaine politique et idéologique. Comme le souligne David Bailleul, le phénomène de « sociétisation »[152] traduit la « préférence des acteurs politiques pour une forme privée de la gestion des entreprises publiques dans un contexte économique libéralisé »[153]. En effet, impulsés par la même logique de l'économie libérale, la France et la Chine, transformant les établissements publics en sociétés, tendent à leur donner plus de possibilités d'agir d'une part (1) et à assouplir leurs modalités de gestion d'autre part (2).

1. L'élargissement du champ d'activité

En France, les EPIC sont soumis au principe de spécialité[154]. Le principe de spécialité suppose une limitation, définie par leurs statuts, du champ d'activité des EPIC. Or, cela se heurte à la logique du développement des entreprises. Aujourd'hui, dans le contexte d'une économie ouverte et mondialisée qui incite à une diversification d'activités, le principe de spécialité constituerait un obstacle à l'épanouissement de l'entreprise. C'est pourquoi le Conseil d'État admet que le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un EPIC développe une activité annexe à une double condition : « d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale » et « d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, au savoir-faire de ses personnels, à la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal »[155].

152 Terme employé par le sénateur Gérard Larcher, « L'avenir de France Télécom : un défi national », *JO*. rapport Sénat, 1995 – 1996, n° 260, commission des Affaires économiques et du plan.

153 David Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP* / *CJEG* n° 629 mars 2006, p. 105.

154 Principe énoncé dans une décision du Conseil d'État, 13 décembre 1939, *Seguinaud*, *Rec*., p. 558, et affirmé par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 « sur la nationalisation de l'électricité et du gaz » ainsi que par le décret n°49-935 du 13 juillet 1949 « relatif à l'application des dispositions de l'article 46 paragraphe 4 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ».

155 CE., 7 juillet 1994, avis n° 356089, « Diversification des activités d'EDF / GDF ».

En outre, la mission d'un EPIC peut être complétée ou modifiée par la loi ou par un acte réglementaire. C'est le cas, par exemple, de l'intervention de la loi du 13 décembre 2000 autorisant la RATP à exploiter des réseaux de transport hors de la région parisienne[156].

Or, les exceptions autorisées par les actes législatifs ou réglementaires ne s'accommodent guère de la solution jurisprudentielle annonçant de façon générale des conditions qui doivent être appréciées au cas par cas. Par ailleurs, comme le remarque Martine Lombard, la lourdeur d'une procédure législative ou réglementaire en vue de modifier ou de compléter la mission d'un EPIC est « peu en harmonie avec la rapidité du rythme des évolutions technologiques et économiques contemporaines » et cela justifie, poursuit-elle, l'abandon du statut d'EPIC dans les secteurs énergique et aéroportuaire[157].

Vis-à-vis de leurs homologues français, les USP n'ont pas connu de restriction de spécialité. En effet, le principe de spécialité, traditionnellement vu en France comme une garantie contre l'interventionnisme des acteurs publics, n'avait pas de sens en Chine avant la codification civile des années 1980, dans une période de nationalisation totale de la société entière. Le règlement général du 12 avril 1986 « du droit civil », reconnaissant aux USP la personnalité morale, leur donne la possibilité d'entreprendre des activités annexes de nature purement marchande. L'idée était de permettre aux USP de s'autofinancer. Survenait ainsi, depuis la fin des années 1980, une vague de création de sociétés affiliées aux USP. Or, avant les réformes récentes, les USP étaient directement financées par l'État et attachées aux établissements administratifs, détenteurs du pouvoir adjudicateur. Non seulement la comptabilité publique était contaminée par les abus des activités commerciales des USP, mais les sociétés filiales des USP avaient, par leur liaison avec le pouvoir adjudicateur, des avantages inégalés vis-à-vis des entrepreneurs privés. Face à cette situation, au lieu de limiter, comme en France, le champ d'activité des USP, le gouvernement chinois a choisi de séparer strictement le compte public lié à l'activité initiale d'une USP des comptes de ses activités annexes. Une distinction est établie, par la circulaire du ministère des finances du 15 février 1995 « sur la gestion des biens publics des établissements administratifs et unités de service public », entre les « biens publics à utilité non marchande » et les « biens publics à utilité marchande »[158]. Selon les articles 22, 23 et 24 de cette circulaire, la transformation de ceux-là en ceux-ci doit être effectuée, après évaluation par un comité *ad hoc*, sous le strict contrôle du pouvoir réglementaire, et

156 Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 « relative à la solidarité et au renouvellement urbains ».

157 Martine Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 82.

158 " *行政事业单位国有资产管理办法* ", Xing-zheng-shi-ye-dan-wei-guo-you-zi-chan-guan-li-ban-fa. Article 20 de ladite circulaire : " *非经营性资产* " et " *经营性资产* ".

la partie transformée doit être remboursée. Cette distinction des comptes a annoncé la séparation, cette fois organique, des sociétés filiales de leurs USP mères.

Or, à mesure que le marché de l'économie libérale progresse en Chine et notamment après l'adhésion de la Chine à l'OMC, certaines USP s'avèrent, par leur nature même, constituer une activité marchande. Elles ne sont plus du tout financées par l'État et prospèrent uniquement par le biais de leurs activités annexes à caractère marchand. Elles fonctionnent de fait comme des entreprises privées et leur qualité d'USP ne représente qu'une marque symbolique du socialisme désuet de la République Populaire. Afin de rebâtir une cohérence pour les USP au sein d'une économie libérale, ce ne seraient pas seulement des activités annexes de nature marchande qui devraient être séparées, mais certaines USP elles-mêmes dont les activités ne sont plus compatibles avec les exigences de l'intérêt public.

2. L'assouplissement des modalités de gestion

Un autre motif commun de la transformation des établissements publics en sociétés dans les deux pays réside dans la volonté de soumettre aussi largement que possible leur gestion au droit privé. En effet, suivant la logique du marché, la gestion privée est la mieux adaptée et censée être plus souple que la gestion publique, souvent critiquée pour ses rigidités administratives en France ou pour son caractère planificateur en Chine. Il s'agit d'un choix de politique interne de ces deux pays, car ni le droit de l'Union européenne, ni les normes de l'OMC n'exigent l'abandon de la forme d'établissement public (EPIC en France, USP en Chine), dès lors que la personne publique marchande est soumise aux mêmes règles que les entrepreneurs privés. À ce titre, les remarques de David Bailleul s'avèrent valables dans les deux pays[159], dans la mesure où non seulement les EPIC sont déjà « quasi entièrement régi[s] par le droit privé » et leur transformation en sociétés n'affecte pas substantiellement les statuts de leurs personnels, mais encore les dérogations au droit commun dues à la nature ou au mode d'exercice de leurs activités ne disparaissent guère après la transformation d'un EPIC, et par conséquent, une certaine rigidité serait réintroduite dans l'organisation et le fonctionnement de sorte que « la société commerciale publique demeure à maints égards plus proche de l'établissement public que de la société commerciale privée »[160]. Or, la question n'est pas de savoir jusqu'à quel point une société publique peut être soumise aux règles étrangères du droit commercial, mais bien celle de savoir comment éviter *a maxima* qu'une

159 Quelques réserves doivent être toutefois prises en compte quant aux USP en Chine. Jusqu'à la récente réforme, les USP sont plutôt gérées à l'instar des établissements administratifs notamment concernant leurs personnels.

160 David Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *op. cit.*, p. 107.

personne morale de droit public soit à la fois prestataire d'un service public et commerçant au sens du droit privé. Si les personnes privées peuvent être chargées d'une mission de service public dont l'exercice nécessite parfois le recours à des prérogatives de puissance publique, tout en conservant intégralement leur identité marchande, cette logique inversée serait difficilement applicable aux personnes publiques dont la distinction avec la personne morale de l'État n'est, en fin de compte, qu'une fiction juridique en France[161], et nullement reconnue en Chine. En un mot, la conception libérale de l'économie accepterait plus aisément qu'une personne privée soit appelée à exercer occasionnellement une tâche relevant du domaine de la puissance publique, que l'intervention directe des pouvoirs publics sur le marché. La façon la plus efficace de dé-publiciser cette intervention, c'est de transformer les acteurs en personnes morales de droit privé.

B. Les modalités de transformation des établissements publics en sociétés anonymes

Il ne s'agit pas, concernant la question des modalités, de comparer les procédés par lesquels la France et la Chine ont respectivement transformé les EPIC et les USP en sociétés commerciales. Une telle comparaison, de simple technicité, n'a d'ailleurs pas beaucoup de valeur pour la compréhension de ce phénomène. Il convient en revanche de relever les questions qui regardent à la fois les systèmes des deux pays et qui sont susceptibles de fournir des renseignements pertinents. À ce titre, la question du périmètre de la politique de transformation s'avère d'emblée intéressante (1) ; de celle-ci découlent des approches et préoccupations différentes des deux pays quant à l'opération de transformation (2).

1. Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes

La question du périmètre relève d'emblée du domaine idéologique et philosophique : les choix varient entre des pays de culture différente. C'est précisément le cas concernant la comparaison entre la France et la Chine, où les EPIC et les USP ne couvrent pas le même champ. Ainsi les unités d'enseignement telles que les collèges et lycées et les services sanitaires publics comme les hôpitaux publics sont en Chine des USP, alors qu'en France, selon la règle de la « présomption d'administrativité »[162], ces établissements publics sont présumés de nature administrative.

161 Au début du XXème siècle, dans les débats doctrinaux français, l'École du service public rejetant résolument la théorie de la personnalité de l'État et la distinction classique entre gestion publique et gestion privée. Voir notamment Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin 1913, réimp. par La Mémoire du Droit, 1999 ; *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.

162 Jean-François Lachaume …, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 95.

Cette question de la distinction entre service public administratif (SPA ci-après) et service public industriel et commercial (SPIC ci-après) sera traitée plus loin[163]. Ici, il convient de limiter la question au point de savoir si tous les EPIC sont susceptibles d'être transformés en sociétés commerciales. Autrement dit, cette catégorie d'établissements publics à caractère industriel et commercial est-elle vouée à disparaître ? Cette question sur l'avenir des EPIC est appréhendée tant par les pouvoirs publics que par la doctrine. Ainsi, le Conseil d'État a consacré en 1971, en 1987 et en 2009 trois études à l'établissement public, au sein desquelles les EPIC occupent une place particulièrement importante. À propos du rapport de 2009[164], une étude a été livrée sur l'avenir de l'établissement public avec cinq intervenants de profils divers (conseillers d'État et chercheurs universitaires)[165]. À partir de la transformation de France Télécom en 1996, la doctrine n'a cessé de commenter la politique de transformation des établissements publics en sociétés ; certains vont jusqu'à s'inquiéter de la survie des EPIC[166]. Dans le même temps, et les autorités publiques et la doctrine ne négligent pas l'impact du droit de l'Union européenne sur les mutations juridiques des établissements publics. En effet, la perspective du droit de l'Union européenne consiste à mettre sur un pied d'égalité les opérateurs économiques, qu'ils soient publics ou privés. Cette règle, énoncée par l'article 106 § 1 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, interdit aux États membres de prendre des mesures contraires aux règles de concurrence concernant « les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs »[167]. À ce titre, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser qu'une entreprise est « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »[168], ce qui relativise la distinction entre EPIC et société commerciale au sens du droit français. Certaines spécificités des EPIC peuvent formellement subsister en raison du caractère d'intérêt général des missions que les EPIC assurent ; cependant, le droit de l'Union européenne, tendant à vider ces spécificités de leur contenu de, considère que les EPIC sont des sociétés commerciales *de facto*. Il ne resterait qu'à changer la personne de droit public en personne de droit privé. La perspective de transformation concerne ainsi l'ensemble des EPIC.

163 Voir section 2 – I – A : Le critère de la nature du service.

164 CE., *Les établissements publics*, étude adoptée par l'assemblée plénière du 15 octobre 2009, La Documentation française, 2010.

165 Xavier Domino, Étienne Fatôme, Yves Jégouzo, François Loloum et Olivier Schrameck, « Questions sur l'avenir de l'établissement public à propos du rapport du Conseil d'État », *AJDA* 2010, p. 1238.

166 Nous pouvons, à ce titre, citer David Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *op. cit.*, et Martine Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *op. cit.*.

167 *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, *Journal officiel de l'Union européenne* (*JOUE* ci-après), 30 mars 2010, ex-article 86 § 1 du *Traité instituant la Communauté européenne*.

168 CJCE (CJUE)., 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, aff. n° C-41 / 90.

Par rapport à la France, la transformation des USP en sociétés en Chine est certainement moins contrainte par les forces externes. Il s'avère évident que tant au niveau substantiel, qu'au niveau formel, les normes de l'OMC ne sauraient exercer le même impact sur le droit chinois que celui des normes de l'Union européenne sur le droit français, même si leur influence dans le domaine politique n'est pas anodine.

Le premier texte annonçant la perspective de la transformation est un avis du 8 juillet 1996 du comité chargé de l'organisation des institutions de l'État, publié sous le nom de bureau du Comité central du PCC et de bureau du Conseil des affaires d'État « sur les questions relatives à la réforme des unités de service public »[169]. Dans cet avis, s'ébauche une politique de catégorisation des USP en fonction de la nature de leurs activités. L'idée s'est concrétisée par la qualification des USP chargées de missions liées à l'intérêt public ou au bien-être commun de la société pour la première catégorie (environ 70 % par rapport au nombre total des USP), des USP à caractère industriel et commercial ou d'exploitation économique pour la deuxième (environ 25 %), et le reste dont la nature était indéterminée devait comprendre les USP directement subordonnées aux établissements administratifs ou exerçant des activités de nature administrative. Si ce n'était qu'une esquisse imparfaite de la théorie de catégorisation des USP, après les études adoptées par ledit comité en 2001[170] et l'approbation de son programme « sur les lieux d'expérimentation de la catégorisation des unités de service public »[171] par le Conseil des affaires d'État en juillet 2006, un schéma de catégorisation des USP devient de plus en plus clair. Ce schéma est repris tel quel par l'avis du 27 février 2008 « sur l'approfondissement de la réforme du système de gestion administrative » adopté par la deuxième assemblée générale des membres du Comité central du XVIIème Congrès du PCC[172]. Ledit programme, publié le 11 août 2008, a désigné les provinces de Shanxi, Zhejiang et Guandong (Canton) et les municipalités de Shanghai et Chonging comme lieux d'essai de la catégorisation des USP en subdivisant la catégorie des USP d'intérêt public en trois sous-catégories en fonction de la possibilité plus ou moins large de recours aux moyens du marché

---

169 " *中央机构编制委员会关于事业单位改革若干问题的意见* ", Zhong-yang-ji-gou-bian-zhi- wei-yuan-hui- guan-yu-shi-ye-dan-zei-gai-ge-ruo-gan-zei-ti-de-yi-jian.

170 En 2001, le comité central chargé de l'organisation des institutions de l'État a formé une équipe de recherche en vue d'amélioration de la catégorisation des USP, le groupe de recherche de la réforme de catégorisation des unités de service public et de la gestion des catégories d'USP. Ledit groupe a proposé de clarifier les USP en trois catégories : les USP chargées de missions de nature administrative et de la gestion publique, les USP établies par l'État et prestataires des services d'intérêt public et les USP à caractère industriel et commercial exerçant des activités lucratives et par conséquent capables de s'autofinancer entièrement.

171 " *关于事业单位分类及相关改革的试点方案* ", Guan-yu-shi-ye-dan-wei-fen-lei-ji-xiang-guan-gai-ge-de-shi-dian- fang-an, 27 juillet 2006.

172 Préc..

pour la réalisation des missions. Aux termes de cet avis, la première sous-catégorie, à laquelle il est interdit d'avoir recours aux moyens du marché, comprend notamment les USP chargées des services liés à la sécurité de l'État, à l'ordre public, à l'éducation nationale obligatoire, au développement culturel et social, à la santé publique, à la régulation économique et sociale et aux droits fondamentaux des citoyens. La deuxième, pouvant avoir partiellement recours aux moyens du marché, doit satisfaire aux besoins généraux de la société et procurer des services nécessaires au développement économique et social ; elle comprend notamment les établissements d'enseignement supérieur et les hôpitaux et services cliniques non lucratifs. Les USP relevant de la troisième sous-catégorie, bien qu'elles puissent fonctionner généralement par les moyens du marché, restent toujours en lien avec un certain intérêt public. Or, cette subdivision a eu une conséquence sur les expérimentations des essais dans les entités locales : au lieu de distinguer trois catégories d'USP, comme le prévoit l'avis du 8 juillet 1996, certaines entités locales ont juxtaposé la catégorisation triptyque et la subdivision de la deuxième catégorie. Ainsi, il est apparu parfois dans les procédés locaux de mise en place de catégorisation des USP, des distinctions de quatre voire de cinq catégories. Le critère de la nature du service se décline à l'aune du degré de recours aux moyens du marché. Face à cet amalgame et compte tenu des expériences diverses, le Comité central du PCC et le Conseil des affaires d'État édictent concomitamment, le 23 mars 2011, l'avis « promouvant la catégorisation des unités de service public »[173] dans l'objectif d'harmoniser la réforme, d'en fixer l'orientation générale pour l'ensemble du pays. La catégorisation triptyque est ainsi réaffirmée.

Ainsi les USP susceptibles d'être transformées en sociétés sont celles à caractère industriel ou commercial ou, en d'autres termes, à caractère marchand. Or, cette catégorie d'USP est dépourvue de définition ferme permettant de délimiter ses contours. En effet, elle s'appuie, comme la notion française de service public industriel et commercial en cas de silence des textes, sur la nature des activités, laquelle est tributaire d'interprétations circonstancielles. Le seul critère que l'on peut saisir, par les formules implicites des textes, c'est que la catégorie d'USP exerçant des activités industrielles et commerciales correspond, peu ou prou, à celle des USP dont le financement est entièrement indépendant de l'État. Cela paraît logique dans le sens où une USP capable de s'autofinancer et de se gérer à l'instar d'une entreprise privée peut être transformée en société commerciale.

173 Préc..

2. L'opération de transformation

S'agissant des opérations de transformation, se pose inévitablement une question relative au statut des personnels des établissements transformés. Cette question sera traitée avec plus de détails et d'illustrations dans le chapitre suivant[174]. Ici, nous nous contentons de constater que la portée de cette question liée au régime du personnel n'a pas la même importance au niveau juridique dans les deux pays. En effet, en France, les personnels des EPIC, sauf les chefs de service et le comptable lorsque l'établissement relève de la comptabilité publique, sont déjà entièrement soumis au droit privé. L'application du droit privé étant liée à la nature de l'activité et non à celle de la personne morale de l'établissement, la transformation n'affecte guère le statut du personnel. D'ailleurs, le législateur, soucieux de la stabilité des situations juridiques en cette matière, prend soin de conserver certaines dérogations au droit du travail. D'où l'existence de fonctionnaires au sein de certaines sociétés anonymes transformées en EPIC telle que France Télécom[175].

En Chine, les personnels des USP sont soumis aux statuts particuliers destinés à chaque unité ou groupement d'unités chargées de la même ou des mêmes missions. Si cette situation semble similaire à celle des EPIC en France qui prévoit également des statuts particuliers en fonction des spécialités des EPIC, la conséquence de l'application de ces statuts est différente. En effet, les personnels des USP ont toujours été gérés, faute de statut général, à l'instar des personnels des établissements administratifs au lieu d'être soumis au droit du travail. La récente réforme, dite de contractualisation, des personnels des USP ne change pas la situation. Le contrat conclu entre l'unité et son employé se différencie du contrat de travail au sens de la loi du 29 juin 2007 sur « le contrat de travail »[176]. Il s'agit d'un véritable changement de régime juridique pour les employés des USP transformées. Cela entraîne inévitablement les questions liées aux régime de retraite, à la sécurité sociale et à l'assurance maladie, etc..

Par ailleurs, la politique de transformation des USP en sociétés rencontre nombre d'obstacles dans la pratique, et notamment la résistance de certaines unités craignant de perdre leurs avantages économiques notamment au niveau fiscal[177]. Il ne faut pas croire en effet qu'une politique de l'État

174 Voir chapitre II – section 1 – II : Des agents affectés aux missions de service public aux salariés des sociétés publiques.

175 Voir Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA* 2003, p. 2078.

176 " *劳动合同法* ", Lao-dong-he-tong-fa. Voir partie II – titre I – chapitre I – section 2 – I – B – 2 : La nature des contrats d'engagement des agents d'USP au regard de la notion de contrat administratif.

177 Tous les revenus d'une USP ne sont pas soumis à l'impôt. Selon l'article 3 de la circulaire du 26 avril 1999, modifiée le 4 décembre 2007, de l'Office général des impôts « sur la gestion des impôts sur les revenus des unités de service public, des organismes sociaux et des organisme créés à l'initiative privé à caractère non lucratif » [*事业单位、社会团体、民办非企业单位企业所得税征收管理办法*], les revenus tels que les dotations publiques

peut être facilement appliquée en raison de la centralisation de la République Populaire lorsqu'elle touche les intérêts réels des groupes de personnes concernés.

---

et sociales et les bénéfices issus des entités économiques et commerciales qui leur sont affiliées ne sont pas compris dans le calcul fiscal.

Section 2. La soumission des établissements publics au droit privé par leur qualification à caractère marchand

Si l'un des objectifs du mouvement général de libéralisation depuis les années 1980, en réaction au processus de nationalisation d'après-guerre, est de diminuer les interventions publiques suspectes par leur nature même de ne pas respecter la loi du marché, l'autre consiste à soumettre les activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence. Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi, dans leur ouvrage sur le droit du service public, résument la problématique en deux questions qui se posent autour de la notion de service public : l'une sur la définition du domaine d'intervention de l'État dans lequel les personnes publiques créent des entreprises de service public ce qui engendre l'opposition entre État-gendarme et État-providence, État réglementaire et État prestataire, enfin, libéralisme et socialisme ; l'autre sur le régime juridique applicable aux activités de service public et sur la compétence juridictionnelle pour les contentieux qui en ressortent, cette question soulevant quant à elle l'opposition entre soumission la plus large possible des services publics au droit commun et maintien d'un régime juridique exorbitant du droit commun[178].

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

I. La notion de service public à caractère marchand

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

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

A. Le critère de la nature du service

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

1. L'origine de la distinction

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

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

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

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

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

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

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

puis théorisée par les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous la décision *Terrier*[182]. Selon les termes des conclusions Romieu, la distinction des activités des personnes publiques se fonde sur la « gestion publique » et la « gestion privée », « soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier ». Non seulement il peut exister, au sein d'une personne publique, un « domaine privé » dont la gestion ne doit pas impliquer l'utilisation de procédés exorbitants du droit commun, mais une personne publique peut en outre agir, même dans « l'intérêt d'un service public proprement dit », comme une personne privée avec les procédés du droit commun. Dans ce cas, les personnes publiques « empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé »[183]. La « gestion privée » des personnes publiques, qui se présentait comme une exception au sens des conclusions Romieu[184], est élargie et confortée par l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain* sous la forme du service public industriel et commercial qui se distingue de la fonction administrative proprement dite du service public.

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

---

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

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

183 *Idem*.

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

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

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

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

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

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

À la suite de l'acte de séparation entre les établissements administratifs et les USP, l'État procède à une catégorisation des USP dont l'objet va au-delà d'une simple restructuration administrative[185]. Aux termes de l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaire d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public »[186], « les unités de service public sont, selon la nature de leurs fonctions sociales, classées en trois catégories : celles chargées de missions administratives, celles exerçant des activités de production et de commercialisation et celles chargées de services d'intérêt public. Les unités chargées de missions administratives seront transformées en établissements administratifs ou séparées de leurs missions administratives ; celles exerçant des activités de production et de commercialisation seront progressivement transformées en sociétés commerciales ; celles chargées de services d'intérêt public seront conservées et leur caractère d'intérêt public sera renforcé. Dès lors il est interdit d'autoriser la création d'unités chargées de missions administratives et d'unités exerçant des activités de production et de commercialisation »[187]. L'un des objectifs de cette démarche est de sauver le système des USP, mis en cause par la confusion sur la nature de leurs activités. Force est de constater que cette politique de catégorisation annonce la disparition des USP exerçant des activités de production et de commercialisation. Envisage-t-elle la fin des services publics à caractère marchand ? Il convient dès lors d'interroger la méthode d'identification de ce type de service public.

2. L'identification des services publics à caractère marchand

Si la reconnaissance récente de la catégorie d'USP à caractère marchand rencontre une difficulté quant à leur identification faute de qualification automatique par les textes, la qualification des SPIC en France est aussi tributaire de cette même difficulté. De surcroît, non seulement la qualification textuelle est aléatoire et peut être incertaine[188], mais encore la qualification réglementaire est soumise au contrôle du juge administratif qui applique ses propres critères de qualification.

---

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

186 Préc..

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

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

La qualification de la jurisprudence administrative française repose sur une présomption d'administrativité[189]. Autrement dit c'est aux SPIC de démontrer leur existence et non aux SPA. Cela étant, la qualification de SPIC se fonde sur trois critères, en principe, cumulatifs : objet du service, modalités de gestion et mode de financement du service[190].

L'objet du service n'est pas toujours aisé à déterminer, bien qu'il offre un premier indice pour le renversement de la présomption d'administrativité du service public. Dans le silence des textes, le juge administratif examine au cas par cas l'objet du service en cause afin de savoir s'il constitue ou non un obstacle au renversement de la présomption d'administrativité[191].

Quant aux modalités de gestion du service, elles doivent être adaptées à la « fonction de production ou d'échanges »[192], c'est-à-dire proches de celles utilisées par les entreprises privées. Les principaux indices sont : le recours aux techniques de la comptabilité privée[193], le caractère commercial des contrats passés avec les usagers et notamment le financement par la rémunération perçue sur l'usager mais non par l'impôt[194], les modalités de fonctionnement « marquées par la pluralité des intervenants publics ou privés »[195], etc.[196].

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ce critère constitue aussi un indice de base pour les deux autres. C'est pourquoi le Conseil d'État a fait prévaloir le critère du mode de financement lorsque l'objet du service ne peut pas répondre à la question de la distinction. Ainsi, dans un avis du 10 avril 1992, le Conseil d'État estime que « lorsqu'une commune décide de financer son service d'enlèvement des ordures ménagères par la redevance mentionnée à l'article L. 233-78 du code des communes et calculée en fonction de l'importance du service rendu, ce service municipal, qu'il soit géré en régie ou par voie de concession, doit être regardé comme ayant un caractère industriel et commercial »[198]. Il y a eu, certes, quelques incertitudes quant à la place prépondérante du critère du mode de financement, comme l'illustre la décision du Tribunal des conflits *Hôtel-restaurant de la Mense épiscopale de Strasbourg*[199]. Mais, *in fine*, le mode de financement peut être vu comme un corollaire du fonctionnement du service[200].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il est vrai que l'identification des USP ne rencontre pas la même difficulté que celle des EPIC en France, car elles sont dès leur création enregistrées selon les règles du règlement provisoire du 25 octobre 1998 « de la gestion d'immatriculation des unités de service public »[202]. Néanmoins, le texte ne précise pas la nature, administrative ou non, des activités qu'exercent les USP. Cela correspond à la réalité selon laquelle beaucoup d'USP exercent effectivement à la fois des missions administratives et des activités d'intérêt public mais non administratives. Il suffit de passer devant ces établissements pour observer deux étiquettes, l'une portant le nom d'établissement administratif, l'autre celui d'USP, qui sont accrochées sur leurs façades[203]. Cette situation s'avère tout fait similaire au phénomène des « EPIC à double visage » en France[204] où, non seulement la qualification textuelle n'est pas automatique, mais même quand il y a des textes, ceux-ci ne résolvent pas le problème.

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

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

---

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

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

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

d'un établissement mais celle de ses activités. Dans sa décision *Blanckeman*, la formule du Conseil d'État ne peut être plus claire : « lorsqu'un établissement tient de la loi la qualité d'établissement public à caractère industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles notamment la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature des prérogatives administratives de la puissance publique et ne peuvent donc être exercées que par un service public administratif »[205]. C'est d'ailleurs la première fois que le juge administratif donne une liste de prérogatives de puissance publique. La rédaction du Conseil d'État est suivie par le Tribunal des conflits dans sa décision sur la même affaire[206]. Cela étant, il importe de souligner une légère différence parfois négligée : le terme « service public administratif » a disparu dans la décision du juge des conflits. Cette nuance a été confirmée par deux décisions ultérieures[207].

Si l'on pouvait espérer une interprétation simplifiée de la solution du Conseil d'État en 2004 en faisant coïncider les prérogatives de puissance publique avec les missions de service public administratif[208], les décisions du Tribunal des conflits à partir de l'affaire *Blancheman* laissent plutôt entendre que la nature du service en question importe peu : c'est la présence des prérogatives de puissance publique qui conduit à soumettre un EPIC à la juridiction administrative. Il s'agit en réalité d'une sorte de limitation de l'existence des EPIC « à double visage ».

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

---

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

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

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

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

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

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

En France, le législateur peut qualifier un établissement d'EPIC alors même que celui-ci ne gère qu'un service à caractère administratif. Dans ce cas, le juge ne saurait contredire la volonté du législateur. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une qualification réglementaire, le juge applique ses critères de distinction SPA / SPIC et opère une requalification du gestionnaire. Alors, la qualification textuelle réglementaire n'a pas d'incidence sur la nature du service, c'est le contraire : la nature du service commande celle de l'établissement[210]. À ce titre, le Tribunal des conflits a montré sa position sur la question de la répartition des compétences à propos d'un EPIC qui ne gère que des SPA, à savoir le Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles. Il considère que « si, en vertu du paragraphe 1er de l'article 1er du décret du 29 juillet 1961, le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles a été créé sous la dénomination d'établissement public à caractère industriel et commercial, il résulte des termes du paragraphe 2 dudit article que cet organisme a pour mission "de préparer les décisions gouvernementales relatives aux interventions de l'État sur les marchés agricoles et de les exécuter" ; qu'à cet effet, il passe avec les exportateurs, selon les modalités fixées et les pouvoirs conférés par les ministres compétents, des "contrats" comportant pour les intéressés une subvention allouée avec des ressources qu'il reçoit exclusivement de l'État ; qu'il ne poursuit aucune action propre et se borne à réaliser les buts déterminés par l'État avec les moyens fournis par ce dernier ; qu'ainsi il exerce, en réalité, une action purement administrative ; que, d'autre part, les contrats qu'il conclut dans les conditions ci-dessus définies ont pour objet l'exécution même du service public dont il est investi ; que, dès lors, les litiges soulevés par leur exécution ressortissent à la compétence de la juridiction administrative »[211]. Le juge tient ainsi en échec la qualification du pouvoir réglementaire lorsque celle-ci ne correspond pas à la nature des activités qu'exerce l'établissement.

---

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

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

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

En Chine, la question de la répartition des compétences n'est pas en jeu ; le juge ne joue pas de rôle dans la qualification des établissements publics ; même le législateur est muet en la matière. C'est le pouvoir réglementaire qui est, au moins pour le moment, entièrement responsable de la qualification des établissements publics ainsi que de leurs activités. À ce titre, aucune précision n'est portée par ses actes réglementaires. Toutefois, cela ne doit point étonner compte tenu de la grande réforme en cours qui modifie l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des administrations, qu'il s'agisse des établissements administratifs ou des USP. Le règlement provisoire « de la gestion d'immatriculation des unités de service public » de 1998 reste toujours « provisoire » après sa modification en 2004. Ce texte s'inscrit en réalité dans la série de textes promouvant et approfondissant la réforme des USP entamée depuis 1996. Pendant ce courant de réformes, si la transformation des USP en établissements administratifs reste pour le moment limitée[212] (bien que certaines transformations soient en cours de préparation[213]), celle des établissements administratifs en USP puis, voire directement, en sociétés publiques est saillante.

II. Le rétrécissement du domaine des activités à caractère administratif

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

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

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

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

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

La soumission à la concurrence et, concomitamment, le changement des modalités de financement ou de l'origine de ses ressources peuvent conduire à la transformation d'un SPA en SPIC. Une certaine flexibilité est observable dans la mesure où la logique peut être inversée au profit, cette fois, de la nature administrative d'un service[215] ; rien n'empêche que le législateur décide un jour de transformer ces établissements publics chargés de SPIC en sociétés anonymes comme c'est le cas des services de la poste et des télécommunications[216].

Ainsi, la transformation des services publics à caractère administratif en activités commerciales passe dans la plupart des cas par le statut de SPIC vu comme une situation intermédiaire. D'ailleurs, même quand ces services ne sont plus assurés par des personnes publiques, cela ne change pas le caractère de SPIC de l'activité en question. C'est ainsi le cas des services de la poste et des télécommunications. Une fois France Télécom et la Poste transformés en sociétés anonymes, celles-ci assurent tout de même un SPIC. Cette situation est aussi observable lors de la prise en charge de missions de SPA par une personne privée. Ce qui compte *in fine*, c'est que, dans les deux cas, ces activités de service public, hormis les rares cas de présence de prérogatives de puissance publique[217], sont, par principe, soumises au droit privé. Pour résumer, les

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

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

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

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

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

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

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

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

---

des prérogatives de puissance publique.

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

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

Or, cette discrétion fut abandonnée lors de la suppression du ministère des chemins de fer au profit de la création de la Société générale des chemins de fer de Chine en 2013. Le projet de réforme a été directement élaboré par le Conseil des affaires d'État et adopté par la XIIème réunion plénière de l'Assemblée Populaire nationale[219]. C'est la première fois que l'État chinois affiche son acte de réforme d'une manière si solennelle et si résolue. Avec les développements de la construction de son système juridique, les réformes de l'administration et des USP se poursuivent plus profondément et plus résolument par les impulsions libérales de l'économie de marché.

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

Conclusion du chapitre I

Le temps est ainsi marqué par la privatisation. Le libéralisme économique, les mesures de restriction des actions de l'État, l'expansion de la théorie du « *New Public Service* » d'origine anglo-saxonne remuent en profondeur les systèmes de service public français et chinois. Pense-t-on vraiment que l'État fonctionne mal et qu'il ne répond plus aux besoins de la société ? Ce qui est certain, c'est que le modèle classique, érigé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, est remis en cause. Or, ce modèle n'est peut-être pas si « classique ». Il avait remplacé un autre modèle classique — le libéralisme économique — qui n'a jamais vraiment disparu et voit sa conception renouvelée.

La privatisation n'affecte aucunement en soi l'existence de l'État. Au contraire, celui-ci se révèle par l'existence d'une sphère privée. La frontière — certes il y en a une — entre les deux domaines, public et privé, n'est pas nettement déterminée, et c'est précisément cette frontière fluctuante qui occupe nos esprits. Cette flexibilité permet à l'État de s'adapter aux évolutions sociales pour la réalisation de ses missions de service public.

Se trouvent au cœur de ce mouvement, les établissements publics à caractère marchand. Si, en Chine, les USP à caractère administratif et celles à caractère marchand sont vouées à disparaître suivant la politique de catégorisation, un noyau dur subsistera et constituera les vraies USP à venir. Ainsi se conforte une catégorie d'établissements dont le caractère n'est ni administratif, ni marchand. Peut-il se produire pareille situation en France compte tenu des évolutions des EPIC ? C'est envisager une catégorie d'établissements publics chargés de missions de service public, lesquelles n'impliquent pas de prérogatives de puissance publique, ni ne s'assimilent aux activités commerciales régies par le droit privé. Cette catégorie ne correspond pas à celle des EPIC, elle suppose la refonte de l'ensemble des activités de l'État.

Ces mutations du service public liées aux mesures de privatisation entraînent inéluctablement des conséquences sur l'organisation de la fonction publique, celle-ci étant traditionnellement considérée comme l'instrument de réalisation des services publics.

Chapitre II. Les conséquences de la privatisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique

La croissance de l'intervention publique notamment *via* les mesures de nationalisation dans les années d'après-guerre a eu pour conséquence, dans les deux pays, de développer un État employeur public. En Chine, le développement de l'État employeur, en absorbant toutes les activités professionnelles de la société, avait atteint son paroxysme. Cependant, il n'était pas moins évident qu'au sein de la masse d'employés de l'État, existait une distinction formelle entre les agents des établissements administratifs ou ceux affectés à une fonction de nature administrative, ceux attachés aux USP dont les activités sont liées à l'intérêt public, et les employés des entreprises nationales dédiées aux activités de nature purement industrielle ou commerciale[220]. Ces trois catégories d'employés de l'État étaient répartis en fonction de la nature de l'établissement auquel ils appartenaient et de ses activités. Mais tous les établissements étaient considérés comme des organes de l'État, par le biais desquels celui-ci réalisait ses diverses missions administratives, sociales et économiques.

Or la réforme économique, déclenchée à partir des années 1980, a eu pour effet de changer le rôle de l'État au sein de la société. Comme on l'a vu au chapitre précédent, la redéfinition de ses missions s'accompagne d'une vague de privatisations tant au niveau social qu'au niveau juridique. En effet, la construction même d'un droit civil, appliqué notamment dans le monde des rapports économiques et commerciaux où se trouvent les nombreuses entreprises nationales, soumet une partie considérable des actions de l'État aux règles de la concurrence. Les employés des entreprises nationales, naguère organiquement confondus avec les agents publics de l'État, sont désormais soumis au régime du droit du travail, tandis que les agents publics (dont la composition est fort hétérogène) sont régis par le statut des agents publics de l'État (règlement provisoire sur les agents publics de l'État en 1993 puis loi sur les agents publics en 2005) et par des règles analogues (pour les agents des USP).

Cette situation correspond schématiquement à celle de la composition du personnel du secteur public en France où les agents de droit public et les salariés de droit privé sont recrutés par l'État employeur pour accomplir des missions de nature différente. Ils sont ainsi répartis entre les établissements publics à caractère administratif, les établissements publics à caractère industriel et commercial censés réaliser des missions d'intérêt général sans avoir recours aux prérogatives de la

220 Le commerce était, selon la politique communiste entre les années 1950 et 1970, un phénomène voué à disparaître au profit de la distribution égalitaire par l'État socialiste.

puissance publique, et les sociétés publiques homologues des commerçants du monde de la concurrence. Ces deux derniers, entités économiques du secteur public marchand, sont qualifiés d'entreprises publiques. À ce titre, il serait tentant de supposer que les agents publics et notamment les fonctionnaires sont recrutés par les établissements publics à caractère administratif pour y accomplir des missions de nature administrative et que les agents et salariés de droit privé sont employés par les entreprises publiques pour y accomplir des missions, liées ou non à l'intérêt public, mais surtout de nature industrielle et commerciale.

Toutefois, comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, cette présomption de concordance organique et matérielle est désavouée par la réalité selon laquelle la nature de l'établissement ne correspond pas toujours à celle des missions qu'il assure. Par ailleurs, même si c'était le cas, un agent peut être affecté à des missions de nature différente de celles de l'établissement. Les mesures de privatisation des services publics ont souvent pour objectif de raccorder la nature de l'établissement aux missions qu'il assure. Cette opération peut avoir des impacts considérables sur le lien entre la qualité organique de l'établissement et le régime du personnel. Dans le processus de transformation d'un établissement public à caractère administratif en établissement public à caractère marchand ou (en Chine)/puis (en France) en société commerciale, se posent inévitablement les questions liées au transfert du personnel public de l'ancien établissement au nouvel établissement ou à la nouvelle société (section 1) ; la conservation d'agents publics après la transformation a pour conséquence de remettre en cause le critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique (section 2).

Section 1. Le transfert des personnels lié à la privatisation des services publics

En Chine, le détachement des activités marchandes de l'administration par le biais de la privatisation a eu pour effet d'évacuer des administrations de l'État un nombre important d'agents publics. Le phénomène chinois coïncide avec le mouvement français résultant d'une crise concomitante du service public et de la fonction publique. Il s'agit d'un « contexte de réduction des effectifs » où les agents publics sont « les sujets plutôt que les acteurs »[221] des réformes. Il est aisé d'observer un flux des personnels publics vers le monde du droit privé. Ce flux est composé, d'une part, par le transfert de personnels publics d'établissements administratifs à des établissements gestionnaires de services publics à caractère marchand (I) et, d'autre part, par le transfert de personnels affectés à des missions de service public à des sociétés commerciales (II).

I. Des agents publics administratifs aux employés de personnes publiques gestionnaires de services publics à caractère marchand

La distinction entre fonctions administratives et fonctions de nature industrielle et commerciale de l'État suppose logiquement une distinction des statuts juridiques des agents respectivement affectés à ces fonctions. Ainsi, les personnels des établissements publics à caractère marchand sont soumis à des régimes liés à la nature de leurs fonctions (A) ; le changement de régime juridique pose inévitablement des problèmes quant au transfert des personnels des établissements publics à caractère administratif aux établissements publics à caractère marchand (B).

A. Le régime juridique des agents des établissements publics à caractère marchand

Les droits français et chinois divergent quelque peu concernant le régime juridique des agents des établissements publics à caractère marchand. Si le premier les assimile aux salariés du droit privé avec quelques exceptions (1), le second opte plutôt pour un régime quasi-public (2).

1. Le régime juridique français des agents des EPIC

En France, le principe du régime juridique des agents des EPIC provient de l'arrêt *de Robert Lafreygère*[222]. La présence d'une personne morale de droit public n'a pas de conséquence sur la qualité de ses agents. À ce titre, le Conseil d'État dans sa décision du 8 mars 1957, *Jalenques de*

221 Jean-Claude Fortier, « 2013 : préparer la sortie de crise », *AJFP* 2013, p. 1.

222 CE., 26 janvier 1923, *de Robert Lafreygère*, *Rec*., p. 67.

Labeau, précise qu' « il n'appartient qu'aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents » d'une personne publique gérant un SPIC. En l'occurrence, l'acte de nomination par décret ne suffit pas à attribuer la qualité d'agent public à l'un des agents de direction de l'Agence France Presse[223]. Cette solution a été récemment confirmée par le Tribunal des conflits en 2007[224] puis en 2010[225] : seul le législateur est compétent pour soumettre les agents des SPIC à un régime de droit public. Ainsi, les personnels des EPIC, exceptés le directeur du service et l'agent comptable s'il possède la qualité de comptable public, sont par principe soumis au droit privé[226].

La situation individuelle de droit privé des agents des EPIC résulte, comme le régime des activités contractuelles des EPIC, plus d'un choix idéologique que d'une logique juridique laquelle aurait toujours tendance à se référer au critère organique, critère le plus fiable et le plus opérationnel. La présence de la personne publique et l'intérêt général concrétisé par les missions de service public (bien qu'industriel et commercial), ne suffisent pas à donner la qualité d'agent public aux personnels des EPIC, sauf l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Or, cette dernière situation arrive parfois de façon générale sur les activités d'un EPIC car, comme il a été précédemment montré[227], les EPIC n'assurent pas toujours que des missions de SPIC et il arrive même parfois qu'ils n'assurent que des missions de SPA lesquelles, prises en charge par une personne publique, ont presque automatiquement recours aux prérogatives de puissance publique. Dans ce cas, le juge peut reconnaître aux personnels des EPIC la qualité d'agents publics[228]. En outre, la soumission générale des agents des EPIC au droit privé n'empêche pas que le législateur ou le pouvoir réglementaire fixe des statuts particuliers[229], comme c'est le cas des agents de la SNCF et de la RATP. Par ailleurs, force est de constater que les agents des SPIC locaux sont souvent soumis à des statuts analogues à ceux des agents publics, bien que les litiges soient soumis à la juridiction judiciaire.

Une telle complexité se présente aussi en Chine au sein des USP concernant la situation de leurs agents lesquels sont, en revanche, plutôt soumis à un régime exorbitant du droit commun.

223 CE., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, *Rec*., p. 158.

224 TC., 12 février 2007, *Baptiste*, *Rec*., p. 592.

225 TC., 12 décembre 2010, *A …* c/ *Mense épiscopale de Strasbourg*, req. n° C – 3748.

226 CE., *de Robert Lafreygère*, *op. cit*. ; CE., *Jalenques Labeau*, *op. cit*. ; TC., 15 mars 1999, *Faulcon*, *Rec*., p. 442.

227 Voir chapitre I – section 2 – I – B : Le lien entre la nature du service et celle de l'établissement.

228 CE., 13 novembre 1970, *Dame Conqui*, *Rec*., p. 667 ; CE., 4 juillet 1986, *Berger*, *Rec*., p. 564.

229 CE., 15 décembre 1967, *Level*, *Rec*., p. 501.

2. Le régime juridique chinois des agents des USP

Avant l'édiction du règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » (abrogé depuis)[230], fondamentalement les agents des USP n'avaient presque rien d'étranger par rapport aux agents des établissements administratifs. Ils étaient juste classés dans une autre catégorie de l'administration publique ; mais leurs droits et obligations étaient similaires à ceux des agents administratifs proprement dits. Ils étaient peu ou prou considérés, au moins par l'opinion publique, comme des agents subalternes par rapport à ceux qui exerçaient des fonctions purement administratives. L'idée n'était pas si erronée compte tenu de la relation hiérarchique entre les établissements administratifs et leurs USP avant la réforme des années 1990, même si en réalité, certains agents des USP, notamment les directeurs et principaux responsables d'établissement, pouvaient être titulaires de grades très élevés[231]. Ainsi, les agents des USP étaient confondus avec les agents administratifs au sein d'une catégorie de personnels issue de la période de nationalisation au début de la République Populaire : les cadres de l'État. À ce propos, il convient d'apporter quelques précisions sur la notion de cadre de l'État en Chine.

Le mot chinois « Gan-bu »[232], qui signifie le cadre, est une reprise du vocabulaire japonais constitué des sinogrammes[233]. Il a été choisi, lors du IIème Congrès du PCC entre les 16 et 23 juillet 1922, dans le texte des Statuts du PCC pour désigner les membres chargés de la gestion des unités du Parti. Les cadres sont soumis aux comités exécutifs locaux qui sont eux-mêmes strictement soumis au Comité exécutif central (le futur Comité central). Depuis 1938, à mesure que le PCC agrandit son territoire et y stabilise son gouvernement, son système des cadres devient en réalité l'administration d'un État en germe. Cette situation est entérinée par la proclamation de la République Populaire en 1949. Or, la conquête du PCC s'étendant à toute la Chine continentale n'a pas laissé le temps de remplacer par ses cadres tous les postes publics du régime précédent. Le Conseil des affaires politiques (le futur Conseil des affaires d'État) a édicté une série de textes

---

230 Préc..

231 C'est le cas par exemple des présidents des universités directement attachées au ministère de l'éducation et ses directeurs des hôpitaux directement subordonnés au ministère de la santé publique. Ils sont titulaires d'un grade équivalent à celui d'un secrétaire d'État ou d'un ministre adjoint.

232 *干部*, Gan-bu.

233 Depuis longtemps, l'écriture chinoise est la source principale du vocabulaire japonais. Malgré les évolutions de signification des mots dans les deux pays, il est toujours possible de reconnaître d'emblée leur sens étymologique commun. À partir de la fin du XIXème siècle, le Japon réformé et occidentalisé devient, à son tour, précepteur de la Chine. Nombre de notions occidentales traduites en langue japonaise, par le biais des sinogrammes que celle-ci a toujours utilisés, sont directement repris par les auteurs chinois pour désigner les mêmes aspects occidentaux introduits en Chine.

« provisoires »[234] pour encadrer les agents qui ne sont pas membres du PCC. Cette situation provisoire sera marginalisée puis s'éteindra pendant le grand processus de nationalisation à partir de 1953 : partout dans les établissements administratifs et dans les secteurs de production et de service, le PCC, représentant et guide du peuple souverain, véritable pouvoir exécutif de l'État, doit diriger et gérer par le biais de ses propres cadres. La décision du 24 novembre 1953 du Comité central du PCC sur « le renforcement de la gestion des cadres »[235] dote le système des cadres d'une structure parallèle à celle de l'administration de l'État. Du Conseil des affaires d'État aux offices administratifs des communes, les comités et délégués du PCC qui sont eux-mêmes organisés selon une stricte hiérarchie, contrôlent tous les niveaux administratifs ; partout dans les armées, la police, l'administration de l'État, la justice aussi bien que dans les usines, les écoles, les hôpitaux, la poste, les transports, les presses et les magasins, les cadres du PCC assurent la direction et supervisent la gestion. À mesure que le PCC se confond avec l'État, les membres du Parti deviennent employés de l'État ; en conséquence, les cadres du Parti deviennent cadres de l'État.

Cette confusion des personnels, dérive de la confusion des activités de l'État, est l'objet de réformes depuis les années 1990. En effet, l'annonce de la séparation des établissements administratifs et des USP par le Conseil des affaires d'État dans son *Rapport d'activités du gouvernement* du 15 mars 1993[236] lors de la Ière session de la VIIIème assemblée plénière de l'Assemblée Populaire nationale préparait une scission organique entre ces personnels. Ce faisant, quelques mois plus tard, le pouvoir réglementaire exclut, dans son règlement provisoire « sur les agents publics de l'État »[237], les agents des USP du domaine des agents publics de l'État, même si les personnels de certaines USP, notamment celles qui exerçaient encore des fonctions

---

234 Ces textes sont notamment le règlement provisoire du 20 juillet 1951 « sur la désignation et la révocation des personnes travaillant au sein des établissements de l'État par le gouvernement Populaire central » [*中央人民政府任免国家机关工作人员暂行条例*], Zhong-yang-ren-min-zheng-fu-ren-mian-guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-zan-xing-tiao-li, le règlement provisoire du 21 août 1952 « sur la récompense et la sanction des personnes travaillant au sein des établissements de l'État » [*国家机关工作人员奖惩暂行条例*], Guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-zan-xing-tiao-li, et le cadrage du 8 novembre 1952 « relatif à la procédure de la sanction administrative des personnes travaillant au sein des établissements de l'État » [*关于国家机关工作人员行政处分批准程序的规定*], Guan-yu-guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-xing-zheng-chu-fen-pi-shun-cheng-xu-de-gui-ding.

235 " *中共中央关于加强干部管理工作的决定* ", Zhong-gong-zhong-yang-guan-yu-jia-qiang-gan-gu-guan-li-gong-zuo-de-jue-ding.

236 *Rapport d'activités du gouvernement,* Premier Ministre LI Peng, Ière session de la VIIIème assemblée plénière de l'Assemblée Populaire nationale [政府工作报告，*国务院总理李鹏，第八届全国人民代表大会第一次会议*], 15 mars 1993 : « La réforme des USP se poursuit à la lumière du principe de la séparation entre les activités administratives et celles d'intérêt public à caractère non administratif. » [*事业单位要按照政事分开和社会化的原则进行改革*].

237 Préc..

administratives, restèrent soumis à des statuts analogues à celui des agents publics de l'État. Cette situation fut confirmée par la loi du 27 avril 2005« sur les agents publics »[238].

Cependant, ce n'était pas pour autant assimiler, par principe, les employés des USP aux salariés de droit privé, car la loi du 5 juillet 1994 « du travail » ne concerne pas les agents des USP[239]. En conséquence, les agents des USP se trouvent entre les agents publics proprement dits et les travailleurs au sens du droit du travail. Au sein de cette zone grise se dressent d'ailleurs une multitude de statuts particuliers définis en fonction des spécialités des USP. À cet égard, une loi spécifique encadrant les agents des USP paraît souhaitable en vue de l'unification des régimes des agents des USP. À ce titre, le Conseil des affaires d'État a édicté, le 25 avril 2014, le règlement « sur la gestion des personnels des unités de service public »[240]. Le règlement du 25 avril 2014 ne modifie pas substantiellement la situation actuelle des agents des USP tout en confirmant les évolutions des USP issues des réformes récentes. L'enjeu qui découle de cet acte est bien l'émergence d'un statut autonome des agents d'USP.

Une telle question est également appréhendée en France s'agissant du régime des personnels des établissements publics. Ainsi, François Loloum parle d'un « régime du personnel *ad hoc* »[241]. Or, cet éventuel régime *ad hoc* est analysé, en France, comme un risque d'entraver la mobilité des agents des établissements publics[242]. Il reste d'ailleurs à savoir si ce régime *ad hoc* relève plutôt du droit privé ou du droit public sachant qu'il concerne tant les EPA que les EPIC. Cette question, substantielle en droit français, n'a pourtant pas beaucoup d'intérêt dans la pratique du droit chinois, car une instance juridictionnelle spécifique est prévue pour trancher les conflits entre les USP et leurs personnels : le conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics[243]. Il y a ainsi, en Chine, une base relativement développée pour l'unification des régimes des personnels des USP.

---

238 Article 106 de ladite loi.

239 La situation des agents contractuels des USP est pourtant mentionnée par la loi sur le contrat de travail du 29 juin 2007 dans son article 96 : « les conclusions, exécutions, modifications et résiliations des contrats de recrutement des personnels des établissements administratifs et des USP sont soumises aux lois, aux règlements et aux mesures du Conseil des affaire d'État qui leur sont spécifiquement édictés, et, en absence de ces textes, sont régies par les règles de la loi sur le contrat du travail » [*事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行*]. Disposition maladroite selon certains commentateurs, est considérée plus symbolique et substantielle pour l'application du droit du travail sur les agents contractuels des USP. En effet, la réforme consiste à contractualiser l'ensemble des personnels des USP (hormis les postes de directeurs et principaux responsables).

240 " *事业单位人事管理条例* ", Shi-ye-dan-wei-ren-shi-guan-li-tiao-li.

241 François Loloum, *in* « Questions sur l'avenir de l'établissement public à propos du rapport du Conseil d'État », *op. cit*., p. 1242.

242 *Idem*.

243 *人事争议仲裁委员会*, Ren-shi-sheng-yi-zhong-cai-wei-yuan-hui.

Tout en étant employés par des personnes publiques et affectés à des missions de service public, les agents des établissements publics à caractère marchand se distinguent des fonctionnaires, agents titulaires. Lors de la transformation d'un établissement public à caractère administratif en établissement public à caractère marchand, certaines questions liées au régime juridique applicable et, *a fortiori*, à la répartition des compétences juridictionnelles, se posent logiquement dans le processus de transfert du personnel.

B. Le transfert des personnels des établissements publics à caractère administratif aux établissements publics à caractère marchand

Que ce soit en France ou en Chine, l'un des objectifs de la réforme générale de l'administration est d'alléger la charge du financement public face à une masse considérable d'agents publics. Cette perspective, appliquée dans la transformation des établissements publics à caractère administratif en établissements publics à caractère marchand, conduit à supprimer les emplois de nature administrative avec la disparition des services à caractère administratif.

Plus concrètement, en France, il s'agit de la dissolution d'un EPA au profit de la création d'un EPIC qui reprend les activités de l'ancien EPA, tandis que le même processus se déroule entre les établissements administratifs et les USP en Chine. S'agissant des personnels des anciens établissements publics à caractère administratif, il convient de distinguer les agents titulaires (1) des agents non titulaires (2).

1. Les agents publics titulaires des établissements publics à caractère administratif transformés en établissements publics à caractère marchand

Dans une fonction publique dite de carrière, comme celle de la France et celle de la Chine, les fonctionnaires sont titulaires d'un grade séparé de leur emploi[244]. La séparation du grade et de l'emploi permet à l'administration de modifier ses emplois sans changer ses personnels et d'avoir en principe une mobilité facilitée de ses agents. Par conséquent, lorsque l'emploi d'un fonctionnaire est supprimé, l'administration doit normalement affecter l'agent à un autre emploi correspondant à son grade. Or, il est parfois difficile de trouver des postes vacants au sein des autres établissements administratifs et cette obligation juridique ne saurait aller à l'encontre de l'objectif politique de diminution des emplois à caractère administratif. À cet égard, les solutions communément utilisées par les deux pays sont la conservation telle quelle des agents titulaires au sein de l'établissement transformé (a), la mise à la retraite anticipée (b) et le licenciement (c).

244 Voir concernant le cas français, Pierre Albertini, « Grade, emploi et fonction : séparation et correspondance », *Rev. adm*. 1982, p. 143.

a. La conservation de la qualité d'agent public du personnel d'un établissement public à caractère administratif après sa transformation en établissement public à caractère marchand

En France, le législateur peut choisir de maintenir la qualité d'agent public au personnel d'un EPA après sa transformation en EPIC. Tel fut le cas pour les fonctionnaires de l'Office national des forêts[245], des offices publics d'intervention par produits créés dans le secteur de l'agriculture[246], de la Poste et de France Télécom[247].

Cette solution, qui offre certes aux agents concernés une garantie d'emploi, crée toutefois un amalgame au sein du nouvel établissement à caractère marchand où coexistent en effet les fonctionnaires de l'ancien établissement administratif et les agents contractuels de droit privé recrutés après la transformation. Les problèmes de conditions du travail dus aux différences de traitement entre les deux catégories d'agents et les confusions dans la gestion du personnel font souvent l'objet de critiques tant de la part des administrateurs que des agents du service. À ce titre, le cas des services de la poste et des télécommunications offre un exemple saillant qui a particulièrement attiré l'attention de la doctrine[248].

C'est pourquoi, compte tenu de ces inconvénients prévisibles dans le contexte de la politique de séparation des USP de l'administration, les pouvoirs publics en Chine n'ont pas choisi cette solution qui pourrait s'analyser comme une concession faite aux agents intéressés. Il est vrai qu'en Chine la décision de conserver le *statu quo* des agents de l'ancien établissement administratif transformé en USP appartient entièrement au pouvoir réglementaire sans que le législateur ait à intervenir, ce qui a pour effet de faciliter la procédure. Néanmoins, force est de constater que ni en Chine, ni en France, une telle conservation de la qualité d'agent public n'est souhaitée par les initiateurs de la réforme, encore moins par le gestionnaire du nouvel établissement.

Si, en France, les pouvoirs publics, soucieux de la stabilité sociale et soumis parfois aux pressions des groupes intéressés, est contraint de faire un tel choix, les autorités chinoises, moins entravées par des protestations organisées, préfèrent pousser les fonctionnaires concernés vers une retraite anticipée.

---

245 Loi n° 64-1278 du 23 décembre 1964, « de finances rectificative pour 1964 ».

246 Loi n° 82-847 du 6 octobre 1982 « relative à la création d'offices d'intervention dans le secteur agricole et le secteur des produits de la mer et à l'organisation des marchés ».

247 Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 « relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ».

248 Voir notamment Jacques Chevalier, « La mutation des postes et télécommunications », *AJDA* 1990, p. 667.

b. La mise à la retraite anticipée

La mise à la retraite anticipée s'avère un compromis relativement confortable tant pour les pouvoirs publics qui n'ont plus besoin de créer d'autres emplois, que pour l'agent qui, étant garanti de ses droits de retraite, peut tout de même repartir pour d'autres activités professionnelles. Surtout, les problèmes liés à la conservation de la qualité d'agent public au sein d'un établissement public à caractère marchand sont évités.

Il convient de préciser que la retraite anticipée peut être mise en place, dans les deux pays, soit sur demande du fonctionnaire, soit d'office. Il est évident qu'en Chine les multiples mises à la retraite anticipée lors des transformations des établissements administratifs en USP ou en sociétés commerciales sont majoritairement à l'initiative des administrations. La mise à la retraite d'office, qui peut aussi en France constituer une sanction disciplinaire, n'a pas ce sens péjoratif en Chine où les délégations du PCC, semées au cœur des établissements administratifs, jouent un rôle primordial dans la négociation de la retraite anticipée. La capacité de persuasion du PCC est en effet marquée par une efficacité incontestable.

Certes, il serait erroné de croire qu'en France, toutes les demandes de départ anticipé à la retraite en cas de suppression d'emploi ont pour origine la volonté propre des fonctionnaires concernés. Une certaine négociation aura probablement été faite au préalable et la demande de départ anticipé à la retraite n'est, dans certains cas, qu'une formalité pour que l'acte ne soit pas perçu comme une sanction voire une révocation déguisée.

In fine, la solution de la mise à la retraite anticipée ne concerne qu'une partie des agents qui ont rempli les conditions légales d'ancienneté pour bénéficier du droit à une retraite anticipée telles que la limite d'âge et la durée d'assurance ou de cotisation. La solution la plus efficace au regard de la logique libérale des réformes est le licenciement.

c. Le licenciement des fonctionnaires en cas de suppression d'emploi

Étant donnée la distinction du grade et de l'emploi, la suppression de celui-ci ne fait pas disparaître le fonctionnaire de l'administration. En droit français, hormis les mesures entraînant la radiation des cadres et la perte de la qualité d'agent public telles que la mise à la retraite d'office pour inaptitude physique ou incapacité légale, le licenciement pour insuffisance professionnelle ou dû aux refus successifs de trois postes à la suite d'une disponibilité, et la révocation sanctionnant une faute disciplinaire grave, l'administration ne peut licencier des agents titulaires à la suite de la suppression d'un service public que par une loi dite de dégagement des cadres[249]. Bien que depuis la

249 L'article 69 de la loi du 11 janvier 1984 dispose que « hormis l'abandon de poste, le licenciement du fonctionnaire qui refuse successivement trois postes à la suite d'une disponibilité, le licenciement pour insuffisance

Vème République, le gouvernement maîtrise largement la procédure législative, il s'agit tout de même d'une opération complexe et coûteuse.

Par ailleurs, au niveau local, une telle mesure de dégagement des cadres n'existe pas. Si l'agent ne peut pas être reclassé après avoir été maintenu en surnombre pendant un an, il est pris en charge par le centre départemental de gestion de la fonction publique territoriale ou par le centre national de la fonction publique territoriale pour les agents de catégorie A. Par conséquent, une situation assez fâcheuse du point de vue des élus et administrateurs locaux est apparue : après suppression d'un service public et des emplois qui y étaient liés, les agents continuent à être rémunérés. Cette prise en charge ne cesse qu'après trois refus d'offre d'emploi, et sous certaines conditions.

Ces difficultés techniques quant à l'opération de licenciement des fonctionnaires en cas de suppression d'emploi ne sont pas toutes présentes en Chine où le pouvoir réglementaire paraît encore plus prépondérant et où la gestion des agents locaux n'est pas singularisée par des mesures de décentralisation. Néanmoins le corporatisme traditionnel, hérité de l'ancien système mandarinal et réformé par la théorie maoïste du parti, ne permet pas de voir le départ d'un membre du corps de la fonction publique comme une affaire anodine. D'ailleurs, le fondement même de la stabilité du régime actuel consiste essentiellement dans la confiance collective des agents envers l'État employeur. C'est pourquoi le licenciement est la solution la moins utilisée par les pouvoirs publics.

Si les fonctionnaires bénéficient d'une certaine protection contre les suppressions de service, leurs collègues non titulaires sont plus exposés en cas de suppression d'emploi.

2. Les agents publics non titulaires (contractuels)

En France, au sein de la fonction publique *lato sensu*, à côté des fonctionnaires nommés par un acte unilatéral et titulaires d'un grade il existe une catégorie d'agents qui sont liés à une personne publique gérant un SPA par un contrat administratif. Ces agents contractuels, dépourvus de grade administratif, sont tout de même soumis à un régime de droit public[250]. Mais, étant donné leur lien contractuel avec l'administration, les agents publics non titulaires sont bien plus vulnérables que les fonctionnaires en cas de suppression d'un service public ou de dissolution d'un établissement public. En effet, selon la jurisprudence, la suppression d'un service public ou la dissolution d'un EPA entraîne la résiliation de plein droit du contrat de fonction publique, qu'il soit à durée déterminée ou

professionnelle, les fonctionnaires ne peuvent être licenciés qu'en vertu de dispositions législatives de dégagement des cadres prévoyant soit le reclassement des intéressés, soit leur indemnisation ».

250 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – I – A : Une situation assimilée à celle des agents titulaires.

à durée indéterminée[251]. Cette souplesse pourrait être vue comme l'une des raisons de l'amplification du phénomène de contractualisation de la fonction publique, avec pour pendant l'insécurité d'emploi des agents contractuels.

L'expérience française de contractualisation de la fonction publique a certainement été étudiée par les légistes chinois. Cependant, il ne semble pas que la question du transfert des agents publics contractuels entre l'ancien établissement administratif supprimé et l'USP nouvellement créée soit une question centrale. En effet, les deux mouvements (apparition d'agents publics contractuels et transformation des établissements administratifs en USP) coïncident et s'inscrivent dans la même politique de réforme générale de l'État à partir des années 1990. Les établissements administratifs en cours de transformation ou de disparition ne devraient logiquement pas recruter de nouveau personnel. En cas de besoin du service, ils peuvent avoir recours aux fonctionnaires mis à leur disposition, aux agents contractuels de droit privé ou à l'intérim. En outre, rien n'empêche qu'ils ne recrutent des agents publics contractuels que pour la période transitoire de la transformation en faisant coïncider la durée du contrat avec celle de la transition.

In fine, la transformation des établissements publics à caractère administratif, entièrement financés par des crédits publics, en établissements publics à caractère marchand, dotés de moyens divers et parfois pourvus d'une vraie capacité d'autofinancement, permet à l'État d'être déchargé d'une partie du financement pour un certain nombre de personnels. Cette logique aboutira avec le transfert des personnels des établissements publics aux sociétés publiques commerciales.

II. Des agents affectés aux missions de service public aux salariés des sociétés publiques

En France, avant d'être transformés en sociétés commerciales, les EPA passent souvent par le statut d'EPIC comme une forme de transition. La question qui se pose sur le transfert du personnel d'un EPIC à une société commerciale est au fond la même que celle qui est posée lors de la transformation d'un EPA en EPIC. Cette question change de dimension dans le cas chinois, car les USP constitueraient un obstacle entre les établissements administratifs et les sociétés commerciales étant donné le particularisme du régime de leurs personnels. S'il est aisé d'observer une convergence sur le régime juridique des employés des sociétés commerciales publiques des deux pays (A), la question du transfert des personnels des établissements publics aux sociétés commerciales publiques se pose différemment (B).

251 CE., 4 juillet 1975, *Habourdin*, req. n° 88504 ; *RDP* 1976, p. 596.

A. Le régime juridique des employés des sociétés publiques

Le régime juridique actuel des employés des sociétés publiques des deux pays s'avère relativement homogène au profit de l'application du droit privé (1), avec quelques exceptions (2).

1. La règle de la soumission des employés des sociétés publiques au droit privé

En France, la question du régime juridique des employés des sociétés publiques est tranchée facilement car ces employés sont, par la nature de leurs activités d'une part et par le caractère de droit privé de leur employeur d'autre part, soumis aux règles du droit du travail. En effet une société publique, malgré l'influence de l'État liée à la détention majoritaire du capital, reste avant tout une personne morale de droit privé. Ici, le critère organique joue pleinement s'agissant de la qualité du personnel d'une société publique. La jurisprudence affirme ce principe même lorsque la gestion d'un service public est confiée à une société publique[252].

En Chine, avant les réformes des années 1990, les employés des sociétés publiques étaient entièrement pris en charge par l'État. L'absence de contrat et la durée indéterminée de leur engagement les faisaient confondre avec les agents des établissements administratifs et ceux des USP. Ces trois catégories d'employés publics constituaient ensemble le personnel de l'État socialiste. Il n'y avait, entre eux, qu'une différence de nature du travail sans qu'ils fussent organiquement séparés. Ainsi, les usines et magasins étaient dirigés par des fonctionnaires et gérés par des employés publics considérés comme des agents subalternes voués à l'exécution des tâches quotidiennes. Cette situation coïncide curieusement avec la théorie de la distinction entre agents d'autorité et agents de gestion qui dominait dans la jurisprudence de la première moitié du XXème siècle en France.

La décision du 14 novembre 1993 du Comité central du PCC « sur les questions relatives à la construction du système de l'économie de marché socialiste »[253] opère une séparation entre l'administration et les sociétés publiques. L'objectif est de doter celles-ci d'une gestion autonome tant au niveau de leurs activités qu'au niveau de leur personnel. *Mutatis mutandis*, après leur acquisition de la personnalité morale d'entreprise par le règlement général du 12 avril 1986 « du

252 TC., 15 janvier 1968, *Air France c/ Barbier*, req. n° 01908 ; TC., 2 mai 1988, *Bon*, req. n° 02520 ; *AJDA* 1989, p. 39 ; TC., 15 mars 1999, *Faucon c/ Commune de Châtellerault*, req. n° 03097 ; *RFDA* 1999, p.1110 ; TC., 17 avril 2000, *Collet c/ Air France*, *Rec*., p. 759.

253 Préc..

droit civil »[254], la loi du 29 décembre 1993 « sur les sociétés »[255] offre un statut légal aux sociétés publiques et permet, ce faisant, leur séparation de l'administration de l'État sur le plan juridique. C'est, par ailleurs, dans le même temps qu'est conçue une législation du travail : la loi « sur le travail »[256] du 5 juillet 1994 régit l'ensemble des employés des anciennes entreprises nationales, dorénavant salariés des sociétés publiques commerciales.

Cette règle de l'application du droit privé aux employés des sociétés publiques connaît toutefois quelques exceptions dans les deux pays, qui ont une tradition dirigiste de l'économie.

2. Les exceptions à la règle de la soumission des employés des sociétés publiques au droit privé

En France, quant à la règle de l'application du droit privé, sans compter les cas particuliers de la conservation de la qualité d'agent public du personnel d'un EPA transformé en EPIC puis en société commerciale[257], deux exceptions sont admises par le juge lorsque la société publique se voit confier la gestion d'un service public : l'existence de clauses de nature réglementaire appliquées aux employés chargés de missions de service public (tel le cas d'Air France) et la soumission au droit public du directeur de la société (choisi et nommé par la personne publique qui contrôle la société).

En dépit de l'homogénéité du régime juridique pour le personnel des sociétés publiques, on comprend aisément la logique et la nécessité du maintien de ces deux exceptions. En effet, au nom de l'intérêt général ou de la sécurité publique, l'organisation d'un service public (même industriel et commercial) exige certaines mesures exorbitantes du monde contractuel. L'autre exception, concernant la situation de droit public du directeur de la société publique, est compréhensible dans la mesure où le directeur nommé est en quelque sorte le délégué de la personne publique qui contrôle la société. C'est particulièrement le cas des sociétés à capitaux entièrement publics.

Ces deux exceptions sont aussi présentes en Chine. Il convient d'ailleurs de souligner qu'avant la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics »[258], les directeurs des sociétés publiques chinoises (uniquement à capitaux entièrement publics selon la loi « sur les sociétés ») avaient la qualité de fonctionnaires et étaient titulaires d'un grade administratif. Depuis la loi du 27 avril 2005 et surtout par l'approfondissement de la politique de séparation des sociétés publiques de

254 Préc..

255 Préc..

256 Préc..

257 Tel est le cas des personnels de France Télécom et de la Poste.

258 " *公务员法* ", Gong-wu-yuan-fa.

l'administration, le gouvernement central laisse aux entités locales le choix de supprimer les grades administratifs pour les directeurs des sociétés publiques sans pour autant exclure la possibilité de les nommer par des actes unilatéraux. D'après les textes de certaines entités locales, les nouveaux directeurs de ces sociétés publiques seront des agents contractuels de droit public[259]. Concernant les directeurs des sociétés publiques nationales, leur qualité de fonctionnaire est conservée tandis qu'ils sont considérés comme détachés auprès des sociétés publiques nationales pour exercer leur fonction de directeurs, tel le cas des directeurs de *China Telecom* et de *China Unicom*.

Cela étant, en France, la situation du personnel des sociétés commerciales publiques n'est pas fondamentalement différente de celui des EPIC. Le transfert des personnels entre ces deux catégories d'entité économique ne pose pas les mêmes problèmes que le processus en Chine entre les USP et les sociétés publiques dont les personnels sont soumis à des régimes de nature différente.

B. Le transfert des personnels des établissements publics transformés en sociétés anonymes

En France, les problèmes du transfert des personnels d'un EPIC à une société commerciale ne se posent que parce que celui-là avait hérité du personnel public d'un EPA[260]. L'exemple des services de la poste et des télécommunications est particulièrement topique. En Chine, ce processus de « dépublicisation » graduelle (d'administration centrale à société commerciale en passant par le statut d'EPA puis d'EPIC) n'a pas été pris en compte par les autorités publiques, car les USP sont elles-mêmes en train de subir une mutation profonde et beaucoup d'entre elles ont vocation à devenir des sociétés commerciales. C'est pourquoi nombre de services, jadis qualifiés d'administratifs, désormais considérés comme de nature marchande, sont directement transférés aux sociétés commerciales. À ce titre, nous pouvons encore citer les services des télécommunications et très récemment (en 2013) les services de transport ferroviaire. En Chine, la question du transfert des personnels des établissements publics aux sociétés commerciales comprend donc à la fois les

---

259 Voir notamment, l'annonce du 18 janvier 2011 du Bureau *ad hoc* de l'organisation du travail de la province de Shanxi « de recrutement des dirigeants du niveau départemental et des directeurs d'entreprise nationale de la province de Shanxi » [*山西省公开选拔副厅级领导干部和国有企业领导人员工作领导组办公室公告 2011 年 1 月 18 日*], l'annonce du 26 septembre 2012 du Bureau *ad hoc* de la sélection des directeurs d'entreprise nationale municipale de Beijing « de recrutement des directeurs d'entreprise nationale municipale de Beijing de l'an 2012 » [*北京市 2012 年公开选拔市属国有企业领导人员工作公告*] et l'annonce du 18 juin 2012 du Bureau de l'organisation du PCC de Hubei et comité des participations de l'État du PCC de Hubei « de recrutement des directeurs d'entreprise nationale provinciale de la province de Hubei de l'an 2012 » [*2012 年湖北省公开招聘省属国有企业领导人员公告*].

260 Le cas de la prise en charge d'un SPA par une personne privée s'analyse, selon nous, comme une mesure d'externalisation qui sera traitée plus loin, voir partie I – titre-II -chapitre II : Les conséquences de l'externalisation des services publics sur le fonctionnement de la fonction publique.

personnels des établissements administratifs et ceux des USP. Or, au sein des USP, il existe deux catégories de personnel : les agents nommés à l'instar des fonctionnaires et les agents recrutés par un contrat de recrutement d'USP. Lors de la dissolution d'une USP, la situation des premiers est presque identique à celle des fonctionnaires en cas de transformation de leur établissement administratif en société commerciale (1), tandis que les seconds posent des problèmes similaires à ceux soulevés par le processus français de transfert du personnel public non titulaire (2).

1. Le transfert des agents nommés des établissements publics aux sociétés commerciales

Une des particularités du système chinois, par rapport à la France, consiste dans la dualité d'agents nommés au sein des établissements publics : les fonctionnaires (a) et les agents nommés des USP (b).

a. En France : le transfert des fonctionnaires d'un établissement public à caractère administratif à une société commerciale publique

En France, on a d'abord tendance à penser au transfert de la gestion d'une entité économique de SPA d'une personne publique à une personne privée. Toutefois, au lieu d'être une mesure de privatisation, il s'agit plutôt d'un procédé d'externalisation du service public[261]. La vraie question concerne plutôt le transfert des fonctionnaires de l'ancien EPA transformé en EPIC lequel est ensuite transformé en société commerciale. Les difficultés se réduisent au fur et à mesure que les effectifs des fonctionnaires au sein des établissements transformés diminuent, tandis qu'en Chine, étant donnée la transformation directe entre établissement administratif et société commerciale et la différence fondamentale entre statut des fonctionnaires et régime des salariés de droit privé, le changement est plus brutal et entraîne des conséquences considérables pour les agents concernés. Ils passent d'une carrière dont l'emploi est garanti presque à vie à une situation encadrée par le droit du travail. Les USP, en tant qu'établissements publics à caractère marchand, qui devaient jouer un rôle transitoire en France, ne peuvent pas assurer cette fonction dans le cas chinois, car le régime des personnels des USP est lui aussi distinct du régime du droit du travail. Le transfert des agents nommés des USP pose les mêmes problèmes que celui des fonctionnaires.

b. En Chine : le transfert des agents nommés d'une USP à une société commerciale

Jusqu'en 2002, tous les agents des USP étaient sélectionnés en fonction de leurs spécialités (médecine, enseignement, recherche scientifique ou encore activités artistiques) puis nommés, à

261 S'agissant de la différence entre privatisation et externalisation, voir titre II – chapitre I – introduction.

l'instar des agents publics administratifs, au sein des USP. Il s'agit d'une véritable carrière car ces agents nommés sont censés passer toute leur vie professionnelle entre les établissements administratifs et les USP[262]. Ainsi, la question du transfert des agents nommés des USP pourrait être comparable, au regard de la France, à celle du transfert des agents publics d'un EPIC, hérités d'un ancien EPA, vers une société commerciale comme France Télécom.

Lors de la dissolution d'une USP, le sort des agents nommés peut être variable selon leur poste et leur ancienneté. Les agents dirigeants ne sont presque pas concernés par la réforme, car soit leurs fonctions sont conservées telles quelles jusqu'à ce qu'ils quittent leur poste, soit ils sont mutés dans un établissement administratif pour y continuer leur carrière.

Pour les agents dont l'âge est proche de celui de la retraite ou dont l'ancienneté leur permet d'atteindre un droit à une pension de retraite suffisamment intéressante, les pouvoirs publics ont toujours la possibilité et surtout la préférence, comme pour les agents publics des établissements administratifs transformés en USP ou en sociétés commerciales, de les mettre à la retraite anticipée.

Mais, ce ne sont là qu'une partie minoritaire des agents nommés. Les autres agents doivent faire face à la proposition d'un contrat de travail de droit privé. Après une période de réflexion plus ou moins longue, l'agent peut soit accepter le contrat, soit le refuser avec une indemnité, mais dans tous les cas, il est radié des cadres des USP[263].

---

262 Les mutations étaient fréquentes entre les établissements administratifs et les USP étant donnée la relation étroite en ces deux types d'institution. Il peut s'agir parfois d'un détachement presque définitif qui dure jusqu'à la retraite de l'agent détaché. Pendant le détachement, l'agent est pris en charge par l'établissement d'accueil tout en bénéficiant des droits d'avancement et de retraite liés à son établissement d'origine. La règle est identique à celle du détachement en droit français excepté la durée laquelle peut être sans limite. D'ailleurs, les grades d'USP correspondaient aux grades administratifs. C'est pourquoi le détachement de durée indéterminée se confondait souvent avec la mutation.

263 Concernant les mesures locales d'application du transfert des personnels des USP dissoutes aux sociétés commerciales, nous pouvons citer l'avis d'application du 29 octobre 2002 du gouvernement Populaire de la municipalité de Suzhou « sur la mise en œuvre de la transformation des unités de service public municipales à caractère industriel et commercial en sociétés commerciales » (58 USP sont concernées, telles que le centre de la gestion des services des véhicules des établissements administratifs, le centre du commerce et de la technologie, le centre de formation des gestions botaniques et des forêts et le centre de la culture et des beaux arts) [*关于市属生产经营型事业单位转企改制工作的实施意见，苏州市人民政府，2002 年 10 月 29 日，确定转制单位包括：苏州市机关汽车服务管理中心、苏州市技术贸易中心、苏州市林业园艺培训中心、苏州市文化艺术中心等 58 家*] ; l'avis d'application du 5 septembre 2002 du gouvernement Populaire de la municipalité de Changzhou « promouvant la mise en œuvre de la transformation des unités de service public municipales à caractère industriel et commercial en sociétés commerciales » (22 USP sont concernées telles que l'institut de la recherche pharmaceutique, l'institut de l'architecture urbaine et l'institut de la création de jardin) [*关于推进市属生产经营型事业单位改制转企工作的实施意见，常州市人民政府，2002 年 9 月 5 日，常州市药物研究所、常州市市政工程设计院、常州市园林设计院等 22 家*] ; l'avis d'application (expérimental) du 25 avril 2003 du bureau *ad hoc* de l'organisation institutionnelle de la municipalité de Huai'an « sur la mise en œuvre de la transformation des unités de service public municipales à caractère industriel et commercial en sociétés commerciales » [*市委市政府关于市直生产经营类事业单位改制转企的实施意见（试行），淮安市机构编制办公室，2003 年 4 月 25 日*]

Il ne faut pas croire que les agents nommés des établissements administratifs ou des USP sont exposés à des précarités extrêmes même s'ils ont moins de garantie que les agents publics français lors de la transformation d'un établissement public en société commerciale. Par souci de stabilité sociale et en vertu d'une même tradition corporatiste en cas de suppression d'emploi dans des services à caractère administratif[264], les pouvoirs publics prennent grand soin du transfert des personnels nommés. Ainsi, les agents nommés bénéficient non seulement d'une priorité de recrutement par la société nouvellement créée, mais aussi d'une augmentation de rémunération et du maintien du niveau de sécurité sociale, qui en effet sont souvent proposés aux agents intéressés afin de compenser leur sentiment d'insécurité d'emploi.

Si la question du transfert des agents nommés des établissements administratifs et des USP aux sociétés en Chine n'est pas de la même dimension que celle du transfert des agents publics d'anciens EPA des EPIC en France, la situation des personnels contractuels s'approche de celle des agents des EPIC de droit privé lors d'une telle opération.

2. Le transfert des agents publics contractuels

En France, lorsqu'une personne privée reprend un SPIC antérieurement assuré par une personne publique, elle doit, en application de l'article L. 1224-3-1 du Code du travail, proposer aux agents non titulaires de droit public un contrat de travail de droit privé reprenant les clauses substantielles de leur contrat précédent. En cas de refus par l'agent en question, celui-ci peut être licencié suivant les règles du droit public.

En Chine, bien que la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » prévoie la possibilité de recruter des agents publics par contrat et qu'un tel recrutement contractuel ait eu lieu dans certaines entités locales, aucun agent public contractuel n'a été transféré à une société commerciale. En effet, les établissements administratifs en cours de transformation en sociétés commerciales sont plutôt dans une phase de rétrécissement du personnel afin de réduire les difficultés du transfert. Les

---

; la mesure d'application du 24 juin 2003 du bureau *ad hoc* de Nankin chargé de la mise en œuvre de la transformation des USP municipales à caractère industriel et commercial en sociétés commerciales « de la mise en œuvre de la transformation des unités de service public municipales à caractère industriel et commercial en sociétés commerciales » [*南京市市属经营性事业单位改制转企实施办法，市属经营性事业单位改制转企工作领导小组办公室 2003 年 6 月 24 日*] ; la mesure du 5 juillet 2006 de l'office du comité de PCC de Shenzhen et de l'office du gouvernement Populaire de la municipalité de Shenzhen « sur le placement du personnel relatif à la réforme des unités de service public », [*深圳市事业单位改革人员分流安置办法，中共深圳市委办公厅、深圳市人民政府办公厅，2006 年 7 月 5 日*].

264 Voir I – B – 1 – c : Le licenciement des fonctionnaires en cas de suppression d'emploi.

recrutements contractuels ne seraient ni envisagés, ni autorisés. La question du transfert du personnel public contractuel concerne essentiellement les agents d'USP[265].

La contractualisation des personnels des USP a été annoncée par l'avis du comité central de l'organisation institutionnelle du PCC et du ministère de l'organisation des personnels (fusionné avec le ministère de la sécurité sociale au profit de la création du ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale en 2008) du 21 juillet 2000 « promouvant la réforme du système des personnels des unités de service public »[266], mise en place par l'avis du bureau général du Conseil des affaires d'État du 6 juillet 2002 « sur l'expérimentation du recrutement contractuel des agents des unités de service public »[267]. La nature du contrat de recrutement des USP et le développement de la contractualisation des personnels des USP font objet d'études *infra*[268]. Ici, nous nous contentons d'explorer la question du transfert des agents d'USP contractuels aux sociétés commerciales. Il convient, à cet égard, de résumer en indiquant que la démarche est presque identique à la solution française : la substitution du contrat de travail au contrat d'USP. Cette démarche, pratiquée par les entités locales depuis 2002, a été confirmée par l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaire d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public »[269] dans son paragraphe 12 :

> « Les unités de service public, une fois transformées en sociétés anonymes […] doivent établir un contrat de travail avec leurs employés. »[270]

Dans son paragraphe 13, cet avis propose une période de 5 ans de transition et le maintien du régime de sécurité sociale et de retraite pour les agents entrés en fonction avant la transformation de leur établissement et pour ceux mis à la retraite après la transformation[271].

---

265 L'expression « agents d'USP contractuels » ainsi composée n'est pas anodine dans le sens qu'elle désigne les agents employés par contrat de recrutement des USP et soumis aux régimes spécifiques des personnels des USP, se distinguant d'une part des agents publics contractuels et d'autre part des salariés du droit privé travaillant pour le compte des USP.

266 " *关于加快推进事业单位人事制度改革的意见* ", Guan-yu-jia-kuai-tui-jin-shi-ye-dan-wei-ren-shi-zhi-du-gai-ge-de-yi-jian.

267 " *关于在事业单位试行人员聘用制度的意见* ", Guan-yu-zai-shi-ye-dan-wei-shi-xing-ren-yuan-pin-yong- zhi-du-de-yi-jian.

268 Voir notamment partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B : La répartition des agents contractuels de l'administration entre le droit public et le droit privé ; chapitre II – section 2 – II : Le développement de la contractualisation des emplois des USP.

269 " *关于分类推进事业单位改革的指导意见* ", *op. cit.*.

270 Paragraphe 12 de l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaire d'État « promouvant la catégorisation des unités de service public », *op. cit.* [*转制单位 … 依法与在职职工签订劳动合同 …*].

271 Paragraphe 13, *idem* [*转制前参加工作、转制后退休的人员，基本养老金的计发和调整按照国家有关规定执*

En Chine, les transformations des USP d'un côté, et des établissements administratifs de l'autre, en sociétés commerciales sont deux procédés parallèles qui ne suivent pas un ordre chronologique. D'ailleurs, la politique de transformation des USP en sociétés a été, plus exactement, promue après la politique de transformation des établissements administratifs en sociétés. Les mutations issues des transformations entraînent inévitablement, comme en France, des conséquences sur le régime juridique applicable aux personnels concernés.

行，保证离退休人员待遇水平平稳衔接].

Section 2. La question de l'application du droit de la fonction publique au sein des entités publiques marchandes

L'expression « entité publique marchande » désigne ici les entreprises et organismes exerçant des activités économiques à caractère marchand et dotés de la personnalité juridique, soumis au contrôle d'une personne publique par le biais de son monopole ou de sa participation majoritaire au capital. Par rapport à la notion d'entreprise publique, la notion d'entité publique marchande est davantage centrée sur le caractère marchand des activités de l'entreprise. Ainsi, en France, une entité publique marchande peut être une société publique (nationale ou locale) ou un EPIC susceptible d'être transformé en société commerciale ; en Chine, sont concernées les sociétés publiques et les USP en cours de transformation en sociétés. Les personnels de ces entités publiques marchandes sont par principe soumis au régime du droit privé, sauf quelques exceptions (les dirigeants et comptables publics et, en France, les personnels d'un EPIC n'exerçant que des missions de SPA). Or le transfert, et plus précisément la conservation des personnels publics des établissements publics privatisés, entraîne l'existence d'agents de droit public au sein des entités publiques marchandes (I), ce qui met en question l'utilisation du critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique (II).

I. L'existence d'agents publics au sein des entités publiques marchandes

Il ne s'agit pas des positions prévues par le droit de la fonction publique telles que la mise à disposition et le détachement, mais du fait qu'une entité publique marchande peut recruter des agents publics. Les raisons d'une telle situation sont diverses. Il convient de distinguer les raisons d'exception, qui sont communément constatées tant par les autorités publiques que par l'opinion publique (A), de celles qui de fait, découlent d'un changement de circonstances (B).

A. Les raisons d'exception

Deux raisons d'exception sont admises : les employés soumis à un régime exorbitant du droit commun en raison de leur fonction (1) et la qualification administrative des missions de l'établissement employeur des agents (2).

1. Les employés soumis à un régime exorbitant du droit commun en raison de leur fonction

Il s'agit d'une minorité d'agents qui sont en France des personnes chargées de la direction ou de la comptabilité si celle-ci est publique[272], et en Chine les dirigeants et les responsables de la délégation du PCC au sein de la société publique. La subordination de ces emplois aux pouvoirs publics et, par conséquent, leur situation exorbitante du droit commun s'avèrent aisées à comprendre même dans une économie libérale. Ces représentants de l'État sont envoyés par celui-ci afin de mettre en œuvre sa volonté de manière directe et efficace. Situation compréhensible, mais qui véhicule l'image d'un État interventionniste à travers ce petit groupe d'agents publics, très minoritaire certes, mais emblématique et prédominant dans la gestion des affaires quotidiennes. C'est pourquoi en Chine, dès l'an 2000, le Conseil des affaires d'État, dans son programme « d'approfondissement de la réforme du système des cadres »[273], a annoncé la perspective de supprimer les grades administratifs des dirigeants des entreprises nationales[274]. Cette politique, après une mise en place expérimentale à Shanghai par l'avis de la commission de contrôle des participations nationales de Shanghai du 4 septembre 2008 « sur l'approfondissement de la réforme des participations et des sociétés nationales de Shanghai »[275], est réaffirmée par le même « programme » pour la décennie 2010 – 2020[276].

2. La soumission des personnels au droit public par la qualification administrative de leurs missions

En France, comme il a été montré *supra* à propos du lien entre la qualification de l'établissement et la nature de ses activités, le législateur ou le pouvoir réglementaire peut décider, chacun dans son champ de compétence, d'attribuer des missions de SPA à un EPIC. Or, la nature des activités de l'établissement, qui ne correspond pas à la qualification d'EPIC, a une conséquence sur le régime juridique appliqué au personnel de l'établissement. Le Conseil d'État, dans une décision du 13 novembre 1970, *Dame Conqui*, juge que l'EPIC en question « ne poursuit aucune action

---

272 Voir section 1 – I – A – 1 : Le régime juridique français des agents des EPIC.

273 " *深化干部人事制度改革纲要* ", Sheng-hua-gan-bu-ren-shi-zhi-du-gai-ge-gang-yao, bureau général du Conseil des affaires d'État, 23 juin 2000.

274 L'article 12, alinéa 2 dudit « programme » : « Supprimer les grades administratifs des dirigeants des entreprises nationales, établir des mesures relatives au traitement des dirigeants des entreprises nationales. » [*取消国有企业和企业领导人员的行政级别，研究制定国有企业领导人员享受有关待遇的相关办法。*]

275 " *关于进一步推进上海国资国企改革发展的若干意见* ", Guan-yu-jin-yi-bu-tui-jin-shang-hai-guo-zi-guo-ai-gai-ge-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian.

276 Le programme « de l'approfondissement de la réforme du système des personnels de cadre de la décennie 2010 – 2020 », bureau général du Conseil des affaires d'État, 3 décembre 2009 [*2010 - 2020 年深化干部人事制度改革纲要*], 2010 – 2020 nian-Sheng-hua-gan-bu-ren-shi-zhi-du-gai-ge-gang-yao.

propre et se borne à réaliser les buts déterminés par l'État avec les moyens fournis par ce dernier » et qu'il « exerce, en réalité, une activité purement administrative ; que d'ailleurs le statut des agents de cet établissement, tel qu'il est fixé par le décret susvisé du 21 décembre 1961, leur applique des règles analogues à celles en vigueur pour les agents contractuels de l'État ; que lesdits agents, à l'exception de ceux d'entre eux qui ne participent pas à l'exécution même du service public […] doivent, dès lors, être regardés comme unis à cet établissement par un lien administratif et que les litiges individuels les opposant à l'établissement relèvent de la compétence de la juridiction administrative »[277]. Cette solution a été réaffirmée par une jurisprudence ultérieure[278]. Le juge ne saurait, certes, faire échec à la volonté du législateur ; cependant, il applique le droit public aux agents d'un EPIC en fonction de la nature des activités qu'assure l'établissement ou, plus précisément, des missions dont l'agent est en charge. Cette solution correspond par ailleurs à l'esprit de la jurisprudence *Berkani* qui suppose l'application du droit public aux agents affectés à un service public administratif[279], mais à condition, comme l'ajoute ultérieurement le Conseil d'État, que ce service soit assuré par une personne publique[280]. Or cette condition restrictive, sous l'impulsion du droit communautaire, a connu une application fâcheuse : le maintien de la situation de droit privé des employés travaillant pour le compte d'un service public administratif antérieurement assuré par une personne privée puis reprise par une personne publique[281]. Le législateur est intervenu, par l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 « portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique » : il impose aux administrations de proposer un contrat de droit public aux employés transférés en reprenant les clauses substantielles de leurs contrats de travail et, en cas de refus de ces derniers, de procéder à leur licenciement[282].

À cet égard, en Chine, les agents d'USP exerçant uniquement des missions à caractère administratif se trouvent dans une situation similaire. En effet, l'article 106 de la loi du 27 avril

---

277 CE., 13 novembre 1970, *Dame Conqui*, *op. cit.*.

278 CE., 4 juillet 1986, *Berger*, *op. cit.*.

279 TC., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, req. n° 03000, concl. Martin. Voir Pierre Boutelet, « Feu dame veuve Mazerand », *AJFP* juillet-août 1996, p. 8 ; « Jurisprudence Berkani : nouvelle contribution du Tribunal des conflits », *AJFP* mai-juin 1997, p. 16 ; Jean-François Lachaume, « Évolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *CJEG* 1997, p. 35 ; Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *AJDA* 1999, p. 291 ; Pierre Bentolila, « Jurisprudence Berkani : ses effets collatéraux sur la problématique du service public », *AJFP* 2000, n° 2, p. 5.

280 CE., 19 juin 1996, *Syndicat général C. G. T. des personnels des affaires culturelles, Rec*., p. 233.

281 CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, req. n° 255154 ; *AJDA* 2004, p. 2153, chron. Claire Landais et Frédéric Lénica.

282 Voir le commentaire d'Antoine Mazeaud sur cette disposition : « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », *Dr. soc*. 2006, p. 383.

2005 « sur les agents publics » dispose que « les agents des unités de service public qualifiés par la loi ou par le pouvoir réglementaire comme exerçant la fonction de gestion des affaires publiques, excepté ceux affectés aux missions de gestion ou d'entretien de l'établissement, après autorisation, sont régis par le régime analogue à la présente loi »[283]. La « fonction de gestion des affaires publiques » désignée par cet article correspond à la « fonction administrative » au sens de la politique de catégorisation des USP[284]. Les USP chargées de missions administratives se distinguent des deux autres catégories d'USP par la nature de leurs missions et les agents d'USP de cette catégorie sont, aux termes de l'article 106 de la loi « sur les agents publics », soumis à un régime analogue à celui des agents publics.

Il résulte de cette comparaison franco-chinoise que la soumission des agents d'USP à un régime analogue à celui des agents publics administratifs, par la qualification administrative des activités des USP, est bien plus systématique que celle qui découle de la constatation par le juge français des activités de nature administrative des EPIC. Néanmoins, en Chine, la catégorie des USP de fonction administrative est, selon la politique de la réforme des USP, une catégorie vouée à disparaître comme l'autre catégorie d'USP dite industrielle et commerciale[285]. À ce titre, il serait aisé de comprendre la raison de la soumission des agents de cette catégorie d'USP à un régime analogue à celui des agents publics : lors de la dissolution d'une USP de fonction administrative ou de sa transformation en établissement administratif, ses agents seront facilement intégrés dans les corps de la fonction publique.

Hormis ces raisons d'exception qui sont tout de même marquées par un certain systématisme, les employés des entités publiques marchandes peuvent être soumis à un régime

---

283 "*法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员，经批准参照本法进行管理*".

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

285 Dans ce sens, voir tous les textes relatifs à la réforme des USP précités, notamment l'avis du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État du 23 mars 2011 « promouvant la catégorisation des unités de service public » (*op. cit.*). S'agissant de la doctrine, voir notamment FAN Hengshan, *Réformes des unités de service public : expériences étrangères et recherche en Chine*, Beijing, Économie et Finance de Chine, 2004 [*范恒山，*事业单位改革：国际经验与中国探索，*北京，中国财政经济出版社*] ; LI Wenzhao et DONG Keyong, « La réforme des unités de service public en Chine : conception et suggestions », *Presses universitaires de l'Université Renmin de Chine*, 2010, n° 5, p. 134 – 142 [*李文钊、董克用，中国事业单位改革: 理念与政策建议*，中国人民大学学报] ; WU Zhilun, « La méthode de la catégorisation triptyque des unités de service public et le suggestions pour cette réforme », *CPA Administration et gestion en Chine – CPA commentaires*, 2003, n° 2 (n° 212), p. 12 – 13 [*吴知论，事业单位三分法及改革对策*，CPA 中国行政管理 CPA 评论] ; ZHUANG Xuying, « Étude sur le choix des modèles de la réforme des unités de service public », *Sciences sociales*, 2007, n° 4, p. 32 – 38 [*庄序莹，事业单位体制改革模式选择研究*，社会科学].

exorbitant du droit commun par l'intervention ponctuelle des pouvoirs publics à la suite de la transformation d'un établissement public à caractère administratif en entité publique marchande.

B. Les raisons liées au changement de circonstances : l'exemple des télécommunications

Il s'agit plus précisément de la conservation des personnels publics après la transformation d'un établissement public à caractère administratif en établissement public à caractère marchand ou/puis en société commerciale. Cette question a déjà été abordée lors de l'étude sur la question du transfert des personnels d'un établissement public à caractère administratif à une entité publique marchande[286]. Il convient ici de l'illustrer par un exemple particulier qui a attiré l'attention en France (1) comme en Chine (2) : le domaine des télécommunications .

1. Les agents publics de France Télécom

Comme le remarque Fabrice Melleray, « France Télécom offre, d'un point de vue organique comme d'un point de vue matériel, une illustration aussi significative que spectaculaire des évolutions du droit public économique et de l'actuel recul de l'État en tant qu'opérateur économique »[287]. En vue de l'ouverture d'une situation monopolistique à la concurrence, la loi du 2 juillet 1990[288] sépare les services de la poste et des télécommunications en créant deux EPIC : La Poste et France Télécom. Les personnels de France Télécom, de service d'une administration centrale à exploitant de SPA d'abord, puis EPIC et enfin société anonyme, ont conservé leur qualité d'agent public. Une telle situation n'est pas sans précédent, car avant la réforme du domaine des télécommunications, les personnels de la SEITA, de la Caisse nationale de Crédit agricole, du GIAT, de la CNP, et de l'Imprimerie nationale s'étaient déjà trouvés dans une situation similaire. Mais, cette fois-ci, il ne s'agissait pas d'un simple maintien du *statu quo* pour les agents recrutés avant la transformation, car jusqu'en 2002 France Télécom pouvait continuer à recruter des fonctionnaires pour assurer ses missions de service public. C'est pourquoi, avec l'avis du Conseil d'État du 18 novembre 1993[289], certains auteurs ont pu imaginer l'hypothèse d'un corps de fonctionnaires d'État directement placé auprès d'une entité publique marchande et supposer que « la situation de fonctionnaires des agents de la nouvelle société n'était pas envisagée de façon

286 Voir section 1 – I – B – 1 – a : La conservation de la qualité d'agent public du personnel d'un établissement public à caractère administratif après sa transformation en établissement public à caractère marchand.

287 Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2079.

288 Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 « relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ».

289 Conseil d'État, ass., avis n° 355255, 18 novembre 1993.

transitoire »[290]. Ainsi coexisteraient, au sein d'une société anonyme, des agents de droit public et des salariés de droit privé.

Toutefois, cette situation de coexistence d'agents publics et de salariés de droit privé ne devait être que transitoire. En effet, bien que la transition soit longue — le dernier fonctionnaire doit quitter l'entreprise en 2036 —, depuis le 1er janvier 2002 France Télécom ne peut plus recruter de fonctionnaires. Afin de limiter de l'existence d'agents publics, l'article 29-3 de la loi du 2 juillet 1990 prévoit que les fonctionnaires de France Télécom peuvent intégrer les trois fonctions publiques (d'État, territoriale et hospitalière) jusqu'au 31 décembre 2009. Dans le même sens, un décret est intervenu pour aménager les modalités de détachement des fonctionnaires de France Télécom dans la fonction publique de l'État[291]. En outre, la possibilité de renoncer au statut de fonctionnaire en acceptant un contrat de travail est offerte à tous les fonctionnaires de France Télécom. Enfin au niveau jurisprudentiel, le Conseil constitutionnel, déniant l'existence d'un principe constitutionnel[292] qui aurait constitué le socle du lien entre les corps de fonctionnaires et les missions de service public au sens de l'avis du 18 novembre 1993 du Conseil d'État, rend peu probable l'hypothèse selon laquelle une société anonyme pourrait recruter durablement des agents publics sur le seul fondement de ses missions de service public[293].

Une telle situation transitoire a également eu lieu en Chine lors de la réforme du service des télécommunications.

---

290 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 293.

291 Décret n° 2003-1038 du 30 octobre 2003 « relatif aux modalités particulières de détachement des fonctionnaires de France Télécom dans les corps de fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics ».

292 Décision du Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, Commentaire sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012281QPCccc_281qpc.pdf ; *AJFP* 2013, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », p. 5, commentaire Stéphane Buffa, obs. Christophe Geslot ; *AJDA* 2013, p. 584, note Agnès Roblot-Troizier.

293 Voir partie II – titre II – chapitre II – section 2 – I : La remise en cause de la corrélation entre l'exercice des missions de service public et le fonctionnaire en France. S'agissant de la doctrine, voir Lucien Rapp, « La privatisation de France Télécom : de "l'exemple français" à "l'exemple culturelle" », *CJEG* 1994, n° spéc., p. 358 ; Laurent Richer, « Le statut des agents de France Télécom », *AJDA* 1994, p. 465 ; Charles Foriter, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.* ; Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2078 ; Gérard Quiot, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 813 ; Stéphane Buffa, commentaire sur QPC du 12 octobre 2012 n° 2012-281, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP* 2013, p. 5.

2. Les agents publics de *China Telecom*

L'attribution de la personnalité morale d'entreprise, le 27 avril 1995, à l'office exécutif du ministère des postes et télécommunications (supprimé en 1998) pourrait s'analyser comme l'acte fondateur de la création de la société *China Telecom*. Le nom officiel pour cette personne morale d'entreprise était « Direction générale des postes et télécommunications de Chine »[294]. Toutefois, il s'agissait davantage d'un établissement administratif doté de la personnalité morale d'entreprise (de droit privé) que d'une entreprise jouissant de prérogatives de puissance publique. L'acquisition de la personnalité morale d'entreprise n'avait logiquement pas de conséquence sur le statut du personnel de l'établissement car ses agents exerçaient toujours des missions de régulation et de contrôle du service des télécommunications, missions à caractère administratif. Personne ne doutait que cette situation allait basculer tandis que le sort des quelque 300 000 agents posait une question sérieuse s'agissant de la transformation de l'établissement en société anonyme. Notre recherche est freinée par l'opacité de l'administration chinoise de l'époque car aucun texte ne dévoile les procédés de l'opération de transfert du personnel. Nous devons nous contenter d'une analyse empirique découlant de l'observation des faits.

Il convient donc de suivre les étapes de la création de *China Telecom* après l'acquisition de la personnalité morale d'entreprise par la Direction générale des postes et télécommunications. Quelques mois avant sa transformation en société anonyme à responsabilité limitée, *China Telecom* se voit ôter des services la téléphonie mobile au profit de la société *China Mobile*, dont la création est autorisée par le Conseil des affaires d'État le 7 décembre 1999[295] et effective le 20 avril 2000. Cette scission a eu pour conséquence de séparer environ un tiers des effectifs de l'ancienne Direction générale des postes et télécommunications, lesquels sont comme leurs collègues visés par le programme « de la création de la société *China Telecom* » et le « statut de la société *China Telecom* », proposés par le ministère de l'information et des industries informatiques et par la commission de l'économie et du commerce. Vu l'avis général du 2 janvier 1999 du Bureau général du Conseil des affaires d'État « sur les procédés de la séparation des entreprises non financières des établissements administratifs et le programme de sa mise en place »[296], le Conseil des affaires d'État

---

294 " *中国邮电电信总局* ", Zhong-guo-you-dian-dian-xin-zong-ju.

295 Conseil des affaires d'État, le 7 décembre 1999, notification n° 1999 – 143, réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Mobile* » [*国务院关于组建中国移动通信集团公司有关问题的批复*].

296 " *中央党政机关非金融类企业脱钩的总体处理意见和具体实施方案* ", Zhong-yang-dang-zheng-ji-guan-fei-jin-rong-lei-qi-ye-tuo-gou-de-zong-ti-chu-li-yi-jian-he-ju-ti-shi-shi-fang-an.

a validé, par une notification du 13 janvier 2000[297], ces deux textes ministériels. Le 17 mai 2000, la création de la société *China Telecom* s'accompagne de deux événements : la séparation des services des postes des services des télécommunications, d'une part ; et celle entre les fonctions de régulation et de contrôle du service de télécommunications et les missions de prestation de service, d'autre part. La Direction générale des postes et télécommunications est supprimée ; les fonctions de régulation et de contrôle des postes et des télécommunications sont redistribuées au sein du gouvernement entre les ministères ; et *China Telecom*, société anonyme à responsabilité limitée, se borne à fournir la prestation du service des télécommunications, en particulier le service de téléphonie fixe.

Or, dans le même temps, *China Telecom* et *China Mobile* ont hérité de la quasi-totalité du personnel de la Direction générale des postes et télécommunications, même si une partie non négligeable d'agents ont été mutés dans les différents offices des ministères notamment pour y assurer les missions de régulation et de contrôle des services des postes et des télécommunications. Le reste du personnel, sauf les agents de la direction, c'est-à-dire les agents d'opération ou d'exécution, se trouvent face à un changement de statut : agents publics de l'État, ils deviennent salariés de droit privé, car aucun texte ne permet de conserver le statut public des employés de la société *China Telecom*. Si la situation publique du personnel de la haute direction est compréhensible dans la mesure où elle permet à l'État de contrôler la société de manière plus efficace, la coexistence d'agents publics et de salariés de droit privé pour les mêmes missions n'est pas envisageable pour les réformistes au pouvoir. Cette situation ambivalente et complexe, pour les initiateurs de la réforme qui sont largement influencés par la théorie de la nouvelle gestion publique, aurait constitué un inconvénient majeur pour le fonctionnement de la nouvelle société et aurait exposé la réforme à l'échec.

Le même souci a été appréhendé en France lors de la réforme des télécommunications en 1996. Jacques Chevalier a souligné avec justesse que « l'existence d'une masse de fonctionnaires, soumis à un statut dérogatoire au droit commun, risque d'être rapidement considérée comme un boulet, interdisant à l'opérateur de faire preuve de la flexibilité imposée par la concurrence. D'un point de vue psychologique, la dualité des statuts d'agents faisant le même métier sera sans nul doute la source de tensions internes, en brisant l'unité du corps social de l'entreprise »[298]. Cette

297 Conseil des affaires d'État, le 13 janvier 2000, notification n° 2000-6, réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Telecom* » [*国务院关于组建中国电信集团公司有关问题的批复*].

298 Jacques Chevalier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 944. Voir également Herbert Maisl, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 762.

observation, tout à fait valable dans le contexte chinois, constitue une des raisons pour lesquelles l'existence des agents publics au sein de la société *China Telecom* n'a été qu'un phénomène éphémère, disparu avant l'adoption de la loi sur les agents publics.

L'exemple du domaine des télécommunications montre que le transfert du personnel public d'un établissement public à une entité publique marchande qui reprend les activités de celui-ci pose des questions substantielles sur l'utilisation du critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique. Si dans la pratique, le critère organique est parfois remis en cause par l'existence transitoire des fonctionnaires au sein des sociétés commerciales, cette exception n'est pas suffisamment puissante pour estomper le caractère prioritaire de l'utilisation du critère organique.

II. La question de l'utilisation du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique

Le critère organique, en vue de la détermination du régime juridique applicable aux agents, se réfère à la présence ou non d'une personne morale de droit public. Mais, celle-ci n'a jamais suffi pour déclencher l'application du droit de la fonction publique. Ainsi, en France, la majorité des personnels des EPIC, personnes morales de droit public, est soumise à un régime de droit privé tandis qu'en Chine, les agents d'USP, excepté ceux des USP à caractère administratif, sont exclus de l'application du statut des agents publics[299]. Or, l'existence d'agents publics au sein d'entités publiques marchandes et notamment de sociétés commerciales montre que le droit de la fonction publique peut être appliqué au personnel d'une personne morale de droit privé. Ce phénomène, illustré par la conservation du statut des agents publics au sein des établissements publics transformés en entités publiques marchandes en France, interroge la pertinence du critère organique (A) alors que les réformes en Chine viennent renforcer son maintien ou, plus exactement, établir la concordance entre la nature organique et celle du régime du personnel (B).

A. La question de la pertinence du critère organique en France

S'agissant de la question de l'application du régime juridique, public ou privé, et de celle de la répartition des compétences juridictionnelles, l'intérêt du critère organique relève de l'évidence. Toutefois ce critère, pour simple et opérationnel qu'il soit, n'a jamais suffi pour l'application du droit public et s'éclipse parfois au profit du critère de la nature du service. Ainsi Léon Duguit désigne le fonctionnaire comme « l'agent qui participe d'une façon permanente et normale au fonctionnement

299 Article 106 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

d'un service public »[300]. Découle de cette notion de « collaboration permanente à un service public »[301] le critère de la participation directe à un service public administratif, dégagé par le commissaire du gouvernement Chardeau à l'occasion des affaires *Affortit* et *Vingtain* pour déterminer la qualité d'agent public. Bien que la jurisprudence *Berkani* ait opéré une simplification en abandonnant la « participation directe à l'exécution du service », le caractère administratif du service public reste toujours l'élément fondamental du critère de détermination. Or, comme le souligne Jean-François Lachaume, « l'expression service public administratif n'est plus, depuis l'arrêt *Caisse primaire Aide et protection*[302], synonyme de service public géré par une personne publique »[303]. Il se pouvait donc que le Tribunal des conflits sous-entende que « les personnels non statutaires sont des agents de droit public sans que leur employeur soit nécessairement une personne publique, dès lors qu'ils sont affectés à un service public administratif »[304]. Autrement dit, les employés d'une personne privée gestionnaire d'un service public administratif seraient soumis au droit public, seraient des agents publics.

À cet égard, le Conseil d'État a cependant eu l'occasion de remédier à l'oubli du juge des conflits en précisant que les rapports entre une personne morale de droit privé chargée de l'exécution d'un service public et les agents qu'elle recrute pour son compte « ne peuvent être que des rapports de droit privé »[305]. La nature de la personne gestionnaire du service public, élément organique, est donc clairement prise en compte.

C'est aussi bien le cas s'agissant de la situation inversée où, comme l'a montré l'exemple de la réforme des télécommunications, la situation de droit public des agents transférés d'un établissement public à caractère administratif à une entité publique marchande est maintenue. En effet, selon le Conseil d'État, il existe une continuité entre l'administration d'État et l'exploitant public, puis entre l'établissement public et la société publique. Cette « continuité formelle », écrit Charles Fortier, « suffit à permettre le recrutement de fonctionnaires de l'État, par une autorité

---

300 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 2ème éd., 1921, p. 6.

301 Expression citée par le commissaire du gouvernement Chardeau dans ses conclusions sur les affaires *Affortit* et *Vingtain*, *Rec*. p. 342 – 347.

302 CE., 13 mai 1938, *Rec*., p. 417

303 Jean-François Lachaume, « Évolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *op. cit*., p. 43. Passage cité par Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit*., p. 296.

304 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit*., p. 296.

305 CE., 19 juin 1996, *Syndicat général C. G. T. des personnels des affaires culturelles, Rec*., p. 233.

subordonnée », en l'occurrence le président de France Télécom nommé par décret en Conseil des ministres[306]. La qualité de personne publique n'est certes pas nécessaire pour l'application du droit public au personnel d'une entité publique marchande ; mais cette « continuité formelle » signifie bien la présence de l'État dans la gestion du personnel concerné.

En dépit de la remise en cause du lien entre la qualité d'agent public et une personne publique, le critère organique est donc tout de même recherché et constitue toujours un des critères prioritaires pour la détermination du droit applicable aux agents du service public. Cette recherche est davantage illustrée par les mesures de privatisation des établissements administratifs et USP en Chine.

B. La recherche du critère organique dans les réformes de privatisation en Chine

La recherche du critère organique par les réformes de privatisation se manifeste, d'une part, par la volonté d'éviter la conservation du statut d'agents publics du personnel transféré (1) et d'autre part, par la transformation des USP à caractère administratif en établissements administratifs (2).

1. La volonté d'éviter l'existence d'agents publics au sein d'une société commerciale

L'un des objectifs de la politique de privatisation en Chine est d'établir une concordance entre la nature organique des entités de l'État (établissements administratifs, USP et sociétés nationales) et les activités qu'elles assurent : dès lors, le rôle de l'État est redéfini et clarifié. Les établissements administratifs et USP chargés des missions de nature marchande doivent être transformés en sociétés commerciales, tandis que certaines USP chargées de missions de nature purement administrative doivent être requalifiées d'établissements administratifs.

Comme il a été montré dans la section précédente, lors du transfert du personnel d'un établissement administratif ou d'une USP à une société commerciale, les autorités chinoises s'efforcent d'éviter la conservation du statut d'agent public pour le personnel transféré. Le régime de pension est conservé pour les agents mis à la retraite avant et, pour ceux qui ont accepté la retraite anticipée, lors de la transformation. En revanche, la plupart des agents en activité, hormis les dirigeants et les principaux responsables de la délégation du PCC, sont soit mutés dans d'autres établissements, soit mis en disponibilité et gérés par les offices du ministère des ressources

306 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 294. *S. H.*, voir Laurent Richer, « Le statut des agents de France Télécom », *AJDA* 1994, p. 465.

humaines et de la sécurité sociale en attente d'une éventuelle conclusion de contrat de travail, soit, enfin, licenciés après leur refus du contrat proposé ou pour raison économique. Somme toute, la conservation des agents publics ou d'USP au sein d'une société commerciale ne peut être qu'une situation éphémère et ponctuelle. Tout est fait pour que l'application du droit de la fonction publique, du régime des personnel des USP et du droit du travail respectent l'identité organique des établissements administratifs, USP et sociétés commerciales.

Si la transformation des établissements administratifs en sociétés n'est pas anodine, la réforme de la catégorisation, puis de la requalification des USP est au cœur de la politique de la réforme générale de l'État et constitue une action publique d'ampleur[307]. Or, la réforme de la catégorisation des USP consiste aussi, en une partie certes limitée, à transformer les USP à caractère administratif en établissements administratifs. Cette opération, n'étant évidemment pas une mesure de privatisation, n'en conforte pas moins le maintien du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique.

2. Le renforcement du critère organique par la transformation des USP à caractère administratif en établissements administratifs

Avant la réforme, les agents d'USP, bien que soumis à de nombreux statuts particuliers, étaient tout de même réunis dans une même catégorie d'employés d'État régis par un régime analogue à celui des fonctionnaires. La loi sur les agents publics de 2005, donnant un statut législatif aux agents publics, exclut explicitement les agents d'USP de son champ d'application[308]. Dès lors, seuls les agents des USP assignées à la « fonction de gestion des affaires publiques »[309] sont régis par des règles analogues à celles du statut des agents publics, exceptés ceux affectés aux missions d'entretien ou de gestion quotidienne de l'établissement. À cet égard, la catégorisation des USP, définissant les natures des USP en fonction de celles des activités dont elles sont chargées, consiste à transformer les USP à caractère administratif (caractère correspondant au sens ressortant

---

307 La politique consiste à transformer les USP à caractère administratif en établissements administratifs et les USP à caractère marchand en sociétés commerciales. Or, les deux courants de transformation sont disproportionnés l'un par rapport à l'autre. Ainsi, les USP en voie d'être transformées en sociétés commerciales sont notamment celles dont le financement est entièrement indépendant de l'État (voir chapitre I – section 1 – II – B – 1 : Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes). Environ 20 % des quelque 1300 000 USP entrent dans cette catégorie (voir FAN Hengshan, *Réformes des unités de service public : expériences étrangères et recherche en Chine*, *op. cit.*, p. 16). L'étendue des USP à caractère administratif reste indéterminée à cause du caractère purement fonctionnel du critère de détermination.

308 Il convient de préciser que l'article 106 de ladite loi ne prévoit, au moins formellement, qu'un régime analogue à celui des agents publics pour les agents des USP à caractère administratif, mais non pas l'application directe du statut des agents publics.

309 " *管理公共事务的职能* ", article 106 de la loi sur les agents publics de 2005, *op. cit.*.

de l'expression « fonction de gestion des affaires publiques ») en établissements administratifs. Une fois la transformation effectuée, il suffirait de soumettre directement et, cette fois, officiellement, les agents de l'ancienne USP au statut prévu par la loi « sur les agents public ». Ainsi, la transformation d'une USP à caractère administratif en établissement administratif aurait pour effet de rétablir le lien entre la nature des activités de l'établissement (qui conditionne celle des missions de ses agents) et son statut juridique d'une part, et la concordance entre ce statut juridique de l'établissement et le régime juridique de son personnel d'autre part.

Conclusion du chapitre II

Le régime juridique des personnels des services publics est tributaire de la nature de l'établissement auquel ces personnels sont affectés d'une part, et de la nature de la fonction qu'assure cet établissement d'autre part. La privatisation des services publics, passant par la transformation des établissements publics à caractère administratif en entités publiques marchandes, suppose logiquement le changement de régime juridique du personnel de l'établissement transformé, du droit public au droit privé. Même si parfois le statut public du personnel transféré peut être provisoirement conservé, la tendance à diminuer la gestion publique est patente. Il est vrai qu'au travers d'une telle situation exceptionnelle, le critère organique est susceptible d'être mis en cause quant à l'application du droit de la fonction publique. Toutefois, un tel malaise circonstanciel ne suffit pas à annihiler l'importance de ce critère dans la détermination du régime juridique des personnels de l'État. La concordance entre régime juridique du personnel et nature du service reste très imparfaite malgré les incidences de la privatisation.

Conclusion du titre I

Les mesures de privatisation en France et en Chine, modifiant l'organisation institutionnelle des services publics, exercent des impacts signifiants sur l'application du droit de la fonction publique. À travers notre démonstration et par une observation empirique de la réalité, il est aisé de constater un processus de « dépublicisation » des personnels des établissements, comme conséquence des politiques de privatisation des services publics déclenchées dans les deux pays à partir des années 1990.

Dans ce courant général, les méthodes française et chinoise relatives au transfert du personnel d'un établissement public à une entité publique publique marchande divergent quelque peu. La raison de cette divergence repose sur la différence entre les approches française et chinoise de la notion d'entité publique marchande. Plus précisément, les personnels des EPIC français et ceux des USP chinoises sont soumis à des régimes juridiques de nature différente malgré l'identité similaire de ces deux sortes d'établissements publics tant au niveau organique que concernant la nature de leurs activités. Le personnel d'un EPIC, personne publique et gestionnaire d'un service public industriel et commercial, est soumis au droit du travail tandis que le personnel d'une USP, personne morale d'USP et chargée de missions d'intérêt public, est régi par des règles de nature quasi-publique. C'est pourquoi en France la plupart des problèmes se posent, quant au choix du régime juridique du personnel, lors de la transformation d'un EPA en EPIC ; alors qu'en Chine, les personnels des USP, comme les USP elles-mêmes, constituent une catégorie à part entière qui se distingue tant des agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005, que des salariés régis par le droit du travail. Certes, la politique de catégorisation des USP, consistant à répartir leurs personnels en fonction de la nature de leurs activités, aboutira d'une part à intégrer les agents des USP de fonction administrative à la fonction publique, et d'autre part à soumettre les agents des USP de nature marchande au droit du travail. Mais il reste tout de même un noyau dur composé des personnels des USP d'intérêt public. Leur situation juridique reste intermédiaire entre le public et le privé.

Ces services et leurs personnels se trouvent sur les frontières entre deux sphères théoriquement distinctes si l'on oppose l'intérêt général à l'intérêt particulier et le régime exorbitant au régime du droit commun, mais confondues en réalité dans la mesure où la privatisation, tout comme la nationalisation, peut ajuster ces frontières — parfois les déplacer de façon significative — en fonction des besoins réels et circonstanciels. Or, la privatisation n'est pas la seule manifestation du recul de l'administration publique dans la gestion des services publics. Les

pouvoirs publics peuvent faire intervenir des opérateurs privés pour assurer la gestion de certains services sans changer leur nature publique. Il s'agit d'une gestion indirecte de ces services publics par le biais de leur externalisation.

Titre II. Le développement de la gestion indirecte des services publics par l'administration

Le terme « externalisation », importé des sciences économiques et de gestion, désigne, sans faire la distinction entre le public et le privé, l'opération par laquelle une organisation confie « une activité à un prestataire extérieur après l'avoir réalisée en interne »[310]. Sont surtout étudiées par ces disciplines les nécessités, les mises en place concrètes et les résultats de l'externalisation. Il s'agit, contrairement à la privatisation qui déplace les frontières entre le secteur public et le secteur privé, d'une méthode de management et de gestion[311].

L'externalisation des activités de l'administration en Chine est une pratique importée des pays anglo-saxons. S'agissant de sa définition, tous les auteurs font référence au concept d' « *outsourcing* ». À cet égard, bien que l'administration française ait pratiqué l'externalisation sous diverses formes depuis longtemps[312], beaucoup d'auteurs rattachent également la notion d'externalisation des services publics à ce concept anglo-saxon. Ainsi, Jean-David Dreyfus définit l'externalisation comme « l'opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge »[313]. François Lichère y ajoute « l'absence du lien de subordination » entre la personne publique et le prestataire, et précise que l'activité que la personne publique confie à l'opérateur externe devrait être considérée comme « ne relevant pas de son cœur de métier »[314].

Cette définition ne précise pas la nature, publique ou privée, de l'opérateur externe. En effet, au sens général du terme « externalisation », un opérateur externe peut être une personne publique (un établissement public à caractère administratif par exemple). Or, un acte d'externalisation entre deux personnes publiques ne remet aucunement en cause la gestion publique des services publics. Il s'agit d'une optimisation et d'un partage des ressources entre personnes publiques. On parle

---

310 Jérôme Barthélémy, *Stratégies d'externalisation*, Dunod, 3ème éd., 2007, p. 11 – 12.

311 Le phénomène d'externalisation a toujours existé avant même l'apparition d'État moderne. C'est le cas notamment de la délégation de certaines charges de la gestion publique. En France, il s'agit plus précisément de la délégation de service public qui existe déjà au Moyen Âge. Sur ce point, voir notamment Xavier Bezançon, « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », *in* actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 « La gestion déléguée du service public », *RFDA* 1997, n° 3, p. 15. En Chine, sous le régime impérial, l'administration confie aux personnes privées les charges d'exécution des travaux publics, de surveillance de la sécurité publique et de l'organisation des corvées communales.

312 Il convient de citer le texte législatif consacré à la matière des travaux publics, loi du 28 pluviôse an VII.

313 Jean-David Dreyfus, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *RFDA*, n° 3, mai-juin 2009, p. 1529. Voir aussi cette définition cher le même auteur, « L'externalisation, élément de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214.

314 François Lichère, « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers du droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, p. 66. Dans le texte original, le terme « cœur de métier » est libellé en anglais « *core business* ».

davantage de « mutualisation »[315] qui peut s'analyser comme une sorte de co-administration[316]. d'autant qu'une telle opération n'est pas soumise aux règles de la concurrence lorsque l'opérateur externe est un membre de l'administration publique (un établissement public à caractère administratif par exemple).

Certes, le droit français distingue la simple coopération entre les membres de l'administration publique du cas où une personne publique se comporte comme une entreprise privée entrant dans le marché des prestations de service[317]. Cette différenciation est aussi valable en Chine compte tenu de l'existence des USP à caractère marchand. Mais étant donné le contrôle de l'État sur les établissements publics à caractère marchand[318], ceux-ci ne se détachent pas de l'organisation de l'État. Ce lien organique permet de considérer ces établissements comme une sorte de démembrement fonctionnel de l'administration publique.

Toutes ces raisons incitent, dans le cadre de la réforme de l'État et de ses administrations, à retenir une définition étroite de la notion d'externalisation des services publics. Elle se définit comme l'opération par laquelle un membre de l'administration publique, titulaire du pouvoir adjudicateur, confie une partie de ses activités à un prestataire de droit privé en vue de la réalisation d'un service public non marchand.

La redéfinition du champ des missions de l'État et son recentrage sur ces missions sont censés permettre d'améliorer leur réalisation. L'analyse des résultats de ces opérations relève évidemment d'une étude extra-juridique, cependant l'application de la clarification des missions et la procédure de la délégation de gestion entrent dans le domaine du droit. Il s'agit de savoir quelles compétences l'administration peut confier aux opérateurs externes, notamment privés ; quelle est la procédure à appliquer compte tenu des natures différentes (privée ou publique) des opérateurs ; et par conséquent, quels sont les régimes juridiques auxquels sont soumis ces opérateurs eu égard au particularisme des missions d'intérêt général qui leur sont confiées.

Ces questions se posent surtout lorsqu'une collectivité publique ou un établissement public à caractère administratif confient certaines de leurs missions à une personne privée. Ainsi, l'exécution de l'ensemble des missions de cette collectivité ou de cet établissement est partagée par son

315 Jean-David Dreyfus, « Mutualisation des services et mise en concurrence, autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché », *AJDA* 2007, p. 1865.

316 Mutualisation, proche de la notion de mise à disposition et de celle de co-administration est définie par Maurice Hauriou comme « une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes publiques, exerçant des compétences concurrentes, déterminent les objectifs ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement d'un service commun ou coordonnent l'activité des services qu'elles gèrent » (cité par Jean-David Dreyfus, *op. cit.*, p. 1870)

317 Voir Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 414 – 415.

318 Voir Titre I – chapitre I – section 1 – I – B – 1 : L'absence de capital permettant un contrôle économique de l'État.

personnel de droit public d'un côté, et par des personnels extérieurs de droit privé de l'autre. Cette situation a existé en France selon une approche distinguant les agents d'autorité des agents de gestion, laquelle a été relayée par la théorie de la participation directe à l'exécution des missions de service public[319]. La jurisprudence *Berkani* a réuni les contentieux au profit de la juridiction administrative sans pour autant effacer la distinction de fait entre les tâches d'autorité et celles de gestion. L'un des objets de l'externalisation est en effet d'identifier les tâches de gestion — lesquelles étaient censées être assurées par des agents de gestion — pour les confier à des personnes privées et, par conséquent, à des salariés de droit privé.

La situation nouvelle n'est certes pas identique à la précédente car à travers l'externalisation des tâches de gestion, la concordance du critère organique et du critère fonctionnel devrait être renforcée : les agents publics exécutent des missions « dignes » de leur qualification. Cependant, cette concordance n'est après tout qu'un souhait dont la réalisation reste aléatoire dans la mesure où la clarification des missions est tributaire de changements idéologiques et circonstanciels. Ces missions assurées par des personnels externes de droit privé demeurent nécessaires au fonctionnement normal de l'établissement et à l'accomplissement même de ses tâches de nature purement administrative. L'association de personnels privés aux établissements publics à caractère administratif pose inéluctablement de nouveaux problèmes de gestion.

S'agissant de l'ensemble de ces questions, la comparaison entre le droit français et le droit chinois peut être fructueuse dans la mesure où celui-ci tend à puiser des renseignements conceptuels dans celui-là dans un contexte mondial de libéralisation. À ce titre, il convient de comparer les pratiques françaises et chinoises de l'externalisation des services publics (chapitre I) avant d'exposer les conséquences d'une telle opération sur le fonctionnement de la fonction publique des deux pays (chapitre II).

- *Chapitre I. Les pratiques françaises et chinoises d'externalisation des services publics*

- *Chapitre II. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique*

319 Voir les conclusions du commissaire du gouvernement Chardeau sur CE., 4 juin 1954, *Affortit* et *Vingtain*, *op. cit.* ; TC., 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, *Rec.*, p. 792.

Chapitre I. Les pratiques françaises et chinoises d'externalisation des services publics

Étant donnée l'absence de définition textuelle ou jurisprudentielle de l'externalisation, la doctrine française s'avère fluctuante à ce sujet[320]. Comme le souligne Philippe Yolka, la notion d'externalisation risque d'être interprétée de façon trop large ou trop restrictive : soit « il y aurait externalisation dès que l'administration fait appel à un prestataire extérieur pour satisfaire un besoin quelconque » ; soit la rigueur de la classification exclut l'achat public et la délégation, ou plus précisément, la concession du service public du domaine de l'externalisation en n'y laissant, en fin de compte, que très peu de matière[321].

Cette problématique du périmètre de la notion d'externalisation se pose de la même manière au sein de la doctrine chinoise pour laquelle la sous-traitance[322], l'achat public, la convention de délégation entre personnes publiques et la délégation d'un service entier constituent les principaux objets du débat. Il est parfois difficile de trancher, sachant que selon les différents points de vue disciplinaires ou idéologiques, voire philosophiques, ce domaine peut être plus ou moins étendu.

Nous avons retenu une définition étroite de la notion d'externalisation des services publics. Cela étant, elle englobe plusieurs types d'actions publiques telles que l'achat public, les travaux publics, la délégation de certaines compétences administratives et les contrats de partenariat public-privé. La plupart de ces actions, pour ne pas dire la totalité, se réalisent par le biais du contrat qui est considéré dès lors comme « un puissant levier de modernisation de l'État », « un instrument incontournable des politiques sociales » et « un outil essentiel de régulation dans une économie de

---

320 Voir notamment Jean-David Dreyfus, « L'externalisation, élément de droit public », *op. cit.*, p. 1214 ; Paul Lignières et Laurent Babin, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.* 2002, n° 5, p. 37 ; Florian Linditch, « La puissance publique à l'épreuve de l'externalisation », *in La puissance publique*, Travaux de l'AFDA., LexisNexis, 2012, p. 77 ; François Lichère, « Externalisation et personnes publiques », *op. cit.*, p. 66 ; Fabrice Melleray, « Contrats de partenariat et externalisation », *Revue du Trésor* 2007, p. 246 ; Gilles J. Guglielmi, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *op. cit.*, p. 175 ; Guillaume Chanson, « L'externalisation, les raisons d'une stratégie gestionnaire », *in* actes du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats » organisé par l'Institut d'études administratives, sous l'égide de l'équipe de droit public de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, le 23 septembre 2011, *JCP A* 2012, 2130, p. 20.

321 Philippe Yolka, « Sur l'externalisation en matière administrative », *in* actes du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats », *op. cit.*, p. 14.

322 Concernant la distinction entre l'externalisation et la sous-traitance, elle peut être fondée sur la volonté de partenariat et sur la réversibilité de la délégation. La sous-traitance consisterait à déléguer des tâches que l'administration est en mesure de reprendre à tout moment ; l'externalisation, quant à elle, passerait par la dévolution de fonctions complètes, la réversibilité éventuelle du processus serait plus complexe. Le Guide de l'externalisation précise que « l'externalisation va bien au-delà de la simple sous-traitance, car cette notion implique une volonté de partenariat et de "gagnant-gagnant" dans la démarche poursuivie » (AN., Guide de l'externalisation, Rapport, AN. n° 3595, 12 février 2002, p. 11). Cependant, il s'agit plus d'une nuance de degré dans la complexité de l'opération que d'une distinction de nature juridique. Une telle distinction produit en effet peu de sens sur le plan juridique, étant donnée la similitude de leurs modalités de procédure et de leurs effets juridiques. Les auteurs chinois ne reconnaissent d'ailleurs pas cette distinction.

marché »[323]. Or, étant donné l'objet d'intérêt général et les moyens exorbitants de réalisation de ces contrats, ils suivent souvent des règles autres que celles reconnues par le droit commun. C'est là que la doctrine chinoise, tout en se référant au concept anglais de « *contrating-out* », rejoint la notion française de contrat administratif pour une théorisation des contrats d'externalisation des services publics.

L'essor de l'externalisation des services publics est donc accompagné d'une contractualisation croissante dans les secteurs publics des deux pays ayant vécu un temps de dirigisme planificateur. Le nouveau mode de fonctionnement de l'administration nécessite une restructuration de ses missions. Dans ce chapitre, nous abordons dans un premier temps l'externalisation des services publics par voie contractuelle (section 1), puis la question des limites à l'externalisation des services de l'administration (section 2).

323 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008, p. 8.

Section 1. L'externalisation des services publics par voie contractuelle

Laurent Richer observe trois périodes d'extension de l'utilisation du contrat dans le domaine public sous la Vème République : la phase de l'économie contractuelle (1960-1982), la phase de l'administration territoriale (1982-1992) et la phase du tout contractuel (1992-2002)[324]. Cette dernière, se poursuivant jusqu'aujourd'hui, coïncide avec l'essor du recours au contrat dans le domaine public en Chine notamment à partir des lois du 15 mars 1999 « sur les contrats »[325], du 30 août 1999 « sur les appels d'offres »[326] et du 29 juin 2002 « sur la commande publique »[327]. Pendant cette période, la doctrine chinoise tend à créer une catégorie de contrats administratifs sous le prisme de la notion française de contrat administratif (I), laquelle fournit les principales modalités d'externalisation des services publics (II).

I. La recherche de la notion de contrat administratif en Chine sous le prisme de la notion française de contrat administratif

Si la notion française de contrat administratif est née d'une construction jurisprudentielle, et occupe dès lors une place considérable dans le droit administratif, le droit positif chinois ne reconnaît pas officiellement le contrat administratif, malgré une attention particulière portée par la doctrine à cette notion depuis les années 1990. Le débat doctrinal s'est ainsi engagé sur les questions de l'existence du contrat administratif, de sa définition, de sa nature juridique, de son identification et du régime qui lui est applicable. Parmi les nombreuses contributions doctrinales[328], deux ouvrages ont été spécifiquement consacrés au contrat administratif[329]. Quelle que soit la divergence entre ces théories, elles prônent unanimement la reconnaissance officielle du contrat administratif par le droit positif et considèrent que la notion de contrat administratif est dorénavant indispensable pour la poursuite de la réforme générale de l'État.

---

324 Laurent Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973.

325 " *合同法* ", He-tong-fa.

326 Préc..

327 Préc..

328 Voir notamment YING Songnian, *Traité de droit administratif*, Presses Fangzheng de Chine, 1998, p. 344 et s. [*应松年，行政法学新论，中国方正出版社*] ; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université de Beijing, 1999, p. 251 et s. [*姜明安*，行政法与行政诉讼法，*北京大学出版社*] ; LUO Haocai, *Droit administratif*, Presse de l'Université de Beijing, 2001, p. 180 et s. [*罗豪才*，行政法学，*北京大学出版社*] ; YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2003, p. 177 et s., [*叶必丰*，行政法与行政诉讼法，*中国人民大学出版社*] et WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, Presses de l'Université de Beijing, 2004, p. 291 et s. [*王克稳*，经济行政法基本论，*北京大学出版社*].

329 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, Presses de l'Université de sciences politique et juridique de Chine, 1994 [*张树义*，行政合同，*中国政法大学出版社*] ; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2000 [*余凌云*，行政契约论，*中国人民大学出版社*].

Les théoriciens chinois du contrat administratif se sont largement inspirés des droits étrangers tels que le droit allemand, le droit américain, le droit japonais et, en particulier, le droit français. En effet, l'introduction de la notion de contrat administratif par l'ouvrage prométhéen de WANG Mingyang en 1989 a fourni nombre d'éléments constitutifs de cette notion et, avant tout, la dénomination de contrat administratif[330]. La notion française de contrat administratif constitue désormais un élément incontournable dans presque tous les ouvrages abordant le contrat administratif[331]. Elle exerce, ce faisant, une influence majeure sur la doctrine chinoise tant concernant la question de l'existence des contrats administratifs (A) que pour leur identification (B).

A. La question de l'existence des contrats administratifs

Depuis les études successives de Gaston Jèze[332], de Georges Péquignot[333] et d'André de Laubadère[334], la spécificité du contrat administratif se voit clairement affirmée en droit français. Les contrats administratifs sont des contrats, mais marqués par un particularisme dû à leur but d'intérêt général et au fonctionnement particulier de l'administration publique. Considérés comme un moyen d'assouplissement des interventions publiques, ils sont aussi des actes de l'administration par lesquels celle-ci réalise ses missions. Or, comme le constate le Conseil d'État dans son étude de 2008 sur le contrat, non seulement la distinction des décisions administratives unilatérales et des conventions conclues par l'administration n'est pas toujours facile à opérer[335], mais encore la conclusion et l'application de certaines conventions sont subordonnées à l'intervention d'une décision unilatérale[336].

Entre le contrat au sens du droit commun et l'acte administratif caractérisé par l'unilatéralité, la nature du contrat administratif constitue une question primordiale pour les juristes chinois. Tout en admettant que les contrats administratifs sont des contrats[337], les auteurs chinois, comme la

---

330 " *行政合同* ", Xing-zheng-he-tong.

331 Hormis les ouvrages précités, il convient de citer l'ouvrage de YANG Jiejun, spécifiquement consacré au contrat administratif en droit français, réalisé à la suite de son séjour d'études en France, intitulé « Les contrats administratifs français », *Presses de l'Université Fudan*, 2009 [*杨解军*，法国行政合同，*复旦大学出版社*].

332 Gaston Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Giard, 1927 – 1934 ; *Théorie générale des contrats de l'administration,* Giard*,* 1934 – 1936.

333 Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, thèse Montpellier, 1945.

334 André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ., 1956 ; rééd. avec la collaboration de Franck Moderne et Pierre Delvolvé sous le titre *Traité des contrats administratifs*, LGDJ., 1983.

335 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit.*, p. 154 – 159.

336 *Ibid.*, p. 160 – 162.

337 Voir YANG Xiaojun, « La nature juridique et les caractéristiques du contrat administratif », *Recherche du droit administratif*, 1998, n° 2, p. 16 [*杨小君*，*论行政合同的特征与法律性质*，行政法学研究] ; LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *Science juridique*, 1999, n° 5, p. 70 [*刘萃*，*试论行政合同的存在意义*，法律科学] ; LI Weihua, « La nature du contrat administratif », *Presse universitaire de*

doctrine française[338], opèrent une distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun de l'administration (1). Dans le même temps, la distinction entre les contrats administratifs et les actes unilatéraux s'avère quelque peu ambiguë compte tenu d'une certaine similitude entre ces deux catégories d'actes de l'administration (2).

1. La distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun

En Chine, bien que la notion de contrat administratif fasse l'objet de débats doctrinaux depuis vingt ans, aucun texte juridique ne mentionne le terme « contrat administratif ». Lors de l'élaboration du projet de la loi « sur le contrat » en 1997, certains experts du droit administratif ont suggéré la création d'un chapitre ou, au moins, d'un article relatif au contrat administratif[339]. Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue par la commission de rédaction du projet de loi. Qu'est-ce que le contrat administratif, sinon un contrat tout court ? Existe-t-il des contrats administratifs en droit chinois ? Dans l'affirmative, quels contrats sont administratifs ? Ces trois questions formulées par LIANG Huixing, alors membre de ladite commission, n'ont pas pu obtenir de réponses satisfaisantes. De surcroît, même si le contrat administratif pouvait exister, il devait logiquement être encadré par les règles du droit administratif, alors que la loi « sur le contrat » s'intéresse plutôt aux contrats du droit civil[340]. Cela suppose une distinction entre les contrats du droit commun — même s'ils sont conclus par l'administration — et les contrats dits administratifs[341].

Cette étape intellectuelle s'avère nécessaire, comme en droit français, pour la naissance du contrat administratif. En France, hormis les quelques interventions législatives, notamment en matière de marchés de travaux publics, qui attribuent à la juridiction administrative le contentieux, le contrat administratif est surtout né d'une évolution jurisprudentielle accompagnée de

l'Université de Shandong (section des sciences humaines et sociales), 2001, n° 5, n° série 178, p. 106 [*李卫华，行政合同的性质*，山东师大学报（人文社会科学版）] et LIU Guang, « Du caractère contractuel des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut des cadres de la gestion agricole de Shandong*, 2002, vol. 18, n° 3, p. 67 [*刘光，论行政合同的合同性*，山东省农业管理干部学院学报]. Voir également YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 30.

338 Voir notamment André de Laubadère *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1956, p. 23 – 24 et sv..

339 Voir notamment YING Songnian, « Le non négligeable contrat administratif », *Legal Daily*, 9 juin 1997, p. 1 [*应松年，行政合同不可忽视*，法制日报].

340 LIANG Huixing, « Débat lors de la réunion des experts sur le projet de loi "sur le contrat" », *Frontiers of Law in China*, 1998, n° 2, p. 55 [*梁慧星，讨论合同法草案征求意见稿专家会上的争论*，中国法学前沿]. Ce débat doctrinal se caractérise par un paradoxe ironique : les théoriciens zélés du contrat administratif sont prêts à sacrifier la nature administrative du « contrat administratif » pour que celui-ci soit officiellement reconnu par la loi, tandis que les défenseurs de la nature privée du contrat, en excluant le contrat administratif du domaine des contrats du droit commun, ont sauvegardé le particularisme des contrats administratifs qui relève du droit public.

341 Selon ZHANG Li, il y a tout de même une distinction, bien que subtile, entre les « contrats publics assimilés aux contrats civils » et les « contrats civils ordinaires ». Voir ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », *in Droit comparé des contrats publics*, sous la dir. de Rozen Noguellou. et Ulrich Stelkens, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 495.

commentaires doctrinaux. La distinction faite par le commissaire du gouvernement David entre « l'État puissance publique » et « l'État personne civile »[342] fournit la base de la distinction entre « la gestion publique » et « la gestion privée » établie par le commissaire du gouvernement Romieu à l'occasion de l'affaire *Terrier*[343]. La jurisprudence ultérieure a suivi cette solution pour opérer la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit commun de l'administration soit au regard de la « nature même » du contrat (l'existence des clauses exorbitantes)[344], soit en fonction de l'objet du contrat (« l'exécution même du service public »)[345]. C'est par ce développement à la fois jurisprudentiel et doctrinal, plutôt que par les qualifications législatives ponctuelles, que la notion de contrat administratif s'est progressivement construite en France. André de Laubadère affirme en 1956, dans son *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, que « la distinction fondamentale des contrats administratifs proprement dits et des contrats de droit commun (ou de droit privé) conclus par l'administration » est un acquis depuis longtemps[346].

Bien que le contrat civil et le contrat administratif s'inscrivent dans un droit général des contrats[347], le contrat administratif est soumis à un régime particulier en raison de son but d'intérêt général et des moyens exorbitants issus de prérogatives de puissance publique dans l'exécution du contrat. De ce particularisme lié à l'objectif du contrat administratif découlent certains pouvoirs spécifiques de l'administration qui remettent en cause le principe d'égalité des parties : un pouvoir de modification unilatérale ou de résiliation unilatérale du contrat[348], un pouvoir d'exiger l'exécution

342 Concl.. David, TC., 8 février 1873, *Blanco*, *op. cit.*.

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

344 CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec.*, p. 909 ; *D.* 1916, 3, p. 35, concl. Blum.

345 CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167 ; *AJDA* 1956, p. 272, concl. Long.

346 André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 8. La distinction n'a pas toujours été en France. Avant l'abandon de la théorie de la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, elle n'existait pas, car tous les contrats conclus par des personnes publiques étaient regardés comme des actes de gestion, et donc soumis au régime du droit commun (Aucoc, *Conférence de droit administratif*, 1885, 1, 488 ; Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Berger-Levrault, 1887-1888). La jurisprudence *Blanco* marque l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion.

347 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, op. cit.*, p. 96.

348 Ce pouvoir de modification et de résiliation du contrat est un principe général du droit administratif, qui s'applique même dans le silence du contrat. Pour la résiliation unilatérale : CE., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*. *Rec.,* p. 246 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; C. const., 18 janvier 1985, décision n° 84-185 DC, *Rec.*, p. 36. Pour la modification unilatérale : CE., 10 janvier 1902, *compagnie nouvelle* du *gaz de Déville-Lès-Rouen,* req. n° 94624 ; 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Rec.*, p. 216 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33. La possibilité de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat existe aussi en droit privé du contrat, tels que les contrats de travail (avec le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement les clauses non substantielles) ou les contrats de bail (avec l'acte de délivrer congé afin de mettre fin au bail. C. cass. civ. 3ème, 12 juillet 1988, *Bull. civ., III*, n° 126). À ce titre, le contrat administratif apparaît comme ne différant pas fondamentalement du contrat civil. Il n'est d'ailleurs pas impossible, selon le Conseil d'État, dans son rapport du le contrat en 2008, « d'assister dans un futur proche à une convergence entre les deux contrats » (Conseil d'État *Rapport public 2008 : Le mode d'action publique et de production de normes, op. cit.,* p. 106 – 107). Mais cette possibilité est surtout justifiée par l'objectif ultime du contrat administratif en vue d'assurer au mieux l'intérêt général et la bonne exécution du service public.

du contrat en dépit d'événements extérieurs modifiant l'équilibre contractuel et un pouvoir de contrôle et de surveillance qui s'impose au cocontractant[349] et qui ouvre, le cas échéant, un pouvoir de sanction administrative sur le cocontractant[350].

Ces prérogatives de l'administration dans le contrat administratif sont aussi bien constatés par la doctrine chinoise[351]. Il en est ainsi, par exemple, en matière de cession ou de transfert de la propriété de l'État. S'agissant du pouvoir de contrôle de l'administration, l'article 6 du règlement provisoire du 19 mai 1990 « sur la cession et le transfert de l'usufruit de la terre urbaine de l'État »[352] dispose que « les cessions, transferts, locations, hypothèques et la cessation de l'usufruit de la terre sont soumis au contrôle de l'office chargé de la gestion des terres »[353]. Aux termes de l'article 17 de ce même texte, si le cocontractant ne respecte pas les délais ou les principes d'exploitation, ledit office intervient et, le cas échéant, prononce des sanctions[354]. Son article 42 prévoit la possibilité de résilier unilatéralement le contrat de cession ou de bail en vue de la satisfaction des « besoins de l'intérêt public »[355]. La résiliation anticipée d'intérêt public est possible sans qu'il soit besoin de suivre les procédures prévues pour sa passation, bien qu'elle soit subordonnée, comme en droit français[356], à l'obligation d'indemniser le cocontractant.

Selon Gaston Jèze, « le contrat administratif suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité : l'un représente l'intérêt général, le service public ; l'autre l'intérêt privé du contractant »[357]. Conclus dans un objectif d'intérêt général, les contrats administratifs sont censés assurer le bon fonctionnement du service public et permettre la mise en

349 Agnès Roblot-Troizier, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990.

350 CE., 31 mai 1907, *Deplanque c/ Ville de Nouzon*, *Rec*., p. 513.

351 Voir notamment YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 32 – 181. Voir également YANG Yang, « Contrat administratif : un nouveau mode d'action administrative », *Gestion administrative en Chine : administration et droit*, 2005, n° 5, n° série 239, p. 22 – 25 [*杨阳，行政合同：一种新型行政技术*，中国行政管理：行政与法制] et MA Di, « Les prérogatives administratives dans le contrat administratif et leur encadrement juridique », *Droit et société*, 2008, n° 1, vol. 2, p. 191 [*马迪，论行政合同中的行政优益权及其法律控制*，法制与社会].

352 " *城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例* ", Cheng-zhen-tu-di-shi-yong-quan-chu-rang-he-zhuan-rang-zan-xing-tiao-li.

353 " *县级以上人民政府土地管理部门依法对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止进行监督检查* ".

354 Les sanctions peuvent aller jusqu'à la privation du droit de l'exploitation sans contrepartie.

355 L'article 42 dudit règlement provisoire dispose que « selon les besoins de l'intérêt public et de la Société, l'État peut légalement récupérer la terre avant l'échéance prévue par le contrat, il doit, par conséquent, dédommager le cocontractant en fonction de l'état réel de son exploitation » [*根据社会公共利益的需要,国家可以依照法律程序提前收回,并根据土地使用者已使用的年度和开发利用土地的实际情况给予相应的补偿*].

356 CE., 2 mai 1958, *Distillerie Magnac Laval*, *Rec*. p. 246 ; 24 novembre 1972, *Société ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, *Rec*., p. 753 ; 2 février 1987, *Société TV6 et autres*, *Rec*. p. 29.

357 Gaston Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit*., vol. 1, p. 8.

œuvre de l'action administrative. Sur ce point, ils s'apparentent à des actes administratifs unilatéraux lesquels constituent le moyen classique de réalisation de l'intérêt général.

2. Le contrat administratif et l'acte administratif unilatéral

Si la distinction du contrat et de l'acte unilatéral est valable en droit administratif (a), l'application de cette distinction entre contrat administratif et acte administratif unilatéral n'est pas dépourvue de difficultés (b).

a. La distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral

En parallèle à la question de la nature véritablement contractuelle du contrat administratif, celle de la distinction entre contrat administratif et acte unilatéral de l'administration a également occupé l'attention de la doctrine chinoise[358]. Si la majorité des auteurs chinois s'accordent sur cette distinction, il s'agit d'une distinction théorique, introduite par le biais du droit comparé ou, plus précisément, grâce à la traduction d'ouvrages juridiques étrangers. Le terme « acte administratif unilatéral »[359] est paru tout d'abord dans l'œuvre pionnière de WANG Mingyang[360], puis dans les traductions successives d'ouvrages français de droit administratif[361].

Selon la doctrine française, la distinction entre contrat administratif et acte administratif unilatéral s'inscrit dans une distinction plus large : celle du contrat et de l'acte unilatéral. À ce titre, René Chapus suggère, outre la considération du nombre des auteurs de l'acte[362], d'adopter un critère matériel, c'est-à-dire un critère fondé sur le « contenu de l'acte ». Ainsi, lorsque l'acte est « destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édiction, c'est-à-dire qui sont des tiers par rapport à lui », il est un acte unilatéral ; lorsque l'acte est « destiné à régir les relations réciproques de ses auteurs », il est un contrat[363]. Cette position tend à résumer les divers propos

---

358 Une présentation sommaire des différentes approches doctrinales a été faite par HUANG Xuejian et ZHOU Chunhua, « De la nature juridique des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut supérieur des officiers policiers de Xinjiang*, 2008, vol. 28, n° 1, p. 35 – 38 [*黄学贤、周春华，评述行政合同的法律属性，*新疆警官高等专科学校学报].

359 " *单方行政行为* ".

360 Wang Ming-yang, *Droit administratif français*, *op. cit.*, p. 107 – 108.

361 Voir notamment Gustave Peiser, *Droit administratif général*, 19ème éd., trad. par LIAO Kunming et ZHOU Jie, éd. École administrative nationale, 2002, p. 56 – 81 [*廖坤明、周洁，法国行政法，国家行政学院出版社*] ; Jean Waline, *Droit administratif*, trad. par LU Ren, Commercial Press, 2008, p. 446 et s., [*鲁仁，商务印书馆*].

362 Lorsqu'il n'y a qu'un seul auteur, l'acte est évidemment unilatéral. Cependant, le fait que l'acte est issu de deux ou plusieurs auteurs n'implique pas nécessairement le caractère contractuel tel le cas des arrêtés interministériels. En ce qui concerne le critère quantitatif de la classification entre actes unilatéraux et actes plurilatéraux, la doctrine l'a retenu depuis longtemps. Sur ce point, voir les définitions de Léon Duguit, Louis Rolland, André de Laubadère et de Marcel Waline, citées par Charles Eisenmann dans son *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ., 1983, p. 389 – 391.

363 René Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Monchrestien, 15ème éd., 2001, p. 492.

doctrinaux sur cette distinction. Ainsi, Marcel Waline définit l'acte unilatéral comme celui qui « crée des obligations à quelqu'un qui, lui, n'avait pas concouru à l'acte »[364]. Dans le même sens, Pierre Delvolvé ajoute que « l'acte unilatéral peut avoir des conséquences sur son auteur lui-même » et que « c'est plus encore l'adoption de l'acte de par la seule volonté d'une autorité administrative qui caractérise son caractère administratif »[365]. Charles Eisenmann, dans son *Cours de droit administratif*, condamne résolument la classification par critère quantitatif et propose les définitions des actes plurilatéraux et des actes unilatéraux de façon suivante : « les actes plurilatéraux (bilatéraux ou multilatéraux) sont : les actes créant des normes qui régissent les rapports mutuels de leurs auteurs, c'est-à-dire statuant des obligations-droits des uns envers les autres ; en d'autres termes, les actes créant des normes ayant pour sujet leurs créateurs mêmes. Les actes unilatéraux sont : ou bien des actes d'un seul individu, ou bien les actes de deux ou plusieurs individus qui ne créent pas des normes destinées à régir leurs rapports »[366].

Ainsi, ce qui permet de distinguer l'acte unilatéral et le contrat est un critère combiné de la manière d'élaborer l'acte d'une part, et de l'effet de son application d'autre part. Lorsque l'acte est élaboré ou réputé être validé par une seule « volonté » sans consentement de ses destinataires, il est un acte unilatéral. En revanche, lorsque l'acte est le résultat du consentement de deux « volontés » ou deux « camps », deux « côtés » (selon les expressions utilisées par les auteurs) et établit des droits et obligations réciproques pour tous deux, il est un contrat.

La distinction du contrat et de l'acte unilatéral étant ainsi théoriquement établie, il reste que son application n'est pas toujours simple.

b. Les difficultés relatives à la distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral

La distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral, comme le constate Christophe Guettier dans son « Droit des contrats administratifs », n'a pas toujours « la force de l'évidence »[367].

1° Une première difficulté apparaît dans le cas où le contrat administratif est accompagné d'actes unilatéraux. Ainsi, hormis les actes détachables du contrat qui sont très tôt considérés

364 Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd., Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 384. Il en serait de même, selon la logique de l'auteur, s'agissant des droits créés par l'acte.

365 Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 16. L'auteur souligne également « l'absence de consentement des destinataires de l'acte ». Sur ce point, voir également *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, CUJAS, 1975, Georges Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », p. 205 ; Pierre Ferrari, « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », p. 215.

366 Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 394.

367 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF., 3ème éd., 2011, p. 64 – 74.

susceptibles de recours pour excès de pouvoir (procédure normalement réservée aux actes unilatéraux)[368], dans beaucoup de contrats administratifs figurent souvent des clauses que Léon Duguit qualifie de « réglementaires »[369], notamment dans les contrats de concession de service public. Une théorie de l'acte mixte a été adoptée par nombre d'auteurs[370] en dépit de l'absence de reconnaissance d'une telle catégorie d'acte administratif par le droit positif. Cette théorie est accueillie par la majorité des auteurs chinois qui voient dans le contrat administratif un concours de clauses réglementaires et de clauses contractuelles[371].

Il en découle logiquement une distinction entre ces deux catégories de clauses quant à l'application des règles du droit commun ou du droit public. Cette distinction est fondée sur celle entre les clauses liées à l'intérêt public et les clauses qui ne regardent que les intérêts du cocontractant. Autrement dit, comme le résume André de Laubadère, « ont une nature réglementaire toutes les clauses qui concernent l'organisation ou le fonctionnement du service public ; ont une nature contractuelle les clauses qui […], d'une part n'intéressent en rien le public, d'autre part ne touchent même pas aux règles et conditions de fonctionnement du service »[372]. Cette distinction est significative en droit français dans la mesure où depuis 1906 il est possible d'invoquer devant le juge administratif les clauses réglementaires de certains contrats[373], tels les contrats de concession, et depuis 1996 de les contester par un recours pour excès de pouvoir en vue de leur annulation[374].

Or en Chine, où le recours pour excès de pouvoir n'existe pas, une telle distinction formelle ne ferait que compliquer inutilement la procédure. Il s'agit de savoir si un contrat administratif, quelle que soit l'importance des clauses réglementaires qu'il contient, doit être soumis aux règles du

---

368 CE., 4 août 1905, *Martin*, req. n° 14220.

369 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 1927 – 1930, t. I, p. 420 et sv..

370 Voir notamment Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, *idem* ; Henry Berthélemy, *Traité élémentaires de droit administratif*, Rousseau, 1930, p. 711 et s. ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème éd., rééd. par Dalloz, 2002, p. 1015 ; Gaston Jèze, notes de jurisprudence, *RDP.*, 1907, p. 680 ; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, LGDJ., 1943, p. 715 ; Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 10ème éd., 1951, n° 149 ; Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 392 ; Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ., 1971, p. 151 et sv..

371 Voir notamment LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 70 ; LI Weihua, « La nature du contrat administratif », *op. cit.*, p. 108 ; ZHU Xinli, « Les caractéristiques fondamentales du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université de Zhejiang (section de sciences humaines et sociales)*, 2002, vol. 33, n° 2, p. 23 [*朱新力，行政合同的基本特性*，浙江大学学报（人文社会科学版）] ; YANG Yang, « Contrat administratif : un nouveau mode d'action administrative », *op. cit.*, p. 24.

372 André de Laubadère …, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 107.

373 CE., 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec.*, p. 962

374 CE., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, req. n° 138536 ; *AJDA* 1996, p. 732, chron. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot.

droit civil ou à celles du droit administratif[375]. Malgré la tendance doctrinale à soumettre les contrats administratifs au droit administratif[376], le droit positif ne reconnaît pas une telle situation. Les contrats qualifiés de nature administrative par les juristes universitaires sont considérés comme des contrats purs et simples par les tribunaux. En l'absence de textes juridiques définissant le contrat administratif, les juges de la République Populaire appliquent un principe similaire à la théorie de la nature intégralement contractuelle du contrat administratif qui dominait à la fin du XIXème et au début du XXème siècle en France[377]. Compte tenu de l'état du droit positif, certains auteurs ont proposé une théorie de la double nature du contrat administratif. Selon cette théorie, le contrat administratif n'est pas une combinaison d'un contrat et d'un acte administratif unilatéral, mais plutôt leur fusion. La nature du contrat administratif dépend du contexte dans lequel il est invoqué[378]. Pour mieux comprendre cette approche, il convient d'évoquer une théorie comparable, concernant notamment la concession de service public, développée au début du XXème siècle en France par Léon Blum, qui parlait du « double aspect, de la double nature de la concession »[379] et, à une certaine période, soutenue par Maurice Hauriou qui constatait la nature contractuelle lorsqu'il s'agit des « rapports de l'administration et du concessionnaire », mais réglementaire lorsqu'il s'agit de la situation « vis-à-vis des administrés »[380]. Cette théorie de la double nature, vivement repoussée par la majorité de la doctrine française[381] et même abandonnée par certains auteurs qui l'avaient initialement défendue[382], pourrait en revanche fonctionner en Chine pour que les contrats administratifs entrent dans le champ du contentieux administratif. En effet, la reconnaissance de la nature administrative de certains contrats conclus par l'administration est susceptible d'inclure ces

375 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, op. cit.,* p. 88 – 90. Sous l'influence du « Droit administratif français » de WANG Mingyang, l'auteur préconise la distinction du contrat administratif et du contrat civil.

376 WU Denglong, « Le contentieux des contrats administratifs », *Recherche de droit administratif*, 1997, n° 2, p. 25 – 29 [*吴登龙，行政合同诉讼探悉，*行政法学研究] ; SHEN Kaiju, « Les conflits relevant d'un contrat administratif doivent être soumis au contentieux administratif », *in* actes du colloque en 1997 de l'association de la science juridique de Chine, section du droit administratif, p. 1 [*沈开举，行政合同纠纷应纳入我国行政诉讼的受案范围，*中国法学会行政法学研究会 1997 年提交的论文] ; ZHANG Buhong, « Rapport sur les nouvelles questions de la recherche du droit administratif en Chine », *Chian Legal Publishing House*, octobre 1999, p. 10 [*张步洪，中国行政法学前沿问题报告，*中国法制出版社] ; SUN Lujian, « Le régime juridique du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université du Nord-ouest*, 2003, vol. 33, n° 3, p. 101 – 103 [*孙录见，论行政合同的法律地位，*西北大学学报（哲学社会科学版）].

377 Voir notamment Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème éd., Berger-Levrault et Cie, 1896, t. I, p. 605.

378 Voir notamment HUANG Xuejian et ZHOU Chunhua, « De la nature juridique des contrats administratifs », *op. cit*., p. 37.

379 Concl. Blum, CE., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, req. n° 16178.

380 Maurice Hauriou, note sous décision du Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix-de-Seguey-Tivoli*, *op. cit*., *Rec. Sirey* 1907, III, p. 33.

381 Pour les critiques de cette théorie, voir notamment Gaston Jèze, *RDP* 1907, *op. cit*., p. 681 ; André de Laubadère et…, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 104 ; Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, op. cit.,* p. 151.

382 Notamment par Maurice Hauriou qui semble finalement avoir opté pour la thèse de l'acte mixte (*cf. cit*.).

contrats dans le champ défini par l'article 11 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif ».

2° Une autre difficulté liée à la distinction du contrat administratif et de l'acte unilatéral survient lorsque la conclusion d'un contrat ne fait que déclencher l'application d'un acte unilatéral, tels les contrats d'adhésion[383]. Les contrats d'adhésion sont marqués par l'absence de discussion libre quant à l'élaboration du contenu du contrat et par le fait que le choix de l'adhérent se limite à l'acceptation ou au refus du contrat. Étant donnée cette prépondérance de l'administration dans le choix des termes du contrat, la nature contractuelle des contrats d'adhésion est susceptible d'être mise en question[384]. Cependant, les contrats d'adhésion existent aussi en droit privé, et ils sont bien admis comme des contrats authentiques[385]. L'absence de discussion dans les contrats d'adhésion en droit privé est en fin de compte due à la volonté d'une des parties qui refuse les négociations, alors qu'en droit administratif, elle est justifiée par l'intérêt général en tant que but ultime de la volonté administrative. La particularité des contrats d'adhésion administratifs, ou plutôt des contrats administratifs tout court car tout contrat administratif pourrait être regardé comme une sorte de contrat d'adhésion, réside dans la prépondérance et surtout la supériorité de l'administration à l'égard du cocontractant. Mais un contrat inégalitaire n'est pas pour autant un acte unilatéral lequel exclut l'obligation de consentement du destinataire. En d'autres termes, l'administration ne peut pas imposer un contrat administratif. Avant les effets unilatéraux, il y a bien une rencontre des volontés qui fait naître un contrat[386]. Il semble que cette idée a bien emporté la conviction de la majorité des théoriciens chinois du contrat administratif.

L'existence des contrats administratifs tient à ce qu'ils se distinguent des contrats de droit commun et des actes unilatéraux, tout en cumulant leurs caractéristiques. Selon les partisans de la théorie chinoise du contrat administratif, la reconnaissance de ce caractère mixte constitue la base théorique des contrats administratifs, malgré leur absence en droit positif. Il n'est d'ailleurs pas exact d'assimiler l'absence du terme « contrat administratif » dans les textes juridiques à l'inexistence d'une catégorie de contrats administratifs en droit. La notion française de contrat administratif est,

---

383 Pour une analyse du problème des contrats d'adhésion, voir André de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 67 – 71.

384 Voir notamment Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 371 ; Maurice Hauriou, note sous décision du Conseil d'État, 23 mai 1906, *Dame Chauvin*, *S.* 1908, III, p. 17.

385 Voir pourtant une critique soulevée par Raymond Saleilles dans « De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand », cité par André de Laubadère dans « Traité des contrats administratifs », *op. cit.*, p. 68.

386 CE., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, req. n° 79402 et 79495, *AJDA* 1972, p. 245, concl. Guillaume : « Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements ». Voir aussi Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 145 – 164.

quant à elle, presque née en même temps que le droit administratif français moderne sans que le terme « contrat administratif » soit employé par les textes. Certes, le développement de la notion française de contrat administratif est surtout dû à une construction jurisprudentielle, ce que les juges chinois ne sauraient réaliser, mais force est de constater que nombre de contrats conclus par l'administration ne sont pas régis par la seule loi du 15 mars 1999 « sur les contrats »[387], mais par des normes spécifiques, telle la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique »[388]. Les contrats administratifs sont, comme en France, identifiables.

B. L'identification des contrats administratifs

La présentation des critères jurisprudentiels de la notion française de contrat administratif par l'ouvrage classique de WANG Mingyang a largement influencé les théoriciens chinois quant à la définition du contrat administratif (1). Nombre de contrats conclus par l'administration chinoise sont dès lors susceptibles d'être considérés comme contrats administratifs (2).

1. Les critères de définition du contrat administratif

Ces critères sont cumulativement d'ordre organique (a) et matériel (b).

a. Le critère organique

En France, il est communément conçu que tous les contrats conclus par l'administration ne sont pas administratifs. En revanche, pour qu'il y ait contrat administratif, la présence d'une personne publique est requise[389]. Les contrats conclus entre les personnes privées sont en principe exclus du champ des contrats administratifs[390] sous réserve de l'exception par détermination législative. Ce principe n'a pas été remis en cause bien que quelques exceptions jurisprudentielles soient admises à travers la théorie du mandat administratif[391].

---

387 Préc..

388 Préc..

389 TC., 21 mars 1983, *UAP*, *Rec*., p. 537, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; *D*. 1984, p. 33, note Jean-Bernard Auby et Hubert-Gérald Hubrecht ; *Rev. adm.*, 1983, p. 368, note Bernard Pacteau.

390 TC., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Solon et Barrault*, *Rec*., p. 944 ; *RDP* 1973, p. 473, concl. Braibant : « La règle selon laquelle les contrats passée par les personnes privées, même chargées d'une mission de service public, sont des contrats privés, est l'une des plus solides de notre système de répartition des compétences ».

391 Quelques cas rares où le contrat conclu entre personnes privées peut être qualifié d'administratif : les marchés relatifs à la construction des routes nationales (TC., 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, *Rec*., p. 603), certains contrats d'occupation du domaine public (TC., 10 juillet 1956, *Société des Steeple-chases de France*, *Rec*., p. 587), lorsqu'une personne privée titulaire d'un contrat d'aménagement et agissant pour le compte d'une personne publique (TC., 7 juillet 1975, *Commune d'Agde*, *Rec*., p. 798), les contrats recueillis et poursuivis par une société issue de la transformation d'un établissement public et les contrats passés par une personne privée chargée d'une mission de service public (avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État, 18 mai 2004, EDCE., 2005, p. 185) ou les contrats conclus par une personne privée transparente (CE., 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, req. n° 281796, *AJDA*, 2007, p. 915, note Jean-David Dreyfus).

Le critère organique paraît aux yeux des auteurs chinois comme la condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat administratif. Ainsi, les uns s'attachent à la présence d'un sujet administratif[392], tandis que les autres proposent de restreindre le champ aux seuls établissements administratifs[393] compte tenu des ambiguïtés relative à la définition du sujet administratif. En effet, les établissements administratifs ne sont pas les seules personnes morales susceptibles d'être qualifiées de sujets administratifs : certains organismes peuvent être qualifiés de sujets administratifs par la loi et la situation des USP demeure incertaine.

Si la doctrine chinoise fait preuve d'un attachement unanime au critère organique, c'est-à-dire à la présence d'une personne publique parmi les parties au contrat administratif, les opinions divergent lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques. Certains auteurs estiment que dans ce cas, la prépondérance administrative disparaît, car il s'agit d'un rapport interne de l'administration, plus précisément d'une collaboration entre les diverses entités administratives[394]. En France, on parle de mutualisation. La mutualisation est proche de la notion de mise à disposition et de co-administration que Jean-David Dreyfus, s'appuyant sur l'idée de Maurice Hauriou, définit comme « une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes publiques, exerçant des compétences concurrentes, déterminent les objectifs ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement d'un service commun ou coordonnent l'activité des services qu'elles gèrent »[395]. Or, toute les opérations entre personnes publiques ne sont pas mutualisation. La notion française de contrat administratif désigne des contrats entre personnes publiques et personnes privées, mais aussi certains contrats entre personnes publiques. Cette approche française, soutenue en Chine par ZHANG Shuyi dans son ouvrage fondateur sur le contrat administratif[396], est acceptée par la majorité des auteurs chinois. Toutefois une troisième opinion, minoritaire, tout en admettant qu'un contrat administratif peut être conclu entre personnes publiques, persiste à distinguer les contrats entre personnes publiques et personnes privées des contrats entre personnes publiques. Elle propose de considérer les seuls contrats entre personnes publiques et personnes privées comme des contrats administratifs *stricto sensu*. Pour les contrats conclus entre personnes publiques, il convient selon

---

392 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, op. cit.,*p. 87 ; LUO Haocai, *Droit administratif, op. cit*., p. 180 ; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs, op. cit.,* p. 30 ; YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit*, p.177 ; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit*., p. 251 ; WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, *op. cit*., p. 291.

393 YING Songnian, *Traité de droit administratif*, *op. cit*., p. 344.

394 LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *op. cit*., p. 70 ; WU Denglong, « Le contentieux des contrats administratifs », *op. cit*., p. 23. Voir également l'analyse de ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », *op. cit*., p. 502.

395 Jean-David Dreyfus, « Mutualisation des services et mise en concurrence », *AJDA* 2007, p. 1865.

396 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, op. cit.,* p. 44 – 46. Publié en 1994, cet ouvrage est le premier qui traite spécifiquement la notion de contrat administratif en Chine.

ces auteurs d'employer le terme « convention »[397]. Il est possible que cette opinion s'inspire de l'analyse de Léon Duguit sur la distinction entre contrat et convention[398], sachant que son « Traité de droit constitutionnel » est accessible en langue chinoise depuis 1999[399]. Cette distinction au sein des contrats administratifs aurait pour conséquence de soumettre les contrats entre personnes publiques à un régime autre que celui appliqué aux contrats entre personnes publiques et personnes privées, ce qui n'est pas fondamentalement différent de la théorie consistant à exclure les contrats entre personnes publiques du domaine des contrats administratifs. Mais *in fine*, ni le droit positif, ni la majorité de la doctrine ne fait la distinction entre « convention » et « contrat »[400].

Quoi qu'il en soit, le critère organique joue un rôle prépondérant dans la qualification du contrat administratif. Certains auteurs chinois ont même proposé de qualifier le contrat d'administratif dès lors qu'au moins une des parties est un établissement administratif[401]. À ce propos, il existe aussi, en droit français, une présomption du caractère administratif d'un contrat conclu entre deux personnes publiques[402]. Néanmoins, le critère organique n'est pas toujours

---

397 LIU Xiaowia, « Recherche sur la mise en place des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut de sciences politique et juridique de Gansu*, août 2002, n° série 63, p. 32 [*刘晓霞，我国行政合同的适用范围及相关问题探悉*，甘肃政法学院院报].

398 En langue chinoise, les termes « contrat » et « convention » sont " *合同* " (He-tong) et " *协议* " (Xie-yi).

399 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, trad. par WANG Liwen et ZHENG Ge, éd. Liaohai et Chunfengwenyi, 1999 [*王文利、郑戈，辽海出版社、春风文艺出版社*]. Pour Léon Duguit, les deux contractants d'un contrat « ont une situation et des intérêts opposés ; l'un a l'obligation d'accomplir une certaine prestation envers l'autre, lequel a le pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation. Un acte juridique n'est un contrat que s'il peut rentrer dans ce moule à contrat qu'est la stipulation ; je veux dire qu'il n'y a contrat […] que si en un mot un lien entre créancier et débiteur est voulu par les deux individus. Sinon il y a autre chose qu'un contrat : il peut y avoir une convention ; mais il n'y a pas de contrat » (*Traité de droit constitutionnel*, *op. cit*., t. I, p. 281. À ce titre, Duguit invoque au soutien de son analyse le Cours de droit civil français de Charles Aubry et Charles Rau : « Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce… il s'ensuit qu'il peut y avoir concours de volonté sans qu'il y ait contrat, qu'il n'y a pas de contrat lorsqu'il y a pluralité de déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but, et non pas pluralité de déclarations de volonté ayant des objets différents, déterminées l'une par l'autre ; qu'il n'y a pas contrat non plus, bien qu'il y ait convention, quand celle-ci a pour objet de provoquer la formation d'une situation, qui n'est pas un rapport de créancier à débiteur ». (*Idem*, p. 283),

400 La traduction stricte de l'ouvrage de YU Lingyun devrait être « Traité des conventions administratives » selon le terme choisi par l'auteur. Néanmoins, une telle traduction littérale, et sur tout compte tenu de la connotation qu'assigne la théorie de la distinction entre contrat et convention, trahirait son contenu qui aborde bien tous les contrats administratifs.

401 XU Zongli, « Actes administratifs bilatéraux – étude sur les accords-cadres, les conventions et les contrats administratifs », *in* actes du colloque inter-détroit « Contrats administratifs et transparence administrative », sous la dir. de YANG Jiejun, Presses de l'Université Dongnan, 2002, p. 63 [*许宗力，双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心，杨解君编，行政契约与政府信息公开——2001 年海峡两岸行政法学术研讨会实录，东南大学出版社*].

402 TC., 21 mars 1983, *UAP*, *op. cit*., *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle : « Un contrat entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif […] sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé ».

suffisant[403]. L'importance du critère matériel s'accroît à mesure que les interventions de l'État se réalisent par le biais du contrat.

b. Le critère matériel

En droit français, le critère matériel s'apprécie à travers l'objet, le contenu ou encore la volonté des parties du contrat. Pour ne pas répéter les détails développés par les ouvrages classiques du droit des contrats administratif[404], il convient de rappeler simplement que depuis 1912, deux critères sont utilisés par la jurisprudence, de façon alternative : le critère fonctionnel de la clause exorbitante du droit commun (α) et le critère matériel du service public (β).

α. Le critère fonctionnel de la clause exorbitante du droit commun

Étant l'un des critères fondamentaux du caractère administratif du contrat depuis la jurisprudence *Société des granits porphyroïdes des Vosges*[405], la clause exorbitante du droit commun est pourtant dépourvue de définition constante et précise. Force est de constater que la définition classique s'appuyant sur le contenu du contrat[406] s'avère de moins en moins satisfaisante. En effet, il paraît d'emblée difficile de déterminer son caractère exorbitant. Celui-ci existe par rapport au droit commun : il serait « hors de portée »[407] des particuliers. Une clause exorbitante est, selon Georges Vedel, une stipulation « illicite, impossible ou inaccoutumée »[408] du droit civil. Cette thèse est confortée, de façon négative, par un arrêt du Tribunal des conflits : « les clauses des contrats comportant des délais d'exécution et des pénalités pour retard sont de même des clauses usuelles dans les contrats entre particuliers et ne sauraient donc être regardées comme exorbitantes du droit commun »[409]. Or, les termes « illicite », « impossible », « inaccoutumé(e) » et « inusuel(le) » ne sont que des qualificatifs qui ne dispensent pas d'examiner au cas par cas les litiges en question. En

---

403 Si le contrat conclu par une personne publique « ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé », le contrat n'est pas qualifié d'administratif. C'est le cas pour l'essentiel de l'activité des services publics industriels et commerciaux qui relève du juge judiciaire (TC., 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, *Rec*., p. 831).

404 Voir notamment, André de Laubadère …, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 182 – 243 ; Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 96 – 116.

405 CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *op. cit*.. L'origine de la notion de clause exorbitante se trouve dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*, qui opère une distinction entre gestion privée et gestion publique d'une personne publique. En effet, la distinction entre l'État personne civile et l'État personne publique était déjà en germe dans les raisonnements du commissaire du gouvernement David sous l'arrêt *Blanco*.

406 CE., 20 octobre 1950, *Stein*, *Rec*., p. 505 ; TC., 15 novembre 1999, *Cne Bourisp c/ Saint-Lary-Soulan*, req. n° 03144.

407 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1983, p. 224.

408 Georges Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *in L'évolution du droit public*, Études offertes à Achille Mestre, Sirey, 1956, p. 527.

409 TC., 14 novembre 1960, *Société agricole de stockage de la région d'Ablis*, *Rec*. p. 866.

outre, le critère de la simple distinction entre les stipulations déterminées par l'administration et les pratiques et coutumes du droit commun est peu opérationnel eu égard aux évolutions du droit commun par lesquelles ce qui était exorbitant peut ne plus l'être. Ainsi la résiliation unilatérale qui déroge au principe conventionnel et qui est souvent utilisée par l'administration dans son exercice de la puissance publique, n'est pas systématiquement exorbitante. En effet, s'appuyant sur le principe de la liberté contractuelle posé par l'article 1108 du Code civil, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation reconnaissent la faculté d'insérer une clause de résiliation unilatérale en cas de manquement de l'un des cocontractants à ses obligations[410]. Ce faisant, le simple caractère unilatéral de la résiliation de l'administration ne suffit plus à la qualifier d'exorbitant : il faut chercher, chaque fois et au cas par cas, un motif précis pour invoquer l'application du droit exorbitant. Il n'est pas étonnant que Jean Lamarque ait évoqué déjà dans les années 1970, le « déclin du critère de la clause exorbitante du droit commun »[411]. Si cette prédiction était démentie par la jurisprudence, il est certain, comme le souligne Jacques Moreau, que le contrat de droit public s'approche du contrat de droit privé[412].

Il convient de souligner que le critère de la clause exorbitante n'est pas pris en considération par les auteurs chinois. Ce n'est pas parce que les clauses exorbitantes sont plus difficiles à déterminer en droit chinois qu'en droit français. En France, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation des clauses exorbitantes en fonction des circonstances du litige, ce qui n'est pas le cas en Chine où le domaine du droit exorbitant au sens de l'approche française est défini par la loi « sur le contentieux administratif ». Tout ce qui est exorbitant du droit commun échappe à la compétence des cours et tribunaux Populaires. Est-ce à dire que les contrats administratifs chinois ne comportent pas de clauses exorbitantes ? La doctrine ne s'est pas prononcée sur cette question. Pour la plupart des auteurs chinois, les clauses exorbitantes ne constituent pas une catégorie juridique qui permettrait la répartition des compétences et la détermination de la nature juridique comme en droit français. Ils ont plutôt une compréhension matérielle de la clause exorbitante. Les clauses exorbitantes peuvent exister dans un contrat administratif, parce que les besoins de la réalisation des missions de service public ou de la gestion administrative l'exigent. En d'autres termes, l'administration n'a pas besoin d'inscrire les prérogatives de puissance publique dans le contrat car l'exécution de ses missions implique par elle-même un régime exorbitant du droit commun.

---

410 TC., 15 juin 1970, *Commune de Comblanchien*, *Rec*., p. 889 ; C. cass., 24 mars 1987, *Commune de Doubs c/ Ammerich*, *D*. 1987, I.R. p. 83.

411 Jean Lamarque, « Le déclin du critère de la clause exorbitante du droit commun », *in Mélanges offertes à Marcel Waline*, *Le juge et le droit public*, t. II, 1974, p. 497.

412 Jacques Moreau, note sur le décision du 19 novembre 2010 du Conseil d'État, *Office national des forêts*, req. n° 331837, concl. rapporteur public Dacosta, *JCP A* 2011, n° 3, p. 22.

β. Le critère du service public

En France, la question de l'identification du contrat administratif est intrinsèquement liée à celle de la répartition de compétences juridictionnelles. Au début du XXème siècle, dans les débats doctrinaux français, l'École du service public rejetant résolument la théorie de la personnalité de l'État et la distinction classique entre gestion publique et gestion privée[413], tend à ériger le service public en critère unique de répartition des compétences juridictionnelles et, *a fortiori*, pour la détermination du contrat administratif. Dès lors, ce n'est pas l'exercice de la puissance publique qui démontre l'existence d'un service public, mais à l'inverse, c'est le fait que l'État poursuit des activités d'intérêt général qui justifie ses procédés exorbitants. L'idée est certes noble et présente d'ailleurs certains intérêts à l'égard de la structure du droit public : en vue de la réalisation de l'intérêt général, l'État crée et gère les services publics qui seront soumis au droit public.

Dans ce sens, dès 1873 dans l'arrêt *Blanco*, le terme « service public » a été employé comme critère de compétence administrative en matière de contentieux de responsabilité de l'État. La décision *Terrier*[414], rendue par le Conseil d'État en 1903, marque une marche décisive dans le développement de la confirmation du service public en tant que critère de compétence de la juridiction administrative, en incorporant le contentieux des collectivités locales. En 1908, dans l'affaire *Feutry*[415], le Tribunal des conflits adopte la solution que le commissaire du gouvernement Romieu a fait triompher en 1903, en étendant la compétence administrative au contentieux de la responsabilité extra-contractuelle. La décision *Thérond*[416] du Conseil d'État du 4 mars 1910 confirme l'unification qu'opèrent les arrêts *Terrier* et *Feutry* en matière de contentieux en faveur du critère service public. Enfin, par la décision *Époux Bertin*, le Conseil d'État qualifie un contrat d'administratif dès lors qu'il a pour objet de confier au cocontractant « l'exécution même du service public » et « sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun »[417].

Ainsi, une sorte de synthèse de l'objet du contrat et de ses modalités est réalisée par la jurisprudence *Bertin*[418] : un contrat est qualifié d'administratif soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes du droit commun, soit parce que le cocontractant participe directement à l'exécution

---

413 Voir notamment Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin 1913, réimp. par La Mémoire du Droit, 1999 ; *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.

414 CE., 6 février 1903, *Terrier*, *op. cit.*, concl. Romieu.

415 TC., 29 février 1908, *Feutry*, *Rec.*, p. 208, concl. Teissier.

416 CE., 4 mars 1910, *Thérond*, *Rec.*, p. 193, concl. Pichat.

417 CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec.*, p. 167 ; *AJDA* 1956, p. 272, concl. Long

418 Préc..

même du service public. Les deux critères peuvent s'accumuler ou jouer indépendamment l'un de l'autre.

Le critère matériel français marqué par cette dualité alternative est présenté en Chine à travers le droit comparé, notamment par le *Droit administratif français* de WANG Mingyang[419] et les *Droits administratifs étrangers* de JIANG Ming'an[420]. Dès lors, la doctrine s'attache à l'objet du contrat en tant que critère matériel pour la définition du contrat administratif. Ainsi, ZHANG Shuyi reprend directement le terme « service public »[421] pour désigner la finalité poursuivie par les contrats administratifs, tandis que d'autres utilisent l'expression « gestion administrative »[422] ou « fonction administrative »[423] qui pourrait se référer à la notion de clause exorbitante du droit commun.

*

Les théoriciens chinois définissent ainsi le contrat administratif comme un contrat conclu entre un établissement administratif ou un sujet administratif et d'autres personnes privées ou publiques dans le but de réaliser des missions de service public ou de mettre en place des activités selon une gestion administrative. À la lumière de cette définition, nombre de contrats conclus par l'administration entrent dans le champ des contrats administratifs.

2. L'étendue du contrat administratif selon la doctrine chinoise

Selon ZHANG Shuyi[424], l'apparition des contrats administratifs en Chine remonte à la politique de contractualisation de la gestion et de la responsabilité de la production agricole autour des années 1980[425]. Dès lors, les contrats de louage, d'exploitation ou de cession du droit d'usage ou de l'usufruit des propriétés publiques sont considérés par la doctrine comme des contrats

---

419 WANG Mingyang, *Droit administratif français*, *op. cit*., p. 145 – 148.

420 JIANG Ming'an, *Droits administratifs, étrangers*, *Law Press*, 1993, p. 3 [*姜明安主编*，外国行政法教程，*法律出版社*].

421 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, op. cit.,*p. 87 : " *公务* " (Gong-wu) en langue chinoise.

422 XU Chongde, PI Chunxie, *Mélange : Recherches du droit administratif en Chine (1949 – 1990)*, *Law Press*, 1991, p. 473 [*许崇德*、*皮纯协主编*，新中国行政法学研究综述（ 1949 一 1990），*法律出版社*] ; YING Songnian, *Traité de droit administratif*, *op. cit*., p. 344 ; LUO Haocai, *Droit administratif, op. cit*., p. 180 et 258 ; YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs, op. cit.,* p. 30 ; JIANG Ming'an, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit*., p. 251 ; WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, *op. cit*., p. 291 : " *行政管理* " (Xing-zheng-guan-li) en langue chinoise.

423 YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, *op. cit*, p.177 : " *行政职能* " (Xing-zheng-zhi-neng) en langue chinoise.

424 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, op. cit.,* p. 4.

425 " *农业生产经营承包责任制* ", Nong-ye-sheng-chan-jing-ying-cheng-bao-ze-ren-zhi. La première mise en place de cette politique date de 1978 qui marque le début de la grande Réforme économique poursuivie jusqu'alors.

administratifs par excellence. Depuis le XIIIème Congrès du PCC en 1987, l'utilisation du contrat par l'administration s'étend aux domaines socioculturel, industriel, commercial, du transport et des travaux publics[426]. Ainsi, selon MA Huaide, sont des contrats administratifs « les contrats de planification familiale, d'expropriation administrative pour cause d'utilité publique, de protection de l'environnement, de gestion de la sécurité publique, d'assistance à la recherche d'emploi » ainsi que les contrats de gestion et de contrôle des activités industrielles et commerciales[427]. YING Songnian ajoute dans ce catalogue les contrats de concession des activités industrielles ou commerciales de l'État, de la commande publique et des travaux publics[428]. Depuis la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », les contrats de recrutement d'agents publics sont aussi susceptibles d'être qualifiés d'administratifs[429]. Les contrats de marché public sont classés, selon ZHANG Li, comme « contrats publics assimilés aux contrats civils » qui se distinguent des contrats administratifs proprement dits[430]. Toutefois, comme le souligne ce même auteur, le contrat de marché public, comme beaucoup d'autres « contrats publics assimilés aux contrats civils », « demeure entouré de règles spécifiques à caractère administratif » et « constitue un contrat différent des contrats civils ordinaires »[431].

Face à ces divers contrats, certains auteurs suggèrent de distinguer ceux dont les obligations du cocontractant de l'administration sont encadrées par des textes législatifs ou réglementaires[432]. Par ailleurs, selon une approche économiste, une distinction est établie entre les contrats administratifs de nature économique et les autres. Cela étant, une troisième classification, proposée par YANG Xiejun, attire l'attention. Cet auteur, s'appropriant la classification établie par Laurent Richer selon la nature du lien constaté avec l'intérêt général, retient une classification selon la nature du lien avec la fonction administrative. Les trois catégories de contrats administratifs — « contrat d'encadrement », « contrat-moyen » et « contrat-but »[433] — sont alors adaptées au droit

426 ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif, Ibidem*.

427 MA Huaide, *Droit administratif chinois*, Presse de l'Université de sciences politiques et juridique de Chine, 1997, p. 129 [*马怀德主编*，中国行政法，*中国政法大学出版社*] : " *还有计划生育合同*、*公共征收合同*、*环境保护责任状*、*治安管理责任状*、*劳动就业责任状* ".

428 YING Songnian, *Traité de droit administratif*, *op. cit*., p. 364.

429 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 2 – II : La nature juridique du contrat de fonction publique.

430 ZHANG Li, « Les contrats publics en Chine », *op. cit*., p. 495, 500 et sv..

431 *Ibid.*, p. 501.

432 ZHU Xinli, *Théorie générale de droit administratif*, Presses de l'Université de Zhejiang, 1995, p. 213 [*朱新力*，行政法基本原理，*浙江大学出版社*].

433 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 74 – 88. Selon cet auteur, les contrats d'encadrement consistent à définir des règles générales « en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général ». Parmi les contrats d'encadrement, figurent par exemple les contrats de Plan ou les conventions de gestion de service public. Les contrats-moyens permettent à l'administration de « se procurer les moyens humains, financiers et matériels nécessaires à son bon fonctionnement ». Les contrats de recrutement d'agents publics et les contrats de marché public illustrent ce type de contrat administratif. Quant aux contrats-buts, ce sont des contrats dont la fin d'intérêt général est poursuivie « par le biais de la satisfaction donnée aux besoins du cocontractant ». Ce sont, par exemple, les contrats d'aide et les conventions d'occupation du domaine public.

chinois. Ainsi, vis-à-vis de la répartition de Laurent Richer, YANG Jiejun propose de distinguer trois catégories de contrats administratifs :

1° Les « contrats d'activités administratives » qui comprennent notamment les contrats à effet réglementaire et les contrats de délégation de certaines compétences administratives (l'évaluation de certaines demandes en vue de l'obtention d'une autorisation administrative, la gestion de la sécurité publique et de l'expropriation pour cause d'utilité publique) ;

2° Les « contrats relatifs à la gestion administrative » tels que les contrats de recrutement d'agents publics, de commande publique et de délégation de service public ;

3° Les « contrats de contentieux administratif » qui consistent à régler les conflits nés des actions de l'administration par voie consensuelle[434].

Force est de constater que malgré quelques divergences de formulation, l'idée de cette classification est proche de celle retenue par Laurent Richer : la première catégorie de contrats consiste à encadrer les activités administratives, sans les exécuter ; la deuxième s'intéresse directement à leur exécution même ; la troisième est liée à un intérêt particulier du cocontractant.

*

La doctrine chinoise adopte donc une théorie proche de celle de la notion française de contrat administratif. L'introduction de cette notion en Chine concourt à la politique de transformation du rôle de l'État et de modernisation des actions publiques. Sous l'influence de la théorie de la nouvelle gestion publique et en parallèle à la privatisation, l'État promeut une politique d'externalisation des services de ses établissements publics. Le contrat administratif constitue, à cet effet, l'outil typique de l'externalisation.

434 YANG Jiejun, « L'utilisation du contrat dans les actions administratives » *in* actes du colloque inter-détroit du droit « Contrats administratifs et transparence administrative », *op. cit.*, p. 19 : " *行政活动上的合同* ", " *行政组织法上的合同* " et " *行政争议上的合同* ".

II. Les modalités de l'externalisation des services publics

En ce qui concerne l'externalisation des services publics, le contrat administratif représente la forme principale[435], pour ne pas dire unique[436], des modalités de sa mise en œuvre. Il s'agit, selon Christophe Guettier, d'une « technique de dévolution d'une activité de l'administration »[437].

En Chine, si l'externalisation en tant que méthode de fonctionnement des services publics provient de la pratique anglo-saxonne dite « *contracting-out* », sa théorisation juridique est largement inspirée par le droit français. Nous venons de montrer à quel point la notion française de contrat administratif a influencé la construction doctrinale de cette même notion en Chine. Le rapprochement théorique entre le droit français et la doctrine chinoise permet d'utiliser le même langage juridique pour aborder les modalités de l'externalisation des services publics.

Ainsi, ces modalités peuvent se décliner en trois catégories : la délégation de service public (A), le marché public (B) et le contrat de partenariat public-privé (C).

A. La délégation de service public

Il convient d'abord de comparer les notions française et chinoise de délégation de service public (1) avant d'étudier son application (2).

1. La comparaison entre les notions française et chinoise de délégation de service public

En France, la notion de délégation de service public est consacrée par les lois d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 « relative à l'administration territoriale de la République » et n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ». La première utilise trois termes différents quant à la délégation de service public : « convention de délégation de service public », « convention de gestion déléguée » et « contrat de service public » ; la deuxième définit la délégation de service public comme « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un

435 Comme le souligne le Conseil d'État sans son étude de 2008, le contrat prend une importance particulière dans les actions de l'État en ce qu'il sert de support à « l'échange marchand » pour l'intervention économique de la puissance publique, à « organiser les services publics », à « solenniser des engagements », à « conforter des droits ou à délimiter des partages de responsabilité » et contribue à « la prévention du conflit individuel ou collectif » et à « l'organisation de la sortie du conflit » (CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, op. cit.*, p. 135 – 136).

436 L'administration peut par ailleurs externaliser par des actes unilatéraux.

437 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 244.

service public, dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »[438].

Avant la qualification législative, cette notion était apparue en jurisprudence à la fin des années 1980 et au début des années 1990 sous d'autres formulations. Ainsi, quelques années avant la législation de 1992-1993, le Tribunal des conflits avait retenu l'expression « acte juridique de dévolution de l'exécution de service public »[439], puis en 1994, le Conseil d'État mentionna « la délégation de gestion d'un service public » et précisa que le cocontractant supporte dans certaines limites « le risque financier de l'exploitation »[440]. Le juge administratif apporta ensuite une précision sur la condition légale de rémunération en refusant la qualification de délégation de service public dans le cas où la rémunération est assurée au moyen d'un prix prédéterminé au lieu d'être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation[441]. Le critère du mode de rémunération permet de distinguer la délégation de service public du marché public, bien que cette distinction devienne de plus en plus subtile.

En outre, une délégation ne signifie pas l'abandon total d'un service public, lequel serait plutôt le résultat d'une privatisation. À ce titre, le Conseil d'État a déclaré qu'une personne publique ne peut « légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences […], ni davantage exercer celles-ci sous couvert d'une structure de droit privé »[442]. Si la délégation opère un transfert de compétence de la personne publique délégante au délégataire accompagné d'une substitution de celle-là par celui-ci dans la gestion du service délégué, ni ce transfert, ni cette substitution ne doit être « global »[443].

---

438 Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » (modifiée par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001). Voir Jean-Bernard Auby et Christine Maugüé, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP éd. gén*. 1996, 3941 ; Jean-David Dreyfus, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA* 2002, p. 894.

439 TC., 6 juin 1989, *SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, *Rec*., p. 293 ; *RFDA*, 1989, p. 457, concl. Stirn.

440 CE., 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, *Rec*., p. 1033.

441 CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, *Rec*., p. 137 ; *AJDA* 1996, p. 729, chr. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot ; *RFDA* 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Philippe Terneyre. Pour un contrat qualifié par ses signataires de régie intéressée, CE., 30 juin 1999, *SMITOM*, *Rec*., p. 229 ; *AJDA*, 1999 714, concl. Bergeal ; *RFDA*, 1999, p. 1134, obs. Jean-Claude Douence. Voir aussi Jean-Claude Douence, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges Franck Moderne*, 2004, p. 501.

442 CE., 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes*, req. n° 108969.

443 Sur ce point, voir l'analyse de Guillaume Glénard, « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », *Dr. adm*. 2002, n° 2, p. 4.

Ces deux points étant précisés, il convient de relever cinq critères issus de la définition législative : la présence d'un contrat[444], celle d'une personne publique délégante, celle d'un délégataire public ou privé, la gestion d'un service public et le mode de rémunération[445].

Comme en France, la délégation de service public s'est développée en Chine notamment dans les infrastructures liées à la gestion urbaine telles que les transports en commun, la construction de bâtiments d'utilité publique, la collecte et le traitement des déchets, la gestion des parcs de stationnement et les fournitures d'eau, d'électricité et de gaz. Comme de coutume, tout commence par une expérimentation locale. Le 9 octobre 2001, la municipalité de Dongguan, province du Guangdong, a publié un avis « relatif au développement des investissements privés »[446]. En août 2002, nombre de services publics urbains comme les transports en commun et les fournitures d'eau, d'électricité et de gaz ont été ouverts aux initiatives privées, sous forme d'une convention de délégation conclue par l'office administratif anciennement chargé de l'exécution du service et sous le contrôle des autorités administratives compétentes. Cette politique fut affirmée par l'autorité centrale lors de la IIIème session de l'assemblée plénière du Comité central du XVIème Congrès national du PCC avec l'adoption de la décision du Comité central « sur les questions relatives au perfectionnement du système de l'économie socialiste de marché »[447]. Le 19 mars 2004, l'ancien ministère de la construction (transformé en 2008 en ministère de l'habitation et du développement urbain-rural) a édicté un règlement « sur la concession de la gestion de services publics urbains »[448]. Aux termes de l'article 2 dudit règlement, une concession de service public urbain est l'opération par laquelle « le gouvernement sélectionne un investisseur ou un prestataire pour la fourniture ou la gestion d'un service public urbain, pendant une durée déterminée, dans le cadre limité par les lois et règlements et conformément aux règles concurrentielles du marché »[449]. La notion française de concession en tant que mode de gestion du service public, introduite par

---

444 Sur le contrat de délégation de service public, voir notamment Jean-Claude Douence, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993, p. 936 ; Jean-Bernard Auby et Christine Maugüé, « Les contrats de délégation de service public », *JCP éd. gén*. 1994, 3743.

445 Sur ces cinq critères, voir Jean-François Lachaume …, *Droits des services publics*, *op*., *cit*., p. 360 – 370. Voir aussi, pour une variante d'explication des critères de la convention de délégation de service public, Laurent Richer, *Droits des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 578 – 588.

446 " *关于促进民营经济发展的若干意见* ", Guan-yu-cu-jin-min-ying-jing-ji-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian.

447 Préc..

448 " *市政公用事业特许经营管理办法* ", Shi-zheng-gong-yong-shi-ye-te-xu-jing-ying-guan-li-ban-fa.

449 " *政府按照有关法律、法规规定，通过市场竞争机制选择市政公用事业投资者或者经营者，明确其在一定期限和范围内经营某项市政公用事业产品或者提供某项服务的制度* ".

l'ouvrage de WANG Mingyang[450], est ainsi reprise par les autorités publiques chinoises avec quelques adaptations circonstancielles[451].

Mais la concession n'est pas la seule modalité de délégation d'un service public en droit français. Avant l'officialisation textuelle de l'expression « délégation de service public », la « gestion déléguée »[452] de service public pouvait déjà revêtir plusieurs formes et a été l'objet de nombreuses études abordant la gestion des services publics[453] aussi bien que les contrats administratifs[454]. La délégation de service public peut se réaliser aujourd'hui sous les formes suivantes : la concession, l'affermage, la régie intéressée[455], la gérance[456], le marché d'entreprise de travaux publics[457], le bail emphytéotique administratif et l'occupation temporaire du domaine public[458]. Toutes ces formes n'entrent pas dans le champ de l'externalisation ; par ailleurs, elle sont différemment appréciées par la doctrine chinoise.

---

450 WANG Minyang, *Droit administratif français*, *op. cit.*, p. 406 – 412.

451 Il s'agit de prime abord d'une reprise du vocable « concession de service public » traduit en langue chinoise par WANG Mingyang comme " *公务特许* " (Gong-wu-te-xu), transcrit par le règlement du 19 mars 2004 dans le cadre des services publics urbains comme " *市政特许经营* " (Shi-zheng-te-xu-jing-ying).

452 Expression notamment de René Chapus, voir par exemple une édition du *Droit administratif général* antérieure à la date de la législation de 1992-1993, 5ème éd., t. I, p. 433. C'est d'ailleurs aussi l'expression retenue par la circulaire interministérielle du 7 août 1987 « relative à la gestion déléguée des services publics locaux », *JO.*, 20 décembre 1987, p. 14863.

453 Voir à titre d'exemple Jean-Marie Auby, « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *CJEG* 1949, p. 2 ; Christian Bettinger, *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levault, 1978 ; Jean Dufau, *Les concessions de service public*, Moniteur, 1979 ; Georges Dupuis, « Sur la concession de service public », *D.* 1978, chron. 222.

454 Hormis les ouvrages classiques précités de Léon Duguit, Maurice Hauriou, Gaston Jèze et d'André de Laubadère ainsi que d'autres ouvrages et manuels du droit administratif général, voir notamment Hubert-Gérald Hubrecht, *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980.

455 Marcel Waline, « La notion de régie intéressée », *RDP* 1948, p. 337 ; Philippe Coste, *La régie intéressée*, thèse Orléans, 2005 ; Denys de Béchillon et Henri Savoie, « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *AJDA* 1012, p. 1437.

456 S'agissant de la gérance, Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Claudie Boiteau et Clotilde Deffigier souligne dans leur manuel *Droit des services publics*, que cette pratique, traditionnellement considérée comme un des modes de gestion déléguée, « ne répond plus, aujourd'hui, aux critères de la délégation de service public ».En effet, le gérant ne se substitue pas à la personne publique délégante, n'assume pas les risques financiers liés à l'exploitation du service et, par conséquent, sa rémunération n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CE., 7 avril 1999, *Commune de Guiherand-Granges*, *Rec.*, p. 878 ; *AJDA* 1999, p. 517, concl. Bergeal). Voir Jean-François Lachaume …, *Droits des services publics*, *op.*, *cit.*, p. 379.

457 Voir Xavier Bezançon et Olivier Van Ruymbeke, « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA* 1990, p. 813 ; Philippe Terneyre, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs : le marché d'entreprise de travaux publics », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 315 ; Fabrice Melleray, « Le marché d'entreprise de travaux public, un nouveau Lazare Juridique ? », *AJDA* 2003, p. 1260.

458 Concernant les définitions de ces modes de délégation de service public, voir Jean-François Lachaume …, *Droits des services publics*, *op.*, *cit.*, p. 370 – 378 ; Laurent Richer, *Droits des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 570 – 577 ; Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 250 – 273.

2. Les modalités de la délégation en vue de l'externalisation des services publics

Il ne s'agit pas, dans le cadre de la présente étude, de présenter toutes les modalités de délégation de service public — ce que les manuels de droit administratif général, du/des service/s public/s et des contrats administratifs ont fait aussi bien que les travaux de recherche ciblés sur certaines modalités particulières[459] — mais de confronter les modalités de délégation de service public à la définition de l'externalisation que nous avons retenue. À ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que nous avons défini l'externalisation comme l'opération par laquelle un établissement public, titulaire du pouvoir adjudicateur, confie une partie de ses activités à un prestataire de droit privé en vue de la réalisation d'un service public non marchand. Il convient d'abord de comparer les type de délégation de service public entre les droits français et chinois (a), avant de définir la nature de l'objet à externaliser (b).

a. Les types de délégation de service public

La restriction limitant l'externalisation au domaine non marchand permet de délimiter, *qua hinc qua hac*, une frontière entre privatisation et externalisation. Ainsi, la délégation des services publics à caractère marchand n'entre pas dans le champ de notre étude. Sont pris en compte, seuls, les services publics communément conçus, selon le temps et le lieu, comme non « privatisables ». Ce faisant, nous avons tendance à exclure la quasi-totalité des concessions de service public du domaine de l'externalisation. En effet, le fait que le délégataire se substitue à la personne délégante pour la gestion directe et totale du service transféré en assumant la responsabilité des dommages non liés à l'exercice des prérogatives de puissance publique et qu'il est rémunéré au moyen des résultats de l'exploitation du service neutralise les effets de l'externalisation au profit d'une sorte de privatisation. La substitution privée à la personne publique n'est certes pas complète, car elle détermine les règles applicables au service, exerce un contrôle du respect de ces règles et, le cas échéant, assume la responsabilité extra-contractuelle pour les dommages causés par l'exercice des prérogatives de puissance publique, mais le résultat d'une telle opération ne se différencie pas substantiellement de celui de la privatisation d'un service public, telle la transformation d'un établissement public en société anonyme. Un point commun demeure : le pouvoir de détermination des règles relatives à l'organisation du service public et le pouvoir de contrôle du respect de ces règles appartiennent au pouvoir adjudicateur tandis que la gestion est confiée à un opérateur de droit privé.

459 Voir les travaux de recherche précités.

De même, en Chine, on parle indifféremment de privatisation d'un côté, et d'externalisation par la concession de l'autre[460]. Certains assimilent même complètement la concession de service public à la privatisation de service public. C'est par exemple l'opinion de MAO Shoulong et LI Mei :

> « La concession de service public consiste à concéder certaines activités de l'État à des opérateurs externes. Plus précisément, il s'agit d'une opération par laquelle le gouvernement délègue un service public qu'assure directement un organisme privé qu'il choisit à travers un appel d'offres. En réalité, la concession de service public est une sorte de privatisation de service public, elle s'inscrit dans la politique générale de privatisation. »[461]

Il est pourtant possible d'établir une distinction fonctionnelle entre privatisation et externalisation en ce qui concerne la concession de service public. En effet, dans le cas de la concession, la personne publique concédante n'est pas disparue, même si elle n'assure plus l'exécution du service, tandis que dans le cas de privatisation, soit la personne publique se transforme en personne morale de droit privé, soit elle est dissoute au profit d'une personne privée. Le service externalisé au moyen d'une concession ne change pas de nature, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour la privatisation qui opère souvent au préalable une requalification de caractère marchand sur le service en question.

En outre, en Chine, l'État ne se distingue pas de ses collectivités locales, ni de ses établissements administratifs. L'ensemble de ces entités publiques constitue un corps national indivisible qui assure les divers services publics. La concession d'un de ces services n'est qu'une partie externalisée de la fonction de l'État. Ainsi, la concession de service public pourrait être considérée comme un mode d'externalisation, lorsqu'il s'agit de la concession d'un service public qui était antérieurement assuré en régie directe par un établissement administratif et de nature non marchande.

---

460 Voir notamment LIU Bo, CUI Pengpeng et ZHAO Yunyun, « Étude sur les éléments déterminants de la décision de l'externalisation des services publics », *Presses de la science de gestion publique*, 2010, n° 2, p. 46 – 53 [*刘波*,、*崔鹏鹏*、*赵云云*，*公共服务外包决策的影响因素研究*，公共管理学报] ; JU Hua, « Le champ de l'externalisation contractuelle des services publics : contraste entre théorie et pratique », *Gestion administrative de Chine*, 2010, n° 4, p. 51 – 55 [*句华*，*公共服务合同外包的适用范围*：*理论与实践的反差*，中国行政管理] ; YANG Hua et LIU Qaun, « L'externalisation des services publics de l'État : signification, risque et régime juridique », *Études doctrinales*, 2011, n° 4, p. 52 – 58 [*杨桦*、*刘权*，*政府公共服务外包*：*价值*、*风险及其法律规制*，学术研究].

461 MAO Shoulong et LI Mei, *Les réformes fonctionnelles des gouvernements occidentaux*, *op. cit*., p. 25

L'affermage constitue une autre modalité de délégation d'un service public en France. Tout en contenant les mêmes éléments fondamentaux qu'une concession, l'affermage se distingue de celle-ci par le fait que le fermier ne supporte pas les dépenses de premier établissement : le contrat ne porte que sur l'exploitation de l'ouvrage ou du service[462]. Il s'agit donc d'un contrat différent du contrat de concession[463], bien que la pratique les rapproche et parfois les juxtapose[464].

En revanche, ni le droit chinois ni la doctrine chinoise, ne distingue la concession de l'affermage. Dès lors que l'établissement délégant cesse de gérer le service en laissant au délégataire la responsabilité principale et les risques de l'exploitation, peu importe que l'ouvrage ou le service existe déjà ou non, il y a concession de service public. En effet, dans la pratique, lors de la délégation d'un service existant, le gouvernement local crée une société à capital public (avec le personnel de l'ancien établissement chargé de ce service), sépare ensuite cette société de l'établissement conformément à la politique de séparation entre les établissements administratifs et les entreprises publiques, et lui confie enfin la gestion et l'exploitation du service. C'est le cas notamment des délégations des services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ainsi que de transports en commun urbains. Comme la société publique dérive directement de l'établissement délégant, et les biens publics en tant que support matériel du service font partie de son capital, elle n'a pas de redevances ou de « surtaxe » à verser.

Hormis la concession et l'affermage, un autre mode, relativement marginal, de délégation de service public se pratique en France. Déjà en germe à la fin de l'Ancien Régime, la régie intéressée suscite aujourd'hui un nouvel intérêt après une période de désuétude. Tout en étant une délégation contractuelle de la gestion d'un service public, la régie intéressée se distingue de la concession et de l'affermage par le fait que le régisseur agit pour le compte de la personne publique délégante[465] et reçoit une rémunération « figurant en dépenses dans le budget [public] »[466] et « en fonction du chiffre d'affaires de l'exploitation du service et des gains de productivité et des bénéfices obtenus »[467]. À l'épreuve actuelle de la crise de la gestion déléguée, la régie intéressée, située « à

---

462 Voir notamment Pierre Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », *AJDA* 1996, p. 608.

463 CE., 6 janvier 1971, *Société Gaz et eaux*, *Rec*., p. 1.

464 CE., 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, req. n° 65846 ; *AJDA* 1991, p. 717, note Pierre Subra de Bieusse ; *JCP éd. gén*. 1991, II, n° 21749, note Michel Guibal. Un fermier peut être, en cours de contrat, concessionnaire des nouveaux travaux d'exploitation du même service public.

465 CE., 19 janvier 1912, *Marc et Béranger*, req. n° 33843, décision citée par Denys de Béchillon et Henri Savoie, *in* « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *op. cit*.. CE., 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre* ; *AJDA* 1986, p. 105, concl. Olivier Fouquet. Voir Marcel Waline, « La notion de régie intéressée », *RDP* 1948, p. 344.

466 Jean-François Lachaume …, *Droits des services publics*, *op*., *cit*., p. 377.

467 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*., p. 254.

mi-chemin entre la régie simple et la concession »[468], « permet, écrivent Denys de Béchillon et Henri Savoie, aux collectivités publiques de disposer d'une réelle maîtrise des conditions d'exercice du service, tout en bénéficiant des avantages communément admis de la gestion déléguée »[469]. Pour cette raison, la régie intéressée serait, à notre sens, la pratique d'externalisation des services publics par excellence. Toutefois, dans un contexte général de privatisation, ce mode d'externalisation n'est pas connu dans la pratique en Chine.

Quant à la gérance, son appartenance à la catégorie de la délégation de service public est remise en question à cause de son mode de rémunération forfaitaire[470]. À l'instar de la gérance, la qualification de marché d'entreprise de travaux publics peut aussi s'avérer ambivalente compte tenu de la particularité de l'objet du contrat[471]. Ces deux types de délégation de service public sont proches du marché public, d'autant que le Code des marchés publics leur est applicable. Toutes ces subtilités techniques dans la pratique et en droit français en matière de délégation de service public ne semble pas être appréhendées par la doctrine chinoise qui se contente de s'approprier la notion de concession comme l'unique mode de délégation des services publics.

b. Les activités de service public en tant qu'objet d'externalisation

La deuxième restriction issue de notre définition de l'externalisation vise la nature de l'objet à externaliser. Celui-ci peut être soit des activités de service public que l'administration assure, soit des biens publics dont l'administration dispose. Dans ce dernier cas, l'administration peut, par la voie de la concession, confier la gestion de ses propriétés publiques, immobilières ou mobilières, à une personne de droit privé pour une durée déterminée. Ici, le contrat de concession est utilisé, si l'on emprunte l'expression de Christophe Guettier, « comme technique de valorisation du domaine de l'administration »[472]. Pour cet auteur, le contrat d'occupation du domaine public, le contrat de mobilier urbain et le bail emphytéotique administratif figurent dans cette catégorie de contrat de dévolution de service public[473].

---

468 Circulaire n° 75-634 du 13 décembre 1975 du ministère de l'intérieur.

469 Denys de Béchillon et Henri Savoie, « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *op. cit.*, p. 1438.

470 CE., *Commune de Guilherand-Granges*, *op. cit.* ; *AJDA* 1999, p. 517, concl. Bergeal.

471 L'opérateur est chargé de la construction de l'ouvrage et de son exploitation (CE., 30 juin 1999, *Département de l'Orne* et *Société Gespace France*, req. n° 169336 et 169545 ; *CJEG* 1999, p. 434, note Laurent Richer).

472 Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 255.

473 *Ibid.*, p. 255 – 273.

Il importe de préciser que notre restriction ne consiste nullement à nier que ces contrats de valorisation du domaine public soient des contrats d'externalisation des services publics[474]. Les propriétés publiques constituent des moyens substantiels de la réalisation du service public et les concessions de travaux et ouvrages publics consistent notamment à construire, entretenir et aménager des biens publics. L'activité et les biens qui y sont attachés vont souvent de pair dans un acte de concession de service public, comme c'est le cas de la distribution d'eau potable où la concession concerne aussi bien l'établissement immobilier et le réseau de distribution que l'activité de fourniture.

Néanmoins, l'occupation d'un bien public notamment immobilier par une personne privée ne se destine pas nécessairement à la réalisation d'un service public. Ainsi, par une concession d'occupation domaniale ou de voirie, une personne privée peut réaliser ses propres activités industrielles ou commerciales telles que les exploitations des plages et des restaurants dans les parcs publics.

En outre, l'occupation d'une propriété publique immobilière ne suffit pas toujours à constituer une gestion de service public. C'est le cas des baux emphytéotiques qui doivent être obligatoirement assortis d'une convention d'exploitation[475].

Enfin, les contrats qui ont pour unique objet de concéder une propriété publique, qu'ils soient une modalité de l'externalisation ou non dans les deux pays, n'affectent guère le système de la fonction publique et par conséquent, n'entrent pas dans le cadre de la présente étude. Par analogie, sont également exclus les baux emphytéotiques administratifs qui ont pour objet de confier la maîtrise d'ouvrage au cocontractant et les contrats de vente en l'état futur d'achèvement.

*

Il résulte de cette délimitation des modalités de délégation de service public au regard de la définition de l'externalisation que nous donnons dans le cadre de la présente étude que la concession des services publics non marchands représente le mode commun de la délégation de service public que la France et la Chine utilisent pour externaliser leurs services publics.

---

474 Sur l'externalisation des propriétés publiques, voir une série d'études issues du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats », organisé par l'Institut d'études administratives, sous l'égide de l'équipe de droit public de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, le 23 septembre 2011, *JCP A* 2012, n° 17.

475 CE., avis n° 356101, 16 juin 1994.

B. Le marché public de services

Le marché public constitue une autre modalité importante d'externalisation des services publics. Mais comme la délégation de service public, tous les marchés publics n'entrent pas dans le champ de l'externalisation des services publics selon notre définition. Celle-ci exclut les marchés de travaux et d'ouvrages publics qui portent sur les biens immobiliers publics et les marchés de fourniture qui ont pour objet des biens mobiliers. Nous ne retenons donc que les marchés publics de services, qui visent directement ou indirectement les activités de service public. Il convient de comparer les notions française et chinoise de marché public de services (1) avant de distinguer cette notion par rapport à celle de délégation de service public (2).

1. Les notions française et chinoise de marché public de services

En France, le marché public de services est une des catégories de marché public et respecte les règles communes du code des marchés publics. Celui-ci définit le marché public, dans son article 1er-I, après plusieurs modifications[476] en vue d'une harmonisation avec le droit de l'Union européenne[477], comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de service ». Trois critères ressortent de cette définition : le critère organique (a), l'objet du contrat (b) et la rémunération de la prestation (c)[478].

Ces trois critères sont aussi bien présents dans la notion chinoise d'achat public, équivalent de marché public français. L'article 2 de la loi du 26 juin 2002 « sur la commande publique »[479] dispose que « la commande publique désigne l'acte par lequel les établissements administratifs, unités de service public et organismes sociaux publics, moyennant le financement public, commandent les produits, travaux et services selon la liste groupant les achats du gouvernement légalement établie ou lorsque le montant d'un achat atteint le seuil minimal »[480]. Dans un alinéa

---

476 Fondé en 1964 par le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 « portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics », le Code des marchés publics a subi trois réformes générales en 2001 (par le décret n° 3001-210 du 7 mars 2001), en 2004 (par le décret n° 2007-15 du 7 janvier 2004) et en 2006 (par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006).

477 Il s'agit notamment de l'harmonisation des dispositions du code des marchés publics avec celles des directives 2004/17/CE du 31 mars 2004 « portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux » et 2004/18/CE du 31 mars 2004 « relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

478 Sur ces trois critères, voir par exemple Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 403 – 443.

479 Préc..

480 *"政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为"*.

suivant, cette même disposition précise que la « commande publique » se réalise par « la voie contractuelle » et « à titre onéreux »[481].

a. Le critère organique

Concernant le critère organique du contrat de marché public, le Code des marchés public français s'applique, selon son article 2, à « l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » et aux « collectivités territoriales et établissements publics locaux » (y compris les EPIC locaux). La distinction française entre la sphère de l'État central et la compétence territoriale n'est pas valable en droit chinois où aucune mesure de décentralisation n'est légalement reconnue. Cependant, la distinction entre EPA et et EPIC qui joue en tant que critère fonctionnel dans l'application des règles du marché public pour les établissements publics de l'État français n'est pas prise en compte par la disposition chinoise malgré la distinction entre les établissements administratifs et les USP. La loi « sur la commande publique » s'applique alors à tout organisme de l'État, qu'il soit de nature administrative, économique ou sociale, dès lors qu'il est susceptible d'exercer des prérogatives de puissance public, et par conséquent, un pouvoir adjudicateur.

Quant au cocontractant du marché, depuis la réforme de 2001, le Code des marchés publics français a étendu son application aux personnes publiques candidates à l'attribution d'un marché public à l'exclusion des contrats de « prestations intégrées »[482], de « quasi-régie »[483] ou encore des « contrats-maison »[484] qui traduit littéralement les contrats « *in house* » du droit de l'Union européenne[485], ainsi que les contrats dont le cocontractant bénéficie d'un « droit exclusif » aux termes de l'article 3-2° du Code des marchés publics[486]. Selon la définition que nous donnons à

481 " *采购* ", " *合同方式* " et " *有偿取得* ".

482 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés public*s, Le Moniteur, 4ème éd., 2012, p. 78.

483 Lucien Rapp, « Quasi régie, quasi régime », *AJDA* 2010, p. 588.

484 Pierre Delvolvé, « Marchés publics : des "contrats-maison" », *RDUE* 2002, p. 53.

485 Dans partie I – titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 2 : Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière, nous avions évoqué l'intérêt de cette notion « *in hause* » issue du droit de l'Union européenne. Selon la jurisprudence de la CJUE, les règles du marché public ne s'appliquent pas « dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE (CJUE)., 18 novembre 1999, *Teckal*, *op. cit*., concl. Cosmas, *Rec*., I-8121). Bien qu'il soit toujours inopportun de la développer dans les détails pour les mêmes raison évoquées *supra*, il est tout de même nécessaire ici de donner une illustration de l'application de cette notion en droit français. Il s'agit de l'article 3-1° du code des marchés publics qui exclut les « accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités » de son champ d'application.

486 Article 3-2° dudit code exclut son application aux « accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

l'externalisation des services publics, les conventions entre les personnes publiques sont déjà en principe exclues du champ de notre considération. Or, ces deux exceptions issues du Code des marchés publics ont pour effet de soustraire certains cocontractants de droit privé à son application. Tel est le cas de certaines sociétés d'économies mixtes locales et notamment des sociétés d'HLM.

Face à ce même problème, la loi chinoise « sur la commande publique » n'a pourtant pas pris soin de préciser la qualité du cocontractant. Selon la définition que donne son article 11, le prestataire ou le fournisseur est « une personne morale ou physique ou un organisme »[487]. Beaucoup d'USP exerçant des activités industrielles et commerciales peuvent devenir prestataires de service. Or, il se trouve que ces USP exerçaient souvent, avant leur séparation de leurs établissements administratifs créateurs, les services en question. Elles sont apparemment soumises aux conditions égales de la procédure d'appel d'offres. Mais les avantages fiscaux dus à leur identité particulière d'établissement public leur permettent d'avoir plus de marges dans les offres. L'intervention des USP dans le marché public fausse ainsi considérablement les jeux de la libre concurrence. À mesure que les USP à caractère marchand se transforment en sociétés anonymes qui ne bénéficieront donc plus de ces avantages, le phénomène des prestataires publics doit diminuer. Toutefois, cela ne réduit pas pour autant leurs avantages qui ne relèvent pas de l'ordre juridique tels que leur relation ancienne avec les pouvoirs adjudicateurs et l'image qu'elles ont pour gagner plus facilement la confiance de ces derniers. La même situation se produit également en France concernant les entités publiques marchandes.

b. L'objet du contrat

Les dispositions françaises et chinoises mentionnent trois catégories principales d'objet pour un contrat de marché public : la fourniture de produits, de travaux effectués sur des ouvrages publics, et de services rendus auprès de personnes publiques. Par notre définition de l'externalisation des services publics, nous avons exclu les marchés de fourniture et de travaux publics qui sont liés au droit des biens publics.

Cette restriction étant, non seulement la clarification matérielle des catégories de marché public n'a pas beaucoup de conséquence juridique quant à l'application des règles du marché public, mais surtout la délimitation de la catégorie des marchés publics de services n'est pas une tâche facile. En effet, la définition que donne l'article 1-III du Code des marchés publics est plus symbolique qu'opératoire. Selon cette disposition, sont marchés publics de services « les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de

487 *"法人、其他组织或者自然人"*.

services » ; dans l'hypothèse où un marché public « a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées » ; dans le cas où un marché public « porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ». Si, dans la première hypothèse, il est relativement aisé de saisir le critère du montant, le critère purement matériel dans la deuxième hypothèse peut faire l'objet de discussion. Au même titre que la définition française, l'article 6 de la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique » n'éclaire pas davantage la notion de marché public de services, en se contentant de la définir de façon négative :

> « Les services désignés par la présente loi sont les objets des achats du gouvernement autres que ceux qui portent sur les produits et sur les travaux. »[488]

Quant aux produits et travaux, leurs définitions ne sont pas plus précises. Dans les deux alinéas précédents, cette même disposition procède à l'énumération d'exemples. On retrouve le même procédé en droit de l'Union européenne qui exerce de plus en plus d'impact sur le droit interne de France en matière de marché public. Ainsi l'article 29 du Code des marchés publics, reprenant la liste établie par l'annexe I-A de la directive 92/50, énumère les services soumis aux obligations de publicité et d'appel d'offres au-dessus du seuil du marché[489].

488 Article 2 alinéa 6 de la loi du 29 juin 2002 « sur la commande publique » : " *本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象* ".

489 L'article 29 donne une liste des services comme suit :

1. Services d'entretien et de réparation

2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires

3. Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises

4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air

5. Services de communications électroniques

6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3

7. Services informatiques et services connexes

8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3

9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres

10. Services d'études de marché et de sondages

11. Services de conseil en gestion et services connexes

12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques

13. Services de publicité

14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés

15. Services de publication et d'impression

16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues

Quelle que soit la difficulté de délimiter les marchés publics de services, il convient pourtant d'observer que ce type de marché public nécessite l'intervention de personnels externes, non pas seulement pour délivrer un produit matériel ou effectuer une construction ponctuelle, mais pour remplir des tâches quotidiennes en vue de permettre à la personne publique de mieux exécuter ses missions de cœur de métier. C'est pourquoi l'externalisation des services publics concerne surtout les marchés publics de services.

c. La rémunération de la prestation

Selon les définitions française et chinoise du marché public, le marché public de services est un contrat administratif qui a pour objet la prestation de services « à titre onéreux ». C'est dire que l'administration adjudicatrice doit payer un prix en tant que contrepartie du service fourni par l'opérateur cocontractant. La jurisprudence française admet que la contrepartie ne soit pas payée par la personne publique adjudicatrice elle-même ou qu'elle soit réalisée moyennant d'autres formes de rémunération que le versement direct[490]. Cependant, cette souplesse sur la forme du paiement n'autorise pas l'absence de prix ou de contrepartie de la prestation, qui est un des éléments constitutifs d'un contrat quelle que soit sa nature juridique. À ce titre, l'article 43 de la loi « sur la commande publique » soumet les contrats de commande publique à la loi du 15 mars 1999 « sur les contrats » en ce qui concerne les stipulations obligatoires du contrat[491]. L'obligation de fixer « un prix ou une contrepartie » figure explicitement dans l'article 12-V de cette loi[492].

Comme élément indispensable du contrat de marché public, la rémunération ne suscite pas de problématique abondante. Son intérêt se révèle plutôt dans la distinction du marché public et de la délégation de service public, laquelle peut s'avérer difficile à opérer dans la pratique.

2. La difficile distinction du marché public et de la délégation de service public

Le marché public de services et la concession de service public étant les deux modalités principales de l'externalisation des services publics pratiquées en France et en Chine, leurs régimes juridiques se différencient, par exemple, en ce qui concerne les règles relatives à la publicité de l'appel d'offres. Cette différenciation des procédures de passation constitue un critère permettant de

---

490 CE., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298 : l'exploitation à titre exclusif d' « une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires » et l'exonération de « redevance pour occupation du domaine public » en guise de « contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ».

491 Aux termes de l'article 43 de ladite loi, « la loi sur les contrats s'applique aux contrats de commande publique » [*政府采购合同适用合同法*].

492 *"价款或者报酬"*.

distinguer ces deux modes d'externalisation (a). Toutefois, cette distinction n'est pas toujours facile à saisir dans la pratique (b).

a. Le critère de distinction entre marché public et délégation de service public

Comme nous l'avons évoqué *supra*, le mode de rémunération constitue un des critères les plus importants de la distinction entre marché public et délégation de service public en droit français. Il a surtout l'avantage d'être relativement simple à saisir vis-à-vis d'autres critères comme la maîtrise de la gestion du service ou encore l'exploitation effective du service. Le principe est posé par une décision du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*[493], puis entériné par le législateur avec l'article 3 de la loi du 11 décembre 2001 « portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier »[494] : le critère est celui de la rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Lorsque l'opérateur cocontractant est chargé de la gestion d'un service public ou assure directement l'exploitation d'un service public et, *a fortiori*, lorsqu'il est rémunéré directement par les usagers du service ou éventuellement par un paiement forfaitaire, versé par la personne publique délégante, mais non exclusif et en fonction des résultats de l'exploitation du service, le contrat est qualifié de délégation de service public. En revanche, si la contrepartie de la prestation du service est rémunérée au moyen d'un prix fixe versé par la personne publique adjudicatrice et correspond au coût de la prestation, si bien que l'opérateur ne court pas de risques liés aux résultats de l'exploitation du service, le contrat est un marché public.

Bien que les procédures de mise en place de la concession de service public urbain et de la commande publique soient différentes, la question de la distinction entre ces deux modalités d'externalisation n'a pas été abordée par la doctrine chinoise. Or, il peut s'agir d'un silence volontaire en vue d'assimiler le régime juridique des contrats de concession de service public urbain à celui des contrats de commande publique. En effet, malgré les avancées doctrinales sur la notion de contrat administratif, celle-ci n'existe pas en droit positif. Les contrats de concession de service public urbain et de commande publique étant théoriquement des contrats administratifs, ils sont encadrés par des textes différents mais visent les mêmes objets : le service public. C'est pour un motif d'intérêt général que la personne publique délégante ou adjudicatrice exerce certains pouvoirs administratifs qui ne trouvent pas de justification dans une simple relation contractuelle au sens du droit civil. Quant à la voie de recours pour les contestations sur ces décisions administratives, les

493 CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, req. n° 168325 ; *RFDA* 1996, p. 715, concl. Chantepy, note Philippe Terneyre.

494 Disposition modifiant l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », ainsi que l'article L. 1411-1 du Code générale des collectivités territoriales.

articles 52, 55 et 58 de la loi « sur la commande publique » prévoient les recours gracieux, hiérarchique et de contentieux administratif que l'adjudicataire peut successivement former. En revanche, dans le règlement « sur la concession de la gestion de service public urbain », aucune précision n'est apportée sur la voie de recours en cas de litige. C'est là que se trouve l'intérêt pour les partisans de la théorie du contrat administratif d'assimiler le régime contentieux de la concession à celui de la commande publique : la concession est vue comme une sorte particulière de commande publique, ou de marché public selon l'expression française.

b. L'assimilation entre marché public de services et concession de service public

En France, il est parfois difficile de faire la distinction entre marché public et concession de service public dans la mesure où, en pratique, la forme de rémunération peut être variée et mixte. En effet, la rémunération peut provenir de recettes d'origines diverses : du paiement reçu de la part des usagers, d'un versement forfaitaire par la personne publique ou encore du paiement par une personne tiers. Si la première hypothèse illustre sans équivoque la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, les deux dernières ne le sont pas nécessairement. Ainsi, si la rémunération forfaitaire est allouée à titre exclusif, c'est-à-dire dans l'objectif de recouvrir les risques économiques et financiers que peut subir l'exploitant du service, elle est considérée comme un prix versé par l'administration, et par conséquent, le contrat est qualifié de marché public[495]. Encore faut-il s'interroger sur la signification de « résultats de l'exploitation ». Ceux-ci consistent non seulement dans la rémunération reçue de la part des usagers du service, mais peuvent aussi recouvrir d'autres bénéfices : on pense ici à tous les produits financiers réalisés sur la base de l'exploitation du service, tels ceux résultant de la revalorisation des déchets d'un centre de traitement des ordures ménagères[496].

En outre, la rémunération peut être composée de plusieurs recettes d'origines différentes. Dans ce cas, un examen de l'équilibre financier du contrat s'avère nécessaire afin d'apprécier l'existence du risque que court l'exploitant du service. Cette appréciation est celle du caractère substantiel de la rémunération liée aux résultats de l'exploitation du service. Toutefois, le seuil minimum de la recette substantiellement liée aux résultats de l'exploitation est fixé par le juge au

495 Voir François Llorens, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *in Liber Amicornum Jean Waline*, Dalloz, 2012, p. 301. Voir également les analyses de Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 288 – 289.

496 CE., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, req. n° 198147 ; *AJDA* 1999, p. 714, concl. Bergeal, note Jean-Marc Peyrical.

cas par cas[497], tandis que la signification de « risque » reste incertaine[498]. Or, pour choisir entre l'application de la procédure du marché public et celle de la concession de service public, la qualification doit être logiquement faite *a priori*, alors que les éléments qu'apprécie le juge ne peuvent jouer qu'*a posteriori*. Sous l'impact du droit de l'Union européenne, lequel a tendance à aligner le régime des concessions sur celui des marchés publics, les procédures de passation des concessions de service public et des marchés publics de services semblent converger[499]. Témoin de cette évolution de la relation entre le marché public et la concession de service public[500], la doctrine chinoise a plutôt eu la prudence de ne pas se précipiter dans le débat de leur distinction, tant que la notion de contrat administratif reste « clandestine » à l'égard du droit positif et que la pratique de ces deux modes d'externalisation d'un service public requiert une stabilisation.

Si les contrats de concession de service public et de marché public représentent des modèles classiques d'externalisation des services publics, le contrat de partenariat se présente comme un nouvel outil issu de la modernisation de l'externalisation des services publics

C. Le contrat de partenariat

Selon la définition de l'OCDE, le partenariat public-privé est « un accord entre l'État et un ou plusieurs partenaires privés (parmi lesquels figurent éventuellement les opérateurs et les financiers), en vertu duquel les partenaires privés fournissent un service selon des modalités qui permettent de concilier les buts de prestation poursuivis par l'État et les objectifs de bénéfice des partenaires privés, l'efficacité de la conciliation dépendant d'un transfert suffisant du risque aux partenaires privés »[501]. Vis-à-vis de cette définition, la création du contrat de partenariat public-

497 Ainsi, dans l'affaire précitée *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, le seuil est fixé à 30 %, tandis que dans une autre affaire portée devant le Tribunal administratif de Dijon, *Préfet du département de la Nièvre c/ Ville de Nevers* (14 novembre 2000, req. n° 102), le seuil est fixé à 20 %. Le commissaire du gouvernement Bergeal, dans ses conclusions sur l'affaire *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, écrit qu' « il serait vain de fixer un pourcentage précis » pour reconnaître « l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service ». Voir Lucien Rapp, « La prise en compte du critère économique et financiers dans les contrats publics : le risque d'exploitation », *Le Bulletin de Jurisprudence des Contrats Publics* 2000, n° 9, p. 82.

498 Le risque pour l'exploitant peut signifier soit le fait de perdre de l'argent à cause de l'exploitation, soit le fait qu'il ne réalise pas de profits en sus de la recette qu'il reçoit pour couvrir les coûts de l'exploitation. Sur ce point, voir par exemple Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 294 – 296.

499 Laurent Richer, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2007, p. 2225.

500 Voir SHANG Lin, « Étude sur la relation entre concession de service public et achat du gouvernement – sous l'angle du droit de l'Union européenne sur le marché public », *Inverstment & Cooperation*, 2012, n° 11, p. 3 [*尚琳，公用事业特许经营与政府采购关系的研究——基于欧盟公共采购法的视角*，投资与合作] ; ZOU Ying, « Les critères de détermination des pouvoirs adjudicateurs dans les marchés publics selon le droit de l'Union européenne et leur intérêt comparatif en Chine », *Heibei Law Science*, 2012, vol. 30, n° 3, p. 177 [*邹颖，论欧盟公共采购法采购主体的界定标准及其对我国的借鉴意义*，河北法学].

501 OCDE, *Les partenariats public-privé Partager les risques et optimiser les ressources*, OCDE, 2008, p. 17. Voir également François Brenet et Fabrice Melleray, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrat administratif*, LexisNexis, coll. « Collectivités territoriales », 2005.

privé, en France, a tendance à ériger ce type de contrat en une catégorie distincte des contrats classiques de la commande publique (1), tandis qu'en Chine, le contrat de partenariat, faute de qualification juridique, repose sur une définition générale qui englobe presque toutes les catégories de contrats d'externalisation des services publics (2).

1. La notion française de contrat de partenariat

Selon une définition générale, presque tous les types de convention de délégation de service public peuvent entrer dans la catégorie des contrats de partenariat[502]. Pour certains, une reconstruction du droit de la commande publique à partir des contrats classiques (délégation de service public et marché public) aurait pu suffire à satisfaire aux besoins croissants d'externalisation de l'administration[503]. D'ailleurs, le contrat de partenariat n'a pas vocation à remplacer les contrats de délégation et de marché public, et selon Stéphane Braconnier il ne représente pas « un instrument alternatif aux marchés publics et délégations de service public » mais plutôt « un instrument subsidiaire », « réservé à des projets spécifiques, dûment identifiés et évalués »[504].

Compte tenu des lacunes des formes classiques de l'externalisation et notamment des rigidités procédurales de passation des conventions de délégation de service public et des contrats de marché public, le contrat de partenariat est censé constituer « un dispositif plus précis et plus complet que les autres formes de contrats globaux dont il est une forme d'aboutissement […] »[505]. Il s'agit, pour Paul Lignières, d'un « nouveau contrat pour réformer l'État »[506]. Dans cette logique, le contrat de partenariat doit comporter certaines spécificités par rapport aux autres contrats d'externalisation de service public (délégation de service public ou marché public). Afin de relever ces spécificités, il convient de s'appuyer sur la définition textuelle apportée par l'article 1-I de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 « sur les contrats de partenariat » (modifiée par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 « pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés »), laquelle mérite d'être reproduite ci-dessous :

---

502 Voir Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 685 – 686 et notamment le tableau contenant les types de contrats de partenariat public-privé selon le Fond monétaire international cité par cet auteur. Ainsi, les formes récurrentes telles que *Build-own-operate*, *Build-develop-operate*, *Desgine-construct-manage-finance*, *Build-operate-transfer* et *Build-transfer-operate* sont considérées comme des contrats de partenariat public-privé. Cependant, il ne s'agit pas des types juridiques classés selon des critères juridiques du droit français.

503 Voir notamment Alain Ménéménis, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA* 2004, p. 1737.

504 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, *op. cit.*, p. 139.

505 Anne Bréville, « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », *AJDA* 2004, p. 1759.

506 Paul Lignière, « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'État », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, vol. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 575.

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

« Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. »

À partir de cette définition, quelques caractéristiques du contrat de partenariat peuvent être relevées : une mission globale, la conception de tout ou partie de l'ouvrage par le concourant privé, le partage des risques économiques et financiers et la variabilité du mode de rémunération et des objets du contrat. Cela étant, la notion de contrat de partenariat est présumée se confronter à la « logique concessive » d'un côté, et à la « logique de marché » de l'autre[507].

Par rapport à la délégation de service public, le contrat de partenariat permet de confier à l'opérateur privé la conduite de projets complexes sans déléguer la gestion du service public. D'ailleurs, étant donné son mode de rémunération — paiement par la personne publique, étalé tout au long du contrat —, les risques d'exploitation du service sont partagés entre la personne publique et le partenaire privé.

Par rapport au marché public, le contrat de partenariat permet à la personne publique de ne pas être maître d'ouvrage en laissant la conception de l'ouvrage ou du service au partenaire privé. La forme de rémunération d'un contrat de partenariat déroge à l'interdiction de paiement différé édictée par le Code des marchés publics ; elle permet d'optimiser le coût sur l'ensemble des objets liés à la réalisation d'un service public et déroge aussi, par conséquent, au principe d'allotissement des missions de natures différentes (construction, exploitation ou maintenance).

Le but de la création du contrat de partenariat en tant que nouvelle catégorie de contrats publics est donc de réunir les avantages des contrats de délégation de service public et de marché

507 Expressions issues du livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, présenté par la Commission le 30 avril 2004, p. 9 et s. ; elles sont utilisées par Alain Ménéménis pour comparer ces trois types de contrats publics (« L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *op. cit.*, p. 1740).

public en les purgeant de leurs inconvénients afin de favoriser le développement des concours privés aux services publics. Malgré les oppositions aux contrats de partenariat public-privé qui tendent à réduire leur utilisation en les rendant subsidiaires à l'égard des marchés publics et des délégations de service public[508], le Conseil d'État affirme que le contrat de partenariat apporte « une réponse juridique supplémentaire au besoin économique d'infrastructures et d'efficacité accrue de l'action publique »[509]. Au lieu d'une simple relation entre vente et achat, le partenariat repose sur un échange de services et de réseaux dans l'externalisation des services publics.

> « L'âge du partenariat, écrit Laurent Richer, est donc aussi celui de "*outsourcing*". »[510]

Cela est d'autant plus vrai que le partenariat est un phénomène mondial. En revisitant les concepts classiques du droit public français et en comparant l'approche publiciste française à la vision anglo-saxonne en matière de partenariat public-privé, Raphaël Apelbaum soutient que « dans un univers juridique où la globalisation tend à uniformiser les droits sous l'influence de la *common law* anglaise et américaine, les PPP à la française peuvent redonner l'avantage à la *civil law* dans cette compétition des droits »[511]. Cette opinion se vérifie à travers le développement des contrats de partenariat en Chine.

2. La notion chinoise de contrat de partenariat

Nous avons montré qu'en France, le contrat de partenariat déroge aux « règles habituelles » de la commande publique (laquelle comprend les concessions de service public et le marchés publics) et constitue une sorte d' « assouplissement » de ces règles[512]. Soumis à un régime juridique particulier, le contrat de partenariat français est donc une catégorie juridique qui a ses propres règles, conditions et contours vis-à-vis des autres contrats d'externalisation des services publics, alors que ce n'est pas le cas en Chine où les contrats de partenariat sont plus étudiés par les économistes que par les juristes. Il ne s'agit pas d'un type de contrat administratif particulier, mais

---

508 Certaines conditions de l'utilisation du contrat de partenariat relèvent de l'ordre constitutionnel : urgence, complexité et efficience économique. Voir les décisions du Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 et n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008. Par ailleurs, le principe de l'évaluation préalable, prévu dans l'ordonnance du 17 avril 2004, a pour objet de justifier le recours aux contrat de partenariat par rapport aux autres formes d'externalisation notamment les marchés publics.

509 CE., *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, op. cit.*, p. 28.

510 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 683.

511 Raphaël Apelbaum, « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA* 2004, p. 1766.

512 Laurent Béteille, Rapport n° 239 « sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat », annexe au procès-verbal de la séance du 26 mars 2008 du Sénat, p. 10.

de l'ensemble des contrats conciliant le public et le privé afin de satisfaire à la fois l'intérêt général et les intérêts particuliers du cocontractant.

En effet, dans le même but de promouvoir la relation « partenariale » public-privé, le contrat de partenariat englobe en Chine presque tous les contrats de commande publique. YU Hui et QIN Hong, dans leur *Livre vert sur le service public urbain en Chine*, désignent le partenariat public-privé comme une sorte de coopération à long terme entre les établissements publics et les organismes privés, établie par le biais du contrat, dans le but de procurer des services publics. Dans cette coopération, les établissements publics et les organismes privés partagent tant les bénéfices que les risques de l'exploitation du service. Selon ces auteurs, le partenariat peut comprendre les concessions de service public, les contrats de financement privé des services publics, les entreprises d'économie mixte ou encore les aides publiques[513]. Il s'agit donc d'une définition générale du contrat de partenariat. Cette définition semble emporter l'adhésion de la majorité des commentateurs, qu'ils soient économistes ou juristes. Lorsqu'on parle des contrats de partenariat public-privé en Chine, on ne désigne pas une catégorie précise de contrat administratif, comme c'est le cas en France, mais tous les contrats entre personnes publiques et personnes privées en vue de la réalisation d'un service public. L'accent est surtout mis sur le transfert des activités de service public et sur le partage des risques économiques entre le public et le privé. Le contrat de partenariat de service public est donc synonyme du contrat d'externalisation des services publics.

*

En Chine, les types de contrats d'externalisation de service public ne sont pas classés selon des critères juridiques rigoureux comme en France, bien que la notion française de contrat administratif y exerce un impact considérable quant à leur théorisation. Il s'agit en effet d'une difficile réconciliation de la pratique de l'externalisation des services publics, importée des pays anglo-saxons, et de la théorie de contrat administratif, inspirée du système romano-germanique et notamment français. Quoi qu'il en soit, à travers la comparaison des modalités de l'externalisation des services publics entre les deux pays, les deux modèles classiques — concession de service public et marché public — constituent la pierre angulaire de l'externalisation des services publics malgré le développement d'autres modalités. Se pose ensuite logiquement la question relative aux limites de l'externalisation.

513 YU Hui et QIN Hong, *Livre vert sur le service public urbain en Chine N° 1 — les expériences chinoises du partenariat public-privé*, Shanghai People's Publishing House, 2007, p. 10 et s. [*余晖*、*秦虹*，中国城市公用事业绿皮书N° 1——公私合作制的中国试验，*上海人民出版社*].

Section 2. Les limites de l'externalisation des services de l'administration

Comme nous l'avons précisé en abordant les modalités de l'externalisation des services publics, celle-ci ne concerne, dans le cadre de notre étude, que les activités. Autrement dit, la question des limites de l'externalisation des biens des personnes publiques n'entre pas dans le champ de notre considération pour les raisons que nous avons évoquées.

La France et la Chine sont les deux pays aux sein desquels s'est développée une culture administrative tendant à réaliser en interne toutes les fonctions des administrations. L'autosuffisance d'une unité administrative qui possède en interne tous les métiers était une image emblématique avant la politique promouvant l'externalisation des services publics. Celle-ci, impulsée par le retour du libéralisme économique qui constitue le moteur principal des réformes de l'État et de ses administrations, pose de nouvelles règles sur la commande publique au regard de la liberté d'entreprendre et du droit de la concurrence. Les règles et techniques sont certes différentes entre les deux pays compte tenu des éléments extra-juridiques qui conditionnent souvent le droit. Mais certaines questions communes se posent en amont de la divergence technique. Il s'agit de savoir, dans un contexte de prééminence de la libre concurrence, si l'administration doit externaliser ses activités, si elle peut les externaliser toutes, et quelles sont les conséquences de ces externalisations.

Pour répondre à ces questions, il convient d'étudier successivement la question de la liberté de l'administration dans l'externalisation des services publics (I) et celle du champ de recours à l'externalisation (II). Les conséquences des externalisations pourront, ensuite, être mesurées[514].

I. La liberté de l'administration dans l'externalisation des services publics

La liberté de l'administration dans l'externalisation des services publics se traduit par la liberté de l'administration de recourir ou non au marché concurrentiel (A). Si elle choisit de conclure un contrat avec un opérateur externe, la procédure de passation pour un tel contrat est soumise aux règles de la libre concurrence (B).

A. La liberté de l'administration de recourir ou non au marché concurrentiel

Cette liberté consiste, d'une part, dans la liberté de l'administration de recourir à ses moyens propres (1) et, d'autre part, dans la possibilité de se soustraire aux règles de la libre concurrence même en cas d'externalisation des ses activités (2).

514 Voir chapitre II : Les conséquences de l'externalisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique.

1. La liberté de l'administration de recourir à ses moyens propres

En France, la liberté de choix de l'administration a été déclarée par le juge administratif dès 1930 avec la jurisprudence *Bourrageas*[515] et réaffirmée à maintes reprises. Ainsi, à propos de la fourniture de pain pour un établissement pénitentiaire, le Conseil d'État précise que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services » comme « l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie »[516]. Les personnes publiques « peuvent recourir à leurs propres moyens pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins » et « elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics »[517]. Ce principe est par ailleurs en conformité avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui soutient, quant à elle, qu' « une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services »[518].

L'administration française a donc la faculté de recourir à des prestataires privés, sans que la gestion d'un service public susceptible d'être déléguée ou concédée à une personne privée « doive l'être nécessairement »[519]. Ce n'est pas tout à fait le cas en Chine où, malgré la liberté de choix de l'administration généralement admise, pour certains objets les collectivités publiques sont tenues de faire appel au marché.

En Chine, Les concessions de service public ne sont pas encadrées par la loi. Bien que le gouvernement « encourage » les collectivités publiques à recourir à la concession[520], aucune norme n'impose un tel procédé. Quant à la commande publique, le texte législatif se contente de définir ce recours d'externalisation et n'impose aucune obligation à l'administration de recourir à des opérateurs externes concernant les activités de service, même lorsqu'elles sont susceptibles de faire

515 CE., 26 juin 1930, *Bourrageas*, *Rec*., p. 659

516 CE., 29 avril 1970, *Société Unipain*, *Rec*., p. 208

517 CE., 4 mars 2009, *SNIIS c/ GIP-Symaris*, req. n° 300481.

518 CJCE (CJUE)., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. n° C/26-03.

519 Expression issue de la circulaire du 7 août 1987 qui aborde notamment la question de la délégation des SPA : « Cette faculté [de confier un service public administra à une personne privée] n'implique évidemment pas que la gestion de tout service public administratif susceptible d'être déléguée à une personne privée doive l'être nécessairement ».

520 À titre d'exemple, l'article 16 du règlement du 18 septembre 2013 « sur le traitement et la canalisation des eaux usées des zones urbaines », [*城镇排水与污水处理条例*] (Cheng-zhen-pai-shui-yu-wu-shui-chu-li-tiao-li) précise que « l'État encourage la mise place des concessions du service de traitement des eaux usées dans les zones urbaines » [*国家鼓励实施城镇污水处理特许经营制度*].

l'objet d'une commande publique. Si tout cela n'a rien d'étranger par rapport au droit français, la liberté de choix de l'administration se voit restreinte en matière de travaux publics. En effet, l'article 3 de la loi du 30 août 1999 « sur les appels d'offres » impose l'ouverture au marché pour les opérations de travaux telles que le sondage, la conception, la construction et le contrôle de qualité, lorsque ces travaux relèvent de l'intérêt public ou de la sécurité publique, lorsque leurs financements proviennent en tout ou partie de crédits publics ou d'aides des organismes internationaux ou de gouvernements étrangers[521]. Il s'agit surtout de travaux publics de grande importance. Cette même disposition précise, dans son dernier alinéa, que le champ d'application des travaux susmentionnés est déterminé par le Conseil des affaires d'État[522].

Après tout, le gouvernement a donc toujours la possibilité d'échapper aux règles de la concurrence, en modifiant les contours de ce champ.

2. La possibilité pour l'administration de se soustraire aux règles de la concurrence

L'administration a le choix de ne pas externaliser. Même lorsqu'elle le fait, elle conserve la possibilité de se soustraire aux règles de la concurrence soit en raison de l'objet de l'externalisation (a), soit parce que l'opérateur externe est considéré comme étant hors du marché (b).

a. La soustraction aux règles de la concurrence en raison de l'objet de l'externalisation

La loi chinoise « sur la commande publique » ne s'impose pas à tous les achats publics. Il convient de rappeler la définition de la commande publique qui désigne l'acte par lequel « les établissements administratifs, unités de service public et organismes sociaux publics, moyennant le financement public, commandent les produits, travaux et services selon la liste groupant les achats du gouvernement légalement établie ou lorsque le montant d'un achat atteint le seuil minimal »[523]. Les achats qui ne figurent pas dans la liste des achats groupés, même s'ils sont effectués moyennant un financement public, et les achats dont le montant n'atteint pas le seuil minimum d'achat du gouvernement ne sont pas soumis à cette loi. C'est dire que pour ces achats, bien qu'ils soient publics, l'administration peut procéder librement face aux règles du marché.

---

521 L'article 3 de ladite loi : " *在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目* ". Notre traduction a résumé le sens du texte original libellé en langue chinoise.

522 Nous traduisons le sens essentiel du texte libellé en langue chinoise [*前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准*].

523 Préc..

Il s'agit surtout des achats de petit matériel et des prestations de services auxiliaires tels que le ménage et l'entretien de locaux. Il peut aussi s'agir des petits travaux publics qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 30 août 1999 « sur les appels d'offres », dont l'article 3 impose l'ouverture au marché pour tous les travaux publics mentionnés *supra*. L'enchevêtrement de ces deux textes législatifs — loi « sur la commande publique » et loi « sur les appels d'offres » — et l'éventuel conflit de normes en matière de travaux publics ont été soulevés et font l'objet de débats doctrinaux[524]. Cependant, étant donné l'objet de notre étude qui consiste à aborder la question des activités de service, nous n'entrons pas dans ce débat. Quant à la délimitation des achats publics, le seuil du montant semble être un critère suffisamment opératoire, et ce, sans tenir compte de ce que l'objet figure ou non dans la liste des achats groupés. Si en France, le seuil du montant joue également en ce qui concerne les formalités de publicité et de procédure, la nature de l'objet du contrat joue un rôle bien plus important qu'en droit chinois pour l'application ou non des règles de la concurrence.

Selon une jurisprudence du Tribunal des conflits, l'acte juridique de dévolution de « l'organisation du service public » n'est pas par lui-même « susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché »[525]. Il en déduit que les personnes publiques n'ont pas l'obligation de faire appel au marché pour externaliser lorsqu'il s'agit de l'organisation de leurs activités administratives. Cette interprétation est affirmée par le Conseil d'État, dans son avis n° 369-315 du 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, qui distingue les prestations d' « action sociale » des prestations « à caractère purement marchand ». S'agissant de ces prestations d' « action sociale », les personnes publiques ont la possibilité de confier leur gestion « à titre exclusif », « à des organismes à but non lucratif », et « eu égard à leur domaine d'intervention », étant entendu que ces prestations « ont nécessairement pour objet, au regard du droit interne, de permettre aux collectivités publiques de choisir un ou plusieurs organismes pour gérer de telles prestations sans avoir à respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence préalables prévues par le code des marchés publics ». « En organisant la gestion de ces prestations, le ministère [de l'intérieur] procède à une simple organisation du service, et il lui est loisible soit de gérer lui-même en régie lesdites prestations, soit d'en confier la charge par voie de convention à la Fondation Jean-

524 Voir notamment GU Liaohai, *L'achat du gouvernement encadré par le droit*, *op. cit.*. Ce même auteur tient constamment une position critique envers la coexistence de la loi « sur les appels d'offres » et la loi « sur la commande publique » et propose leur fusion au profit de cette dernière. À ce titre, en sus de son ouvrage précité, il a publié depuis 2004 une série chronique d'environ 150 articles dans les presses diverses. Le moment culminent du débat a été atteint en 2007 entre GU Liaohai et WANG Jialin [王家林], alors vice-président de la commission de rédaction du projet de loi « sur l'achat du gouvernement », par leurs publications dans la presse *Actualité économique et financière de Chine* [中国财经报].

525 TC., 6 juin 1989, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ CA Paris, SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et Ville de Pamiers*, req. n° 2578 ; *D*. 1900, p. 418, note Jean-Jacques Israël.

Moulin sans être astreint dans ce dernier cas à la passation d'un marché de prestation de service ». En faisant du caractère « purement marchand » des prestations une condition de la soumission aux règles de la concurrence, le Conseil d'État se fonde ainsi sur un critère fonctionnel du service externalisé et suggère que « les personnes publiques doivent être libres […] d'organiser les activités administratives (de sorte notamment que l'externalisation de certaines d'entre elles n'implique pas, par elle-même, l'obligation de conclure des marchés ou des délégations) »[526].

Or, en réalité, la plupart des activités de la Fondation Jean-Moulin relevant de « l'action sociale », comme la gestion de centres de vacances, de campings et de lieux de restauration, peuvent également être assurées par des personnes privées à titre lucratif, et considérées par le droit de l'Union européenne comme des activités à caractère économique. C'est pourquoi Jean-David Dreyfus conclut que « "l'immunité" dont bénéficient les mesures d'organisation du service (en ce sens qu'elles relèvent de la seule appréciation de l'administration) vis-à-vis des règles du marché ne pourra être maintenue sauf à considérer, face au droit communautaire, que la liberté d'organisation de l'État participe du principe d'autonomie institutionnelle des États membres »[527].

La question est aussi de savoir si le critère fonctionnel peut seul suffire à permettre la soustraction aux règles de la concurrence, sans que soit prise en compte la qualité du cocontractant qui est « un opérateur économique » ou non au sens de l'article 1 du Code des marchés publics. Si le Code des marchés publics ne s'applique que lorsque le prestataire exerce une activité à caractère marchand et lorsqu'il est un opérateur économique, l'absence d'une de ces deux conditions cumulatives devrait logiquement permettre la soustraction au code. Or, selon la logique du droit de l'Union européenne, un opérateur qui assure un service à caractère purement marchand est nécessairement un opérateur économique. C'est pourquoi le juge administratif français a opté pour une solution consistant à harmoniser la nature de l'activité et la qualité du cocontractant. Ainsi, lorsque les personnes publiques confient la gestion d'un service public à un tiers, elles peuvent ne pas conclure un contrat de délégation de service public ou un contrat de marché public lorsque, « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché

526 Alain Ménéménis, « L'avis Fondation Jean-Moulin et la commande publique : poursuite de la réflexion », *CP-ACCP* 2004, p. 36.

527 Jean-David Dreyfus, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *RFDA* 2009, p. 1535. Voir également dans ce sens, Laurent Richer, « Partage de service et prestations de services », *ACCP* décembre 2006, p. 26.

concurrentiel »[528]. Le critère fonctionnel est en quelque sorte absorbé par le critère organique qui s'appuie sur la notion d' « opérateur sur un marché concurrentiel »[529].

b. La soustraction aux règles de la concurrence en raison de la qualité de l'opérateur

La qualification du cocontractant d' « opérateur sur un marché concurrentiel » pourrait s'analyser en quelque sorte comme antonyme de la qualification d'opérateur soumis au « contrôle comparable », emprunt de la notion d'opérateur soumis au « contrôle analogue » du droit de l'Union européenne[530]. Dans une décision du 4 mars 2009, le Conseil d'État juge que « si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel »[531]. Cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public. Ces transferts entre les personnes publiques ou entre le public et le para-public ne relèvent, pour certains, même pas de l'externalisation, comme nous l'avons évoqué dans l'introduction de ce chapitre. Nous avons d'ailleurs retenu une interprétation étroite de l'externalisation des services publics dans le cadre de la présente étude. La question se pose de nouveau lorsque la personne à laquelle sont transférées les activités de la personne publique est une personne de droit privé telle qu'une société anonyme ou, quelle que soit la nature de sa personnalité juridique, lorsqu'elle exerce, en sus des activités transférées, d'autres activités non liées à l'intérêt public. Cela a été le cas en Chine durant les années 1990 où les établissements administratifs et USP pouvaient créer des « entités économiques »[532], communément nommées « entités de troisième secteur »[533].

---

528 CE., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736 ; *RFDA* 2007, p. 812, concl. Séners, note Jean-Claude Douence.

529 Voir aussi CE., 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, req. n° 353737 ; *AJDA* 2012, p. 555, note Laurent Richer.

530 CJCE (CJUE), *Teckal*, *op. cit.* ; 7 décembre 2000, *ARGE*, aff. n° C-94/99 ; 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. n° C/26-03 ; 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. n° C-324/07.

531 CE., 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS c/GIP Symaris)*, req. n° 300481 ; *JCP A* 2009, p. 2145, concl. Courrèges ; *AJDA* 2009, p. 891, obs. Jean-David Dreyfus.

532 " *经济实体* ", Jing-ji-shi-ti.

533 " *三产* ", San-chan.

Pendant cette période, la plupart des collectivités publiques se servaient de leurs entités économiques pour externaliser certaines de leurs activités[534]. Au lieu d'aller chercher un opérateur privé dans le marché, un établissement public pouvait ériger une fraction de ses composants, avec ses propres ressources humaines et matérielles, en société anonyme qui sera chargée de la gestion des services de ce même établissement. Cependant, beaucoup d'établissements administratifs et d'USP disposaient d'entités économiques non seulement pour assurer des tâches quotidiennes relevant de leurs services, mais aussi pour entreprendre des activités commerciales afin de financer leurs établissements autrement que par le financement public. Avec les avantages fiscaux (réduction de taxes durant les deux premières années) et surtout l'image publique dont elles jouissaient grâce à leur relation étroite avec l'administration, ces entités économiques faussaient considérablement le jeu de la libre concurrence et allaient à l'encontre de la politique générale du gouvernement promouvant une économie de marché. C'est pourquoi cette pratique a été peu à peu prohibée par l'autorité centrale depuis la fin des années 1990. La législation de 1999 sur les appels d'offres et celle de 2003 sur la commande publique vont dans ce sens. Ces normes s'appliquent pleinement aux entités publiques marchandes, qu'elles soient des sociétés à capital mixte ou des sociétés à capital entièrement public.

Or, la question se pose lorsqu'une USP se porte candidate à une prestation de service, alors que les USP ont, selon la loi « sur la commande publique », la qualité de pouvoir adjudicateur. Comme en droit français, le droit chinois n'interdit pas qu'une USP puisse, se comportant comme un entrepreneur privé, intervenir dans un marché concurrentiel, sachant que certaines USP sont d'ores et déjà qualifiées de caractère marchand. Logiquement, en vertu de la libre concurrence, les USP candidates devraient être soumises aux mêmes conditions que les candidats privés. Mais dans la réalité, en raison du lien historique (de subordination) entre l'administration et les USP, celles-ci, malgré le contrat qu'elles concluent avec l'administration concédante ou adjudicatrice, sont souvent considérées comme ses simples composantes à l'instar des entités soumises au contrôle comparable en droit français. C'est pourquoi, bien que la doctrine admette que l'externalisation des services publics puisse être effectuée à travers un transfert entre personnes publiques, nous avons tendance à considérer qu'une véritable externalisation des services publics, *stricto sensu*, ne peut exister en Chine qu'en cas de transfert du public vers le privé.

534 Ce qui est différent par rapport à la transformation totale d'un établissement public en société anonyme publique, laquelle est une mesure de privatisation. Mais après tout, il s'agit d'une différence d'échelon, et non pas de nature, car *in fine* les sociétés créées par les collectivités publiques en vue de l'externalisation seront aussi séparées d'elles conformément à la politique générale de séparation entre l'administration et les entités économiques. Voir titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 2 : Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière.

Malgré quelques divergences, il s'avère que les droits français et chinois reconnaissent un même principe selon lequel la personne publique est libre de choisir la manière dont ses missions de service public sont effectuées. Toutefois, lorsqu'elle décide de recourir au marché, elle doit suivre les règles de la concurrence applicables à la sélection du prestataire.

B. La limitation de la liberté de l'administration par les règles de la concurrence

La liberté de l'administration prend fin lorsque celle-ci décide de recourir au marché pour externaliser ses activités de service public. Un tel acte est soumis, en France comme en Chine, à une procédure de mise en concurrence, qui comprend une obligation de publicité et d'appel d'offres, ainsi que des garanties de transparence et de non-discrimination.

Nous ne considérons pas utile de développer les détails des règles procédurales de la mise en concurrence, lesquelles ne sont pas dénuées de complexité tant en France[535] qu'en Chine[536]. En outre, ces règles, appliquées à l'externalisation des activités de service public, varient en fonction des modes d'externalisation d'un côté, et selon les montants des objets de l'autre. L'énumération de ces dispositions d'ordre technique ne contribue pas vraiment à résoudre la question de la liberté de l'administration dans l'externalisation et participe encore moins à la démonstration générale du recul de l'administration dans la gestion des service publics. Nous faisons ainsi l'économie de cette comparaison de la technicité procédurale pour mettre en relief une autre question plus intéressante : celle du champ de recours à l'externalisation.

II. Le champ de recours à l'externalisation

L'administration est libre de choisir d'externaliser ou non. En revanche, lorsqu'elle décide de confier certaines de ses activités à un prestataire privé par la voie contractuelle, elle doit, en principe, obéir aux règles concurrentielles qui sont appliquées dans la sphère privée. Or, il est communément conçu en France et en Chine, comme dans d'autres pays dotés d'un État moderne, que certaines activités relèvent, par leur nature, de l'essence même de l'État : par conséquent, elles ne peuvent pas être confiées à des personnes privées. Le champ de recours à l'externalisation est donc limité. Concernant la France et la Chine, ce champ est délimité de façon négative, c'est-à-dire par l'identification des activités non externalisables (A). La catégorie des activités non externalisables a tendance à correspondre à celle des activités relevant du monopole naturel de la

535 En France, les interactions entre le droit interne et le droit de l'Union européenne posent souvent des problèmes quant à l'application de ces règles malgré les précisions indiquées dans les textes nationaux et européens.

536 En Chine, comme nous l'avons évoqué, l'enchevêtrement de la loi « sur les appels d'offres » et de celle « sur la commande publique » constitue une source de conflits de normes. En ce qui concerne les concessions de service public, l'application des règles de la loi « sur les appels d'offres » n'est qu'une solution provisoire en l'absence de règles propres à ce procédé.

puissance publique. Mais la possibilité croissante d'externalisation de celles-ci remet en question cette concordance et, *a fortiori*, le critère de la nature des activités. L'externalisation des activités de police en est une parfaite illustration (B).

A. Les activités non externalisables

S'agissant des limites à l'externalisation des services publics par la voie contractuelle, le critère SPA / SPIC ne peut plus jouer, le SPA lui-même étant externalisable. En effet, selon un avis du 7 octobre 1986 du Conseil d'État, « le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées ». Cette faculté est soumise à deux restrictions : la nature du service ou la volonté du législateur[537].

S'appuyant sur l'avis du Conseil d'État, la circulaire du 7 août 1987 « relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux : champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services » reprend ces deux limites en essayant d'en préciser les contenus :

1° Concernant les services publics administratifs qui, par leur nature, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même : « d'une part, de l'exécution des tâches qu'elles accomplissent au nom et pour le compte de l'État (par exemple : état civil, élections, obligations militaires) ; d'autre part, de l'exécution des missions qui relèvent de l'exercice même d'une prérogative de puissance publique : notamment, l'exercice du pouvoir de police, l'édiction de mesures réglementaires, l'exercice de prérogatives, telles que le droit de préemption ».

2° S'agissant de l'interdiction par la volonté du législateur, « lorsqu'un texte législatif ou réglementaire a interdit la délégation en tel ou tel domaine ou fixé des règles précises de délégation, ce sont évidemment ces règles […] qui doivent être respectées ».

Ces deux restrictions sont tout à fait concevables en droit chinois, bien que celui-ci ait tendance à privilégier la restriction normative. Ces normes de référence sont notamment les lois du 27 août 2003 « sur l'autorisation administrative »[538], du 17 mars 1996 « sur les sanctions administratives »[539], du 26 mai 2005 « sur la gestion des terres »[540] et du 4 novembre 1998, modifiée le 28 octobre 2010, « sur l'organisation des conseils communaux »[541], etc.. Ainsi la loi « sur les

537 CE., sect. intérieur, avis du 7 octobre 1986.

538 " *行政许可法* ", Xing-zheng-xu-ke-fa.

539 " *行政处罚法* ", Xing-zheng-chu-fa-fa.

540 " *土地管理法* ", Tu-di-guan-li-fa.

541 " *村民委员会组织法* ", Cun-min-wei-yuan-hui-zu-zhi-fa.

sanctions administratives » autorise la délégation des pouvoirs de sanction administrative[542] sous réserve de certaines conditions strictes tant pour l'établissement délégant (respect des textes législatifs et réglementaires, obligations de contrôle et d'assumer la responsabilité découlant des actes de sanction)[543] que pour le délégataire (nature non lucrative et d'intérêt public, capacité et compétences adaptées à l'exercice des pouvoirs de sanction)[544], tout en interdisant la délégation des pouvoirs de sanction administrative affectant la liberté individuelle, lesquels ne peuvent être exercés que par les autorités de police[545].

Si l'interdiction par un texte législatif ou réglementaire est relativement aisée à concevoir, le champ des activités non externalisables en raison de leur nature reste discutable. En effet, le critère de nature, fluctuant et insaisissable, est en réalité tributaire des circonstances. En même temps, flexible et pragmatique, il permet l'adaptation aux évolutions socio-économiques et reflète l'identité idéologique du régime politique d'un pays donné. En France, cette nature correspond aux matières régaliennes qui relèvent du monopole naturel de la puissance publique, c'est-à-dire de l'essence même de l'État[546] ou, selon la terminologie du Conseil constitutionnel, aux « tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté »[547]. Il existerait ainsi un « noyau dur » ou « une catégorie minimale de services », selon la formule du Conseil d'État, « qui doivent être gérés directement par l'État parce que, dans la tradition française, ils se confondent avec l'exercice de la souveraineté de celui-ci ». Le haut Conseil tente ensuite de donner, à titre d'exemple, une liste d'activités susceptibles de figurer dans cette catégorie minimale en citant l'armée, la police, les services diplomatiques et la justice[548]. Certaines de ces activités font déjà l'objet d'externalisation ailleurs[549], et elles pourraient aussi, dans certaines circonstances, être externalisées en France. Il convient de constater que la police est d'ores et déjà remise en question. À ce titre, l'intérêt de la comparaison entre la France et la Chine tient à ce que les systèmes de service public des deux pays subissent chacun une évolution qui va à rebours des modèles établis depuis la fondation de leurs

542 Article 18 al. 1 de la loi « sur les sanctions administratives ».

543 Article 18 al. 2 de ladite loi.

544 Article 19 de ladite loi.

545 Article 16 de ladite loi.

546 Christophe Guettier établit une classification entre matières « régalienne », « statutaire » et « réglementaire », lesquelles peuvent à notre sens être comprises comme des activités régaliennes relevant du monopole naturel de la puissance publique. Voir Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 152 – 158.

547 C. const., décision n° 2002-461 DC, 29 août 2002 ; *D*. 2003, p. 1127, obs. Laurent Domingo et Séverine Nicot.

548 *EDCE*., n° 38, La Documentation française, 1987, p. 54.

549 Telles la surveillance confiée aux personnes privées de la prison au Royaume-Uni et aux États-unis d'Amérique et l'emploi des mercenaires d'une compagnie privée *Blackwater Worldwide* (dénommée *Academi* aujourd'hui) en Irak et en Afghanistan. Concernant la diplomatie, si l'on remonte au temps de la Grèce antique, la fonction d'accueil et de protection des citoyens dans une autre cité, et une partie de la fonction consulaire, étaient confiées à un citoyen de la cité étrangère connu comme proxène.

régimes politiques actuels respectifs, que ce soit par une pression externe ou par une volonté interne.

B. La question de l'externalisation des activités relevant du monopole naturel de la puissance publique : l'exemple des activités de police

En France le principe classique de l'incompatibilité entre police et contrat est controversé par une évolution tendant à l'externalisation des activités matérielles de police (1), tandis qu'en Chine, la mise en œuvre d'une telle externalisation dans une commune rurale a attiré l'attention de la doctrine (2).

1. La remise en question du principe de l'incompatibilité entre police et contrat en droit français

L'incompatibilité entre police et contrat apparaît d'emblée comme une évidence selon la conception classique de la police[550]. Traditionnellement considérés par la doctrine du libéralisme comme des attributs naturels de l'État, les pouvoirs de police sont, selon l'expression du commissaire du gouvernement Tardieu, « inaliénables et imprescriptibles »[551]. Toutefois, ce principe n'a jamais été absolu[552]. Ainsi, le juge administratif a toujours autorisé la délégation de certaines activités matérielles de police[553] telles que le secours en montagne[554] et la mise en fourrière[555]. Comme le soutient Laurent Richer, « un contrat n'est pas inconcevable s'il n'aboutit pas au dessaisissement de l'autorité de police »[556]. La multiplication récente des cas de contractualisation des activités matérielles de police témoigne de l'élargissement d'une telle possibilité[557]. En 2003,

550 Voir notamment André de Laubadère …, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 45 ; Jacques Moreau, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA* 1965, p. 3.

551 Concl. Tardieu, CE., 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*, *Rec.*, p. 914.

552 Jacques Moreau, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *op. cit.*, p. 3 ; Jacques Petit, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *in Mélange en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345.

553 Voir CE., 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*, *S.* 1910, 3, p. 49, note Maurice Hauriou.

554 Circulaire du ministre de l'Intérieur du 22 septembre 1987 « relative au remboursement de frais de secours engagés à l'occasion d'accidents consécutifs à la pratique du ski » et circulaire du 4 décembre 1990 « relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond ».

555 CE., 24 mais 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Chambrin*, *Rec.*, p. 331 ; TC., 14 mai 1990, *GIE. Copagau-Copagy-Taxitel c/ Préfet de police*, *Rec.*, p. 394.

556 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 65. Voir également C. const., op. cit., n° 2002-461 DC : L'article 49 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qui permet de confier à des personnes privées les tâches de surveillance électronique des personnes mises en examen dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ne porte que sur des « prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté ».

557 Voir dans ce sens Elina Lemaire, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA* 2009, p. 767.

Jacques Petit constate que ce principe traditionnel de l'incompatibilité entre police et contrat est déjà « faiblement infléchi »[558].

Or, non seulement il faut distinguer les activités matérielles de police de celles qui ne le sont pas[559], mais aussi préciser que toutes les activités matérielles de police ne sont pas « délégables »[560]. Si les municipalités peuvent, selon la solution de la jurisprudence *Thérond*, confier la mission d'enlèvement des ordures ménagères « en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population »[561], mission de police administrative, elles ne peuvent, en revanche, légalement déléguer les activités « d'îlotage, de ronde et de surveillance »[562]. Il s'agit, dans les deux cas, d'une externalisation d'activités matérielles de police. Existerait-il une distinction de nature au sein même des activités matérielles de police ? S'il y en a une, comment établir les critères de distinction quitte à examiner au cas par cas ? À ce propos, Luc Moreau s'interroge avec acuité sur la différence de nature « entre deux entreprises privées fournissant une prestation de service sur la voie publique, l'une assurant le ramassage des ordures ménagères, l'autre effectuant une mission de surveillance »[563]. En l'absence d'un tel critère de distinction, il est toujours possible de revenir sur l'interdiction totale de déléguer les activités de police. Ainsi, en se référant à la notion des activités de souveraineté, le commissaire du gouvernement Schwartz a déclaré qu' « une personne publique ne peut déléguer à autrui une quelconque part de ses missions de police administrative »[564].

Par ailleurs, le juge, en respectant la distinction classique entre police et service public, qualifie les activités matérielles de police de services publics lorsqu'il autorise leur externalisation. C'est, selon Benoît Delaunay, renouer avec « la controverse classique sur la distinction entre l'activité de police et l'activité de service public »[565]. Or, peut-on toujours soutenir, comme à

---

558 Jacques Petit, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *op. cit.*, p. 352 et sv..

559 CE., 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation c/ Jounet*, req. n° 337062, concl. Lieber.

560 L'interdiction de certaines activités matérielles de police est posée par la décision du Conseil d'État du 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary* (*Rec.*, p. 595 ; *D.* 1932, 3 , p. 26, concl. Josse) : s'agissant, en l'espèce, de « la surveillance intermittente des propriétés rurales », « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confiée qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration ».

561 CE., 4 mars 1910, *Thérond*, *op. cit.*.

562 TA. Versailles, 17 janvier 1986, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne*, *Rec.*, p. 303 : « en l'absence de texte législatif l'y autorisant, il est impossible à l'administration de conclure une convention portant sur l'exercice de ses pouvoirs de police générale ; que cette impossibilité concerne non seulement le transfert d'une compétence normative à une personne privée, mais encore l'habilitation de celle-ci à exercer des activités matérielles de police ».

563 Luc Moreau, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Presse de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 175.

564 Concl. Schwartz, CE., 27 février 2004, *Mme. Popin*, *Rec.*, p. 86, *AJDA* 2004, p. 672.

565 Benoît Delaunay, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA* 2012, p. 484.

l'époque de l'État-gendarme, que les activités de police se distinguent de celles de service public[566] ? *A fortiori*, s'agissant d'un objet plus délicat qui est celui des activités matérielles de police, peut-on aisément distinguer ce que Jacques Petit nomme « opérations de police » et « service public à objet de police »[567] ? Il s'agit davantage d'une constatation historique que d'une logique juridique. Ce même auteur, soulignant le malaise de la notion même de police, constate que « le recul du principe de l'interdiction de contracter sur la police traduit en réalité le mouvement historique de transformation des activités de police en activités de service publics »[568]. Aujourd'hui, il est communément admis qu'il n'y a plus d'opposition entre les activités de police et celles de service public. La police elle-même peut être considérée comme un service public. Pour Luc Moreau, « l'incompatibilité entre police et contrat n'existe que concernant certaines matières historiquement considérées comme éminemment régaliennes, de la même manière que semblable opposition existe au sein de la notion de service public »[569].

Si l'interdiction de contracter sur la police repose, comme pour toute la matière de service public administratif, toujours sur la double motivation de la nature de l'activité d'une part et de la volonté du législateur d'autre part[570] — l'une suppose souvent l'autre[571] —, dans sa décision du 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, le Conseil d'État ne fait plus référence à la nature des activités mais se fonde uniquement sur les dispositions législatives[572]. Au lieu de s'obstiner sur la question de la nature en vue de fixer des principes immuables, la haute Assemblée semble cette fois s'en remettre à la plume du législateur et au gré de la contingence politique.

> « En un temps où la légitimité même de l'État est constamment mise en cause au nom des bienfaits supposés du marché, écrit Xavier Prétot en commentant cette décision, une telle évolution n'est évidemment pas sans signification. »[573]

566 Pour une distinction conceptuelle entre police et service public, voir Étienne Picard, *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ., coll. « Bibliothèque de droit public », 1984, p. 796.

567 Jacques Petit, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *op. cit.*, p. 359 : « parmi les activités matérielles visant à la sauvegarde de l'ordre public, qui participent logiquement de la police, certaines sont effectivement qualifiées ainsi par le droit positif, tandis que d'autres sont rejetées hors de la police ».

568 *Ibid.*, p. 358.

569 Luc Moreau, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *op. cit.*, p. 176.

570 Voir l'avis du 7 octobre 1986 du Conseil d'État et la circulaire du 7 août 1987, *op. cit.*.

571 Voir Thierry Dal Farra, commentaire sous CE., 9 mars 1995, req. n° 356931, *in Grands avis du Conseil d'État*, 2ème éd., 2002, n° 32, p. 333 ; Luc Moreau, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *op. cit.*, p. 178.

572 CE., 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, req. n° 170606.

573 Xavier Prétot, note sous CE., *Commune d'Ostricourt*, *op. cit.*, *JCP éd. gén.* 1998, II, n° 10139.

Le critère de la volonté du législateur, critère changeant au gré des clivages politiques, a ainsi tendance à devenir prépondérant dans la délimitation du champ des activités matérielles de police externalisables. Quant à la nature régalienne de la matière de police, elle ne sert aujourd'hui, comme le souligne Benoît Delaunay, « plus tant à interdire le contrat […] qu'à fonder la réparation par l'État des préjudices causés par l'activité de police, fût-ce par une personne privée »[574].

En effet, la délégation des activités matérielles de police n'implique pas l'abandon de la responsabilité de la personne publique. En d'autres termes, le transfert des risques liés à l'exploitation du service public, conséquence d'une concession de service public (dans une matière non régalienne si l'on peut dire), ne s'applique pas en matière d'externalisation des activités de police. Ainsi, le contrat d'externalisation des activités matérielles de police et la responsabilité extra-contractuelle découlant de l'exercice de ces activités se trouvent combinés dans l'affaire *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, et le juge administratif suprême déclare qu' « eu égard à l'objet du contrat administratif […] qui, associant une personne privée à la mise en œuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police, devait être exécuté sous le contrôle et la responsabilité de l'administration, […] il appartenait à l'État de réparer les dommages subis […] sans subordonner cette responsabilité à l'impossibilité pour l'intéressé d'obtenir de cette [personne privée associée] la réparation de ces dommages »[575].

En résumé, l'administration a la faculté d'externaliser les activités matérielles de police lorsque le législateur l'autorise ; elle exerce un contrôle effectif sur la personne privée délégataire et assume la responsabilité extra-contractuelle qui découle de l'exercice des activités externalisées. Cependant, dans la pratique, cette « faculté » est plutôt une « contrainte » soit à cause du manque de personnels, soit en raison des spécificités techniques qu'exigent les objets en cause. Lorsque l'administration décide de recourir au secteur privé pour assurer certaines activités matérielles de police, c'est souvent parce qu'elle ne dispose pas suffisamment de moyens pour les assurer elle-même. Comme le formule avec lucidité Benoît Delaunay, « conçue dans le cadre de la police générale sous l'ère libérale réservant à "l'État-gendarme" les missions régaliennes, la prohibition de contractualiser la police n'est rapidement plus apparue adaptée à l'interventionnisme de l'après-guerre mondiale qui a vu le développement exponentiel des polices spéciales répondant à des besoins renouvelés par "l'État-providence" »[576]. *A contrario*, pendant le déclin de l'État-providence,

574 Benoît Delaunay, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *op. cit.*, p. 487.

575 CE., 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, req. n° 337062 ; *RFDA* 2012, p. 482, note Benoît Delaunay.

576 Benoît Delaunay, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *op. cit.*, p. 483.

la multiplication des externalisations d'activités matérielles de police, qui accompagne le retour du libéralisme, a précisément vocation à dépouiller les personnes publiques des activités qui ne devraient pas relever du noyau dur de la police en tant que mission régalienne au sens de la conception libérale.

Or, il semble qu'en Chine tout se précipite à une vitesse inouïe : peu de temps après la mise en place d'une politique de construction d'un système de service public, les pouvoirs publics commencent à rétrécir le domaine exclusif de l'État *via* l'externalisation de certaines activités relevant traditionnellement du monopole de la puissance publique telles que les activités de police. Cela n'a pas manqué de susciter quelques controverses.

2. Les controverses liées à la pratique de l'externalisation des activités de police en Chine

Le 1er janvier 2003, le Quotidien Ningbo[577] a publié un article qui a suscité l'attention des commentateurs tant du droit administratif que de la science économique et de gestion. La division de police d'une commune rurale subordonnée à la municipalité de Ningbo, province du Zhejiang, a décidé de déléguer les activités de prévention en vue de la sécurité publique *via* une procédure d'appel d'offres. La candidature d'un habitant local Monsieur Z. a été retenue avec un forfait dont le montant s'élève à 25 200 CNY (3 000 euros environ) pour assurer les charges de prévention en vue de la sécurité publique de ladite commune pour l'année 2003. Selon les stipulations du contrat de délégation, le nombre maximal de faits de délinquance pour l'année 2003 est fixé à 12. Chaque délit commis au-delà entraîne 1 000 CNY de perte pour Monsieur Z.. En revanche, chaque délit de moins permet l'octroi d'une prime de 200 CNY. La découverte d'infractions tels les locations illégales de biens immobiliers et les séjours irréguliers de personnes migrantes entraîne la perte de 5 à 50 CNY pour le délégataire. Quant à la surveillance de nuit, si elle est jugée insatisfaisante au regard des exigences de la sécurité publique, Monsieur Z. est pénalisé de la perte de 20 CNY chaque fois. À la fin de l'année 2003, selon le sondage réalisé auprès des habitants de la commune, la baisse de chaque point du taux de satisfaction des habitants par rapport à la moyenne du taux de satisfaction entraîne la perte de 100 CNY pour le compte du délégataire, alors qu'une prime de 100 CNY lui est accordée pour chaque point supplémentaire. La personne délégataire est compétente pour recruter des personnels — et tenue de les rémunérer le cas échéant —, sous le contrôle de la division de la police, pour l'exécution des tâches prescrites dans le contrat. L'ensemble des personnels de la personne délégataire assistent la division de la police de ladite commune.

577 " *宁波日报* ".

Telles sont les clauses de cette convention de délégation qui porte sur des activités matérielles de police. Parmi ces activités, certaines sont communément conçues comme « délégables » telle la surveillance de nuit qui, au fond, ne se distingue pas des surveillances pour la sécurité privée, tandis que certaines autres, comme le contrôle de la régularité du séjour des personnes migrantes et le contrôle de la légalité des locations immobilières, sont susceptibles d'atteindre la liberté individuelle ou la propriété privée, dont l'exercice est normalement réservé aux autorités de police. Cette restriction est d'ailleurs énoncée par l'article 16 de la loi « sur les sanctions administratives »[578]. C'est pourquoi, six ans plus tard, en vue d'assurer cette conformité à la disposition législative, la municipalité de Ningbo a édicté une mesure provisoire du 24 novembre 2009 « sur l'externalisation des services du gouvernement », laquelle interdit, dans son article 9, d'externaliser les fonctions de « sanctions administratives, d'autorisations administratives, de contrôles administratifs, de confirmations administratives, de réquisitions et d'expropriations administratives et d'exécution forcée des actes administratifs »[579]. Les activités énumérées par cette liste correspondent à la catégorie des activités susceptibles d'atteindre la liberté individuelle ou la propriété privée et qui sont, par conséquent, directement exercées par les autorités de police. Ainsi se dégage un critère de distinction de nature au sein des activités matérielles de police : les activités d'autorité. Un tel critère pourrait s'appliquer au droit français selon la même logique (ce qui comblerait l'absence de critère de distinction que nous avons soulignée[580]), étant entendu que son utilisation par le juge administratif nécessite des examens au cas par cas.

S'agissant des autres activités dont l'externalisation n'est pas limitée par une disposition législative, vu que les intérêts économiques du délégataire sont directement liés au taux de délinquance et à celui de satisfaction des habitants, il n'est pas impossible que l'équipe de Monsieur Z. emploie certaines mesures coercitives pendant l'exécution de leur missions comme la surveillance de nuit. Or, il ne s'agit pas de la surveillance à l'intérieur d'un établissement privé, mais de la sécurité publique de la commune et sur les voies publiques. L'exercice de tels pouvoirs, relevant du monopole de la puissance publique, par une personne privée associée par contrat s'avère, selon YANG Xin, largement contestable. En effet, pour cet auteur, la division de la police n'a pas le droit de déléguer une compétence qui lui est déléguée par l'État[581]. Toutefois, étant donné le particularisme de la société rurale en Chine, caractérisé par la proximité entre les habitants locaux

578 Préc..

579 " *宁波市政府服务外包暂行办法* ", Bing-bo-shi-zheng-fu-fu-wu-wai-bao-zan-xing-ban-fa [*行政处罚*、*行政许可*、*行政检查*、*行政收费*、*行政确认*、*行政征收征用*、*行政强制执行*].

580 Voir 1 : La remise en question du principe de l'incompatibilité entre police et contrat en droit français.

581 YANG Xin, « L'encadrement des contrats d'externalisation des fonctions du gouvernement par le droit public », *LegalForum*, 2007, n° 5, vol. 22, n° série 113, p. 113 [*杨欣，论政府职能合同外包中的公法约束*，法学论坛].

(ce qui ne nous semble pas être propre à la Chine, mais plutôt valable à tout milieu rural du Monde), écrit ce même auteur, le résultat reste le même que les mesures coercitives soient exercées par une autorité de police ou par une personne délégataire, tout citoyen ayant en outre le droit voire le devoir de réprimer les crimes et délits[582]. Ce dernier constat est exact sans aucun doute mais sort du champ juridique.

Dans une autre hypothèse où l'équipe de Monsieur Z. n'emploie pas de mesures coercitives et, le cas échéant, ne fait que prévenir et avertir les autorités de police, la délégation d'une telle activité, comme le soutient CAI Jingrong, n'est pas contraire à l'esprit du législateur[583]. Cette opinion est soutenable en soi, mais difficile à appliquer dans la pratique. On retrouve en effet la même ambiguïté relative à la nature des activités en droit français et surtout l'insoluble question d'une même activité qui peut tantôt porter atteinte à la liberté individuelle, tantôt se borner à assister les autorités compétentes. Il est certes possible de préciser les détails d'exécution et le régime des responsabilités dans le contrat, afin de parer aux ambiguïtés dans l'exercice des pouvoirs coercitifs. Mais en détachant les pouvoirs coercitifs de l'activité, par exemple, de la surveillance, on vide en quelque sorte toute la force d'une telle mission. Il serait d'ailleurs absurde que la personne chargée de la surveillance, témoin d'un vol, au lieu d'intervenir directement, coure à la police en laissant le délinquant continuer sur place. Dans ce cas, la surveillance, dépourvue de pouvoir coercitif, ne serait en réalité plus une activité de police. On change la nature de l'activité mais on ne répond pas à la question du caractère externalisable des activités de police.

*

Ainsi, la limitation de l'externalisation des services publics constitue un des éléments permettant sa distinction avec la privatisation des services publics : ce qui est externalisable n'est pas toujours « privatisable ».

582 *Idem*.

583 CAI Jingrong, « Réflexions sur l'externalisation des activités de police — interprétation juridique, fondement idéologique et règles applicables », *Presses universitaires de l'Université de sécurité publique du Peuple de Chine (édition Sciences sociales)*, 2010, n° 2, n° série 144, p. 4 [*蔡金荣，治安承包再思考 – 法理阐释、制度依托与行为规范*，中国人民公安大学学报（社会科学版）].

Conclusion du chapitre I

Depuis une vingtaine d'années, dans les deux pays ayant pourtant développé une culture d'unilatéralisme, le procédé contractuel progresse à mesure que les rapports entre l'État et le marché se modifient et se restructurent. Les réformes actuelles de l'administration publique et de l'organisation des services publics symbolisent le triomphe de la vision libérale du service public. Les conceptions anglo-saxonnes de l'État et de l'intérêt général pénètrent les droits français et chinois, ambitionnant leur modernisation. Cette évolution s'explique non seulement par le manque de moyens pour la réalisation des diverses missions, mais aussi par un changement de position idéologique qui a désormais tendance à confronter la notion d'intérêt général à la logique économique de valorisation. Comme le souligne Michel Guénaire, « la crise du service public révèle la banalisation, l'effacement, l'alignement de la mission d'intérêt général sur les contraintes de la gestion privée »[584].

Le développement de l'externalisation des services publics par voie contractuelle et surtout l'élargissement de ce procédé à des champs nouveaux démontrent en quelque sorte un affaiblissement de l'État et un changement du rôle de celui-ci, comme le déclare officiellement le gouvernement chinois. Toutefois, il ne s'agit point d'un délaissement, et non plus nécessairement de la fin de l'âge d'or du service public. Le contrat n'est pas un procédé en soi contraire à l'intérêt public. Il est d'ailleurs le fondement idéologique même d'un État moderne qui unit les droits et les devoirs. Par l'externalisation contractuelle de ses missions de service public, l'État efface son *imperium* en cherchant la *concordia*.

Ainsi l'image traditionnelle des services publics assurés par des fonctionnaires s'estompe à mesure que les personnels privés entrent en concurrence avec les personnels publics et partagent parfois l'exercice d'un même service. Le mouvement d'externalisation des services publics a donc des conséquences considérables sur le fonctionnement de la fonction publique.

584 Michel Guénaire, « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A* 2005, p. 1209.

Chapitre II. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique

L'externalisation des services publics a le même objectif que l'externalisation dans le secteur privé : permettre aux personnes publiques de se recentrer sur leur cœur de métier en vue d'améliorer la qualité de leurs prestations tout en baissant le coût de ces opérations. Ainsi, sont souvent l'objet de telles mesures le nettoyage et la surveillance des locaux des établissements, certains services techniques tels que le service informatique, de documentation, d'entretien, la restauration, le transport, etc.. L'un des intérêts de l'externalisation pour une personne publique est de ne plus gérer les personnels qui étaient affectés aux services concernés. Cette logique économique aurait la même conséquence que la privatisation des services publics, qui opère elle aussi un transfert de personnels du secteur public au secteur privé[585].

Toutefois, si les personnels publics transférés vers des entités privées sont, comme après la privatisation, censés devenir tôt ou tard des personnels privés, les salariés d'une personne privée gestionnaire d'un service public n'ont pas vocation à devenir des agents publics, même lorsqu'ils participent parfois à l'exécution des missions de service public de nature administrative[586]. Une des différences entre les conséquences de la privatisation et de l'externalisation des services publics est là : celle-ci ne change pas la nature des activités externalisées tout en les confiant à des personnels privés. Ce sont des activités non susceptibles de faire l'objet d'une privatisation (pour des raisons circonstancielles et idéologiques) mais qui peuvent ne pas être exécutées par le personnel (notamment public) de l'établissement public. C'est pourquoi le résultat d'une externalisation sur la gestion des personnels diffère aussi d'un autre cas de figure, celui de la contractualisation des personnels des établissements publics.

Par la contractualisation des emplois, l'administration n'abandonne pas leur gestion, mais en modifie le régime juridique. Elle introduit au sein de l'établissement une scission entre les personnels titulaires et les personnels contractuels, publics et privés, qui repose sur la différence entre titularisation et contrat ; mais les deux catégories sont des personnels de l'établissement, ce qui n'est pas le cas pour les personnels d'une personne privée chargée de la gestion des activités externalisées de cet établissement.

Or en pratique, après une externalisation mal définie ou non aboutie, les agents publics, les agents contractuels de droit privé et les salariés de la personne privée prestataire sont parfois

585 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 1 : Le transfert des personnels lié à la privatisation des services publics.

586 Leur contrat sera en revanche requalifié, un jour une personne publique reprendra le service externalisé.

affectés à un même service pour y effectuer les mêmes activités. D'ailleurs en Chine, on peut s'interroger sur la différence entre un employé contractuel de droit privé de l'administration et un salarié de la personne privée chargée de la gestion des activités externalisées, qui est assigné à la même fonction que cet employé contractuel.

Bien que l'externalisation des services publics restreigne, comme le fait la privatisation, l'intervention directe de l'État, elle ne réduit pas son champ d'activités. Il s'agit seulement de réaliser ces activités, jusqu'alors effectuées par des agents publics, par le concours d'initiatives privées et, par conséquent, par des personnels privés. Est-ce à dire qu'il n'existe pas de concordance immuable entre certains services publics et la fonction publique ? L'externalisation des services publics consiste-t-elle à rétablir la concordance qui repose sur la nature des activités de service public ?

Force est de constater que l'externalisation des services publics modifie les conditions de travail ou de service, et parfois la situation juridique des personnels concernés, aussi bien pour les agents publics affectés à un service public à caractère administratif externalisé (section 1) que pour les salariés d'une personne privée prestataire d'un tel service (section 2).

Section 1. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur la situation juridique des agents publics affectés au service externalisé

L'externalisation des services publics soulève la même question de transfert de personnels que la privatisation des services publics. Plus précisément, il s'agit de savoir si les emplois transférés au secteur privé correspondent effectivement aux activités externalisées (I). Un tel transfert a pour conséquence de privilégier la logique d'emploi sur celle de carrière dans l'organisation de la fonction publique (II).

I. La relation entre les activités externalisées et les emplois transférés

L'externalisation des services publics devrait logiquement impliquer la suppression des emplois publics. Les emplois supprimés sont censés être, dans la plupart des cas, ceux dont les titulaires étaient naguère affectés aux activités externalisées (A). Toutefois, les emplois supprimés et les activités externalisées ne coïncident pas toujours (B).

A. La concordance logique entre l'externalisation des activités et le transfert des emplois

Il s'agit ici d'une pratique de l'administration chinoise consistant à externaliser des services publics et à inciter, comme nous l'avons décrit, le départ « volontaire » d'une partie du personnel d'un établissement administratif. Les agents qui assuraient, par exemple, des services de ménage et d'entretien des locaux de l'établissement, de restauration ou informatiques, sortent du personnel de l'établissement avec leurs emplois. Sont ainsi externalisés les emplois publics de l'établissement à travers l'externalisation des activités de cet établissement. En vérité, il serait plus clair de parler de « privatisation » des emplois publics.

En France, compte tenu des divers enjeux sociaux et politiques et surtout de la pression des syndicats de fonctionnaires, une telle intention n'a jamais été clairement affichée, bien que l'on puisse la deviner sans difficulté. L'externalisation des activités de service public s'inscrit pleinement dans la logique de la réduction des effectifs de la fonction publique. Si la politique de « ne pas remplacer un fonctionnaire sur deux partant à la retraite » annonce de façon patente, tout en étant parfois considérée comme insuffisante, l'externalisation d'activités de service public pourrait être bien plus efficace. En effet, une telle opération conduit logiquement à la suppression des emplois publics. En outre, la reprise des personnels transférés à la suite d'un acte d'externalisation peut produire des incidences au regard du principe de libre concurrence lequel tend à s'imposer à

l'ensemble des matières de la commande publique[587]. Ainsi, les informations relatives à la masse salariale transférée constitue un élément du marché, lequel représente un enjeu considérable dans l'appréciation des charges de la personne privée cocontractante et dans la détermination du prix de son offre. Ainsi, s'agissant d'un marché public lancé par la Régie autonome des transports parisiennes (RATP), le Conseil d'État a jugé qu' « en se bornant […] à relever que [l'obligation] de reprise résultait de dispositions extérieures au marché, connues de la société, et régissant uniquement les rapports entre employeurs et salariés, et qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait, en l'espèce, à la RATP de fournir à tous les candidats la liste des personnels à reprendre, sans rechercher si cet élément d'information constituait un élément essentiel du marché dont tous les candidats devaient avoir été mis à même de prendre connaissance, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit »[588]. Dans une autre affaire similaire, la haute juridiction administrative, sans pour autant déterminer la nature juridique — marché public ou délégation de service public — du contrat d'externalisation, a jugé que le principe d'égalité entre les candidats n'a pas été respecté du fait que la société requérante n'avait pas pu « avoir communication des informations qu'elle sollicitait sur le kilométrage du réseau et sur la masse salariale des personnels à reprendre en application des dispositions du code du travail »[589]. Dans une décision du 30 avril 2003, à propos de l'extension d'une convention collective, le Conseil d'État a saisi l'occasion de rappeler que « dans la mise en œuvre des pouvoirs que le ministre du travail tient des dispositions précitées de l'article L. 133-8 du code du travail, il lui appartient de veiller à ce que l'extension d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; qu'il en va en particulier ainsi dans les secteurs où des entreprises sont candidates à des délégations de services publics ou à des marchés publics ; qu'à ce titre, il incombe au ministre d'opérer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause »[590].

---

587 Sur ce point, voir Emmanuelle Marc, « Délégation de service public et fonction publique », *AJDA* 2013, p. 1458 – 1459.

588 CE., 6 juin 1997, *SA Société industrielle de nettoyage*, req. n° 129437 ; *RDI* 1997, p. 583, obs. François Llorens et Philippe Terneyre.

589 CE., 13 mars 1998, *SA Transports Galiero*, req. n° 165238 ; *RDI* 1998, p. 359, obs. François Llorens et Philippe Terneyre.

590 CE., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, req. n° 230804 ; *AJDA* 2003, p. 1150, chron. Francis Donnat et Didier Casas, p. 1849, étude Pierre Subra de Bieusses ; *Dr. soc*. 2003, p. 999, note Paul-Henri Antonmattei et Stéphane Destours ; *D.* 2004, p. 1702, obs. Xavier Prétot et Dominique Chelle.

Une précision a été apportée par le Conseil d'État, à propos d'une offre anormalement basse formulée dans le cadre d'un marché public :

> « [S]i le coût correspondant à la reprise de salariés imposée par les dispositions du code du travail ou par un accord collectif étendu constitue un élément essentiel du marché, dont la connaissance permet aux candidats d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer utilement une offre, le prix de cette offre ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût, compte tenu des possibilités pour l'entreprise de le compenser, notamment par le redéploiement des effectifs en son sein ou, si l'exécution de ce marché n'assure pas un emploi à temps plein des salariés concernés, de la possibilité de leur donner d'autres missions et donc de n'imputer, pour le calcul du prix de l'offre, qu'un coût salarial correspondant aux heures effectives de travail requises par la seule exécution du marché. »[591]

Ainsi, le cocontractant peut ne pas prévoir exactement les mêmes emplois pour assurer les activités externalisées, comme la personne publique délégante ou adjudicatrice qui peut ne pas supprimer les emplois liés aux activités externalisées.

B. La discordance de fait entre l'externalisation des activités et le transfert des emplois

En Chine, un établissement public peut externaliser les activités d'un service public tout en conservant en tout ou en partie les emplois qui y sont attachés. En effet, la décision d'externaliser n'exprime pas toujours une volonté de retrait de la gestion publique, mais souvent une solution intermédiaire que l'administration a prise face aux besoins croissants du service public. La création de nouveaux emplois publics, le recrutement d'agents publics et la restructuration du personnel élargi sont accompagnés de procédures lourdes et complexes. Par ailleurs, le résultat de ces opérations s'avère quelque peu rigide face aux circonstances changeantes, étant donné le statut des agents publics. Le recours au marché pourrait être une solution relativement efficace pour combler le manque de personnels dans l'accomplissement des diverses tâches de service public.

Toutefois, cela n'implique pas que l'administration doive abandonner les emplois qui étaient attachés au service externalisé. Ainsi, dans le processus d'externalisation du service de propreté urbaine de la municipalité de Shenzhen, bien que l'ensemble du service ait fait l'objet de concessions de service public, un certain nombre d'agents publics d'USP sont conservés avec leurs

591 CE., 1er mars 2012, *Département du la corse du Sud*, req. n° 354159 ; *AJDA* 2012, p. 464.

emplois publics, non seulement s'agissant des agents de direction, mais aussi des agents d'exécution. L'intérêt d'une telle mesure est de permettre à l'administration de disposer d'un personnel lui étant directement subordonné, afin d'accomplir des tâches d'urgence et dans des circonstances exceptionnelles, sans calculer le coût de l'opération comme le font nécessairement les prestataires privés[592].

Cela étant, en Chine comme en France, l'externalisation ne suppose normalement pas la conservation des agents publics affectés aux activités externalisées. La plupart des agents concernés subissent des changements de situation à cause de l'acte d'externalisation.

II. Le devenir des agents publics « externalisés »

S'agissant de l'impact de l'externalisation des services publics sur les agents publics, il se décline en deux situations, l'une concernant les agents publics titulaires (A) et l'autre, les agents publics contractuels (B).

A. L'impact de l'externalisation des services publics sur les agents publics titulaires

Si l'externalisation d'un service public fait entrer dans le domaine public des salariés de droit privé et modifie parfois leur situation juridique, elle n'implique pas nécessairement le départ des agents publics titulaires dont les emplois ont fait l'objet de l'externalisation. Ils demeurent membres de la fonction publique par le biais du principe de séparation du grade et de l'emploi.

En France, avec le consentement des agents titulaires concernés, l'administration peut recourir à des mesures de mobilité lors du transfert de personnels après l'externalisation[593]. Ainsi dans le cadre de la fonction publique territoriale, l'article 2-5° du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 « relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité et de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration » prévoit qu'un fonctionnaire peut être détaché[594] « auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un

592 Voir l'analyse de JIA Xudong, *Étude sur l'externalisation des services publics par les gouvernements locaux dans les zones urbaines en Chine à travers la théorie d'implantation*, Thèse, Université de Lanzhou, 2010, p. 63 – 71 [*贾旭东*，基于扎根理论的中国城市基层政府公共服务外包研究，*兰州大学*].

593 À ce titre, pour une approche comparative entre le droit de la fonction publique et le du travail sur la mise à disposition et le détachement, voir David Jacotot, « Les avatars de la mobilité fonctionnelle. La mutation d'un fonctionnaire au sein d'une entité privée, un imbroglio juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 135.

594 S'agissant du droit applicable aux agents détachés auprès des entités privées, voir TC., 24 juin 1996, *Préfet du Lot-et-Garonne*, req. n° 03031 ; Florence Debord, « Les frontières de l'application du droit public et du droit privé au travailleurs subordonnés », *in Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 181.

service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels ». Concernant la mise à disposition[595], l'article 61-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 prévoit qu'elle peut être effectuée auprès « des organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes ».

Hormis ces dispositifs traditionnels, la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » a créé une nouvelle situation en cas de « restructuration d'une administration de l'État ou de l'un de ses établissements publics administratifs » et lorsque l'emploi d'un fonctionnaire « est susceptible d'être supprimé » : la réorientation professionnelle. Ce nouveau dispositif, avec son décret d'application du 12 novembre 2010[596], a été vivement critiqué par les organisations syndicales de fonctionnaires en ce qu'il soumet l'agent intéressé à une situation précaire entre disponibilité à durée illimitée et éventuel licenciement[597]. L'impact obscur de l'externalisation d'un service de l'administration, comme l'a remarqué Didier Jean-Pierre, serait la situation dans laquelle l'emploi de l'agent est supprimé à la suite de l'externalisation, alors que l'agent en question « n'a ni trouvé un nouvel emploi, ni été placé en disponibilité d'office ». En effet, les dispositifs législatif et réglementaire n'ont pas précisé à quel moment l'emploi de l'agent concerné est supprimé. Plusieurs possibilités sont envisageables : soit adopter une lecture des textes favorables aux agents selon laquelle la suppression de l'emploi ne peut avoir lieu avant la fin de la réorientation professionnelle ; soit admettre que l'administration, pressée d'externaliser le service, peut supprimer l'emploi concerné en plaçant l'agent en surnombre, ce qui n'est pourtant souhaitable ni pour l'administration ni pour l'agent ; soit enfin considérer que l'administration peut recourir, le cas échéant, à d'autres mesures de mobilité telles que la mise à disposition et le détachement afin de rattraper les effets concomitants de l'externalisation des services publics et de la réorientation professionnelle. Cette dernière option n'est pas sans inconvénients, car le non renouvellement de la mise à disposition ou du détachement de l'agent

---

595 S'agissant du droit applicable à un agent mis à disposition auprès d'une entité privée, voir TC., 10 mars 1997, *Préfet de la région Alsace, Rec*., p. 526, *Dr. soc*. 1997. 720, concl. Sainte-Rose, p. 717 ; C. cass. plén., 20 décembre 1996, *Dr. soc*. 1997. 710, note Jean-François Lachaume ; C. cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-69453, *RDT* 2010. 510, note Florence Debord.

596 Décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État ».

597 En ce qui concerne la doctrine, voir les deux commentaires publiés à la revue *AJFP*., mars-avril 2010, Fabrice Melleray, « Un "plan de sauvegarde de l'emploi" qui ne dit pas son nom », p. 60 – 61, Pierre Boutelet, « La nouvelle disponibilité d'office, instrument du licenciement pour suppression d'emploi », p. 61 – 63. Voir également Didier Jean-Pierre, note sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de relation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *JCP A* 2011, 2023, p. 29. Nous aurons l'occasion d'aborder la réorientation professionnelle de façon plus approfondie dans la partie II – titre II – chapitre I – section 2 – II – C : La situation professionnelle des agents affectée par les mesures de mobilités.

auprès d'une autre administration mettrait l'agent dont l'emploi d'origine aurait été supprimé dans une situation très incertaine[598].

En outre, l'administration peut recourir aux mêmes procédés d'éviction des personnels que lors d'une privatisation : la mise à la retraite anticipée et le licenciement. À propos de ce dernier, Gaston Jèze le considère comme l'une des mesures de cessation d'activité de la fonction publique : il s'agit de « la décision de désinvestiture définitive d'un agent public à la suite de la suppression de la fonction ». Une telle décision peut être prise lorsque l'intérêt du service le justifie et sans que des motifs liés à la personne du fonctionnaire licencié n'aient à être exposés[599]. Il s'agit donc d'une mesure discrétionnaire de l'administration qui se distingue du licenciement pour insuffisance professionnelle comme de la révocation, laquelle est une sanction disciplinaire[600]. Il s'agit, plus précisément, d'un licenciement pour motif économique inspiré du droit privé ; mais transposé dans la fonction publique, il porte un certain malaise. Lorsque le licenciement est prononcé pour cause de suppression d'emploi, une loi de dégagement des cadres est nécessaire. Or, la France n'a pas connu de loi de dégagement des cadres depuis la décolonisation. François-Xavier Fort souligne que « le licenciement pour motif économique est aujourd'hui pratiquement inconnu du droit de la fonction publique »[601] et que « le licenciement d'un agent public relève, en France, davantage d'un schéma théorique que d'une pratique administrative »[602]. « Le droit de la fonction publique, tel qu'il résulte des statuts et de l'office du juge, poursuit ce même auteur, a privilégié la protection due aux fonctionnaires en encadrant très strictement le licenciement […] »[603]. En effet, l'agent titulaire a souvent un droit à l'emploi *de facto*. On parle de sécurité de l'emploi d'un fonctionnaire[604]. Il convient d'observer une même culture de stabilité des fonctionnaires en Chine. Depuis la fondation de la République Populaire, le gouvernement n'a jamais envisagé de licencier ses agents qui sont considérés comme membres immuables de la corporation étatique et ce, particulièrement en raison de leur appartenance au PCC. Cette attitude n'a pas changé, malgré la volonté de construire une fonction publique moderne à l'image des modèles occidentaux. Les réformateurs ont beau apprendre

---

598 Didier Jean-Pierre, note sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de relation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *op.cit.*, p. 30.

599 Gaston Jèze, L*es principes généraux du droit administratif*, Giard, t. II, 3ème éd., 1930, rééd. par Dalloz, 2003, p. 658 et sv..

600 Article 70 de la loi n° 84-16 du 11 février 1984. Une des propositions du *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* qui consiste à « organiser la sortie de la fonction publique des agents devenus inemployables ou dont la valeur professionnelle est insuffisante » s'inscrit plutôt dans ce registre (Ludovic Silicani, La Documentation française, 2008, p. 162).

601 François-Xavier Fort, « Le licenciement des agents publics, une mesure singulière », *RDP* n° 6-2006, p. 1514.

602 *Ibid.*, p. 1515.

603 *Idem*.

604 Joël Mekhantar, « La sécurité de l'emploi, garantie des fonctionnaires », *AJFP* mai-juin 1996, p. 32.

auprès des pays anglo-saxons et introduire le contrat dans la fonction publique, l'édifice de celle-ci reste toujours le même, fondé depuis l'ère des mandarins : une fonction publique de carrière et de corporation.

Si la politique de modernisation de l'État et de ses administrations consiste à introduire les méthodes du secteur privé dans la sphère publique notamment par des mesures d'externalisation, la faculté de rompre le lien avec ses agents doit être effectivement reconnu à l'administration à l'instar du principe de la liberté d'un employeur privé de pouvoir choisir ses collaborateurs[605], non seulement pour des rasions liées aux agents, mais aussi pour des motifs économiques.

Si les fonctionnaires restent dans la fonction publique grâce aux dispositifs garantis par leur statut d'une part, et bénéficient culturellement d'une certaine sécurité d'emploi d'autre part, leurs collègues non titulaires n'ont pas les mêmes garanties.

B. L'impact de l'externalisation des services publics sur les agents publics contractuels

En France, avant l'intervention du législateur en 2009, le sort des agents publics contractuels lors du transfert de personnels résultant d'un acte d'externalisation était dépourvu d'encadrement législatif. Étant donnée la distinction entre agents contractuels de droit public et salariés relevant du droit du travail, principe constamment rappelé en droit national français, la Cour administrative d'appel de Versailles avait jugé, à propos du transfert d'un contrat passé entre un agent public contractuel et une commune, que « si cette collectivité fait valoir que la cessation des fonctions de la requérante trouve sa cause dans le transfert à la société Samsic de l'activité d'entretien des locaux assurée par Mme. X, il est toutefois constant que celle-ci a refusé de devenir salariée de la société Samsic et n'a jamais travaillé pour le compte de cette dernière ; que la commune ne peut, dès lors, utilement se prévaloir de l'article L. 122.12 du Code du travail et de la directive susvisée n°77/187/CE du Conseil du 14 février 1977 pour soutenir que le contrat de la requérante aurait été transféré à ladite société et que sa situation serait désormais régie par le droit privé »[606].

En ajoutant un article L. 1224-3-1 dans le Code du travail, la loi du 3 août 2009 impose à la personne privée de proposer aux agents non titulaires de droit public transférés un contrat de travail de droit privé reprenant les clauses substantielles de leur contrat précédent. En cas de refus par l'agent en question, celui-ci est licencié selon les règles du droit public[607]. Récemment, un tel cas a été porté devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux à propos du licenciement d'un directeur

605 C. const., décision n° 88-244 DC, 20 juillet 1988.

606 CAA Versailles, 10 février 2005, req. n° 02VE01196.

607 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 1 – II – B – 2 : Le transfert des agents publics contractuels.

d'office de tourisme d'une commune qui avait transféré la gestion dudit office de tourisme à un EPIC. La Cour considère qu' « à supposer, comme le soutient la communauté de communes des Lacs médocains, qu'un nouveau contrat ait été proposé à M. A … par l'office de tourisme communautaire Médoc océan et que celui-ci ait refusé le contrat proposé, il appartenait à cet office, qui avait repris l'activité de l'office de tourisme de Carcans Maubuisson, employeur de l'intéressé, de procéder à son licenciement ; que si la communauté de communes fait valoir qu'elle avait pris en charge, durant les mois de janvier à mars 2010, le salaire de M. A …, cette seule circonstance ne saurait suffire à la faire regarder comme son employeur dès lors qu'il est constant qu'elle n'avait signé avec ce dernier aucun contrat, ni aucune convention avec l'office de tourisme de Carcans Maubuisson pour muter l'intéressé et l'affecter sur un emploi existant chez … ; que, d'ailleurs, elle n'avait aucun emploi à lui proposer »[608].

Il s'agit d'un processus *in versus* de la reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un SPA et d'une solution identique à celle du transfert d'un service public après privatisation. Or, ces mesures concernant les agents contractuels de droit public lors du transfert de personnels après externalisation des services publics ne sont pas envisagées par les autorités chinoises qui semblent préférer le vide juridique offrant aux administrations une plus grande souplesse. D'ailleurs, comme nous l'avons montré en abordant les questions relatives au transfert de personnels après privatisation, non seulement, en pratique, aucun agent public contractuel n'a été transféré à une personne privée, sans compter bien sûr les départs volontaires, mais surtout la question du transfert du personnel public contractuel concernerait essentiellement les agents d'USP contractuels qui subissent les effets de la politique de catégorisation des USP[609]. Cela étant, la solution française est tout à fait envisageable et conforme à la politique de réforme générale de l'État et de ses administrations, laquelle suppose *a priori* la réduction du nombre d'agents publics qu'ils soient titulaires ou contractuels.

L'externalisation des services publics produit ainsi des conséquences sur la situation juridique des agents publics affectés au service externalisé ; parallèlement elle est aussi susceptible de modifier celle des salariés de la personne privée associés à l'exécution des service publics.

608 CAA Bordeaux, 26 mars 2013, req. n° 12BX00387.

609 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 1 – II – B – 2 : Le transfert des agents publics contractuels.

Section 2. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur la situation des salariés d'une personne privée prestataire d'un service public administratif externalisé

L'externalisation des services publics suppose le plus souvent une collaboration entre les agents publics et les salariés de la personne privée prestataire. Par conséquent, une répartition des tâches entre ces deux catégories de personnel s'avère nécessaire (I). Or, les salariés de la personne privée prestataire concourent à la réalisation d'un service public, laquelle suppose l'application de certaines règles de droit public (II).

I. La répartition des tâches, au sein de l'administration, entre agents publics et salariés de la personne privée prestataire

En Chine, la question de la répartition des tâches au sein de l'administration rencontre une difficulté concernant la distinction entre les salariés de la personne privée prestataire et les employés contractuels de l'administration (A). Par ailleurs, une telle répartition entraînerait des conséquences sur la nature des activités externalisées (B).

A. La distinction entre les salariés de la personne privée prestataire et les employés contractuels de l'administration

S'agissant de la distinction entre les salariés de la personne privée prestataire et les employés contractuels des EPA en droit français, on ne peut que se réjouir de la simplification faite par la jurisprudence *Berkani* et de la rectification par l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 « portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique » à la suite de l'incident causé par l'affaire *Lamblin*[610] : il n'existe en principe que des agents de droit public, qu'ils soient titulaires ou contractuels, au sein d'une personne publique gestionnaire d'un SPA. Les personnels d'une personne privée gestionnaire d'un SPA sont salariés de droit privé, sans qu'il y ait lieu de rechercher la nature du service ou la présence de clauses exorbitantes dans le contrat de travail[611]. Ainsi, le critère organique, c'est-à-dire la qualité de l'employeur, permet de distinguer les agents contractuels de droit public des salariés de la personne privée prestataire. Ce n'est pas tout à fait le cas en Chine où les établissements administratifs ont toujours la faculté de recruter des employés contractuels de droit privé, malgré la préconisation d'avoir recours à des agents publics contractuels formulée par la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics »[612].

---

610 CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, *op. cit.* ; *AJDA* 2004, p. 2153, chron. Claire Landais et Frédéric Lénica.

611 CE., 4 avril 1962, *Chevassier*, *Rec.*, p. 244.

612 S'agissant de la relation entre les agents publics contractuels et les employés contractuel de l'administration, voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B : La dualité public / privé des agents contractuels de l'administration.

L'existence d'employés contractuels de droit privé au sein des établissements administratifs a toujours été un sujet à controverses tant pour la doctrine que pour l'opinion publique. Le fait que les employés contractuels des établissements administratifs soient régis par des textes locaux, en l'absence de normes centrales, et la diversité des règles énoncées par les différents textes locaux laissent cette catégorie d'employés de l'administration dans une situation aléatoire. Mais l'idée commune de tous les modèles locaux est de permettre aux établissements administratifs, au lieu de recruter des agents publics, de recourir au marché du travail pour répondre à leurs besoins ponctuels. Malgré une période confuse concernant la nature des employés de l'administration[613], après l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », ces employés, continuent à exister et sont qualifiés de droit privé, soumis au régime du droit du travail.

Or, les salariés d'une personne privée chargée de l'exécution ou de la gestion des activités externalisées d'un établissement administratif relèvent du même régime juridique et effectuent parfois les mêmes tâches de service. Ce peut être le cas, à titre d'exemple, des agents de ménage, des techniciens informatiques, ou encore des chauffeurs des véhicules de l'établissement.

La situation peut être encore plus complexe lorsque la personne prestataire du service externalisé est une personne physique, qui assure donc le service seulement par elle-même. Si l'on reprend par exemple l'affaire de Monsieur Z., évoquée à la fin du chapitre précédent, nous pouvons supposer que, bien qu'il puisse recruter d'autres collaborateurs avec le budget dont il dispose, Monsieur Z. assure seul les activités de police déléguées. Dans cette hypothèse, on se demande quelle est la différence fondamentale entre la convention de délégation de service public conclue entre Monsieur Z. et la division communale de police et un contrat de travail par lequel Monsieur Z. serait recruté pour assurer les mêmes activités déléguées. Les effets sont *de facto* identiques sur la réalisation des missions concernées.

En fin de compte, en Chine comme en France, l'on accepte aujourd'hui aisément que les activités d'un SPA, même parfois quand elles sont de nature régalienne, soient confiées à des personnes privées par le biais de l'externalisation, mais l'on répugne encore à ce qu'un salarié de droit privé se trouve parmi les agents publics d'un établissement administratif malgré la croissance des agents intérimaires de droit privé au sein des administrations[614].

Il s'agit toujours de la recherche éternelle de la délimitation entre la sphère privée et la sphère publique. La pratique de la répartition des tâches entre salariés de la personne privée

613 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B – 1 : La confusion entre employés de l'administration et agents publics contractuels.

614 Voir partie II – titre II – chapitre II – section 1 – I : Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique.

prestataire et agents publics de l'établissement s'inscrit précisément dans la logique de cette recherche.

B. La conséquence de la répartition des tâches entre les salariés de la personne privée prestataire et les agents publics de l'établissement

La répartition des tâches entre salariés de la personne privée prestataire et agents publics de l'établissement est d'abord une question liée à celle du champ de recours à l'externalisation[615]. Comme on l'a vu, l'idée de l'externalisation est de permettre aux personnes publiques de se décharger des activités qui ne relèvent pas de leurs missions essentielles. Ainsi, les salariés de la personne privée prestataire assurent les activités externalisables, tandis que les agents publics se recentrent sur leur cœur de métier.

Dans la pratique, les salariés de la personne prestataire ont tendance à remplacer, si l'on s'autorise une expression du langage courant, le « petit personnel » de l'administration. Il ne s'agit pas d'établir une hiérarchie entre les tâches au sein d'un établissement public. Mais s'ils sont indispensables pour le fonctionnement normal de l'administration, il est bien aisé de concevoir que le nettoyage des locaux, la restauration, et la reproduction des documents ne constituent pas des missions administratives proprement dites. Une fois confiées aux salariés d'une personne privée, ces activités qui ne relèvent pas du cœur de métier des personnes publiques sont-elles toujours de service public ? Ou, à dire le vrai, ont-elles jamais été véritablement des services publics ? Dans la réalité, aucun établissement administratif n'assure que des activités de service public de nature purement administrative. Le « petit personnel » a toujours existé pour que l'établissement puisse fonctionner normalement. Ce n'est qu'en raison de la carence des initiatives privées et avec la dilatation drastique de l'intervention publique qu'elles ont été assignées à des agents publics. Par ailleurs, il y eut un temps en France où ces agents d'exécution étaient considérés comme agents de droit privé[616] et la simplification opérée par la jurisprudence *Berkani* ne changea pas la nature de ces activités. Le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics permet le retour des initiatives privées. C'est là que les effets de l'externalisation et de la privatisation se rejoignent pleinement.

La répartition des tâches entre les salariés de la personne privée prestataire et les agents publics remet donc en cause la nature de certaines activités des établissement publics à caractère administratif anciennement assurées par des agents publics. En retour, les modifications de la

615 Voir chapitre I – section 2 – II : Le champ de recours à l'externalisation.

616 CE., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*, *op. cit.*, concl. Chardeau, *Rec.*, p. 342 ; TC., *Dame veuve Mazerand*, *op. cit.*.

situation juridique de l'employeur et de la nature des activités entraînent des conséquences sur la situation du salarié de la personne privée prestataire.

II. L'assimilation de la situation des salariés de la personne privée prestataire à celle des agents publics

Les salariés de la personne privée prestataire, en assurant les activités autrefois exercées par des agents publics, concourent à la réalisation d'un service public ; ils effectuent parfois exactement les mêmes missions que les agents publics. Compte tenu de la nature du service auquel les salariés concourent, ceux-ci sont soumis à certaines règles de droit public (A). De surcroît, la situation juridique d'un salarié de la personne privée prestataire peut changer en fonction du lien substantiel entre lui et une personne publique (B).

A. La soumission des salariés de la personne privée prestataire à certaines règles de droit public

Ces règles concernent d'abord le recrutement de certains personnels de la personne privée prestataire (1) et portent sur la restriction de certains droits des salariés de la personne privée prestataire en raison de l'intérêt du service (2).

1. La soumission du recrutement de certains personnels à l'agrément de l'autorité administrative tutélaire

L'agrément administratif fait partie, comme le décrivait Jean-François Lachaume dans les années 1970, de « l'arsenal des techniques dont la puissance publique dispose aujourd'hui pour contrôler les organismes privés chargés d'une mission d'intérêt général »[617].

S'agissant des effets juridiques de l'agrément administratif, celui-ci est d'abord la condition *sine qua non* pour que la personne recrutée puisse effectivement occuper les fonctions soumises à l'agrément administratif. Comme l'agrément administratif est un acte administratif unilatéral, il n'y a aucun droit acquis pour l'obtention d'un agrément. Si la puissance publique est soumise aux règles du marché lorsqu'elle choisit entre les personnes privées pour la gestion d'un service public, elle doit demeurer libre de choisir certains collaborateurs. Toutefois, le retrait de l'agrément par l'administration n'est pas discrétionnaire, mais constitue une mesure de sanction disciplinaire, laquelle est susceptible d'être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir[618].

---

617 Jean-François Lachaume, « Du retrait d'agrément et de son influence sur le contrat liant un agent à une Caisse de Sécurité Sociale », *Dr. soc.* 1973, n° 5, p. 332. Voir également Bernard Tricot, « L'agrément administratif des institutions privées », *D*. 1948, chron., p. 25 ; André Demichel, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, LGDJ., 1960 ; Jacques Georgel, « L'agrément administratif », *AJDA* 1962, p. 467.

618 CE., 14 juin 1967, *Santucci*, *Rec*., p. 251, concl. Bernard ; 6 mars 1970, *Ministre de l'intérieur c/ Sieurs Sydein et Desonneville*, *AJDA* 1970, p. 564, note Gustave Peiser. Voir *s. h*., Jean-François Lachaume, « Du retrait

C'est le cas, à titre d'exemple, des caisses locales de sécurité sociale qui sont des personnes morales de droit privée chargées d'une mission de SPA. Dans ces organismes, l'agrément de l'autorité administrative tutélaire est requis pour la nomination des agents de direction, des agents comptables[619] et même de certains agents tels que les ingénieurs conseils et les contrôleurs de sécurité[620]. Ainsi, à l'occasion d'une contestation de la rupture d'un contrat de travail entre un ingénieur-conseil et la Caisse régionale de sécurité sociale du Languedoc-Roussillon, due au retrait de l'agrément par un arrêté ministériel, la Cour d'appel de Montpellier a jugé que « cet acte de puissance publique comportant prohibition d'emploi et venant rendre impossible pour la Caisse l'exécution de ce contrat de travail, répond à la définition juridique du "fait du prince" et constitue un cas de force majeure »[621].

L'intervention extra-contractuelle de la puissance publique dans la désignation de ces personnels montre que l'administration n'abandonne pas tout à fait la gestion des personnels affectés aux services publics externalisés. Comme le cas des entreprises publiques, un lien, moindre mais substantiel, entre les autorités administratives et les personnels chargés des responsabilités les plus importantes au sein des personnes privées prestataires d'un SPA est toujours conservé.

En Chine, l'agrément administratif est largement pratiqué dans la désignation des responsables des organismes prestataires de services publics externalisés, bien qu'aucun texte juridique ne le mentionne. C'est dire qu'il n'existe pas de procédure d'agrément et que les modalités d'octroi de l'agrément sont tributaires de la discrétion des autorités administratives *intuitu personæ*. Dans la pratique, comme le plus souvent, les principaux responsables de la personne privée chargée des missions externalisées d'un établissement administratif sont des anciens agents publics de cet établissement : leur lien historique avec leur ancien employeur public suffit pour l'obtention de l'agrément. En réalité, le contrat d'externalisation avec leur ancien établissement employeur et l'agrément par l'autorité compétente de leur entrée en fonction pourraient s'analyser en quelque sorte comme des conditions de leur sortie « volontaire » de cet établissement et, *a fortiori*, de la fonction publique. Considérant cette pratique, nous comprenons aisément pourquoi aucun texte ne précise les formalités de l'agrément administratif. En effet, les administrations ont besoin de cette marge dans la négociation du départ volontaire de certains agents. Ces personnes agréées sont hors de la fonction publique, mais restent en étroite relation avec leur ancien employeur public ; elles ne sont

---

d'agrément et de son influence sur le contrat liant un agent à une Caisse de Sécurité Sociale », *op. cit.*, p. 333 – 334.

619 Article R. 123-48 du Code de la sécurité sociale.

620 Article R. 422-4 du Code de la sécurité sociale. Cela a été le cas pour les médecins-conseils régionaux et leurs adjoints (article 3 du décret n° 60-453 du 12 mai 1960).

621 CA. Montpellier, 1er juin 1971, *Dr. soc*. 1973, p. 330, commentaire Jean-François Lachaume, *op. cit*..

plus comptées pour le financement public, mais travaillent toujours aux mêmes postes. Au surplus, ayant créé des emplois dans le marché du travail, elles conduisent toute une équipe de salariés privés. C'est comme si le gouvernement envoyait ses agents dans le monde privé du travail pour conduire les salariés à contribuer à la réalisation des services publics, tout en réduisant, dans le même temps, les effectifs de la fonction publique.

Non seulement la désignation de certains salariés de la personne privée prestataire est soumise à l'agrément administratif en raison de leur fonction, mais encore l'ensemble des salariés de la personne privée prestataire peut être soumis à certaines règles de droit public au motif de l'intérêt du service.

2. La restriction des droits des salariés de la personne privée prestataire en raison de l'intérêt du service

En France, l'agrément administratif s'exerce également sur la détermination des conditions de travail du personnel de certains organismes de droit privé chargés de missions de SPA. À ce titre, nous pouvons encore citer le cas des caisses locales de sécurité sociale. En effet, selon les articles L. 123-1 et L. 123-2 du Code de la sécurité sociale, les dispositions des conventions collectives de travail, de régime général et de régime social des indépendants « ne deviennent applicables qu'après avoir reçu l'agrément de l'autorité compétente de l'État »[622]. Par ailleurs, l'article L.123-2-2 dudit code soumet les agents de droit privé des organismes de sécurité sociale régis par les conventions collectives nationales aux règles, applicables aux agents publics, relatives au cumul d'activités et de rémunérations.

Une autre situation dans laquelle le régime des salariés d'une personne gestionnaire d'un service public est assimilé à celui des agents publics est l'exercice du droit de grève. Telle est la règle énoncée par l'article L. 2512-1 du Code du travail, définissant les conditions particulières de l'exercice du droit de grève dans les services publics[623]. Une telle restriction est en effet liée à l'organisation du service public, domaine relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Rien n'empêche que les salariés de droit privé concourent à la réalisation des services publics, même si ces services sont de nature administrative, tant que le législateur ne l'interdit pas, mais à condition qu'ils soient soumis aux exigences d'intérêt général imposées aux agents publics. En ce sens, le Conseil d'État a par exemple rappelé, dans une décision du 31 janvier 1964, le

622 Concernant le personnel autre que les agents de direction et les agents comptables, voir l'article L. 123-1, al. 2 du Code de la sécurité sociale ; concernant les agents de direction et l'agent comptable, l'article L. 123-2 ; concernant les praticiens conseils exerçant dans le service du contrôle médical du régime général et du régime social des indépendants, l'article L. 123-2-1.

623 Articles L. 2512-1, -2, -3, -4 et -5 du Code du travail.

principe selon lequel l'obligation de réserve s'impose à « quiconque participe à la gestion d'un service public »[624].

En Chine, l'assimilation des régimes des agents ou employés hors de la fonction publique à celui, édicté par la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » en raison de la nature de leurs missions, est une pratique qui date du règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État ». Les règles relatives aux conditions de travail des agents des USP autres que celles à caractère marchand[625] et des employés contractuels de l'administration chargés de missions administratives[626] ont toujours été analogues à celles des fonctionnaires. Quoi qu'il en soit, ces agents et employés relèvent du personnel des établissements en question. L'assimilation du régime des conditions de travail des salariés de la personne privée prestataire est une tout autre question. Les activités du service restent certes toujours les mêmes, mais l'établissement délégant ou adjudicateur n'est pas l'employeur des personnes qui les assurent ; il ne saurait, par conséquent, encadrer les conditions de travail des salariés d'une personne privée, quelle que fût la relation antérieure entre lui et ces salariés. Il ressort de la compétence de la personne privée de déterminer les règles de son personnel. C'est à travers la convention d'externalisation que l'établissement délégant ou adjudicateur exerce une influence dans la détermination de ces règles et, le cas échéant, impose les siennes. Cela étant, selon l'article 34 de la mesure provisoire « sur l'externalisation des services du gouvernement » de la municipalité de Ningbo, « après externalisation des services, l'établissement administratif en question doit réaménager le budget de ses activités et les postes des employés, renforcer les mesures d'évaluation, de contrôle et de direction administrative, découvrir et, le cas échéant, résoudre les problèmes issus de la gestion administrative »[627]. Selon une interprétation extensive de la gestion administrative, l'aménagement des postes doit être compris comme incluant les postes des salariés de la personne privée prestataire, de sorte que l'évaluation, le contrôle et la direction administrative s'exercent sur le personnel de cette personne privée. Une telle interprétation semble se rapprocher de la théorie de l'association « transparente » selon la doctrine

624 CE., 31 janvier 1964, *Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, *Rec*., p. 76 ; *Dr. soc*. 1964, p. 374, concl. Nicolaÿ.

625 L'article 106 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

626 Il s'agit d'une pratique coutumière, en l'absence de textes.Cette pratique peut paraître discutable au regard de l'égalité des conditions de travail entre les employés contractuels de l'administration d'un côté, et de la relation entre les agents publics et les employés contractuels chargés des mêmes missions de l'autre.

627 " *服务外包后，行政机关应当对工作经费和工作人员的岗位进行相应调整，加强调查研究、日常监管、行政指导，及时发现和解决行政管理中产生的各种问题* ".

française[628]. Cette pratique, tant interdite par le législateur que repoussée par le juge en France, serait-elle admise par les autorités chinoises ?

En tout état de cause, bien que l'externalisation des services publics soit devenue l'un des principaux volets de la réforme générale de l'État et de ses administrations en Chine, l'enchevêtrement de la gestion du personnel interne et de celle du personnel externe constitue un sujet polémique et risque de remettre en cause les effets de l'externalisation. Une telle problématique, appréhendée jusqu'alors par les sciences économique et de gestion, doit toutefois être prise en considération par le droit. La situation des salariés d'une personne privée gestionnaire d'un service public est, comme le montre le droit français, bien plus complexe qu'une distinction hermétique entre les règles du droit du travail et le statut de la fonction publique.

Cela étant, la situation de ces salariés est sujette à des changements, en raison de leur lien substantiel avec une personne publique.

B. L'intégration à la fonction publique d'un salarié de la personne privée prestataire en raison de son lien substantiel avec une personne publique

L'examen du lien substantiel entre un salarié d'une personne privée gestionnaire d'un service public externalisé d'une personne publique et celle-ci peut entraîner parfois la requalification du contrat par le juge (1). *A fortiori*, en cas de reprise par une personne publique d'un SPA antérieurement assuré par une personne privée, le lien de travail entre le salarié transféré et cette personne publique est de droit public (2).

1. La requalification du contrat par le juge en raison du lien substantiel entre le titulaire du contrat et une personne publique

L'externalisation des activités liées à un service public entraîne parfois le partage d'une même mission de service public entre les agents publics de l'établissement délégant et les salariés de la personne privée gestionnaire des activités externalisées. Parfois, la personne publique peut même cosigner le contrat, par lequel un salarié est recruté par la personne privée prestataire. À ce propos, dans une affaire en 2011, le Conseil d'État a qualifié un contrat unissant un salarié à une association gestionnaire d'un SPA de droit public[629]. En l'espèce, la requérante était, entre le 1er juillet 1992 et le 30 juin 1996, à la fois agent non titulaire à temps partiel à la Direction régionale de la protection des végétaux d'Île-de-France et salariée à temps partiel de la Fédération départementale des

628 Concernant de la notion d'association transparente, voir notamment Jean-Marie Auby, note sous CE, 11 mai 1987, *Divier*, *RDP* 1988, p. 265 ; Stéphanie Damarey, « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011, p. 934. Au niveau jurisprudentielle, voir CE., 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, req. n° 281796.

629 CE., 1er juin 2011, *Mme. Roulleau*, req. n° 332036 ; *AJDA* 2011, p. 1759.

groupements de défense contre les ennemis des cultures (FDGDCEC) des Yvelines. Il y a eu effectivement des contrats de travail entre la requérante et la FDGDCEC des Yvelines. Mais ces contrats ont été également signés par le chef du service régional de la protection des végétaux d'Île-de-France d'une part et, en application de ces contrats, la requérante était placée « sous le contrôle hiérarchique de ce chef de service pour l'accomplissement de la totalité de ses tâches » d'autre part. *De facto*, ce chef de service « déterminait son emploi du temps et fixait les dates de ses congés ». D'ailleurs, le lieu de travail effectif de la requérante en qualité de salarié à temps partiel de la FDGDCEC des Yvelines était le même que celui où elle exerçait les fonctions d'agent contractuel à temps partiel de la direction régionale de l'agriculture pendant la même période et elle était astreinte aux mêmes horaires que les agents publics de cette direction. Elle « doit être regardée comme ayant été recrutée par la FDGDCEC des Yvelines, pendant la période considérée, pour le compte de l'État ». Le véritable employeur du salarié n'était pas l'association, mais la personne publique qui organisait, dirigeait et contrôlait son travail. Le Conseil d'État adopte ainsi une approche substantielle de la relation entre les salariés de la personne privée prestataire et la personne publique au service de laquelle ils concourent. Ce faisant, le juge administratif a indirectement et rétroactivement atténué l'effet de l'externalisation : le recrutement par l'association est considéré comme ayant été effectué pour le compte de l'État et le salarié devait être regardé comme un agent public non titulaire à temps complet[630].

Une telle requalification du contrat n'est pas plausible en Chine, le juge chinois n'ayant pas la possibilité de trancher entre l'application du contrat de travail et l'application du contrat de recrutement d'un agent public. Ce choix relève de l'administration qui aurait décidé *ab initio* entre l'externalisation des services et la création de postes contractuels de la fonction publique correspondant à ces services. Les deux sont contrats administratifs selon la théorie du contrat administratif, mais leurs effets sur la gestion du personnel sont différents. L'un place des salariés de droit privé à côté des agents publics pour parfois l'accomplissement d'une même mission de service public, tandis que l'autre fait entrer au sein de la fonction publique des agents publics contractuels. Une classification liée à la nature des emplois devrait s'opérer au préalable dans les deux cas ; cependant, après cette classification, les uns deviennent privés, alors que les autres restent publics.

Le transfert du public au privé est en Chine irréversible selon la politique de l'externalisation. Ce n'est pas le cas en France où les salariés d'une personne privée ayant assuré un SPA, transférés à une personne publique reprenant ce service, ont la possibilité d'être intégrés dans la fonction publique par un contrat de droit public.

630 Ce n'est donc pas une vraie externalisation car l'association n'est en fin de compte qu'une couverture que le personne publique utilise afin d'éviter l'application du droit public. Il s'agit d'une association dite « transparente ».

2. L'intégration à la fonction publique d'un salarié de la personne privée prestataire en raison de la modification de la situation de son employeur

En France, il arrive qu'un SPA externalisé à une personne privée soit repris par une personne publique[631]. Tel est le cas des services sanitaires et d'enseignement des collectivités locales. Lors d'une telle opération, la reprise des activités implique logiquement le transfert du personnel de la personne privée à la personne publique. À l'inverse du transfert après un acte de privatisation par lequel on trouve parfois des agents publics au sein d'une personne morale de droit privé, le transfert d'une personne privée à une personne publique pose le problème de l'intégration de salariés de droit privé à une personne publique gérant un SPA. L'ancien article L. 122-12 (abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 et devenu l'article L. 1224-1 après la réforme de 2008) du Code du travail transposant la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 imposait le maintien des contrats de travail en cours lors d'une « modification dans la situation juridique de l'employeur »[632]. Il s'agit d'un principe qui a été très tôt dégagé par la Cour de cassation en ce qui concerne la situation des salariés en cas de succession des concessionnaires d'un service public[633]. En revanche, la chambre sociale de la Cour de cassation, à l'occasion de la reprise en régie d'une piscine municipale, avait jugé que l'ancien article L. 122-12 du Code du travail n'était pas applicable au transfert entre personne privée et personne publique, car « d'une part, l'activité de l'administration communale n'est pas réglementée par le droit privé mais par le droit public administratif et, d'autre part, l'administration ne peut pas reprendre à son compte les contrats de travail en cours, n'ayant pas avec ses agents des rapports contractuels mais des rapports statutaires ou, lorsque exceptionnellement, elle conclut un contrat avec ses agents, ce contrat n'étant pas soumis aux dispositions du Code du travail »[634]. Toutefois, cette solution heurtait la position du juge communautaire pour lequel la directive n° 77/187/CEE s'appliquait pleinement lorsqu'une commune reprend une activité économique en tant que SPA[635]. Le juge français s'est alors aligné sur la jurisprudence européenne en admettant que « la seule circonstance que le cessionnaire soit un

---

631 Voir, en ce qui concerne la « reprise d'une entité économique de droit privé par une collectivité », Antoine Delblond, « Les aléas du transfert d'activités », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 152 – 154.

632 Voir Mathieu Touzeil-Divina, « L'article L. 122-12 du Code du travail confronté au droit public », *AJFP* 2006, n° 5, p. 172

633 C. cass., 27 février 1934, *Goupy*, *La Gazette du Palais*, 1934, 2, p. 40. Voir *s. h.*, C. cass., 16 mars 1990, req. n° 89-45.730 et n° 86-40.686, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; *D.*, 1990, p. 305, note Antoine Lyon-Caen ; *Dr. soc.*, 1990, p. 399, concl. Dontenwille , p. 412, note Gérard Couturier et Xavier Prétot.

634 C. cass. soc., 8 novembre 1978, *Commune de Garges-lès-Gonesse*, n° 77-40896.

635 CJCE. (CJUE), 26 septembre 2000, *Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine*, aff. n° C-175/99 ; *Dr. soc*. 2003; p. 859, chron., Sean Van Raepenbusch. Nous développerons *infra* l'impact du droit de l'Union européenne sur le droit interne français dans le transfert des personnels privés de SPA en cas de changement de situation juridique de l'employeur, voir partie II – titre I – section 2 – I – A – 1 – a : L'impact du droit de l'Union européenne dans le transfert des personnels privés de SPA en cas de changement de situation juridique de l'employeur : la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977.

établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée »[636].

Cependant, le maintien de la situation de droit privé de salariés au sein d'une personne publique gestionnaire d'un SPA, heurtant la jurisprudence *Berkani*, s'avère fâcheux au regard de la simplification du droit applicable aux personnels des EPA[637]. Il a donc été souhaité que les employeurs publics puissent changer la nature des contrats transférés. Selon la formule du Tribunal des conflits lors de l'affaire *Devun*, les contrats de travail, à la suite du transfert d'une personne privée antérieurement chargée d'un SPA à une personne publique reprenant ce SPA, « demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public »[638]. Cette formule suggérée par le commissaire du gouvernement Duplat[639] a fait l'objet d'interprétations divergentes : soit le maintien d'une telle situation ne pouvait être que provisoire[640], soit cette situation pouvait perdurer, à moins que le législateur n'y intervienne[641]. Quoi qu'il en soit, une chose était sans équivoque : l'employeur public avait la possibilité de placer les salariés transférés dans une situation de droit public. Plus tard, le Conseil d'État a confirmé ce choix entre le maintien du contrat de droit privé et la proposition d'un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de l'ancien contrat, « en l'absence de dispositions législatives spécifiques »[642]. *Mutatis mutandis*, la loi du 26 juillet 2005 impose l'obligation aux employeurs publics de proposer un contrat de droit public et de procéder au licenciement en cas de refus de l'employé transféré[643]. En conséquence, l'employeur public n'a plus le choix entre le maintien du contrat de travail et la conclusion d'un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de l'ancien contrat. Telle est la solution retenue par l'article L. 1224-3 du Code du travail réécrit en 2009 :

> « Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de

636 C. cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires de paris et autres c/ M. Hamon et autres*, n° 01-43467 ; *AJDA* 2002, p. 695, note Serge Pugeault ; *Dr. soc*., 2002, p. 1013, obs. Antoine Mazeaud.

637 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 2 – I – A – 2 : La soumission des personnels au droit public par la qualification administrative de leurs missions.

638 TC., 19 janvier 2004, *Mme. Devun et autres c/ Commune de Saint-Chamond*, *Rec*., p. 109 ; *RJEP* 2004, p. 127, note Thierry Xavier Girardot.

639 Concl. Duplat, TC., *Devun*, *op. cit*., *RJEP* 2004, p. 125.

640 Francis Donnat et Didier Casas, chron., *AJDA* 2004, p. 432.

641 Thierry Xavier Girardot, note sous TC., *Devun*, *op. cit*. p. 131 – 133.

642 CE., *Lamblin*, *op. cit*..

643 Article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 « portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ». Voir Antoine Mazeaud, « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », *Dr. soc*. 2006, p. 383.

proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.

« Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

« En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le présent code et par leur contrat »[644].

La cohérence du personnel d'une personne publique gestionnaire d'un SPA est ainsi rétablie, mais le résultat s'avère plutôt inapproprié au regard de la politique d'externalisation des services publics. Le mouvement ici retracé révèle que les problèmes dus au transfert du personnel à la suite de l'externalisation ne sont pas encore complètement digérés : sous la dimension sociale, une des raisons principales de la reprise par une personne publique d'un SPA dont la gestion était, jusqu'alors assurée par une personne privée, réside clairement dans le résultat insatisfaisant de la gestion déléguée. Par suite, les effectifs de la fonction publique risquent d'augmenter à cause de la reprise de la gestion de certains SPA par des personnes publiques.

C'est un problème qui peut aussi arriver en Chine où l'on en observe déjà le germe. Toutefois, comme nous l'avons montré *supra*, l'existence d'employés de droit privé au sein d'un établissement administratif, bien que non souhaitable après l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », est toujours possible et pratiquée par nombre d'entités locales. Il n'existe donc pas d'écran étanche entre les salariés d'un personne privée chargée des activités externalisées d'un établissement administratif et les employés de droit privé de ce même établissement.

644 Article L. 1224-3 du Code du travail (modifié par l'article 24 de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique »).

Conclusion du chapitre II

Pour une administration comme celle de la France ou de la Chine, qui avait tendance à tout réaliser avec son personnel interne, celui-ci se confond quelque peu avec la fonction publique. Mais, l'externalisation des services publics, redéfinissant les activités de l'administration, produit inéluctablement des effets sur les personnes qui réalisent les tâches externalisées. C'est pourquoi ces effets se répercutent sur l'organisation même de la fonction publique. Les agents (surtout titulaires) affectés aux postes externalisés bénéficient certes d'une certaine garantie (statutaire et de fait), mais les emplois externalisés sont en fin de compte supprimés. La politique d'externalisation des services publics s'accompagne en effet souvent de la réduction des effectifs de la fonction publique. C'est là que les effets de l'externalisation rejoignent ceux de la privatisation, d'autant que la conservation transitoire des fonctionnaires au sein d'une société commerciale peut être évitée.

Toutefois, il ne s'agit pas d'un processus simple pour l'administration notamment compte tenu, en France, des complexités procédurales d'un côté et des pressions des forces sociales de l'autre. D'ailleurs, les transferts de personnels, public et privé, dus à l'acte d'externalisation, ne cessent de poser de nouveaux problèmes juridiques concernant le régime juridique applicable au personnel transféré. Les effets des réformes promouvant l'externalisation vont ainsi parfois à l'encontre de la simplification du droit.

En Chine, l'absence d'encadrement législatif offre à l'administration plus de marge pour le choix des personnels associés à l'exécution des services publics externalisés et celui du régime applicable au personnel transféré. En outre, la société civile ne s'organise pas comme celle de la France pour constituer une sorte de contre-pouvoir à l'égard de l'administration. Mais les mêmes problèmes juridiques se posent, et à mesure que ces problèmes se multiplient, les pouvoirs publics seront tôt ou tard amenés à renforcer l'encadrement des opérations d'externalisation. Un tel acte sera nécessairement lié, comme en France, à l'organisation de la fonction publique.

In fine, l'effacement des frontières organiques dans la réalisation des tâches de service public par l'externalisation des services publics accentue la question de la concordance de nature entre les activités et le régime juridique du personnel qui les exécute.

Conclusion du titre II

À travers cette comparaison franco-chinoise de l'externalisation des services publics et de ses effets sur la gestion des personnels concernés, l'on peut aisément observer, dans les deux pays, un développement considérable de la gestion indirecte des services publics par l'administration. Sous le prisme de la notion française de contrat administratif, vivement accueillie par la majorité de la doctrine chinoise, les diverses modalités d'externalisation des services publics que pratiquent les administrations de la République Populaire ont tendance à converger, comme en droit français sous l'emprise des normes de l'Union européenne, formant un ensemble cohérent du droit de la commande publique. Celle-ci exprimerait l'action concrète d'externalisation des services publics.

Notre attention a été particulièrement attirée par l'externalisation des services publics à caractère non marchand, lesquels ne font pas facilement l'objet de privatisation dans des pays de tradition étatiste comme la France et la Chine. En effet, si l'externalisation ne modifie pas la nature des services publics en question, elle change la manière dont ils sont réalisés. L'idée est de minimiser l'exercice des prérogatives de puissance publique qui outrepasse les règles du marché, en maintenant et même en élargissant les prestations de service public que la société requiert incessamment. La puissance publique ne s'investit plus directement dans la réalisation de ces services, mais ne se retire pas pour autant de leur encadrement. Les règles spécifiques du droit public s'appliquent tant à la personne privée prestataire du service qu'à son personnel qui relève par essence du droit du travail. Le droit public et le droit privé sont en quelque sorte mêlés dans l'externalisation des services publics : le droit des services publics avec le droit de la concurrence d'une part, et le droit de la fonction publique avec le droit du travail d'autre part.

Certes, la puissance publique est libre de choisir la façon de réaliser les services publics. Il lui appartient d'ailleurs de conserver en son sein les missions régaliennes dont la réalisation par une personne privée paraîtrait douteuse aux yeux des usagers. Néanmoins, il serait tout de même discutable que l'*imperium* réalise lui-même les tâches de ménage, d'entretien quotidien ou de restauration. Juridiquement, il n'y a aucun obstacle, mais intellectuellement, la chose n'est pas de toute évidence. Au sein d'un SPA, il y a des activités qui ne sont pas de nature administrative et qui ne sont même pas des services publics, mais qui sont indispensables au fonctionnement normal de ce SPA. C'est là que l'externalisation montre son enjeu le plus signifiant.

Conclusion de la partie I

La privatisation des services publics, réduisant le champ de l'exercice des prérogatives de puissance publique, a tendance à aligner les activités marchandes de l'État sur celles exercées par des personnes privées sur le marché. Une fois ces activités transformées en simples activités économiques régies par le droit privé, les emplois publics, autrefois dédiés à l'accomplissement de ces activités, sont logiquement voués à disparaître. En revanche, l'externalisation des services publics ne modifie pas le champ du service public, mais crée une interaction entre le public et le privé : la puissance publique est limitée par les règles de concurrence lorsqu'elle recourt au marché, tandis que certaines règles de droit public s'appliquent aux personnes privées délégataires d'un service public administratif ainsi qu'à leurs personnels. Cette combinaison du droit public et du droit privé ne manque pas d'exercer des impacts sur l'organisation de la fonction publique, dont les membres sont susceptibles de faire l'objet d'un transfert après externalisation.

Ainsi, nous avons beau prendre soin de distinguer privatisation et externalisation des services publics, leurs effets convergent, *in fine*, en ce qui concerne la gestion des services publics concernés, le devenir des agents publics, et les salariés associés à l'accomplissement des services publics à caractère non marchand. Comme l'observe Didier Jean-Pierre, « à l'image du service public, la fonction publique est en recul et laisse peu à peu la place à des personnels de droit privé »[645]. C'est, en France, le périmètre du droit public qui est en cause. La délimitation des frontières entre le secteur public et le secteur privé est largement controversée par l'existence d'entités publiques à caractère marchand d'une part, et d'organismes privés chargés de la gestion de services publics à caractère administratif d'autre part. À cet égard, il est curieux d'observer qu'en Chine, où la problématique dualiste de l'ordre juridictionnel n'existe pas, la doctrine est attirée par les mêmes questions d'application des régimes juridiques. À travers le débat doctrinal sur le sujet, par exemple, de l'existence de contrats administratifs, nous observons une sorte de scission entre ceux qui soutiennent l'application du droit privé et les opinions favorables à la création d'un régime particulier, exorbitant du droit commun. La question de la distinction public / privé n'est donc pas une simple question de séparation juridictionnelle. Celle-ci n'est qu'une conséquence, façonnée parfois par des contingences historiques comme en France, de l'adhésion à une idéologie philosophique et politique de l'État, laquelle repose sur une distinction de nature entre intérêt général et intérêts particuliers.

Les phénomènes de privatisation et d'externalisation montrent que le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics exerce des impacts non négligeables

645 Didier Jean-Pierre, « La privatisation du droit de la fonction publique », *op. cit.*, p. 973.

sur la fonction publique, en touchant directement ses membres et en redéfinissant ses contours. Or, le contenu du droit de la fonction publique, régime qui se distingue de celui des salariés relevant du droit du travail en France comme en Chine, est lui-même de plus en plus tributaire de l'influence des règles du droit privé.

PARTIE II

L'INFLUENCE DU DROIT PRIVÉ SUR LES ÉVOLUTIONS DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE : LA QUESTION DU CONTENU DU DROIT PUBLIC

L'ensemble des personnels du service public administratif représente, en France, une catégorie particulière de travailleurs, la fonction publique. Elle n'est pas un métier, mais avant tout un service et une carrière. Les membres de la fonction publique française se distinguent ainsi des employés régis par le droit du travail. Ils sont en outre soumis aux statuts juridiques de la fonction publique, hors du droit commun.

L'adoption d'un statut général, législatif, des fonctionnaires de l'État est tant le résultat de l'évolution de l'organisation des personnels de l'administration publique tout au long de la IIIème République, que la conséquence de l'extension de l'intervention étatique dans la vie économique et industrielle notamment dans les années de l'entre-deux-guerres puis de l'après deuxième guerre mondiale. Tout en voulant rompre avec le régime politique de Vichy, la IVème République s'est inspirée de l'idée statutaire qu'il avait mise en œuvre pour le régime des fonctionnaires. Après les créations de l'École nationale d'administration, de la Direction de la fonction publique et de divers corps de l'administration civile pendant la période transitoire, l'Assemblée constituante vote, le 19 octobre 1946, la loi n° 46-2294 « relative au statut général des fonctionnaires »[646]. La reconstruction du pays, le rétablissement et le maintien de l'ordre public, la satisfaction des citoyens dans leurs besoins quotidiens — sociaux, économiques et culturels — et dans le même temps le développement des idéologies socialistes et collectivistes conduisent à une grande vague de nationalisations entre 1945 et 1947. Le nombre de personnes recrutées par l'État s'accroît à mesure que l'État s'engage comme le premier employeur de la société. Un statut législatif général permet non seulement à l'État de bâtir une cohérence dans la gestion de ses emplois publics, mais fournit aussi aux agents de l'État la possibilité de puiser leurs droits et leurs devoirs dans des normes supérieures à celles déterminées par les administrations.

---

646 Le statut ne s'applique pas à tous les employés de l'État. Les « fonctionnaires » désignés par cette loi sont « les personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État ». Les « personnels des administrations, services et établissements publics de l'État qui présentent un caractère industriel ou commercial » sont exclus du champ d'application dudit statut. La fonction publique civile de l'État, selon le statut de 1946, comprend ainsi les agents titulaires des services publics administratifs gérés par l'État et par ses établissements publics. Le libéralisme jurisprudentiel de la IIIème République consistant à limiter l'application du droit exorbitant est certes maintenu et conforté par la législation de 1946 ; toutefois il revient, après tout, au pouvoir réglementaire de délimiter le domaine du régime exorbitant :

> « Un règlement d'administration publique déterminera les éléments permettant de considérer une administration, un service ou un établissement public de l'État comme possédant au regard du présent statut, le caractère industriel ou commercial. »

La fonction publique ainsi conçue par la législation de la IVème République est largement reprise par la Vème République. Entre la loi du 19 octobre 1946 « relative au statut général des fonctionnaires » et l'ordonnance du 4 février 1959 « relative au statut général des fonctionnaires », les différences se limitent à la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire définie par la Constitution. En revanche, la réforme de la décentralisation, accélérée à partir des années 1980, a eu pour effet de créer trois fonctions publiques : la fonction publique de l'État[647], la fonction publique territoriale[648] et la fonction publique hospitalière[649]. Or, l'existence de statuts propres à chacune de ces trois fonctions publiques n'affaiblit aucunement l'unité de la fonction publique française : un statut général[650] s'applique bien à tous les fonctionnaires.

Vis-à-vis de l'évolution du statut de la fonction publique française, la naissance du statut de la fonction publique chinoise est plus récente, bien que la Chine soit à l'origine des concours administratifs[651]. Dans un pays comme la République Populaire de Chine, où le gouvernement politique était confondu avec l'administration, les cadres du PCC étaient en fait les fonctionnaires de l'État avant que le système de fonction publique soit promu par les réformes des années 1990 puis instauré par la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

Les cadres constituent l'administration du PCC ; celle-ci est en réalité l'administration de l'État ; les cadres du PCC sont donc des agents administratifs. Tel est le syllogisme qui démontre que le système des cadres gouverne la Chine continentale depuis 1949. Une coutume en Chine exige que systématiquement une décision du PCC précède un acte de l'État. Si celui-ci est l'acte juridique et formel qui entérine celle-là, le texte du PCC annonce déjà officiellement l'objectif et

---

647 Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 « portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ».

648 Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 « portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ».

649 Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 « portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ».

650 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 « portant droits et obligations des fonctionnaires ».

651 Dans la Chine ancienne, les mandarins de l'Empire ont été choisis, pendant treize siècles, par la voie d'un concours de littérature philosophique. L'administration impériale et une sorte d'aristocratie méritoire étaient confondues dans un seul corps au service de l'Empereur, détenteur de la puissance souveraine. Ce système a été importé par les pays voisins de la Chine tels que le Japon, la Corée et le Vietnam et il n'est pas impossible que des missionnaires l'aient présenté en Europe, ce qui expliquerait probablement la coïncidence entre l'administration napoléonienne et l'administration de la Chine impériale. Sous les pressions des germes de la Révolution, le système des concours mandarinaux a été aboli par le gouvernement impérial à la fin de son règne ; cependant, le nouveau système de recrutement des fonctionnaires instauré par le régime républicain de 1912 reprend le concours comme moyen de sélection, cette fois sous couvert de la modernité occidentale. Mais en réalité, les fonctionnaires républicains sont des lettrés qui auraient pu devenir, sous l'Empire, mandarins une fois leurs examens mandarinaux réussis. Le principe de l'administration des gentilshommes lettrés a été parfaitement transposé de l'Empire à la République. Cependant, un changement d'ampleur se prépare durant la Guerre civile entre le Gouvernement de Nankin et le PCC. Celui-ci, prônant le principe de la lutte des classes et victorieux, remplace la fonction publique de la République de 1912, héritière de l'appareil mandarinal, par le système des cadres politiques.

sera invariablement exécuté par ses cadres. C'est ainsi que l'administration de l'État conserve sa stabilité malgré ses réformes d'ampleur depuis les années 1990.

En 1987, lors du XIIIème Congrès du PCC, le Comité central déclare sa volonté de construire une fonction publique d'État. Cette politique est confirmée par le *Rapport d'activités du gouvernement* devant la VIIème Assemblée Populaire nationale, lors de sa première session plénière en mars 1988. Tout en maintenant le système des cadres, la République Populaire entame la construction d'une fonction publique inspirée des modèles occidentaux.

Après avoir procédé, entre 1989 et 1993, à l'expérimentation de différents modèles de fonction publique (américain, anglais, allemand, français et japonais) dans six départements[652] au sein du Conseil des affaires d'État et dans vingt-deux entités territoriales[653], le Conseil des affaires d'État édicte, le 14 août 1993, le règlement provisoire « sur les agents publics de l'État »[654] (abrogé depuis) pour régir « les employés des établissements administratifs de tous les niveaux de l'État à l'exception de ceux qui n'exécutent que les tâches simples de gestion et d'entretien de l'établissement »[655]. Cette définition du champ d'application réunit à la fois les critères organique et fonctionnel. Le critère organique est le plus simple et le plus opérationnel, et avait été retenu avant l'apparition dudit règlement ; mais il ne suffit plus à faire coïncider le droit avec la réalité socio-économique. Auparavant les chefs des bureaux administratifs et les agents de ménage des locaux étaient compris dans un même système car toute activité était considérée comme étant « au service du Peuple ». Désormais, le domaine privé est officiellement reconnu ; en conséquence il peut exister des services de nature privée. Dès lors, il paraît absurde aux réformateurs de l'État que les agents qui n'assurent que des services courants, lesquels sont ailleurs assurés par des personnels privés, soient considérés comme les fonctionnaires dont la fonction est liée à l'exercice de la souveraineté de l'État.

En France, les fonctionnaires composent la fonction publique : dans le langage courant, ils représentent la totalité des agents de la fonction publique. Quant à la définition du fonctionnaire, quelles que soient les nuances entre les différents droits, civil, pénal et administratif, ou celles entre les textes constituant le statut général de la fonction publique, il est possible de retenir, notamment

652 Ces six départements sont : le contrôle de comptabilité, la douane, l'environnement, la statistique, les matières de construction et le fiscal.

653 Parmi ces 22 entités territoriales, Shen-zhen et Ha-er-bin ont été désignées les premières pour être villes d'expérimentation et sont toujours à l'avant-garde de la construction de la fonction publique en Chine.

654 " *国家公务员暂行条例* ", Guo-jia-gong-wu-yuan-zan-xing-tiao-li.

655 L'article 3 dudit règlement provisoire : " *各级国家行政机关中除工勤人员以外的工作人员* ".

au regard de la définition donnée par l'article 2 de la loi du 11 janvier 1984, trois éléments délimitant la qualité du fonctionnaire : la nomination par l'autorité administrative entraînant la titularisation de l'agent dans un grade, l'occupation d'un emploi permanent et la participation à un service public. Si ce dernier élément constitue une condition commune à tous les agents publics, la nomination unilatérale, la titularisation dans un grade (qui implique la distinction du grade et de l'emploi) et l'occupation d'un emploi permanent sont les caractéristiques propres d'un fonctionnaire.

Ces caractéristiques d'une fonction publique de carrière se retrouvent dans la fonction publique chinoise selon la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». Aux termes de son article 2, la qualité d'agent public est conditionnée par trois critères : l'exercice d'une fonction publique en vertu de la loi, l'appartenance à l'administration de l'État, et le financement exclusif par l'État en ce qui concerne la rémunération, les indemnités et la pension de retraite. Un large champ est ainsi ouvert : nombre de catégories d'employés de l'État sont susceptibles de figurer dans le domaine de la fonction publique[656]. Il importe de préciser que certaines de ces catégories d'agents sont, avant d'être soumises au statut défini par la loi de 2005, régies par des normes et statuts particuliers dont l'application prime celle du statut général[657]. Par ailleurs, l'article 15 de ladite loi énonce le principe de la relation entre l'emploi et le grade : « l'État établit, en fonction de la classification des emplois, une hiérarchie des grades des agents publics »[658]. Or cette relation implique, avant tout, une distinction entre emploi et grade. En outre, la fonction publique désignant *lato sensu* l'ensemble des personnels publics de l'État, soumis au régime exorbitant du droit commun, elle ne comprend pas seulement les agents publics au sens de la loi de 2005. Les personnels publics des USP sont également exclus du champ d'application du droit du travail. Il existerait ainsi, au sein de la fonction publique, une dualité organique.

---

656 Celui-ci concerne les employés des établissements administratifs y compris les dirigeants et membres des gouvernements (central et locaux), les employés des établissements du PCC y compris les dirigeants de son Comité central et de ses unités locales, les employés des partis politiques officiellement reconnus par l'État et leurs présidents, vice-présidents et secrétaires généraux, les employés des assemblées Populaires (nationale et locales) ainsi que les présidents, vice-présidents, secrétaires généraux et certains membres spécifiques de leurs offices permanents, les employés des conseils politiques (national et locaux) ainsi que leurs présidents, vice-présidents spécifiques, et secrétaires généraux, les employés des établissements juridictionnels y compris les juges, et les employés du ministère public y compris les membres du Parquet.

657 Article 3 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». Le droit chinois adopte le principe de la priorité des lois spécifiques par rapport aux lois générales lorsqu'elles se trouvent au même niveau hiérarchique. Ainsi, avant l'adoption de la loi du 27 avril 2005, les juges, désormais soumis au statut général des fonctionnaires, étaient exclusivement encadrés par la loi du 24 février 1995 « sur les juges » (Fa-guan-fa) [*法官法*]. Ce sont deux lois adoptées par l'office permanent de l'Assemblée Populaire nationale ayant la même valeur juridique. Si la loi ultérieure vise exactement et exclusivement le même domaine, elle abroge la loi ancienne. Comme la loi de 2005 ne fait qu'intégrer les juges dans la fonction publique et ne modifie nullement leurs droits et obligations, la loi de 1995 qui détermine spécifiquement le statut des juges doit s'appliquer en priorité.

658 "*国家根据公务员职位类别设置公务员职务序列*".

Dans les deux pays, les agents titulaires sont encore aujourd'hui les membres les plus importants de la fonction publique, tant numériquement que fonctionnellement. Le caractère législatif et/ou réglementaire de leur situation juridique les distingue bien sûr dans ce vaste ensemble. Mais le contrat est aussi utilisé par l'administration pour le recrutement de ses agents. Selon les droits positifs français et chinois, le contrat n'empêche pas l'application du droit public : il existe une catégorie d'agents contractuels de droit public. C'est le cas des agents contractuels d'un service public administratif géré par une personne publique[659] en droit français. En Chine, la situation est compliquée par la dualité organique. Si les agents contractuels mentionnés par l'article 95 de la loi du 27 avril 2005 constituent incontestablement une catégorie d'agents publics, une telle qualification pour les agents d'USP, recrutés désormais par contrat[660], est mise en question. Mais dans tous les cas, le contrat en tant que moyen de recrutement, et l'exclusion de l'application du droit du travail pour la gestion des agents, sont les deux caractères communs entre ces agents des administrations française et chinoise. Or si le contrat de recrutement d'un agent public est un contrat de droit public, il reste que son caractère contractuel déroge aux principes classiques du droit de la fonction publique, concernant tant la situation juridique des agents que leur gestion. Le développement drastique des emplois contractuels dans les fonctions publiques française et chinoise semble ainsi remettre en cause le système de fonction publique de carrière dans les deux pays.

En parallèle de cette contractualisation de la fonction publique, nombre de réformes ont été mises en place dans les deux pays, sous couvert de « modernisation », tendant à introduire dans la fonction publique de nouvelles règles de gestion issues des modèles privés. L'objectif est d'offrir davantage de flexibilité à la fonction publique dont l'organisation est désormais jugée trop rigide et enfermée, et de rendre le fonctionnement de l'administration plus efficace et plus performant. L'accentuation du recours aux méthodes de la « gestion des ressources humaines » dans la fonction publique met en avant une conception managériale de la gestion du personnel de la fonction publique. Les pratiques du secteur privé entrent ainsi au sein de la fonction publique, sans pour autant changer le caractère public du régime juridique des fonctionnaires.

Les évolutions des droits français et chinois de la fonction publique sont dès lors sous l'influence du droit privé, par le biais de la contractualisation de la fonction publique d'une part (titre

659 Excepté le cas où une personne publique reprend une activité de service public administratif antérieurement gérée par une personne privée. Voir l'article L. 1224-3 du Code du travail.

660 Le contrat de recrutement d'agents d'USP ne relève ni de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », ni de la loi du 5 juillet 1994 « sur le travail ».

I) et du développement d'une gestion managériale du personnel de la fonction publique d'autre part (titre II).

- *Titre I. La contractualisation de la fonction publique*

- *Titre II. Vers une gestion managériale du personnel de la fonction publique*

Titre I. La contractualisation de la fonction publique

En Chine, bien que la notion de contrat ait été importée de l'Occident, l'association à l'administration de collaborateurs non titulaires a été longtemps pratiquée à l'époque impériale. En effet, l'administration impériale était composée de deux catégories d'agents : les officiers nommés par le souverain, titulaires d'un grade, et les agents d'exécution et d'expertise, désignés par les officiers impériaux. Les officiers recevaient leurs ordres directement du souverain et, dans le même temps, le mandat ou le pouvoir délégué de choisir et de nommer des commis pour l'exécution des tâches quotidiennes. Pour mieux comprendre cette configuration, il est possible de la comparer à la théorie des agents d'autorité et des agents de gestion, prônée par certains publicistes français à l'orée du XXème siècle[661] et encore soutenue entre les deux guerres notamment par Henry Berthélemy[662]. L'idée est fondée sur la distinction de nature entre les activités des agents de l'État : les unes manifestent l'exercice de la puissance publique, et reposent sur le principe d'unilatéralité ; les autres intéressent la gestion matérielle, et n'entraînent l'État que dans un rapport ordinaire avec les particuliers. En conséquence, les agents de cette dernière catégorie ne doivent pas être considérés comme des organes de l'État[663]. Or, cette répartition fonctionnelle ne s'appliquait pas dans le cas chinois où les commis des officiers impériaux étaient parfois chargés des tâches traditionnellement considérées en France, depuis la fin du XIXème siècle, comme liées à l'exercice de la puissance publique, telles que les missions de lever des impôts, de surveiller les prisons et de maintenir l'ordre public. Même si ces commis ne disposaient pas du pouvoir de décision, ils représentaient l'élément exécutif de l'administration sans lequel aucune mesure ne pouvait être mise en place. D'ailleurs, la société chinoise ancienne était gouvernée par un petit nombre d'officiers impériaux par rapport à la

661 Voir Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*, Durand, 1862, p. 372 et s. ; Eugène Perriquet, *Contrats de l'État, in Contrats de l'État et travaux publics*, Marchal et Billard, t. I, 2ème éd., 1890, p. 433 et s. ; Henri Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris, 1901, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 398 et sv..

662 Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 13ème éd., 1933, p. 52 et sv..

663 Cette théorie a fait l'objet de critiques notamment de Léon Duguit et de Maurice Hauriou. S'ils admettent la distinction entre les fonctions de puissance et de gestion, ils soulignent tous deux l'impossibilité de son application en droit positif dans la mesure, d'une part, où un agent peut être chargé des fonctions de ces deux natures et, d'autre part, où le rapport entre l'État et l'agent ne saurait être déduit du rapport entre l'État et les particuliers intéressés. D'ailleurs, cette distinction entre agents d'autorité et agents de gestion n'a jamais été systématiquement appliquée par le droit positif. Elle est seulement née d'une observation empirique donc aléatoire, et exprime surtout une proposition conceptuelle.

population[664]. Une somme considérable[665] d'agents d'exécution était mobilisée par les officiers afin d'assurer l'effectivité et l'efficacité de l'administration.

Cette situation n'a pas beaucoup changé malgré la construction d'un système de fonction publique, inspiré de la conception occidentale, par la République de 1912. Ainsi, le système Bao-Jia[666], un système d'auto-gestion locale par le biais d'agents élus ou recommandés avec l'approbation d'une autorité administrative, inventé au cours du XIème siècle, continue de jouer un rôle indispensable pour la surveillance de l'ordre public et pour le service militaire. Si l'avènement de la République de 1949 est marqué par une réaction radicale envers les systèmes administratifs anciens, la distinction entre agents d'autorité et agents d'exécution n'a pourtant pas été effacée par la révolution communiste. Cette distinction, intellectuellement compréhensible mais insaisissable dans sa forme, sera concrétisée par l'apparition d'une catégorie d'agents publics contractuels au sein de la fonction publique chinoise, laquelle ne manque pas de susciter de nombreuses questions relatives à la nature juridique de la situation de ces agents et à la composition même de la fonction publique. En parallèle de la politique de catégorisation des USP, une politique de contractualisation des emplois d'USP est mise en place. Si les agents des USP transformées en établissements administratifs doivent rejoindre leur homologues sous l'empire du statut tandis que les agents des USP transformées en sociétés commerciales seront soumis au droit du travail, la contractualisation vise surtout les agents des USP d'intérêt public. La nature du contrat de recrutement des agents d'USP notamment par rapport au contrat de travail, son identité à l'égard du contrat de recrutement d'agent public et, par conséquent, la pertinence même de l'intégration des agents d'USP dans la fonction publique sont mises au débat.

Une classification similaire en fonction de la nature des fonctions est également opérée parmi les agents publics régis par la loi du 27 avril 2005. En effet, par son article 14, elle établit une

---

664 Selon le « Rapport d'analyse des données du troisième recensement démographique de Chine » (Économie et finance de Chine, 1987, [*中国第三次人口普查资料分析, 中国财政经济出版社*]), les données de la proportion du nombre de fonctionnaires par rapport à la population sous les quatre dynasties Han (206 AJ – 220), Tang (618 – 907), Ming (1368 – 1644) et Qing (1644 – 1911) sont les suivantes : 7945 / 1，2927 / 1，2299 / 1 et 911 / 1.

665 Selon « Ce Fu Yuan Gui », tome 483, « Bang Ji Bu Zong Xu » (Wang Qing-ruo et Yang Yi, 1013, version consolidée et rééditée par *Zhonghu Book Company*, Beijing, 1989 [*王欽若、楊億,《册府元龟》卷四八三《邦计部·总序》, 中华书局，北京*], à la fin de la dynastie Tang, pour lever les impôts dans le canton Wuchi (ayant 440 habitants), l'État envoie 5 fonctionnaires, dont un inspecteur et quatre adjoints, qui sont assistés par 130 agents d'exécution [*乌池在盐州，置榷税使一员，推官两员，巡官两员，胥吏一百三十人，防池官健及池户四百四十人*].

666 " *保甲制度* ". Il s'agit d'un système d'organisation civile par lequel dix familles forment un Jia [*甲*], dix Jia forment un Bao [*保*]. Les chefs des Jia et Bao sont souvent élus par les familles avec l'accord du fonctionnaire, représentant de l'État.

distinction fonctionnelle entre les agents publics, qui sont répartis en trois catégories : les agents de gestion générale, les agents techniques et les agents administratifs et judiciaires[667]. L'article 17 établit l'ordre hiérarchique des grades pour la catégorie des agents de gestion générale[668] en laissant d'autres textes déterminer ceux des deux autres catégories. Cet article laisse-t-il entendre que les agents de ces deux autres catégories n'ont pas de grade ? S'agit-il d'un retour à la théorie de la distinction fonctionnelle entre agents d'autorité et agents de gestion préconisée par le règlement provisoire de 1993 ? Au moins, pouvons-nous croire à la coïncidence entre cette catégorisation des agents publics et une autre classification fonctionnelle, implicitement énoncée par l'article 95, s'agissant de la possibilité du recours au contrat pour certains emplois de la fonction publique :

> « Les établissements peuvent, eu égard aux besoins de l'accomplissement de leurs tâches, après l'autorisation des établissements chargés de la gestion des agents publics supérieurs au niveau administratif provincial, recruter des personnes par contrat pour les emplois de technicité et d'assistance.
>
> « Le recrutement par contrat ne s'applique pas aux emplois touchant au secret d'État. »[669]

Le critère fonctionnel du règlement provisoire de 1993 réapparaît dans la loi de 2005 pour délimiter, cette fois, un domaine contractuel au sein de la fonction publique. Il existe désormais, en plus de la dualité organique, une dualité au niveau du recrutement des agents publics.

En comparaison de cette innovation récente du système chinois, la contractualisation dans la fonction publique française est un phénomène assez ancien. Après les thèses « contractualistes » des agents publics sous la IIIème République et l'existence de « fonctionnaires contractuels » sous le régime de Vichy, Yves Gaudemet s'interrogeait sur l'existence même d'une catégorie d'agents publics contractuels avant l'adoption du statut général de 1983[670].

---

667 *" 综合管理类、专业技术类和行政执法类 "*.

668 Avant de préciser l'ordre hiérarchique des grades pour les agents « non dirigeants » de la catégorie des agents de gestion générale, l'alinéa 1 de cet article dispose que « les grades des agents « dirigeants » sont déterminés par la Constitution, les lois, les séries de grades et les spécificités des établissements » [*综合管理类的领导职务根据宪法、有关法律、职务层次和机构规格设置确定*].

669 *" 机关根据工作需要，经省以上公务员主管部门批准，可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制 。前款所列职位涉及国家机密的，不实行聘任制 "*.

670 Yves Gaudemet, « Existe-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA* 1977, p. 614.

Depuis, le phénomène de contractualisation dans la fonction publique est devenu celui de la contractualisation de la fonction publique, terme connoté par les idées de privatisation ou de banalisation. La problématique a été encore accentuée par l'apparition dans la fonction publique des contrats à durée indéterminée (CDI), qui interroge la nature même des emplois contractuels. L'existence des agents contractuels de droit public n'est plus une exception comme préconise clairement le statut de la fonction publique, mais tend à constituer une fonction publique à part entière, parallèle à celle fondée sur la carrière. À ce titre, l'évolution des règles chinoises régissant les agents publics fournit une comparaison fort intéressante.

Il convient d'approfondir cette comparaison à propos de l'existence même d'emplois contractuels au sein de la fonction publique dans les deux pays (chapitre I) avant d'analyser les conséquences de leur développement (chapitre II).

- *Chapitre I. Des emplois contractuels au sein de la fonction publique*

- *Chapitre II. Les conséquences du développement des emplois contractuels dans la fonction publique*

Chapitre I. Des emplois contractuels au sein de la fonction publique

Dès les années 1970 en France, l'existence d'agents publics contractuels au sein de la fonction publique a attiré l'attention de la doctrine[671]. Il s'agit d'une question liée à la structure même de la fonction publique. À mesure que le développement de cette catégorie d'agents non titulaires prend de l'ampleur et tend à acquérir une cohérence tant par rapport aux agents titulaires qu'à l'égard des autres employés non titulaires de l'État employeur, la détermination de son régime juridique devient indispensable. La question s'avère tout aussi importante en Chine où l'État recrute actuellement trois catégories d'agents contractuels : les agents publics contractuels selon la loi du 27 avril 2005, les agents contractuels d'USP, et les employés contractuels (de droit privé) de l'administration. Ces derniers ne sont évidemment pas agents publics en raison de leur contrat de travail conclu avec l'administration. Les deux premiers, distincts organiquement, partagent pourtant beaucoup de points communs tant au niveau des régimes qui leur sont appliqués qu'au niveau de la nature de leurs contrats. Existe-t-il, au-dessus de ces deux catégories d'agents, et au-delà de leurs spécificités, une catégorie générale qui les transcende ? À ce propos, il est intéressant de comparer les régimes juridiques français et chinois applicables aux agents publics contractuels (section 1) ainsi que les questions relatives à la nature juridique du contrat de fonction publique (section 2).

671 Yves Gaudemet, « Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'Administration ? », *AJDA* 1977, p. 614.

Section 1. Les régimes juridiques français et chinois applicables aux agents publics contractuels

L'apparition des agents publics contractuels en Chine est une des conséquences de la grande réforme économique entamée à partir des années 1980 et approfondie par une politique de réforme générale de l'État depuis les années 1990. Sous l'influence de l'École de la nouvelle gestion publique, les pouvoirs publics considèrent que l'utilisation des méthodes du marché et notamment du contrat, peut introduire de la souplesse dans le fonctionnement administratif qui est considéré trop rigide jusqu'alors, et rendre les appareils de l'État plus efficaces. Le contrat de recrutement du personnel est ainsi introduit dans les établissements administratifs et USP, facultatif pour ceux-là, mais obligatoire pour celles-ci. Bien que les agents contractuels soient recrutés par des employeurs publics de qualités différentes — établissements administratifs et USP —, leurs situations juridiques se rejoignent dans la mesure où ils tendent à former une catégorie à part entière d'agents publics contractuels, qui se distingue tant de celle des agents titulaires que de celle des employés privés de l'administration.

La configuration du personnel des personnes publiques en France repose sur le même triptyque : agents titulaires, agents publics contractuels et agents de droit privé. Ce rapprochement schématique ne saurait, pour autant, simplifier la comparaison entre les deux pays car subsistent des différences qui relèvent de l'ordre historique et socioculturel. Nous les expliquerons en abordant la situation juridique des agents publics contractuels, d'une part (I), et en examinant le rapport entre les agents contractuels soumis au statut de la fonction publique et les autres employés de l'État employeur, d'autre part (II).

I. La situation juridique des agents publics contractuels

En France comme en Chine, les agents contractuels sont, malgré leur contrat, soumis à une situation similaire à celle des agents titulaires, marquée par la logique hiérarchique et par l'unilatéralité (A). Toutefois, cette situation statutaire, législative ou réglementaire, et sa spécificité par rapport au régime des salariés de droit privé sont controversées par le rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail (B).

A. Une situation inspirée de celle des agents titulaires

Malgré leurs compositions différentes, les agents publics contractuels français (1) et chinois (2) se trouvent tous dans une situation similaire à celle des agents titulaires.

1. La situation française

En France, le contrat par lequel un EPA recrute un agent est un contrat de droit public par l'implication d'une personne publique et par l'objet qui est de réaliser des missions d'un service public administratif. C'est dire que, malgré le consentement mutuel entre l'administration et l'agent recruté, celui-ci est placé dans une situation statutaire[672] à l'instar des fonctionnaires. L'assimilation de la situation des agents contractuels à celle des agents titulaires est admise de longue date. Sans évoquer la reconnaissance, bien qu'exceptionnelle, de la qualité de fonctionnaire aux agents contractuels de droit public par le statut de 1941[673] puis abandonnée par le statut de 1946 et celui de 1959, le Conseil d'État déclare dès 1949 que « la puissance publique reste toujours libre de modifier les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, dans l'intérêt et pour les besoins du service »[674].

Le contrat est souvent prédéterminé par des textes réglementaires lesquels ne sont évidemment pas susceptibles de faire l'objet de négociation individuelle. Ce principe a été d'abord énoncé par des textes ponctuels et particuliers tels que le décret n° 52-260 du 5 mars 1952 « fixant le statut des agents contractuels du ministère de l'Industrie et du ministère du Commerce » et le décret n° 69-697 du 18 juin 1969 « fixant le statut des agents contractuels en service à l'étranger ». Interrogeant l'existence d'une catégorie d'agents publics contractuels, Yves Gaudemet a souligné que « comme tous les agents publics, les contractuels sont, pour l'essentiel, dans une situation légale et réglementaire à l'égard du service qui les emploie »[675]. Cette prédominance statutaire dans la situation juridique des agents contractuels est ensuite affirmée par la jurisprudence *Rabut*. Le commissaire du gouvernement Genevois constate, dans ses conclusions sur cette affaire, que « la situation des personnels contractuels est en réalité par bien des aspects une situation réglementaire »[676].

---

672 CE., 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, *Rec*., p. 464, *S*. 1949, III, p. 43.

673 Selon l'article 2 al. 2 de la loi du 14 septembre 1941, la qualité de fonctionnaire est reconnue « à celui qui, dans les cas exceptionnels où l'administration est amenée à assurer un service non industriel ni commercial, par le moyen d'un engagement contractuel de droit public ».

674 CE., 2 mars 1949, *Syndicat national du personnel civil des services des contrôles techniques (Section bordeaux)*, *Rec*., p. 102.

675 Yves Gaudemet, « Existe-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ? », *op. cit*..

676 Concl. Genevois, CE., 25 mai 1979, *Madame Rabut*, req. n° 6436 et 6437.

À la suite de l'adoption du statut général de 1983, trois décrets viennent fixer de manière générale les statuts des agents non titulaires (y inclus donc les agents contractuels) de l'État[677], des collectivités territoriales[678] et de la fonction publique hospitalière[679]. L'agent contractant n'a en réalité que le choix d'accepter ou non le contrat proposé par l'administration. Certes, le Conseil d'État, dans sa décision du 29 juin 2001 dite « Berton », s'inspirant du droit du travail, interdit aux employeurs publics de modifier unilatéralement les clauses du contrat sans le consentement de l'agent[680]. Toutefois, il ne manque pas d'ajouter que ce principe doit être appliqué « au cas par cas […] en tenant compte de l'économie générale du statut » et qu'il faut « réserver les hypothèses dans lesquelles les nécessités du service public confié à l'entreprise ou à l'établissement feraient obstacle à son application »[681].

Pour dissiper toute incertitude sur la situation d'un agent recruté par un contrat de droit public, le Conseil d'État, dans son rapport public de 2003 consacré aux perspectives de la fonction publique, souligne que « le terme d'agents contractuels ne doit pas prêter à confusion, ces agents étant placés, comme les agents titulaires, sous un régime statutaire et réglementaire »[682].

Par une décision du 31 décembre 2008, le Conseil d'État a réaffirmé la priorité de l'application du statut aux agents contractuels en abordant la question de la régularité du contrat : « lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement […] »[683]. Dans cette même affaire, le commissaire du gouvernement Glaser considère que « l'agent contractuel n'a droit au maintien pour l'avenir des stipulations de son contrat que dans la mesure où elles ne se heurtent à aucune disposition réglementaire », et qu' « en réalité, comme le fonctionnaire qui accepte sa nomination, l'agent contractuel qui signe son contrat adhère à un statut »[684].

---

677 Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 « relatif aux dispositions applicables aux agents non titulaires de l'État ».

678 Décret n° 88-145 du 15 février 1988 « relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ».

679 Décret n° 91-155 du 6 février 1991 « relatif aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière ».

680 CE., 29 juin 2001, *M. Berton c/ SNCF*, *Rec*., p. 296.

681 *Idem*.

682 CE., *Rapport public 2003*, « Considérations générales : perspectives pour la fonction publique », EDCE. n° 54, p. 340.

683 CE., 31 décembre 2008, *Cavallo*, req. n° 283265, *AJDA* 2009, p. 142 ; concl. Glaser, *RFDA* 2009, 1, p. 89 ; note Grégoire Calley, *AJFP* 2009, 3, p. 153. Voir aussi Charles Fortier, « L'identité du droit français de la fonction publique. Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *in L'identité du droit public*, sous la dir. de Xavier Bioy, LGDJ., 2011, p. 108 – 112.

684 Concl. Glaser, CE., *Cavallo*, *op. cit*., *RFDA* 2009, p. 95.

Cette soumission des agents contractuels de droit public à un régime similaire à celui des fonctionnaires est aussi connue en Chine, bien que la situation s'avère plus complexe en raison de la dualité organique de agents publics.

2. La situation chinoise

La situation des agents publics contractuels en Chine se décline en deux catégories : les agents contractuels publics au sens de la loi du 27 avril 2005 (a) et les agents d'USP[685] contractuels (b).

a. Les agents publics contractuels au sens de la loi du 27 avril 2005

Vis-à-vis de la situation française, la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » consacre un chapitre, comportant six articles (95 à 100), sur les agents publics contractuels, dont l'article 98 dispose :

> « Les contrats de recrutement des agents publics doivent contenir les mentions de la durée, de l'emploi, des obligations qui y sont attachées, de la rémunération, des avantage et primes, de l'assurance et du régime de responsabilité en cas de violation du contrat.
>
> « La durée du contrat de recrutement est d'un an à cinq ans. Il est possible de déterminer une période d'essai, laquelle est d'un mois à six mois.
>
> « Les montants des rémunérations des agents publics contractuels sont négociés à la lumière des règles déterminées et précisées par l'autorité centrale de l'État, chargée de la gestion des agents publics. »[686]

L'existence de telles précisions de forme et de contenu du contrat de recrutement des agents publics manifeste la volonté d'éviter la confusion entre les agents publics contractuels et les salariés de droit privé. Cependant, l'article 2 de la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail » déterminant le champ d'application de ladite loi, inclut, dans son alinéa 2, les contrats entre l'administration et les particuliers. Est-ce à dire que désormais les contrats de recrutement des agents publics sont absorbés par le contrat de travail ? Le législateur n'a pas pris le soin de le

685 Désormais, nous retenons le terme « agent d'USP » pour désigner une autre catégorie d'agents publics (d'USP) par rapport aux agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

686 " *聘任合同应当具备合同期限，职位及其职责要求，工资、福利、保险待遇，违约责任等条款。聘任合同期限为一年至五年。聘任合同可以约定试用期，试用期限为一个月至六个月。聘任制公务员按照国家规定实行协议工资制，具体办法由中央公务员主管部门规定。* "

préciser, et la Cour Populaire suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question. L'article 100 de la loi du 27 avril 2005 fixe le principe de l'arbitrage pour les conflits nés des contrats de recrutement des agents publics, et précise que si l'une des deux parties du contrat n'accepte pas la décision arbitrale, elle peut intenter un recours devant les tribunaux et cours Populaires. Or, l'article 12-3 de la loi « sur le contentieux administratif » exclut de son champ d'application les actes de gestion des établissements administratifs, dont la gestion des personnels publics. Il en ressort que les contestations nées des contrats de recrutement des agents publics seraient soumises à la procédure civile. Dans ce cas, quel est l'intérêt de conserver l'article 100, si ce n'est pour appliquer le régime administratif aux agents contractuels ? Quant aux autorités administratives, elles se contentent de disposer de cette marge et n'ont jamais été contraintes de solliciter les jugements des autorités législative et judiciaire.

Si les agents contractuels au sens de la loi du 27 avril 2005 sont les homologues des agents contractuels de droit public français, une autre catégorie d'agents publics contractuels chinois se trouve dans une situation douteuse et controversée : les agents d'USP contractuels[687].

b. Les agents d'USP contractuels

La même question de nature juridique se pose s'agissant des agents d'USP dont les emplois sont désormais contractualisés[688]. La contractualisation de leurs emplois n'a pas pour autant affaibli le caractère public de leur régime juridique. Certes, la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail » et la loi du 29 décembre 2007 « sur l'arbitrage des conflits du travail »[689] incluent les agents d'USP contractuels dans leur champ d'application sauf si d'autres textes législatifs ou réglementaires en disposent autrement. Cependant, les deux dispositions législatives n'utilisent pas les mêmes termes. L'article 96 de la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail » dispose que « la conclusion, l'exécution, les modifications et la résiliation du contrat de travail entre une unité de service public et ses employés contractuels sont régies par d'autres règles législatives ou réglementaires ou par des mesures spécifiques du Conseil des affaires d'État ; en l'absence de ces règles, la présente loi leur est appliquée », tandis que l'article 52 de la loi du 29 décembre 2007 « sur l'arbitrage des conflits du travail » dispose que « les conflits du travail entre les unités de service public et leurs personnels contractuels sont régis par la présente loi sauf s'il y a d'autres

687 Ici, nous nous bornons à développer l'aspect contractuel des agents d'USP pour ne pas répéter les développements concernant leur régime juridique dans la partie I – titre I – chapitre II – section 1 – I – A – 2 : Le régime juridique chinois des agents des USP.

688 L'avis du comité central de l'organisation institutionnelle du PCC et du ministère de l'organisation des personnels (fusionné avec le ministère de la sécurité sociale au profit de la création du ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale en 2008) du 21 juillet 2000 « promouvant la réforme du système des personnels des unités de service public » met en place une contractualisation totale des emplois d'USP.

689 " *劳动争议调解仲裁法* ", Lao-dong-zheng-yi-tiao-jie-zhong-cai-fa.

règles législatives ou réglementaires ou des mesures spécifiques du Conseil des affaires d'État ; dans ce cas, ces règles leur sont appliquées »[690]. Il semble que la loi « sur le contrat de travail » se présente comme une sorte de réserve en cas d'absence de normes juridiques régissant la relation entre les USP et leurs personnels contractuels, alors que la loi « sur l'arbitrage des conflits du travail » renverse la logique en mettant en avant l'application des règles du droit du travail par rapport aux normes spécifiques qui peuvent y déroger.

Suivant la logique de la loi « sur l'arbitrage des conflits du travail » et s'appuyant sur une explication judiciaire du 17 juin 2003 de la Cour Populaire suprême qui soumet les conflits entre les USP et leurs personnels aux règles de la loi du 5 juillet 1994 « sur le travail »[691], un groupe d'auteurs suggère l'application pure et simple des règles du droit du travail sur les agents d'USP contractuels et de les considérer dorénavant comme des salariés de droit privé[692]. Nous ne saurons partager cette opinion pour deux raisons.

1° Tout en voulant s'appuyer sur les textes juridiques en vigueur, ces auteurs ne font qu'une interprétation partielle du droit positif dans le but de justifier un souhait lequel relève plutôt de l'ordre idéologique. L'application du droit du travail ne doit pas être comprise comme la règle de principe, mais plutôt une solution de réserve, comme l'exprime la loi « sur le contrat de travail », car après l'édiction de cette loi et celle de la loi « sur l'arbitrage des conflits du travail », le 9 août 2007, le comité central de l'organisation du PCC, le ministère des personnels publics (fusionné avec le ministère de la sécurité sociale au profit de la création du ministère des ressources humaines et de la

690 L'article 96 de la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail » : " *事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行* ". L'article 52 de la loi « sur l'arbitrage des conflits du travail » du 29 décembre 2007 : " *事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定* ".

691 Le cadrage « sur les questions relatives au jugement des affaires de conflits des personnels publics des unités de service public » : " *最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定* ". Son article premier dispose que « les conflits entre les unités de service public et leurs employés, relatifs aux actes de démission et de licenciement et à l'exécution du contrat, sont régis par les règles de la loi sur le travail » : " *事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议, 适用《中华人民共和国劳动法》的规定处理* ".

692 L'idée est apparue plus nettement dans une version du projet de la loi sur le contrat de travail, proposée par le bureau du droit administratif du comité de l'élaboration des textes législatifs du comité permanent de l'Assemblée Populaire nationale, voir " *全国人大常委会法制工作委员会行政法室,* 劳动合同法 (草案) *参考, 中国民主法制出版社* ", 2006 (Bureau du droit administratif du comité de l'élaboration des textes législatifs du comité permanent de l'Assemblée Populaire nationale, *La loi (projet) sur le contrat de travail, commentaires*, Démocratie et droit en Chine, 2006). Dans ce sens, voir également HUA Xiaochen et YANG Zhichen, « Étude sur les questions relatives au système de l'arbitrage des conflits des personnels publics », Administrative Tribune, novembre 2002, n° 54, p. 56 – 58 [*化晓晨，杨志晨, 事业单位人事争议处理制度若干问题的研究，* 行政论坛] ; SHAO Fen, « Réflexions sur l'élargissement de l'application du droit du travail en Chine », Études juridiques contemporaines, 2004, n° 3, p. 161 – 164 [*邵芬, 我国劳动法适用对象的扩大及其思考,* 现代法学] ; LU Xiumin, « La classification juridique des personnels publics », *Journal of Political Science and Law*, vol. 26, n° 5, octobre 2009, p. 55 – 60 [*卢修敏，人事关系的法律界定，* 政法学刊].

sécurité sociale en 2008) et l'office général des affaires politiques des armées de libération du Peuple chinois édictent concomitamment le cadrage « de la procédure arbitrale des conflits des personnels publics »[693]. La valeur juridique de ce texte — un « cadrage » interministériel — a fait certes l'objet de critiques, mais le maintien de la séparation entre l'arbitrage des conflits du travail et l'arbitrage des conflits des personnels publics est bien réaffirmé. Celui-ci s'applique aux personnels des USP[694]. Par ailleurs, les critiques envers la valeur juridique dudit cadrage ne sont pas tout à fait fondées, car la forme interministérielle d'un texte affiche précisément que les rapports entre les personnels publics contractuels (dont les agents d'USP) et les établissements publics (dont les USP) font partie de la gestion administrative de l'État, qui échappe à l'application du droit commun.

Le fait que les tribunaux populaires doivent accepter les recours contre les décisions arbitrales ne change pas la situation exorbitante du droit commun des agents d'USP et des agents publics contractuels, car formellement et directement, l'objet de contestation est la décision de l'instance arbitrale, mais non pas celle de l'administration. En cas d'exécution forcée, c'est toujours la décision arbitrale qui est le texte de référence. L'application des règles du droit du travail, évoquée par l'explication judiciaire du 17 juin 2003 de la Cour Populaire suprême, n'imposait en réalité la procédure civile que pour un tel recours.

En outre, nous ne pouvons que regretter que le règlement du 25 avril 2014 « sur la gestion des personnels des unités de service public »[695] n'a rien apporté à l'état polémique du contentieux des personnels d'USP, se contentant de se référer aux règles de la loi du 9 août 2007 « sur l'arbitrage des conflits du travail ».

2° La deuxième raison relève moins de l'ordre juridique. Nous avons montré que les USP subissent depuis deux décennies de fortes mutations consistant à les séparer de leurs établissements administratifs créateurs ou tutélaires, à les rendre organiquement et économiquement autonomes, à contractualiser leurs emplois et à les classifier en plusieurs catégories en vue de leur transformation soit en établissements administratifs, soit en sociétés commerciales. Nous avons également souligné la tendance de « privatisation » des USP[696]. Mais dire que le droit privé du travail doit être appliqué aux agents d'USP serait nier la réalité, d'une part, et méconnaître la nature des USP, d'autre part. Si les USP étaient gérées comme des entreprises commerciales et leurs agents considérés comme des salariés de droit privé, il suffirait de transformer toutes les USP en sociétés commerciales (publiques

693 " *人事争议处理规定* ", Ren-shi-zheng-yi-chu-li-gui-ding.

694 Article 2, al. 2 dudit cadrage.

695 Préc..

696 Voir parti I – titre I : Le déclin de la gestion publique par la privatisation des services publics.

ou non). Or, la politique de catégorisation des USP, après avoir classé les USP à caractère administratif et celles à caractère marchand, conserve un noyau dur : les USP d'intérêt public. Ces USP, quelle que soit leur méthode de gestion, sont distinctes des entreprises publiques ou privées dont le but est, pour l'essentiel, lucratif. Ainsi, tant que les USP existent, le particularisme du régime de leurs agents subsiste.

On pourrait certes citer les EPIC français dont les agents, sauf quelques rares exceptions, sont soumis au droit du travail. La comparaison entre ces deux cas, français et chinois, a d'ailleurs été faite *supra* dans le cadre de notre étude[697]. Nous ne renions pas le caractère marchand de certaines USP, car nombre d'entre elles, hormis celles qualifiées à caractère administratif, sont capables de s'autofinancer par la rémunération sur l'usager. Cependant, la majorité des USP d'intérêt public sont des établissements d'enseignement, de recherche et de service sanitaire, tels que les écoles, les universités et les hôpitaux publics. En France, c'est au sein de ces établissements que se trouvent plus de la moitié des fonctionnaires. Or, c'est précisément cette partie d'agents publics qui fait l'objet d'une double contestation à la fois interne[698] (de la tendance libérale de l'économie) et externe (de l'Union européenne). Ce qui est en jeu, c'est l'identité de cette catégorie d'établissements que les USP d'intérêt public chinoises composent. Si l'on exclut les emplois de cette catégorie d'établissements de la fonction publique, il resterait peu ou prou les emplois dits régaliens ou, pour reprendre l'expression plus familière au droit français, « de souveraineté nationale et de puissance publique »[699].

Quant à la privatisation simple des emplois de cette catégorie d'agents qui n'exercent pas de fonction régalienne, ce n'est qu'un vœu idéologique. La volonté de simplifier le droit en dressant une frontière hermétique entre le public et le privé avec leurs méthodes et pratiques archétypiques ne saurait masquer la réalité qui se révèle souvent d'une complexité irréductible. La gestion managériale inspirée du modèle privé et l'existence d'un contrat entre l'agent et l'administration ne font pas obstacle à ce que celle-ci impose des règles unilatérales à celui-là. Après tout, la puissance publique est libre de choisir le régime juridique qu'il souhaite appliquer à ses agents.

Les agents d'USP contractuels sont soumis à un régime contentieux exorbitant du droit commun similaire à celui des agents publics contractuels, même si la jonction de ces deux catégories d'agents publics contractuels n'est pas une certitude. Si l'on peut considérer qu'ils

697 Voir partie I – titre I – chapitre II -section 1 – I – A : Le régime juridique des agents des établissements publics à caractère marchand.

698 Ainsi, une proposition de loi consistant à n'appliquer le statut qu'aux « seuls emplois de souveraineté nationale et de puissance publique » a été déposée à l'Assemblée nationale le 13 janvier 2011.

699 Voir la proposition de loi du 13 janvier 2011 « visant à réserver le statut de la fonction publique aux agents exerçant une fonction régalienne », n° 3088, présenté par Jean-François Mancel.

composent un ensemble hétérogène mais cohérent d'agents contractuels de droit public, cette catégorie d'agents est, comme en France, en voie de mutation.

B. Les controverses liées à la situation des agents publics contractuels au regard du droit des travailleurs

La soumission commune des agents publics contractuels et des agents titulaires aux dispositions législatives et réglementaires se concrétise par l'assimilation de leur situation juridique et les distingue des salariés de droit privé régis par les règles du droit du travail. Or, cette distinction, comme le soulignent certains auteurs[700], n'a jamais été si catégorique et est susceptible d'être remise en cause par les évolutions à la fois juridiques et sociopolitiques. Non seulement les agents publics contractuels sont, eux aussi, recrutés par contrat, mais la thèse de la relation contractuelle entre les agents titulaires et l'administration a été développée par différents courants doctrinaux et jurisprudentiels en France (1). En outre, dans la réalité, les accords collectifs, résultats des négociations entre les syndicats d'agents publics et les pouvoirs publics, jouent un rôle de plus en plus important dans l'élaboration des normes régissant les agents publics (2). Enfin, le caractère bilatéral du contrat de travail s'avère, lui aussi, discutable (3).

1. La thèse de la relation contractuelle entre les agents publics et l'administration

Benoît Plessix, dans sa thèse sur l'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, classifie, en France, trois courants doctrinaux et jurisprudentiels prônant la thèse de la relation contractuelle entre les agents publics et l'administration[701].

Henri Berthélémy[702] et Henri Nézard[703] représentent le premier courant doctrinal, qui est basé sur la distinction entre agents d'autorité et agents de gestion. Pour eux, les agents de gestion sont rattachés à l'administration par un contrat de louage de services de droit privé par lequel l'État « entre en relation avec d'autres personnes sur un pied de parfaite égalité. Il accomplit des actes de gestion, c'est-à-dire passe des contrats. L'un d'eux, c'est celui de fonction publique, par lequel il

---

700 Voir notamment Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, (Thèse, Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille III), 24 novembre 2007), 2009. Pour cet auteur, la distinction classique entre le droit public et le droit privé, respectivement appliqués aux agents publics et aux salariés, est dépassée par la notion de « travailleur », développée notamment à travers l'unification des principes fondamentaux découlant du droit constitutionnel d'une part, et du droit européen d'autre part (p. 183). En ce qui concerne le caractère public du droit du travail d'un point de vue historique, voir Mathieu Touzeil-Divina, « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 9.

701 Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. p. 421 et sv..

702 Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 52 et sv..

703 Henri Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 398 et sv..

confie précisément la gestion de ses intérêts à des particuliers »[704]. Cette théorie a été critiquée tant par l'école du service public[705], que par Maurice Hauriou (bien que, semble-t-il, avec quelque regret)[706]. D'abord, une telle distinction ne correspondait pas au droit positif de l'époque. D'ailleurs, au lieu de le simplifier, elle complexifie l'état du droit. Cependant, ce n'est pas pour autant que cette théorie n'est pas soutenable en soi. De nos jours, elle a même tendance à ressusciter grâce à l'ascension du critère de la puissance publique en droit public. Ainsi, à propos de l'accès des ressortissants des États membres de l'Union européenne à la fonction publique française, l'article 5 *bis* fait une distinction entre emplois liés à l'exercice de la souveraineté ou des prérogatives de puissance publique et ceux qui ne présentent pas un tel caractère[707]. Une proposition de loi du 13 janvier 2011, s'appuyant sur la distinction faite par cet article, tend à réserver l'application du statut de la fonction publique aux « agents exerçant une fonction régalienne »[708]. Les notions d'autorité et de fonction régalienne ne sont certes pas équivalentes. Toutefois, toutes deux nécessitent une qualification, au cas par cas, de l'emploi en question.

Un autre courant, représenté par Rodolphe Dareste[709] et Eugène Perriquet[710], se rapproche du premier. Il voit dans la relation entre l'administration et l'agent une délégation d'autorité en échange d'une rémunération. Il ne s'agit pas de trancher la compétence entre juge civil et juge administratif, mais de créer, compte tenu des singularités de l'exercice des prérogatives de puissance publique, un régime spécial de contrat adapté à ces singularités. Comme dans l'autre courant, l'application de ce régime spécial est écartée lorsqu'il s'agit des employés de l'administration qui « se bornent à préparer ou à exécuter les décisions sans exercer aucun pouvoir propre » c'est-à-dire « les ouvriers, serviteurs et autres personnes aux gages de l'État »[711]. C'est en réalité la même distinction que celle entre agents d'autorité et de gestion selon Henri Berthélémy. Cette théorie tombera aussi en désuétude à cause du fait qu'elle ne correspond pas à l'état du droit positif, bien qu'elle révèle un fait tout à fait concevable. Les critiques à l'encontre de cette théorie formulées par Léon Duguit nous paraissent pertinentes :

---

704 *Ibid*., p. 479.

705 Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit*., p. 237 et sv..

706 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12ème éd., 1933, rééd. par Dalloz, 2002, p. 730.

707 Article introduit par l'article 31 de la loi n° 2005-102 du 11 janvier 2005.

708 Proposition de loi du 13 janvier 2011, n° 3088, préc..

709 Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*, *op. cit*., spéc. p. 372 et sv..

710 Eugène Perriquet, *Contrat de l'État*, *in Contrats de l'État et travaux publics*, *op. cit*..

711 *Idem*, p. 444 et p. 220.

« Il n'y a pas de mandat donné par la nation ; il n'y a pas davantage mandat donné par le représentant qui fait la nomination. Le représentant n'est point titulaire du droit qu'il a reçu mandat d'exercer, et par conséquent, il ne peut déléguer un droit qu'il n'a pas. La chose est d'évidence, si la nomination est faite par un autre agent. D'autre part, pour qu'il y eut mandat donné au fonctionnaire, il faudrait que celui qui nomme, gouvernement ou agent, eut pouvoir d'exercer la compétence qui appartiendra à celui qui est nommé. »[712]

Un troisième courant est d'origine jurisprudentielle. Dans sa décision du 7 août 1909, dite « Winkell », le Conseil d'État avait utilisé une expression ambiguë pour rejeter la requête des agents grévistes : « le contrat de droit public qui les liait à l'administration ». Le commissaire du gouvernement Tardieu déclarait d'ailleurs que « c'est cet accord de volontés qui se produit lors de la nomination acceptée par le fonctionnaire, accord générateur d'obligations réciproques, qui constitue ce que l'on appelle le contrat de fonction publique »[713]. La thèse contractuelle issue de cette décision n'a pas échappé aux critiques sévères des commentateurs de l'époque et finit par être abandonnée par le juge administratif, par une décision dite « Demoiselle Minaire », qui reprend la solution de la décision *Winkell* sans faire référence au « contrat de droit public »[714]. Il convient de préciser que malgré le terme « contrat », le juge administratif n'avait pas l'intention de placer les agents dans une situation autre que statuaire.

Pour une fois, ces théories françaises de la relation contractuelle entre agents publics et administration n'ont pas d'équivalent en Chine où, bien que la contractualisation des emplois publics se développe considérablement, la relation entre les agents publics titulaires et l'administration n'a jamais été envisagée dans une approche « contractualiste ». Toutefois, il importe de souligner la même tendance à établir une distinction entre agents d'autorité et agents de gestion, laquelle, traduite par la distinction entre cadres et autres employés de l'État avant la réforme générale de l'administration de l'État des années 1990, continue à jouer un rôle dans le processus de séparation des emplois d'USP des établissements administratifs, puis dans celui de la contractualisation des emplois publics. En effet, avant que les USP acquièrent une identité indépendante reposant sur l'intérêt public, elles avaient une fonction de gestion des activités annexes des établissements administratifs, et par conséquent, leurs agents, sauf les dirigeants, étaient considérés comme de simples agents de gestion contrairement aux agents qui exerçaient des fonctions d'autorité au sein

712 Léon Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, 1903, rééd. par Dalloz, 2005, p. 387.

713 CE., 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826, concl. Trdieu ; *RDP* 1909, p. 494, note Gaston Jèze ; *S*. 1909, III, p. 145, note Maurice Hauriou.

714 CE., 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, *Rec*., p. 843, concl. Maurice Lagrange ; *D*. 1938. p. 349, note Charles Eisenmann ; *RDP* 1938, p. 121, note Gaston Jèze.

des établissements administratifs. Cette distinction entre agents d'autorité et agents de gestion apparaît également dans la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » en tant que critère conditionnel de recrutement des agents publics contractuels : le champ du recrutement contractuel se limite aux « emplois nécessitant des connaissances spécialisées » d'une part, et aux emplois « de nature auxiliaire »[715] d'autre part. La nature « auxiliaire » de l'emploi exclut par principe les emplois d'autorité du champ du recrutement contractuel.

2. Le poids des accords collectifs et des forces syndicales dans la détermination des règles régissant les agents publics

La négociation collective entre les organisations syndicales d'agents publics et les pouvoirs publics constitue, en France, un autre élément remettant en cause la logique statutaire de la fonction publique[716] et, *a fortiori*, rapprochant le droit de la fonction publique du droit du travail[717]. Il convient de constater le développement d'une politique contractuelle favorisant la négociation et renforçant le rôle des syndicats de fonctionnaires dans la négociation des droits à partir des années 1970. Une série d'accords collectifs a été ainsi mise en place avec souvent des constatations jurisprudentielles[718]. Certes, ces accords ou protocoles sont dépourvus de valeur juridique[719] et ne peuvent, par conséquent, ni contraindre l'administration à les exécuter[720], ni déroger aux principes

715 Article 95 de la loi du 27 avril « sur les agents publics » : " *专业性较强的职位和辅助性职位* ". Voir chapitre II – section 1 – I – B – 2 : L'orientation fixée par la loi du 27 avril 2005.

716 Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Précis Dlloz, 7ème éd., 2012, p. 108. Voir également CE., *Rapport public 2008 : le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, p. 29 – 32.

717 Fabrice Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique – Première étape d'une réforme profonde », *AJDA* 2010, p. 2045 – 2049 ; Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relation professionnelles », *Dr. adm*. 2010, n° 11, p. 7 – 17 ; Didier Jean-Pierre, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A* 2010, n° 38, 2284, p. 28 ; Ylias Ferkane, « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 129 ; Carole Moniollle, « L'avenir des agents non titulaires de droit public », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 201 – 203.

718 À ce titre, nous pouvons citer quelques exemples de façon chronologique : les « accords de Varennes » du 22 juin 1968, CE., 15 octobre 1971, *Syndicat national indépendant des CRS*, *Rec*., p. 610 ; les « accords de Grenelle » du 27 mai 1968, CE., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale – CFDT*, *Rec*., p. 247 ; le « protocole Durafour » du 9 février 1990 « relatif à la réforme de la grille de traitement », concernant la valeur normative du protocole, CE., 4 novembre 1990, *Syndicat national des officiers professionnels* sapeurs-pompiers, req. n° 121351 ; CE., 19 mars 1997, *Syndicat national des conducteurs de travaux publics*, req. n° 168986, *RFDA* 1999, p. 221, note Carole Moniolle ; CE., 6 novembre 1998, *Alcamo*, *Rec*., p. 981.

719 Carole Moniolle, « La valeur juridique des protocoles d'accord dans la fonction publique », *RFDA* 1999, p. 221 ; Jean-Paul Wauquiet, « les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion » *La Gazette des communes*, 1er juillet 2002, p. 60 ; Jacques Fournier, *Livre blanc sur « Le dialogue social dans la fonction publique »*, La Documentation française, 2002, p. 84.

720 CE., 27 octobre 1989, *Syndicat national des études de l'aviation*, *Rec*., p. 833 ; 1er février 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, req. n° 197516, *RFDA* 1999. 226, note Carole Moniolle ; 13 octobre 2004, *Association pour la défense et l'apparition des droits des personnels*, req. n° 256489, *LPA* 2005, n° 122, p. 17, note Laurence Dardalhon.

du statut[721]. Néanmoins, nul ne sous-estime le poids réel de ces accords au niveau politique[722]. Par ailleurs, si les accords collectifs ne sauraient logiquement déroger aux dispositions législatives ou réglementaires du statut à cause de l'absence de valeur juridique, cet obstacle sera levé dès lors qu'une valeur juridique leur est juridiquement reconnue[723]. Ce n'est donc pas, comme le soulignent Emmanuelle Marc et Yves Struillou, le statut qui fait obstacle à ce que les accords collectifs acquièrent une valeur normative réelle[724], mais un « débat plus générale sur la fonction publique » entre logique statutaire et logique contractuelle, entre fonction publique de carrière et fonction publique d'emploi[725].

L'existence et l'importance des accords collectifs dans la fonction publique sont certainement dues à la tradition corporatiste, traduite par la forme syndicale dans la société contemporaine, et se rallient aux principes inhérents à la démocratie occidentale moderne, laquelle suppose une conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, individuels et collectifs. Le statut même prévoit la participation des fonctionnaires « par l'intermédiaire de leurs délégués » à « l'élaboration des règles statutaires »[726].

On ne relève rien de similaire entre la France et la Chine s'agissant du phénomène de négociation dans l'élaboration des normes régissant les agents publics. La tradition dirigiste et celle du respect hiérarchique sont toujours omniprésentes dans la conception chinoise de l'État et déterminent les relations entre l'administration et ses collaborateurs. Non seulement toute forme de négociation sociale est absente dans l'élaboration des normes régissant la fonction publique, mais le droit au recours juridictionnel n'est même pas reconnu aux fonctionnaires. L'administration est son propre juge au sens originaire du terme[727]. La seule voie possible pour qu'un fonctionnaire puisse revendiquer ses droits à l'égard d'une décision administrative est le recours gracieux avec un appel

721 TA. Grenoble, 22 février 2002, *Cresci*, req. n° 9902669, *AJFP* novembre 2002, p. 16.

722 CE., « Perspectives pour la fonction publique », *in Rapport public 2003*, La Documentation française, p. 332.

723 Didier Jean-Pierre, « la rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *op. cit.*, n° 10 ; Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relation professionnelles », *op. cit.*, p. 13 ; Fabrice Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique – Première étape d'une réforme profonde », *op. cit.*, p. 2049.

724 Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relation professionnelles », *op. cit.*, p. 14.

725 Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « La valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales de fonctionnaires : les vertus potentielles d'un oxymoron juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 69. Voir aussi le débat à l'occasion dudit colloque, « Les accords collectifs, nouvelles source du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*, p. 87.

726 Article 9 de la loi du 13 juillet 1983.

727 En attribuant la compétence de statuer sur les contentieux aux cours et tribunaux Populaires, c'est-à-dire le juge du droit commun selon le droit français, le système juridique chinois ne reconnaît pas pour autant une justice administrative pour les recours pour excès de pouvoir.

par le recours hiérarchique[728]. L'ensemble du système est donc conçu dans une approche institutionnelle et hiérarchique. Il ne s'agit pas seulement d'une hiérarchie entre les différents niveaux administratifs, mais surtout de la subordination de la fonction publique à l'intérêt général, censé être exprimé par les institutions légitimement constituées telles que l'Assemblée Populaire nationale et le Conseil des affaires d'État.

De surcroît, un élément substantiel ne permet pas le développement de la négociation entre les fonctionnaires et les pouvoirs publics. En Chine, les syndicats sont instaurés par les pouvoirs publics eux-mêmes, et les représentants syndicaux, au lieu d'être réellement élus par les fonctionnaires ou désignés par une procédure spécifique, sont, souvent dans la pratique, nommés discrétionnairement par les autorités administratives. Autrement dit, ces représentants sont eux-mêmes des agents publics affectés à une fonction de coordination entre leurs collègues et le pouvoir hiérarchique, sous le contrôle de celui-ci. Dans la plupart des cas, les syndicats de fonctionnaires s'occupent de l'animation des activités de loisir. Pour résumer la comparaison, les syndicats des fonctionnaires français défendent les droits de ceux-ci et se trouvent en confrontation avec le pouvoir public, alors que les syndicats de fonctionnaires chinois sont plutôt des auxiliaires de l'administration et ont vocation à assurer une meilleure obéissance des fonctionnaires à la direction administrative.

Quant à la possibilité de négociation avant l'édiction des normes, il n'est pas exact de dire qu'elle n'existe pas en Chine où l'Assemblée Populaire nationale est composée, de façon proportionnelle, de représentants des grandes catégories professionnelles dont celle des agents publics. Néanmoins, ils composent, avec d'autres représentants, ensemble l'assemblée en tant que corps unique. Juridiquement, les fonctionnaires ne peuvent négocier, en tant que catégorie sociale particulière, avec les pouvoirs publics.

Si le caractère unilatéral de la situation des agents publics peut être controversée par des éléments matériels qui ne relèvent pas nécessairement du domaine juridique, le caractère bilatéral de la situation des salariés de droit privé peut être, lui aussi, remis en question compte tenu des spécificités des règles du droit du travail.

728 Une voie juridictionnelle est pourtant ouverte à tout agent public pour la dénonciation des abus de pouvoirs et des comportements illégaux devant le Parquet Populaire.

3. La question de l'effectivité du caractère bilatéral du contrat de travail

Le caractère bilatéral du contrat de travail est affaibli par la position avantageuse de l'employeur dans la relation de travail d'une part (a), et par la soumission des deux parties à des dispositions législatives d'autre part (b).

a. La position avantageuse de l'employeur dans la relation de travail

En France, le pouvoir de l'employeur sur ses salariés a été admis, malgré l'existence d'un contrat (qui renvoie normalement une image d'égalité et de consentement), par la Cour de cassation dans l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931. Pour le juge suprême de l'ordre judiciaire, « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie »[729]. Inspirés de la théorie institutionnelle de Maurice Hauriou et de celle de Santi Romano, certains auteurs préconisaient un pouvoir de l'employeur issu de son rôle de chef de l'entreprise (une forme d'institution)[730]. Le contrat de travail ne constituerait qu'un acte d'adhésion à l'entreprise, et par conséquent, un acte d'acceptation de la subordination au pouvoir de l'employeur. Cette théorie institutionnelle du pouvoir de l'employeur de donner des ordres à ses salariés ou de modifier unilatéralement le contrat de travail se décline finalement au profit d'une analyse contractuelle, développée notamment par Gérard Lyon-Caen[731], consistant désormais à limiter le pouvoir de l'employeur par le consentement du salarié, puis concrétisée tant par la jurisprudence[732] que par la législation[733], même si la terminologie législative semble laisser toujours la possibilité de penser que l'employeur peut modifier unilatéralement un élément non essentiel du contrat de travail[734].

Vis-à-vis de la situation française, la législation chinoise s'avère bien plus nette et concise. L'article 35 de la loi « sur le contrat de travail » dispose :

---

729 C. cass. civ. 6 juillet 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c/ Bardou*, *DP* 1931. 1. 121, note Paul Pic.

730 Jean Brèthe de la Gressaye et Alfred Legal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938 ; Paul Durand, « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », *JCP* 1944 I. 387 ; *Rapport sur la notion juridique d'entreprise*, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, 1947, Dalloz, 1948, t. III, p. 45 et sv..

731 Voir notamment, Gérard Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *in Arch. phil. dr.* t. XIII, 1968, p. 59 ; « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 540 ; « L'obligation implicite », *APD*., t. 44, *D*. 2000, p. 109.

732 Depuis l'arrêt *Le Berre* (C. cass. soc., 10 juillet 1996, n° 93-40 966), toute modification du contrat de travail, excepté le changement des conditions de travail, nécessite l'accord des deux parties. L'arrêt *Hôtel le Berry* (C. cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-45 033) interdit toute « modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié ».

733 La loi du 18 janvier 2005, dite « Borloo », retient l'expression « modification d'un élément essentiel du contrat de travail ». Expression légèrement différente de celle consacrée par la jurisprudence mais qui la rejoint dans les grandes lignes. Voir également l'article L. 321 – 1 – 3 du Code du travail issu de ladite loi.

734 Articles L. 1222 – 6 et L. 1233 – 25 du Code du travail.

« Après négociation entre l'employeur et le salarié et le consentement de celui-ci, le contenu du contrat de travail peut être modifié. Toute modification du contrat de travail doit s'effectuer par écrit. »[735]

Ce faisant, le législateur interdit toute modification unilatérale de l'employeur, quel que soit son niveau d'importance, sur le contrat de travail, puisque le consentement du salarié est exigé. De surcroît, afin d'éviter l'ambiguïté des clauses implicites, il impose une notification par écrit pour toute modification. Le droit chinois refuse ainsi de reconnaître à l'employeur un pouvoir de modification unilatérale des termes du contrat, sachant que, cependant, ce pouvoir existe de fait. En réalité, les demandeurs d'emploi n'ont que le choix d'accepter ou non le contrat proposé par l'employeur et de consentir aux modifications du contrat imposées par celui-ci sous peine, le cas échéant, de licenciement en cas de refus. Dans la pratique, les salariés de droit privé ont nettement moins de liberté et moins de pouvoir de négociation que les fonctionnaires, titulaires d'un grade presque inamovible durant leur vie professionnelle.

b. La soumission des deux parties aux règles législatives

Outre la position avantageuse de l'employeur dans la relation de travail, le caractère bilatéral du contrat de travail est remis en cause par la soumission des deux parties à des règles législatives en matière du droit du travail, lesquelles ont tendance à former une sorte de « statut » des salariés de droit privé[736]. Nicolas Font souligne que malgré leur fondements théoriques différents, le droit de la fonction publique et le droit du travail ont « en commun un objet identique (le travail subordonné) et la volonté de rompre avec le droit commun provenant du Code civil »[737]. À mesure que ces fondements perdent leur force et leur vigueur, les conditions juridiques des agents publics et des salariés se rapprochent[738]. Les droits du travail et de la fonction publique évoluent, selon les membres du Collectif l'Unité du Droit, dans le sens de l'émergence d' « Un droit commun des travailleurs »[739].

---

735 *"用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式"*.

736 C. cass. crim., 29 octobre 1985, n° 84 – 95. 559 : il incombe au juge du fond « dans une matière d'ordre public telle que le droit du travail, d'interpréter les contrats unissant les parties afin de leur restituer leur véritable nature juridique, la seule volonté des intéressés étant impuissante à soustraire les travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche ». Voir aussi Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relation professionnelles », *op. cit*., p. 13 – 14.

737 Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public, op. cit.,* p. 13 – 14.

738 Jacques Caillosse, « Le statut de la fonction publique et la division de l'ordre juridique », *in Le travail en perspectives*, sous la dir. d'Alain Supiot, LGDJ., 1998, p. 347 ; Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public, op. cit., ibid..*

739 Mathieu Touzeil-Divina et Morgan Sweeney, « Préface : Un droit commun des travailleurs ? », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. V. Voir également Baptiste Bonnet et Mathieu Touzeil-Divina,

De même, en Chine, la législation de 1994 sur le droit du travail puis celle de 2007 sur le contrat de travail interviennent dans la relation de travail et la détermination des conditions de travail, ainsi que sur la forme du contrat de travail. Ces interventions législatives ont eu pour effet, comme en France, de fixer un « statut » des salariés obligeant les deux parties à un contrat de travail à respecter des règles indépendantes de leur volonté contractante.

*

La situation des agents publics contractuels est ainsi complexifiée par la question relative à son identité au sein de la fonction publique vis-à-vis des agents titulaires, et par celle de l'identité de l'ensemble des agent publics, titulaires et contractuels confondus, par rapport à la notion de travailleur. À ce titre, les régimes français et chinois se rejoignent dans les grandes lignes avec quelques nuances culturelles et idéologiques, lesquelles sont cependant irréductibles. Ces nuances se présentent également dans les rapports entre les agents contractuels soumis au statut de la fonction publique et les autres employés de l'administration.

II. Les agents publics contractuels soumis au statut de la fonction publique et les autres personnels contractuels de l'administration

La situation juridique des agents publics contractuels s'avère hétérogène car ces derniers ne sont pas tous soumis au statut de la fonction publique (A). Bien que les agents publics contractuels fassent partie du personnel contractuel de l'administration, le caractère public de leur régime juridique les distingue des agents contractuels de droit privé (B).

A. L'hétérogénéité de la situation juridique des agents publics contractuels

Tous les agents publics contractuels ne sont pas soumis au statut de la fonction publique (1). Pour autant, ils sont bien réunis dans une situation de droit public (2).

1. La distinction entre agents publics contractuels régis par le statut de la fonction publique et ceux qui ne le sont pas

Nous soutenons qu'en Chine, les agents d'USP sont des agents de droit public[740]. Néanmoins, cette thèse ne suggère pas qu'ils soient soumis au même régime juridique que les agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005. Certes, l'application d'un régime analogue sur les agents d'USP avant ladite loi et sa continuation sur les agents d'USP à caractère administratif exercent une influence

« Unité du droit », *in Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, sous la dir. de Mathieu Touzeil-Divina, LGDJ., coll. « Hors collection », 2ème éd., 2014, p. 282 ; Morgan Sweeney et Mathieu Touzeil-Divina, « Droit des travailleurs (publics et privés) », *in Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, *op. cit.*, p. 166 et sv..

740 Voir partie I – chapitre II – section 1 – I – A – 2 : Le régime juridique des agents des USP.

considérable sur l'opinion publique qui a tendance à confondre ces deux catégories d'agents ; mais la privatisation de la gestion des USP et la contractualisation de leurs personnels ont largement contrebalancé l'image classique des agents d'USP. Ceux-ci sont toujours agents publics, mais d'une nature différente que leurs homologues recrutés au sein des établissements administratifs. Leurs emplois sont désormais contractualisés, mais il ne s'agit pas du même contrat que désignent les articles 95 à 100 de la loi du 27 avril 2005. Les contrats de recrutement des agents des USP sont régis par les textes locaux, supervisés par le ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale (le cas échéant, le Conseil des affaires d'État) et le comité central de l'organisation institutionnelle du PCC. Un projet de règlement général des personnels d'USP est d'ailleurs en cours d'élaboration et aboutira, une fois que la politique de catégorisation des USP atteindra un résultat suffisamment satisfaisant[741].

Par ailleurs, étant donnée l'autonomie financière et de gestion des USP, les postes d'une USP sont déterminés par celle-ci en fonction des besoins du service, tandis que les postes contractuels selon la loi du 27 avril 2005 sont déterminés par le budget du financement public de l'État[742]. Le recrutement contractuel des agents publics selon la loi du 27 avril 2005 est une faculté dont disposent les établissements administratifs en fonction de leurs besoins et de la nature du service, alors que le contrat est désormais obligatoire pour le recrutement des personnels des USP.

Quoi qu'il en soit, les agents d'USP, sauf ceux des USP à caractère administratif, ne sont pas soumis à la loi du 27 avril 2005 portant sur le statut des agents publics, mais aux autres normes réglementaires, ministérielles ou locales. Il existe donc en Chine une catégorie d'agents publics contractuels non soumis au statut de la fonction publique, qui est pourtant en train d'acquérir une cohérence statutaire.

Par rapport à la situation chinoise, en France, l'existence d'agents publics contractuels non soumis au statut s'avère bien plus disparate et trop faible pour constituer une catégorie à part entière. C'est le cas, pour citer le peu d'exemples qui existent, des ouvriers de l'État[743]. Il s'agit d'une

741 Cette synchronisation est tout à fait souhaitable compte tenu du lien intrinsèque entre la politique de catégorisation et celle de contractualisation. En effet, comme nous l'avons expliqué *supra*, la contractualisation vise surtout les personnels des USP d'intérêt public sachant que ceux des USP à caractère administratif seront intégrés à la fonction publique régie par la loi du 27 avril 2005, tandis que ceux des USP à caractère marchand deviendront salariés de droit privé. Selon la tradition chinoise dans la pratique de l'élaboration des normes juridiques, celles-ci interviennent souvent après la constatation de la stabilité des faits et ne font que les entériner juridiquement.

742 Article 96, al. 2 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » : " *机关聘任公务员应当在规定的编制限额和工资经费限额内进行* ".

743 CE., 25 mars 1957, *Cagliardi*, *Rec*. CE., p. 813, *AJDA* 1957, II, p. 285 ; CE., 22 février 2008, *Giner*, req. n° 278476, *Rec*. CE. tables. Voir François Cazottes et Danielle Vilchien, « Les personnels ouvriers », *Cahier de la fonction publique*, novembre 1996, n° 151, p. 4 et Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, *op. cit*., p. 536 – 538.

catégorie particulière d'agents publics dont l'évolution a été presque indépendante de celle de la fonction publique. Le statut général les exclut d'ailleurs explicitement[744]. Techniquement, leur fonction n'a rien de différent de celle des ouvriers, salariés de droit privé ; cependant, la nature de leurs activités professionnelles — fabrication d'armes de guerre notamment — les lie à la puissance régalienne. Ils sont, de ce fait, soumis à des règles exorbitantes du droit commun[745]. Nous pouvons encore citer les personnels ouvriers des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires :

> « Les dispositions qui leur sont applicables sont fixées par le directeur du Centre national et approuvées par le ministre chargé de la fonction publique, le ministre chargé de l'enseignement supérieur et le ministre chargé du budget. »[746]

Après tout, l'existence des ouvriers de l'État en France, en tant que catégorie d'agents publics contractuels non soumise au statut de la fonction publique, n'a pas du tout la même ampleur, ni la même signification que les agents d'USP en Chine. Ceux-ci, cinq fois plus nombreux que la totalité des agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005, pèsent sur le sort de la fonction publique chinoise. Les agents d'USP et les agents publics contractuels composent ensemble les personnels publics contractuels de l'État employeur.

2. La situation commune de tous les agents publics contractuels

Que les agents publics contractuels soient soumis au statut de la fonction publique ou non, ils ont certains points communs qui leur permettent d'être réunis dans une catégorie relativement cohérente.

D'abord, ils sont des travailleurs, si l'on se permet de les considérer ainsi, qui ne sont pas soumis au droit du travail. En France, les agents publics contractuels sont en principe soumis au statut de la fonction publique avec de rares exceptions marginales qui relèvent de régimes administratifs particuliers tels que les ouvriers de l'État. En Chine, les agents publics contractuels sont régis par la loi « sur les agents publics » tandis que les agents d'USP sont régis par un ensemble de normes administratives centrales et locales. Il résulte de cette situation juridique exorbitante du droit commun que les litiges entre les agents publics contractuels et leur employeur public sont soumis à une juridiction spécifique. En France, la séparation entre la justice administrative et la justice judiciaire s'applique pleinement dans ce cas. Bien que cette séparation juridictionnelle

---

744 Article 3-5 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 « portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ».

745 Nous pouvons citer, comme textes principaux régissant les ouvriers de l'État, les décrets du 26 février 1897, du 1er avril 1920, du 8 janvier 1936 et du 5 octobre 2004.

746 Article 21 du décret n° 87-155 du 5 mars 1987.

n'existe pas en Chine, les litiges nés d'un contrat de recrutement d'agent public relèvent de la compétence du conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics, tandis que les litiges entre les salariés et leur employeurs relèvent du conseil des prud'hommes. S'agissant de la procédure d'appel à la suite de l'arbitrage des conflits des personnels publics, la procédure civile s'applique du fait que l'article 12-3 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif » exclut du domaine du procès administratif les « décisions relatives aux actes de récompense, punition, nomination et de révocation des agents des établissements administratifs »[747]. La Cour Populaire suprême, dans son explication judiciaire du 10 mars 2000 « sur les questions relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif »[748], a apporté une précision : les décisions mentionnées par l'article 12-3 de la loi « sur le contentieux administratif » sont celles « relatives aux droits et obligations des agents publics »[749]. Or, au moment de la loi « sur le contentieux administratif » et de ladite explication judiciaire, la catégorie d'agents publics contractuels n'était pas à l'ordre du jour. Ces deux textes visaient surtout les agents publics titulaires qui ne peuvent se prévaloir de leur droit que par le biais des recours gracieux et hiérarchique, tandis que les conflits entre les établissements publics et leurs employés de droit privé de l'administration étaient sans aucun doute soumis à la procédure civile.

Étant donnés l'évolution, modeste certes, du phénomène des agents publics contractuels des établissements administratifs et surtout le développement, drastique cette fois, de la contractualisation des emplois d'USP, certains commentateurs estiment qu'il n'est plus opportun d'appliquer la procédure civile aux procès d'appel concernant les conflits des personnels publics contractuels, en raison du lien intrinsèque entre ces personnels et les pouvoirs publics et surtout du caractère d'intérêt public de leurs missions[750]. Cette approche publiciste est en train de gagner du terrain au sein de la doctrine[751] et influencera sûrement la codification en cours de la procédure administrative.

---

747 " *行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定* ".

748 " *关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释* ", Guan-yu-zhi-xing-zhong-hua-ren-min-gong-he-guo-xing-zheng-su-song-fa-ruo-gan-wen-ti-de-jie-shi.

749 *" 涉及该行政机关公务员权利义务的决定 ".*

750 LIN Yanyu, « La nature et le contentieux du contrat de recrutement d'agent public », *Presses universitaires de l'Institut de la science administrative de Hubei*, 2006 n° 5, n° de série 29, p. 64 [*林艳玉, 公务员聘任合同的性质及其诉讼*, 湖北行政学院学报 (Journal of Hubei Administration Institute)] ; JI Peirong et WANG Lihe, « Lecture interprétative des règles relatives au recrutement contractuel dans la loi sur les agents publics », *Forum de politique et de droit*, octobre 2007, n° 5, p. 61 [*纪培荣，王立荷，对公务员法中聘任制规定的解读*，政法论丛].

751 Au demeurant, il n'y pas encore eu de discours contestant la pertinence de cette approche. Au contraire, malgré sa non conformité par rapport au droit positif, cette idée a été reprise par plusieurs études universitaires. Voir notamment GUO Bingli, *Étude sur les conflits concernant les personnels publics contractuels en Chine*, Mémoire, Université de sciences politique et juridique de Chine, mars 2011, p. 21 – 23 [*郭丙丽*，我国聘用制公务员人事争议解决机制研究，*中国政法大学研究生论文*].

Les agents publics contractuels en Chine, comme en France, forment, malgré quelques diversités, une catégorie cohérente ; ce qui permet de les mettre en parallèle avec les employés contractuels privés de l'administration.

B. La répartition des agents contractuels de l'administration entre le droit public et le droit privé

Recrutés par contrat et travaillant pour le compte d'une personne publique, les agents contractuels publics et privés sont susceptibles d'être confondus dans une même catégorie de personnels contractuels de l'État employeur (1) ; cependant, plusieurs éléments permettent de les distinguer (2).

1. La confusion entre employés de l'administration et agents publics contractuels

En Chine, avant la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », les expérimentations du recrutement contractuel ont été marquées par un amalgame. Le règlement provisoire du 14 août 1993 prévoyait, dans son article 45, la possibilité de recruter des agents contractuels pour occuper des postes au sein des établissements administratifs, sans préciser les conditions de recrutement. L'autorité centrale a laissé les entités locales procéder à l'expérimentation du recrutement contractuel avec une marge d'appréciation relativement large. Selon les modèles locaux, trois points pourraient être relevés pour comparer leurs convergences et divergences : l'occupation ou non par l'agent d'un poste prévu par le financement public, l'exercice ou non de missions de nature administrative, et la répartition des compétences juridictionnelles en cas de conflit entre l'agent et son établissement employeur. Si la plupart des textes locaux sont muets sur la question de la répartition des compétences, il convient, selon certains auteurs, de s'appuyer sur les deux premiers critères, de façon cumulative, pour choisir entre le conseil des prud'hommes et le conseil des conflits des personnels publics en cas de litige ; plus précisément, lorsque l'agent contractuel occupe un poste prévu par le financement public et exerce des missions de nature administrative, il doit être considéré comme agent public, et par conséquent soumis à l'arbitrage des conflits des personnels publics[752].

Par ailleurs, dans certaines entités locales, telle que la municipalité de Zhanjiang[753], les agents sont affectés aux postes prévus par le financement public, tout en étant écartés des missions de nature administrative. Dans ce cas, pouvons-nous considérer que le critère matériel — missions

752 Voir notamment LIU Quan, « Du recrutement contractuel des agents publics en Chine », *Presses universitaires des étudiants chercheurs de l'Université de sciences de finance et de financement, économique, politique et juridique de Zhongnan*, 2007, n° 5, p. 134 *[刘权, 试论中国公务员聘任制,* 中南财经政法大学研究生学报].

753 Voir la mesure expérimentale du 13 mai 2004 de la municipalité de Zhanjiang « sur la gestion des employés du gouvernement » [*湛江市政府雇员管理试行办法*].

de nature administrative — joue un rôle décisif pour la qualification d'agent public, et que, par conséquent, en absence de telles missions, l'agent contractuel est dans une situation de droit privé ? Ou bien le critère organique d'affectation au poste prévu par le financement public suffit-il à permettre de les considérer comme agents publics ? Il est aisé de constater que nos deux hypothèses oscillent, si nous tournons le regard vers la France, entre les solutions de la jurisprudence *Mazerand* et de la jurisprudence *Berkani*.

Certes, le caractère organique de la solution *Berkani* reste discutable, car l'expression « service public à caractère administratif » n'implique pas nécessairement l'appartenance organique stricte à un établissement public à caractère administratif, en raison de la discordance possible entre la nature du service et la qualification de l'établissement[754]. D'ailleurs, un service public administratif peut être assuré par une personne privée[755] et le législateur peut toujours qualifier un contrat entre les employés d'un service public administratif et un employeur public de droit privé[756]. Toutefois, ces réserves ne devraient pas faire échec à l'idée de la simplification du droit s'appuyant sur un critère essentiellement organique, critère stable et opérationnel.

C'est à la lumière de cette même idée que le cas chinois devait être compris, c'est-à-dire que l'affectation au poste prévu par le financement public — ce qui implique l'appartenance organique de l'agent à un établissement administratif — devait jouer pour l'essentiel dans la qualification d'agent public pour les agents contractuels de l'administration. Selon ce critère, la plupart des expérimentations locales sont en réalité des recrutements d'employés de l'administration de droit privé. Toutefois, la majorité des auteurs en sciences de gestion administrative et de ressources humaines, et surtout les adeptes de l'École de la nouvelle gestion publique, considèrent que les agents publics contractuels et les autres employés de l'administration constituent une seule catégorie d'agents contractuels de l'administration. L'apparition des agents publics contractuels n'est qu'une étape souhaitée de l'évolution du système des employés de l'administration et vient remédier aux défauts de celui-ci. Cette opinion continue à exister[757] malgré le démenti par la loi « sur les agents

754 Voir partie I – titre I – chapitre I – section 2 – I – B : Le lien entre la nature de service et celle de l'établissement.

755 La présence nécessaire d'une personne publique pour l'application de la jurisprudence Berkani : CE., *Syndicat général C. G. T. des personnels des affaires culturelles*, *op. cit.* ; le maintien de la situation de droit privé des employés travaillant pour le compte d'un SPA antérieurement assuré par une personne privée puis reprise par une personne publique : CE., *Lamblin*, *op. cit.*.

756 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 2 – I – A – 2 : La soumission des personnels au droit public par la qualification administrative de leurs missions.

757 Pour cette idée, voir notamment YANG Bingjun et ZHANG Yue, « Le système d'agents publics contractuels est le développement et l'amélioration du système d'employés de l'administration », *Administration et Droit*, 2007, n° 6, p. 41 – 42 [*杨炳君，张悦，公务员聘任制是在政府雇员制基础上的发展与完善*，行政与法] ; LI Hanqing et LI Chengyang, « Comparaison entre emplois de l'administration et agents publics contractuels », *Sciences sociales Hubei*, 2008, n° 6, p. 15 – 17 [*李汉卿，李呈阳，政府雇员制与公务员聘任制之比较*，湖北社会科学] ; HU Xianzhi et XU Qian, « Des employés de l'administration aux agents publics contractuels : améliorations

publics » du 27 avril 2005 et en dépit des nouveaux textes locaux relatifs à la gestion des employés des gouvernements locaux postérieurs à ladite loi, lesquels établissent dorénavant une distinction entre les agents publics contractuels et les employés privés de l'administration.

2. La distinction entre employés de l'administration et agents publics contractuels

La distinction entre employés contractuels de l'administration et agents publics contractuels résulte, de prime abord, de la situation exorbitante du droit commun de ces derniers. Cette distinction, longtemps débattue en France, tant par la doctrine que par la jurisprudence, constitue un des éléments fondamentaux du droit de la fonction publique que nous avons développé *supra* dans la même section[758]. La question est pourtant relativement récente en droit chinois selon lequel les agents publics contractuels font partie des effectifs de l'établissement administratif, occupent des postes prévus par le financement public et exercent, à l'instar de leurs homologues titulaires, des missions de nature administrative. Ces trois critères, tant constatés par la doctrine que confirmés par le droit positif, permettent de les distinguer des employés de l'administration.

En particulier, les autorités chinoises ont pris soin de choisir des termes différents pour désigner respectivement les deux relations contractuelles : « Pin-Ren »[759] pour les agents publics contractuels et « Gu-Yong »[760] pour les employés de l'administration. « Pin-Ren » implique étymologiquement une sorte d'invitation cordiale adressée par une autorité ou par une personne de pouvoir à un individu pour occuper une fonction de dignité, tandis que le terme « Gu-Yong » désigne tout simplement un échange de services et récompenses. En l'occurrence, les agents publics contractuels sont des agents publics, entrés dans la fonction publique par une autre voie que celle du concours, alors que les employés de l'administration sont des salariés de droit privé recrutés par les établissements publics pour y rendre des services temporaires ou exécuter des tâches précises et ponctuelles.

La coexistence des agents publics contractuels et des employés contractuels de l'administration est critiquable dans la mesure où l'existence de ceux-ci ne s'appuie que sur les textes locaux, lesquels sont désormais susceptibles de heurter la norme centrale et législative

---

du système de la gestion des ressources humaines des établissements publics », *Presses universitaires de l'Institut d'administration de Jiangsu*, 2009, n° 5, p. 105 – 110 [*胡仙芝, 余茜. 从政府雇员制到公务员聘任制：公共部门人力资源管理的制度完善与创新*，江苏行政学院学报] et YANG Zhigang, « Les réformes sur les employés de l'administration et les agents publics contractuels : quelle voie ? », *Réforme de la gestion administrative*, 2012, n° 6, p. 26 – 30 [*闫志刚，政府雇员、公务员聘任制改革：未来路在何方？*，行政管理改革].

758 Voir I – A – 1 : La situation française.

759 " *聘任* ".

760 " *雇用* ".

régissant les agents publics. En effet, la loi du 27 avril 2005 a vocation à unifier les régimes des personnels contractuels des établissements administratifs, et donc à remplacer les régimes locaux, lesquels n'étaient que des mesures provisoires à titre d'expérimentation. Si les missions des établissements administratifs correspondaient à leur qualification administrative et que les activités de nature non administrative étaient externalisées aux entrepreneurs privés, logiquement, il ne devrait pas exister de postes qui ne sont pas de nature administrative au sein des établissements administratifs. Or en réalité, l'on sait fort bien qu'une telle situation idéale ne saurait exister. C'est pourquoi l'article 96 de la loi du 27 avril 2005 prévoit que les emplois nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées ou ceux de nature auxiliaire peuvent être assurés par les agents publics contractuels.

Parallèlement, les employés de droit privé de l'administration n'ont pas disparu. Les textes relatifs à la gestion des employés contractuels des gouvernements locaux continuent à s'appliquer après l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », certaines entités locales ayant même édicté de nouvelles règles en la matière après cette date. Au moins, les textes postérieurs ont compris la distinction entre agents publics contractuels et employés privés de l'administration en soumettant ces derniers à un régime de droit privé. Ainsi, la mesure expérimentale du 11 novembre 2008 du gouvernement de Jiangmen, « relative à la gestion des employés des établissements administratifs »[761] interdit l'affectation des employés contractuels aux postes prévus par le financement public et les écarte de l'exercice des missions de nature administrative[762]. Dans le texte du canton de Hongze[763] au même titre, en plus des mêmes interdictions, il est clairement indiqué, dans l'article 21, que les litiges entre les employés contractuels et leur établissement employeur relèvent de la compétence du conseil des prud'hommes.

Lorsque l'administration recrute un agent public contractuel, c'est donc désormais parce que la loi le permet, le financement public le prévoit et la nature du service le nécessite ; en un mot, l'administration le recrute en vue de l'intérêt public. En revanche, le recrutement d'un employé contractuel de droit privé n'est pas prévu par le financement public : le financement provient du compte propre de l'administration. L'employé n'exerce pas de missions de nature administrative tout en travaillant pour le compte d'un établissement administratif.

*

761 " *江门市直机关雇员管理试行办法* ", Jiang-men-shi-zhi-ji-guan-gu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa.

762 Article 3, al. 2 de ladite mesure d'essai.

763 Mesure expérimentale du 22 décembre 2008 du gouvernement du canton de Hongze « relative à la gestion des employés des établissements administratifs » [*洪泽县政府雇员管理试行办法*].

Les agents publics contractuels forment une catégorie relativement cohérente d'agents publics, malgré une hétérogénéité plus ou moins importante selon le cas en France ou en Chine. La jonction entre deux situations apparemment inconciliables — statutaire et contractuelle — les place entre les règles de la puissance publique et celles du droit commun. Cette connexion est faite par le biais de leur contrat, contrat de fonction publique.

Section 2. Le contrat de fonction publique entre les prérogatives de puissance publique et le droit commun

Le contrat de recrutement d'un agent public semble hybrider les principes des deux mondes juridiques, privé et public. En effet, tout en ayant une forme classique régissant les rapports civils, il n'en est pas moins soumis à un régime exorbitant du droit commun. Contrat administratif, le contrat de recrutement d'un agent public interfère entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. À ce titre, la doctrine française a été une des sources d'inspiration majeures du droit administratif chinois qui est en cours de construction ; elle est toujours susceptible de fournir de précieux renseignements pour sa compréhension. Il convient de considérer le contrat de recrutement d'un agent public comme un élément du droit administratif (I) avant de comprendre ses rapports avec le droit du travail (II).

I. La nature juridique du contrat de fonction publique

Bien que les agents recrutés par contrat de fonction publique soient en principe soumis à un régime exorbitant du droit commun à l'instar de la situation statutaire des agents titulaires, l'acte par lequel ils sont engagés, comme sa dénomination le suggère, est bien un contrat. Il se distingue ainsi des actes unilatéraux de l'administration comme la nomination d'un agent titulaire (A). Conclu entre une personne publique et une personne privée, le contrat de fonction publique est qualifié de contrat administratif tant par son objet que par son contenu (B).

A. L'ambivalence du contrat de fonction publique

Les effets juridiques d'un acte unilatéral de nomination et d'un contrat de fonction publique ne se distinguent que très subtilement. Bien que les effets de la nomination unilatérale soient conditionnés par l'acceptation de la personne nommée (1), ils rejoignent les effets juridiques d'un contrat de fonction publique en matière de contentieux (2).

1. La question du caractère unilatéral de l'acte de nomination

Un acte de nomination est la décision par laquelle une autorité administrative compétente confère un emploi public et la qualité d'agent public (pour qui ne l'est pas) à une personne ayant rempli les conditions d'accès à la fonction publique (telles que l'aptitude physique et la réussite des concours). La nomination crée une situation statutaire qui ne résulte pas d'un accord de volontés, mais d'un acte unilatéral de l'administration. La personne est investie de la qualité d'agent public avant même son acceptation. Cependant, pour que la nomination produise ses effets, le consentement de la personne nommée est nécessaire. Pour ceux qui sont déjà fonctionnaires, ils

peuvent refuser leur nomination sans démissionner[764]. Selon Roger Bonnard, l'acte unilatéral de nomination est l'élément déterminant de l'entrée en fonction de l'agent, mais le refus de la nomination par ce dernier peut rendre caduque la nomination[765]. L'acte unilatéral de nomination est soumis à une « condition résolutoire »[766]. Les effets de la nomination nécessitent ainsi la rencontre de la décision administrative de nommer une personne à un emploi public et le consentement de cette même personne. En fin de compte, par rapport au contrat de fonction publique, seul diffère l'ordre chronologique entre l'acte et la volonté. En effet, les contrats de fonction publique sont souvent des contrats-types ou une sorte de contrats d'adhésion pour lesquels la négociation individuelle sur les clauses du contrat prédéterminé par les pouvoirs publics est presque impossible. Dans la pratique, le candidat accepte un contrat de fonction publique comme la personne nommée accepte la nomination.

Cette analyse est tout à fait valable pour le cas chinois où le contrat de fonction publique est encadré par la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». Il s'agit simplement d'une autre voie d'accès à la fonction publique[767]. Quant aux contrats d'engagement des agents d'USP, la forme du contrat est déterminée par les textes locaux conformément à l'avis du bureau général du Conseil des affaires d'État du 6 juillet 2002 « sur l'expérimentation du recrutement contractuel des agents des unités de service public »[768], dans l'attente d'un texte central et réglementaire.

Le rapprochement des effets juridiques de l'acte unilatéral de nomination et du contrat de fonction publique est davantage saillant en matière de contentieux.

2. Le contentieux administratif résultant de la situation législative ou réglementaire des agents publics, nommés et contractuels

Les agents publics contractuels sont, comme les agents titulaires nommés, soumis à un régime statutaire[769]. En France, le recours pour excès de pouvoir est, par conséquent, ouvert aux agents contractuels recherchant l'annulation de certaines décisions administratives concernant leurs droits et obligations. Ainsi, une jurisprudence constante depuis un demi-siècle admet que l'agent contractuel peut demander l'annulation de son licenciement[770]. Comme le conclut le commissaire du

764 CE., 5 juillet 1957, *Anglade*, *Rec*., p. 452.

765 Roger Bonnard, *Traité de droit administratif*, LGDJ., 4ème éd., 1943, spéc. p. 451 et sv..

766 Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, *op. cit*., p. 206.

767 LIU Quan, « Du recrutement contractuel des agents publics en Chine », *op. cit*., p. 134.

768 Préc..

769 Voir section 1 – I : La situation juridique des agents publics contractuels.

770 CE., 9 juin 1948, *Sieur Cousin*, *Rec*., p. 254 ; CE., 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, *Rec*., p. 464 ; *RDP* 1949. 73, note Marcel Waline ; *S*. 1949. 3. 41, note Jean Rivero ; CE., 12 novembre 1955, *Sieur Braillon*, *Rec*., p. 539 ; CE.,

gouvernement Glaser à l'occasion de l'affaire *Cavallo*, « du point de vue contentieux, le contrat de fonction publique ne se distingue donc plus de l'acte unilatéral »[771].

Le recours pour excès de pouvoir est une des spécificités du droit administratif français qui, malgré ses avantages reconnus par la doctrine à travers le droit comparé, n'existe pas en droit positif chinois. Les contestations liées à l'acte de nomination ne peuvent pas être portées devant les instances judiciaires, tandis que celles liées au contrat de fonction publique sont soumises au conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics puis aux tribunaux et cours Populaires en appel. Il y a apparemment, en Chine, une distinction de régime en matière de contentieux entre l'acte de nomination et le contrat de fonction publique. Au niveau procédural et formel, cette distinction est évidente et indéniable. Mais au fond, l'existence d'un arbitrage des conflits des personnels publics, distinct de l'arbitrage des conflits du travail, marque la continuité du régime exorbitant du droit commun des personnels publics contractuels en matière de contentieux. Pour certains auteurs, le recours devant le conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics devrait être également ouvert aux agents publics titulaires, c'est-à-dire à tous les personnels publics[772], et *a fortiori* en cas d'appel, la procédure administrative doit être appliquée[773]. Bien que pertinente en soi, cette approche n'est pas conforme au droit positif qui suppose l'application de la procédure civile en cas d'appel pour les agents publics contractuels. Toutefois, cette supposition n'est déduite que de l'exclusion des actes relatifs aux droits et obligations des agents publics par l'article 12-3 de la loi du 4 avril 1989 « sur le contentieux administratif »[774], alors que ni la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », ni le cadrage du 3 septembre 2007 « de la procédure arbitrale des conflits des personnels publics »[775], ne précise la nature de la procédure à appliquer en cas d'appel à la suite de l'arbitrage des personnels publics.

L'arbitrage des personnels publics n'échappe donc pas à la discrétion des pouvoirs publics. Un conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics n'est pas une instance d'arbitrage permanente, mais un collège ponctuellement constitué par les autorités administratives. Il est

---

19 novembre 1955, *Sieur Dupoux*, *Rec*., p. 552 ; CE., 26 octobre 1960, *Sieur Rioux*, *Rec*., p. 559, concl. Jacques Chardeau ; CE., 17 octobre 1984, *Premier ministre c/ Mme Judlin*, *Rec*., p. 332 ; CE., 9 décembre 1988, *Robin*, *Rec*., p. 877 ; CE., 12 mai 2007, *M. Caussade*, req. n° 273244.

771 Concl. Glaser, CE., 31 décembre 2008, *Cavallo*, *op. cit*., p. 92.

772 XU Jianyu, « La modulation du champ de compétence des conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine », *Application du droit*, septembre 2005, n° de série 234, p. 11 [*许建宇，我国人事争议处理受案范围的再调整，*法律适用].

773 LIN Yanyu, « La nature et le contentieux du contrat de recrutement d'agent public », *op. cit*., p. 64 ; JI Peirong et WANG Lihe, « Lecture interprétative des règles relatives au recrutement contractuel dans la loi sur les agents publics », *op. cit*., p. 61.

774 Préc..

775 Préc..

indépendant de l'établissement administratif ou de l'USP en question, mais rattaché à l'établissement chargé de la gestion des personnels publics de chaque collectivité locale ; il ne comporte, *stricto sensu*, aucun caractère judiciaire. Il s'agit toujours de régler les différends à l'intérieur de l'administration.

Se rapprochant de l'acte de nomination, le contrat de fonction publique s'éloigne du régime contractuel de droit commun et entre dans une catégorie particulière de contrats, le contrat administratif.

B. Le contrat de fonction publique : un contrat administratif

En Chine, la catégorie de contrat de fonction publique est complexifiée par la distinction entre les contrats de recrutement des agents publics des établissements administratifs et les contrats d'engagement des personnels d'USP. Si les premiers sont indéniablement une forme de contrat administratif à l'instar des contrats de fonction publique français (1), la nature des seconds reste discutable (2).

1. Le caractère administratif du contrat de recrutement des agents publics

En France, le contrat de fonction publique est considéré comme un contrat administratif parce qu'il est, pour l'essentiel, relatif à « l'exécution même d'un service public »[776] au sens de la jurisprudence *Bertin*[777]. Plus précisément, et avec la simplification de la solution *Berkani*[778], le contrat de fonction publique est conclu par une personne publique « en vue de pourvoir aux besoins en personnels » d'un service public à caractère administratif[779]. Il y a lieu de souligner la nuance entre « l'exécution même du service public » de la décision *Bertin* et l'expression « travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif » de l'arrêt *Berkani*. Si la première, en s'appuyant sur le mot « même », voulait compenser l'absence de clauses exorbitantes[780], la seconde semble supposer le caractère exorbitant pour un contrat en vue de l'exécution d'un service public administratif auquel l'agent contractuel participe, « directement »[781] ou non. En tout état de cause, le contrat de fonction publique remplit les trois conditions classiques — la présence d'une personne publique en tant que partie au contrat, les clauses exorbitantes du droit commun et l'exécution d'un

776 René Chapus, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 559 – 565.

777 CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, req. n° 98637, *Rec*. p. 167 ; *D* 1956, p. 433, note André de Laubadère ; *RDP* 1956, p. 869, note Marcel Waline.

778 TC., 25 mars 1996, *Berkani c./ CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, *op. cit.*.

779 René Chapus, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 562.

780 CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec*. p. 909.

781 Pour le critère de la participation directe à l'exécution même du service, voir CE., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*, *Rec*. p. 342, concl. Jacques Chardeau ; TC., 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, *Rec*. p. 792.

service public (à défaut de l'existence des clauses exorbitantes du droit commun) — pour être qualifié de contrat administratif.

Le contrat administratif, ainsi défini et introduit par le droit comparé dans la doctrine chinoise[782], devrait inclure, comme en France, les contrats de recrutement des agents publics des établissements administratifs dont les caractéristiques correspondent à la définition du contrat administratif :

1° Les contrats de recrutement d'agents publics sont conclus par les établissements ou organismes dotés de la qualité de sujet administratif[783] (souvent les établissements administratifs). Cette condition équivaut à l'obligation de la présence d'une personne publique dans le contrat de fonction publique en droit français.

2° Le contenu du contrat de fonction publique est subordonné au but d'intérêt public. Cette subordination se manifeste par le fait que les droits et obligations sont encadrés par les textes législatifs ou réglementaires avant d'être négociés par les deux parties au contrat. Par ailleurs, l'établissement employeur n'est pas le vrai cocontractant vis-à-vis de la personne recrutée, il n'est que le représentant de l'État, véritable employeur, pour exercer la gestion et le contrôle sur les agents public contractuels. C'est pourquoi l'établissement employeur est lui-même soumis au contrôle de l'office chargé de la gestion des agents publics en ce qui concerne ses actions sur le contrat de fonction publique telles que la signature, les modifications et la résiliation du contrat[784].

3° Du but d'intérêt public du contrat, découlent certaines prérogatives dont disposent les établissements employeurs en ce qui concerne l'exécution, la modification et la résiliation du contrat. La mesure (expérimentale) du 12 février 2010 de la municipalité de Shenzhen « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs » prévoit respectivement dans ses articles 43 et 44 les cas selon lesquels l'administration « peut » et « devrait » mettre fin au contrat unilatéralement[785]. Ainsi, l'administration « peut » licencier un agent n'ayant satisfait au contrôle de capacité professionnelle qu'avec la mention « passable » plus de deux ans consécutivement[786]. L'agent en question n'a aucune possibilité de négociation ni de recours contre

782 Voir partie I – titre II – chapitre I – section 1 – I : La recherche de la notion de contrat administratif en Chine sous le prisme de la notion française de contrat administratif .

783 Pour la notion de sujet administratif, voir introduction.

784 Article 97 al. 2 de la loi du 27 avril 2005.

785 " *深圳市行政机关聘任制公务员管理办法(试行)* ", Sheng-zhen-shi-xing-zheng-ji-guan-pin(ren-zhi-gong-wu-yuan-guan-li-ban-fa- (shi-xing).

786 Article 43-1 de ladite mesure.

une telle décision[787]. D'ailleurs, l'administration exerce un pouvoir disciplinaire dans la gestion des agents publics en vertu des normes législatives et réglementaires. Les deux parties au contrat ne sont donc pas en égalité[788].

4° Une des conditions de la validité du contrat de recrutement d'un agent public est l'accord des deux parties[789]. Cette obligation permet de distinguer les contrats de recrutement des agents publics des actes unilatéraux de l'administration.

Compte tenu de ces quatre caractéristiques, les contrats de recrutement des agents publics sont largement susceptibles d'être qualifiés de contrats administratifs, à condition, bien sûr, que celui-ci soit reconnu par le droit positif en Chine.

Les contrats de recrutement d'agents publics étant considérés, à l'instar des contrats de fonction publique français, comme des contrats administratifs, il reste à déterminer la nature administrative ou non des contrats d'engagement des agents d'USP.

2. La nature des contrats d'engagement des agents d'USP au regard de la notion de contrat administratif

En Chine, certains auteurs, tout en constatant la différence entre le contrat de travail et le contrat d'engagement d'un agent d'USP de par leurs buts différents — l'un dans la recherche d'un consensus entre deux intérêts particuliers, l'autre subordonné aux exigences de l'intérêt public —, suggèrent de considérer les contrat d'engagement des agents d'USP comme une « catégorie particulière de contrat de travail » ; mais compte tenu de son but d'intérêt public, les agents d'USP doivent être soumis à certaines règles au-delà de leurs contrats, ces règles étant déterminées par les pouvoirs publics[790]. C'est en réalité soutenir que le contrat d'engagement d'un agent d'USP échappe au droit du travail et suggérer la nécessité de bâtir un code de la gestion des personnels d'USP.

Telle est, semble-t-il, la volonté du gouvernement. En effet, le règlement du 25 avril 2014 « sur la gestion des personnels des unités de service public »[791], soumet les agents d'USP à un régime presque identique à celui des agents publics contractuels, avec quelques assouplissements sur le contrôle exercé par l'établissement employeur. Mais au fond, les quatre éléments permettant

---

787 ZHANG Bolin, *Étude interprétative de la loi « sur les agents publics » de la République Populaire de Chine*, Personnels publics en Chine, 2005, p. 216 [*张伯林*, 中华人民共和国公务员法释义，*中国人事出版社*].

788 LIN Yanyu, « La nature et le contentieux du contrat de recrutement d'agent public », *op. cit.*, p. 64

789 Article 97 al. 1 de la loi du 27 avril 2005.

790 XU Jianyu, « La question du régime juridique applicable et la détermination de la nature juridique des contrats d'engagement d'agents d'unité de service public », *op. cit.*, p. 88.

791 Préc..

de constater le caractère administratif du contrat — la présence d'une personne d'USP[792], le but d'intérêt public, la « priorité administrative » et l'accord réciproque — sont tous présents comme dans les contrats de recrutement des agents publics[793].

Il ne s'agit, entre les contrats de recrutement des agents publics et les contrats d'engagement des agents d'USP, que d'une question de degré de rigidité du régime, mais non pas une question de nature juridique au regard du droit du travail.

II. Le contrat de fonction publique et le contrat de travail

Le contrat de fonction publique et le contrat de travail se rapprochent dans la mesure où ils créent l'un et l'autre un rapport de travail par le biais d'un contrat (A) ; cependant, le fait que le contrat de fonction publique — contrat administratif — est soumis, pour l'essentiel, aux règles législatives et réglementaires ne permet pas de l'assimiler au contrat de travail (B).

A. Le rapprochement entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail

Le rapprochement entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail se manifeste différemment en droit français (1) et en droit chinois (2).

1. En droit français

Nous avons montré, en nous appuyant notamment sur la thèse de Nicolas Font, comment le droit de la fonction publique et le droit du travail se rapprochent à mesure que les fondements justifiant leurs différences s'estompent[794]. Selon Fabrice Melleray, un tel rapprochement désigne certes une « convergence » et « non d'un alignement de l'un sur l'autre », mais il est tout de même aisé de constater que « l'influence du droit du travail sur le droit de la fonction publique est désormais plus forte que l'attraction exercée par le droit de la fonction publique sur le droit du travail »[795].

---

792 Bien que le caractère public de la personne d'USP reste ambivalent, l'omniprésence de l'État dans l'organisation et le gestion des USP s'avère indéniable. Si les USP ne sont pas des personnes publiques au sens des EPA français, elles le sont largement au sens des EPIC.

793 Voir 1 : Le caractère administratif du contrat de recrutement des agents publics.

794 Voir section 1 – I – B : Les controverses liées à la situation des agents publics contractuels au regard du droit des travailleurs.

795 Fabrice Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. « Corpus droit public », 3ème éd., 2013, p. 38. Voir également Béatrice Thomas-Tual, *Droit de la fonction publique et droit du travail*, thèse Rennes, 1988, p. 509 et sv. ; Jean-Bernard Auby, « Réflexions sur les rapports du droit de la fonction publique et du droit du travail au travers du cas du secteur hospitalier », *Dr. sco*. 1989, p. 153.

Plus particulièrement, le droit de la fonction publique est largement influencé par le droit du travail en ce qui concerne « les inventions des principes généraux du droit en vue de la protection des agents non titulaires contre les abus de l'employeur public »[796]. Ces principes généraux du droit sont, pour ne citer que les exemples les plus saillants, l'interdiction de licencier une femme enceinte[797], la rémunération au moins égale au SMIC[798] ou encore l'interdiction faite à l'administration de réviser les termes du contrat sans l'accord de l'agent[799]. Dans une approche travailliste, « il serait bien logique que si une personne morale de droit public choisit d'embaucher par contrat de travail au lieu de recruter un fonctionnaire, ce contrat se trouve soumis [au Code du travail], sauf disposition législative expresse ou incidence des nécessités propres au service public ». Selon cette logique, la qualification de contractuels de droit public des agents non titulaires par la jurisprudence *Berkani* aurait pour effet de dissiper les doutes sur « la nature de l'acte juridique créateur du rapport de travail entre les non titulaires et l'administration ou l'établissement qui les emploie » : cet acte est bien un contrat de travail[800]. Nous ne saurions en effet nier que, *lato sensu*, le contrat de fonction publique remplit les quatre conditions de qualification du contrat de travail :

1° L'établissement employeur fournit à l'agent une tâche à exécuter : les diverses missions liées à l'emploi contractuel.

2° L'agent s'engage à fournir la prestation de travail selon la description de son emploi. Ce n'est alors pas le cas pour les agents titulaires, nommés certes dans un emploi, mais qui sont intégrés dans les corps ou cadres d'emplois des fonctions publiques et censés y faire carrière.

3° Les contrats de fonction publique comportent une clause sur la rémunération de l'agent cocontractant bien que celle-ci soit souvent unilatéralement déterminée par les pouvoirs publics sans que l'agent puisse la négocier individuellement.

4° À l'instar du « lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie »[801], l'agent public contractuel est subordonné à l'établissement employeur et.

---

796 Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, *op. cit.*, p. 475 et sv..

797 CE., 9 juillet 1997, *CH Draguignan*, *D.* 1999. somm. 48, obs. Pierre Bon et Denys de Béchillon.

798 CE., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, *Rec.*, p. 152, concl. Daniel Labetoulle ; *D.* 1983. 8, note Jean-Bernard Auby.

799 CE., 29 juin 2001, *M. Berton c./ SNCF*, *Rec.*, p. 296, concl. Boissard.

800 Jean Pélissier, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 27ème éd., 2012, p. 230 – 231.

801 C. cass. civ., 6 juillet 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c/ Bardou*, *op. cit.*.

Néanmoins, cette position consistant à confondre le contrat de fonction publique et le contrat de travail est écartée par le Conseil d'État qui a préféré appliquer, aux non titulaires au cas par cas et à condition qu'aucune nécessité propre au service public en cause ne s'y oppose, les « principes généraux du droit du travail » dont certains articles du Code du travail sont une source d'inspiration[802].

2. En droit chinois

Dès son apparition avec la loi du 27 avril 2005 « sur les agent publics », le contrat de recrutement des agents publics a été toujours considéré, tant par le droit positif que par la doctrine, d'une nature différente de celle du contrat de travail, à l'exception d'une opinion, minoritaire et, selon nous, erronée, qui suggère la suppression de l'arbitrage des conflits des personnels publics au profit de l'unification du droit par l'arbitrage des conflits du travail[803]. La vraie question se pose sur la nature juridique du contrat d'engagement d'un agent d'USP à l'égard du droit du travail.

Depuis une dizaine d'années, une majorité écrasante de la doctrine chinoise plaide pour l'assimilation, voire l'intégration, des contrats d'engagement des agents d'USP dans le champ du contrat de travail[804]. Elle considère que le contrat d'engagement d'un agent d'USP est de la même nature que le contrat de travail dans la mesure où ils ont la même fonction : établir et régir la relation de travail entre l'employeur et l'employé et définir les droits et obligations des deux parties. Elle s'appuie, en outre, sur trois textes juridiques[805] : l'explication judiciaire du 17 juin 2003 de la

---

802 CE., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, *Rec*., p. 406.

803 Voir notamment ZHANG Ying, *Réflexions sur la suppression de l'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine*, Mémoire, Université de Shandong, septembre 2009, p. 22 – 25 [*张颖*，废除我国人事争议仲裁制度的若干思考，*山东大学硕士论文*]. Cette opinion, loin d'être fidèle au droit positif, suggère plutôt une réforme imaginaire et, selon nous, inopportune.

804 TANG Guolin, « Analyse sur le contentieux en matière de contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *Recherche de sciences sociales*, juin 2006, p. 97 – 99 [*唐国林*，*事业单位聘用合同争议处理的法律冲突探析*，社会科学研究] ; DONG Baohua, *La modulation juridique de la relation du travail*, Presses de l'Université Jiaotong de Shanghai, 2000, p. 5 [*董保华*，劳动关系调整的法律机制，*上海交通大学出版社*] ; WANG Jianjun, « Élargir le champ d'application du droit du travail – de l'application de la loi "sur le travail" aux unités de service public », *in* actes du colloque « Les réformes du droit du travail », *in Recueil d'études issues du VI*ème *congrès annuaire national du droit du travail – droit de la sécurité sociale*, 2003, Nankin, p. 2 [*王建军*，*扩大劳动法对人的效力范围 – 论事业单位对"劳动法"的适用*，*"劳动法改革"学术研讨会*，暨全国劳动法学与社会保一障法学第六届年会会议论文集，*南京*] ; LIU Guoxiang, « De la nature juridique du contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *Sciences sociales Hunan*, 2006, n° 1, p. 68 – 70 [*刘国祥*，*论事业单位聘用合同的法律属性*，湖南社会科学].

805 WANG Chun, « La loi « sur le contrat de travail » devrait-il s'appliquer à la relation née du contrat d'engagement d'agents d'unité de service public ? », *Nouvelle Ouest*, 2009, n° 12, p. 84 [*王淳*，*论事业单位聘用制的劳动关系应否适用劳动合同法*，新西部] ; YANG Shan, « De l'apparition du droit du travail sur la réforme de la contractualisation des emplois d'unité de service public », *Démocratie et droit*, 2009. 4, p. 147 – 150 [*杨珊*，*事业单位聘用制改革适用劳动法探讨*，民主与法制] ; ZHAO Hongmei, « L'impacte de la loi " sur le contrat de travail " sur les emplois d'unité de service public », *État de droit et société*, janvier 2010, n° 2, p. 102 – 103 [*赵红梅*，*《劳动合同法》对事业单位用工的影响及对策*，法制与社会].

Cour Populaire suprême déterminant le cadrage « sur les questions relatives au jugement des affaires de conflits des personnels publics des unités de service public », la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail », et la loi du 29 décembre 2007 « sur l'arbitrage des conflits du travail »[806]. Pour ces auteurs, l'application de la loi « sur le contrat de travail » est la règle de principe, tandis que les textes réglementaires, ministériels ou locaux, régissant les statuts des agents d'USP ne font que compléter le régime légal en vertu du principe de la hiérarchie des normes juridiques. Notre lecture de ces textes est différente de celle des auteurs prônant l'assimilation des contrats d'engagement des agents d'USP aux contrats de travail. Sans contester la pertinence de ce principe communément conçue dans tous les États de droit, nous soutenons le contraire, c'est-à-dire que la loi « sur le contrat de travail » ne vient que compléter le régime des agents d'USP déterminé par le pouvoir réglementaire. Pour ce faire, il sied de reproduire la formule de l'article 96 de la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail » :

> « La conclusion, l'exécution, les modifications et la résiliation du contrat de travail entre une unité de service public et ses employés contractuels sont régies par d'autres règles législatives ou réglementaire ou des mesures spécifiques du Conseil des affaires d'État ; en l'absence de ces règles, la présente loi leur est appliquée. »[807]

Ces règles législatives ou réglementaires ou des mesures spécifiques du Conseil des affaires d'État ne sont donc pas des mesures d'application de la norme législative relative au contrat de travail, mais un ensemble de normes régissant un tout autre domaine, celui des agents d'USP. C'est parce qu'actuellement, il n'y a pas suffisamment de textes dans ce domaine, que le législateur a pris une mesure provisoire par la formule de l'article 96 de la loi « sur le contrat de travail », afin d'éviter le vide juridique en la matière. L'article 52 de loi du 29 décembre 2007 « sur l'arbitrage des conflits du travail » semble inverser la logique en privilégiant son application par rapport aux autres normes déterminées par les pouvoirs publics. Cependant, il ne faut pas négliger que son application ne vise que les « *conflits du travail* entre les unités de service public et leurs personnels contractuels »[808], mais non pas les conflits des personnels publics. En effet, il n'est pas formellement exclu que les USP puissent recruter des agents contractuels de droit privé, bien que cela complexifie la gestion de leurs personnels.

806 Préc..

807 Préc..

808 Préc.. C'est nous qui soulignons.

Quant à l'explication judiciaire de la Cour Populaire suprême, nous ne pouvons que regretter sa maladresse de rédaction, critiquée d'ailleurs par d'autres commentateurs[809]. En imposant l'application de la loi « sur le travail » à l'arbitrage des conflits des personnels publics, la Cour a méconnu le cadrage provisoire du 8 août 1997 « de la procédure arbitrale des conflits des personnels publics » (abrogé au profit du cadrage du 9 août 2007 « de la procédure arbitrale des conflits des personnels publics »)[810].

Ce n'est pas par une simple coïncidence que ce « cadrage provisoire » devient définitif au moment même de l'édiction de la loi « sur le contrat de travail » en 2007. Les contrats d'engagement des agents d'USP sont, comme les contrats de recrutement des agents publics, juridiquement distincts du contrat de travail.

B. La distinction entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail

Pour ne pas répéter les développements sur l'identification d'un agent contractuel de droit public, nous nous contentons de citer le passage célèbre de Bruno Genevois, dans ses conclusions sur la décision *Rabut*, qui met en relief la spécificité des contrats de fonction publique :

> « L'aspect proprement contractuel de ces contrats est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine et il y a tout intérêt à admettre que le bénéfice de ce statut puisse être revendiqué dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. »[811]

André de Laubadère, dans son *Traité des contrats administratifs*, parle d'un « accord attributif d'une situation légale ou réglementaire » ou d'un « accord-condition non contractuel ». Pour lui, dans le cas des agents publics contractuels, le juge opère une « dissociation entre la nature de la situation juridique de ces agents et celle de l'accord de volontés par lequel ils sont engagés ». Autrement dit, « à la notion de contrat, retenue pour qualifier un acte, ne correspond pas celle de

---

809 WU Wenfang, « Étude sur l'apparition de la loi "sur le travail" aux emplois contractuels des unités de service public », *Presses universitaires de l'Université de Yunnan – science juridique*, 2005, vol. 18, n° 4 (n° de série 81), p. 43 – 45 [*吴文芳，事业单位聘用制度适用《劳动法》问题研究*，云南大学学报法学版] ; XU Jianyu, « La question du régime juridique applicable et la détermination de la nature juridique des contrats d'engagement d'agents d'unité de service public », *Science juridique*, 2010, n° 12, p. 87 – 95 [*许建宇，事业单位聘用合同的定性与法律适用模式选择，法学*], « La modulation du champ de compétence des conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine », *op. cit.*, p. 10 ; YANG Yurong, « Du régime juridique applicable aux contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *Échanges doctrinaux*, décembre 2009, n° 12, n° de série 489, p. 96 – 99 [*杨玉荣，论事业单位聘用合同关系的法律适用，学术交流*].

810 Préc..

811 Concl. Genevois, CE., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, *Rec.*, p. 231.

situation contractuelle, pour qualifier la situation issue de cet acte, mais celle, antinomique, de situation réglementaire »[812]. Un agent public contractuel ne saurait donc s'appuyer sur son contrat pour réclamer des droits comme le fait un salarié privé. Le contrat de fonction publique est en quelque sorte, comme l'écrit Charles Fortier, une « porte d'entrée à la fonction publique » qui conduit l'agent « à une situation statutaire marquée par les exigences propres au service public » et l'existence du contrat n'a, en fin de compte, « de justification que supplétive »[813].

Ainsi en France, le contrat de recrutement d'un agent public est soumis à des règles de contentieux dérogatoires au droit commun. Sur ce point, le droit chinois rejoint tout à fait le droit français malgré l'absence d'une juridiction administrative indépendante.

À ce titre, nombre d'auteurs ont déjà souligné la différence entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail[814]. Avec quelques nuances terminologiques, ils sont d'accord sur quatre points : le but poursuivi par le contrat, le pouvoir de gestion sur le personnel, l'identité de l'employeur et le moyen de financement pour la rémunération de l'agent.

1° Le but des contrats de fonction publique est de satisfaire les besoins en personnels en vue de la réalisation de l'intérêt public, alors que les contrats de travail visent surtout les intérêts particuliers de l'employeur d'un côté et du salarié de l'autre. Toutefois, cela n'empêche pas qu'un salarié, recruté par contrat de travail, assure des missions d'intérêt général, comme c'est le cas, en France, des agents de droit privé travaillant pour le compte d'une personne morale de droit privé gestionnaire d'un service public administratif ou des agents des EPIC, excepté les directeurs et comptables publics.

2° Dans la relation établie par un contrat de travail, sous réserve du respect des règles du droit du travail, l'employeur exerce son pouvoir de gestion sur ses salariés en vertu et essentiellement à la lumière du contrat, tandis que le contrat de fonction publique n'est pas la véritable référence pour la gestion des agents contractuels. Ceux-ci sont surtout subordonnés aux règles législatives et réglementaires. Dans la plupart des cas, un contrat de fonction publique ne fait

---

812 André de Laubadère …, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, t. I, p. 82 – 84.

813 Charles Fortier, « L'identité du droit français de la fonction publique. Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *op. cit.*, p. 110 – 111.

814 LIU Xia, « Réflexions sur la distinction entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail », *Ressource humaine en Chine*, juillet 2007, n° 13, p. 26 – 28 [*刘霞，关于聘用合同与劳动合同区别的思考*，中国人才] ; YAO Gang, « La comparaison entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail », *Gestion des entreprises*, 2007, n° 12, p. 58 – 61 [*姚刚，劳动合同与聘用合同异同之比较*，企业管理] ; YI Yu et HU Zhongjun, « L'évolution du droit du travail et le renouvellement de la notion du travailleur », *Administration et droit – Forum de science juridique*, novembre 2006, p. 95 – 97 [*易玉, 胡忠君，劳动法定位的转变与劳动者、劳动力理论的更新*，行政与法 – 法学论坛] ; JI Peirong et WANG Lihe, « Lecture interprétative des règles relatives au recrutement contractuel dans la loi sur les agents publics », *op. cit.*, p. 62.

que reprendre ces règles. Nous pouvons tout de même discuter la liberté contractuelle en droit du travail, eu égard à l'encadrement législatif sur le contrat de travail, en Chine comme en France. C'est pourquoi l'identité de l'employeur et le moyen de financement sont des critères décisifs pour la distinction entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail.

3° Les établissements administratifs ou USP employeurs n'ont pas une totale liberté de conclure, de modifier ou de résilier le contrat. Ces actions sont soumises au contrôle des autorités compétentes chargées de la gestion des agents publics de différents niveaux administratifs[815]. S'agissant des USP, bien que le droit positif reste muet en la matière, dans la pratique les centres de gestion des personnels publics jouent un rôle non négligeable malgré l'autonomie de gestion des USP.

4° Les agents publics contractuels sont rémunérés par le financement public, c'est-à-dire par le biais des impôts. Ce caractère devient en revanche discutable dès lors que les USP ont acquis leur autonomie comptable ; de surcroît, certaines USP ne sont pas entièrement, voire pas du tout, financées par le financement public. C'est pourquoi la politique de catégorisation des USP et surtout la transformation des USP à caractère marchand en sociétés commerciales sont nécessaires pour que les USP restent conformes à leur qualification et que le critère de financement public soit incontestablement appliqué à leurs agents.

La doctrine dégage un cinquième élément permettant de distinguer le contrat de fonction publique et le contrat de travail, lequel est plutôt une conséquence de ces quatre éléments ci-dessus rappelés : la distinction des compétences d'arbitrage en cas de litige. Les litiges nés d'un contrat de fonction publique relèvent de la compétence du conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics, alors que ceux issus d'un contrat de travail relèvent du conseil des prud'hommes. À propos de cette question de répartition de compétences, le débat est le même en ce qui concerne les conflits liés aux contrats d'engagement des agents d'USP.

À l'opposé du courant prônant l'intégration des contrats d'engagement des agents d'USP au champ du contrat de travail, une autre opinion considère qu'il s'agit de deux contrats de nature différente : l'un, contrat de travail, l'autre, contrat d'engagement des agents d'USP[816]. Selon la loi « sur le contrat de travail », il peut exister au sein d'une USP des agents recrutés par ces deux types de contrat[817]. La distinction de ces deux types de contrat est juste, et soutenir qu'il peut exister deux

---

815 Article 97 al. 2 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

816 HU Yunan, « Les question relatives au contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *Gérant et gestionnaire*, 2009, n° 15, p. 147 – 148 [*胡予楠，事业单位员工签订聘用合同的探讨*，经营管理者].

817 LOU Na, « Analyse comparative sur les normes juridiques applicables aux contrats des emplois d'unité de service

catégories d'agents contractuels au sein d'une USP, à l'instar de la situation d'un établissement administratif, n'est pas une idée fausse en soi. Néanmoins, elle irait à l'encontre de la volonté du gouvernement selon laquelle tous les employés d'USP doivent être recrutés par le contrat d'engagement des agents d'USP. De surcroît, admettre l'existence des deux types d'agents contractuels, publics et privés, aurait pour conséquence de rendre la gestion des personnels d'USP — située déjà entre le statut de la fonction publique et le modèle de la gestion privée — encore plus complexe.

public », *Personnels publics et ressources humaines*, avril 2008, p. 18 – 20 [*娄娜，事业单位用工合同管理适用法律法规的比较分析*，人事人才] ; FENG Weihong, « Étude sur les questions relatives à l'application de la loi "sur le contrat de travail" aux contrats d'engagement d'agents d'unité de service public », *Presses universitaires de l'Institut de la technologie de textile et d'habillement de Zhejiang*, septembre 2008, n° 3, p. 116 – 117 [*冯卫红，事业单位聘用合同与《劳动合同法》适用问题研究*，浙江纺织服装职业技术学院学报].

Conclusion du chapitre I

En Chine, la problématique de l'identification d'un agent public, issue de la dualité organique établissement administratif / USP, se répète dans le cas des agents publics contractuels où l'existence des employés privés de l'administration contribue à complexifier la situation. A cœur de la question, se trouvent les agents d'USP dont les emplois sont désormais contractualisés. La détermination de la nature juridique de cette catégorie d'agents conditionne l'identité même de la fonction publique chinoise, car il ne s'agit pas simplement de multiplier le nombre d'agents publics par cinq, mais bien de trancher entre une fonction publique restrictive et régalienne et une fonction publique extensive et fondée sur la notion d'intérêt général, sur la base des activités qu'exercent les agents d'USP. C'est précisément la question qui est posée par les tendances réformistes de la fonction publique en France. Cette question surpasse les différences socioculturelles entre les deux pays et relève de l'ordre conceptuel et politique.

La notion d'agent public contractuel, définie par le droit public français, permet de considérer les agents d'USP contractuels comme des agents publics en raison de leur situation juridique similaire à celle des agents publics contractuels des établissements administratifs : les contrats de recrutement de ces personnels devront être considérés, à la lumière de la notion française de contrat de fonction publique, comme des contrats administratifs. Cette qualification devrait avoir une incidence sur leur contentieux qui s'éloigne déjà de celui du contrat de travail. L'éventuelle reconnaissance future du contrat administratif par le droit positif ne fera que renforcer cette distinction juridictionnelle. Ainsi, se forme une catégorie d'agents publics contractuels englobant tous les personnels publics contractuels de l'État.

En parallèle au mouvement de rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, se développe une catégorie d'emplois, dotée de la forme du modèle privé, mais soumise aux règles du droit public. Cette catégorie d'emplois a vocation à assurer les activités d'intérêt public qui n'entrent pas dans le domaine de l'administration publique proprement dite, ni ne peuvent être assurées par des employés de droit privé pour des raisons circonstancielles. À mesure que le champ de ces activités s'élargit, le développement des emplois contractuels s'amplifie. Le développement des emplois contractuels devient aujourd'hui un sujet incontournable dans les deux pays.

Chapitre II. Les conséquences du développement des emplois contractuels dans la fonction publique

La croissance des agents contractuels dans les fonctions publiques en France, notamment dans la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, est indéniable. Selon le Rapport annuel sur l'état de la fonction publique de 2012, la part des non-titulaires est, en dix ans, passée de 14,8 % à 17,2 % dans l'ensemble de la fonction publique[818]. Au sein de cette catégorie des agents non titulaires, les agents contractuels de droit public représentent la part dominante. L'importance des agents contractuels pèse sur la structure de la fonction publique entière, et la question de la sécurité de leur emploi suscite des réactions tant au niveau européen qu'au niveau interne. À ce titre, les dispositions statutaires ont été, à plusieurs reprises, modifiées afin de mieux encadrer les conditions de recrutement des agents publics contractuels. Toutefois, faute de titularisation systématique des agents contractuels et tant qu'il est impossible de freiner le recours à ces derniers, les pouvoirs publics ont envisagé la généralisation de l'utilisation des contrats à durée indéterminée au risque de créer, selon Marcel Pochard un « quasi-statut de fonctionnaires de second rang »[819].

Le phénomène du contrat à durée indéterminée de droit public, qui suscite beaucoup d'émoi en France tant au niveau juridique qu'au niveau sociopolitique, ne préoccupe pas beaucoup les commentateurs chinois qui s'accordent à se limiter à la distinction entre les deux catégories d'agents contractuels — privés et publics — de l'administration, à l'appui de la loi du 27 avril 2005. Nul ne doute de l'avenir prometteur des emplois publics contractuels, mais le décalage entre le texte central et les expérimentations locales ne permet pas de prévoir avec précision l'évolution de ce nouveau système de recrutement. Or, en parallèle des agents des établissements administratifs, une réforme de contractualisation s'engage sur les agents d'USP. L'objectif est beaucoup plus clair : transformer tous les emplois des USP en emplois contractuels. Les agents d'USP, qui étaient formellement distingués des fonctionnaires tout en étant considérés comme des cadres de l'État, s'éloignent substantiellement des agents publics (au sens de la loi du 27 avril 2005) par la contractualisation de leurs emplois. Ainsi, s'annonce-t-il la consécration d'une fonction publique non régalienne et contractuelle ?

---

818 Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratique de ressources humaines, Faits et chiffres*, DGAFP., 2012, p. 84.

819 Marcel Pochard, « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 401.

La comparaison entre les développements des emplois publics contractuels des deux pays conduit d'abord à analyser les conditions de recrutement des agents publics contractuels (section 1), puis à comprendre comment le développement des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique française et la contractualisation des emplois des USP chinoises contribuent, chacun avec ses spécificités, à la construction d'une fonction publique à part entière (section 2).

Section 1. Les conditions de recrutement des agents publics contractuels

En France, le recrutement des agents publics contractuels est encadré par le statut de la fonction publique. Les dispositions relatives aux conditions de recrutement des agents publics contractuels font partie des plus retouchées par les réformes législatives tant sous l'influence du droit de l'Union européenne qu'en raison des politiques internes. Entre la flexibilité du recrutement et de la gestion des services de l'administration et la sécurité d'emploi des agents contractuels, les pouvoirs publics s'efforcent de trouver un compromis en vue du bon fonctionnement du service dans le respect des droits des agents.

C'est dans la même recherche de flexibilité que le législateur chinois a promu le recours aux agents contractuels dans les établissements administratifs. Introduits par le statut réglementaire de 1993 puis réaffirmés, mais remodelés, par le statut législatif de 2005, les agents publics contractuels apparaissent dans la fonction publique chinoise avec les expérimentations locales qui ont parfois tendance à privilégier ce nouveau mode de recrutement des agents publics. Les analyses sur l'évolution des conditions de recrutement des agents publics contractuels (I) soulèvent la question de l'existence d' « emplois réservés aux agents contractuels » (II).

I. L'évolution des conditions de recrutement des agents publics contractuels

La fonction publique française est marquée par le triptyque État-territoriale-hospitalière, alors qu'en Chine l'application des textes centraux relatifs à la fonction publique requiert des mesures de transposition locales qui disposent souvent d'une marge d'appréciation très large. C'est pourquoi il convient de montrer respectivement l'évolution en France des conditions de recrutement des agents publics contractuels depuis la législation des années 1983 – 1984 (A) et leur évolution en Chine à travers le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » et la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » (B).

A. En France, depuis la législation des années 1983 – 1984

En France, le recours aux agents contractuels est en principe limité par le statut (1) ; les réformes postérieures ont pour objectif de mieux encadrer un tel recrutement, tout en offrant plus de possibilités (2).

1. La limitation de principe du recrutement des agents contractuels

Le principe est énoncé dans l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : sauf dérogation législative, les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont occupés par des fonctionnaires. Ce principe, malgré les réformes législatives remettant en cause parfois la structure statutaire, constitue encore aujourd'hui « le socle de notre droit de la fonction publique »[820].

Ainsi, la loi du 12 mars 2012 réaffirme le recrutement prioritaire de fonctionnaires pour occuper des emplois permanents. Les remplacements prévisibles et constants des fonctionnaires sur les emplois permanents de l'État « doivent être assurés en faisant appel à d'autres fonctionnaires », et en cas d'absence d'un fonctionnaire, un agent contractuel ne peut intervenir que « dans la limite de la durée de l'absence du fonctionnaire »[821]. S'agissant du recrutement d'un agent contractuel pour pourvoir à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire, il est soumis à la mise en œuvre parallèle de la procédure de recrutement d'un titulaire, d'une part, et le renouvellement du contrat dans la limite de deux ans est conditionné à son échec, d'autre part[822]. Face à un « accroissement temporaire ou saisonnier d'activité », le recrutement d'un agent contractuel n'est possible que lorsque cette charge ne peut être assurée par des fonctionnaires[823]. Le recours aux agents contractuels, même quand ils sont en CDI, doit ainsi demeurer « un palliatif à l'impossibilité de recruter un agent titulaire »[824].

La loi du 30 juillet 1987 a restreint le champ du recrutement des agents contractuels justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services » aux seuls emplois de catégorie A, hormis ceux des représentations de l'État à l'étranger[825]. La loi du 12 mars 2012 a même renforcé la

---

820 Olivier Guillaumont, commentaire sous la décision du Conseil d'État, 16 mai 2011, *Associations civiles de la défense*, req. n° 341936, *AJFP* 2011, p. 318.

821 Article 6 *quater* de la loi du 11 janvier 1984 ; article 3-1 de la loi 26 janvier 1984 ; article 9 de la loi du 9 janvier 1986 : s'agissant de la fonction publique hospitalière, la condition est plus souple par rapport aux deux autres versants.

822 Article 6 *quinquies* de la loi du 11 janvier 1984 ; article 3-2 de la loi 26 janvier 1984 ; article 9-1 II de la loi du 9 janvier 1986.

823 Article 6 *sexies* de la loi du 11 janvier 1984 ; article 3 de la loi du 26 janvier 1984 ; article 9-1 III de la loi du 9 janvier 1986.

824 Sophie Soykurt-Macaire, « La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire », *AJFP* 2012, p. 184. Pour références normatives : article 6 *quater* et *sexies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 3-2 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et article 9-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

825 Article 76 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987.

limitation d'un tel recrutement dans la fonction publique territoriale en ajoutant dans l'article 3-3 2° de la loi du 26 janvier 1984 la condition de recrutement préalable d'un fonctionnaire[826].

Dans l'hypothèse où le recrutement d'un agent contractuel est justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services », la jurisprudence a fixé quelques limites dans la fonction publique d'État. L'employeur public doit positivement démontrer la nécessité ou l'avantage de recruter un agent contractuel par rapport aux candidatures reçues de la part de fonctionnaires ou de lauréats de concours. Dans le cas contraire, le recrutement contractuel est illégal[827]. Ainsi, l'emploi d'adjoint du directeur de la mémoire, du patrimoine et des archives du ministère de la défense, « eu égard aux attributions ainsi définies, […] doit être regardé comme un emploi civil permanent de l'État sans que ni la nature des fonctions ni les besoins du service ne justifient qu'il soit dérogé à la règle fixée par l'article 3 de la loi du juillet 1983 réservant les emplois civils permanents de l'État à des fonctionnaires »[828]. Il existerait donc des emplois dont ni la nature, ni les besoins du service, ne justifient qu'ils soient pourvus par le recrutement d'un agent contractuel.

Malgré ces restrictions et les plans d'intégration, le nombre d'agents contractuels ne cesse d'augmenter depuis la fin des années 1990. En effet, les réformes des conditions de recours aux agents publics contractuels ont parfois élargi la possibilité d'un tel recours dans certaines fonctions publiques et les précisions qu'elles ont apportées ont eu pour effet de conforter l'existence d'une catégorie d'agents publics contractuels.

2. L'élargissement des possibilités de recours aux agents contractuels

Depuis le statut des années 1980, plusieurs lois sont intervenues dans l'objectif soit de luter contre la précarité des agents contractuels[829], soit de renforcer la mobilité dans la fonction publique[830]. Elles ont le souci de clarifier et de préciser les conditions de recrutement des agents contractuels. Les articles 4 et 6 du titre II du statut général relatif à la fonction publique d'État (a), l'article 3 du titre III du statut général relatif à la fonction publique territoriale (b) et l'article 9 du

826 Article 3-3 2° de la loi du 26 janvier 1984.

827 CAA. Nancy, 13 janvier 2005, n° 1NC00800, X.

828 CE., 16 mai 2011, req. n° 341936, *Associations civiles de la défense* ; *AJFP* novembre/décembre 2011, p. 317, commentaire Olivier Guillaumont. Voir également CE., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149663 ; *RFDA* 1999, p. 128, concl. Jacques-Henri Stahl et p. 139, note Dominique Pouyaud : s'agissant des fonctions de coordinateur d'un service jeunesse, le recours à un agent contractuel n'est pas fondé.

829 Telles que la loi n° loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 et la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 .

830 Telle que la loi n° 2009-972 du 3 août 2009.

titre IV du statut général relatif à la fonction publique hospitalière (c), indiquant les circonstances permettant de faire appel aux agents contractuels, ont ainsi été ainsi modifiés à plusieurs reprises.

a. Dans la fonction publique d'État

S'agissant de la fonction publique d'État, les réformes relatives aux conditions de recrutement des agents contractuels sont partagées entre restriction et élargissement.

Comme il a été montré *supra*, le recrutement justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services » a été restreint aux seuls emplois de catégorie A, hormis ceux des représentations de l'État à l'étranger. De même, le recrutement pour occuper les emplois dont les fonctions « correspondent à un besoin permanent » et « impliquent un service à temps incomplet », prévu par l'article 6 de la loi du 11 janvier 1984, est limité par une précision apportée par l'article 14 de la loi du 3 janvier 2001 : la durée du temps incomplet n'excède pas 70 % d'un service à temps complet.

Cependant, l'élargissement de la possibilité de recrutement des agents contractuels par la législation de 2012 n'est pas sous-estimable. Les articles 6 *quater* et *quinquies* sont créés dans la loi du 11 janvier 1984 pour y ajouter deux possibilités de recrutement temporaire d'un agent contractuel pour occuper un emploi permanent, non seulement pourvu par un titulaire, mais aussi par un agent contractuel. Enfin, l'article 6 *sexies* transforme le « besoin saisonnier ou occasionnel » en « accroissement temporaire ou saisonnier d'activité ».

b. Dans la fonction publique territoriale

Les trois possibilités de recours aux agents contractuels prévues par l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 ont toutes été modifiées par des législations postérieures.

La loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 a conditionné la possibilité de pourvoir un emploi permanent par un agent contractuel à la nécessité « de connaissances techniques hautement spécialisées »[831] sur le modèle du statut de la fonction publique d'État[832] : désormais, un tel recrutement doit être justifié par l'absence de « corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes », d'une part, et par « la nature des fonctions ou les besoins des services » pour les emplois de catégorie A (et des autres catégories dans les représentations de l'État à l'étranger), d'autre part.

831 Article 3 alinéa 3 de la loi du 26 janvier 1984 (version en vigueur du 27 janvier 1984 au 4 janvier 1985).

832 Article 3 alinéa 2 de la loi du 26 janvier 1984 (version en vigueur du 16 juillet 1987 au 4 janvier 2001).

Cette même loi a introduit la possibilité de recourir à des agents contractuels pour les emplois permanents à temps non complet à condition que la quotité de travail soit supérieure à celle d'un mi-temps dans les communes de moins de 1 000 habitants et les groupements de communes dont la moyenne arithmétique des membres ne dépasse pas ce seuil[833]. La loi n° 2007-209 du 19 février 2007 ajoute la possibilité d'un tel recours pour les emplois dont la création ou la suppression dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public, dans les communes de moins de 2 000 habitants et les groupements de moins de 10 000 habitants[834]. Enfin, la loi du 12 mars 2012 y ajoute les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants et de secrétaire des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil[835]. La possibilité de recruter un agent contractuel pour le remplacement momentané d'un agent titulaire absent est également élargie par la loi du 12 mars 2012 qui y ajoute les cas de congé annuel, de grave ou de longue maladie, de congé de longue durée, de congé pour adoption, de congé de présence parentale et de congé de solidarité familiale[836]. De surcroît, comme dans la fonction publique d'État, un tel remplacement est aussi valable pour l'absence d'un agent contractuel. Toujours dans la perspective de l'unicité, cette loi a remplacé le « besoin saisonnier ou occasionnel »[837] par le « besoin lié à un accroissement temporaire d'activité »[838].

c. Dans la fonction publique hospitalière

Étant donné le fonctionnement particulier de la fonction publique hospitalière, les hypothèses de recours aux agents contractuels étaient, dès la législation de 1986, relativement nombreuses par rapport aux deux autres versants de la fonction publique. L'article 9 de la loi du 11 janvier 1986 prévoyait cinq hypothèses[839].

1° Comme les fonction publiques d'État et territoriale, le recours aux agents contractuels peut être justifié par « la nature des fonctions ou les besoins du service ». Au surplus des deux hypothèses prévues dans les deux autres versants de la fonction publique — absence de corps de fonctionnaires et fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées —, un

833 Article 3 alinéa 4 de la loi du 26 janvier 1984 (version en vigueur du 16 juillet 1987 au 4 janvier 2001).

834 Article 3 alinéa 4 de la loi du 26 janvier 1984 (version en vigueur du 21 février 2007 au 7 août 2009).

835 Article 3-3 3° de la loi du 26 janvier 1984.

836 Article 3-1 de la loi du 26 janvier 1984.

837 Article 3 alinéa 2 de la loi du 26 janvier 1984 (version en vigueur du 27 janvier 1984 au 4 janvier 1985).

838 Article 3 de la loi du 26 janvier 1984.

839 Article 9 de la loi du 11 janvier 1986 (version initiale).

troisième cas permet le recours aux agents contractuels dans la fonction publique hospitalière : en présence de « fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ».

2° Remplacer momentanément les fonctionnaires indisponibles ou autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel.

3° Faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu.

4° Exercer des fonctions occasionnelles.

5° Occuper les emplois à temps non complet d'une durée inférieure au mi-temps et correspondant à un besoin permanent.

La loi du 27 juillet 2005 ne change rien de substantiel aux conditions de recrutement des agents contractuels. Elle opère juste une clarification entre les recrutements pour des emplois permanents et ceux pour des besoins temporaires, en créant un article 9-1 qui encadre ces derniers. Il convient de souligner qu'il est désormais possible de recruter directement des agents en CDI pour occuper des emplois permanents mentionnés dans l'article 9.

L'article 48 de la loi du 12 mars 2012 harmonise le régime des recrutements des agents contractuels dans les établissements hospitaliers, sociaux et médico-sociaux pour des besoins temporaires sur celui retenu dans les deux autres versants de la fonction publique : il liste les congés en raison desquels un établissement peut recruter un contractuel pour remplacer un fonctionnaire momentanément absent, en les alignant sur ceux prévus par les statuts d'État et territorial ; il conditionne le recrutement d'un agent contractuel en raison d'une vacance temporaire, dans l'attente de recrutement d'un fonctionnaire, à la recherche d'un fonctionnaire remplaçant, et le renouvellement de son contrat à l'échec du recrutement préalable d'un fonctionnaire ; il remplace l'expression « fonctions occasionnelles » par « accroissement temporaire d'activités », comme dans les deux autres fonctions publiques et soumet cette possibilité au principe du recrutement prioritaire des fonctionnaires[840].

Les législations postérieures n'ont pas beaucoup élargi les possibilités de recrutement des agents contractuels dans la fonction publique hospitalière, laquelle était déjà assez ample au départ ; en revanche, certaines précisions voire restrictions, notamment en faveur du recrutement prioritaire

840 Article 9-1 de la loi du 11 janvier 1986.

des fonctionnaires, ont été apportées par la loi du 12 mars 2012, dans l'objectif de conforter l'unicité du statut de la fonction publique.

*

À travers la démonstration de l'évolution des conditions de recrutement des agents contractuels dans les trois fonctions publiques françaises, il est aisé de constater une tendance unificatrice et une volonté du législateur d'encadrer le recrutement contractuel avec plus de précisions, bien que cet encadrement n'empêche pas d'ouvrir plus de voies à un tel recrutement. Ces caractéristiques peuvent être également observées dans l'évolution chinoise des conditions de recrutement des agents publics contractuels.

B. En Chine, l'évolution à travers le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » et la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics »

En Chine, l'évolution des conditions de recrutement des agents contractuels a d'abord été marquée par une période ambiguë à cause des expérimentations locales amalgamées, faute d'encadrement central (1), avant d'être guidée par les dispositions de la loi du 27 avril 2005 (2).

1. L'ambiguïté du règlement provisoire du 14 août 1993

L'article 45 du règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État »[841] (abrogé par la loi du 27 avril 2005) avait introduit la possibilité d'accéder à la fonction publique par voie contractuelle :

> « L'obtention des grades des agents publics de l'État s'effectue par nomination. Toutefois, certains grades peuvent être obtenus par contrat. »[842]

La formule de cet article était marquée tant par l'audace que par la confusion : audace, car ledit règlement provisoire prévoyait le recrutement par contrat avant la publication de la loi du 5 juillet 1994 « sur le travail »[843] encadrant les relations contractuelles de travail ; confusion, parce que la voie contractuelle n'était pas prévue seulement pour occuper un emploi mais aussi un grade ! S'agissait-il d'une maladresse de rédaction ? Ledit article se situe sous le chapitre intitulé « l'octroi

841 " *国家公务员暂行条例* ", Guo-jia-gong-wu-yuan-zan-xing-tiao-li.

842 " *国家公务员职务实行委任制，部分职务实行聘任制* ".

843 " *劳动法* ", Lao-dong-fa.

et le retrait des grades »[844], alors que les articles 9, 10 et 11, concernant la hiérarchie des grades et les classements, sont placés sous le chapitre intitulé « la classification des postes »[845]. En effet, cette confusion dérive du système de cadres où la distinction du grade et de l'emploi n'était que formelle. Les grades étaient établis en fonction de la nature des postes ; autrement dit, les postes étaient eux aussi classés dans une hiérarchie. Encore une fois, cette vision n'a rien de novateur à l'égard de la tradition antique, selon laquelle « un titre dans l'administration est toujours compris comme la façon dont la fonction est effectivement remplie en pratique »[846]. Quoi qu'il en soit, cette confusion était peu gênante dans la pratique, car à la suite de l'édiction du règlement provisoire de 1993, pendant dix ans aucun agent public contractuel n'a été recruté en tant que titulaire d'un grade administratif.

Or, c'est une décennie de bouleversement à la fois économique et politique. Depuis 1992, avec la perspective de la construction de l'économie socialiste de marché, énoncée lors du XIVème Congrès du PCC, l'État s'engage dans la recherche d'un nouveau mode de gouvernement adapté à cet objectif. Se déclenche ainsi une vague de réformes institutionnelles dans le but de changer le rôle de l'État et de clarifier les rapports nés de l'action étatique. Une clarification attachée à la nature des missions voit le jour au sein des établissements publics. Cette vague de réformes atteint son paroxysme après l'entrée de la Chine dans l'OMC en 2001. À la tendance réformatrice interne s'ajoutent accessoirement les exigences externes qui sont moins visibles au niveau juridique.

En 2002, la province de Jilin édicte la mesure provisoire du 20 juin 2002 « relative à la gestion des employés du gouvernement »[847]. Les employés du gouvernement sont des personnels recrutés par contrat et travaillant pour le compte des établissements de l'administration de la province. Deux personnes ont ainsi été employées en 2003 par le gouvernement Populaire de la province de Jilin et placées près la préfecture de police provinciale en tant que techniciens informatiques. À la suite de l'exemple de Jilin, nombre de collectivités territoriales, telles que Zhuhai en 2003, Shenzhen, Jiangmen, Wuhu et Zhanjiang en 2004, Hangzhou en 2005, commencent à procéder à l'expérimentation du recrutement contractuel dans l'administration. Cette période a été marquée par une diversité de modèles et, par conséquent, par l'incertitude de la nature juridique des agents contractuels de l'administration[848]. Ces derniers étaient, les uns, soumis au

844 " *职务任免* ".

845 " *职位分类* ".

846 Jean-Marie Auby, Jean-Bernard Auby, Didier Jean-Pierre et Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, 6ème éd., 2009, p. 175.

847 " *吉林省人民政府雇员管理试行办法* ", Ji-lin-sheng-ren-min-zheng-fu-gu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa.

848 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B – 1 : La confusion entre employés contractuels de l'administration et agents publics contractuels.

régime du droit du travail (tels que Wuhu et Zhangjiang), les autres régis par les règles de l'administration (tels que Shenzhen, Jiangmen et Hangzhou). Les conditions de recrutement des agents contractuels étaient diverses, ce à quoi s'ajoutait la contractualisation des agents d'USP.

Le règlement provisoire de 1993 et les expérimentations locales, autorisées par le pouvoir central, n'étaient que des préparatifs de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », laquelle consacre un chapitre aux « emplois contractuels »[849], comprenant 6 articles[850] pour encadrer la situation des agents contractuels. Désormais, sous l'orientation générale de la loi de 2005, les agents publics contractuels se distingueront des employés de l'administration et auront tendance à devenir les seuls agents contractuels des établissements administratifs.

2. L'orientation fixée par la loi du 27 avril 2005

L'article 95 de la loi du 27 avril 2005 dispose :

> « Les établissements administratifs, selon les besoins des services et après l'autorisation d'un office provincial ou ministériel chargé de la gestion des agents publics, peuvent recruter des agents contractuels pour occuper des emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées ou des emplois de nature auxiliaire.
>
> « Toutefois, le recrutement par contrat pour occuper des emplois ci-dessus mentionnés est interdit lorsque ces emplois sont liés au secret d'État. »[851]

L'article 92 alinéa 2 pose une autre condition :

> « Le recrutement des agents contractuels est limité par le nombre d'emplois créés au budget de l'établissement. »[852]

---

849 *" 职位聘任 "*.

850 Les articles 95 à 100.

851 *" 机关根据工作需要，经省级以上公务员主管部门批准，可以对专业性较强的职位和辅助性职位实行聘任制。*

" 前款所列职位涉及国家秘密的，不实行聘任制。"

852 *" 机关聘任公务员应当在规定的编制限额和工资经费限额内进行 "*.

Ce faisant, le législateur émet quatre conditions cumulatives au recours à des agents publics contractuels : l'autorisation d'un office provincial ou ministériel chargé de la gestion des agents publics, la nature des emplois, l'absence de secret d'État et le budget de l'établissement employeur.

Toutefois, les employés de l'administration n'ont pas disparu. La loi du 5 juillet 1994 « sur le travail » les reconnaît et la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail »[853] réaffirme cette reconnaissance[854]. Les entités locales ne semblent d'ailleurs pas abandonner cette pratique. Non seulement les mesures provisoires régissant les personnels contractuels de certaines entités locales ne sont pas abrogées, mais encore de pareils textes ont été édictés par d'autres entités locales après la loi du 27 avril 2005[855].

S'agit-il de conserver la coexistence des deux catégories d'agents contractuels, publics et privés ? Ou bien la loi du 27 avril 2005 a-t-elle vocation à unifier le régime juridique ? Cette loi ne mentionne pas les agents contractuels de droit privé, mais elle n'interdit pas non plus à l'administration de recourir à des agents contractuels de droit privé. Si le système des agents publics contractuels et celui des employés de l'administration ont un objectif identique — permettre à l'administration une meilleure flexibilité —, et si l'instauration tardive des agents publics contractuels a profité des expériences des recrutements et de la gestion des employés de l'administration[856], ces deux types de personnels contractuels de l'administration n'ont pourtant pas la même nature juridique. Membres de la fonction publique, les agents publics contractuels participent indiscutablement à l'exécution des missions des établissements administratifs ; exécutants associés par contrat de droit privé, les employés de l'administration ont moins de légitimité pour assurer les responsabilités découlant des diverses tâches administratives. La coexistence, ou plus exactement, l'enchevêtrement des deux systèmes au sein d'un même établissement entraîne des difficultés dans la gestion des personnels et des incertitudes au

853 Préc..

854 L'article 2, al. 2 de cette loi dispose que « [les] conclusions, exécutions, modifications et résiliations des contrats de travail entre les établissements administratifs de l'État, les unités de service publics, les organismes sociaux et les personnes cocontractantes sont régies par la présente loi » [*国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行*].

855 Les textes régissant les employés de l'administration après la loi du 27 avril 2005 sont plutôt édictés par les entités locales infra-provinciales (les districts ou cantons), lesquelles n'ont parfois pas tout à fait compris, pour ne pas dire ne pas vouloir comprendre, la distinction entre agents publics contractuels et employés de l'administration.

856 Voir la thèse d'assimilation des agents publics contractuels aux employés de l'administration des auteurs en sciences de gestion administrative et de ressources humaines, chapitre I – section 1 – II – B – 1 : La confusion entre employés contractuels de l'administration et agents publics contractuels.

contentieux. C'est pourquoi, selon certains auteurs, les employés de l'administration sont voués à disparaître au profit du développement des agents publics contractuels[857].

En outre, certaines entités locales commencent à aligner leurs textes sur les dispositions de la loi du 27 avril 2005, tout en conservant une liberté plus ou moins grande. Ainsi la mesure expérimentale du 13 juillet 2011 du district Shunde de la ville de Foshan « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs »[858] transpose mot à mot les dispositions de la loi du 27 avril 2005 concernant les conditions de recrutement des agents publics contractuels, en précisant que « les emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées » désignent notamment les « emplois caractérisés par leur haute technicité, qui sont difficilement remplaçables et ne peuvent être assurés par les personnels existant au sein de l'établissement compte tenu de l'exigence de connaissances hautement spécialisées », et que les « emplois de nature auxiliaire » désignent les « emplois de gestion quotidienne et nécessitant certaines spécialités »[859].

Toutefois, d'autres entités locales se sont permises une liberté plus grande, allant parfois au-delà des limites posées par la loi du 27 avril 2005. La municipalité de Shenzhen, désignée pourtant officiellement par l'autorité centrale pour être entité locale d'expérimentation du recrutement des agents publics contractuels en 2007, en est un exemple saillant. En effet, le 31 janvier 2008, Shenzhen avait adopté une mesure expérimentale « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs » (abrogée depuis) qui reprenait les mêmes formules que la loi du 27 avril 2005, comme trois ans plus tard son homologue de Foshan. Mais après deux ans d'expérimentation, un nouveau texte vient remplacer la mesure expérimentale de 2008 et supprime la condition relative à la nature des emplois[860]. En effet, pour déterminer la nature des emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels, la mesure (exécutée à titre expérimental) du 12 février 2010 « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs de

857 Voir notamment TANG Xiaoyang et CHEN Jiagang, « Analyse sur la substitution des agents publics contractuels aux employés de l'administration », *Revue de la Recherche Linnan*, 2009, n° 5, p. 80 – 84 [*唐晓阳，陈家刚，公务员聘任制对政府雇员制的替代性分析*，岭南学刊] et CHEN Lingling, « Le système d'agents publics contractuels – une nouvelle étape de la réforme du système de fonction publique en Chine », *Nanguo Today*, mai 2009, n° série 124, p. 8 – 9 [*陈玲玲，公务员聘任制——我国公务员制度改革的新发展*，今日南国].

858 " *佛山市顺德区行政机关聘任制公务员管理试行办法* ", Fo-shan-shi-shun-de-qu-xing-zheng-ji-guan- pin-ren-zhi-gong-wu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa.

859 Article 6 de ladite mesure :

> " *具有技术权威性、低替代性，对专业技术水平要求高，机关内没有合适人选的职位* " et " *具有事务性、通用性，需要特定技能的职位* ".

860 La mesure (expérimentale) du 12 février 2010 de la municipalité de Shenzhen « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs », [*深圳市行政机关聘任制公务员管理办法（试行）*] Il convient de souligner que la mesure n'est plus expérimentale, mais à exécuter, pour l'instant, à titre expérimental.

la municipalité de Shenzhen »[861] ne se réfère plus à l'article 95 de la loi du 27 avril 2005, mais à son article 14 qui opère une catégorisation des emplois de la fonction publique : emplois de « gestion administrative générale », de « techniques spécialisées » et d' « exécution administrative ou judiciaire »[862]. S'appuyant sur cette distinction catégorielle, le texte de 2010 renvoie aux deux autres textes édictés le même jour par la municipalité de Shenzhen pour déterminer la nature des emplois susceptibles d'être pourvus par des agents contractuels. Il s'agit des emplois de « techniques spécialisées » et d' « exécution administrative ou judiciaire ».

Il est évidemment impossible que cette liberté soit prise par la municipalité de Shenzhen elle-même, entité territoriale officiellement désignée par l'autorité centrale pour la mise en œuvre expérimentale. Derrière cette expérimentation locale, se projette fort probablement un dessein de l'État de construire une catégorie d'emplois contractuels des établissements administratifs à l'appui de la catégorisation des emplois de la fonction publique. Cette même construction se déroule insidieusement en France à travers le développement de la notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels.

II. La question de l'existence d' « emplois réservés aux agents contractuels »

La notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels pose la question de l'existence d' « emplois réservés aux agents contractuels » en France (A) ; tandis qu'en Chine, cette même question se pose à travers le décalage entre les dispositions législatives et les textes locaux d'expérimentation (B).

A. En France : les controverses sur la notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels

Une question se pose inévitablement dans la pratique des recrutements d'agents contractuels compte tenu d'une tendance abusive des collectivités territoriales à recourir aux agents contractuels : si certains emplois de la fonction publique peuvent être occupés par des agents contractuels notamment en raison de l'absence de fonctionnaires pour les assurer, existe-t-il une catégorie d'emplois réservés à des agents contractuels ?

Trois hypothèses attirent notre attention : le recours aux agents contractuels justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services » (1), le recrutement d'un agent contractuel pour

861 Préc..

862 " *综合管理* ", " *专业技术* " et " *行政执法* ".

occuper un emploi permanent à temps incomplet (2) et un tel recrutement pour faire face « à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité » (3).

1. Le recours aux agents contractuels justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services »

Par dérogation à l'article 3 du statut général de la fonction publique, l'article 4 2° de la loi du 11 janvier 1984, l'article 3-3 2° de la loi du 26 janvier 1984 et l'article 9 de la loi du 11 janvier 1986 permettent respectivement de recruter des agents contractuels dans les trois fonctions publiques pour occuper certains emplois[863] « lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient ». Mais la formule « la nature des fonctions ou les besoins des services » est vague. Si l'employeur public doit positivement démontrer la nécessité de recruter un agent contractuel[864], il peut prévoir cette nécessité dès la création d'un emploi en le déclarant comme susceptible d'être occupé par des agents contractuels. Une telle pratique est fréquente dans la fonction publique territoriale où certaines collectivités vont jusqu'à créer des emplois « réservés » à des agents contractuels. L'intervention de la loi du 12 mars 2012 imposant le recrutement préalable d'un fonctionnaire[865] vise à réduire un tel abus.

Par ailleurs, avant l'intervention du législateur, le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer sur la définition des emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels. La décision du Conseil d'État du 12 juin 1996 dite « Communauté de communes du Pays de Laval »[866] est particulièrement significative à cet égard dans la mesure où c'était la dernière occasion pour faire de la pédagogie avant l'extinction de sa compétence résultant de l'application de la loi du 8 février 1995[867].

Concernant les faits, une délibération de la communauté de communes du Pays de Laval avait créé un emploi de catégorie A susceptible d'être occupé par un agent contractuel ; par suite, le président de ladite communauté de communes a en effet pris la décision de recruter un agent

863 Les emplois du niveau de la catégorie A pour les fonctions publiques d'État et territoriale et les emplois mentionnés au premier alinéa de l'article 2 de la loi du 11 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière.

864 CAA. Nancy, 13 janvier 2005, n° 1NC00800, X, préc..

865 L'article 3-3 2° de la loi du 26 janvier 1984 est formulé comme suit :

> « Pour les emplois du niveau de la catégorie A lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient et sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté dans les conditions prévues par la présente loi. »

866 CE., 12 juin 1996, *Communauté de communes du Pays de Laval*, req. n° 167514, 167528 et 168351.

867 Avant cette loi, en vertu de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1987, le Conseil d'État était compétent pour statuer « sur les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs […] sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires ».

contractuel, en l'occurrence, un conseiller en gestion. Le préfet de la Mayenne a déféré ces deux décisions au tribunal administratif de Nantes en demandant leur annulation ainsi que le sursis à exécution de la décision de recrutement. Le tribunal administratif a donné raison au préfet, d'où l'appel formé par la communauté de commues devant la cour administrative d'appel de Nantes en ce qui concerne le recrutement, d'une part, et devant le Conseil d'État en ce qui concerne la création de l'emploi, d'autre part. Comme les deux aspects étaient intrinsèquement liés, la requête devant la cour administrative d'appel a été transmise au Conseil d'État.

Selon le juge administratif suprême, l' « emploi contractuel de catégorie A de conseiller en gestion » que la communauté de communes a créé doit être entendu dans le sens où l'emploi visé est susceptible d'être occupé par des agents contractuels — ce que la loi autorise lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient — mais non pas réservé aux contractuels — ce que la loi n'autorise pas. Or, la vérification de la légalité de l'emploi, déclaré par l'autorité délibérante « susceptible d'être occupé par un agent contractuel », s'effectue au moment du recrutement de l'agent, et non pas au moment de la création de l'emploi. Tous les emplois de catégorie A, et non pas seulement ceux qui sont créés comme « emploi contractuel », voire « y compris ceux qu'on dénomme habituellement "emploi de titulaire" », écrivait Pierre Boutelet, sont susceptibles d'être occupés par des agents contractuels, et « l'intention réelle de la plupart des autorités délibérantes lorsqu'elles créent des emplois "de contractuels" », poursuivait-il, était de ne « recruter que des agents contractuels »[868].

Par ailleurs, l'on pourrait être saisi par la formule utilisée par le juge administratif, qui n'est pas celle de la loi, lorsqu'il pose le principe de la justification du recrutement d'un agent contractuel pour vérifier sa légalité. En effet, le Conseil d'État utilise l'expression législative « besoins du service » dans le considérant examinant la légalité de la création de l'emploi, mais l'a remplacée par « nécessités de service » dans celui relatif à la légalité du recrutement. Pour Pierre Boutelet, ce changement d'expression n'était pas anodin dans la mesure où il reproduisait « le conflit fondamental de tendances qui, littéralement, *mine* la loi » tout en permettant une « construction jurisprudentielle complétant la loi » : si tout emploi permanent de catégorie A pouvait être déclaré susceptible d'être occupé par des agents contractuels sans contrôle particulier, le recrutement d'un agent contractuel pour occuper un tel emploi demeure soumis à l'exigence de « nécessité de service »[869]. L'obligation de recrutement préalable d'un fonctionnaire introduite par la loi du 12 mars

868 Pierre Boutelet, commentaire sous la décision du Conseil d'État du 12 juin 1996, *Communauté de communes du Pays de Laval*, *AJFP* 1996, p. 51.

869 *Ibid*., p. 52.

2012 ajoute une condition sur le recrutement d'un agent contractuel, mais elle n'affaiblit pas cette logique en ce qui concerne la création de l'emploi.

Somme toute, la notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels[870] ne permet pas de constater une catégorie d'emplois réservés aux agents contractuels.

2. Le recrutement d'un agent contractuel pour occuper un emploi permanent à temps incomplet

La possibilité de recruter un agent contractuel pour occuper un emploi permanent à temps incomplet est prévue dans les trois fonctions publiques. Par dérogation à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 qui énonce le principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires, l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 prévoit que des agents contractuels peuvent être recrutés pour occuper « les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants et de secrétaire des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil », « les emplois à temps non complet des communes de moins de 1 000 habitants et des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil, lorsque la quotité de temps de travail est inférieure à 50 % » et « les emplois des communes de moins de 2 000 habitants et des groupements de communes de moins de 10 000 habitants dont la création ou la suppression dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité ou à l'établissement en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public »[871]. Par la même dérogation, l'article 9 alinéa 2 de la loi du 11 janvier 1986 prévoit le recrutement d'agents contractuels dans la fonction publique hospitalière sur les « emplois à temps non complet d'une durée inférieure au mi-temps et correspondant à un besoin permanent ».

L'on pourrait cependant être étonné par la formule de l'article 6 de la loi du 11 janvier 1984 qui prévoit que « les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet, sont assurées par des agents contractuels ». La disparition de l'expression « par dérogation … » et l'utilisation du seul verbe « être » peuvent faire croire que ces emplois sont réservés aux agents contractuels. Or selon l'article 37 de la loi du 11 janvier 1984, un fonctionnaire peut demander « à accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps ». Les fonctionnaires peuvent aussi occuper des emplois permanents à temps incomplet comme les agents contractuels. D'ailleurs ils sont soumis au

870 Il serait intéressant de confronter cette notion avec celle de l'emploi susceptible d'être occupé par des agents titulaires, développée dans un arrêt du Tribunal des conflits, 4 juillet 1996, *Préfet de la Région Nord Pas de Calais, Préfet du Nord*, req. n° 95-1119 ; commentaire Pierre Boutelet, *AJFP* 1996, p. 53.

871 Article 3-3 3°, 4° et 5° de la loi du 26 janvier 1984.

même régime de cumul d'activités professionnelles. Toutefois, un fonctionnaire autorisé à assurer son service à temps incomplet ne change pas d'emploi lequel est toujours le même, créé pour un temps complet au départ, et en théorie, il peut toujours retrouver son emploi à temps complet une fois la période de travail à temps partiel terminée[872] ; alors que les emplois désignés par l'article 6 « impliquent un service à temps incomplet » dès leur création et sont, de ce fait, occupés par des agents contractuels. De surcroît, selon l'alinéa 2 de l'article 6, pour occuper ces emplois, les agents peuvent être recrutés directement en CDI. Ainsi, un emploi à temps incomplet peut être réservé aux agents contractuels, mais le choix doit être fait lors de sa création.

3. Le recrutement pour faire face « à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité »

Les agents contractuels peuvent être recrutés dans les trois versants de la fonction publique pour, selon la formule de la loi du 12 mars 2012, « faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité »[873]. Afin de mettre l'accent sur le caractère subsidiaire du remplacement par des agents contractuels, les statuts des fonctions publiques d'État et hospitalière conditionnent ce recrutement par l'impossibilité d'assurer les fonctions nées d'un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité par des fonctionnaires.

Cette obligation de recherche d'un fonctionnaire est pourtant absente dans la fonction publique territoriale, et les accroissements temporaires et saisonniers sont traités séparément[874]. C'est très probablement parce qu'un tel recours aux agents contractuels est fréquent dans la fonction publique territoriale. Il s'agit donc d'une question d'opportunité et non de droit. Il ne peut pas en principe avoir des emplois réservés aux agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité.

*

En tout état de cause, ces trois possibilités de recrutement d'agents contractuels dessinent certes un espace où les agents contractuels sont les « bienvenus », mais elles ne permettent pas de considérer cet espace comme réservé aux seuls agents contractuels. Cette position peut paraître quelque peu pusillanime aux yeux des réformateurs chinois qui n'ont pourtant que peu d'expérience

872 Article 38 de la loi du 11 janvier 1984.

873 Article 6 *sexies* de la loi du 11 janvier 1984, article 3 de la loi du 26 janvier 1984 et article 9-1 III de la loi du 11 janvier 1986.

874 Les 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984. La durée pour les emplois liés à l'accroissement temporaire d'activité est augmentée de six mois avec trois mois renouvelables une seule fois à titre exceptionnel à douze mois – renouvellement compris – courant sur une même période de dix-huit mois consécutifs.

en matière de recrutement contractuel des agents publics. On pourrait croire qu'à travers le modèle d'expérimentation de Shenzhen, l'autorité centrale tend à construire une catégorie d'emplois publics contractuels.

B. En Chine, le décalage entre le texte central et l'expérimentation de Shenzhen

Selon les différentes interprétations de l'article 95 de la loi du 27 avril 2005 encadrant les conditions de recours aux agents contractuels (1), la mise en œuvre locale d'un tel recours varie et peut même se trouver en décalage avec la lettre du texte central (2).

1. L'interprétation de l'article 95 de la loi du 27 avril 2005

La formule de l'article 95 de la loi du 27 avril 2005 ne laisse pas entendre qu'il existe des emplois réservés aux agents contractuels. Le recours aux agents contractuels est une faculté dont disposent les établissements administratifs pour assurer des fonctions « nécessitant des connaissances techniques spécialisées » ou de « nature auxiliaire », sous réserve de l'autorisation d'un office provincial ou ministériel chargé de la gestion des agents publics et à condition que ces emplois ne soient pas liés au secret d'État.

Toutefois, il n'y a pas de volonté affichée pour préserver la priorité de recruter des fonctionnaires pour occuper lesdits emplois. Il n'est donc pas interdit de penser qu'au sein de la fonction publique chinoise, se distinguent deux catégories d'emplois : certains, ne nécessitant pas des connaissances techniques spécialisées et n'étant pas de nature auxiliaire ou liés au secret d'État, sont réservés aux fonctionnaires, tandis que les autres, pour reprendre l'expression française, sont susceptibles d'être occupés par des agents contractuels.

Quant à l'application de cette disposition, la délimitation de l'étendue des emplois « nécessitant des connaissances techniques spécialisées » ou de « nature auxiliaire » et la volonté d'élargir ou de restreindre le recours aux agents contractuels pour occuper ces emplois sont deux éléments susceptibles de changer la structure de la fonction publique. Plus précisément, si l'on considère que les emplois « nécessitant des connaissances techniques spécialisées » ou de « nature auxiliaire » assurent en réalité les activités détachables de l'administration proprement dite, qui peuvent faire l'objet d'une externalisation, telles que les services de transport, de restauration et d'entretien quotidien des locaux, le recours aux agents contractuels ne serait qu'une mesure provisoire. En revanche, si le champ de ces emplois, notamment de ceux de « nature auxiliaire », s'élargit aux agents subalternes des établissements administratifs comme les agents exécutants

titulaires de grades inférieurs à un certain niveau, on retrouve la distinction entre agents d'autorité et agents de gestion. Par suite, si l'administration ne recrute que des agents contractuels pour occuper ces emplois subalternes — ce qui n'est pas interdit par la loi —, les agents publics désignés par la loi du 27 avril 2005 seraient séparés en deux partie : les agents d'autorité titulaires et les agents subalternes contractuels.

Vraisemblablement, cette dernière hypothèse correspond davantage à la volonté du gouvernement qui a autorisé une expérimentation locale encore plus audacieuse.

2. La signification de l'expérimentation de Shenzhen

Pour qu'un lecteur étranger puisse saisir l'importance de l'expérimentation de Shenzhen, il convient de présenter brièvement l'identité de cette collectivité locale située en bordure de Hong Kong, dans la province du Guangdong (Canton). En 1979, Shenzhen a été désignée comme la première zone économique spéciale pour expérimenter la réforme économique qui fut promue par la suite dans le pays entier. Dès lors, Shenzhen a toujours servi en tant que lieu d'expérimentation pour de multiples réformes économiques et institutionnelles. C'est dans cette ville, presque artificiellement construite par le gouvernement central, qu'ont vu le jour les premières entreprises privées, les premiers investissements étrangers, les premières USP séparées de leurs établissements administratifs créateurs, les premiers agents d'USP contractuels et les premiers textes locaux régissant les agents publics contractuels. Presque chaque fois, avant la mise en place d'une réforme au niveau national, la ville de Shenzhen a été la première ou au moins l'une des premières entités locales qui a expérimenté cette réforme. Pour prendre une métaphore, Shenzhen est un échantillon qui représente la Chine en réforme *in vitro*.

Ainsi en janvier 2007, Shenzhen a été désignée par l'ancien ministère des personnels publics pour procéder à l'expérimentation du recrutement des agents publics contractuels. Le 31 janvier 2008, la municipalité de Shenzhen a adopté la mesure expérimentale « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs » (abrogée depuis 2010). L'article 6 de cette mesure expérimentale était resté fidèle à l'article 95 de la loi du 27 avril 2005 en reprenant les expressions « emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées » et « emplois de nature auxiliaire ». Mais la formule de ce même article 6 exprimait la volonté de réserver ces emplois aux agents contractuels :

> « Les emplois contractuels se déclinent en emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées et en emplois de nature auxiliaire.

« Les emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées sont ceux caractérisés par l'exigence d'une technicité relativement élevée et consistant à assurer les gestions spécialisées des établissements administratifs.

« Les emplois de nature auxiliaire sont ceux liés aux tâches d'entretien quotidien de l'établissement et d'assistance et caractérisés par la nature subalterne de leur rang. »[875]

Or, l'article 8 de cette mesure expérimentale prohibait le recrutement de fonctionnaires pour occuper les emplois contractuels :

« En cas de vacance d'un emploi contractuel, il est interdit de recruter un fonctionnaire pour occuper cet emploi. »[876]

Ces dispositions allaient évidemment au-delà du cadre de l'article 95 de la loi du 27 avril 2005, qui ne permet pas de réserver des emplois aux agents contractuels. D'ailleurs, les précisions apportées sur la définition des « emplois nécessitant des connaissances techniques spécialisées ou de nature auxiliaire » n'éclaircissaient pas cette notion, ajoutant même des nouveaux termes à définir. C'est pourquoi, après deux essais de recrutement contractuel d'agents dont le nombre a été relativement limité — en 2008, 35 recrutés, et en 2009, 20 —, et surtout après avoir été désignée comme entité locale unique d'expérimentation de la catégorisation des agents publics en août 2008, Shenzhen s'engage dans une nouvelle phase de réforme expérimentale : la conjonction de recrutement des agents contractuels et de catégorisation des agents publics.

L'édiction des trois textes du 12 février 2010 marque l'ouverture de cette nouvelle phase. La mesure (exécutée à titre expérimental) du 12 février 2010 « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs de la municipalité de Shenzhen » se substitue à la mesure expérimentale de 2008. Elle supprime la condition relative à la nature des emplois « nécessitant des connaissances techniques spécialisées ou de nature auxiliaire » pour le recrutement des agents contractuels, et ajoute le principe de la gestion des agents contractuels selon les catégories établies par les deux autres textes édictés le même jour[877], qui sont les mesures (exécutées à titre expérimental) « sur la gestion des agents publics de catégorie de "techniques

875 Article 6 de la mesure expérimentale « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs » (abrogée depuis 2010), *op. cit.* : " *聘任制公务员职位分为专业类职位和辅助类职位。专业类职位是指机关工作中专业性较强，承担一定专业管理职能的职位。辅助类职位是指机关工作中事务性较强，属于辅助从属性质的职位* ".

876 " *聘任制公务员职位空缺不得使用委任制公务员* ".

877 Article 5 de ladite mesure.

spécialisées" » et « sur la gestion des agents publics de catégorie "d'exécutions administratives et judiciaires" » des établissements administratifs de la municipalité de Shenzhen[878].

Il est clair que ces deux catégories correspondent à celles désignées par l'article 14 de la loi du 27 avril 2005. L'idée de l'expérimentation de Shenzhen est de faire coïncider cette catégorisation de l'article 14 et le recrutement des agents contractuels. Dès lors, les trois textes locaux doivent être compris dans un ensemble cohérent qui incite à recruter les agents contractuels pour occuper les emplois de ces deux catégories. Cela étant, afin de se conformer au texte législatif, l'obligation de recruter des agents contractuels pour occuper ces emplois est supprimée. Les deux mesures sur la gestion des agents de ces deux catégories précisent que les agents des ces catégories incluent les agents titulaires d'une part, et les agents contractuels d'autre part. Les emplois de ces deux catégories, sont, en fin de compte, des emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels, mais ne leur sont plus réservés. Or, il convient de montrer que depuis l'édiction de ces trois textes, seuls des agents contractuels ont été recrutés pour occuper lesdits emplois. L'ambition des réformateurs de Shenzhen est de remplacer peu à peu tous les fonctionnaires par des agents contractuels dans ces emplois. Certains auteurs, s'appuyant sur le modèle de Shenzhen, prônent la contractualisation de tous les emplois de la fonction publique exceptés ceux comportant une fonction régalienne[879].

Somme toute, les textes de 2010 marquent un retour à l'esprit de la loi du 27 avril 2005, tout en opérant une conjonction entre la catégorisation et la contractualisation des emplois de la fonction publique laquelle n'est pas explicitement prévue par le texte législatif.

Il y a toutefois une autre innovation de l'expérimentation de Shenzhen par rapport à la loi du 27 avril 2005 : la possibilité de conclure des contrats de fonction publique à durée indéterminée[880]. Cette nouveauté, bien qu'elle prévoie également la transformation de la situation statutaire en situation contractuelle à durée indéterminée pour un agent titulaire[881] et celle d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée[882], n'a pas encore été mise en œuvre concrètement.

---

878 " *深圳市行政机关专业技术类公务员管理办法(试行)* " et " *深圳市行政机关行政执法类公务员管理办法(试行)* ".

879 ZHANG Ting, « La notion et l'étendu d'agent public contractuel en Chine », *Presses universitaires de l'Institut des cadres et de la gestion des jeunes de Shanx*i, mars 2013, vol. 26, n° 1, p. 44 [*张婷，我国现行聘任制公务员的内涵和适用范围梳理*，山西青年管理干部学院学报] ; YAN Zhigang « Les réformes sur les employés de l'administration et les agents publics contractuels : quelle voie ? », *op. cit*., p. 30.

880 Article 27 de la mesure (exécutée à titre expérimental) « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs de la municipalité de Shenzhen » du 12 février 2010.

881 Article 27 1° de ladite mesure.

882 Article 27 2° de ladite mesure.

*

Le développement des CDI dans la fonction publique française a une tout autre signification, et qui a tendance à faire apparaître un dualisme au sein de la fonction publique[883]. En Chine, le dualisme — fonctionnaires / agents d'USP — au sein de la fonction publique, qui existait formellement sous l'époque « socialiste », se matérialise peu à peu par la contractualisation des emplois d'USP.

883 Voir, Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *JCP A* 2012, n° 36, 2290, p. 24 – 28.

Section 2. Le développement des CDI en France et la contractualisation des emplois d'USP en Chine : la construction d'une « fonction publique contractuelle » ?

L'introduction des CDI dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 a suscité des inquiétudes sur l'unité de la fonction publique. En effet, les agents contractuels, qui avaient vocation à remplacer momentanément des fonctionnaires absents ou à satisfaire aux besoins occasionnels des services, ont désormais la possibilité de devenir membres de la fonction publique *lato sensu* pour une durée indéterminée. La loi du 12 mars 2012, tout en précisant l'encadrement des conditions de recrutement des agents contractuels, renforce le recours aux CDI dans la fonction publique. Il ne s'agit pas seulement d'une question de durée d'engagement. L'apparition des CDI dans la fonction publique est en apparence le fruit d'un compromis entre le développement du recours au contrat en vue de la flexibilité de la gestion administrative et le renforcement de la sécurité d'emploi des agents contractuels ; mais leur généralisation soulève inévitablement la question de la nature des emplois susceptibles d'être occupés par les agents pour une durée indéterminée. Cette question de nature rejoint celle de la contractualisation des emplois des USP en Chine qui affermit le dualisme de la fonction publique, semé dès le début de la République Populaire.

Le développement des CDI dans la fonction publique française (I) et la contractualisation des emplois des USP en Chine (II) contribuent à la construction d'une fonction publique à part entière dans les deux pays.

I. Le développement des CDI dans la fonction publique en France

Il convient d'analyser les raisons du développement des CDI dans la fonction publique française (A) avant de montrer ses conséquences qui projettent une fonction publique contractuelle[884] (B).

A. Les raisons du développement des CDI dans la fonction publique

Depuis 2005, nous constatons avec notamment Marcel Pochard, un « grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique »[885]. L'apparition des CDI dans la fonction publique française résulte d'un compromis entre le souci de renforcer la sécurité d'emploi des agents

884 Voir Boris Barraud, « De la sécurisation par la banalisation. Étude critique des dernières évolutions législatives de la fonction publique contractuelle », *AJFP* 2013, n° 3, p. 143 ; « Du statut au contrat : vers une fonction publique "déstatufiée" ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?,* sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 159.

885 Marcel Pochard, « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 401.

contractuels et la volonté de développer le contrat de fonction publique en tant qu'outil de flexibilité dans l'organisation et la gestion des personnels de l'administration[886]. À ce titre, le droit de l'Union européenne exerce un impact non négligeable bien qu'il n'impose pas les CDI (1), alors que la banalisation de celui-ci dans la fonction publique est plutôt le résultat d'une politique interne de la France (2).

1. L'instauration des CDI sous l'impact du droit de l'Union européenne

Deux textes de l'Union européenne sont intervenus, d'une part, dans le transfert des personnels privés de SPA en cas de changement de situation juridique de l'employeur (a), et d'autre part, pour limiter le renouvellement des CDD dans la fonction publique (b).

a. Le transfert des personnels privés de SPA en cas de changement de situation juridique de l'employeur : la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977

La directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977[887] impose le maintien des contrats de travail en cas de changement de la situation juridique de l'employeur. Cette directive a été transposée par l'ancien article L. 122-12 du Code du travail (art. L.1224-1 actuel) :

> « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

Les juges français ont, autrefois, limité l'application de ce principe au seul cas où l'activité était exploitée dans les conditions du droit privé. Ainsi a-t-il été jugé applicable lorsqu'un employeur public reprenait une activité pour l'exploiter sous la forme d'un SPIC, mais écarté en cas de reprise par un SPA[888].

Cette solution restrictive contrariait la position de la Cour de justice de l'Union européenne pour qui le principe énoncé par la directive de 1977 est « applicable en cas de reprise par une

886 Il convient de souligner que l'accès au CDI dans la fonction publique se décline, selon Laurent Derboulles, en deux catégories : l'accès « direct » « se caractérisant par un recrutement *ab initio* dans le cadre d'un engagement à terme indéterminé et l'accès au CDI « dans la continuité d'une précédente relation de travail, par la succession ou la transformation d'un contrat ». Voir Laurent Derboulles, « L'accès au CDI dans la fonction publique : le point sur le I », *AJFP* 2014, p. 116.

887 Un autre texte, postérieur, de l'Union européenne, la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, est intervenu dans le même domaine.

888 C. cass. soc., 7 octobre 1992, *Compagnie des eaux et de l'Ozone c/ Elie*, n° 89-41823 et 89-45712.

commune, personne morale de droit public agissant dans le cadre des règles spécifiques du droit administratif, des activités […] exercées jusqu'alors, dans l'intérêt de cette commune, par une association sans but lucratif, personne morale de droit privé, pour autant que l'entité cédée conserve son identité »[889]. En 2002, la Cour de cassation s'est alignée sur la jurisprudence *Mayeur* de la Cour de justice en considérant que « la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée »[890]. En 2004, le Tribunal des conflits adopte la même interprétation quant à l'application de la directive de 1977 et en tire les conséquences sur la nature juridique des contrats après transfert et sur la compétence juridictionnelle : les contrats de travail en cause « demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public » et « le juge judiciaire […] est seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution du contrat de travail »[891]. Par sa décision du 22 octobre 2004 *Lamblin*[892], le Conseil d'État a suivi le juge des conflits en imposant aux employeurs publics soit de maintenir le contrat de droit privé, soit de proposer au salarié repris un contrat de droit public, et en cas de refus de cette proposition, de procéder à son licenciement dans les conditions prévues par le droit du travail et par son ancien contrat de travail.

Cet alignement jurisprudentiel sur le droit de l'Union européenne a eu pour effet de déroger au principe de la qualification des agents publics, établi par la jurisprudence *Berkani* et, par conséquent, d'affaiblir l'unité du droit applicable aux agents contractuels. À cet égard, la loi du 26 juillet 2005[893] vient remédier à ce problème en transposant un autre texte de l'Union européenne : la directive n° 1999/70CE du juin 1999.

---

889 CJCE (CJUE)., 26 septembre 2000, *Mayeur c/ Association de promotion de l'information messine*, aff. n° C-175/99.

890 C. cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) de Paris et autres*, n° 2127 FS-PBRI.

891 TC., 19 janvier 2004, *Mme. Devun et autres contre Commune de Saint-Chamond*, req. n° C3393.

892 Préc..

893 Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 « portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ».

b. La limitation du renouvellement des CDD : la directive n° 1999/70CE du 28 juin 1999

La directive n° 1999/70CE du 28 juin 1999 (qui transpose elle-même l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée)[894] pose le principe selon lequel les CDI « sont et resteront la forme générale des relations d'emploi entre employeurs et travailleurs » ; seules des « raisons objectives » peuvent justifier le renouvellement des CDD et lorsque qu'il répond à des « besoins particuliers » dans des « secteurs spécifiques »[895].

Il incombe aux État membres de déterminer les « raisons objectives justifiant le renouvellement » des CDD, « la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs » et « le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail », et le cas échéant, il leur appartient de déterminer les conditions sous lesquelles les CDD sont considérés comme « successifs », d'une part, et sont réputés conclus « pour une durée indéterminée », d'autre part[896].

Face à ces exigences européennes, deux options étaient ouvertes au législateur français : soit limiter effectivement le renouvellement successif des CDD et, le cas échéant, si la présence d'un agent contractuel s'avère indispensable pour le fonctionnement du service, intégrer cet agent dans un corps de la fonction publique ; soit introduire le principe du droit du travail en transformant les CDD en CDI à la suite d'un certain nombre de renouvellements ou à l'échéance d'une certaine durée. Nombre d'auteurs ont regretté que le législateur n'ait pas choisi la première option qui « consistait à revenir à une observation plus rigoureuse de la lettre du statut », tout en étant « parfaitement compatible avec l'esprit et la lettre de la directive dès lors que [le droit de l'Union européenne] distingue clairement entre l'emploi titulaire et le recours, par exception, à des CDD pour des besoins spécifiques »[897]. En effet, cette solution aurait permis de préserver la structure classique de la fonction publique française, divisée entre agents titulaires et agents non titulaires, et

894 Directive n° 1999/70/CE, 28 juin 1999 « concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée », *JOUE* n° L. 175, 10 juillet 1999, p. 43.

895 Voir l'analyse de Matthias Fekl, « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *Petites affiches*, 19 avril 2007, n° 79, p. 16.

896 Directive n° 1999/70/CE, 28 juin 1999 « concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée », *op. cit.*, *Annexe*, CES, UNICE et CEEP, *Accord-cadre sur le travail à durée déterminée* : « Mesures visant à prévenir l'utilisation abusive ».

897 Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *JCP A* 2005, n° 35, 1306, p. 1304 et 1306 ; « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 28 ; Marcel Pochard, « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 401 ; Annie Fitte-Duval, « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », *AJFP* 2007, p. 4 ; Anne Baux, « La transformation des CDD en CDI », *RLCT* juillet 2010, p. 68.

en même temps, aurait contribué à la lutte contre la précarité des agents publics contractuels qui sont désormais indispensables au fonctionnement de l'administration.

Toutefois, c'est l'autre solution qui a été choisie et concrétisée par la loi du 26 juillet 2005[898] qui prévoit qu'au terme d'une durée de six ans, les contrats des agents publics employés sous CDD ne peuvent être reconduits que sous la forme de CDI. Cette loi de transposition du droit de l'Union européenne « reconnaît ainsi l'existence d'un nouveau type de relation entre un employeur public et ses agents, en consacrant, à côté des titulaires et des contractuels sous CDD, des contractuels sous CDI »[899].

Par ailleurs, la jurisprudence de l'Union européenne peut être analysée comme favorable à cette orientation dans la mesure où elle fait une distinction entre emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels pour une durée indéterminée et ceux qui ne le sont pas. Cette distinction repose sur la notion d'administration publique selon la Cour de justice de l'Union européenne[900]. Les emplois d'administration publique sont des activités spécifiques de l'administration, liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou destinés « à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ». Ces emplois, normalement réservés aux fonctionnaires, ne peuvent être occupés par des agents non titulaires (dont les contractuels) que pour une durée déterminée, alors que les autres pourraient être occupés par des agents recrutés par un contrat à durée indéterminée[901].

Mais après tout, le droit de l'Union européenne n'oblige aucunement le législateur français à instaurer des CDI dans la fonction publique[902]. Il n'est qu'un « puissant alibi utilisé par les pouvoirs

---

898 Voir Pierre Bentolila, « L'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la situation des agents contractuels des collectivités locales », *Collectivités territoriales Intercommunalité* 2005, n° 11, p. 12.

899 Matthias Fekl, « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *op. cit.*.

900 CJCE (CJUE)., 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C-149/79, *Rec*. p. 3881, concl. Mayas, p. 3906 ; 3 juillet 1986, *Commission c/ France*, aff. n° C-307/84, *Rec*. p. 1725. S'agissant de cette notion, voir Gérard Pekassa Ndam, « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP.*, n° 2-2012, p. 347 – 377.

901 Voir Laura Derridj, « Le recours aux agents non titulaires de fonction publique territoriale : peut-il encore exister un principe du contrat à durée déterminée ? », *RFDA* 2003, p. 131 ; Vincent Bouhier, « De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *Petites affiches*, 2 février 2006, n° 24, p. 7.

902 Fabrice Melleray, « L'impact des lois du 26 juillet 2005 sur les équilibres de la fonction publique », *AJFP* 2005 p. 225 ; Christian-Albert Garbar, « Quelle(s) réforme(s) pour la fonction publique : statut ou/et contrat ? », *AJFP* 2005, p. 281 ; Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1303 – 1304. Pour des analyses spécifiques sur le cas de la fonction publique territoriale, voir Laura Derridj, « Le recours aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale : peut-il encore exister un principe du contrat à durée déterminée ? », *op. cit.*, p. 126 ; Anne Marceau, « Vers une banalisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ? », *RLCT* mai 2005, p. 28.

publics pour justifier l'arrivée de tels contrats dans la fonction publique »[903]. À ce titre, le Conseil d'État, dans son rapport sur la fonction publique de 2003, constate que « les règles régissant le recours aux contractuels ont précisément pour objet de déterminer de façon limitative les cas dans lesquels un tel recours est possible ; à défaut, la règle est l'occupation de l'emploi concerné par un fonctionnaire titulaire dont la relation de travail est par définition à durée indéterminée ». Il considère que « le droit communautaire ne fait rien d'autre qu'inciter à une plus stricte application des principes mêmes du statut général »[904]. Cela étant, le droit interne et le droit de l'Union européenne n'ont toutefois pas le même but : l'un tend à limiter le recours aux agents contractuels et à réserver les emplois permanents aux agents titulaires alors que l'autre consiste plutôt à rapprocher le régime appliqué aux agents publics contractuels — donc une partie du droit de la fonction publique — du régime des travailleurs de droit privé.

La création des CDI, en tant que « troisième voie » d'accès à la fonction publique, résulte bien, comme le montre Didier Jean-Pierre, « d'un choix politique et de la volonté des élus de bénéficier de nouveaux outils leur permettant plus de flexibilité dans le recrutement »[905].

2. Le développement des CDI résultant d'une politique interne

Exception selon le statut, le recours aux agents contractuels s'est largement étendu malgré les restrictions législatives. Nombre d'auteurs ont constaté la banalisation du renouvellement systématique de CDD méconnaissant des principes statutaires[906]. Ainsi, Olivier Guillaumont souligne que le remplacement d'un agent titulaire pour cause de congé maternel ou de congé de maladie, pour besoins saisonniers ou occasionnels, et les renouvellements successifs d'un CDD (durée d'un an, renouvelé plus de dix fois), motivés par l'absence de fonctionnaires disponibles, sont « fréquemment » utilisés « de manière abusive », et de surcroît, l'abus d'un tel recrutement ne peut être régulièrement sanctionné faute de saisine du juge[907]. Si les pouvoirs publics veulent continuer à

903 Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1303.

904 CE., *Rapport public* 2003, « Perspectives pour la fonction publique », La Documentation française, EDCE., n° 54, 2003, p. 289.

905 Didier Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *JCP A* 2011, n° 17, 2170, p. 42. Voir également Jean-Michel Lemoyne de Forges, « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 2285.

906 Matthias Fekl, « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *op. cit.*, p. 16 ; Olivier Guillaumont, « Conseil d'État à bon entendeur, salut : les emplois permanents de l'État (et des collectivités territoriales) doivent être pourvus par des fonctionnaires », commentaire sur décision du Conseil d'État, 16 mai 2011, req. n° 341936, *Association des administrateurs civils de la défense*, *op.* cit., p. 317 – 319.

907 Olivier Guillaumont, « Conseil d'État à bon entendeur, salut : les emplois permanents de l'État (et des collectivités

profiter de la flexibilité offerte par le recours aux agents contractuels, ils ne sauraient négliger la sécurité d'emploi des agents contractuels. La « CDIsation » a été ainsi choisie par le législateur au lieu d'envisager une titularisation systématique faisant certainement augmenter le nombre des fonctionnaires.

L'intervention législative visait d'autre part une question de sécurité juridique à la suite de la jurisprudence *Lamblin*, en ce qui concerne la continuité de la situation contractuelle des salariés d'un SPA antérieurement géré par une personne privée puis repris par une personne publique. Selon cette jurisprudence, « lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat »[908]. Deux inconvénients ressortent de la solution *Lamblin* : la dérogation à la jurisprudence *Berkani* par l'entrée de salariés de droit privé au sein d'une personne publique gestionnaire d'un SPA, et le remplacement d'un contrat de travail, qui pouvait être à durée indéterminée, par un contrat de droit public à durée déterminée[909]. La loi du 26 juillet 2005 tend à remédier à ces inconvénients par son article 20 (abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007) qui impose l'obligation de proposer un contrat de droit public à durée déterminée ou à durée indéterminée selon la nature du contrat de travail. L'éventuelle dérogation à la jurisprudence *Berkani* est évitée, bien que l'effet de la loi ne soit pas rétroactif : les salariés qui ont choisi le contrat de travail après la jurisprudence *Lamblin* et avant la loi du 26 juillet 2005 conservent leur situation de droit privé.

Par ailleurs, si cet article de la loi du 26 juillet 2005, qui deviendra plus tard l'article L. 1224-3 du code du travail, prévoit l'obligation pour la personne publique de proposer un contrat de droit public au salarié repris, il est muet sur la nature juridique des rapports contractuels dans l'attente de sa conclusion ou de son refus. Face à cette situation, en 2007, le Tribunal des conflits s'est prononcé pour « la soumission provisoire d'agents d'un service public à un rapport juridique de droit privé »[910]. Ce faisant, il consacre la solution qu'il avait dégagée en 2004 avant la publication de

---

territoriales) doivent être pourvus par des fonctionnaires », *op. cit.*, p. 318.

908 CE., 22 octobre 2004, req. n° 245154, *Lamblin* ; *JCP A* 2004, 1788, note Didier Jean-Pierre ; *AJDA* 2004, p. 2153, chronique Claire Landais et Frédéric Lénica ; *JCP éd. gén.* 2004, *IV*, 3341, observations Marie-Christine Rouault.

909 Voir Didier Jean-Pierre, note sous CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, *op. cit.*.

910 TC., 18 juin 2007, req. n°3627.

la loi du 26 juillet 2005: les contrats des salariés repris « demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public »[911]. La Cour de cassation s'est prononcée le 1er juin 2010 dans le même sens que le juge des conflits en considérant que le nouvel employeur « est tenu dès la reprise de l'activité, de continuer à rémunérer les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé jusqu'à ce que ceux-ci acceptent le contrat de droit public qui leur sera proposé, ou jusqu'à leur licenciement, s'ils le refusent »[912]. Malgré ces quelques exceptions techniques, l'option retenue par la loi du 26 juillet 2005 manifeste une volonté de maintenir la jurisprudence *Berkani*.

Impulsée par la recherche d'un compromis entre le développement du recours aux agents contractuels et la sécurité d'emploi pour ces agents, la politique de développement des CDI dans la fonction publique incite à bâtir une cohérence pour les emplois pourvus par des CDI, et par conséquent, la « généralisation »[913] du recours aux CDI risque de faire apparaître une véritable « fonction publique contractuelle ».

B. Les conséquences du développement des CDI dans la fonction publique : vers une fonction publique contractuelle ?

Comme le souligne Emmanuelle Marc, « si le statut général […] et le contrat de recrutement d'un agent public cohabitent dès l'origine au sein de la fonction publique, le couple qu'ils forment n'a plus rien à voir avec la relation discrète des premiers temps »[914]. Les lois du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2012 ont eu pour effet de généraliser le recours aux CDI dans la fonction publique (1) et cette « généralisation » paraît susceptible de compromettre le principe d'égalité assuré par le concours en tant que moyen d'accès à la fonction publique (2).

1. La « généralisation » des CDI dans la fonction publique : les lois du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2012

Avant la loi du 26 juillet 2005, il était impossible de transformer un CDD en CDI par le simple renouvellement de contrat[915]. La « clause tacite de reconduction […] ne peut légalement avoir pour effet de conférer au contrat dès son origine une durée indéterminée » et « le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat,

911 TC., 19 janvier 2004, req. n°C3393, *Mme. Devun et autres contre Commune de Saint-Chamond*, préc..

912 C. cass. soc., 1er juin 2010, n° 09-40679.

913 Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1306.

914 Emmanuelle Marc, « Le statut a 30 ans, vive le contractualisme... », *JCP A* 2013, n° 29, 2214.

915 CE., 14 mars 1997, *Rietsch-Cavrois*, n° 147572, *Dr. adm.* 1997, commentaire 211.

conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial »[916]. Une situation fâcheuse s'est produite quant à la sécurité de l'emploi non-titulaire : l'excès de reconduction tacite du contrat à durée déterminée[917]. Or, plusieurs textes sont intervenus ponctuellement pour autoriser la conclusion de CDI dans la fonction publique dans divers cas particuliers, tels que le décret du 17 janvier 1986 autorisant la conclusion d'un CDI à condition que l'emploi en question corresponde à « un besoin permanent, impliquant un service à temps incomplet »[918], la loi du 12 avril 2000 qui a permis une autre possibilité d'accès aux CDI en offrant le choix aux agents contractuels des fonctions publiques d'État et territoriale entre le maintien du contrat de droit privé et un contrat de droit public à durée indéterminée[919], et l'article 9 de la loi du 3 janvier 2001 permettant aux collectivités territoriales de recruter les agents non titulaires des associations dissoutes en conservant leur CDI[920]. Mais chaque fois, ces dispositions ne visaient qu'une catégorie particulière d'agents non titulaires et avec un temps de choix relativement court. Le CDI était ainsi considéré comme une mesure qui n'intervenait que ponctuellement, essentiellement dans les processus de transfert de personnels entre personne privée et personne publique.

Les articles 12 à 22 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 offrent, cette fois de façon générale, la possibilité de recourir dans les trois fonctions publiques à des CDI. Les agents non titulaires recrutés sur des emplois permanents peuvent bénéficier d'un CDI après six ans de CDD. La limitation des CDD par la loi du 26 juillet 2005, faute de titularisation, a eu pour conséquence d'imposer la conclusion de CDI dans deux hypothèses : soit en cas de renouvellements successifs de CDD ; soit en cas de transfert de salariés à une personne publique gestionnaire d'un SPA. L'introduction des CDI fait ainsi apparaître une nouvelle catégorie d'agents publics à côté des fonctionnaires : les agents contractuels de droit public à durée indéterminée. Selon Marcel Pochard,

---

916 *Idem*. Voir *Dr. adm*. 1999, commentaire 306 ; *RGCT*. 1999, p. 562, note Denis Garreau ; Pierre Bentolila, « la jurisprudence *Bayeux* et la place des droits acquis dans le droit applicable aux non-titulaires », *AJFP* 2003, n° 3, p. 46.

917 Par exemple, CAA de Douai, 17 janvier 2001 ; n° 98DA12146, *Cabon* : un agent recruté avec des CDD de 1978 à 1996.

918 Article 8 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986.

919 Articles 34 et 35 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ».

920 Article 9 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 « relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale ». Voir Didier Jean-Pierre « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale », *JCP A* 2003, n° 13, 1308, p. 395.

15 % des agents non titulaires sont susceptibles de bénéficier d'un tel engagement à durée indéterminée[921].

Cela étant, deux obligations ont réduit la portée de ce dispositif et permis à certains employeurs publics de le contourner : l'exigence de continuité des contrats et celle de similitude des fonctions exercées au titre des contrats successifs. La législation française respecte, certes, formellement la directive de 1999, mais, comme le critique Annie Fitte-Duval, elle « ne répond que partiellement au dessein communautaire et national de lutte contre la précarité »[922]. Face à cette situation, la législation du 12 mars 2012 « œuvre […] à la reconstitution d'un vivier d'agents en CDI »[923].

La loi du 12 mars 2012 impose, par ses articles 8, 21 et 30, dans les trois fonctions publiques, la transformation d'un CDD en CDI lorsqu'un agent contractuel accomplit, auprès de la même personne publique, une durée de services publics effectifs au moins égale à six années au cours des huit années précédant la publication de la loi du 12 mars 2012. Cette durée est réduite à la moitié pour les agents âgés d'au moins cinquante-cinq ans. Par ailleurs, le calcul de l'ancienneté requise est assoupli : les services accomplis à temps incomplet et à temps partiel sont assimilés à ceux réalisés à temps complet et les interruptions de trois mois au plus entre deux contrats sont indifférentes à la comptabilisation des services correspondants. L'obtention d'un CDI est ainsi facilitée.

Par ailleurs l'article 6 de la loi du 11 janvier 1984, modifié par la loi du 12 mars 2012, prévoit la possibilité de recruter des agents directement en CDI dans la fonction publique d'État pour les fonctions « qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet »[924]. Le recours direct à un CDI est également prévu, à titre expérimental, pour un durée de quatre ans à partir du 13 mars 2012 dans le cas où « il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes »[925]. Un tel recours est réaffirmé dans la fonction publique hospitalière[926] et étendu

921 Marcel Pochard, *Les cents mots de la fonction publique*, PUF, *Que sais-je*, 2011, p. 104.

922 Annie Fitte-Duval, « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », *op. cit.*, p. 5.

923 Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 25.

924 Article 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

925 Article 4 1° de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

926 Article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

dans la fonction publique territoriale lorsqu'une collectivité reprend un agent titulaire d'un CDI d'une autre collectivité « pour exercer des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique »[927].

La loi du 12 mars 2012 poursuit et amplifie le mouvement de généralisation des CDI déclenché par la loi du 26 juillet 2005[928]. Ce mouvement consiste, selon Didier Jean-Pierre, à « introduire une logique d'emploi dans un système de carrière ». La confrontation de ces deux modèles de fonction publique « donne naissance à ce que l'on pourrait appeler un dualisme statutaire »[929]. Les agents titulaires d'un CDI, qui ne sont ni fonctionnaires, ni agents contractuels recrutés pour assurer des services à titre temporaire, revendiqueront l'alignement — voire des qualifications plus avantageuses[930] — de leur situation sur celle des agents titulaires. L'édiction d'un décret régissant la situation des agents publics titulaires d'un CDI peut être raisonnablement envisagée.

Hormis le risque de générer une fonction publique à part entière, le développement des CDI aurait, selon certains auteurs, pour effet de porter atteinte au principe d'égalité, traditionnellement assuré par le concours.

2. La mise en cause du principe de l'égal accès à la fonction publique par l'affaiblissement de la place du concours

La flexibilité du recrutement contractuel permet de contourner le concours et d'attirer directement des agents expérimentés sans avoir à former de « jeunes » stagiaires, d'une part, et évite la titularisation en ouvrant une possibilité de licenciement pour des raisons budgétaires, d'autre part. Certains auteurs considèrent que la généralisation du recrutement contractuel est susceptible de porter atteinte au principe de l'égal accès à la fonction publique dans la mesure où le recrutement contractuel s'amplifie au détriment du concours, celui-ci étant analysé comme une garantie de l'égalité des chances et écartant toute discrimination subjective[931].

927 Article 3-5 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984. Voir également l'article L. 1224-3 du code du travail concernant le recrutement direct en CDI de droit public en cas de transfert de personnels entre personne privée et personne publique.

928 Voir les analyses de Laurent Derboulles, « L'accès au CDI dans la fonction publique : le point sur le I », *op. cit.*, p. 116.

929 Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 26.

930 Ce qui est déjà le cas pour certains agents contractuels territoriaux. Voir Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1306.

931 Annie Fitte-Duval, « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* 2006, p. 4 ; « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », *op. cit.*, p. 9 ; Vincent Bouhier, « De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 10 – 11 ; Didier Jean-Pierre, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la

Nul ne saurait nier la vertu du concours en ce qu'il assure l'égalité de tous les candidats. L'utilisation du concours repose d'ailleurs sur un fondement juridique qui est l'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 :

> « Tous les citoyens […] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

L'utilisation du concours en tant que moyen de recrutement des agents de l'administration est toutefois, avant d'être une garantie d'égalité de traitement de candidats, un outil de sélection qui rétablit des inégalités entre les candidats qui n'ont été considérés égaux avant le concours que virtuellement. Le succès constitue un nouveau point de départ pour tous les lauréats, futurs agents titulaires.

En revanche, le fait que les agents contractuels bénéficient des droits garantis par le statut constitue une inégalité pour les agents titulaires issus du concours. En effet, les agents contractuels n'ont pas été sélectionnés par les mêmes épreuves que les fonctionnaires et le recrutement contractuel de droit public ne constitue pas, « par elle-même, une opération de recrutement soumise au principe d'égal accès aux emplois publics en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »[932]. Une observation empirique de la pratique des recrutements des agents contractuels en France montre qu'un tel recours permet d'éviter les obstacles statutaires, notamment l'organisation d'un concours. Mais cela n'implique pas nécessairement que la sélection des agents contractuels soit moins rigoureuse ou moins stricte. Comme le souligne Laurent Derboulles, l'absence de l'appréciation formalisée de la capacité de l'agent contractuel peut être compensée, par exemple, par les « conditions d'ancienneté posée par les dispositifs de "CDIsation" »[933]. Par ailleurs en Chine, l'expérimentation du district Pudong de la ville de Shanghai montre les conditions de la création de certains emplois contractuels peuvent être très élevées. Ainsi, le doctorat ou au moins le master est souvent exigé pour des emplois nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées et un nombre d'années d'expérience professionnelle est requise pour les postes de gestion. Ce sont des qualités que la plupart des jeunes lauréats de concours ne possèdent pas.

---

fonction publique », *op. cit.*, p. 27.

932 CE., 17 juillet 2013, req. n° 368780, *Commune de Taiarapu-Est*, *AJDA* 2013, p. 2187.

933 Laurent Derboulles, « Le régime du CDI de droit public : le point sur le I », *AJFP* 2014, p 180.

Par ailleurs, bien que le recrutement contractuel n'implique pas le concours, il ne l'exclut pas. Tel est le cas en Chine. L'article 96 de la loi du 27 avril 2005 précise que « les établissements administratifs peuvent soit organiser un concours analogue à celui prévu pour les agents titulaires, soit sélectionner directement parmi les candidats satisfaisant les conditions de recrutement »[934]. Le recrutement des agents contractuels par concours est ainsi le moyen adopté par la municipalité de Shenzhen. Il s'agit de combiner le concours et le contrat en vue d'une harmonie entre la régularité du recrutement et la flexibilité de l'organisation des personnels. Cependant, cette combinaison risque d'entraîner un tout autre résultat : non seulement la flexibilité du recrutement contractuel est anéantie par l'utilisation du concours dans la sélection des candidats, mais la sécurité d'emploi des agents ainsi recrutés n'est pas garantie.

En effet, comme la plupart des commentateurs français le soulignent, la sécurité d'emploi offerte par le CDI ne permet pas aux agents contractuels d'être titulaires d'un grade, droit normalement issu de la nomination d'un lauréat de concours par l'administration. La distinction du grade et de l'emploi permet aux fonctionnaires d'être indépendants à l'égard du pouvoir politique, tandis que les emplois des agents contractuels, même en CDI[935], risquent d'être en proie au clientélisme[936].

Dans un pays comme la Chine où le pouvoir politique est officiellement aux mains d'un parti unique, un tel risque n'a apparemment pas de sens. Nommé ou recruté sur contrat, l'agent est au service du même parti qui se confond avec l'État même. Néanmoins, le risque de clientélisme n'a pas disparu car le recrutement d'un agent est toujours tributaire de la discrétion de la ou des personnes compétentes. C'est pourquoi le concours est réintroduit en tant que moyen principal de sélection pour la majorité des agents contractuels. Pour les autres, qui sont directement sélectionnés par les autorités compétentes, une procédure suffisamment précise s'avère souhaitable afin d'éviter les abus du recrutement discrétionnaire.

S'agissant d'une telle procédure, en France, la loi du 27 décembre 1994 encadre le choix du candidat pour le recrutement dans la fonction publique territoriale. Selon l'article 34 de la loi du 26 janvier 1984, la délibération de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement doit

---

934 *"机关聘任公务员可以参照公务员考试录用的程序进行公开招聘，也可以从符合条件的人员中直接选聘"*.

935 Dans un avis du 25 septembre 2013, le Conseil d'État a dégagé un principe général du droit selon lequel, un agent en CDI, remplacé par un fonctionnaire, bénéficie d'un droit à reclassement. Voir CE., 25 septembre 2013, avis n° 365139, comment. Philippe Chrestia, *AJFP* 2013, p. 305.

936 Voir notamment Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1306.

préciser le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé. En plus de ces mêmes exigences, le texte chinois de Shenzhen impose la publication du recrutement et soumet un tel recrutement au contrôle de l'office municipal chargé de la gestion des agents publics[937]. Mais dans ce texte, comme dans le texte français, il n'y a aucune précision sur le déroulement de la procédure de recrutement. L'inévitable clientélisme, dérive du recrutement discrétionnaire, est sûrement la rançon de la flexibilité et de la souplesse du mode contractuel.

*

La « généralisation » des CDI dans la fonction publique française invite à s'interroger sur la nature des emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels pour une durée indéterminée, laquelle fournit des indices à la compréhension du dualisme émergeant au sein de la fonction publique française. Or, le dualisme a toujours été une des caractéristiques de la fonction publique chinoise. S'il n'était que formel sous le régime « socialiste », la contractualisation des emplois des USP le matérialise et le fortifie.

II. Le développement de la contractualisation des emplois des USP

En 2002, le Conseil des affaires d'État a publié l'avis du ministère des personnels publics sur « l'expérimentation du recrutement contractuel des personnels des unités de service public »[938]. Il s'agit d'une contractualisation totale des personnels des USP. Mais le texte est muet sur la question de la nature du contrat de recrutement de ces personnels, ce à quoi s'ajoute l'ambiguïté de l'article 96 de la loi du 29 juin 2007 « sur le contrat de travail »[939]. Nous avons démontré, à plusieurs reprises, que les agents d'USP devraient être regardés comme des agents de droit public tout en étant distingués des agents publics au sens de la loi du 27 avril 2005[940]. Entre les agents publics et les salariés de droit privé, les agents d'USP, désormais recrutés par contrat, constituent une catégorie de travailleurs dont la nature juridique de leurs emplois exerce un impact majeur sur le périmètre de l'emploi public. Le mode de recrutement des agents d'USP était assez ambigu par rapport à celui des

---

937 Article 22 de la mesure (exécutée à titre expérimental) « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs de la municipalité de Shenzhen », *op. cit.*.

938 " *关于在事业单位试行人员聘用制度的意见* ", Guan-yu-zai-shi-ye-dan-wei-shi-xing-ren-yuan-pin-yong- zhi-du-de-yi-jian, le 3 juillet 2002, Ministère des personnels, transmis et notifié le 6 juillet 2002 par le Secrétariat général du Conseil des affaires d'État.

939 Voir chapitre I – section 1 – I – A – 2 – b : Les agents contractuels d'USP.

940 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 1 – I – A – 2 : Le régime juridique chinois des agents des USP ; partie II – titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 2 – b : Les agents contractuels d'USP.

fonctionnaires avant l'introduction du recours au contrat (A) alors que la généralisation d'un tel recours entraîne des conséquences considérables (B).

A. Le mode de recrutement des agents d'USP avant la contractualisation des emplois des USP

Avant la contractualisation des emplois d'USP, les agents d'USP étaient nommés sur les emplois à l'instar des fonctionnaires. Ils n'avaient pas de grade administratif, mais étaient classés en fonction de leur ancienneté d'une part, et au regard du résultat de l'évaluation de leurs compétences d'autre part[941]. Trois voies étaient possibles pour devenir agent d'une USP : le recrutement direct (1), la mutation (2) et le changement d'emploi résultant d'une transformation d'un établissement administratif, d'un ou de plusieurs offices d'un établissement administratif ou d'une entreprise publique en USP (3).

1. Le recrutement direct

Avant que la grande réforme économique des années 1980 produise ses effets dans le domaine institutionnel, l'État continuait à jouer le rôle d'organisateur unique de la société et de distributeur des postes de travail jusqu'aux années 1990. Théoriquement, la planification fonctionnelle suppose que le nombre des postes correspondent à celui des demandeurs d'emplois. Les écoles techniques, les lycées professionnels et les unités d'enseignement supérieur avaient vocation à former les travailleurs capables d'assurer les divers postes créés par les pouvoirs publics. Autrement dit, après les neuf années d'éducation obligatoire (école primaire et collège), les candidats choisissaient une formation professionnelle qui déterminait leur futur métier. Ainsi, après le rétablissement de l'enseignement supérieur en 1977[942], pour être directement recruté comme cadre de l'État, un diplôme de l'enseignement supérieur était exigé[943]. Les agents d'USP étaient cadres de l'État, exceptés ceux qui exerçaient les tâches d'entretien ou de simple service tels que les agents de ménage, les cuisiniers et les chauffeurs.

Étant elles-mêmes USP, les unités d'enseignement supérieur étaient directement subordonnées aux divers établissements administratifs et offices ministériels ; elles avaient vocation

941 Le classement en fonction du résultat de l'évaluation des compétences s'applique notamment aux enseignants, aux chercheurs et aux médecins.

942 L'enseignement supérieur a été supprimé entre 1966 et 1976 pendant la Révolution culturelle. En 1977, l'enseignement supérieur est rétabli ainsi que le concours d'entrée à l'enseignement supérieur.

943 Pour un pays qui a été naguère gouverné par les lettrés mandarins pendant plus de dix siècles, le retour de la prise en considération du niveau d'études était évidemment prévisible, ce à quoi s'ajoutait l'accroissement des besoins de connaissances technologiques à l'ère moderne.

à former des fonctionnaires d'une part, et des agents d'USP d'autre part, pour satisfaire aux besoins en personnels de ces établissements. Par exemple, les étudiants d'une faculté de médecine d'une ville, une fois diplômés, étaient censés travailler dans les hôpitaux et ou être affectés dans les autres services sanitaires de cette ville. Chaque année, les établissements administratifs et USP communiquaient aux unités d'enseignement supérieur de proximité le nombre de candidats qu'ils souhaitent recruter en fonction du nombre de postes vacants. Si ces unités ne pouvaient fournir suffisamment de candidats, ils comblaient le reste en demandant à celles des autres entités locales ; en revanche, s'il y avait trop de candidats, le surnombre était réparti entre les autres entités locales ou offices ministériels ; le cas échéant, si la répartition entre les entités locales ou offices ministériels ne pouvait pas suffire, les autorités provinciales et ministérielles pouvaient créer ou supprimer les postes selon le cas. Aujourd'hui, le recrutement direct est la voie la plus importante et fournit la quasi totalité des agents dans les services hospitaliers, d'enseignement et de recherche, qui représentent environ 70 % de l'ensemble des agents d'USP.

2. L'accès aux emplois des USP par mutation

La mutation est une voie plus marginale par rapport au recrutement direct quant à l'accès aux emplois des USP. Il convient de souligner que lorsqu'un fonctionnaire était muté au sein d'une USP, son identité de fonctionnaire était conservée. Ce n'était pas le cas lorsqu'un agent d'une entreprise publique était muté au sein d'une USP. L'agent muté changeait d'identité, c'est-à-dire qu'il devenait agent d'USP. Une telle mutation pouvait être faite soit d'office, soit sur la demande de l'agent intéressé. Dans ce dernier cas, l'administration n'était pas tenue de répondre à une telle demande.

Toutefois, la mutation a été momentanément une voie assez importante pour l'accès aux emplois des USP s'agissant des mutations des officiers militaires. En effet, cela a été une des conséquences de la politique de désarmement mise en place par le gouvernement chinois entre les années 1980 et 1990. Environ 1 700 000 effectifs de l'armée de libération du Peuple chinois ont été démobilisés pendant cette période[944]. La plupart des officiers démobilisés étaient pris en charge par l'État pour trouver une nouvelle profession. La mutation de ces officiers démobilisés au sein des USP, comme au sein des établissements administratifs, a ainsi été fréquemment utilisée.

944 Bureau de l'information du Conseil des affaires d'État, *Livre blanc « sur la défense nationale de Chine 2008 »*, 20 janvier 2009 [*国务院新闻办公室*，2008 年中国的国防], version uniquement numérique consultable sur le site-web du gouvernement central de la République Populaire de Chine : http://www.gov.cn/zwgk/2009-01/20/content_1210224.htm.

3. Le changement d'emploi résultant d'une transformation en USP d'un établissement administratif, d'un ou de plusieurs offices d'un établissement administratif ou d'une entreprise publique

Nous avons montré que lorsqu'un fonctionnaire était muté au sein d'une USP, il restait fonctionnaire. Mais, ce n'est pas le cas lorsqu'un établissement administratif ou un office d'un établissement administratif est transformé en USP. Les fonctionnaires transférés soit deviennent agents d'USP, soit sont mis à la retraite anticipée[945]. D'ailleurs, dans la plupart des cas, les pouvoirs publics évitent de passer par l'étape de la transformation en USP lorsqu'ils qualifient un établissement ou un office administratif de nature marchande, sauf si la nature de ses activités n'entrent ni dans le domaine administratif, ni dans le domaine industriel et commercial comme celles des offices d'agriculture. L'accès aux emplois des USP par le transfert des personnels des établissements administratifs transformés en USP a donc été relativement limité.

Le cas est encore plus rare s'agissant de la transformation des entreprises publiques en USP. En effet, dans un contexte de « privatisation », une telle opération paraîtrait d'emblée inopportune. Elle est virtuellement possible, mais n'a jamais été réalisée dans la pratique.

*

Quelle que fût la voie par laquelle l'agent a été recruté au sein d'une USP, il était censé occuper son emploi jusqu'à sa retraite. Les agents d'USP, sauf les dirigeants et principaux responsables de l'établissement, n'étaient pas, comme les fonctionnaires, titulaires d'un grade, mais leur situation n'était pas moins inamovible que celle des agents titulaires. En quelque sorte, leurs classes étaient équivalentes aux grades administratifs. Cette situation change à partir de la politique de contractualisation des emplois des USP en 2002.

B. Les conséquences de la contractualisation des emplois des USP

La contractualisation des emplois des USP a pour conséquence d'affermir une catégorie particulière d'agents publics contractuels (1), en laissant provisoirement quelques inconvénients dans la gestion des personnels des USP (2).

1. Les agents d'USP : une catégorie particulière d'agents publics contractuels

Le 6 juillet 2002, le bureau général du Conseil des affaires d'État a publié l'avis « sur l'expérimentation du recrutement contractuel des agents des unités de service public » pour encadrer

945 Voir partie I – titre – I – chapitre II – section 1 – I – B : Le transfert des personnels des établissements publics à caractère administratif aux établissements publics à caractère marchand.

les expérimentations locales du recrutement contractuel des agents d'USP[946]. À la suite de la publication de cet avis, nombre d'entités locales ont successivement suivi la politique centrale en édictant des mesures locales de mise en place de contractualisation des emplois des USP. Jusqu'en 2009, selon la statistique effectuée par le ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale, 80 % d'USP dans plus de 10 provinces ont appliqué la contractualisation et 59 % du nombre total des effectifs des USP sont contractuels, soit environ 17 millions d'agents. En 2011, le pourcentage d'agents contractuels dans les USP atteint 80 %. Si leur situation juridique est toujours encadrée par les textes ministériels et locaux[947], tout ce qui relève de la nouvelle situation contractuelle ne peut s'appuyer que sur l'avis du 6 juillet 2002 et les mesures locales d'application. Ainsi, un nombre considérable de travailleurs, malgré leur caractère contractuel, restent dans une zone de « non droit ». Cette situation juridiquement indéterminée est regrettée par tous les auteurs qui soutiennent l'application du droit du travail aux agents contractuels d'USP[948]. Nous avons toutefois repoussé une telle approche, parce que, d'une part, elle ne correspond pas au droit positif et, d'autre part, elle ne convient pas à l'évolution de la politique de catégorisation des USP[949]. Les agents d'USP constituent désormais une catégorie particulière d'agents publics dont le mode de recrutement est contractuel.

Selon le recensement concomitamment effectué en 2005 par l'office national de la statistique et par le ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale, parmi les 29 973 000 agents d'USP, 11 558 000 sont enseignants de l'éducation nationale. Il est curieux de constater que plus d'un tiers des agents d'USP auraient été en France classés comme des fonctionnaires dont les emplois ne sont pas directement liés à la souveraineté nationale, ni à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ces emplois sont, dans une perspective libérale, susceptibles d'être occupés par

---

946 Quelques expérimentations locales ont eu lieu bien avant l'édiction dudit avis. Ainsi le 8 mai 1995, la ville de Nankin a édicté la mesure provisoire « sur la contractualisation des emplois des unités de service public » [*南京市全民所有制事业单位全员聘用合同制管理暂行办法*] et le 8 décembre 1995, la ville de Shanghai a élaboré une pareille mesure provisoire [*上海市事业单位实行聘用合同制暂行办法*].

947 Au niveau ministériel, il convient de citer le récent règlement provisoire « relatif aux mesures de sanction disciplinaire des personnels des unités de service public » du 22 août 2012, édicté concomitamment par le ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale et par le ministère de la supervision.

948 Voir notamment HUA Xiaochen et YANG Zhichen, « Étude sur les questions relatives au système de l'arbitrage des conflits des personnels publics », *op. cit.*, p. 56 – 58 ; SHAO Fen, « Réflexions sur l'élargissement de l'application du droit du travail en Chine », Études juridiques contemporaines, *op. cit.*, p. 161 – 164 ; LU Xiumin, « La classification juridique des personnels publics », *op. cit.*, p. 55 – 60 ; WU Wenfang, « Étude sur l'apparition de la loi "sur le travail" aux emplois contractuels des unités de service public », *op. cit.*, p. 43 – 45 ; XU Jianyu, « La question du régime juridique applicable et la détermination de la nature juridique des contrats d'engagement d'agents d'unité de service public », *op. cit.*, p. 87 – 95 ; « La modulation du champ de compétence des conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine », *op. cit.*, p. 10 ; YANG Yurong, «Du régime juridique applicable aux contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *op. cit.*, p. 96 – 99.

949 Voir chapitre I – section 1 – I – A – 2 – b : Les agents d'USP contractuels.

des agents de droit privé[950]. Or, une autre perspective est aussi envisageable : appliquer ce même critère de souveraineté et de puissance publique pour démontrer la nécessité de recruter un fonctionnaire sur un tel ou tel emploi, étant entendu qu'à défaut, l'emploi est susceptible d'être occupé par un agent contractuel. En d'autres termes, les emplois publics ne correspondant pas à des missions de souveraineté ou ne comportant pas de prérogatives de puissance publique, au lieu d'être occupés par des agents de droit privé, sont occupés par des agents contractuels de droit public. La possibilité de conclure des CDI devrait, selon cette logique, être élargie afin de mieux garantir la sécurité d'emploi de ces agents. Le but même de cette perspective est de créer une fonction publique à part entière dont l'identité ne relève pas de la durée de l'engagement[951], mais s'appuie sur la nature de l'emploi.

Un tel choix politique comporterait deux inconvénients : d'une part, il compliquerait le droit de la fonction publique en créant une fraction contractuelle publique à côté des agents titulaires ; d'autre part, le critère de la nature de l'emploi est, comme la distinction classique entre agents d'autorité et agents de gestion, tributaire de subjectivité et dépourvu de caractère opérationnel. Toutefois, cette distinction de nature entre les fonctions est intellectuellement concevable et le critère fonctionnel a l'avantage de la flexibilité, permettant aux pouvoirs publics de modifier le périmètre de la fonction publique sans rebâtir sa structure organique. L'étendue des emplois ne correspondant pas à des missions de souveraineté ou ne comportant pas de prérogatives de puissance publique est, comme celle des fonctions régaliennes, une question philosophique et idéologique qui repose en fin de compte sur la conscience collective d'un pays. Si les enseignants n'ont pas toujours été fonctionnaires en France, leur intégration à la fonction publique par le statut de 1946 a été à la fois un choix circonstancié de la situation de l'après-guerre et l'aboutissement d'une évolution sociale. La réaffirmation d'un tel choix par l'ordonnance du 4 février 1959 et par la loi du 11 janvier 1984 ne fait qu'appuyer un fait accepté par la conscience collective et revendiqué par les enseignants eux-mêmes.

En Chine, ces agents ont été qualifiés d'agents d'USP dès le début de la République Populaire alors que les fonctionnaires et agents d'USP étaient confondus de fait. La contractualisation des emplois des USP progresse à mesure que la catégorisation des USP se

950 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique. Faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, *op. cit.*, p. 115. Voir également proposition de loi du 13 janvier 2011 n° 3088 « visant à réserver le statut de la fonction publique aux agents exerçant une fonction régalienne », présentée par Jean-François Mancel, version numérique consultable sur le site-web de l'Assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3088.asp.

951 Comme l'occupation des emplois à temps incomplet, le recrutement pour faire face à l'accroissement temporaire ou saisonnier d'activité et le remplacement provisoire d'un fonctionnaire absent.

concrétise. Il existe une catégorie d'agents publics dont le recrutement et même la gestion peuvent, comme le décrivait Gérard Larcher à propos de la « sociétisation », « endosser les "habits juridiques" d'une personne morale de droit privé »[952], mais leurs emplois restent publics comme leur situation juridique. La scission entre deux catégories d'agents publics a été semée dans le système des cadres et avant la construction même de la fonction publique. C'est pourquoi un tel processus est considéré en Chine plutôt comme un événement attendu.

La contractualisation vise la totalité des emplois des USP. Mais sa mise en œuvre connaît quelques étapes de transition tant au niveau temporel qu'au niveau territorial. Cela entraîne inévitablement certains inconvénients dans la gestion des personnels publics.

2. Les inconvénients, dans la gestion des personnels publics, liés à la contractualisation des emplois des USP

La substitution de l'emploi contractuel à l'emploi « à vie » est sans nul doute un changement drastique pour les anciens agents d'USP nommés. Une période de transition et certaines mesures transitoires sont nécessaires pour la stabilité du processus de contractualisation. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 4 de l'avis du 6 juillet 2002 offre la possibilité de conclure un contrat à durée indéterminée aux agents « ayant accompli 25 ans de service au sein d'une unité de service public et à ceux ayant accompli 10 ans de service sans interruption et qui auront atteint leur âge de retraite dans moins de 10 ans »[953]. Le 10 décembre 2003, l'ancien ministère des personnels publics y a apporté une précision par la circulaire « portant sur l'explication relative aux questions de l'expérimentation du recrutement contractuel dans les unités de service public » : les 25 ans de service accompli incluent les services rendus auprès de tous les établissements et unités de l'État, y compris les établissements administratifs et entreprises publiques[954]. Les agents qui ne remplissent pas ces conditions et les nouveaux recrutés sont par principe soumis au régime des contrats à durée déterminée, ce à quoi s'ajoute le changement du régime de sécurité sociale et du dispositif de retraite lesquels étaient analogues à ceux des fonctionnaires[955]. Ainsi, se produit une situation

952 Gérard Larcher, Rapport D'information du 21 octobre 1997, fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, *La Poste, opérateur public de service public face à l'évolution technique et à la transformation du paysage postal européen*, version consultable sur le site-web du Sénat : http://www.senat.fr/rap/r97-042/r97-042130.html.

953 " *在本单位工作已满25年或者在本单位连续工作已满10年且年龄距国家规定的退休年龄已不足10年* ".

954 Article 12 de la circulaire du 10 décembre 2003 « portant sur l'explication relative aux questions de l'expérimentation du recrutement contractuel dans les unités de service public » : " *事业单位试行人员聘用制度有关问题的解释* ", Shi-ye-dan-wei-shi-xing-ren-yuan-pin-yong-zhi-du-you-guan-wen-ti-de-jie-shi.

955 Cet élément matériel réconforte, de fait, l'opinion selon laquelle les agents d'USP contractuels devraient être regardés comme des salariés de droit privé.

fâcheuse : la coexistence des agents « anciens » et des agents « nouveaux », affectés aux mêmes services avec des régimes juridiques très différents. Cette situation constitue inéluctablement une source de tension entre les deux groupes d'agents et nuit, par conséquent, au bon fonctionnement du service.

De même, le développement des CDI dans la fonction publique française fait coexister deux catégories d'agents publics censés passer leur vie professionnelle au sein d'un même établissement. Cette coexistence « risque à l'avenir d'être source de conflits du personnel et de revendication car à n'en pas douter fonctionnaires et titulaires d'un CDI comparent leurs conditions de travail »[956]. Cette fois, il ne s'agit plus d'un problème temporaire lié à l'existence de fonctionnaires au sein d'une société commerciale, tel le cas de France Télécom, mais d'une scission au sein même d'un établissement, affaiblissant l'unité de la fonction publique. Face à ce problème, deux solutions sont envisageables. L'une consiste à faire basculer les agents publics contractuels vers le droit privé du travail. Dans ce cas, il n'y a pas de raison d'exclure les agents en CDD du champ d'application du droit du travail. Ce serait donc la fin des contrats de fonction publique. Néanmoins, il convient de rappeler que ni le droit positif interne ne permet de constater, ni le droit de l'Union européenne ne suppose la disparition d'agents publics contractuels. Celui-ci ne suggère que la restriction de l'application des règles exorbitantes du droit commun. L'autre solution admet la coexistence des fonctionnaires et des agents en CDI, en élaborant un statut pour ces derniers. C'est vraisemblablement l'option retenue par les pouvoirs publics depuis ces dernières années. Une telle codification impliquera la définition de la nature des emplois contractuels à durée indéterminée. C'est plus la nature des emplois que la question de la durée d'engagement qui représente l'enjeu principal. La question des CDI dans la fonction publique française rejoint donc celle de la contractualisation des emplois des USP en Chine.

Les tensions entre les agents qui n'ont pas le même régime juridique n'est pas le seul inconvénient de la contractualisation : une autre inégalité découle de la mesure transitoire en ce qui concerne la concurrence entre les candidats pour les emplois à pourvoir.

L'article 2 de l'avis du 6 juillet 2002 « sur l'expérimentation du recrutement contractuel des agents des unités de service public »[957] dispose que « les recrutements sur les emplois vacants dans les unités de service public, exceptés ceux liés au secret d'État qui supposent d'autres moyens de

956 Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1306.

957 Préc..

sélection des candidats, sont soumis à l'obligation de publication de l'annonce de recrutement ». Dans son alinéa 2, le concours est imposé comme moyen de sélection pour ces emplois. On ne s'étonne pourtant point que le concours soit introduit dans les USP par la contractualisation ! L'obligation de publication mettant les emplois des USP sur le marché du travail, et le concours qui suppose une égalité de traitement des candidats, ont pour objectif commun de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'administration et d'éviter les abus et détournements de pouvoir lors du recrutement. Toutefois, l'alinéa 3 de ce même article ajoute qu'il convient de choisir d'abord entre les anciens agents pour occuper les emplois vacants ; ce qui ne change pas le sort de ces « anciens », car dans tous les cas, leurs emplois seront contractualisés. Mais s'ils veulent participer au concours de recrutement dans les mêmes conditions que les candidats externes, ils bénéficient d'une priorité au détriment de ceux-ci.

Enfin, la rationalisation de l'organisation des personnels par la recherche d'un compromis entre la stabilité et la flexibilité risque de ne pas aboutir aux résultats souhaités par la réforme. Selon le principe contractuel, la durée du contrat est fixée par consentement mutuel entre l'employeur et l'employé. L'article 4 de l'avis du 6 juillet 2002 prévoit ainsi trois types de contrat possibles : le contrat « à durée courte » dont la durée est inférieure ou égale à 3 ans, prévu normalement pour les emplois qui impliquent une forte mobilité et ne nécessitent pas de connaissances techniques spécialisées, le contrat « à durée moyenne et longue », et le contrat « saisonnier »[958]. L'article 12 de la circulaire du 10 décembre 2003 précise, en divisant le type de contrat « à durée moyenne et longue », que le contrat « à durée moyenne » est conclu pour une durée au-delà de 3 ans et que le contrat « à durée longue » est conclu « jusqu'à la retraite de l'agent »[959], c'est-à-dire à durée indéterminée. L'idée est de conserver à long terme les agents hautement qualifiés ou dotés de connaissances techniques hautement spécialisées, d'un côté, et de disposer d'une flexibilité dans la gestion des agents chargés des tâches quotidiennes dont la quantité de travail change en fonction des circonstances, de l'autre. Or dans la pratique, le résultat s'avère paradoxal : les agents hautement qualifiés ne veulent pas signer des contrats à longue durée, alors que leur installation est évidemment bénéfique au fonctionnement du service ; en revanche, nombre de candidats normalement qualifiés aspirent à la stabilité de l'emploi et souhaitent conclure des contrats de long terme, notamment à durée indéterminée, mais c'est précisément ces postes-là qui font l'objet de mobilité et de flexibilité, car leur remplacement est relativement facile.

---

958 " *短期* ", " *中长期* " et " *以完成一定工作为期限* ".

959 " *至职工退休* ".

Conclusion du chapitre II

En France, l'assouplissement des conditions de recrutement d'un agent contractuel de droit public est impulsé par la recherche de flexibilité dans la fonction publique. Mais la croissance du nombre d'agents publics contractuels met en relief la question de la stabilité de leur emploi. Il s'agit de trouver un compromis entre flexibilité et stabilité par le biais de l'unification et de la structuration de l'encadrement du régime des agents contractuels publics. Ces derniers, malgré l'absence d'emplois qui leur sont réservés, constituent une catégorie particulière d'agents publics à l'égard des fonctionnaires.

L'observation de la mise en place du recrutement d'agents publics contractuels par des entités locales chinoises permet d'affirmer l'émergence d'une catégorie d'emplois contractuels. Si celle-ci ne constitue pas encore une fonction publique à part entière, une scission s'opère néanmoins au sein de la fonction publique en s'appuyant sur la nature des emplois.

Conclusions du Titre I

En France, les conditions de recrutement des agents contractuels sont rendues de plus en plus précises par les réformes législatives postérieures au statut des années 1980, mais non pas plus restrictives. De nouvelles possibilités de recrutement contractuel ont été introduites dans un but d'unification du régime des emplois publics contractuels des trois versants de la fonction publique. Ce qui est en jeu, c'est l'émergence d'une notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels. Telle est aussi, semble-t-il, une des préoccupations primordiales des réformateurs chinois dans leur expérimentation du recrutement des agents publics contractuels. Sur le modèle de Shenzhen, le gouvernement chinois adoptera une politique en marge avec le texte législatif de 2005. La notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels coïncidera avec la catégorisation des emplois de la fonction publique.

Mais la notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels ne permet pas seule de considérer les agents contractuels comme formant une catégorie hermétique et stable d'agents publics à l'égard des agents titulaires. La « généralisation » des CDI dans la fonction publique française, faisant de l'exception la règle, crée une situation contractuelle parallèle à celle des fonctionnaires. Le changement structurel remet en cause le principe statutaire de la fonction publique française[960]. Ainsi, comme le souligne Didier Jean-Pierre, « l'entrée des CDI dans la fonction publique contribue […] à un phénomène de privatisation […] du droit de la fonction publique qui tend de plus en plus à perdre certaines de ses spécificités »[961].

Si en France, l'émergence d'une fonction publique contractuelle est analysée comme une dérive de la « généralisation » des CDI dans la fonction publique, la construction d'une fonction publique non régalienne et contractuelle apparaît comme une politique affichée du gouvernement chinois. Qu'il s'agisse de la détermination des emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels dans les établissements administratifs ou de la contractualisation des emplois des USP, la réforme chinoise s'attache directement à la nature des emplois, alors que les analyses françaises sont davantage centrées sur la question de la durée de l'engagement des agents.

960 Voir l'analyse de Bernard Derosier, « Vers une fonction publique contractuelle ? », *AJDA* 2005, p. 857.

961 Didier Jean-Pierre, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, p. 1303 ; « La privatisation du droit de la fonction publique », *op. cit.*, 1672.

Titre II. Vers une gestion managériale du personnel de la fonction publique

L'une des conséquences de la privatisation et de l'externalisation des services publics d'une part et de la contractualisation de la fonction publique d'autre part, en France comme en Chine, est d'avoir rendu hétérogène la composition du personnel de la fonction publique. Celle-ci comprend désormais, dans les deux pays, trois catégories de personnel : les agents publics titulaires que l'on nomme communément fonctionnaires, les agents publics contractuels qui prennent de plus en plus d'ampleur, et les employés de l'administration soumis au droit du travail. Cette évolution de la composition du personnel de la fonction publique conduit inéluctablement à une réflexion sur son système de gestion, lequel fait l'objet de vives critique avec le retour du libéralisme d'après-guerre en France et depuis la grande réforme économique des années 1980 en Chine.

À partir de la fin des années 1980, la France et la Chine sont entraînées dans un courant de réformes de l'État et de ses administrations, sous couvert de « modernisation ». L'ancien mode de gestion de la fonction publique est attaqué frontalement dans les deux pays. On dénonce la paralysie du système de sanction et de gratification, l'immobilisme et le corporatisme qui empêchent les changements et renouvellements réguliers et nécessaires, l'égalitarisme et le pantouflage qui nuisent à l'efficacité. Ces critiques sont accompagnées d'une multitude de réformes sur la gestion du personnel de la fonction publique.

En France, après la loi du 27 juillet 2005 mettant en conformité le droit interne de la fonction publique au droit de l'Union européenne, une révision générale des politiques publiques (RGPP) a été lancée le 10 juillet 2007 ; un des objets visés était la modernisation de la gestion de la fonction publique à travers le développement d'une fonction publique de métiers. Cette volonté a été développée par le *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* publié en 2008, qui suggère une série de réformes susceptibles de remettre en cause le modèle français de la fonction publique de carrière[962]. Plusieurs réformes ont été concrétisées. Ainsi, les lois n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique », n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » et n° 2010-751 du 5 juillet 2010 « relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique » s'inscrivent dans un contexte de modification des relations individuelles et collectives de

962 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique…*, *op. cit.*. Concernant les réformes suggérées, nous pouvons citer l'organisation statutaire reposant sur sept grandes filières de métiers, le remplacement de la notation par un entretien professionnel et l'échange élargi et facilité entre les domaines public et privé du travail.

travail dans la fonction publique. En sus de ces réformes législatives, des mesures gouvernementales ont eu pour but de réduire les effectifs de l'État tout en voulant rendre les appareils administratifs plus efficaces. La politique du « non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partant à la retraite », annoncée au début du mandat présidentiel de Nicolas Sarkozy, en est une parfaite illustration. Bien que cette mesure soit abandonnée par la modernisation de l'action publique (MAP) qui succède à la RGPP en 2012, la nouvelle politique demeure sous la même contrainte budgétaire et conteste davantage la méthode que le principe de la précédente. Dans le même temps les interactions entre les évolutions du droit de l'Union européenne et les réformes des fonctions publiques françaises ne cessent de mettre en adéquation le cadre juridique avec les exigences managériales et de gestion[963].

Si toutes ces réformes ont été menées au nom de la modernisation[964] — slogan irréfutable sous peine d'être qualifié de conservateur ou de corporatiste —, la signification de la modernité dans la fonction publique n'a pourtant pas été éclaircie[965]. Or nous observons, avec Didier Jean-Pierre, trois facteurs principaux à la source de ces réformes : la transposition du droit de l'Union européenne qui impose une vision homogène entre les travailleurs privés et publics, l'objectif d'égalité de traitement entre les salariés de droit privé et les agents publics notamment lorsque ceux-ci ne peuvent bénéficier des avantages portés par les réformes du droit du travail et, enfin, une impulsion idéologique du libéralisme prônant une nouvelle gestion publique[966]. La mise en relief de ces trois éléments entraîne un rapprochement entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. À ce titre, nous avons eu l'occasion de citer la thèse de Nicolas Font, qui consiste à entrevoir une convergence des règles régissant les agents publics et de celles appliquées aux salariés de droit privé à travers la notion de « travail subordonné »[967]. Or, le rapprochement du droit de la fonction publique et du droit du travail s'opère à travers la « généralisation » de celui-ci sous l'impact du droit de l'Union européenne et au détriment du caractère exorbitant de celui-là[968]. À mesure que les

963 Jean-Michel Lemoyne de Forges, « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *AJDA* 2003, p. 1917.

964 Nous faisons notamment allusion à l'intitulé de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique », laquelle aborde la formation, la mise à disposition, les règles de la déontologie et du cumul d'activités, sans pour autant définir ce qu'est la modernisation de la fonction publique.

965 Fabrice Melleray, « La loi de modernisation de la fonction publique mérite-t-elle son titre ? », *AJDA* 2007, p. 507.

966 Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *JCP A* 2006, n° 42, 1241, p. 1338.

967 Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, *op. cit.*.

968 Voir Marcel Pochard, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, une normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 1906 ; Fabrice Melleray, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 43.

méthodes du secteur privé pénètrent le secteur public à travers notamment l'intégration de la « gestion des ressources humaines » (GRH), notion chère à la théorie de la nouvelle gestion publique, les esprits perspicaces redoutent une remise en cause de l'identité de la fonction publique française, forgée depuis le premier statut démocratique en 1946[969].

D'aucuns s'interrogent même sur la possibilité d'une « fonction publique sans fonctionnaires »[970]. Ainsi, en 2003, Didier Jean-Pierre parle de « privatisation du droit de la fonction publique ». Il ne s'agit pas, selon cet auteur, de « la privatisation des personnels due à des changements de statuts d'entreprises », mais de celle des « sources et règles du droit de la fonction publique »[971]. Cette tendance à soumettre les agents publics aux principes et règles qui sont appliqués aux salariés de droit privé, tant développée par le droit interne qu'impulsée par le droit de l'Union européenne, est une manifestation de la crise des fondements du droit de la fonction publique française[972].

Or, cette crise du droit de la fonction publique française coïncide avec la construction même d'une fonction publique en Chine entamée depuis les années 1990. La distinction entre le régime juridique des agents publics et celui des salariés dorénavant régis par le droit du travail est aussi mise à l'épreuve par le développement des méthodes du secteur privé dans la gestion des personnels publics.

En France comme en Chine, les changements de mode de gestion du personnel de la fonction publique se concrétisent par l'intégration des méthodes de la GRH d'une part (chapitre I), et par un accroissement de la circulation, des emplois comme des agents, entre les domaines public et privé du travail d'autre part (chapitre II).

- *Chapitre I. Les conséquences de l'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique*

- *Chapitre II. La circulation facilitée entre les domaines public et privé du travail*

---

969 Anicet Le Pors, « Le statut général attaqué de front », *Les Cahiers de la fonction publique*, mars 2005, p. 24 ; Fabrice Melleray, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, n° 1, p. 185.

970 Didier Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *op. cit.*, p. 39.

971 Didier Jean-Pierre, « La privatisation du droit de la fonction publique », *op. cit.*, p. 973.

972 Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *op.* cit., p. 1341.

Chapitre I. Les conséquences de l'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique

En France, dès la fin des années 1990, la mise en place d'une GRH revêt une fonction stratégique parmi les réformes consistant à moderniser les administrations publiques de l'État. Dès lors, une multitude de réformes se sont engagées dans l'objectif de « replacer la gestion des ressources humaines au cœur de la modernisation publique »[973].

Selon le langage courant, « la gestion des ressources humaines est l'ensemble des activités qui permettent à une organisation de disposer des ressources humaines correspondant à ses besoins en quantité et qualité »[974]. En sciences de gestion, la GRH est définie dans une approche liée à la dimension humaine des organisations[975]. Autrement dit, comme le souligne Jean-Pierre Citeau, « la fonction ressources humaines est née […] de l'intégration du facteur humain dans l'organisation »[976]. Ainsi, Julienne Brabet définit la GRH comme « une discipline des sciences sociales consistant à créer et à mobiliser des savoirs variés utiles aux acteurs et nécessaires pour appréhender, comprendre, négocier et tenter de résoudre les problèmes liés à la régulation du travail humain dans les organisations »[977].

Née du secteur des industries classiques, la GRH a vécu elle-même une évolution du « paternalisme » d'entreprise à la gestion stratégique des ressources humaines[978]. Le développement récent de la GRH est dû aux différents facteurs, non seulement organisationnels, mais aussi de contingence tels que les éléments social, juridique, économique, démographique et technologique[979]. La GRH peut couvrir des activités comme le recrutement, la rémunération, l'évaluation (ou

973 Marylise Lebranchu, « La gestion des ressources humaines au cœur de la modernisation publique », *AJFP* 2012, n° 6, p. 301.

974 Loïc Cadin, Francis Guérin et Frédérique Pigeyre, *Gestion des ressources humaines. Pratiques et éléments de théories*, 4ème éd., Dunod, 2012, p. 5.

975 Jean-Pierre Citeau, *Gestion des ressources humaines. Principes généraux et cas pratiques*, 4ème éd., Armand Colin, 2002, p. 1.

976 Jean-Pierre Citeau, *Gestion des ressources humaines. Principes généraux et cas pratiques*, *op. cit.*, p. 37.

977 Julienne Brabet, « La gestion des ressources humaines », *in Repenser la gestion des ressources humaines ?*, sous la dir. de Julienne Brabet, Economica, coll. « Gestion », 1993, p. 69. Cette définition est retenue par Loïc Cadin, Francis Guérin et Frédérique Pigeyre dans leur ouvrage intitulé « Gestion des ressources humaines. Pratiques et éléments de théories » (*op. cit.* p. 25).

978 Pour une analyse historique de l'évolution de la GRH, voir Faycel Bencheman et Géraldine Galindo, *Gestion des ressources humaines*, 3ème éd., Lextenso, Mémentos LMD, 2011, p. 15 – 26.

979 Gérard Lelarge, *La gestion des ressources humaines. Nouveaux enjeux, nouveaux outils*, 2ème éd., SEFI, 2006, p. 17 – 97. Voir également Luc Boyer et Noël Équilbet, *GRH Nouvelles pratiques*, Colombelles, EMS, 2003, p. 47 – 50 ; José Allouche et Bruno Sire, *Ressources humaines. Une gestion éclatée*, Economica, 1998, p. 13 – 34.

l'appréciation selon le vocable des sciences de gestion), la mobilité, la formation, etc.. La fonction « ressources humaines » joue un rôle central dans la gestion de ces activités. En effet, elle « participe à la recherche d'une meilleure efficacité des organisations en s'efforçant », d'une part, « de promouvoir et de réaliser une meilleure allocation des ressources humaines (adéquation compétences-emplois) », et d'autre part, « de mobiliser les potentiels de chaque salarié et fédérer les aspirations et les engagement individuels et collectifs autour du fonctionnement et du développement de l'organisation (équité de la contribution-rétribution) »[980]. Cela implique un « rôle accru du management de proximité dans les activités opérationnelles », « une fonction avec un poids mineur dans les effectifs » et « une fonction davantage externalisée » avec le « développement du *outsourcing* dans la paie, la formation et le recrutement »[981].

L'intégration de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique a pour but non seulement de développer certains mécanismes classiques du statut de la fonction publique, comme la mobilité, mais aussi d'introduire de nouveaux éléments issus du secteur privé, comme la performance et l'individualisation.

Six points ont été ciblés par le rapport Vallemont sur la GRH dans l'administration : la recherche d'une gestion de proximité, la professionnalisation des concours de recrutement, l'évaluation individuelle des agents, la mobilité renforcée, la formation continue, la transparence dans la gestion[982]. La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001, appliquée à partir de 2006, a eu pour effet d'ouvrir une nouvelle phase de la gestion de la fonction publique par le biais du contrôle budgétaire des emplois de la fonction publique[983]. Toutes ces mesures ont été intégrées et développées par la RGPP dont les principaux axes consistent à développer une culture de résultats dans l'administration par le biais de l'individualisation de la gestion des agents publics et de la diversification du recrutement dans la fonction publique. Bien que la MAP renonce à certaines mesures concernant la mobilité et le parcours professionnel, elle adhère à la démarche générale du développement de la GRH dans l'administration.

---

980 Jean-Pierre Citeau, *Gestion des ressources humaines. Principes généraux et cas pratiques*, *op. cit*., p. 38.

981 Faycel Bencheman et Géraldine Galindo*, Gestion des ressources humaines, op. cit., p. 22 – 23.*

982 Serge Vallemont, *Gestion des ressources humaines dans l'administration : rapport au ministre de la fonction publique, de la réforme de l'Etat et de la décentralisation*, La Documentation française, 1999, p. 21.

983 Voir les analyses de Carole Moniolle, « Les apports essentiels de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances et matière de dépenses de personnel », *AJDA* 2006, p. 2042 ; Yves Chevalier, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *AJDA* 2006, p. 524 ; Pierre Winicki, « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF), gestion des ressources humaines et nouvelles compétences managériales », *RFAP* 2006, n° 117, p. 117.

En comparaison du développement de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique française, la GRH s'est implantée relativement tard dans l'administration chinoise, bien que certains auteurs aient préconisé dès la fin des années 1990 le développement de la GRH dans l'administration comme une « stratégie » du nouveau siècle[984]. Le début du développement de la GRH dans l'administration chinoise est marqué par le remplacement du ministère du personnel par le ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale en 2008. Un office national des agents publics est en même temps créé pour la gestion des agents publics, mais il est subordonné à la direction du ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale. Autrement dit, la gestion du personnel de la fonction publique est dorénavant intégrée dans un ensemble plus général, celui de la gestion des ressources humaines transcendant les secteurs public et privé. Parallèlement, la gestion du personnel de la fonction publique devrait, selon certains auteurs, s'approprier petit à petit les méthodes de la GRH et disparaître un jour au profit de l'application totale de celle-ci[985]. Certains décèlent d'ores et déjà des méthodes de la GRH dans la fonction publique[986] et prônent une assimilation de la gestion du personnel public à celui d'une entreprise privée[987]. C'est pourtant, selon WU Zhihua, confondre « ce qui devrait être » et « ce qui est ». En effet, malgré la construction

984 TANG Daiwang, « La nécessité de développer la gestion des ressources humaines au sein de la gestion du personnel public », *Gestion administrative en Chine*, 1997, n° 5, p. 9 [*唐代望, 人事管理的重点应转变为人力资源开发,* 中国行政管理] ; LI Zhongliang et WANG Jingrong, « Comparaison entre gestion du personnel et gestion des ressources humaines », *Revue Tangdu*, 1998, vol. 14, n° 1, n° série 5, p. 106 [*李忠良，王景荣，人事管理与人力资源管理之比较*，唐都学刊] ;

985 Voir par exemple NI Xing et JIE Jianwang, « De l'évolution de la gestion du personnel public — du mode traditionnel de la gestion du personnel au mode moderne de la gestion des ressources humaines », *Découvertes*, 2003, n° 5, p. 38 [*倪星, 揭建旺，试论政府人事管理的治道变革 — 从传统人事管理到现代公共人力资源管理*，探索] ; YIN Suqin, « De la gestion du personnel à la gestion des ressources humaines : grand saut dans la construction du système de la fonction publique », *Presses universitaires de l'Institut du PCC de la Légion*, 2004, n° 4, n° série 86, p. 57 [*尹素琴，从人事管理到人力资源管理：公务员制度建设的跨越*，兵团党校学报] ; DUAN Yibo, « L'influence du mode de la gestion des ressources humaines sur la gestion du personnel public en Chine », *Vérité*, 2005, n° 5, p. 34 [*段溢波，人力资源管理模式对我国政府人事管理的影响*，求实] ; LU Ning et SHEN Weijuan, « Réflexions à travers la comparaison entre le mode moderne la gestion des ressources humaines et le mode tranditionnel de la gestion du personnel », *Zone économique spéciale*, mai 2007, p. 296 [*路宁、沈为娟，现代人力资源管理与传统人事管理的比较及启示*，特区经济] ; LIU Xin, « De la transformation du rôle de la gestion du personnel public en Chine », *Enseignement et recherche*, 2007, n° 2, p. 25 [*刘昕，论我国政府人事管理职能的战略转型*，教学与研究].

986 HE Ye, « Le processus d'évaluation des résultats de la gestion des ressources humaines dans les établissements publics », *Recherche commerciale*, 2007, n° 5, n° série 361, p. 89 [*何叶，公共部门人力资源绩效评估的基本程序*，商业研究] ; ZHENG Yaozhou, « Réflexions stratégiques sur l'exploitation des ressources humaines dans la fonction publique », *Gestion administrative en Chine*, 2006, n° 9, n° série 255, p. 68 [*郑耀洲，公务员人力资源开发的战略思考*，中国行政管理].

987 LIU Hao, « Entreprisation — nouvelle voie du développement de la gestion du personnel public », *Héraut Innovations scientifique et technologique*, 2007, n° 34, p. 105 [*刘昊，企业化——政府人力资源管理的新思路*，科技创新导报] ; HUANG Hongyi, « Vers le marché : choix méthodologique et théorique de la gestion du personnel public », *Revue Yunmeng*, 2008, vol. 29, n° 4, p. 63 [*黄弘毅，市场取向: 政府人力资源管理的理念与手段选择*，云梦学刊].

d'une nouvelle fonction publique marquée par l'adoption de la loi « sur les agents publics » du 27 avril 2005, le mode de gestion des agents publics reste encore fondamentalement celui de la gestion du personnel traditionnellement utilisé par l'administration publique. La GRH et le vocabulaire issu de cette notion ne sont pas encore pleinement applicables au système actuel de la gestion du personnel de la fonction publique : le développement de la GRH dans la fonction publique est plutôt un vœu qu'une réalité[988]. C'est dire que la GRH se distingue bien du mode traditionnel de gestion du personnel public[989]. Issue du secteur privé, la GRH a toutefois tendance à inspirer la gestion du personnel public, voire à la remplacer selon les tendances réformatrices les plus ferventes.

Si la GRH constitue toujours « un ensemble de techniques ayant pour objet d'optimiser les relations de travail entendues tant individuellement que collectivement »[990], « la montée en puissance de la GRH et du management au sein du secteur public a pour effet de "travailliser" le droit de la fonction publique en intégrant, dans son mode de fonctionnement, des concepts, des notions et des pratiques issues du secteur privé »[991]. Or « derrière un discours aseptisé et faussement neutre, mâtiné de concepts gestionnaires, se cache une volonté politique de transformer la fonction publique »[992].

L'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique incite à comprendre la relation entre la GRH et le statut de la fonction publique (section 1) ; elle aurait pour effet de modifier les relations professionnelles entre l'agent public et l'employeur public (section 2).

988 WU Zhihua, « Réformes et questions relatives à la gestion du personnel public », *Doctrine et réformes*, 2005, n° 6, p. 77 – 79 [*吴志华，公共部门人事管理的问题与改革*，理论与改革].

989 Cette distinction semble être communément conçue par les commentateurs chinois, d'où les comparaisons entre les deux modes de gestion (voir les articles précités).

990 Carole Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP* 2010, p. 234.

991 Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *in Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?*, sous la dir. de Virginie Donier, L'Harmattan, 2012, p. 235.

992 Didier Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *op. cit.*, p. 42 et sv..

Section 1. La relation entre la GRH et le statut de la fonction publique

Cette relation est, selon Carole Moniolle, marquée par un alternatif de « complémentarité » et d' « opposition »[993]. Pour cet auteur, « GRH et statut ne s'opposent pas parce qu'ils ne portent pas sur les mêmes domaines » : « le statut fixe un cadre, la GRH représente les outils de gestion en matière de personnel ». Or, le statut peut aussi être « porteur d'un modèle de gestion » dont l'articulation avec « la nouvelle gestion de la fonction publique » fondée sur la conception de la GRH peut paraître problématique[994].

Cette confrontation entre deux modèles — l'un traditionnel, l'autre nouveau — a été soutenue par nombre d'auteurs chinois[995]. Il s'agit, pour eux, d'une succession de modes de gestion du personnel, chronologique et naturelle, suivant l'évolution des réformes économiques et politiques de l'État. La GRH a vocation à remédier aux défauts de l'ancien mode de gestion du personnel de la fonction publique qui n'est plus adapté au contexte socio-économique. A ainsi lieu une confrontation entre cadre juridique et approches managériales de la gestion du personnel. Nous pouvons à ce titre nous interroger, avec Jacques Fialaire, sur le point de savoir si le droit de la fonction publique est condamné par l'essor du management public[996].

La GRH se présente d'abord comme un outil de gestion dans le cadre fixé par le droit de la fonction publique (I), tout en supposant une remise en cause de la conception classique de carrière (II).

I. La GRH en tant qu'outil de gestion dans le cadre fixé par le droit de la fonction publique

La GRH et le droit de la fonction publique ne s'opposent pas d'emblée. En France, l'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique est censée améliorer le fonctionnement de celle-ci (B) tandis qu'en Chine, la GRH est considérée comme un corollaire du développement d'une fonction publique nouvelle.

---

993 Carole Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *op. cit.*, p. 234.

994 *Ibid.*, p. 235.

995 Voir les articles précités.

996 Jacques Fialaire, « Droit de la fonction publique territoriale et management des ressources humaines. De la rupture conceptuelle aux essais de conciliation », *RGCT* 2004, n° 31, p. 847.

A. En France, la GRH en vue de l'amélioration du statut

Lors d'un colloque sur l'employeur public en 1999, Stéphane Fratacci, alors directeur adjoint au directeur général de l'administration et de la fonction publique, annonce que « la rénovation de la gestion des ressources humaines dans l'administration peut se faire et doit se faire dans le cadre statutaire »[997]. En effet, bien que l'organisation de la fonction publique par le statut soit souvent l'objet de critiques pour sa « rigidité » et son « égalitarisme », les éléments de mobilité et les valeurs réelles et individuelles des agents sont bien pris en compte par le statut. Ainsi, l'ancienneté n'est pas la référence unique pour l'avancement, celui-ci est aussi lié au mérite ; théoriquement, la capacité professionnelle des agents doit être évaluée *in personæ* et le supérieur hiérarchique peut avoir son mot à dire quant au choix et à l'évaluation de ses collaborateurs[998]. Le concours assure certes l'égalité des candidats en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais il est avant tout un instrument permettant de distinguer les vertus et les talents. En ce qui concerne la mobilité, nombreuses sont les voies permettant des circulations non seulement à l'intérieur de la fonction publique — mutation, détachement, mise à disposition, intégration aux autres administrations — mais aussi entre la fonction publique et le secteur privé[999]. En fin de compte, la plupart des mesures de GRH sont compatibles avec les principes du statut général de la fonction publique[1000]. Dans son étude consacrée à la LOLF du 1er août 2001, Yves Chevalier considère que « la modernisation de la gestion des ressources humaines » pourrait contribuer à garantir « la pérennité du système de la carrière »[1001].

D'ailleurs, la GRH pourrait s'intégrer à la fonction publique sans affecter le cadre juridique fixé par le droit de la fonction publique. Telle est, par exemple, la fonction d'une charte de gestion des ressources humaines. Acte juridique « quasi-normatif » résultant d'un accord entre les représentants de l'administration et ceux du personnel public, la charte de gestion des ressources

---

997 Stéphane Fratacci, « La gestion des ressources humaines dans l'administration », *in* actes du colloque du 17 décembre 1999, Dijon, « L'employeur public à l'approche du nouveau siècle », *AJFP* 2000, n° 6, p. 57.

998 Concernant les potentialités du statut pour l'évaluation des fonctionnaires, voir Charles Fortier, « L'identité du droit français de la fonction publique. Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *op. cit.*, p. 123 – 125.

999 À propos des potentialités du statut pour la mobilité fonctionnelle, voir Charles Fortier, « L'identité du droit français de la fonction publique. Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *op. cit.*, p. 121 – 122.

1000 Voir notamment les huit points cités par Stéphane Fratacci lors de son intervention au colloque de 1999 : « la recherche d'une gestion de proximité », « la professionnalisation du recrutement », « l'évaluation individuelle des agents », « la mobilité », « la formation », « la transparence », « la déontologie » et « « la valorisation de la fonction ressources humaines » (*op. cit.* p. 58 – 59).

1001 Yves Chevalier, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 527.

humaines pourrait par son caractère contractuel faciliter la prise de décision concernant la gestion des situations individuelles ou collectives des agents. Comme le souligne Antoine Delblond, « la charte innove sans contredire pour autant le cadre juridique préexistant de la fonction publique »[1002].

En France, le développement de la GRH dans la fonction publique se présente donc avant tout comme un élément supplémentaire du mécanisme statutaire de la gestion du personnel public. Par rapport à la situation française, l'évolution de la gestion du personnel public en Chine se trouve dans une phase bien plus mouvante. En effet, l'introduction de la GRH dans l'administration publique chinoise est le corollaire de la construction d'une fonction publique nouvelle.

B. En Chine, la GRH en tant que corollaire du développement d'une fonction publique nouvelle

En Chine, bien que la GRH ne soit pas encore le mode de gestion du personnel de la fonction publique, elle est considérée comme un élément indissociable de la construction d'une « fonction publique moderne », amorcée par le règlement provisoire du 24 avril 1993 « sur les agents publics de l'État » et largement développée depuis la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». Comme en France et comme on l'a vu, la fonction publique chinoise comprend trois catégories de travailleurs : les agents publics titulaires, les agents publics contractuels et les employés de l'administration relevant du droit privé. Mais une autre division, organique, se superpose à ce triptyque : l'appartenance aux établissements administratifs ou aux USP.

Avant d'être appliquée à la gestion du personnel des établissements administratifs, la GRH a d'abord été introduite dans les USP. Pour un secteur public s'approchant de plus en plus du secteur privé, le remplacement du modèle transitionnel de la gestion administrative du personnel par la GRH s'avère inéluctable. En outre, l'absence de cadre juridique pour la gestion du personnel des USP permet d'autant plus facilement le développement des méthodes de la GRH au sein des USP.

Concernant la gestion du personnel des établissements administratifs, l'existence d'un cadre législatif ne doit pas empêcher l'insertion des méthodes de la GRH. Plus encore, celles-ci contribuent à la construction d'une fonction publique nouvelle esquissée par la loi du 27 avril 2005 : la catégorisation des métiers de la fonction publique, le renforcement du caractère méritoire de la fonction publique par des mesures alternatives de sanction et de gratification, le développement d'une politique de résultats. La GRH, prônant la professionnalisation du personnel, la rationalisation

1002 Antoine Delblond, « Vers une charte de la gestion des ressources humaines dans les services publics », *in* actes du colloque du 17 décembre 1999, Dijon, « L'employeur public à l'approche du nouveau siècle », *AJFP* 2000, n° 6, p. 62 – 63.

des potentialités individuelles de travail et l'efficience comme finalité du travail, obtient naturellement la faveur du gouvernement réformateur. La restructuration ministérielle en 2008 témoigne de la montée en puissance de la GRH dans la gestion du personnel public. Si auparavant, tous les travailleurs étaient considérés comme des employés différents de l'État employeur et devaient être gérés selon les méthodes de la gestion publique, dorénavant, la logique est inversée : c'est la notion de GRH, inhérente au domaine privé, qui prime l'ancienne notion de gestion publique dans la gestion du personnel de la fonction publique.

Bien que la GRH s'intègre dans le cadre fixé par le droit de la fonction publique, elle est susceptible de remettre en cause une fonction publique de carrière en France comme en Chine.

II. La fonction publique de carrière mise en cause par la GRH

Issue du domaine privé, la GRH suppose une logique différente de celle de la gestion du personnel de la fonction publique traditionnellement pratiquée par l'administration française (A) ; cette différence est accentuée par l'aspect financier de la relation de travail (B).

A. Une logique de métier

La GRH suppose une conception différente du mode classique de gestion du personnel de la fonction publique (1) ; ce changement conceptuel conduit à une réforme de l'organisation de la fonction publique en corps (2). Cette réforme est accompagnée de nouvelles mesures de finances publiques censées favoriser la GRH (3).

1. Le changement conceptuel

La gestion du personnel de la fonction publique a été longtemps marquée par une approche administrative du personnel. Cette gestion administrative concerne notamment le recrutement, le traitement, l'avancement et la mobilité du personnel public. Le statut fixe un encadrement de la gestion des agents publics prenant en compte l'intérêt du service prioritairement à l'égard des droits de l'agent. En raison de la nécessité du service, certaines décisions concernant la situation d'un agent peuvent être prises indépendamment de sa volonté, telles que la suspension de fonction, la mutation d'office ou la mise en disponibilité d'office. Mais, les agents sont intégrés aux divers corps ou cadres d'emploi de la fonction publique pour y faire carrière. Leur carrière évolue par avancement d'échelon et de grade dans leur corps ou par promotion interne. La carrière d'un fonctionnaire se déroule essentiellement au sein du corps qui est lui-même subdivisé en grades. La notion de carrière

est intrinsèquement liée à la durée de l'exercice d'une profession. La gestion traditionnelle du personnel de la fonction publique française repose donc sur cette notion.

Le changement terminologique de « gestion du personnel » en « gestion des ressources humaines » dans les années 1990 n'est pas simplement d'ordre sémantique. Pour Carole Moniolle, « il traduit une évolution et un élargissement des missions »[1003]. Selon le rapport Vallemont, l'intégration de la notion de GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique suppose « une conception élargie dépassant la seule dimension "administration du personnel", et assurant le nécessaire équilibre entre les impératifs statutaires propres à la fonction publique et la volonté de développement des personnes et des compétences »[1004]. En effet, la GRH implique une détermination des besoins réels de l'administration en fonction de ses choix stratégiques et une circulation des examens comparatifs entre les composantes administratives afin d'optimiser le recrutement, la mobilité et la formation des agents publics. Pour Gilles Jeannot, le métier met en avant la dimension « du savoir faire au détriment de celle du collectif d'appartenance ». Il s'agit, selon cet auteur, « de viser le professionnalisme bien plus que la profession »[1005]. Les agents d'un même corps peuvent exercer des métiers différents. En revanche, l'approche GRH met en avant le concept de métier pour la détermination des postes. Un métier peut être exercé par des agents provenant de corps différents[1006]. Cette vision rendra probablement, tôt ou tard, désuète la notion de corps.

2. La mise en cause de la structure des corps

Le système des corps a toujours été présenté, par les réformateurs de la fonction publique française, comme un des facteurs les plus importants de la rigidité du statut général et comme un frein à la mobilité dans la fonction publique[1007]. Ainsi dans le rapport public de 2003, le Conseil d'État, après en avoir dénombré les avantages — source de garanties pour les agents et quiétude pour le gestionnaire public —, souligne surtout les inconvénients que présente l'organisation de la fonction publique en corps : « elle rigidifie et éparpille la gestion des fonctionnaires » ; « elle freine l'approche fonctionnelle de la gestion des personnels » ; elle « oppose un frein à la mobilité » ; elle

1003 Carole Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *op. cit.*, p. 235.

1004 Serge Vallemont, *Gestion des ressources humaines dans l'administration…*, *op. cit.*, p. 2.

1005 Gilles Jeannot, « De la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences GPEEC aux cadres statutaires : la progressive émergence de la notion de métier », *RFAP* 2005, n° 116, p. 595.

1006 Voir Carole Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *op. cit.*, p. 235.

1007 Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 16.

« interdit toute véritable déconcentration de la gestion » pour les corps à faibles effectifs ; enfin « le dispositif des corps contribue à une certaine déformation du dialogue social »[1008]. Ces inconvénients sont en particulier importants dans la fonction publique de l'État, qui souffre d'un nombre trop important de corps[1009]. Avec une perspective plus audacieuse, le *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* déclare que les corps « ne correspondent plus à un critère opérationnel permettant aux employeurs publics de gérer efficacement et équitablement leurs agents »[1010].

Dès lors, du fait de ces inconvénients, un consensus s'est dégagé au sujet de la nécessité d'une réforme. Or, la perspective de la réforme oscille entre une rupture avec « l'approche traditionnelle des corps »[1011] et un procédé, plus discret et « moins révolutionnaire »[1012], reposant toujours sur l'architecture des corps[1013]. Au lieu de fonder une nouvelle structure de la fonction publique par « filière professionnelle ou même filière fonctionnelle »[1014] en « cadres statutaires »[1015], les pouvoirs publics ont opté, comme le constate Fabrice Melleray, « pour une réforme moins spectaculaire et plus respectueuse de la conception française traditionnelle de la fonction publique »[1016]. Il s'agit de réduire le nombre de corps par leur fusion ou regroupement, et de redéfinir l'organisation des corps afin de les rendre moins rigides. Ainsi, après des mesures consistant à fusionner des corps à faibles effectifs au sein d'un ministère[1017], le décret n° 2011-1317 du 17 octobre 2011 « portant statut particulier du corps interministériel des attachés d'administration de l'État » a vocation à intégrer des corps attachés d'administration et des corps analogues de la fonction publique de l'État dans une logique interministérielle. Cela étant, « la création de grands ensembles statutaires ne doit pas conduire », comme l'a précisé le Conseil d'État dans un avis n° 382.741 des 28 et 29 mai 2009, « à créer des corps qui constitueraient des entités artificielles, dénaturant la notion de corps résultant de l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 et susceptibles,

---

1008 Conseil d'État, *Rapport public 2003 : Perspectives pour la fonction publique*, *op. cit.*, p. 272 – 276.

1009 *Ibid.*, p. 344.

1010 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, *op. cit*, p. 104.

1011 Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 16 ; Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, *op. cit*, p. 104 – 106.

1012 Fabrice Melleray, « Un édifice statutaire plus souple ? », *AJDA* 2011, p. 2389.

1013 Serge Vallemont, *Gestion des ressources humaines dans l'administration …*, *op. cit.*, p. 17.

1014 Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 16.

1015 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, *op. cit*, p. 106.

1016 Fabrice Melleray, « Un édifice statutaire plus souple ? », *op. cit.*, p. 2389.

1017 La politique de fusion des corps a été relativement efficace entre 2005 et 2012, où environ 350 corps ont disparu par fusion ou suppression (voir le tableau présenté dans le rapport de Jean-Louis Gagnaire sur le projet de loi de finances pour 2013, Annexe n°29 PLF 2013). Cette politique est relayée par la MAP qui vise à ne conserver que 230 corps actifs jusqu'en 2018.

pour ce motif, d'être entachées d'illégalité »[1018]. Dans le cadre du droit positif, « la création des corps interministériels », comme le conclut Fabrice Melleray, « n'est pas sans limite et […] il n'est ainsi pas possible de créer, sous le nom de corps et par voie réglementaire, les "cadres de fonctionnaires" ou "cadres statutaires" envisagés par certains »[1019]. Toutefois, comme le souligne Carole Moniolle, « la diminution du rôle du corps ou du cadre d'emplois comme distinctif au sein de la fonction publique » contribue à « un mouvement de banalisation de la carrière »[1020].

Par ailleurs, la notion de corps est aussi contestée par le droit de l'Union européenne du travail, lequel repose essentiellement sur la notion d'emploi. En effet, le droit de l'Union européenne (transposé en droit interne par la loi du 26 juillet 2005) interdit de réserver aux nationaux français l'accès à un corps ou cadre d'emplois, si l'emploi en question n'est pas lié à l'exercice de la souveraineté nationale. En d'autres termes, la notion de corps ne peut plus jouer en ce qui concerne l'accès des ressortissants européens à la fonction publique française. La référence est l'équivalence des diplômes qui repose sur une logique de professionnalisation et contribue à l'élaboration d'une fonction publique de métiers.

Or, les corps peuvent et devraient être construits sur la base de métiers précis. Ce n'est que par le temps et le conservatisme inéluctable des corps de métiers que ceux-ci ont tendance à se fermer et se figer dans une carrière dont les règles renvoient à des critères objectifs et automatiques[1021]. Si les pouvoirs publics ont eu la prudence de ne pas rejeter complètement la notion de corps malgré le changement conceptuel dans la gestion du personnel de la fonction publique, ils ont doté les employeurs publics des dispositifs financiers pour mieux adapter la gestion du personnel à la perspective de la GRH.

3. Les impacts des changements des finances publiques sur la gestion du personnel de la fonction publique

Sur le plan financier, la GRH se distingue de « l'approche budgétaire » de la relation de travail dans la fonction publique[1022]. L'approche budgétaire repose sur les structures issues du statut,

1018 Avis du Conseil d'État n° 382.741, 28 et 29 mai 2009, *in Rapport public 2010, études et documents du Conseil d'État*, La Documentation française, 2010, p. 391.

1019 Fabrice Melleray, « Un édifice statutaire plus souple ? », *op. cit.*, p. 2392.

1020 Carole Moniolle, « Le principe de carrière revisité ? Le rôle du corps dans la construction de la carrière », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p.118. Voir également chez le même auteur, « La mutation des corps dans la fonction publique d'État », *AJDA* 2013, p. 328.

1021 Voir Konstantinos Chatzis et Georges Ribeill, *Le corps comme lieu d'articulation des métiers et des carrières, éclairage historique à partir des cas du corps des ponts et chaussées et des travaux publics de l'État*, Rapport final, LATTS., École nationale des ponts et chaussées, février 2007.

1022 Sur ce point, voir Yves Chevalier « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles

telles que le corps, le grade et l'échelon. Les emplois budgétaires sont répartis en corps et grades ; un plafond d'emplois est calculé en fonction des unités de temps plein par ministère. L'évolution financière de l'agent est conditionnée par le corps auquel il appartient et par l'avancement de grade en fonction notamment de son ancienneté. Les règles relatives au rythme d'avancement dans un corps, au traitement indiciaire et au régime des taux des primes constituent une limitation formelle au pouvoir gestionnaire. En revanche, l'agent subit, quant à lui, une double limitation, cette fois substantielle : une limitation de son avancement par l'organisation pyramidale des grades et une limitation du rythme de son avancement conditionné par la durée de chaque échelon. C'est pourquoi des changements liés à l'aspect financier de la relation de travail ont été effectués dans le but de modifier les régimes indemnitaires voire le système général de rémunération. La LOLF du 1er août 2001 fait ainsi disparaître la notion d'emploi budgétaire au profit d'une fongibilité asymétrique des crédits budgétaires. Se manifeste en effet un conflit potentiel entre la conception de la fonction publique de carrière et la logique de la GRH sous la dimension budgétaire[1023]. Avec la LOLF du 1er août 2001, la notion d'emploi dans la fonction publique, qui était étroitement liée aux corps de fonctionnaires, s'est vue révisée au profit des grandes catégories d'emplois lesquelles regroupent plusieurs corps[1024]. Cette restructuration budgétaire de l'organisation des emplois de la fonction publique est relayée par le *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* de 2008 qui propose une simplification de l'organisation statutaire de la fonction publique de l'État et un rapprochement de l'organisation statutaire des trois fonctions publiques. Ainsi, les quelque 700 unités statutaires dont plus de 500 corps et environ 150 statuts d'emplois à l'époque devaient être remplacées par des « cadres statutaires » qui regrouperaient les grandes filières professionnelles[1025]. La GRH implique une gestion individuelle des personnels et l'affranchissement des cloisonnements entre les corps. La promotion de la GRH est inéluctablement accompagnée d'une politique de fusion des corps.

Bien que l'efficacité de la gestion à travers les dispositifs de la LOLF reste discutable[1026], la réforme budgétaire issue de la LOLF, orientant la gestion publique « vers les résultats et la recherche de l'efficacité », conduira tôt ou tard une réforme de la GRH de l'État[1027].

conséquences pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 524 – 527.

1023 Carole Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *op. cit.*, p. 236.

1024 Carole Moniolle, « Les apports essentiels de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances et matière de dépenses de personnel », *AJDA* 2006, p. 2042.

1025 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 106.

1026 Voir les analyses de Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 1340.

1027 Yves Chevalier, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 524.

À ce titre, le développement d'une évaluation individualisée[1028] et l'instauration d'une prime de fonctions et de résultats[1029] constituent de parfaites illustrations. Désormais, la tendance de la nouvelle gestion publique est de lier la rémunération à la performance. Plus concrètement, il s'agit de stimuler les agents par des avantages pécuniaires, méthode utilisée dans le domaine privé.

L'une des critiques adressées à l'ancien système indemnitaire est qu'il ne prend pas suffisamment en compte le mérite, mais se fonde plutôt sur des critères objectifs tels que l'ancienneté. Cette tendance à se fonder sur des critères objectifs est une conséquence de l'élargissement du domaine de la fonction publique et de l'augmentation du nombre d'agents publics, qui réclament l'égalité de traitement. Mais lorsque le raisonnement est passé du corps au métier au sein duquel on distingue les valeurs des réalisations d'une même mission, cette égalité stricte de traitement n'est plus valable. Ainsi, tout en conservant les principes d'une fonction publique de carrière, la LOLF du 1er août 2001 a fait réintroduire dans l'évaluation des agents les éléments liés à la compétence et prendre davantage en compte la reconnaissance de la valeur professionnelle pour déterminer la grille de rémunération et l'avancement de grade[1030]. La gestion du dispositif de rémunération, comme l'écrit Yves Chevalier, « doit permettre de reconnaître de manière équitable le mérite des personnels et leur contribution aux résultats »[1031]. Si le caractère « équitable » est apprécié au cas par cas et en fonction des circonstances, l'accent est surtout mis sur le « mérite » et les « résultats » qui peuvent être établis à travers des critères matériels et objectifs. Il convient en effet de définir au préalable les objectifs à atteindre avec des indicateurs de résultats puis d'ajuster la rémunération des agents à la performance de leur travail au regard de ces indicateurs. Tel est le cas du programme de « la rémunération au mérite des directeurs d'administration centrale »[1032]. En fin de compte, la restructuration budgétaire de l'organisation des

1028 Décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 « relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État » ; loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique » ; loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 « relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État » ; décret n° 2010-716 du 29 juin 2010 « portant application de l'article 76-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ».

1029 Décret n° 2008-1533 du 22 décembre 2008 « relatif à la prime de fonctions et de résultats » ; loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 « relative à la rénovation du dialogue social » ; décret n° 2012-749 du 9 mai 2012 « relatif à la prime de fonctions et de résultats des corps ou emplois fonctionnels des personnels de direction et des directeurs des soins de la fonction publique hospitalière ».

1030 Voir Jean-Luc Albert, « La LOLF et les conséquences sur la politique de rémunération », *JCP A* 2009, n° 4, 2014, p. 46.

1031 Yves Chevalier, « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 528.

1032 Voir le rapport de Jean-Ludovic Silicani, *La rémunération au mérite des directeurs d'administration centrale : mobiliser les directeurs pour conduire le changement : rapport au Premier ministre*, La Documentation française,

emplois de la fonction publique illustre bien, comme le conclut Antony Taillefait, « la tentative de passer d'un mode de régulation hiérarchique à un mode de régulation privilégiant les résultats »[1033].

Bien que les emprunts aux méthodes privées dans la fonction publique soient discutés par la doctrine[1034], l'utilisation de ces méthodes privées est conforme au développement de la GRH tel que soutenu par la doctrine chinoise.

B. En Chine, la volonté de rompre avec l'ancien système de gestion des cadres

La gestion du personnel de la fonction publique chinoise repose essentiellement sur l'ancien système de gestion administrative des cadres. Dans ce système des cadres, comme celui qui était pratiqué en France avant le statut de 1946, les corps n'existaient pas et la séparation du grade et de l'emploi, n'étant que formelle, avait peu de sens dans la pratique. Ce même système des cadres, disparu depuis l959 en France, s'est implanté en Chine durant la première moitié de la République Populaire et continue à exercer une influence dominante dans la construction d'une fonction publique nouvelle depuis les années 1990. Curieusement, le développement du système des cadres en Chine a aussi abouti à une fonction publique de carrière. La rigidité des corps est remplacée par le cloisonnement entre les établissements administratifs et USP ; l'égalitarisme et le corporatisme se développent sans que les syndicats n'y jouent un rôle quelconque ; vis-à-vis du monde privé du travail dont le principe est fondé sur la loi du marché, la fonction publique est dès lors accusée d'immobilisme et d'inefficacité. Par rapport à la situation française, la gestion du personnel de la fonction publique chinoise n'a pas les mêmes diagnostics, et comporte pourtant de pareilles défaillances. Pour les partisans de la théorie de la nouvelle gestion publique, la GRH en serait le remède.

Ainsi, en comparant la GRH et l'ancien mode de gestion du personnel public, trois points de différence entre ces deux systèmes sont relevés par la plupart des défenseurs du développement de la GRH dans la fonction publique[1035].

2004.

1033 Antony Taillefait, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 134.

1034 Didier Jean-Pierre, « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande illusion ou un nouvel espoir ? », *JCP A* 2004, n° 47, 1738, p. 1467 ; Suzanne Maury, « Emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? », *Dr. soc*. 2009, p. 468.

1035 Voir notamment TANG Daiwang, « La nécessité de développer la gestion des ressources humaines au sein de la gestion du personnel public », *op. cit*., p. 9 – 10 ; NI Xing et JIE Jianwang, « De l'évolution de la gestion du personnel public — du mode traditionnel de la gestion du personnel au mode moderne de la gestion des ressources humaines », *op. cit*., p. 38 – 39 ; DUAN Yibo, « L'influence du mode de la gestion des ressources humaines sur la

En premier lieu, une différence oppose les deux systèmes au niveau conceptuel. L'ancien système de gestion des cadres s'organise essentiellement autour des tâches administratives, en considérant l'emploi du personnel comme un coût ; ce qui conduit à l'instrumentalisation des personnes travaillant pour le compte de l'administration et à une certaine systématisation immobiliste de leur gestion. La GRH met, en revanche, les personnes au cœur de la gestion, en les considérant comme faisant partie des ressources exploitables. Ainsi, le développement personnel des agents contribue au bon fonctionnement de la gestion des établissements administratifs.

En outre, la GRH suppose une dimension plus large. La gestion des cadres est une gestion administrative relative au recrutement, au traitement, à l'évaluation et à la discipline des agents. La GRH étend la gestion au niveau stratégique en intégrant l'organisation du personnel dans la perspective du développement de l'organisme. Cette approche inclut la gestion administrative du personnel — qui constitue la partie juridique et normative de l'organisation du personnel — tout en allant au-delà. La direction de la GRH assure non seulement une gestion hiérarchique, mais aussi une fonction de décision quant à la politique générale de développement de l'organisme.

Enfin, les deux systèmes utilisent des modalités de gestion différentes. Malgré les mesures de la mobilité envisagées dans le cadre du droit de la fonction publique[1036], la gestion des cadres tend à une stabilité de l'organisation. Les agents, excepté ceux qui atteignent un grade relativement élevé, restent souvent sur les mêmes emplois tout au long de leur carrière, alors que la GRH suppose une mobilité plus grande des agents entre les différents emplois des établissements administratifs, des USP et des entreprises publiques voire des entreprises privées. Le mode classique de gestion du personnel est marqué par un systématisme quant à son fonctionnement, les agents étant traités de manière égalitaire en fonction de leur grade et échelon[1037], tandis que la GRH

---

gestion du personnel public en Chine », *op. cit.*, p. 34 – 35 ; LU Ning et SHEN Weijuan, « Réflexions à travers la comparaison entre le mode moderne la gestion des ressources humaines et le mode traditionnel de la gestion du personnel », *op. cit.*, p. 296 – 297 ; LIU Xin, « De la transformation du rôle de la gestion du personnel public en Chine », *op. cit.*, n° 2, p. 26.

1036 Dans le chapitre XI de la loi du 27 avril 2005, trois mesures de mobilité sont prévues à l'instar de la mutation, de la position hors cadre et de la mise à disposition selon le droit de la fonction publique française. Ces trois mesures chinoises sont Zhuan-ren [*转任*], Diao-ren [*调任*] et Gua-zhi-duan-lian [*挂职锻炼*]. Désormais, nous utilisons les termes français pour faciliter la lecture.

1037 Il convient cependant de préciser qu'en Chine, hormis les parties composantes du traitement mensuel d'un agent public soumis à la grille indiciaire nationale, chaque entité territoriale peut fixer, en fonction de son budget, une prime locale qui s'ajoute au traitement mensuel de ses agents. Cette prime varie considérablement entre les entités territoriales dont les niveaux de développement économique sont parfois très différents. Ainsi, pour un même grade du même échelon, la prime locale de Shanghai peut être dix fois plus élevée que celle d'une entité territoriale de la province du Jiangxi (province d'économie principalement agricole). L'autorité centrale laisse une totale liberté aux autorités locales quant à la détermination de cette prime.

met en avant la performance et le développement des capacités des agents ce qui nécessite davantage de mesures de stimulation et de récompenses du mérite.

Critiques adressées à la gestion des cadres, éloge de la GRH, le ton des commentateurs est sans nuance. Pour eux, le remplacement de la gestion des cadres par la GRH est non seulement souhaitable , mais aussi inévitable. Encouragé par la restructuration ministérielle de 2008[1038] — laquelle paraît aux yeux des adeptes de la nouvelle gestion publique comme le signe du déclenchement d'une réforme générale impulsée par l'autorité centrale —, ce courant de doctrine envisage quatre volets pour la transformation de la gestion administrative du personnel en GRH : catégorisation des emplois (distinction entre les emplois de gestion administrative générale et ceux qui nécessitent des connaissances ou techniques spéciales), évaluation individuelle et réelle s'appuyant sur la performance professionnelle, rémunération davantage différenciée en lien avec les résultats, et développement personnel des agents à travers la formation (dans le but d'exploiter au maximum le personnel existant afin d'éviter des recrutements nouveaux)[1039].

En France, le « *big bang* »[1040] qui, après la mise en œuvre de réformes depuis la fin des années 1980[1041], aurait pu avoir lieu à la suite notamment des suggestions du *Livre blanc* de 2008, n'a pas eu lieu. Les ajustements faits par les ministres successifs n'ont pas dévié du cadre statutaire, une réforme substantielle de long terme semble difficile à engager. Mais en Chine, où la stabilité du gouvernement est largement acquise, il serait plus plausible qu'une politique de grande ampleur soit menée à son terme.

*

Dorénavant, la GRH n'est plus réservée au monde privé ; elle s'intègre pleinement à l'organisation du personnel des employeurs publics et a vocation à remédier à certains défauts inhérents à la gestion du personnel d'une fonction publique de carrière. Cela suppose inéluctablement une confrontation conceptuelle mais aussi pragmatique entre les deux systèmes. Le triomphe de la GRH dans cette confrontation a eu pour effet de provoquer certaines modifications des relations professionnelles entre l'agent et l'employeur public.

1038 Il s'agit de la fusion du ministère du personnel et du ministère de la sécurité sociale au profit de la création du ministère des ressources humaines et de la sécurité sociale.

1039 YIN Suqin, « De la gestion du personnel à la gestion des ressources humaines : grand saut dans la construction du système de la fonction publique », *op. cit.*, p. 58

1040 Bernard Pêcheur, « La fonction publique : entre le "*big bang*" et le *statu quo* ? », *Pouvoirs*, 2006, n° 117, p. 93.

1041 Voir Conseil d'État, Rapport public de 2003, *Perspective pour la fonction publique …*, *op. cit.* ; Fabrice Melleray, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *op. cit.*, p. 185.

Section 2. Les modifications des relations professionnelles entre agent et employeur public dues à l'intégration de la GRH dans la fonction publique

L'intégration de la GRH dans la fonction publique promeut une démarche de métier dans la gestion du personnel de la fonction publique. Une fonction publique de métiers est censée être, comme le préconise le *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* de 2008, au croisement d'une « qualification professionnelle » liée au grade d'une part, et aux compétences que requirt l'emploi qu'occupe l'agent d'autre part. En cherchant de manière permanente l'équilibre entre le grade et l'emploi, elle constitue « un optimum entre la sécurité et la souplesse »[1042]. Or dans ce sens, la nouvelle approche de la fonction publique n'apporte rien de nouveau : ces deux éléments sont déjà présents dans l'esprit du statut général de la fonction publique. Cependant, dans la pratique, il s'avère que la protection des intérêts des agents est sur-valorisée au détriment de la souplesse censée contribuer à la fois au bon fonctionnement du service et au développement personnel des agents. Le même déséquilibre se produit, comme nous l'avons montré, dans le système chinois de la gestion du personnel de la fonction publique, traditionnellement marqué par la gestion des cadres.

Le fonctionnaire est protégé par le collectif, mais aussi absorbé par lui. Le corporatisme freine la mobilité au sein des services, nuit à l'efficacité de l'administration et empêche le développement personnel de l'agent. Le système de carrière n'en porte certes pas l'unique responsabilité, mais il est considéré comme susceptible d'offrir un abri aux mauvaises pratiques. Les fonctionnaires ne devront être, vis-à-vis des salariés, ni des « privilégiés » au niveau de la sécurité de l'emploi, ni des « désarmés » en ce qui concerne les droits subjectifs. L'heure est venue de réviser le droit de la fonction publique, en ce qui concerne la gestion du personnel public, par des mesures issues du secteur privé. Ainsi en France, on parle de « banalisation »[1043], de « normalisation »[1044], de « privatisation », de « travaillisation » ou encore de « subjectivisation »[1045] du droit de la fonction publique.

1042 Jean-Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique …*, *op. cit.*, p. 103.

1043 Marcel Pochard, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 1906 ; Jacques Bourdon, « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP* 2005, p. 284.

1044 Marcel Pochard, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *op. cit.*.

1045 Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *RFDA* 2010, p. 1170.

Dans ce courant de réformes, de nouveaux outils de gestion du personnel sont introduits avec le développement de la GRH, dans les domaines de l'évaluation, de la formation et de la mobilité. En Chine, bien que les réformes dans ces trois domaines soient en germe, les résultats n'ont pas assez d'ampleur pour être comparables avec la situation française. Toutefois, suivant la logique de la GRH, ce sont des domaines au sein desquels s'engageront inéluctablement des réformes vigoureuses.

Deux aspects sont en particulier pris en considération au travers de ce courant de réformes : le renforcement du caractère méritoire de la fonction publique (I) et l'individualisation de la gestion des agents (II).

I. Le renforcement du caractère méritoire de la fonction publique

La France et la Chine, comme la plupart des pays qui disposent d'une fonction publique, ont opté pour une fonction publique de mérite : les candidats doivent satisfaire à certaines exigences de capacités, intellectuelles et physiques, pour être agents publics et seront évalués tout au long de leur carrière au regard de ces exigences. Mais dans le même temps, le caractère méritoire de la fonction publique est tempéré par des tendances égalitaristes lesquelles se réclament d'un principe juridique en France. Le principe de l'égalité de traitement entre les fonctionnaires (A) peut aller parfois à l'encontre du développement du caractère méritoire dans une logique de résultats (B)

A. La confrontation entre mérite et égalité dans la fonction publique

En France, le principe de l'égalité dans la fonction publique relève à la fois de normes de valeur constitutionnelle et de règles du statut général. Il se décline en deux dimensions : l'égal accès à la fonction publique (1) et l'égalité de traitement des agents d'un même corps (2).

1. La conciliation entre égalité et mérite par le concours

L'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est ainsi rédigé :

> « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

Cette disposition tend à concilier le principe de l'égalité et le caractère méritoire de la fonction publique. Tous les citoyens peuvent être candidats à la fonction publique, mais ils sont sélectionnés en fonction de « leurs vertus et de leurs talents ». Le concours est ainsi choisi pour réaliser cette conciliation entre l'égalité des chances et le mérite. Intrinsèquement lié au système de carrière, le concours est aujourd'hui considéré comme « le mode de recrutement le plus démocratique et le moins perméable à la discrimination »[1046]. Mais, il s'agit d'un compromis, car l'on sait fort bien que le moyen le plus démocratique et qui résiste le mieux à la discrimination est le tirage au sort. Nous avons eu l'occasion de souligner le caractère méritoire du concours, comme par ailleurs la fonction originaire de l'élection dans un régime politique représentatif. Si le concours permet l'alliance de l'égalité et du mérite, c'est bien au nom de celui-ci que cette alliance est scellée. Examinant la nature du concours dans son pays d'origine, la Chine, nous saurions très bien reconnaître le caractère méritoire voire élitiste de ce procédé.

Instauré par l'Empereur Yangdi de la dynastie Sui (581 – 618) en 605, le concours impérial (autrement nommé « examen impérial »)[1047] était conçu comme un outil de sélection, parmi les lettrés de l'empire, des élites au service du souverain impérial. Il s'agissait aussi d'une arme efficace dont l'empereur se dotait pour renforcer l'autorité centrale par le biais d'une sélection des haut fonctionnaires, étendue à l'ensemble de son empire et pour contrebalancer les grandes familles oligarchiques dont les membres monopolisaient les hautes fonctions et dignités impériales. La reprise et l'amplification du concours impérial par les souverains de la dynastie Tang (618 – 907) ont eu pour effet de le généraliser. Mais il n'était pas encore le seul moyen de sélection des serviteurs du fils de Ciel. Quelques failles procédurales du système apparaissaient, telles que l'irrégularité de l'organisation du concours, l'absence d'anonymat et la relation parfois douteuse entre les candidats et les membres du jury. L'âge mur du système du concours impérial date de la dynastie Song (960 – 1279) sous laquelle le concours était régulièrement organisé et considéré comme la voie principale pour accéder à l'administration impériale. D'ailleurs, toutes les formalités d'un concours moderne étaient présentes. Ce système fut relayé et perfectionné par les dynasties Ming (1368 – 1644) et Qing (1644 – 1911) pendant plus de cinq siècles. La dynastie Ming était le fruit d'une jacquerie généralisée et triomphale, renversant une dynastie (des Mongols-tatars) d'origine étrangère et les souverains de la dynastie Qing étaient eux-mêmes d'origine outre Grande Muraille. Les anciennes familles oligarchiques, successivement rabaissées par les Sui, les Tang et les Song et ruinées par les guerres d'envahissement des « Barbares », avaient disparu de la scène politique. Une

1046 Annie Fitte-Duval, « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* 2006, p. 9.

1047 " *科举* " (Ke-jü).

nouvelle corporation élitiste, composée des lettrés lauréats du concours impérial, s'imposait dorénavant en tant que gouvernement de la société entière.

Le concours était en principe ouvert à tout sujet de l'empire, excepté, pendant une certaine période sous les dynasties Ming et Qing, aux négociants et commerçants[1048]. Cependant, malgré l'accès libre, peu de paysans ou d'artisans songeaient à participer au concours, encore moins à y réussir. En effet, le concours impérial, organisé sous forme d'épreuves écrites et orales qui se rapportaient aux domaines littéraire, politique et philosophique, exigeait des connaissances abondantes et une capacité intellectuelle exceptionnelle. Non seulement il requérait des exercices réguliers mais aussi une importante culture générale. Cette culture ne pouvait être acquise qu'à travers l'adhésion, volontaire ou par naissance, à une communauté de lettrés. Une distinction entre les lettrés, ayant vocation à gouverner, et le reste de la population, censé être guidé par le gouvernement des lettrés, s'est ainsi établie. Mais l'appartenance à la communauté des lettrés ne suffisait pas à intégrer le gouvernement : c'est là que le sens méritoire du concours prenait tout son sens au sein d'une communauté de lettrés. Les personnes originaires d'une famille mandarinale étaient, sans nul doute, extrêmement favorisées par rapport aux paysans[1049]. Toutefois, contrairement au principe héréditaire de l'ancienne noblesse européenne et à la vénalité des charges sous l'Ancien Régime en France, les lettrés ne pouvaient accéder aux fonctions impériales qu'après leur réussite au concours. Ils ont *a priori* la même chance de participer au même concours, mais seuls les plus méritants y réussissent.

Ainsi, l'esprit du concours, instrument de discrimination au sens étymologique, s'attache bien au mérite : le but premier est de sélectionner les plus méritants à travers les épreuves, et non pas de garantir l'égalité d'accès aux emplois publics.

2. L'égalité de traitement dans la fonction publique

En Chine, l'égalité de traitement entre les membres de la fonction publique est un fait, bien qu'elle ne s'appuie sur aucun principe juridique exprès. Cette égalité se manifeste à travers l'égalité des salaires entre les agents du même échelon d'un même grade d'un établissement et l'application égalitaire des mesures de gratification, ou des sanctions qui sont équivalentes pour un même motif.

1048 L'idée se fondait sur l'incompatibilité entre l'honneur et l'intégrité d'un haut fonctionnaire impérial et l'exercice d'un métier où prévaut le profit. Toutefois, à la fin de ces dynasties, à cause des difficultés financières importantes, la règle s'était assouplie. Dans les moments critiques et de décadence, certaines dignités impériales étaient en proie aux négociations pécuniaires.

1049 C'est là où, hélas, se manifeste une des lacunes inéluctables du système mandarinal de la Chine antique. La flexibilité sociale, permise par l'accès libre au concours, est retendue par l'immobilisme de la communauté des lettrés.

C'est encore le cas concernant les changements de position dans la carrière d'un agent. Depuis les réformes de modernisation de l'État, le comportement égalitaire de l'administration dans la gestion de ses agents est souvent accusé d'être la source de l'inefficacité et du pantouflage. Or, ces critiques, relevant exclusivement du domaine de la gestion, ne se sont jamais accompagnées de constats juridiques. Les juristes ne se sont, quant à eux, pas vraiment intéressés à la matière, comme si on avait cru que le problème ne dépendait que de la façon dont les individus agissent. Une scission existe ainsi entre le droit de la fonction publique — domaines du législateur et du juge — et la gestion de la fonction publique — affaire de l'administration —, lesquels visent pourtant le même objet.

Par rapport à la situation chinoise, le principe de l'égalité de traitement s'est affirmée en France grâce à la jurisprudence d'une juridiction administrative indépendante. C'est ainsi qu'ont été reconnues l'égalité en matière de traitement (à distinguer du mot « traitement » entendu dans le sens général, précédemment utilisé)[1050], d'avancement[1051] et de limite d'âge[1052].

Toutefois, la jurisprudence constitutionnelle a émis quelque réserve au sujet de ce principe en précisant les conditions de son application. Par une décision du 15 juillet 1976, le Conseil constitutionnel rappelle que « le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre les agents appartenant à un même corps »[1053]. À cette condition, le Conseil d'État ajoute que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire traite de manière différente des agents appartenant à un même corps si cette différence de traitement est justifiée par les conditions d'exercice des fonctions, par les nécessités ou l'intérêt général du service et si elle n'est pas manifestement disproportionnée au regard des objectifs susceptibles de la justifier »[1054]. En 2011, le Conseil d'État reconnaît la même possibilité de déroger au principe de l'égalité de traitement en faisant une synthèse avec la condition d'appartenance au même corps[1055]. Cette position a reçu l'adhésion du juge constitutionnel qui, à l'occasion d'une contestation de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », a très classiquement rappelé que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon

1050 CE., 4 juillet 1951, *Rochefort*, *Rec*. p. 390.

1051 CE., 13 mai 1960, *Molina* et *Guidoux*, req. n° 44334 et 44335.

1052 CE., 30 juin 1961, *Fallourd*, *Rec*. p. 458.

1053 C. const., décision n° 76-67 DC, 15 juillet 1976.

1054 CE., 26 juin 2009, *Raffi* et *Quarello*, req. n° 307369 et 307370 ; *JCP A* 2009, 842.

1055 CE., 27 mai 2011, *Thierry A*, req. n° 347480.

différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » et que, dès lors que « les fonctionnaires sont dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé », « le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre les agents appartenant à un même corps »[1056].

En résumé, le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les fonctionnaires d'un même corps — le nombre de corps étant élevé malgré les mesures de fusion et de suppression — et au sein d'un même corps, les pouvoirs publics peuvent toujours y déroger pour différents motifs d'intérêt général.

Ce principe d'égalité ainsi encadré juridiquement n'a pas échappé aux critiques fondées tant sur le constat des comportements individuels et collectifs des fonctionnaires que sur les méthodes de gestion qu'utilise l'administration. Le caractère méritoire de la fonction publique s'éclipse sous l'ombre de l'égalité. Face à ce constat, les pouvoirs publics semblent tendre vers une logique de résultats quant à la gestion du personnel de la fonction publique.

B. Le développement d'une logique de résultats dans la fonction publique

Au soutien de la politique de modernisation de la fonction publique qui s'engage en France comme en Chine, une tendance réformatrice consiste à appliquer les principes de gestion du secteur privé à la gestion des agents publics. Cette tendance suppose une logique de résultats renforçant le caractère méritoire de la fonction publique. En France, la logique des résultats se concrétise par la mise en place progressive d'une rémunération au mérite (1), alors que les réformateurs chinois tendent plutôt à développer les mesures de sanction dans la carrière d'un fonctionnaire (2).

1. La mise en place d'une rémunération au mérite dans la fonction publique française

La rémunération au mérite n'est, à vrai dire, pas une idée née du développement de la nouvelle gestion publique en France. Sitôt après la Seconde Guerre mondiale, de hauts fonctionnaires issus de l'École nationale d'administration s'étaient déjà penchés sur la réforme des méthodes anciennes de l'administration publique[1057], et curieusement, ce sont ces « acteurs de la

1056 C. const., 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires-CGT*, n° 2011-134-QPC.

1057 Voir Jean-François Kesler, *L'ENA, la Société, l'État*, Berger-Levrault, 1985.

sphère publique » qui ont porté le management dans le secteur privé[1058]. Sur le plan juridique, la notation chiffrée, prévue par le statut général de 1946[1059], permettant des réductions d'ancienneté dans l'avancement de grade, préconisait bien une récompense aux méritants. Dans le même sens, le décret n° 59-308 du 14 février 1959 « relatif aux conditions générales de notation et d'avancement des fonctionnaires » (abrogé le 1er janvier 2005) attribuait « des réductions ou des majorations par rapport à l'ancienneté moyenne exigées par le statut du corps pour accéder d'un échelon à l'échelon supérieur » sur la base de la notation chiffrée exprimant la valeur professionnelle d'un fonctionnaire[1060]. Néanmoins, à cause des mauvaises pratiques des administrations[1061], lesquelles restaient tributaires d'une vision égalitariste au profit d' « une inflation des notes vers le haut »[1062], la vraie valeur professionnelle d'un fonctionnaire ne pouvait être véritablement prise en compte.

Face à cette difficulté, la rémunération au mérite est réintroduite dans la fonction publique, cette fois empruntée au monde salarial[1063], sous forme de primes à la performance[1064]. Dans le secteur privé, les primes à la performance ont une place importante, bien que leur utilisation relève d'une grande complexité[1065] : il est évident que les employeurs privés ne sauraient se fonder uniquement sur des indicateurs chiffrés, ni perdre de vue l'équité de l'ensemble du personnel. Cependant, l'application de la rémunération à la performance ou au mérite[1066] dans la fonction publique est inévitablement accompagnée d'une certaine automaticité concernant les critères d'attribution. En effet, selon un logique de résultats, l'attribution des primes au mérite dépendrait d'une évaluation fondée sur les résultats des services qu'auraient accomplis les agents. Les primes issues d'une telle évaluation se distinguent des primes traditionnelles qui consistent souvent en un versement forfaitaire prenant en compte « le supplément de travail fourni », « l'importance des

---

1058 Marie-Laure Djelic, « L'arrivée du management en France : un retour historique sur les liens entre management et État », *Politiques et management public*, 2004, vol. 22, n° 2, p. 1.

1059 Article 38 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 « relative au statut général des fonctionnaires ».

1060 Articles 1er, 2, 3 et 11 dudit décret.

1061 Voir, Antony Taillefait, « Réforme de la réglementation sur la notation des fonctionnaires de l'État. Nouvelle évaluation et traditionnelle notation des fonctionnaires », *JCP A* 2003, n° 48, 2055, p. 1571.

1062 Dominique Volut, « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJFP* 2013, p. 308 – 309.

1063 Voir Sophie Nadal, « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de Mathieu Touzeil-Divina, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 87.

1064 Voir Antony Taillefait, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 119.

1065 L'attribution des primes ne tient pas compte seulement des résultats.

1066 Le choix entre ces expressions n'est pas indifférent et peut constituer des enjeux au niveau politique.

sujétions auxquelles le bénéficiaire est appelé à faire face »[1067], « la nature des fonctions exercées » ou encore « la manière de servir »[1068]. Elles se distinguent par ailleurs de la nouvelle bonification indiciaire, instaurée par la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 « portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales », laquelle présente aussi une dimension méritoire, bien qu'il ne s'agisse pas d'une question de résultats[1069].

Une des perspectives de la LOLF du 1er août 2001 consiste à faire passer l'État d'une logique de moyens à une logique de résultats. L'instauration d'une rémunération complémentaire au mérite dans les administrations centrales pour leurs directeurs vise, selon le rapport Silicani de 2004, à remédier à un système de rémunération inadapté à cause d' « un niveau global de rémunération insuffisant », d' « une absence de prise en compte des responsabilités effectives », d' « une absence de prise en compte des profils individuels » et d' « une absence totale de rémunération variable »[1070]. Tel est l'objet du décret n° 2004-1082 du 13 octobre 2004 « relatif à l'indemnité de fonctions et de résultats en faveur de certains personnels des administrations centrales ». Ensuite, le décret n° 2006-1019 du 11 août 2006 « portant attribution d'une indemnité de performance en faveur des directeurs d'administrations centrales » institue « une indemnité de performance destinée à prendre en compte les résultats obtenus par les personnes qui exercent les fonctions de directeur d'administration centrale ou des fonctions équivalentes »[1071]. Cette disposition prévoit dans son article 2 que le ministre fixe à « chacun des directeurs de l'administration centrale de son département » des objectifs « qui sont pour partie exprimés sous une forme quantifiée », « classés par ordre de priorité et accompagnés des indicateurs permettant de mesurer leur réalisation ».

1067 Décrets n° 2002-62 « relatif à l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires des administrations centrales » et n° 2002-63 « relatif à l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires des services déconcentrés »,14 janvier 2002.

1068 Décret n° 2004-1082 « relatif à l'indemnité de fonctions et de résultats en faveur de certains personnels des administrations centrales », 13 octobre 2004.

1069 La nouvelle bonification indiciaire attribue une majoration de rémunération aux fonctionnaires exerçant des fonctions comportant une responsabilité ou une technicité particulière. Voir aussi les décrets n°93-863 du 18 juin 1993 « relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale » et n°2006-779 du 3 juillet 2006 « portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique territoriale ». Concernant la doctrine, voir Emmanuel Glaser, « Nouvelle bonification indiciaire », *RLCT* 2008, n° 38, p. 35 ; Emmanuel Aubin, « Le surclassement artificiel de l'agent face à la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale », *AJDA* 2008, p. 1959 ; Édouard Geffray, « L'attribution de la nouvelle bonification indiciaire face au principe d'égalité », *AJDA* 2010, p. 1659 ; Maud Vialettes, « La notification à un agent de l'abaissement du taux de NBI applicable à son emploi n'est pas une décision individuelle », *AJFP* 2013, n° 4, p. 217.

1070 Jean-Ludovic Silicani, *La rémunération au mérite des directeurs d'administration centrale : mobiliser les directeurs pour conduire le changement : rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2004, p. 10 – 15.

1071 Article 1er dudit décret.

Or, l'exemple des directeurs d'administration centrale ne représente qu'une partie très limitée de la fonction publique dont l'immense majorité des agents ne sont pas prêts à adhérer à la culture de la performance, d'autant que souvent, les résultats de leur travail ne sont pas faciles à quantifier. Peut-on se fonder sur le nombre d'affaires traitées ou d'enquêtes réussies pour apprécier la performance d'un agent de police ? De même, quel serait le critère d'appréciation de la performance du travail des enseignants si ce n'est le taux de réussite de leurs élèves ? Même lorsque l'on combine les dimensions quantitative et qualitative, il est parfois difficile d'établir des critères suffisamment transparents et opérationnels pour apprécier la performance d'un fonctionnaire dans son service. Ainsi, de fortes polémiques ont eu lieu lors de l'instauration des primes au mérite pour les magistrats judiciaires[1072] aussi bien que pour les agents de la police nationale[1073]. Une étude de l'OCDE en 2005 montre que non seulement les critères d'évaluation de la performance « ne sont pas à l'abri des difficultés »[1074], mais aussi que l'effet de la rémunération liée à la performance sur la motivation des agents est « relativement faible »[1075]. Compte tenu de ces difficultés, le décret n° 2008-1533 du 22 décembre 2008 « relatif à la prime de fonctions et de résultats », après avoir lié une part de cette prime à l'évaluation individuelle[1076], rattache ses taux de référence aux grades des différents corps[1077].

Dans le domaine privé, où la productivité et la rentabilité constituent le but ultime, la rémunération liée à la performance peut reposer sur des critères économiques ; mais dans l'administration publique dont la vocation est de servir l'intérêt général, il serait inapproprié

1072 Décret n° 2003-1284 « relatif au régime indemnitaire de certains magistrats de l'ordre judiciaire », 26 décembre 2003.

1073 Décret n° 2004-731 « portant création d'une prime de résultats exceptionnels dans la police nationale », 21 juillet 2004.

1074 OCDE., *La rémunération liée aux performances dans l'administration*, OCDE, 2005, p. 55.

1075 *Ibid*., p. 78 – 79.

1076 Article 2 dudit décret :

> « La prime de fonctions et de résultats comprend deux parts :
>
> « — une part tenant compte des responsabilités, du niveau d'expertise et des sujétions spéciales liées aux fonctions exercées ;
>
> « — une part tenant compte des résultats de la procédure d'évaluation individuelle prévue par la réglementation en vigueur et de la manière de servir. »

1077 Article 4 dudit décret :

> « Un arrêté du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget ainsi que, le cas échéant, du ministre intéressé fixe pour chaque grade ou emploi, dans la limite d'un plafond ;
>
> « — les montants annuels de référence de la part pouvant être attribuée au titre de la fonction ;
>
> « — les montants annuels de référence de la part liée aux résultats de la procédure d'évaluation individuelle et à la manière de servir. »

d'évaluer le service d'un agent par de simples indicateurs chiffrés. Au risque de « valoriser ce qui est mesurable et qualifiable au détriment de ce qui ne l'est pas », comme le montre Antony Taillefait, « évaluer à partir d'indicateur n'est pas neutre au regard des missions dévolues à la fonction publique »[1078]. D'ailleurs, « croire que réformer la culture administrative des agents publics dépend de quelques euros supplémentaires à la fin du mois relève », selon Didier Jean-Pierre, « de la douce utopie ou de mesures démagogiques »[1079]. En fin de compte, sans distinguer le public et le privé, « dans une collectivité humaine », écrit Suzanne Maury, « les mécanismes automatiques sont destructeurs et infantilisants. Les personnels sont demandeurs d'équité, pas de mathématiques »[1080].

Par ailleurs, comme le souligne ce même auteur, les mesures de sanction positive et négative dans la carrière d'un fonctionnaire sont loin d'être suffisamment exploitées[1081]. Ainsi, la sanction consistant à freiner les avancements d'échelon et la promotion en tant que récompense du travail sont rarement utilisées, de même que le nombre de licenciements pour insuffisance professionnelle est dérisoire. Or, ce sont précisément ces mesures de sanction qui représentent les préoccupations principales des réformes chinoise en la matière.

2. Le développement des mesures de sanction liées aux résultats dans la fonction publique chinoise

L'évaluation des fonctionnaires a été très tôt mise en place en Chine, dès son unification par l'Empire Qin c'est-à-dire l'apparition d'un État centralisé. Depuis, l'évaluation des capacités des serviteurs de l'empereur n'a jamais cessé de se développer durant toutes les dynasties chinoises. Le mécanisme d'évaluation atteint un niveau de maturité à partir de la dynastie Song (960 – 1279), où concomitamment le système du concours mandarinal est devenu le mode exclusif pour sélectionner les fonctionnaires impériaux. Deux conseils sont institués par l'autorité impériale pour évaluer et contrôler respectivement les fonctionnaires centraux et locaux. L'évaluation a lieu chaque année. Tous les trois ans[1082], un bilan général est établi pour chaque fonctionnaire en vue de sanctions positives ou négatives[1083]. Les sanctions sont prononcées en référence au bilan d'évaluation, qui

1078 Antony Taillefait, « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 112.

1079 Didier Jean-Pierre, « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande illusion ou un nouvel espoir ? », *op. cit.*, p. 1470.

1080 Suzanne Maury, « Sur la rémunération au mérite : emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? », *op. cit.*, p 476. *S. H.* Didier Jean-Pierre, « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande ilusion ou un nouvel espoir ? », *op. cit.*, p. 1471.

1081 *Idem*.

1082 Trois ans pour les fonctionnaires impériaux civils, cinq ans pour les officiers militaires.

1083 Tuotuo et Alutu, *Histoire des Song, Zhi cent-seize, Dignités et fonctions, III*, 1343, rééd. par *Zhonghua Book*

comporte des mentions variant entre trois niveaux. Un fonctionnaire évalué au premier niveau sera exempt de certaines épreuves et contrôles d'évaluation dans les trois années suivantes et susceptible de bénéficier d'une promotion de grade ; le fait d'être évalué au deuxième niveau ne produit aucun effet sur sa carrière ; enfin, au troisième niveau, il subira, dans les trois années suivantes, une intensification d'épreuves et de contrôles et un prolongement de la durée d'évaluation chaque année, et de surcroît, il risque une sanction de rétrogradation[1084]. Ce système d'évaluation des fonctionnaires a été repris et développé par les dynasties Ming (1368 – 1644) et Qing (1644 – 1911)[1085] et continue à exercer son influence sous les deux républiques[1086].

Sous la République Populaire, l'avis du 21 novembre 1979 du Comité de l'organisation du PCC « sur l'application du système d'évaluation des cadres »[1087] a été le premier texte central instaurant un régime d'évaluation des agents publics. Ce texte fixe les grandes lignes de l'évaluation telles que les critères, les modalités et, le cas échéant, les mesures de sanction. L'évaluation des cadres était basée sur quatre critères : morale, capacité, attitude et résultats[1088]. Plus précisément, l'évaluation de la morale d'un agent consiste à vérifier la conformité de son idéologie politique à celle du PCC[1089] d'une part, et son dévouement personnel à l'intérêt public d'autre part ; la vérification de la capacité s'intéresse tant au niveau professionnel qu'au niveau intellectuel ; l'attitude d'un fonctionnaire comprend la régularité de sa présence, la manière dont il occupe sa

---

Company en 1977. Voir également GONG Yanming, *Corrections sur « Dignités et fonctions » de l'histoire des Song*, *Zhonghua Book Company*, 2009 [*龚延明*，宋史官职志补正，*中华书局*].

1084 JI Huang et LIU Yong …, *Xutongdian, vol. 19, Xuanju, III*, aux ordres de l'Empereur Qianlong, 1783, rééd. par *Zhejiang Ancient Books Publishing Hous*, 2000, p. 235 [*嵇璜*、*刘墉*，钦定续通典卷十九，选举三，*浙江古籍出版社*].

1085 Par rapport à l'évaluation annuelle des Song, les Ming ont baissé la fréquence de l'évaluation, alors que sous la dynastie Qing, en sus des évaluations régulières, l'autorité impériale procède aussi au contrôle au hasard. Mais le mécanisme repose sur la même base : la sanction positive ou négative sur la carrière du fonctionnaire évalué.

1086 YUE Haiying et YANG Ruimei, « Analyses et réflexions sur le système d'évaluation des fonctionnaires de la Chine antique », *Forum Changjiang*, 2006, n° 1, n° série 76, p. 59 [*岳海鹰*，*杨瑞梅*，*中国古代官吏考核制度之评介与借鉴*，长江论坛].

1087 " *关于实行干部考核制度的意见* ", Guan-yu-shi-xing-gan-bu-kao-he-zhi-du-de-yi-jian.

1088 " *德*、*能*、*勤*、*绩* ", De, Neng, Qin, Ji.

1089 La vérification de la loyauté partisane des agents publics envers le gouvernement au pouvoir n'est pas une pratique extravagante en soi. En Chine, où l'État se confond avec le parti politique unique au pourvoir, lequel est censé représenter l'intérêt général du pays, la fidélité des fonctionnaires au PCC est requise pour la stabilité du régime politique et le bon fonctionnement des services publics. Il importe de prendre en compte des nuances entre le système partisan de la fonction publique chinoise et le *Spoils System* pratiqué aux États-Unis d'Amérique au cours du XIXème siècle. Les élections politiques n'affectent aucunement les cadres chinois tandis qu'elles décidaient les places des fonctionnaires américains. Certes les élections en Chine n'ont ni la même signification ni la même forme qu'elles portent dans un pays qualifié de démocratie représentative. Mais le système de la fonction publique chinoise, malgré sa forme et ses slogans de la modernité, hérite bien plus de son ancêtre mandarinal qu'il emprunte de l'Occident, soviétique ou libéral. C'est dans le loyalisme des mandarins de l'Empire du Milieu que se trouve l'origine de l'exigence de la fidélité des fonctionnaires de la République.

fonction et dont il effectue les missions qui lui sont assignées et son développement personnel ; enfin les résultats montrent concrètement le niveau de sa contribution à l'intérêt public[1090]. Quant aux modalités d'évaluation, l'avis du 21 novembre 1979 énonce le principe selon lequel l'évaluation s'opère à travers la combinaison d'un contrôle hiérarchique et d'enquête auprès des autres agents, de manière régulière et continue[1091]. Enfin, dans le but de stimuler et de motiver les agents, tout en tenant compte de l'équité, cet avis prévoit de récompenser moralement ou matériellement les agents bien évalués et de favoriser l'avancement des agents dotés de capacités professionnelles et intellectuelles particulièrement remarquables ; s'agissant, en revanche, des agents ne répondant pas suffisamment aux attentes, il convient de renforcer leur formation, et pour ceux qui sont évalués deux fois de suite de façon non satisfaisante, ils doivent se voir attribuer d'autres fonctions et, le cas échéant, être dégradés d'échelon[1092]. Ainsi, le système antique est réintégré dans l'évaluation des cadres de la République Populaire. Le module fixé par l'avis du 21 novembre 1979 a été repris par le règlement provisoire « sur les agents publics de l'État » du 14 août 1993, lequel établit, dans son article 25, les trois niveaux de note annuelle[1093] à l'instar du système de la dynastie Song et précise, dans un article suivant, que l'évaluation annuelle est la référence des récompenses, sanctions, formations, licenciement, changements de fonctions ou de postes et des modifications de salaires des agents publics de l'État[1094]. Héritière de ce modèle, la loi « sur les agents publics » du 27 avril 2005 a apporté quelques modifications de détail. D'abord, elle ajoute un cinquième critère d'évaluation : « intégrité »[1095]. Il s'agit d'une mesure issue de la politique de lutte contre la corruption mise en exergue à partir de la fin des années 1990. Par son article 35, la loi du 27 avril 2005 entérine une pratique coutumière qui sépare l'évaluation des agents dirigeants, qu'ils soient élus ou nommés, du reste des membres de la fonction publique. Enfin, un quatrième niveau de note est ajouté en vue d'une souplesse de décision face à une majorité d'agents entre « excellent » et « incompétent » : « généralement compétent »[1096].

1090 Sur ces quatre points, voir l'article 1er dudit avis.

1091 Article 2 dudit avis.

1092 Article 3 dudit avis.

1093 Les trois niveaux sont « excellent », « compétent » et « incompétent », notre traduction de " *优秀* ", " *称职* " et " *不称职* ".

1094 Article 26 dudit règlement provisoire, notre traduction de " *年度考核结果作为对国家公务员的奖惩、培训、辞退以及调整职务、级别和工资的依据* ".

1095 Article 33 de la loi du 27 avril 2005 : " *廉* ".

1096 Article 36 de ladite loi : " *基本称职* ".

Ainsi, les textes successifs relatifs à l'évaluation des agents publics s'inscrivent dans les même grandes lignes et n'apportent rien de fondamentalement nouveau par rapport au système impérial. Force est cependant de constater que dans la pratique, ce système n'a pas toujours bien fonctionné et est considéré atteint d'une automaticité stérilisante. En effet, non seulement la plupart des critères d'évaluation sont dépourvus de caractère opérationnel, mais surtout l'application des sanctions, positives ou négatives, n'a jamais été suffisamment efficace à cause des revendications égalitaristes aussi bien que corporatistes des membres de la fonction publique. L'autorité centrale et les autorités locales ont beau édicter des mesures d'incitations à la mise en application des sanctions[1097], les agents directeurs et responsables ne sauraient lutter contre une culture générale de corporatisme et d'égalitarisme, à laquelle eux-mêmes adhèrent. Il existe, par conséquent, un paradoxe : très peu d'agents sont jugés incompétents, mais l'ensemble de la fonction publique est considéré comme inefficace. L'idée sous-entendue serait alors que l'administration est incapable d'évaluer ses agents.

Face à cette problématique, d'aucuns proposent de privilégier le critère des résultats en vue d'une évaluation plus concrète, plus efficace et aussi plus transparente avec des indicateurs affichés[1098]. Cette opinion a inspiré la mise en place par la ville de Ningbo d'une mesure expérimentale du 20 novembre 2013 « relative à l'évaluation des agents publics au regard du poste, de la responsabilité et des résultats »[1099], en vue d'être appliquée à partir de janvier 2014. Cette mesure préconise une quantification des résultats avec des indicateurs chiffrés[1100]. L'accent est surtout mis sur l'efficacité et l'efficience du service d'un agent public. L'intention de cette réforme locale est de doter les dirigeants et responsables administratifs d'un outil d'évaluation plus opérationnel afin de rendre les mesures de sanction réelles et efficaces. Cependant, comme nous

1097 Le ministère du personnel a édicté, le 8 mars 1994, le règlement provisoire « relatif à l'évaluation des agents publics de l'État » [*国家公务员考核暂行规定*]. Ce texte précise les conséquences de la dégradation d'échelon et les conditions du licenciement au motif d'insuffisance professionnelle. Les autorités locales ont scrupuleusement transposé les dispositions de ce règlement provisoire par leurs mesures locales telle que la mesure du 1er juin 1998 « d'évaluation des agents publics de l'État de la ville de Chongqing » [*重庆市国家公务员考核办法*]. La solution du règlement provisoire de 1994 est reprise par le règlement expérimental du 27 avril 2005 « relatif à l'évaluation des agents publics » du 4 janvier 2007 à la suite de la loi « sur les agents publics » [*公务员考核规定 (试行)*] avec quelques ajustements de détail.

1098 QIN Xiaolei et WANG Qiang, « Étude pratique sur le critère des résultats de l'évaluation des agents publics », *Sciences sociales Nanjing*, 2007, n° 7, p. 64 [*秦晓蕾、王强，国家公务员绩效考核指标体系实证研究*，南京社会科学] ; HENG Xia, « Étude sur l'évaluation des résultats des agents publics », *Zone théorique*, 2007, n° 5, p. 9 [*衡霞，公务员绩效考核的基础理论研究*，理论界] ; HUANG Yixin, XU Jing et GU Lin, « Discutions sur l'évaluation des agents des unités de service public », *Science and Technology Management Research*, 2011, n° 9, p. 81 [*黄一心、许璟、顾琳，事业单位管理干部绩效考核的探讨*，科技管理研究].

1099 " *宁波市公务员岗位对责、绩效对账考核办法* ".

1100 Une évaluation quantifiée selon le critère des résultats doit occuper 30 % de valeur de l'ensemble des cinq critères. Le critère des résultats représente donc le critère plus important par rapport aux autres.

l'avons montré en abordant le cas français, l'inconvénient de l'application d'indicateurs chiffrés est de retomber sur une automaticité stérilisante et d'empêcher la prise en compte des valeurs réelles des résultats des divers services accomplis par les agents publics. La quantification des résultats est susceptible de réduire la présentation des résultats des agents publics, comme le souligne YAN Yongjing, à un simple bilan du chiffre d'affaires à l'instar d'une entreprise privée et risquerait d'être source d'abus et de corruption pour les agents dirigeants qui disposent du pouvoir de décision[1101]. C'est pourquoi certains proposent d'intégrer les valeurs humaines et les éléments personnels de l'agent dans le critère des résultats[1102].

Ainsi, le développement du caractère méritoire de la fonction publique, concrétisé par une politique de résultats, est accompagné d'une individualisation de la gestion des agents publics.

II. L'individualisation de la gestion des agents dans la fonction publique

Si, en Chine, l'individualisation de la gestion du personnel de la fonction publique est seulement discutée par la doctrine, son développement en France connaît d'ores et déjà des concrétisations au niveau juridique. Ce développement s'étend dans deux domaines principaux : l'évaluation (A), la formation (B).

A. L'individualisation de l'évaluation des fonctionnaires

Malgré les mesures liées au mérite (telles que la notation chiffrée, les primes et l'avancement) prévues par le statut, la pratique de la gestion de la fonction publique est, comme le décrit Marcel Pochard dans son article interrogeant l'avenir de la fonction publique, « irrésistiblement [liée] à l'absence de différenciation, pour le plus grand confort des uns et des autres, personnel qui sait pouvoir compter sur une sorte de régime de droit commun, encadrement qui peut se dispenser d'apprécier la qualité de service des uns par rapport aux autres ». Cette pratique égalitariste est « empreinte de relâchement »[1103]. Le constat est partagé tant par les pouvoirs publics que par les syndicats de fonctionnaires. Le consensus s'est fondé sur le dysfonctionnement de l'ancien système de notation lequel n'est plus capable d'exprimer la vraie valeur professionnelle

1101 YAN Yongjing, « Étude analytique sur l'efficacité du critère des résultats pour l'évaluation des agents publics », *Technologie & Informations*, 2007, n° 5, p. 31 – 32 [*闫永晶，国家公务员绩效考核指标的有效性分析及对策研究*，科技信息].

1102 TAN Rong et MA Jun, « Constat sur le système d'évaluation des agents publics selon le critère des résultats », *Forum supérieur de la gestion publique*, 2013, n° 9, p. 145 – 146 [*谭融,马俊, 中国公务员绩效考核制度的现实考察*, 公共管理高层论坛].

1103 Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 7.

d'un fonctionnaire. Au lieu de réviser le système de notation en remédiant à ses défauts, les pouvoirs publics préfèrent, encore une fois, recourir aux méthodes du secteur privé, développées notamment aux États-Unis d'Amérique. Il s'agit de promouvoir une évaluation individualisée par le biais d'un entretien individuel à la place de la notation.

L'entretien individuel se distingue de la notation en ce qu'il vise, selon Dominique Volut, « à instaurer un dialogue entre un agent et son supérieur hiérarchique ». « Dans la fonction publique, poursuit-il, l'entretien individuel synthétise l'entretien professionnel (prise en compte des acquis de l'expérience professionnelle, des besoins de formation et des perspectives d'évolutions professionnelles de l'agent) et l'entretien d'évaluation (mesures des résultats professionnels, détermination des objectifs à venir notamment) »[1104]. À partir du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 « relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État » introduisant l'entretien d'évaluation comme instrument corollaire de la notation, le développement de l'entretien individuel dans la fonction publique a vécu plusieurs étapes. La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique » ajoute un article 55 *bis* à la loi du 11 janvier 1984, instaurant une expérimentation de l'entretien professionnel d'évaluation dans la fonction publique de l'État et la fonction publique hospitalière pour une période de trois ans. Ensuite, la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » prolonge la période expérimentale à cinq ans et étend l'expérience de l'entretien professionnel à la fonction publique territoriale. Cette loi avait d'ailleurs vocation à substituer l'entretien professionnel à la notation dans la fonction publique de l'État en 2012. Cet objectif est relayé par le décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 « relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État ». La période expérimentale de l'entretien professionnel est prolongée respectivement dans les fonctions publiques territoriale et hospitalière par les articles 42 et 44 de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 « relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique ». Enfin, la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 « de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles » vient réécrire l'article 76 de la loi du 25 janvier 1984, en vue de la substitution de l'entretien professionnel à la notation en 2015. Dès lors, la notation administrative s'éclipse au profit de la montée de l'évaluation professionnelle par le biais de l'entretien individuel dans les trois fonctions publiques françaises.

1104 Dominique Volut, « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *op. cit.*, p. 307 – 308.

L'entretien individuel consiste à remplacer les critères objectifs et automatiques de la notation chiffrée par des appréciations descriptives mais aussi subjectives. Il s'agit d'un procédé connu depuis longtemps dans le secteur privé et pratiqué notamment par de grandes entreprises. Appliqué à la fonction publique, comme le souligne Suzanne Maury, « l'entretien d'évaluation ne porte pas principalement sur les qualités de l'agent mais sur les *résultats professionnels* obtenus au regard des objectifs assignés »[1105]. Or, le pouvoir d'appréciation de la valeur professionnelle d'un agent appartient à son supérieur hiérarchique direct et la modulation de l'ancienneté est exercée par le chef de service. Une grande compétence discrétionnaire est par conséquent laissée au chef de service qui détermine les objectifs à atteindre. Le risque est, selon certains, de passer du mérite au clientélisme étant donné l'empire accru qu'exerce le supérieur hiérarchique sur la carrière de l'agent[1106]. Le monopole de l'appréciation de la valeur professionnelle de l'agent par l'autorité hiérarchique et l'opacité des critères d'évaluation individuelle conduiraient, comme le révèle Dominique Volut, au risque d'arbitraire dans les avancements et, en conséquence, ferait retomber l'entretien individuel « dans les mêmes travers que la notation »[1107]. C'est pourquoi il faudrait, comme le suggère Antony Taillefait, non seulement rendre les critères d'évaluation plus transparents et plus pertinents au regard de la complexité des différents services, mais aussi « faire intervenir les collègues, les subordonnés et les usagers » dans la procédure d'évaluation[1108].

Or, pour qu'un tel système d'évaluation — unissant plusieurs acteurs autour du service — fonctionne de façon effective, il ne suffit pas de prescrire le principe par des normes comme le font les pouvoirs publics chinois[1109]. La réalité montre que la coordination entre le haut et le bas dans l'évaluation d'un agent est souvent vaine et se réduit *in fine* à une simple décision hiérarchique. Hormis les règles suffisamment précises de la procédure, une culture générale de transparence et de participation des agents et usagers est requise. Au niveau juridique, il serait également souhaitable d'étendre les voies de recours, éventuellement contentieuses, pour les agents contestataires des résultats de leur évaluation. Il s'agit là d'une question de fond sur les limites du pouvoir de contrôle du juge à l'égard du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si en France, le juge administratif

1105 Suzanne Maury, « Sur la rémunération au mérite : emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? », *Droit social*, n° 4, 2008, p. 470 (souligné en italique par l'auteur dans le texte original).

1106 Voir notamment Maxime Gremetz, A. N. séance du 22 janvier 2007, amendement n° 19 sur l'article 31 du projet de loi « de la modernisation de la fonction publique ».

1107 Dominique Volut, « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *op. cit*., p. 313.

1108 Antony Taillefait, « La mobilité des agents publics après les lois de février 2007 relatives à la fonction publique », *Dr. adm*. 2007, n° 6, p. 9.

1109 Article 2 du règlement provisoire « sur l'évaluation des agents publics de l'État » du 8 mars 1994 et article 3 du règlement expérimental « relatif à l'évaluation des agents publics » du 4 janvier 2007, préc..

tend à se limiter à ne contrôler que l'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne le constat d'échec de la réalisation des objectifs assignés à un fonctionnaire, aucun recours contentieux n'est possible pour les agents publics chinois en la matière.

Pour l'administration, il s'agit, notamment, d'améliorer le service public à partir de la variable GRH. Pour les agents, la GRH est l'occasion de développer la qualité de vie au travail, en optimisant leur déroulement de carrière et, le cas échéant, leur rémunération individuelle, et en les valorisant professionnellement.

B. L'individualisation de la formation des fonctionnaires

La formation d'un fonctionnaire commence avant même qu'un lauréat du concours soit définitivement intégré dans l'administration. Une période de stage est en principe prévue avant sa titularisation. Il s'agit d'une formation professionnelle censée préparer le futur fonctionnaire aux spécificités de sa fonction. La non satisfaction aux exigences professionnelles au cours ou à la fin du stage peut conduire au licenciement de l'agent stagiaire.

Selon la logique de la carrière, la formation doit se poursuivre tout au long de la vie professionnelle de l'agent et doit lui permettre de s'adapter à son emploi, celui-ci pouvant éventuellement changer pendant sa carrière. Cette formation est censée profiter d'un côté à l'administration qui souhaite une meilleure qualité de service de l'agent, plus compétent grâce à la formation professionnelle continue, et de l'autre à l'agent qui peut améliorer sa situation professionnelle grâce aux acquis de la formation. C'est pourquoi la formation continue représente à la fois un devoir et un droit, et peut être engagée sur l'initiative de l'administration ou sur la demande de l'agent.

Avec la politique d'intégration de la GRH et l'individualisation parallèle de l'évaluation, une individualisation de la formation des fonctionnaires se met en place depuis la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique » et le décret n° 2007-1470 du 15 octobre 2007 « relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des fonctionnaires de l'État ».

Il s'agit avant tout d'un rapprochement du droit de la fonction publique et du droit du travail, avec d'emblée un changement terminologique, l'expression « formation permanente » devenant « formation professionnelle tout au long de la vie »[1110] comme en droit du travail[1111]. Ainsi, à l'instar

1110 Article 22 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 « portant droits et obligations applicables aux fonctionnaires ».
1111 Article L. 6111-1 du Code du travail.

du droit individuel à la formation reconnu aux salariés du droit privé, la formation professionnelle est reconnue aux agents publics en tant que droit subjectif susceptible d'être invoqué auprès de toute administration à laquelle l'agent se trouve affecté[1112]. Les articles L. 970-1 à L. 970-6 du Code du travail réécrits par l'article 5 de la loi du 2 février 2007 assimilent les actions de formation professionnelle des agents publics à celles des salariés tout en restant dans le cadre de l'article 22 de la loi du 13 juillet 1983. En outre, cette loi s'est largement inspirée des propositions d'un protocole d'accord, signé le 25 janvier 2006 entre le ministre de la fonction publique et trois organisations syndicales représentatives des fonctionnaires (CFDT, UNSA, CFTC), en vue de l'amélioration des carrières et de l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique. La définition des nouveaux dispositifs de la formation professionnelle est donc précédée de réflexions et négociations collectives et sociales avec notamment les représentants des syndicats de fonctionnaires. Comme le souligne Emmanuel Aubin, « la reconnaissance d'un droit à la formation tout au long de la vie professionnelle met en exergue l'existence d'un certain suivisme de la fonction publique vis-à-vis de dispositifs applicables aux relations entre les salariés et les employeurs de droit privé »[1113]. Il s'agit d'un droit reconnu aux salariés de droit privé, transposé dans la fonction publique[1114].

Cette « travaillisation » de la formation professionnelle des agents publics est censée constituer l'un des volets du développement de la GRH dans la fonction publique. Dans cette approche, la formation professionnelle représente non seulement un outil d'individualisation des carrières des fonctionnaires[1115], mais devient elle-même, comme le souligne Nicole Maggi-Germain avant la réforme législative, l'objet d'une individualisation[1116]. En effet, selon l'article 5 du décret n° 2007-1470 du 15 octobre 2007, « les fonctionnaires bénéficient d'un entretien de formation visant à déterminer leurs besoins de formation au vu des objectifs qui leur sont fixés et de leur projet professionnel ». Il s'agit d'un dialogue entre l'agent et son supérieur hiérarchique, tenant compte des « demandes antérieures de formation », de la nature et des spécificités de « ses missions et de ses perspectives professionnelles ». Une telle demande peut se présenter « en matière de préparation aux concours, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences et de période de

1112 Article 22, al. 3 de la loi du 13 juillet 1983, précité.

1113 Emmanuel Aubin, « Les dispositions relatives à la formation professionnelle des fonctionnaires tout au long de la vie », *AJDA* 2007, p. 512.

1114 Voir Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *op. cit.*, p. 1176 – 1177.

1115 Emmanuel Aubin, « Les dispositions relatives à la formation professionnelle des fonctionnaires tout au long de la vie », *op. cit.*, p. 513.

1116 Nicole Maggi-Germain, « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 1999, p. 692.

professionnalisation » d'un agent. Enfin, un compte rendu est constitué concomitamment par l'agent et par son supérieur hiérarchique sous la responsabilité de ce dernier.

En sus de cet entretien de formation qui prend en compte les aspirations individuelles de l'agent, l'article 4 de la loi du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique » offre aux agents publics une période de professionnalisation afin de favoriser leur requalification ou, le cas échéant, leur reclassement.

Ces dispositifs sont censés permettre une amélioration des carrières des agents d'une part et optimiser les ressources humaines de l'administration d'autre part. Pour la première fois, les logiques du management et du droit de la fonction publique, souvent opposées, peuvent, comme le suggère Emmanuel Aubin, « se compléter utilement en favorisant la prise en compte de la valeur professionnelle de l'agent dans son déroulement de carrière »[1117].

L'individualisation de la formation des fonctionnaires marque l'approfondissement de la GRH dans la fonction publique. Sur ce sujet, la fonction publique chinoise ne saurait se prétendre aussi avancée. En effet, la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics » se contente d'évoquer, dans un chapitre X intitulé « formation » et comprenant trois articles[1118], les principes relatifs à l'obligation de formation, aux organismes de formation, aux types de formation et à l'organisation de la formation. Le règlement expérimental du 2 décembre 2008 « sur la formation des agents publics »[1119] ne fait que préciser la mise en application des dispositions de la loi du 27 avril 2005 avec le concours d'un texte du Comité central du PCC[1120], en mettant l'accent sur les conséquences de l'échec ou du manque de compétence d'un agent pendant ou au terme de sa formation. Ainsi, l'article 17 dudit règlement dispose qu' « en cas d'échec aux examens de la formation, l'agent ne peut être noté excellent dans son évaluation annuelle »[1121]. La formation constitue alors une part de l'évaluation des agents. Elle est seulement considérée comme un outil d'adaptation des agents aux fonctions qui leur sont assignées et constitue une sorte de contrainte pour les agents afin qu'ils puissent mieux rendre service à l'administration, alors que l'aspect de l'essor personnel des agents n'est pas présent dans le droit de la fonction publique chinoise.

1117 Emmanuel Aubin, « Les dispositions relatives à la formation professionnelle des fonctionnaires tout au long de la vie », *op. cit.*, p. 515.

1118 Articles 60, 61 et 62 de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».

1119 " *公务员培训规定(试行)* ", Gong-wu-yuan-pei-xun (shi-xing).

1120 Règlement expérimental du 30 mars 2006 « sur la formation des cadres » : " *干部教育培训工作条例(试行)* ", Gan-bu-jiao-yu-pei-xun-gong-zuo-tiao-li (shi-xing).

1121 " *在职培训考试、考核不合格的公务员，年度考核不得确定为优秀等次* ".

Conclusion du chapitre I

Interrogeant la « méthode » et la « faisabilité » de l'emprunt au droit du travail par le droit de la fonction publique, Emmanuelle Marc et Yves Struillou constatent que « les diverses pistes de réforme oscillent ainsi entre une option minimale qui consiste, par la dénonciation des lacunes du statut, à tenter de corriger des pratiques considérées comme contraires à une gestion efficace des ressources humaines, et une option maximale qui, au nom d'un credo sur-valorisant les bénéfices des dispositions du Code du travail, étend ce code à un nombre substantiel de personnes employées par des collectivités publiques »[1122]. À travers cette comparaison franco-chinoise de l'intégration des méthodes de la GRH à la gestion du personnel de la fonction publique, nous observons exactement les mêmes tendances et problématiques en droit chinois concernant la gestion du personnel de la fonction publique. Il s'avère que le libéralisme, qui donne les plus fortes impulsions aux réformes de la fonction publique, dresse un « questionnement de nature plus gestionnaire que juridique »[1123] pour les mutations du fonctionnement de l'administration. Il ne s'agit certes pas de relever tous les points de pénétration du droit privé dans le droit de la fonction publique, lesquels sont d'abord des emprunts de règles du droit privé par le droit de la fonction publique, mais force est de constater que la logique gestionnaire s'est profondément intégrée dans le droit de la fonction publique en France comme en Chine.

Or, le rapprochement du droit de la fonction publique et du droit du travail ne réduit pas nécessairement, selon Mathieu Touzeil-Divina, les spécificités de la fonction publique[1124] ; il peut être bénéfique au regard de l'unité du droit[1125]. Les critiques visent en revanche la tendance consistant à réduire les emplois publics au profit des contrats de travail *via* le recours à l'intérim et à atténuer les spécificités publiques liées à l'intérêt général[1126]. Bien que ces critiques soient estampées d'une idéologie prononcée, l'objet est tout de même bien ciblé : le rapport entre le caractère exorbitant du droit de la fonction publique et les spécificités des missions d'intérêt général. Cette question se trouve au cœur de la circulation des travailleurs entre les domaines public et privé.

1122 Emmanuelle Marc et Yves Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *op. cit.*.

1123 Didier Jean-Pierre, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 1337. Pour une opinion critique, voir Bernard Cubertafond, « Critique de l'Administration sous emprise libérale », *La Revue administrative* 2006, p. 426.

1124 Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *op. cit.* p. 228 – 229.

1125 Sur l'unité du droit, voir aussi Jacques Caillosse, *La Constitution imaginaire de l'administration*, PUF., 2008, p. 113.

1126 Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *op. cit.*, p. 231 – 233.

Chapitre II. La circulation facilitée entre les domaines public et privé du travail

L'intégration de la GRH modifie considérablement le mode de gestion du personnel de la fonction publique. À mesure que cette intégration s'approfondit, les agents publics sont de plus en plus gérés comme des salariés de droit privé. Une telle assimilation du point de vue de la gestion entraînerait la diminution des spécificités de la fonction publique vis-à-vis du domaine privé du travail. De surcroît, la GRH étant une méthode transcendant les sphères privée et publique, elle suppose une meilleure circulation entre les domaines public et privé du travail. Dès lors que les salariés de droit privé sont soumis aux mêmes conditions de travail, obéissent aux mêmes obligations, et que les employeurs publics assument des responsabilités liées à l'exécution de missions de service public par des salariés privés, l'association des emplois privés à la fonction publique n'est pas un phénomène inconcevable.

Toutefois, les pratiques françaises et chinoises d'association d'emplois privés à la fonction publique par le biais notamment du recours à l'intérim se rallient parfois à un objectif de réduction des effectifs de la fonction publique. Les abus de renouvellement et de prolongement de contrats s'ajoutent à l'utilisation excessive d'un tel recours. À l'égard des questions juridiques, si le droit français s'avère relativement soucieux et attentif, l'état du droit chinois reste encore largement perfectible. En effet, en l'absence de précisions de l'autorité centrale, les entités locales de la République Populaire disposent d'une liberté trop grande en ce qui concerne le recours à l'intérim. Il est inquiétant de constater que certaines administrations ne peuvent plus fonctionner normalement sans les agents intérimaires privés.

Une autre conséquence de l'intégration de la GRH à la gestion du personnel public est d'avoir assoupli le régime exorbitant des agents publics pour l'aligner sur la situation des salariés de droit privé. En France, à travers les réformes récentes de la fonction publique, les fonctionnaires ont de plus en plus de possibilités de cumuler des activités de plus en plus diverses. Ils peuvent et sont même encouragés à créer leurs propres entreprises. Un tel assouplissement est aussi pratiqué dans les administrations locales chinoises à partir des années 1990 : il contribue, connecté aux mesures de mobilité, à la réduction des effectifs de la fonction publique à travers l'incitation des agents publics à partir dans le secteur privé.

La circulation entre les domaines public et privé du travail est ainsi facilitée par l'association des emplois privés à la fonction publique d'une part (section 1), et par l'atténuation du lien exclusif entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public d'autre part (section 2).

Section 1. L'association d'emplois privés à la fonction publique

En France, l'existence d'emplois privés au sein des personnes publiques n'est pas une nouveauté. Que ce soit par la solution de la jurisprudence *Dame veuve Mazerand* ou en vertu d'une qualification législative après la jurisprudence *Berkani*, les salariés de droit privé ont toujours existé à côté des agents publics, titulaires et contractuels. Or, une de ces catégories de salariés de droit privé affecte particulièrement le fonctionnement de la fonction publique en ce qu'elle consiste à assurer momentanément un poste auquel est normalement affecté un agent public : les agents intérimaires. Selon les principes classiques d'une fonction publique de carrière, la présence d'agents non titulaires de droit privé ne peut être qu'une exception, encore plus limitée que celle d'agents contractuels de droit public. Le caractère subsidiaire du recours à l'intérim est ainsi affirmé tant par la jurisprudence que par les textes. Toutefois, ces mêmes textes ont aussi eu pour effet d'officialiser un tel recours lequel n'était qu'une pratique coutumière de l'administration. Le recours à l'intérim privé est désormais inséré dans le statut de la fonction publique.

En France, le recours à l'intérim n'est pas un recrutement, mais une prestation de service *via* une entreprise de travail temporaire. Ce caractère distingue les salariés intérimaires des autres agents non titulaires de droit privé recrutés par les personnes morales de droit public en vertu notamment de contrats aidés, contrats emploi-solidarité, contrats emploi-consolidé et contrats emploi-jeunes. En revanche en Chine, les agents intérimaires sont, à l'instar de ces derniers, directement recrutés par les établissements administratifs ou USP en vertu des règles du droit du travail. L'absence de définition juridique spécifique de cette catégorie de travailleurs est source de confusion à l'égard des employés contractuels de l'administration tandis que le manque d'encadrement centralisé et unifié exposent son existence aux critiques. Mais dans le même temps, comme en France, le nombre des agents intérimaires ne cesse de croître et le recours à l'intérim est dorénavant considéré comme indispensable au fonctionnement de certains services.

Le développement de l'intérim dans la fonction publique (I) fait naître des problématiques communes dans les fonctions publiques française et chinoise (II).

I. Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique

La mise à disposition d'agents intérimaires d'une entreprise privée auprès d'une personne publique chargée de missions de SPA n'est pas une pratique récente dans la fonction publique française, même si son encadrement est relativement tardif (A). Un tel encadrement juridique

s'avère aussi souhaitable dans la fonction publique chinoise eu égard à une confusion potentielle entre employés contractuels de l'administration et agents intérimaires et compte tenu du développement drastique du recours à l'intérim dans certains domaines particuliers (B).

A. L'évolution du régime juridique de l'intérim dans la fonction publique française

Le recours à l'intérim pour le remplacement des agents titulaires de l'administration a été limité par la jurisprudence avant la législation des années 1983, 1984 et 1986 établissant le statut de la fonction publique. À l'occasion d'une contestation du recours à l'intérim par le syndicat CFDT, des postes et télécommunications du Haut-Rhin, le Conseil d'État rappela qu' « il incombe à l'autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d'interruption due à la grève des agents de ce service » et le « principe selon lequel l'exécution du service public administratif est confiée à des agents publics ». Ces deux principes étant posés, l'administration est « autorisée à faire concourir […] un personnel approprié, fourni par un entrepreneur de travail temporaire » à l'exécution d'un tel service, « lorsque des circonstances exceptionnelles, telles qu'une extrême urgence, rendent impossible le recrutement d'agents ayant un lien direct avec l'administration »[1127]. L'expression « lien direct avec l'administration » montre bien, selon Emmanuel Aubin, « la conception institutionnelle de la fonction publique, laquelle insiste sur le lien spécifique existant entre l'agent du service public administratif et son employeur public »[1128]. Le recours à l'intérim était donc, selon cette jurisprudence, une dérogation, justifiée par l'urgence, ou par des circonstances exceptionnelles, au principe de la corrélation entre SPA et agents publics[1129].

Or, le recours à l'intérim est présenté comme un moyen efficace pour combler le manque momentané de personnel dans l'administration notamment au regard du principe de la continuité du service public. Il s'agit d'une mise à la disposition d'une personne de droit public de travailleurs de droit privé à tant pour remplacer momentanément des agents publics absents qu'en raison d'une carence d'ordre technique dans l'exécution du service. À partir de 2007, une série de réformes a eu pour but de faciliter le recours à l'intérim dans l'administration. Ainsi, la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 a élargi le champ de la mise à disposition aux salariés des entreprises privées au nom du renforcement de la mobilité[1130], ayant pour effet d'entériner cette pratique ancienne.

1127CE., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT. des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07636.

1128 Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 238.

1129 Ce principe est par ailleurs affaibli par l'existence de la gestion d'un SPA par une personne de droit privé.

1130 Benjamin Gaël, « Modernisation de la fonction publique et mobilité : la réforme des mises à disposition », *AJFP*

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » accroît aussi la possibilité de recourir à des agents intérimaires, et ce pour les trois fonctions publiques[1131]. L'un des objectifs de cette loi est d'instaurer plus de flexibilité dans le secteur public à travers l'association de salariés d'entreprises privées à la fonction publique[1132]. Pour ce faire, elle a créé une série d'articles dans le Code du travail, de L. 1251-60 à L. 1251-63. L'article L. 1251-60 prévoit les cas dans lesquels les personnes publiques peuvent faire appel aux salariés des entreprises d'intérim pour des tâches non durables[1133] et fixe la durée des contrats d'intérim. Il convient de constater que les quatre cas prévus par cette disposition correspondent à ceux prévus pour le recrutement d'un agent contractuel[1134]. L'éventuelle concurrence entre le recours aux intérimaires et le recrutement d'agents contractuels est patente. Or, au niveau de l'État comme au niveau territorial, l'intérim ne semble pas économiquement plus intéressant que le recrutement contractuel de droit public[1135]. Le procédé intérimaire peut même être plus coûteux que le recrutement direct d'un agent remplaçant. Mais la rapidité de la mise en place et la souplesse du recours à l'intérim séduit bon nombre de responsables administratifs, d'autant qu'une telle préférence correspond mieux à l'esprit de la GRH qui consiste désormais à atténuer les frontières entre le public et le privé. La promptitude procédurale reste d'ailleurs un atout séduisant pour la fonction publique hospitalière, qui a souvent besoin de remplacements d'urgence notamment dans la recherche d'infirmiers. En parallèle à la modification du Code du travail, cette perspective

---

2007, p. 324.

1131 Sabine Bazile ; « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *op. cit.*, p. 116 ; Hélène Pauliat, « La loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique : l'amorce d'un droit public du travail ? », *Complément territorial*, novembre 2009, p. 42.

1132 Emmanuelle Marc, « La loi mobilité et parcours professionnels : vers une flexibilité accrue de l'emploi public », *RLCT* 2009, n° 49, p. 26.

1133 Il en est prévu quatre : 1° Remplacement momentané d'un agent en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale, d'un passage provisoire en temps partiel, de sa participation à des activités dans le cadre d'une réserve opérationnelle, sanitaire, civile ou autre, ou de l'accomplissement du service civil ou national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux ; 2° Vacance temporaire d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ; 3° Accroissement temporaire d'activité ; 4° Besoin occasionnel ou saisonnier.

1134 Voir respectivement, les articles 6 *quater*, 6 *quinquies* et 6 *sexies* de la loi du 11 janvier 1984 pour la fonction publique de l'État, les article 3, 3-1 et 3-2 de la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale, et l'article 9-1 de la loi du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière.

1135 Didier Jean-Pierre, « La loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », *op. cit.*, p. 30.

de faciliter le recours aux agents intérimaires de droit privé est inscrite dans les statuts des trois fonctions publiques[1136].

À la suite de la loi du 3 août 2009, une circulaire du 3 août 2010 « relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique » est édictée pour la mise en application de son article 21 et notamment pour « clarifier les conditions dans lesquelles les collectivités publiques peuvent recourir à l'intérim comme mode de gestion alternatif au recrutement d'un agent non titulaire » :

> « Le recours à une entreprise de travail intérimaire doit en effet viser à satisfaire un besoin non durable et ne remet bien entendu pas en cause le principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires prévu à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. [...] Le recours à l'intérim ne peut constituer qu'une solution ponctuelle. Il doit être motivé par des nécessités liées à la continuité du service public. »

Cette circulaire exprime une prudence quant à la mise en application des nouveaux dispositifs de l'article 21 de la loi du 3 août 2009 sur le recours à l'intérim dans la fonction publique. Afin de respecter le caractère subsidiaire du recours à l'intérim pour les collectivités territoriales, la circulaire souligne la portée générale de l'obligation pour les collectivités et établissements de solliciter en premier lieu le centre de gestion avant de recourir à l'intérim.

Or dans la pratique, ce garde-fou formel ne saurait substantiellement empêcher l'utilisation récurrente du recours à l'intérim à l'instar de l'abus du recours aux contrats de fonction publique. Force est de constater qu'aujourd'hui, certaines administrations ne peuvent plus fonctionner normalement sans les agents intérimaires. Il arriverait peut-être que la proposition du *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, de suppléer les agents titulaires par des agents de droit privé pour les fonctions non liées à l'exercice de la souveraineté[1137], trouve place au sein du statut général.

Cette croissance du nombre des agents intérimaires a aussi lieu dans la fonction publique chinoise et constitue une source de confusion à l'égard des employés contractuels de l'administration.

1136 Voir respectivement pour les trois fonctions publiques, de l'État, territoriale et hospitalière, les articles 3 *bis* de la loi du 11 janvier 1984, 3-7 de la loi du 26 janvier 1984 et 9-3 de la loi du 26 janvier 1986.

1137 Ludovic Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique …*, *op. cit*. p. 115.

B. Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique chinoise

L'intérim n'est pas inconnu dans l'administration chinoise même avant la réforme institutionnelle entamée depuis les années 1990. Le secteur public était encore dominant et les domaines administratifs et marchands du secteur public n'étaient point séparés. L'État employeur pouvait équilibrer le nombre des effectifs du personnel public selon les besoins entre les établissements administratifs, les USP et les entreprises publiques. À mesure que la réforme économique favorise l'essor d'un secteur privé et que la réforme institutionnelle sépare le domaine administratif et le domaine marchand de l'État au détriment de la superficie du secteur public, l'intérim privé commence à entrer au sein des établissements administratifs et USP. Or en Chine, le recrutement des agents intérimaires ne s'opère pas, comme en France, à travers une convention entre une personne publique et une entreprise d'intérim de droit privé, mais se déroule directement entre l'employeur public et le candidat intérimaire. Il ne s'agit pas d'une mise à disposition d'un salarié de droit privé auprès d'une personne publique, mais d'une relation de travail directement établie entre ces deux parties *via* un contrat de travail. Il en découle une question juridique cruciale à savoir la différence entre employés contractuels de l'administration et agents intérimaires, car formellement, les deux sont recrutés de façon presque identique, parfois pour les mêmes raisons de besoins temporaires ou saisonniers, et soumis aux mêmes conditions de travail en fonction des spécificités de leur emploi.

Malgré ces convergences, il est tout de même possible de soulever quelques points de différence :

1° La croissance du recours aux agents intérimaires et aux employés contractuels de l'administration n'a pas la même origine. Les premiers, bien que de droit privé aujourd'hui, dérivent d'une pratique ancienne du système des cadres, alors que les seconds représentent le fruit de l'expérimentation d'un emprunt du modèle anglo-américain mise en place depuis 2002[1138] dans certaine entités locales[1139].

2° Étant donné l'absence de réglementation à l'échelon national et l'amalgame des mesures locales, certaines entités territoriales recrutent des employés contractuels de l'administration sur les postes prévus par le financement public[1140]. Dans ce cas, un tel recrutement est strictement soumis

1138 Mesure expérimentale du 20 juin 2002 du Gouvernement Populaire de la province de Jilin « relative à la gestion des employés du gouvernement », préc..

1139 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B : La répartition des agents contractuels de l'administration entre le droit public et le droit privé.

1140 Tel est le cas, par exemple, de la mesure expérimentale du 13 mai 2004 de la municipalité de Zhanjiang « sur la

au contrôle des centres de la gestion des ressources humaines des établissements administratifs et USP. Même dans le cas où l'employé contractuel n'occupe pas de poste prévu par le financement public, son recrutement doit être agréé par les autorités compétentes, souvent au niveau provincial. En revanche, malgré la même absence de réglementation nationale, selon des pratiques locales[1141], le recrutement des agents intérimaires n'est jamais censé concerner des postes prévus par le financement public et est décidé par l'établissement employeur seul.

3° Bien que l'administration puisse recruter un employé contractuel pour une durée exceptionnelle en deçà d'un an, la plupart des textes locaux prévoient une durée de recrutement comprise entre un et trois ans, renouvelable ou non. Par rapport à cette durée relativement longue, l'emploi d'un agent intérimaire se limite souvent à une durée de 12 mois renouvelable une fois. Cela montre bien le caractère provisoire d'un agent intérimaire à l'égard d'un employé contractuel qui pourrait demeurer au sein de l'administration de façon plus ou moins durable.

4° D'un point de vue empirique, les employés contractuels sont souvent recrutés pour assurer des fonctions exigeant des connaissances techniques ou spéciales, alors que les agents intérimaires n'occupent en général que des postes d'assistance ou de simple exécution matérielle. Autrement dit, les uns sont censés combler la carence momentanée de connaissances ou de techniques tandis que les autres ont plutôt vocation à satisfaire le simple manque en personnel pour l'exécution de tâches manuelles. De ce fait, les exigences respectives de leurs recrutements sont différentes. Ainsi, les diplômes universitaires voire certificats de certaines compétences particulières sont souvent exigés pour être employés contractuels de l'administration, alors que l'employeur public se contente de l'aptitude physique et mentale pour choisir les agents intérimaires. C'est pourquoi le recrutement intérimaire présente, dans certains cas, un intérêt dans l'abaissement du chômage d'une entité locale.

5° Enfin, de par cette différence de nature des fonctions, une inégalité de traitement se manifeste entre les employés contractuels de l'administration et les agents intérimaires, notamment en matière de rémunération. Si la rémunération des premiers peut largement dépasser celle des agents publics, le salaire des derniers se trouve en général bien au-dessous[1142].

---

gestion des employés du gouvernement », préc..

1141 Nous pouvons citer, à ce propos, le premier texte local régissant les agents intérimaires, à savoir la mesure provisoire du 13 août 2004 du district Kaifu de la ville de Changsha « relative à la gestion des agents intérimaires des établissements administratifs et unités de service public » [*长沙市开福区机关事业单位聘用临时工作人员的暂行管理办法*].

1142 Ainsi, le salaire moyen des agents intérimaires de la municipalité de Shenzhen n'est que 25 % de celui des agents publics !

Quoi qu'il en soit, ces cinq points de différence ne s'appuient pas sur des critères strictement juridiques et, par conséquent, ne suffisent pas à établir une distinction juridique entre ces deux catégories d'employés contractuels de l'administration. Les entités locales disposent d'ailleurs d'une marge d'appréciation extrêmement large. Les règles ne sont même pas unifiées au niveau municipal. Ainsi, dans la ville de Shenzhen, chaque district a sa propre réglementation concernant aussi bien les agents intérimaires que les employés contractuels de l'administration. Selon la mesure expérimentale du 31 novembre 2006 du district Bao'an « relative à la gestion des agents intérimaires dans les établissements administratifs et unités de service public »[1143], les agents intérimaires sont susceptibles d'être recrutés aux mêmes postes que les employés contractuels de l'administration aux termes de la mesure expérimentale du 23 juin 2004 « relative à la gestion des employés des établissements administratifs et des unités de service public de la municipalité de Shenzhen »[1144], bien qu'il soient gérés de façon différente.

À l'égard de cet amalgame, la municipalité de Shenzhen a rendu un avis le 22 décembre 2008 « relatif à la réglementation de la gestion des personnels des établissements administratifs et des unités de service public »[1145], lequel exprime la volonté de restreindre le recrutement des agents intérimaires au profit de l'externalisation des ressources humaines. En d'autres termes, il s'agit de développer le recours aux salariés de droit privé pour des tâches d'exécution matérielle et provisoires *via* des organismes *ad hoc* de droit privé à l'instar des entreprises d'intérim en France. Cette politique, qui commence à s'étendre à plusieurs entités locales, est d'ailleurs vivement soutenue par la doctrine[1146].

Mais en réalité, il s'agit plutôt d'une structuration du système d'intérim que d'une restriction du recours aux agents intérimaires, car désormais l'association de salariés privés dans certains domaines de l'administration publique est indispensable. À partir de l'entrée de la Chine à l'OMC, en raison du développement drastique de certains domaines économiques et industriels, une grande

---

1143 " *宝安区机关事业单位临时聘用人员管理办法(试行)* ".

1144 Préc..

1145 " *关于规范机关事业单位用人管理的若干意见* ".

1146 LIANG Guilan, « Externalisation des ressources humaines : voie efficace pour l'amélioration de la performance des actions publiques », *Presses universitaires de Guangxi (édition sciences sociales)*, 2006, vol. 28 suppl., p. 129 [*梁桂兰，人力资源外包: 提高政府核心竞争力的有效途径*，广西大学学报(哲学社会科学版)] ; HUANG Hongyi et CAI Huimin, « Théorie et périmètre de l'externalisation des ressources humaines de l'administration », *Recherche*, 2008, n° 10, p. 73 [*黄弘毅 蔡汇民，政府人力资源管理外包的理论与维度*，求索] ; WANG Xuedong et YANG Yandong, « Externalisation de la gestion : nouveau mode de la gestion des ressources humaines dans le secteur public », *Réforme et stratégie*, 2009, n° 3, vol. 25, n° série 187, p. 21 [*王学栋，杨燕东，管理外包：我国政府部门人力资源管理的新模式*，改革与战略].

vague d'augmentation du nombre d'agents intérimaires s'est produite au sein de certains services administratifs. Tel est le cas, à titre d'exemple, de la surveillance du trafic routier et du contrôle des véhicules en stationnement dans les zones urbaines. Avec la croissance brutale du nombre de véhicules depuis les années 2000, ces tâches, essentiellement exécutées par les policiers, ne pouvaient plus être normalement assurées sans l'assistance d'un nombre considérable d'agents intérimaires.

Pour une autre illustration du développement du nombre des agents intérimaires, il convient de citer la gestion urbaine. À l'instar de la croissance drastique de l'utilisation des véhicules, le développement urbain, un des vecteurs de l'essor économique chinois, s'est précipité depuis la fin des années 1990. La dilatation des zones urbaines et la multiplication des complexités au niveau de leur gestion ont été les principales raisons de la création d'offices *ad hoc* — USP d'abord, puis établissements administratifs — chargés de la gestion administrative des affaires urbaines et du contrôle quotidien du respect de la réglementation urbaine. Le fonctionnement des offices de gestion administrative des affaires urbaines illustre l'idée selon laquelle les fonctions de puissance publique sont assurées par des agents titulaires tandis que les tâches de simple exécution matérielle sont effectuées par des agents de droit privé. Un nombre considérable d'agents intérimaires sont ainsi recrutés pour assister les agents titulaires dont le nombre est parfois même inférieur à celui-là. Selon le *Rapport sur l'état de la gestion des agents chargés de la gestion administrative générale des affaires urbaines de la ville de Shenzhen* du 13 août 2009[1147], jusqu'à avril 2009, parmi les 3722 agents chargés de la gestion administrative des affaires urbaines, sont comptés 1400 agents titulaires seulement. Même si un certain nombre d'agents contractuels publics et quelques employés contractuels de l'administration existent, la majorité des agents non titulaires sont des agents intérimaires de droit privé sans lesquels la gestion administrative des affaires urbaines ne pourrait se dérouler normalement.

Or dans la pratique, la répartition des tâches — entre actes répressifs liés à l'exercice de la puissance publique et actes d'exécution matérielle — n'est guère facile à opérer. Les agents intérimaires sont parfois accusés d'usurpation de pouvoir, les agents titulaires de négligence de leur fonction. Les problématiques émergent ainsi autour du développement de l'intérim privé dans la fonction publique. Pour l'unification du droit, il aurait fallu que les pouvoirs publics tranchent entre un système d'employés contractuels de l'administration dont l'avenir s'avère plutôt sombre en raison

1147 " *深圳市综合执法系统协管员队伍管理情况的调研报* ".

de l'avènement des agents contractuels publics par la loi du 27 avril 2005[1148] et le recours aux agents intérimaires de droit privé dont l'identité reste incertaine.

La croissance du nombre des agents intérimaires dans les fonctions publiques française et chinoise a inévitablement soulevé certaines interrogations au regard des spécificités de la fonction publique.

II. Les polémiques autour du développement de l'intérim privé dans la fonction publique

Le développement de l'intérim privé dans les fonctions publiques française et chinoise ne s'est pas fait sans polémique. L'association régulière de salariés de droit privé à une fonction publique de carrière dont le caractère exorbitant repose sur un concept d'intérêt général transcendantal peut être discutée pour ce qui touche aux fonctions impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique (A). Par ailleurs, du côté des agents intérimaires, la question de la stabilité de leur emploi peut constituer un dilemme entre leur intérêt et celui de l'administration (B).

A. Les agents intérimaires de droit privé face à l'exercice des prérogatives de puissance publique

En Chine, la légitimité des agents intérimaires face à l'exercice des prérogatives de puissance publique est susceptible d'être mise en cause étant donnée l'absence d'encadrement législatif ou réglementaire (1), tandis que les pouvoirs publics français ont pris le soin de fixer un encadrement au recours à l'intérim (2).

1. La question de la légitimité des agents intérimaires chinois face à l'exercice des prérogatives de puissance publique

Les agents intérimaires, bien que de droit privé, assurent diverses missions de service public comme les agents publics. Dans certaines situations, telles que la gestion administrative des affaires urbaines, la surveillance du trafic routier et le contrôle des véhicules en stationnement, les agents intérimaires sont sur le terrain et donc en contact direct avec des usagers ou administrés. En principe, ils n'ont pas la compétence répressive pour appliquer, le cas échéant, des sanctions. Toutefois, dans la pratique, les agents intérimaires sont directement impliqués dans l'exécution des décisions de sanction administrative. Les actes des agents intérimaires sont, dans la plupart des cas,

1148 Voir partie II – titre I – chapitre I – section 1 – II – B – 2 : La distinction entre employés de l'administration et agents publics contractuels.

présumés conformes à la réglementation administrative et validés *ex post facto* par les agents titulaires compétents. Ainsi, les agents intérimaires de la gestion administrative des affaires urbaines sont chargés de la répression des petits marchands ambulants ; les assistants de surveillance du trafic et du contrôle des véhicules en stationnement s'occupent des bicyclettes, des piétons et de la vérification de la régularité des stationnements ; les assistants intérimaires de l'inspection des impôts sont assignés à contrôler des petites entreprises dont le bénéfice annuel ne dépasse pas 10 000 CNY (1 200 euros environ)[1149]. La répartition des tâches entre agents intérimaires et agents publics, titulaires ou non, n'est pas fondée sur la nature de ces tâches mais sur leur degré d'importance. Cela est tout à fait compréhensible, car l'agent intérimaire remplace l'agent titulaire et exécute logiquement ses missions. Dans ce cas, l'agent intérimaire devrait être soumis aux mêmes obligations et, le cas échéant, assumer les mêmes responsabilités qu'un agent public, faute de quoi la légitimité des actes administratifs d'un agent intérimaire serait objet de contestation.

Une affaire en 2006 à Beijing illustre ce problème. Un avis de contravention a été émis à l'encontre de M. Z. par un assistant de la surveillance du trafic routier et du contrôle des véhicules en stationnement pour motif de stationnement irrégulier. Après le rejet de son recours hiérarchique par le Gouvernement Populaire du district Xicheng, ville de Beijing, M. Z. a saisi le Tribunal Populaire de Xicheng d'une action en annulation contre la division Xidan de l'office de la gestion du trafic routier du district Xicheng. Son argument principal se fonde sur l'incompétence d'un agent intérimaire assistant pour appliquer une sanction administrative. En effet, selon les articles 18 et 19 de la loi du 17 mars 1996 « sur les sanctions administratives », les établissements administratifs ne peuvent déléguer leur compétence de sanction administrative qu'aux organismes légalement établis en vue de l'exécution des missions de service public, dont les employés ont suffisamment de connaissances juridiques, techniques et professionnelles, et disposant d'une expertise technique suffisante pour la constatation et la vérification des contraventions. Selon le requérant, un agent intérimaire assistant de l'office du trafic routier n'est ni un agent titulaire compétent pour appliquer les sanctions administratives, ni un employé d'un organisme délégataire mentionné par l'article 19 de la loi « sur les sanctions administratives ». Par conséquent, il n'est pas compétent pour infliger une amende de stationnement irrégulier sans décision explicite d'un agent titulaire : sa constatation d'infraction n'a qu'un effet d'avertissement. Face à cet argument, le Tribunal Populaire de Xicheng a

1149 DUAN Longfei, « Étude sur la gestion des agents intérimaires dans l'administration chinoise », *in* actes du colloque « Développement de la capacité administrative du gouvernement et construction de la société harmonieuse », conférence annuelle de l'association de la gestion administrative de Chine, 2005 [*段龙飞, 我国政府临时工作人员管理制度研究)以政府雇员制为例，中国行政管理学会 2005 年年会暨"政府行政能力建设与构建和谐社会"研讨会论文集*].

évité la question — sensible au vu de l'opinion publique — de la nature d'un agent intérimaire assistant en se fondant uniquement sur la régularité procédurale de l'acte de sanction. Selon la mesure du 10 juillet 2005 « relative à la gestion des agents assistants de la surveillance du trafic routier » de l'office général de gestion administrative de la police de la municipalité de Beijing, une des missions principales des agents assistants de la surveillance du trafic et du contrôle des véhicules en stationnement est de contribuer à la répression des stationnements irréguliers. Mais cette mesure n'a pas précisé la manière dont un agent assistant participe à l'application d'une telle sanction. À ce titre, le tribunal n'a pas abordé la question de la compétence pour déclencher la sanction et s'est contenté de constater la régularité procédurale au regard des dispositions de la loi « sur les sanctions administratives ». C'est, selon nous, indirectement affirmer qu'un agent intérimaire fait partie du personnel de son établissement administratif employeur et dispose de la compétence d'application des sanctions comme un agent titulaire. La question finale serait de savoir si tout agent titulaire peut être remplacé par un agent intérimaire. Avec cette question, une classification de nature s'opérerait entre les emplois des agents publics titulaires.

In fine, agents titulaires et agents intérimaires assurent des missions de service public sans distinction aux yeux des usagers. L'administration doit être responsable pour les dommages causés par les actes d'un agent intérimaire comme pour ceux causés par un agent titulaire[1150]. C'est dans un souci de légitimité des agents intérimaires que les pouvoirs publics français ont pris le soin de fixer un cadre à leurs fonctions.

2. L'encadrement du recours à l'intérim dans la fonction publique française

La compatibilité entre le recours à l'intérim privé et l'intérêt général en tant que finalité de la fonction publique interpelle compte tenu du recours croissant aux agents intérimaires[1151]. Certaines missions accessoires de l'administration n'ont pas besoin d'être effectuées par des agents publics : il n'est pas nouveau que l'administration recrute des agents de droit privé pour les assurer[1152]. Même après l'unification opérée par la jurisprudence *Berkani*, les contrats de droit privé sont toujours possible dans les EPA en vertu d'exceptions législatives[1153]. En revanche, certaines missions

1150 *S. H.* LIU Erze, « Le système d'intérim vu sous la prisme du phénomène des agents intérimaires assistants, *Forum Populaire*, 2007, n° 214, p. 45 [*刘尔铎，从协管员现象看中国临时工制度*，人民论坛].

1151 Jean-David Dreyfus, « L'intérim et la fonction publique peuvent-ils faire bon ménage ? », *Blog.dalloz.fr*, 16 mai 2008 ; Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la " travaillisation " de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 233.

1152 CE., 4 juin 1954, *Vingtain* et *Affortit*, req. n° 17329 et 8208, conclusions Chardeau, *Rec.*, p. 342-347 ; TC., 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, *Rec.*, p. 792.

1153 Il convient de citer, à titre d'exemple, les contrats emploi-solidarité, emploi-consolidé, emploi-jeunes et le des

temporaires sont de nature administrative proprement dite. C'est dans ces dernières que se trouve le vrai sens de l'intérim. Elles sont assurées par des agents temporaires parce que l'administration n'a pas pu recruter du personnel en temps voulu. S'agissant de ces missions, sauf l'interdiction de confier à des agents intérimaires des fonctions susceptibles de les exposer aux sanctions prévues par les articles 432-12 et 432-13 du Code pénal[1154], la loi du 3 août 2009 n'a pas fixé de limitation liée à leur nature. Il conviendra, aux termes de la circulaire du 3 août 2010 « relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique », « d'examiner au cas par cas si le recours à l'intérim pour tel poste est adapté ». Cependant, la circulaire émet deux limites au recours intérimaire. D'un côté, les postes temporairement pourvus dans la fonction publique ne doivent représenter « aucune spécificité ou enjeu particulier par rapport à des postes de travail de même nature dans le secteur privé » ; de l'autre, la solution de l'intérim privé « ne pourra être utilisée pour des missions dont l'exercice exige une qualité ou une habilitation particulière au regard du droit (prestation de serment, agrément, etc.) ou comportent l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Par cette exclusion, les embarras relatifs à la compétence de l'agent intérimaire évoqués dans le droit chinois sont en principe évités. Enfin, la circulaire précise que « le salarié intérimaire doit avoir les mêmes compétences que celles requises pour les fonctionnaires et agents non titulaires exerçant les fonctions considérées » et que « l'accès d'un salarié intérimaire à un emploi est ainsi conditionné à la capacité pour l'entreprise de travail temporaire de vérifier les qualités exigées par la personne publique ». Cette série de précisions incite à penser que les agents intérimaires ont tendance à réincarner les agents contractuels de droit privé que l'administration pouvait recruter avant la jurisprudence *Berkani*.

Bien que l'agent intérimaire soit un salarié de l'entreprise d'intérim, le contrat de mise à disposition crée un véritable lien hiérarchique entre l'intérimaire et le chef de l'administration d'accueil. Aux termes de l'article L. 1251-61 du Code du travail, les agents intérimaires sont soumis aux règles d'organisation et de fonctionnement du service où ils sont employés et leurs droits et obligations sont identiques à ceux des agents publics[1155]. La circulaire du 3 août 2010 précise non

assistants d'éducation.

1154 Une limitation générale en matière de travail intérimaire est fixée par l'article L. 1251-10 du Code du travail qui précise qu'il n'est pas possible de recourir à un travailleur intérimaire pour remplacer un médecin du travail, un agent gréviste, ni pour effectuer certains travaux particulièrement dangereux listés à l'article D 4154-1 du Code du travail. Toutefois, l'autorité administrative peut exceptionnellement autoriser une dérogation à cette dernière interdiction, dans des conditions déterminées par voie réglementaire.

1155 Article L. 1251-61 du Code du travail :

> « Les salariés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire auprès d'une personne morale de droit public sont soumis aux règles d'organisation et de fonctionnement du service où ils servent et aux obligations s'imposant à tout agent public. Ils bénéficient de la protection prévue par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations

seulement qu'un agent intérimaire est « soumis à l'ensemble des obligations prévues par le titre Ier du statut général des fonctionnaires (secret professionnel, obligations de discrétion, obéissance hiérarchique, etc.) », mais aussi qu'il doit « se conformer au règlement intérieur de sa structure d'accueil, si un tel document existe ». De même, concernant les conditions de travail, un agent intérimaire « a accès aux mêmes avantages collectifs que les agents de la personne publique » et « est soumis aux règles d'exécution du travail applicables dans l'administration utilisatrice en matière de durée de travail, travail de nuit, repos hebdomadaire et jours fériés, hygiène et sécurité, etc. »[1156]. Enfin, aux termes de l'article L. 1251-63 du Code du travail, « les litiges relatifs à une mission d'intérim opposant le salarié et la personne publique utilisatrice gérant un service public administratif sont portés devant la juridiction administrative ».

Comme le souligne Antony Taillefait, « l'intérimaire est plongé dans un bain de normes de droit public »[1157]. La « publicisation » de la situation des agents intérimaires n'est point étonnante eu égard aux exigences de l'intérêt général et aux spécificités de mode de travail qui en découlent. Il est logique qu'un salarié, exécutant temporairement les missions de service public à la place d'un agent public, soit placé momentanément dans une situation similaire à celle de l'agent public remplacé. Cela étant, cette logique ne vaut pas en ce qui concerne la stabilité de l'emploi.

B. La question de la stabilité de l'emploi intérimaire

Poser la question de la stabilité de l'emploi d'un agent intérimaire peut paraître en soi antinomique, car l'intérim n'a pas vocation à perdurer d'une part, et son intérêt se trouve dans la mobilité plus que dans la stabilité d'autre part. Toutefois, force est de constater que certaines administrations, ayant l'habitude de fonctionner avec des agents intérimaires, ont tendance à abuser du recours à l'intérim, créant, en quelque sorte, une sous-couche à l'égard de leur personnel public. La question de la stabilité de l'emploi se pose dès lors pour les agents intérimaires dont les contrats de mise à disposition sont anormalement prolongés par leurs employeurs publics. Face à cette dérive du recours à l'intérim, le droit français a opté pour une sorte de « publicisation »[1158] de la situation de l'agent intérimaire (1) tandis qu'en Chine, une telle pratique est vivement critiquée par la doctrine (2).

---

des fonctionnaires. »

1156 Circulaire du 3 août 2010 « relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique », préc..

1157 Antony Taillefait, « Le recours aux entreprises de travail par les collectivités territoriales », *AJCT* 2010, n° 1, p. 24.

1158 Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 246 – 250.

1. La « publicisation » de l'emploi intérimaire en cas de prolongement du contrat de mise à disposition dans la fonction publique française

Le caractère exceptionnel et non durable de l'intérim dans la fonction publique française est toujours rappelé par les textes juridiques. Ainsi l'article 21 de la loi du 3 août 2009 limite la durée totale du contrat de mise à disposition pour les quatre cas de recours possibles à l'intérim. Aux termes de cette disposition, pour les trois premiers cas[1159], « la durée totale du contrat de mission ne peut excéder dix-huit mois », « est réduite à neuf mois lorsque l'objet du contrat consiste en la réalisation de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité », et « portée à vingt-quatre mois lorsque la mission est exécutée à l'étranger » ; pour le quatrième cas[1160], « la durée totale du contrat de mission ne peut excéder douze mois », et elle est « réduite à neuf mois si le contrat est conclu dans l'attente de la prise de fonctions d'un agent ». Enfin, la circulaire du 3 août 2010 rappelle que « le recours à une entreprise de travail temporaire doit être exceptionnel et ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale de la personne publique ».

Or, dans le même temps, ces textes ont eu aussi pour objet de faciliter le recours à l'intérim en vue d'une meilleure mobilité entre les secteurs public et privé du travail. Le recours aux entreprises de travail temporaire connaît un développement important notamment dans la fonction publique hospitalière, dans la fonction publique territoriale pour les postes de catégorie C et dans les filières administratives exigeant des connaissances techniques particulières et de façon ponctuelle. De sa soumission à l'exigence de « circonstances exceptionnelles » et d' « extrême urgence »[1161] à son extension aux conditions du recrutement d'un agent contractuel de droit public[1162], l'intérim privé dans la fonction publique a ainsi vécu une évolution considérable. La montée du recours à

1159 Le « remplacement momentané d'un agent en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale, d'un passage provisoire en temps partiel, de sa participation à des activités dans le cadre d'une réserve opérationnelle, sanitaire, civile ou autre, ou de l'accomplissement du service civil ou national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux », l' « accroissement temporaire d'activité » et le « besoin occasionnel ou saisonnier ».

1160 La « vacance temporaire d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ».

1161CE., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT. des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, préc..

1162 Article 21 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ».

l'intérim est vivement critiquée tant par certaines tendances politiques[1163] et syndicales[1164] que par une partie de la doctrine, comme une sorte de « négation même des spécificités publiques »[1165]. Toutefois, la voie intérimaire a favorisé la recherche d'emploi, bien que temporairement. En outre, le travail intérimaire a permis aux salariés mis à disposition d'acquérir des expériences professionnelles, lesquelles peuvent être valorisées dans la fonction publique une fois la situation de l'agent intérimaire modifiée et stabilisée.

En effet, la loi du 3 août 2009 a prévu l'éventuel maintien de la relation de travail temporaire par l'employeur public et lui impose de conclure un contrat de trois ans s'il « continue à employer un salarié d'une entreprise de travail temporaire après la fin de sa mission sans avoir conclu avec lui un contrat ou sans nouveau contrat de mise à disposition ». De surcroît, l'ancienneté du salarié est prise en compte à partir du premier jour de sa mise à disposition auprès de la personne publique[1166]. L'article L. 1251-63 du Code du travail attribue la compétence au juge administratif pour connaître des « litiges relatifs à une mission d'intérim opposant le salarié et la personne publique utilisatrice gérant un service public administratif », de telle sorte que, comme l'indique la circulaire du 3 août 2010, « le juge administratif pourra requalifier le contrat de travail temporaire en contrat de droit public si les remplacements successifs ont eu pour effet de pourvoir durablement un poste permanent dans la personne publique ». Un précédent jurisprudentiel du Tribunal des conflits a déjà projeté la solution[1167]. Or, une telle requalification du contrat pourrait conduire, comme le souligne Emmanuel Aubin, à réactiver le contentieux administratif dans ce domaine après la simplification « berkanienne ». Il n'est pas impossible que le juge reprenne la solution issue de la jurisprudence *Dame veuve Mazerand* s'appuyant sur la nature de l'emploi, compte du caractère permanent d'un poste dans la personne publique gérant un service public administratif[1168].

Quoi qu'il en soit, la requalification du contrat de mise à disposition en contrat de droit public symbolise l'entrée officielle d'un ancien salarié dans la fonction publique. Cette solution, favorable à la sécurité d'emploi des salariés intérimaires, aurait, en revanche, pour effet d'augmenter

---

1163 Voir par exemple le rapport d'Olivier Véran, *Hôpital cherche médecin, coûte que coûte. Essor et dérives du marché de l'emploi médical temporaire à l'hôpital public*, 18 décembre 2013, version PDF sur le site de la Fédération de l'hospitalisation privée : http://documentation.fhp.fr/documents/19791R.pdf.

1164 Voir le communiqué de la CGT, *Suppression de l'intérim dans la fonction publique*, 20 décembre 2013.

1165 Voir, par exemple, Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *op. cit*. p. 229.

1166 Article L. 1251-62 du Code du travail.

1167 TC., 3 mars 2009, *Desbords c/ Ministre de la défense*, req. n° 3674.

1168 Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *op. cit*., p. 247.

les effectifs du personnel de la fonction publique par voie contractuelle. C'est principalement pour cette raison qu'en Chine, le prolongement anormal de la situation intérimaire et, le cas échéant, l'intégration de l'agent intérimaire — lequel est recruté directement par l'employeur public — dans la fonction publique sont vivement repoussés par la doctrine.

2. Les critiques doctrinales sur le prolongement de la durée intérimaire en Chine

En Chine, il n'existe pas de textes régissant l'intérim dans la fonction publique au niveau de l'autorité centrale. Les entités locales sont donc libres de déterminer les règles applicables aux agents intérimaires[1169]. Cela étant, la plupart des entités locales n'ont pas édicté de mesures encadrant les agents intérimaires dans les administrations. Dans ce cas, le recours aux agents intérimaires par les établissements administratifs et USP est soumis aux seules règles du droit du travail. Cette carence relative à la limitation du recours à l'intérim privé dans la fonction publique peut avoir pour conséquence de perpétuer la situation intérimaire d'un salarié au sein de l'administration. Cette pratique est non seulement nuisible au principe de la mobilité dans la fonction publique, mais aussi néfaste à l'avenir professionnel de l'agent intérimaire qui subit une sorte de précarité indéterminée[1170].

De surcroît, l'inflation des recours aux agents intérimaires a pour effet de créer une sous-couche dans le personnel de l'administration. Les agents intérimaires sont chargés des missions d'exécution matérielle et assignés aux fonctions subalternes tandis que les agents publics ont tendance à former une classe supérieure au sein de l'administration. C'est notamment le cas de la gestion administrative des affaires urbaines, de la surveillance du trafic routier et du contrôle des véhicules en stationnement. Ce fossé altère la gestion du personnel de l'administration en ce qu'il crée une inégalité de fait entre les agents publics et les agents intérimaires de droit privé, qui sont pourtant affectés aux mêmes services publics[1171]. Le prolongement d'une telle situation inégalitaire mettra à mal le fonctionnement du service.

1169 Les textes ne sont édictés par tous le niveaux territoriaux. Ainsi, au niveau provincial, la mesure du 8 juillet 2005 « relative à la gestion des agents assistants de la surveillance du trafic routier de Beijing » (Beijing étant une agglomération directement subordonnée à l'autorité centrale) [*北京市道路交通安全协管员管理办法*], au niveau municipal, la mesure provisoire du 3 juin 2010 de la municipalité de Changsha « relative à la gestion des agents intérimaires des établissements administratifs et unités de service public » [*长沙市市直机关事业单位聘用临时工作人员暂行管理办法*], au niveau du district, la mesure provisoire du 12 septembre 2013 du district Bao'an de la municipalité de Shenzhen « relative à la gestion des agents intérimaires des établissements administratifs et unités de service public » [*深圳市宝安区机关事业单位临聘人员管理暂行办法*].

1170 *S. H.* voir DUAN Longfei, « Étude sur la gestion des agents intérimaires dans l'administration chinoise », *op. cit.*.

1171 LI Kejie, « Les dérives de l'intérim privé révélatrices d'une faiblesse de droit », *Forum Populaire*, 2007, novembre, p. 43 [*李克杰，协管员问题暴露法治软肋*，人民论坛].

Or, dans le contexte d'une politique ferme d'abaissement des effectifs dans la fonction publique, l'intégration des agents intérimaires, même en tant qu'agents publics contractuels, n'est pas souhaitable. Pour la majorité de la doctrine, la solution réside, comme nous l'avons montré *supra*[1172], dans l'externalisation des ressources humaines des établissements administratifs et USP. En effet, le recours à l'intérim devrait laisser place à l'externalisation des services publics. Au lieu de procéder au recrutement de personnel, l'administration conclut un contrat de prestation de service avec des entreprises de travail temporaire suivant les règles du marché. Curieusement, on retrouve le modèle de la pratique française du recours à l'intérim[1173]. Le prolongement de la durée des contrats d'intérim, comme de celle des contrats de fonction publique, représente en France, une source de précarité à l'égard des salariés, alors qu'en Chine, il s'agit davantage d'un problème de coût pesant sur l'administration et d'un frein à la mobilité administrative.

*

Si pour les défenseurs des principes classiques du droit de la fonction publique, la montée de l'intérim privé dans la fonction publique, tout comme l'amplification de la contractualisation, représente une « négation même des spécificités publiques »[1174], l'atténuation du lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public étend cette négation au cœur du domaine public.

1172 Voir I – B : Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique chinoise, notamment les auteurs cités.

1173 Circulaire du 3 août 2010 « relative aux modalités de recours à l'intérim dans la fonction publique », précitée. Voir les analyses d'Emmanuel Aubin, « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », *op. cit.*, p. 244.

1174 Voir, par exemple, Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *op. cit*. p. 229.

Section 2. L'atténuation du lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public

La croissance de l'intérim privé au sein de la fonction publique, comme l'externalisation des services publics, montrent que les missions de service public ne sont pas nécessairement assurées par des agents publics. Cette dissociation était déjà clairement annoncée par la distinction entre la nature administrative et la vocation marchande des services publics.

La question est dès lors de savoir si les agents publics sont eux-mêmes tenus d'effectuer des missions de service public, ou exclusivement des missions de service public. Nous serions tentés de répondre par l'affirmative compte tenu des spécificités exorbitantes d'une fonction publique de carrière scellée par le principe de l'unité d'un régime général statutaire et réglementaire. Ces spécificités sont justifiées par l'intérêt général et se manifestent dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Selon ce schéma idéal, un agent public, désigné à ce titre, aurait pour unique vocation d'exécuter des missions de service public.

Mais ni le droit, ni la pratique ne permet de concevoir la réalisation d'un tel état idéal. En France comme en Chine, les agents publics peuvent être autorisés à exercer des activités autres que celles de service public. Le cas échéant, l'agent public peut être incité à quitter définitivement la fonction publique. Si la nature des fonctions d'un agent public placé en dehors de la fonction publique par des mesures de mobilité — lesquelles ont vocation à favoriser la circulation entre les domaines public et privé du travail — est en principe conditionnée par son lien avec l'intérêt général, parfois un tel placement a pour objectif ou pour effet d'inciter l'agent à partir définitivement de la fonction publique.

En France, la corrélation entre l'exercice de missions de service public et le fonctionnaire, telle qu'elle est traditionnellement conçue, n'est pas à l'abri d'un revirement (I), d'autant que le lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public est affaibli par les mesures de flexibilité entre les domaines public et privé du travail (II).

I. La remise en cause de la corrélation entre le fonctionnaire et l'exercice de missions de service public en France

Selon les principes traditionnels, l'exercice des missions de service public constitue la base de l'existence des fonctionnaires (A). Toutefois, ce postulat ne donne pas un droit aux fonctionnaires à exercer les missions de service public (B).

A. Le lien consubstantiel entre le fonctionnaire et les missions de service public

Pour Léon Duguit, la notion de fonctionnaire est intimement liée à celle de service public[1175]. L'idée a été également exprimée par le juge administratif qui considère que les fonctionnaires sont « soumis, en acceptant leur emploi, à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public »[1176]. Ensuite, à l'occasion des affaires *Vingtain et Affortit*, le commissaire du gouvernement Chardeau fait reposer la qualification d'agent public sur le critère du lien substantiel avec le service public[1177]. Cette solution a été réaffirmée par le Tribunal des conflits dans l'affaire *Dame veuve Mazerand*[1178]. Le revirement de la jurisprudence *Berkani* va dans le sens du renforcement du critère du service public dans la qualification d'agent public[1179].

Si la jurisprudence a toujours été implicite au sujet du lien entre le fonctionnaire et les missions de service public, un avis du Conseil d'État du 18 novembre 1993 a clairement énoncé « un principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de mission de service public ». De surcroît, l'existence de « règles spéciales relatives au statut de la fonction publique » et de « garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires » a pour objet essentiel d'assurer « la neutralité et la continuité des services publics »[1180].

La portée de cet avis a été significative dans la mesure où elle consolide le lien entre service public et fonction publique[1181]. Le Conseil d'État a consacré « un principe général du droit auquel il reconnaît une valeur constitutionnelle »[1182]. La logique selon laquelle le fonctionnaire est censé exécuter les missions de service public est largement recevable, et pour certains, même souhaitable. Avec l'avis du Conseil d'État du 18 novembre 1993, il a même été possible de croire qu'il existe un principe constitutionnel qui accorde un droit au fonctionnaire d'exercer des missions de service public. Toutefois, cette hypothèse est repoussée par le juge constitutionnel.

1175 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 2ème éd., Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 1921, p. 7.

1176 CE., 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents de l'administration des contributions directes*, *Rec*., p. 37 ; *S*. 1922, III. 1, note Maurice Hauriou ; *RDP* 1922, p. 59, note Gaston Jèze.

1177 CE., 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*, req. n° 17329 et 8208, concl. Chardeau, *Rec*. p. 342-347.

1178 TC., 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*, *Rec*. p. 792.

1179 TC., 25 mars 1996, *Berkani*, *Rec*. p. 536.

1180 CE., avis du 18 novembre 1993, req. n° 355255.

1181 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit*., p. 291.

1182 Lucien Rapp, « La privatisation de France Télécom : de « l'exemple français » à « l'exception culturelle » », *CJEG* 1994, p. 359.

B. L'absence de droit des fonctionnaires à exercer des missions de service public

En 2003, l'acte III de la privatisation de France Télécom a eu pour effet de faire disparaître l'attribution législative d'une mission de service public à France Télécom. Pour être conforme à la directive communautaire du 7 mars 2002, le législateur a retiré à France Télécom sa qualité d'opérateur public de service universel, l'ayant remplacé avec l'attribution de missions de service universel[1183]. France Télécom assure dès lors, comme d'autres opérateurs du marché, « des obligations de service public »[1184]. Toutefois, les anciens personnels publics de France Télécom ont été maintenus malgré le changement du pouvoir de nomination et de la direction de gestion. En conséquence, les deux critères fonctionnel et organique consolidant le lien entre le service public et le fonctionnaire — l'affectation du fonctionnaire à une mission de service public et la soumission du fonctionnaire à une autorité publique[1185] — s'estompent. « France Télécom est devenue », comme le relève Fabrice Melleray, « du point de vue de ses missions, une entreprise commerciale presque comme les autres »[1186]. France Télécom n'assure plus à titre essentiel l'exécution de missions de service public, en dépit des fonctionnaires qui demeurent en son sein. Une telle situation n'est pas conforme, selon le syndicat de défense des fonctionnaires, au principe « selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public »[1187]. La réponse négative et sobre du Conseil constitutionnel[1188] à la contestation du syndicat de défense des fonctionnaires peut paraître décevante pour ceux qui défendent le lien intrinsèque entre service public et fonction publique. En effet, sans explication, le Conseil dénie l'existence d'un tel principe à valeur constitutionnelle et ne reconnaît pas au fonctionnaire un droit à exercer une mission de service public. Si les spécificités du régime des fonctionnaires sont toujours justifiées et commandées par le service public, celui-ci n'est pas à l'inverse une attribution obligatoire des fonctionnaires[1189]. Les fonctionnaires peuvent bénéficier des droits et libertés attachés à leur qualité sans être affectés à des missions de service public[1190].

1183 Martine Lombard, « Service public et service universel, ou la double inconstance », *in Mélange en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 507.

1184 Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA* 2003, p. 2078.

1185 Charles Fortier, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *op. cit.*, p. 291 ; Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2078.

1186 Fabrice Melleray, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *op. cit.*, p. 2079.

1187 CE., avis du 18 novembre 1993, n° 355255, préc..

1188 Le Conseil constitutionnel considère en dernier lieu que « les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ».

1189 Stéphane Buffa, commentaire sur la décision du Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, *op. cit.*, p. 11.

1190 Christophe Geslot, Observations sur la décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC,

Quoi qu'il en soit, la décision du juge constitutionnel, bien qu'elle rejette l'existence d'un principe constitutionnel accordant à un fonctionnaire le droit d'être affecté à une mission de service public, ne nie pas le lien entre le service et le fonctionnaire. France Télécom n'assure certes plus un « service public national » qui implique le monopole de l'État, mais le service universel des télécommunications, comme celui des postes, n'en est pas moins un service public au sens propre du terme qui conserve certaines exigences particulières liées à l'intérêt public[1191].

L'objet vrai de la contestation est le fait qu'un groupe d'agents publics travaille au sein d'une entreprise privée, que celle-ci soit chargée d'une mission de service public ou non. Comme nous l'avons souligné, il s'agit d'une remise en cause du critère organique quant à l'application du droit de la fonction publique[1192]. L'utilisation de l'expression « service public » en droit français est tellement conditionnée par la notion de service public développée par la jurisprudence et la doctrine du droit administratif que l'expression juridique se confonde dorénavant avec l'expression proprement linguistique. Or celle-ci, comme nous l'avons très tôt montré dans l'introduction générale à travers la comparaison entre les notions française et chinoise de service public, est plus large que la notion juridique de service public conçue par le droit administratif français en ce qu'elle dépasse les frontières organiques entre le public et le privé. C'est d'ailleurs sur cette acception large et substantielle de l'expression « service public » que repose l'organisation du personnel de la fonction publique chinoise.

L'absence de droit à l'exercice d'une mission de service public ne dissocie pas le fonctionnaire du service de l'intérêt général. Cependant, la question est de portée différente lorsque le fonctionnaire exerce des activités autres que celles prévues dans le cadre de sa fonction et surtout lorsque ces activités ne relèvent pas du domaine du service public.

II. L'atténuation, par les mesures de flexibilité, du lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public

Il s'agit d'abord de l'affaiblissement du principe de l'interdiction du cumul d'activités privées par un élargissement du champ d'activité pour les fonctionnaires (A). Cela aurait contribué à inciter les fonctionnaires à quitter la fonction publique pour rejoindre le secteur privé (B).

Syndicat de Défense des fonctionnaires, *op. cit.* , p. 12.

1191 Christophe Geslot, observations sur la décision du Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, *op. cit.*, 12.

1192 Voir partie I – titre I – chapitre II – section 2 – II : La question du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique.

A. L'élargissement du champ d'activité des fonctionnaires

Selon les principes classiques des fonctions publiques française et chinoise, le champ d'activité des fonctionnaires est limité par leur statut (1). Toutefois, dans le contexte de la « modernisation » et, à vrai dire, de la « banalisation » de la relation de travail dans la fonction publique, le principe de l'interdiction du cumul d'activités privées montre quelque assouplissement (2)

1. Le principe de l'interdiction du cumul d'activités privées

L'interdiction du cumul d'activités privées faite aux agents publics est un principe classique du statut général de la fonction publique française (a) aussi bien que du système de la fonction publique chinoise (b).

a. En France

En France, le cumul d'activités d'un fonctionnaire est limité par une double interdiction, statutaire[1193] et pénale[1194]. Les deux textes ont pour objectif commun de garantir l'indépendance de l'agent lors de l'exécution de ses missions de service public, et l'impartialité de la mise en œuvre d'un service public qui est une des manifestations du principe de l'égalité devant la loi. Mais la règle pénale relève plutôt du domaine économique, visant la répression de la corruption[1195], tandis que la règle statutaire est d'ordre déontologique, tendant à éviter les conflits entre l'intérêt du service et les intérêts privés de l'agent[1196].

L'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 posait sobrement le principe d'interdiction du cumul d'activités aux fonctionnaires : ceux-ci « consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées » et « ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit ». En outre, « les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance ». Cette interdiction statutaire était confirmée par l'ancien article 324-1 (abrogé)

1193 Article 25 de la loi du 13 juillet 1983.

1194 Article 432-12 du Code pénal.

1195 À ce sujet, voir Didier Jean-Pierre, « Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?,* sous la dir. de Charles Fortier, Dalloz, 2014, p. 295 – 297.

1196 Nathalie Laval-Mader, « Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ? », *AJDA* 2009, p. 1230 ; Didier Jean-Pierre, « Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, *op. cit*., p. 298 – 300.

du Code du travail lequel interdisait aux fonctionnaires et autres personnels des services publics « d'occuper un emploi privé rétribué ou d'effectuer à titre privé, un travail moyennant rémunération ».

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique », tout en assouplissant le principe de l'interdiction posé par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, ajoute quelques précisions concernant l'interdiction du cumul d'activités privées à but non lucratif. Ainsi sont interdites « la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations ne satisfaisant pas aux conditions fixées au b du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts », « le fait de donner des consultations, de procéder à des expertises et de plaider en justice dans les litiges intéressant toute personne publique, le cas échéant devant une juridiction étrangère ou internationale, sauf si cette prestation s'exerce au profit d'une personne publique » et « la prise, par [les fonctionnaires] ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance »[1197]. Par ailleurs, un projet de loi « relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires » a été déposé le 13 juillet 2013 à l'Assemblée Nationale (sous n° 1278), qui, unissant et structurant les règles relatives à la possibilité pour les fonctionnaire de créer ou de reprendre une entreprise, y apporte quelques restrictions : cette possibilité disparaît lorsque l'entreprise en question « donne lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou affiliation au régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale »[1198].

L'objectif de ces nouvelles interdictions est toujours le même : éviter que le fonctionnaire se trouve en conflit avec son employeur public dans l'exercice de ses activités privées, même lorsqu'elles ne sont pas lucratives. C'est aussi dans ce souci d'éviter tout conflit d'intérêts que s'est posé le principe d'interdiction du cumul d'activités privées dans la fonction publique chinoise.

b. En Chine

L'interdiction de cumuler des activités lucratives a été imposée aux agents de l'administration avant même l'édiction du premier texte juridique régissant les agents publics de l'État. En effet, le Comité central du PCC et le Conseil des affaires d'État ont conjointement publié,

1197 Article 25, I, al. 2, de la loi du 13 juillet 1983.

1198 Article 6 dudit projet de loi.

le 3 octobre 1988, une décision « sur la réglementation des entreprises »[1199] consistant essentiellement à régler les confusions entre les domaines administratif et marchand et à exclure les activités marchandes du champ d'activité des agents de l'administration. L'objet de cette décision a été rappelé par une notification du 26 juin 1992 concomitamment par les bureaux généraux du Comité central du PCC et du Conseil des affaires d'État, dans laquelle il est précisé que les cadres des partis politiques, des établissements administratifs et des USP se voient interdire d'entreprendre ou de cumuler des activités commerciales.

Ce principe a été inséré dans le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » lequel étend l'interdiction à toute activité à but lucratif. L'incompatibilité entre identité d'agent public et activité commerciale est dès lors un principe juridique de la fonction publique. Conformément à ce principe, un an avant l'adoption de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics », le Comité central de discipline et le Comité central d'organisation du PCC ont publié une notification du 13 janvier 2004 « sur le contrôle des cumuls des dirigeants et cadres du Parti dans les entreprises »[1200] selon laquelle les agents publics cumulant des activités dans les entreprises doivent soit renoncer à ces activités, soit quitter leur emploi public et, le cas échéant, être radiés de leur établissement d'origine.

Enfin, la législation de 2005 a élevé le principe de l'interdiction du cumul d'activités lucratives au rang législatif. Dans la liste des interdictions faites aux agents publics, établie par l'article 53 de la loi du 27 avril 2005, figurent le fait d'entreprendre ou de participer à des activités à but lucratif, et le cumul de fonctions dans les entreprises ou organismes à but lucratif[1201]. En vue de l'application de cette disposition législative, le Conseil des affaires d'État a édicté, le 22 avril 2007, un règlement « sur la sanction des agents publics des établissements administratifs »[1202], lequel prévoit dans son article 27 que la sanction des cumuls d'activités lucratives varie entre avertissement, rétrogradation et révocation. Toutefois, face au cumul d'activités des fonctionnaires, la loi du 27 avril 2005 propose une souplesse minimale. Son article 42 prévoit que « pour des raisons professionnelles, lorsqu'un agent public a besoin de cumuler d'autres activités en dehors de son administration d'origine, il doit obtenir au préalable l'autorisation de celle-ci et ne peut

---

1199 " *关于清理整顿公司的决定* ", Guan-yu-qing-li-zheng-dun-gong-si-de-jue-ding.

1200 " *关于对党政领导干部在企业兼职进行清理的通知* ", Guan-yu-dui-dang-zheng-ling-dao-gan-bu-zai-qi-ye-jian-zhi-jin-xing-qing-li-de-tong-zhi.

1201 Article 53-XIV de la loi du 27 avril « sur les agents publics ».

1202 " *行政机关公务员处分条例* ", Xing-zheng-ji-guan-gong-wu-yuan-chu-fen-tiao-li.

bénéficier de la rémunération liée aux activités cumulées »[1203]. Par rapport à l'interdiction de l'article 53-XIV qui vise surtout des activités à but lucratif, l'article 42 ouvre ainsi une voie au cumul d'activités non lucratives.

L'interdiction faites aux agents publics du cumuler des activités lucratives semble emporter la conviction de la doctrine, pour laquelle la participation des agents publics aux activités d'entreprises ou organismes à but lucratif est contraire aux règles de fonctionnement du marché étant donnés les avantages des agents publics liés à leurs fonctions[1204]. Une telle pratique est inéluctablement source d'abus et de détournements de pouvoir et favorise, par conséquent, la corruption[1205].

Toutefois, avant d'être une question disciplinaire et individuelle, l'interdiction cumul d'activités soulève la question du rôle de l'État dans la société. La bonne gestion du cumul d'activités des agents publics devrait passer par une catégorisation préalable des activités de l'État[1206]. À mesure que les frontières entre les domaines public et privé s'effacent dans la réalisation des divers services publics et que les règles du droit du travail pénètrent le droit de la fonction publique, l'interdiction du cumul d'activités montre aussi, quant à elle, quelques assouplissements.

2. L'assouplissement de l'interdiction du cumul d'activités privées

En France, les assouplissements de l'interdiction du cumul d'activités aux fonctionnaires ont été établis par les réformes successives du statut de la fonction publique (a), alors qu'en Chine, bien que la règle centrale soit ferme et catégorique, les pratiques locales ont largement dévié à travers des mesures de mobilité (b).

a. Les réformes assouplissant l'interdiction du cumul d'activités des fonctionnaires français

La première dérogation au principe de l'interdiction du cumul d'activités a été apportée par l'article 20 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 « relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la

1203 "*公务员因工作需要在机关外兼职,应当经有关机关批准,并不得领取兼职报酬*".

1204 DU Juan et ZHANG Feng, « Réflexions sur le cumul d'activités des agents publics de l'État », *Droit et Société*, 2008, n° 1, p. 191 [*杜娟、张峰，对国家公务员兼职的几点看法*，法制与社会].

1205 DAI Yazhe et WANG Yujie, « La question du cumul des activités commerciales des agents publics dans la construction du système de la fonction publique », Presses de l'Université Ha'erbin, 2005, n° 3, vol. 26, p. 44 – 45 [*戴雅哲、王育杰，从公务员带薪经商看国家公务员体系建设*，哈尔滨学院学报].

1206 CHEN Hongxia et WANG Hongtao, « Réflexions sur la question du cumul d'activités des agents publics », *Administration et Droit*, 2010, n° 4, p. 40 – 42 [*陈洪侠、王洪涛，关于公务员兼职问题的思考*，行政与法].

fonction publique territoriale ». Elle permet aux agents publics « occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet pour lesquels la durée du travail est inférieure à la moitié de la durée légale ou réglementaire du travail des agents publics à temps complet » d'exercer, « à titre professionnel, une activité privée lucrative dans les limites et conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Cette dérogation, reprise par la réforme de 2007, a été encore élargie par les articles 33 et 34 de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 « relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique » laquelle a fixé la quotité de l'emploi public à 70 % au lieu de 50 %, ce qui a pour effet d'élargir le nombre d'agents bénéficiaires de cette dérogation.

Dans un deuxième temps, l'article 20 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 « de modernisation de la fonction publique » a apporté deux nouvelles possibilités de dérogation : la déclaration d'un agent entrepreneur et le cas d'un dirigeant d'une entreprise devenant lauréat d'un concours ou agent contractuel de droit public[1207]. Si la deuxième peut être analysée comme une sorte de transition entre l'ancienne activité privée et la nouvelle activité d'agent public, la première marque bien une volonté d'assouplir le régime d'interdiction du cumul d'activités professionnelles aux fonctionnaires et, le cas échéant, d'inciter les fonctionnaires à devenir entrepreneurs à partir de la fonction publique. Afin de les encourager à entreprendre par le biais de cette dérogation, l'article 21 de la loi du 2 février 2007 a également modifié les articles 37 *bis* de la loi du 11 janvier 1984, 60 *bis* de la loi du 26 janvier 1984 et 46-1 de la loi du 9 janvier 1986, accordant aux fonctionnaires entrepreneurs un droit à un service à temps partiel. Pour favoriser l'expérimentation du fonctionnaire dans le secteur privé, la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 a prolongé la durée de la dérogation d'un an à deux ans, comme l'a fait également la loi n°2010-751 du 5 juillet 2010 pour la durée du droit au service à temps partiel, de sorte que le fonctionnaire puisse disposer de suffisamment de temps pour asseoir sa nouvelle activité[1208].

S'agissant du champ de l'autorisation du cumul d'activités, la loi du 2 février 2007 a entériné la possibilité de cumuler trois catégories d'activités :

1° La détention de parts sociales et la possibilité d'en percevoir des bénéfices, qui relèvent du droit de propriété et constituent un droit patrimonial de l'agent antérieurement confirmé par une

1207 Article 25, II de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

1208 Il est en même temps prévu que la dérogation puisse être prolongée pour une durée maximale d'un an à compter de la création ou de la reprise d'une entreprise par le fonctionnaire.

réponse du ministère de la fonction publique sur l'absence de limitation du nombre de parts sociales détenues par un agent[1209].

2° La production des œuvres d'esprit à condition que l'indépendance de cette production ne soit pas compromise, ni donc subordonnée à un contrat de travail[1210].

3° L'exercice, par les « membres du personnel enseignant, technique ou scientifique des établissements d'enseignement » et par les « personnes pratiquant des activités à caractère artistique », des « professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions ».

En outre, le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 « relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État », tout en encadrant le régime juridique de l'interdiction du cumul d'activités, crée un champ d'activités accessoires[1211], lequel a été élargi par le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 « modifiant le décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'État ».

L'innovation de ces deux réformes réglementaires est d'avoir affaibli le lien entre l'activité principale de l'agent et ses activités accessoires. Ainsi, les activités à caractère sportif ou culturel, les services à la personne et la vente de biens fabriqués personnellement par l'agent ne sont pas nécessairement dans le domaine de sa compétence professionnelle. Pour Sophie Richard Misral, les réformes de 2007 et 2011 ont pour conséquence de vider « de son contenu le principe d'interdiction de cumul justifié par l'obligation d'exclusivité des agents publics pour permettre aux agents publics de ne plus offrir uniquement ses services à son employeur public principal ». La pluralité des activités accessoires que l'agent peut être autorisé à exercer constitue un véritable « changement de philosophie » à l'égard de la réglementation ancienne[1212].

L'assouplissement du régime du cumul d'activités des fonctionnaires est donc bien affiché par les réformes relatives au statut des fonctionnaires en France. Ce n'est en revanche pas le cas en

---

1209 Question n° 12441, JOAN. du 27 avril 1998, p. 2386.

1210 CE., 20 juin 1973, *Guillet*, *Rec*., p. 423 ; 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse*, *Rec*., p. 270 ; *AJDA* 1991, p. 156, obs. Serge Salon ; 8 novembre 2000, *Thevenet*, req. n° 200835.

1211 La volonté d'assouplissement du régime du cumul d'activités est d'ailleurs très claire dans la circulaire n° 2157 du 11 mars 2008 « relative au cumul d'activités des fonctionnaires ».

1212 Sophie Richard Misrai, « L'interdiction du cumul d'activités dans le secteur public : un principe malmené », *AJFP* 2012, p. 9.

Chine où un tel assouplissement résulte plutôt des pratiques locales en dépit d'une règle centrale ferme mais dépourvue de précision.

b. Les pratiques locales affectant le principe de l'interdiction du cumul d'activités dans la fonction publique chinoise

Avant la législation de 2005, malgré l'interdiction du cumul d'activités privées des agents publics, l'autorité centrale tolérait largement les pratiques locales contraires à ce principe. En effet, les années 1990 ont été une période de changement drastique tant au niveau économique qu'au niveau social. À mesure que l'État diminue son monopole dans nombre de domaines marchands et de services, un secteur privé émerge brusquement et ne cesse de s'étendre. Or l'État, en tant qu'employeur premier de la société, concentrait en son sein la quasi-totalité des travailleurs qualifiés[1213]. D'un côté, les entreprises recherchaient des ressources humaines de qualité qui ne pouvaient être pourvues rapidement dans un secteur privé récemment développé, et de l'autre, les revenus des agents publics étaient relativement médiocres et ne pouvaient être facilement améliorés par le financement public en difficulté[1214]. En l'absence de mesures précises d'application du principe d'interdiction du cumul d'activités énoncé par l'autorité centrale, la position des entités locales étaient souple quant à l'application de ce principe[1215]. Cette pratique est de surcroît tolérée par le juge même après l'adoption de la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». À ce titre, une affaire concernant la détention de parts sociales par un magistrat judiciaire constitue une illustration saillante.

En février 2005, M. Z., alors président de la chambre civile du Tribunal Populaire du canton S, province du Shanxi, a acheté, conjointement avec son épouse, 10 % de parts sociales d'une société d'exploitation de mines de charbon, soit 1 800 000 CNY (environ 220 000 euros). Depuis, il a bénéficié des intérêts liés à sa participation pour les années 2005 et 2006, soit 3 600 000 CNY (environ 432 000 euros). Dans le même temps, le gérant de ladite société, M. C., sachant que depuis octobre 2005, l'État interdit strictement la participation des agents publics aux entreprises à but lucratif, a invité à M. Z. de renoncer à ses parts sociales, puis en 2007, lui a versé une sommes de 3

1213 JIANG Ming'an, *in* discutions enregistrées « Frontière entre agent public et commerçant », *Forum Populaire*, 2009, n° 4B, n° série 249, p. 20 [*姜明安，"官""商"错位的角色边界*，人民论坛].

1214 XIE Tianchang, « Enquête et réflexions sur le cumul d'activités des agents publics de l'État », *Presses universitaires de l'Institut des cadres de sciences juridique, politique et de gestion de la province du Zhejiang*, 1996, n° 4, n° série 29, p. 30 [*谢天长，对国家公务员兼职的调查与思考*，浙江省政法管理干部学院学报].

1215 TIAN Xiangbo, « De l'interdiction du cumul d'activités lucratives des agents publics dans le contexte de la modernisation », *Marxisme et Réalité*, 2006, n° 4, p. 183 [*田湘波，新时期禁止公务员经商和兼职制度研究*，马克思主义与现实].

000 000 CNY (environ 360 000 euros) en tant que remboursement de sa participation et a ensuite cédé la majorité du capital de la société aux deux autres actionnaires. Contestant son retrait de la société par la réception de la somme versée en 2007, M. Z. a intenté un procès à M. C. en 2008, en vue d'obtenir le versement des intérêts liés à sa participation au titre des années 2007 et 2008. L'autre partie au procès soutenait qu'aux termes de l'article 32-XI de la loi du 30 juin 2001 « sur les magistrats judiciaires »[1216], il est interdit aux juges de participer à des activités commerciales à but lucratif. Par conséquent, la participation de M. Z. au capital de ladite société d'exploitation des mines de charbon était illégale. Au demeurant, sa participation a été remboursée par le versement de 2007.

Toutefois, le juge de première instance n'a pas tenu compte de ces arguments, en s'appuyant uniquement sur le principe de la force obligatoire du contrat issu de la loi du 15 mars 1999 « sur les contrats »[1217]. Suivant la logique du jugement, la loi « sur les magistrats judiciaires », comme plus tard la loi « sur les agents publics », ne régit pas les activités civiles des individus. En cas d'infractions aux dispositions de ladite loi, il appartient à l'administration à laquelle est affecté l'agent en question de prononcer les mesures de sanction appropriées. Quant à l'espèce, les règles de la loi « sur les contrats » s'appliquent pleinement. De surcroît, la détention des parts sociales de M. Z. n'implique pas sa participation concrète aux activités de gestion de la société et sa qualité de fonctionnaire ne constitue pas un obstacle à l'exécution des stipulations du contrat conclu entre lui et la société en ce qui concerne le versement des intérêts issus de ses parts sociales. Mécontente du jugement de première instance, la société a saisi le juge d'appel qui a annulé le jugement de première instance. Néanmoins, son annulation est fondée sur les règles de la loi « sur les contrats » en reconnaissant le retrait de M. Z. par un accord verbal, et le remboursement de sa participation au capital par le versement de 2007. La question de la possibilité de détenir des parts sociales pour un agent public a encore été évitée. Ce faisant, le juge s'est borné à regarder M. Z. comme une personne civile, mais non pas comme un agent public dans la mesure où il ne commet pas d'infraction de nature pénale.

En effet, avant le jugement de première instance, la Cour Populaire suprême avait publié un avis directif du 7 juillet 2009 « sur les questions relatives au jugement des litiges issus des contrats civils et commerciaux »[1218], lequel rappelle dans son article 15 que la qualification de nullité d'un

---

1216 " *法官法* ", Fa-guan-fa.

1217 Préc..

1218 " *关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见* ", Guan-yu-dang-qian-xing-shi-xia-shen-li-min-shang-he-tong-an-jian-ruo-gan-wen-ti-de-zhi-dao-yi-jian.

contrat, pour motif de clauses contraires aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, énoncée par l'article 52-V de la loi « sur les contrats », doit être appliquée au cas par cas. Dans un article suivant, il précise que lorsqu'une telle qualification consiste à restreindre la capacité d'une personne de contracter, les tribunaux Populaires doivent être extrêmement prudents et, le cas échéant, solliciter l'avis des assemblées Populaires ou de l'instance juridictionnelle supérieure. Cette position trop prudente, ou presque pusillanime pour les théoriciens du contentieux administratif, témoigne d'une faiblesse du juge à l'égard de l'administration d'un côté, et d'une volonté de renforcer les droits économiques des agents publics en tant que personnes civiles dans un contexte de modernisation de l'État de l'autre.

En conséquence, une situation paradoxale peut se produire : un agent public peut légalement cumuler des activités lucratives dans le domaine privé en tant que personne physique de droit civil, mais il sera puni après par son administration en tant qu'agent public. La punition consiste à le priver des biens et intérêts qu'il a acquis à travers ses activités lucratives en sus de la sanction disciplinaire (avertissement, rétrogradation et révocation).

*

Si l'assouplissement de l'interdiction du cumul d'activités privées peut être favorable au fonctionnaire aspirant à plus de liberté professionnelle ou souhaitant augmenter ses revenus, il a tout de même pour effet d'éloigner l'agent de sa profession principale qui est le service public. Telle est peut-être une autre intention sous-jacente des réformes en la matière. Dans un contexte de rétrécissement de l'administration publique et, par conséquent, de la diminution de son personnel, le but final pourrait-il être d'inciter les fonctionnaires à quitter la fonction publique ?

B. L'incitation des fonctionnaires à quitter la fonction publique

La réduction des effectifs de l'État a toujours été une chimère que ce soit sous les régimes français *post* révolutionnaires successifs ou dans le gouvernement impérial de la Chine antique. Au temps de la modernisation, laquelle s'esquisse sous une impulsion libérale qui consiste à minimiser l'intervention publique, une fonction publique redondante, comme celles de la France et de la Chine, ne saurait échapper aux tentatives de réforme. Il ne s'agit pas seulement, selon leur perspective, de transférer les effectifs publics au secteur privé *via* notamment les privatisations et externalisations des services publics, mais aussi d'inciter les fonctionnaires à quitter la fonction publique soit de leur propre initiative (1), soit par des mesures de mobilité qui ont désormais vocation à relier les secteurs public et privé (2).

1. Le départ volontaire des fonctionnaires

Le départ volontaire des fonctionnaires est censé permettre une meilleure mobilité entre les secteurs public et privé, une plus grande liberté professionnelle aux fonctionnaires, mais surtout un allègement de la fonction publique. En France, le départ volontaire des fonctionnaires a été notamment favorisé par l'instauration d'une indemnité de départ volontaire sous la RGPP (a) tandis qu'en Chine, la réglementation centrale du départ volontaire des agents publics est, comme la mise en place d'autres réformes, précédée d'expérimentations locales (b).

a. En France : l'encouragement au départ volontaire des fonctionnaires par la mise en place d'une indemnité de départ volontaire

Le départ volontaire d'un fonctionnaire résulte juridiquement d'une démission régulièrement acceptée[1219]. Il s'agit d'un moyen de rompre le lien avec l'administration sur l'initiative du fonctionnaire. Lorsque le fonctionnaire démissionnaire souhaite exercer des activités professionnelles dans le secteur privé, certaines restrictions ont été mises en place compte tenu de la compatibilité entre la fonction précédemment assurée par l'agent en question et les nouvelles activités qu'il souhaite exercer. Pour ce faire, une commission de déontologie a été créée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », « chargée d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions »[1220].

Par ailleurs, le décret n°2007-611 du 26 avril 2007 « relatif à l'exercice d'activités privées par des fonctionnaires ou agents non titulaires ayant cessé temporairement ou définitivement leurs fonctions et à la commission de déontologie » précise que les agents démissionnaires « qui se proposent d'exercer une activité privée sont tenus d'en informer par écrit l'autorité dont ils relèvent un mois au plus tard avant la cessation […] de leurs fonctions dans l'administration »[1221].

Si ces mesures de garde-fou sont nécessaires et irréductibles eu égard aux exigences de l'intérêt général et auraient pour conséquence de limiter le départ volontaire des fonctionnaires lequel n'était déjà pas une pratique courante dans la fonction publique française, un nouveau dispositif a été créée par le décret n° 2008-368 du 17 avril 2008 « instituant une indemnité de départ

1219 Article 24, 2° de la loi n° 83-364 du 13 juillet 1983.

1220 Article 87 de ladite loi.

1221 Article 2 dudit décret.

volontaire », en vue de favoriser le départ volontaire des fonctionnaires de l'État dans le secteur privé.

Dans ses articles 2, 3 et 4, le décret du 17 avril 2008 prévoit trois cas d'attribution de l'indemnité de départ volontaire : la restructuration de l'administration, la création ou la reprise d'une entreprise et le développement d'un projet personnel. L'éligibilité d'un agent à l'indemnité de départ volontaire est en outre soumise à certaines conditions d'âge, d'ancienneté ou de durée de service minimale[1222]. Tout en offrant une possibilité de bénéficier de l'indemnité de départ volontaire, les trois cas n'ont pas la même portée.

En effet, le départ volontaire d'un agent à la suite d'une restructuration des corps et emplois de son administration n'est pas proprement « volontaire ». S'il a choisi de partir, c'est parce qu'aucun reclassement n'a pu intervenir après la suppression de son emploi. Au lieu d'une mise en disponibilité sans traitement, il opte pour une expérience dans le secteur privé avec une indemnité.

Le troisième cas d'attribution de l'indemnité de départ volontaire lié à un projet personnel est dépourvu de sens concret. En vue de la continuité du service, comme le souligne la circulaire n° 2166 du 21 juillet 2008 « relative aux modalités de mise en œuvre des décrets n° 2008-366, 2008-367, 2008-368 et 2008-369 du 17 avril 2008 », l'administration peut refuser de verser l'indemnité de départ volontaire. Dans le même temps, la réponse apportée à une telle demande doit être conforme à la politique de recentrage des administrations sur leur cœur de métier[1223].

Enfin, est au cœur de ce dispositif d'indemnité de départ volontaire, le cas du départ volontaire d'un agent pour créer ou reprendre une entreprise. Le départ pour un tel motif relève davantage de l'initiative de l'agent que son départ dû à la restructuration de l'administration, et l'attribution de l'indemnité de départ volontaire dans un tel cas se fonde sur des critères plus objectifs et plus opérationnels que l'attribution de l'indemnité de départ volontaire pour un projet personnel. En effet, aux termes de l'article 3 du décret n° 2008-368 du 17 avril 2008, l'agent entrepreneur doit communiquer à l'administration compétente le Kbis attestant de l'existence juridique de l'entreprise qu'il crée ou reprend, et les pièces justificatives permettant de vérifier la réalité de l'activité de l'entreprise. La circulaire n° 2166 du 21 juillet 2008 précise clairement que « les administrations accueilleront favorablement les demandes des agents remplissant les conditions fixées par le décret » et qu' « il y a tout lieu d'encourager l'initiative prise par l'agent,

1222 Article 5 du décret n° 2008-368 du 17 avril 2008.

1223 Question n° 6520, réponse publiée au *JOAN*. le 11 décembre 2012, p. 7396, ministère de l'intérieur, à propos de l'attribution de l'indemnité de départ volontaire aux gendarmes.

dès lors que celle-ci est de nature à favoriser le développement d'entreprises »[1224]. Cette perspective a été rappelée et confirmée par la réponse du ministère de l'intérieur à une question parlementaire à propos de l'attribution de l'indemnité de départ volontaire au sein de la gendarmerie[1225]. L'attribution de l'indemnité de départ volontaire aux agents entrepreneurs et celle inhérente à un projet personnel constituent une innovation par rapport à l'indemnité de départ volontaire instaurée par le décret n°98-1220 du 29 décembre 1998 « instituant une indemnité de départ volontaire au profit de fonctionnaires, agents stagiaires et agents contractuels en fonctions dans un établissement mentionné à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 », laquelle n'est en effet attribuée qu'aux agents concernés par une opération de réorganisation dans la fonction publique hospitalière.

L'instauration d'une indemnité de départ volontaire dans la fonction publique de l'État était l'une des réformes menées au titre de la RGPP. Il s'agit d'inciter les fonctionnaires à partir volontairement de la fonction publique pour commencer, selon les termes de la politique, une « seconde carrière » dans le secteur privé. Cet outil avait surtout vocation à réduire les effectifs de la fonction publique de l'État. Un an plus tard, la même démarche s'étend à la fonction publique territoriale par le décret n° 2009-1594 du 18 décembre 2009 « instituant une indemnité de départ volontaire dans la fonction publique territoriale ». Cependant, malgré l'ambition de la réforme, le résultat de l'indemnité de départ volontaire ne semble pas être à la hauteur de l'attente. En effet, dans la pratique, les fonctionnaires ont une grande réticence à quitter la fonction publique qui leur offre une carrière stable et relativement confortable en échange d'un « pécule » comme on le nomme communément. La majorité des agents n'est pas vraiment intéressée par ce dispositif. En revanche, ceux qui s'y intéressent sont souvent des agents dotés de compétences particulières ou de connaissances techniques hautement classées. Leur départ se ferait au détriment de la GRH de l'administration. Certes, l'externalisation des services, le recrutement contractuel, public ou privé, peuvent combler de manière ponctuelle leur départ. Mais quel serait l'intérêt de laisser partir des agents titulaires compétents pour avoir recours à des agents externes ou temporaires ?

En tout état de cause, le résultat des réformes réglementaires sur le départ volontaire des fonctionnaires n'est, pour le moment, pas suffisamment convaincant. Par rapport à cet état hésitant, le développement du départ volontaire des fonctionnaires en Chine est plutôt remarquable par les expérimentations locales avant d'être réglementé par l'autorité centrale.

1224 Circulaire n° 2166 du 21 juillet 2008, préc..

1225 Question n° 6520, réponse publiée au JOAN., 11 décembre 2012, p. 7396, préc..

b. En Chine : le départ volontaire des agents publics, expérimenté par les entités locales

Le 24 mai 2003, lors d'un salon de recrutement au centre d'échange des ressources humaines de la ville de Liuyang, province du Hunan, environ trois cents agents publics des établissements administratifs se portaient candidats devant environ quatre-vingts entreprises privées. Le 20 juin, le même phénomène a eu lieu au centre d'échange des ressources humaines de la ville de Dezhou, province du Shandong, avec une ampleur plus importante : face aux cent-trente entreprises privées présentes, plus de mille agents publics étaient candidats.

En effet, avant ces événements, ces deux entités locales avaient l'une et l'autre édicté une mesure favorisant le départ volontaire des agents publics. Ainsi, la mesure du 17 avril 2003 « relative à l'incitation des cadres et employés à exercer directement des activités économiques »[1226], publiée par le Comité du PCC de la ville de Liuyang, prévoit que les agents publics des établissements administratifs peuvent être autorisés à créer une entreprise ou à être collaborateurs d'une telle opération et à trouver un emploi dans une entreprise privée. Une fois accordée, cette autorisation est valable pour une durée de deux à cinq ans selon le cas. Durant cette période, l'agent garde le lien avec son administration d'origine ainsi que ses droits à l'avancement, à la sécurité sociale et au traitement de base sans primes[1227]. Dans le même temps, il est libre de bénéficier des intérêts dus à son entreprise ou de négocier son salaire auprès de son employeur privé. À l'échéance de cette période, il peut soit être réintégré dans son administration d'origine, soit quitter définitivement la fonction publique par l'acceptation de sa démission. La solution de cette norme locale est audacieuse dans la mesure où elle combine une sorte de mise à disposition de long terme et l'autorisation du cumul d'activités privées afin d'encourager les agents publics à quitter la fonction publique pour le secteur privé. L'inconvénient d'une telle combinaison naît de l'évidence : le bénéficiaire de cette mesure reste agent public avec tous les droits de base, mais ne travaille plus pour son administration, et n'est pas même confiné à exercer des activités d'intérêt général. La dissociation entre l'identité d'agent public et le service public est totale. Mais l'avantage de cette solution est d'inciter effectivement les agents publics au départ. Dans un contexte de rigueur économique, pour réduire les effectifs du personnel public, les gouvernements locaux n'hésiteront pas à recourir à cette solution. C'est le cas du Gouvernement Populaire de la province du Liaoning

1226 " *关于鼓励干部职工直接从事经济工作的若干规定* ", Guan-yu-gu-li-gan-bu-zhi-gong-zhi-jie-cong-shi- jing-ji-gong-zuo-de-ruo-gan-gui-ding.

1227 Les primes locales présentent, dans le traitement d'un fonctionnaire chinois, une partie très variable et parfois importante selon les différentes entités locales.

qui prévoit, dans son programme « d'aménagement des ressources humaines pour la période 2004 – 2010 »[1228] du 7 juin 2004, une démarche identique que celle de la ville de Liuyang.

Dans le même temps, la solution de l'indemnité de départ volontaire est expérimentée par d'autres entités locales. Ainsi, l'avis du 18 novembre 2004 « relatif au perfectionnement du système de départ des agents publics »[1229], conjointement publié par le Comité du PCC et le Gouvernement Populaire de la ville de Wuhan, prévoit une indemnité de départ volontaire dont le montant peut atteindre la somme totale d'entre cinq et huit ans du traitement de base d'un agent partant dans une entreprise privée. La solution de la ville Wuhan semble emporter l'adhésion de la doctrine[1230], laquelle ajoute tout de même quelques précautions notamment en ce qui concerne la question de la compatibilité entre les nouvelles activités privées de l'agent démissionnaire et ses anciennes fonctions publiques[1231]. Une réglementation générale de la procédure de départ régulier des agents publics est ainsi devenue une des préoccupations de l'autorité centrale[1232].

En fin de compte, comme le souligne WANG Chunye, l'incitation au départ volontaire des agents publics ne doit pas être faite dans le seul but de la réduction des effectifs, mais aussi et surtout pour élargir le marché des ressources humaines[1233]. Elle serait une mesure de mobilité conçue dans un espace plus large qui relie les sphères publique et privée du travail.

1228 " *2004－2010 年辽宁省人才队伍建设规划* ", 2004-2010-nian-liao-ning-sheng-ren-cai-dui-wu-gui-hua.

1229 " *关于建立健全公务员退出机制的意见* ", Guan-yu-jian-li-jian-quan-gong-wu-yuan-tui-chu-ji-zhi-de-yi-jian.

1230 SHI Youqi et SUN Xue, « Du système de départ des agents publics en Chine », *Presses universitaires de l'Institut des officiers de police de Hubei*, 2005, n° 2, n° série 83, p. 29 [*石佑启、孙 雪，试论我国公务员的退出机制*，湖北警官学院学报] ; SHI Shaobin, « Du développement et de l'amélioration du système de départ des agents publics », *Jiangxi Sciences sociales*, 2008, n° 10, p. 213 [*石绍斌，论我国公务员退出机制的发展与完善*，江西社会科学] ; JIA Lingling et WU Zhuang, « Étude sur le départ des agents publics », *Presses universitaires de l'Institut des ethnies de Dalian*, 2010, vol. 12, n° 6, p. 595 [*贾玲玲、吴庄，公务员退出机制研究*，大连民族学院学报] ; HU Hualin, « Les possibilités de départ des agents publics, leurs inconvénients et leur amélioration », *Presses de l'Université de radio-télévision de Hubei*, 2011, vol. 31, n° 3, p. 66 [*胡华琳，我国公务员退出机制的类型、缺陷及其优化*，湖北广播电视大学学报].

1231 QI Yan, « Analyse stratégique sur la construction du système de départ régulier des agents publics », *Guangxi Sciences sociales*, 2011, n° 1, n° série 187, p. 168 [*齐燕，构建我国公务员正常退出机制的策略分析*，广西社会科学].

1232 Cette volonté est exprimée par plusieurs textes successifs. Voir notamment la décision du 26 décembre 2003 « sur le renforcement de la gestion des ressources humaines » [*关于进一步加强人才工作的决定*], conjointement publiée par le Comité central du PCC et le Conseil des affaires d'État, le programme du 13 mai 2008 « de la construction de et de l'amélioration du système répression et de prévention de la corruption pour la période 2008 – 2012 » [*建立健全惩治和预防腐败体系 2008—2012 年工作规划*], publié par le Comité central du PCC et le programme du 21 août 2008 « des missions essentielles de l'Office national des agents publics pour la deuxième semestre de l'année 2008 » [*国家公务员局 2008 年下半年工作要点*], publié par l'Office national des agents publics.

1233 WANG Chunye, « Recherche sur la question de la régularisation des départs des agents publics », *Forum administratif*, 2010, vol. 17, n° 1, n° série 97, p. 55 [*王春业，行政公务员退出的正常化问题探析*，行政论坛].

2. Le départ d'un fonctionnaire vers le secteur privé à la faveur de mesures de mobilité

Comme il a été démontré, une des mesures de mobilité dans la fonction publique chinoise est utilisée pour inciter les agents publics à partir volontairement dans le secteur privé : la mise à disposition. En effet, cette mesure a toujours été un moyen permettant à un agent public de se séparer, de manière transitoire, de son administration d'origine pour être intégré aux autres administrations ou aller dans le secteur privé. Le choix est souvent celui de l'agent mis à disposition. Une telle transition *via* la mise à disposition ou le détachement est aussi possible pour un fonctionnaire français qui peut choisir de quitter la fonction publique pour travailler dans l'entreprise à laquelle il a été mis à disposition ou détaché. Mais un nouveau dispositif a été créé spécialement pour faciliter une telle opération : la réorientation professionnelle.

Il convient dès lors de mettre en parallèle la mise à disposition de la fonction publique chinoise qui possède ses spécificités en ce qui concerne le départ des agents publics vers le secteur privé (a) et la réorientation professionnelle dans la fonction publique française qui pourrait être utilisée, selon certains auteurs, comme un outil de licenciement des fonctionnaires (b).

a. La mise à disposition en tant que passage de la fonction publique au secteur privé en Chine

Il convient avant tout de souligner que notre traduction de l'expression « mise à disposition » dans la fonction publique chinoise s'appuie essentiellement sur les critères juridiques du droit français de la fonction publique. Ainsi, aux termes de l'article 41 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, « la mise à disposition est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue de percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce des fonctions hors du service où il a vocation à servir ». Il s'agit d'une situation dans laquelle le fonctionnaire exerce son activité professionnelle en dehors de son administration d'origine tout en conservant le lien intégral avec celle-ci. C'est exactement ce que prévoit l'article 66 de la loi du 27 avril « sur les agents publics » régissant la mise à disposition. Il dispose, dans son alinéa 2, que « pendant la période de sa mise à disposition, l'agent conserve la relation de travail avec son administration d'origine »[1234].

Or, la traduction littérale de la mise à disposition chinoise serait « acquisition d'expérience professionnelle par l'exercice d'autres fonctions »[1235]. En effet, ce dispositif n'a pas été uniquement

1234 " *公务员挂职锻炼期间，不改变与原机关的人事关系* ".

1235 " *挂职锻炼* ".

créé pour les agents publics. L'idée d'une telle pratique a été esquissée avant l'édiction du statut réglementaire de 1993, par une décision du 6 septembre 1991 « relative à la formation des jeunes cadres »[1236] du Comité central du PCC, laquelle a d'ailleurs inventé l'expression qui fait l'objet de notre traduction. En 1994, le Comité central d'organisation du PCC a publié une notification du 29 septembre 1994 « sur les questions relatives à la mise à disposition »[1237], laquelle rappelle l'objectif de la mise à disposition, fixe la procédure de mise en place de ce dispositif, ainsi que les conditions de sélection des agents mis à disposition et de choix de leurs nouvelles fonctions. Dans son mémorandum du 23 juin 2000 « des réformes relatives au système des cadre »[1238], le bureau général du Comité central du PCC a confirmé le système de la mise disposition comme moyen de formation continue des cadres du Parti. Vis-à-vis du développement de la mise à disposition par les textes du PCC, l'insertion de ce dispositif dans le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » avait aussi pour objectif de doter les agents publics de connaissances diverses et d'expériences professionnelles à travers une période de mise à disposition auprès d'établissements administratifs locaux, d'USP et d'entreprises. Toutefois, dans la pratique, après une période relativement longue de mise à disposition[1239], l'agent choisit parfois de rester définitivement dans l'organisme d'accueil. Pour ce faire, si celui-ci est un établissement administratif ou une USP, l'agent intéressé peut demander une mutation auprès de son administration d'origine ou la solliciter de l'autorité compétente. C'est un enchaînement de mesures de mobilité et une articulation des ressources humaines toujours à l'intérieur du personnel public. Mais se pose la question du changement radical de régime de travail lorsque l'agent souhaite rester dans une entreprise auprès de laquelle il a été mis à disposition, surtout lorsqu'il s'agit d'une entreprise privée. Dans ce cas, l'agent sort définitivement de la « maison » de la fonction publique et devient un salarié de droit privé.

1236 " *关于抓紧培养教育青年干部的决定* ".

1237 " *关于干部挂职锻炼工作有关问题的通知* ".

1238 " *深化干部人事制度改革纲要* ".

1239 À dire le vrai, la question se pose même pendant la période de sa mise à disposition auprès d'une entreprise. À quel statut est effectivement soumis l'agent mis à disposition ? Est-il lié à l'entreprise par un contrat de travail à durée déterminée ? Peut-il recevoir de rémunération due à son travail au sein de l'entreprise ? Toutes ces problématiques ne sont pas étrangères à la mise à disposition de la fonction publique française. Ainsi, étant donné le lien de subordination entre l'agent pis à disposition et l'organisme d'accueil, la Cour de cassation constate l'existence d'un contrat de travail entre ces deux parties (C. cass., 20 décembre 1996, *Rey-Herme c/ Alliance française*, req. n° 92-40641 ; *AJDA* 1997, p. 304, note Serge Salon ; *D*. 1997, p. 275, note Yves Saint-Jours ; *Dr. soc*. 1997, p. 710, note Jean-François Lachaume). Si l'agent mis à disposition peut obtenir un complément de rémunération auprès de la personne privée, les litiges liés à cette question relève de la compétence du juge judiciaire (TC., 7 octobre 1996, *Mme. Chervalier-Herbouillers*, req. n° 02982 ; CAA. Bordeaux, 26 juin 2003, *Dubreuil*, req. n° 99BX01998 ; *AJFP* septembre 2003, p. 15, concl. Chemin.

Avant la législation de 2005, une telle pratique était assez répandue dans certaines entités locales où la mise à disposition d'un agent auprès d'une entreprise privée était détournée en une sorte de transition de la fonction publique vers le secteur privé. À l'échéance de la période de mise à disposition, si l'agent ne retourne pas au poste de son administration d'origine, il est radié de celle-ci. En raison de ce détournement du sens originaire de la mise à disposition, la loi du 27 avril 2005 a restreint la possibilité d'être mis à disposition auprès d'entreprises aux seules entreprises publiques[1240]. L'idée est de limiter l'utilisation de cette mesure de mobilité à la sphère publique au sens large du terme. Toutefois, comme nous l'avons montré au sujet de la privatisation des services publics, les entreprises publiques, malgré leur capital majoritairement public, sont tout de même essentiellement soumises au droit privé du marché[1241], même si celles dont le capital est entièrement public conservent quelques spécificités[1242]. Par conséquent, les travailleurs des entreprises publiques sont en principe soumis au droit du travail. La restriction législative de la mise à disposition ne change pas fondamentalement la nature du phénomène.

Si les critiques sur les abus de l'utilisation de la mise à disposition sont toujours valables[1243], le remède réside dans la conscience des agents et la vigilance des autorités administratives locales plutôt que dans la réécriture d'une norme centrale.

b. Le départ des fonctionnaires de la fonction publique *via* la réorientation professionnelle en France

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 a créé, dans la fonction publique de l'État, la situation de réorientation professionnelle. Lors d'une suppression d'emplois de fonctionnaires, motivée par des nécessités de restructuration des services, au lieu de procéder à l'adoption d'une loi de dégagement des cadres — ce qui est lourd et difficilement réalisable —, l'administration peut placer l'agent dont l'emploi est susceptible d'être supprimé, en situation de réorientation professionnelle.

1240 Article 66, al. 1 de ladite loi.

1241 Voir partie I – titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 1 : Les sociétés à capitaux majoritairement publics : des entités économiques associées à l'administration publique devenues des sociétés commerciales indépendantes.

1242 Voir partie I – titre I – chapitre I – section 1 – I – A – 2 : Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière.

1243 En ce qui concerne la doctrine, voir HU Yunsheng « La mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées : réforme ou dislocation ? », *Revue mensuelle Décision rationnelle*, 2006, p. 29 [*胡云生，公务员民企挂职是改革还是错位*，科学决策月刊] ; LI Kejie, « L' impossible légalisation de la mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées », *Quotidien du Parquet*, 31 mai 2006, éd. 6, p. 1 [*李克杰，公务员民企挂职岂能合法化*，检察日报] ; HU Yunsheng, « Réflexions sur la mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées », *Personnel et ressources humaines*, 2006, n° 9, p. 10 [*胡云生，公务员民企挂职热的冷思考*，人事人才].

Pendant la réorientation professionnelle, l'agent est réputé être en activité, il perçoit son traitement et les indemnités liées à son grade. Cette période est d'ailleurs prise en compte pour le calcul de son avancement. L'agent intéressé est censé continuer son service dans l'administration, mais doit en même temps se former pour trouver un nouvel emploi dans la fonction publique ou dans le secteur privé voire créer sa propre entreprise[1244]. Il est tout à fait aisé de constater la connexion entre la réorientation professionnelle et l'incitation au départ volontaire. Toutefois, par rapport au départ volontaire, il s'agit ici d'une privation involontaire d'emploi pour le fonctionnaire.

Une fois placé en situation de réorientation professionnelle, l'agent bénéficie d'un droit au reclassement et d'un suivi individuel et régulier assuré par l'administration. À défaut de reclassement ou d'autres changements de situation, il a le droit d'avoir « trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel »[1245]. S'il refuse ces propositions et après l'avis de la commission administrative paritaire, il peut être mis en disponibilité d'office (ou mis à la retraite anticipée si les conditions sont remplies) pour une durée indéterminée. C'est à ce stade que le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État » prend le relais. Aux termes de l'article 10 de ce texte, « le fonctionnaire qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire ou, s'il a droit à pension, admis à la retraite »[1246].

C'est donc la mise en disponibilité d'office, comme le soulignait Pierre Boutelet, qui constitue la « charnière » entre la loi « qui fixe certains éléments du régime de la réorientation professionnelle et son décret d'application qui « prévoit la possibilité de licenciement »[1247]. Pour certains, cette réforme, permettant à l'employeur public de « réduire ses effectifs pour motifs économiques sans indemniser les agents quittant le service », « marque une nette régression de la situation des fonctionnaires de l'État »[1248]. C'est sur le plan budgétaire que le recours à la

1244 Didier Jean-Pierre, « La réforme de l'État vue du côté de l'emploi des fonctionnaires : réorientation professionnelle, disponibilité d'office et licenciement », *JCP A* 2011, n° 3, 2023, p. 30.

1245 Article 44 *quater* de la loi du janvier 1984.

1246 Article 10, al. 2 dudit décret.

1247 Pierre Boutelet, « La nouvelle disponibilité d'office, instrument du licenciement pour suppression d'emploi », Billet sur le projet de décret « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *AJFP* 2010, p. 62.

1248 Fabrice Melleray, « Un "plan de sauvetage de l'emploi" qui ne dit pas son nom », Billet sur le projet de décret « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *AJFP* 2010, p. 61.

réorientation professionnelle aurait pour effet d'inventer « une forme d'éviction progressive »[1249] des effectifs de l'État employeur.

Issus de la RGPP[1250], la loi du 3 août 2009 et son décret d'application du 12 novembre 2010, remettant en cause la sécurité d'emploi des agents titulaires[1251] (notion plus sociopolitique que juridique[1252]), a ébranlé les fondements de la fonction publique française érigée depuis la IVème république[1253]. Comme le souligne Didier Jean-Pierre, « la logique de la réorientation professionnelle n'est […] pas celle du reclassement dans la fonction publique des agents dont les emplois sont supprimés mais de leur retrouver une activité professionnelle, le cas échéant dans le secteur privé »[1254]. Les remarques apportées par cet auteur à propos de la synchronisation de la suppression de l'emploi et de la reconversion de l'agent conduisent à constater une hypothèse « sombre » de la mise en application de dispositif de la réorientation professionnelle : la mise en disponibilité d'office suivie d'un licenciement[1255]. En posant clairement le terme de « licenciement », le pouvoir réglementaire achevait ce que le législateur n'osait formuler. En effet, la loi du 3 août 2009 créait une nouvelle voie de mise en disponibilité d'office pour motif économique, mais le décret d'application de 2010 a révélé le véritable objectif de cet outil.

Bien que l'abrogation du décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 semble envisagée par la nouvelle majorité politique, et la modification de loi n°2009-972 du 3 août 2009 soit promise par le gouvernement en place depuis 2012, la politique globale de mobilité et des parcours professionnels des agents n'est pas remise en question[1256].

1249 Anne Fitte-Duval, «La situation de réorientation professionnelle, ou les deux visages de Janus », commentaire sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *AJFP* 2011, p. 158.

1250 Nicolas Font, « Le chômage du fonctionnaire », *AJFP* 2012, p. 336.

1251 Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *op. cit*. p. 229.

1252 Voir Hervé Rihal, *Le juge administratif et la sécurité de l'emploi*, thèse Angers, 1991, p. 2.

1253 Geneviève Koubi, « Orientation et réorientation professionnelle. Indices d'une disparition programmée du modèles de la fonction publique ? », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de Mathieu Touzeil-Divina, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 233.

1254 Didier Jean-Pierre, note sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *op. cit*., p. 29.

1255 *Idem*, p. 30.

1256 AN. 14ème législature, Question n° 9053 par Gilbert Sauvan, *JO*., 6 novembre 2012, p. 6253 ; Réponse par le ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, *JO*. 25 juin 2013, p. 6731.

Conclusion du chapitre II

La circulation entre les domaines public et privé du travail est facilitée par la croissance de l'intérim privé dans la fonction publique d'un côté, et par le développement des mesures de flexibilité permettant aux fonctionnaires d'exercer des activités professionnelles dans le secteur privé de l'autre. Un tel mouvement a pour conséquence d'atténuer les frontières entre la fonction publique et le travail privé. Il ne s'agit pas ici de réduire la différence entre le droit public et le droit privé dans la prise en charge des missions de service public, mais plutôt d'assimiler les identités de fonctionnaire et de salarié en vue d'une identification commune de travailleur.

Or, une telle assimilation se fait au détriment des spécificités du droit de la fonction publique. De plus en plus, des missions de service public sont assurées par des agents intérimaires de droit privé tandis que les fonctionnaires sont autorisés à exercer des activités privées, voire incités à partir dans le secteur privé. C'est la corrélation classique entre service public et fonction publique qui est ainsi remise en cause.

Conclusion du titre II

La « modernisation » de la fonction publique coïncide avec le retour du libéralisme dans l'organisation et le fonctionnement de l'État. À mesure que l'on dénonce la paralysie du pouvoir disciplinaire, la désuétude du licenciement, l'inefficacité du système de promotion et de rémunération et l'immobilisme dans la répartition des tâches, « les règles du droit du travail et les méthodes de gestion des entreprises », comme le remarque Didier Jean-Pierre, « ont dans ce contexte un aspect séduisant en ce qu'elles apparaissent comme pouvant donner de la flexibilité à un système statutaire trop rigide »[1257]. Toutefois, ce n'est pas en raison des carences du droit de la fonction publique que ces problèmes surviennent, mais plutôt en raison du contournement des outils statutaires lié à des tendances corporatistes, et à des approches fragmentaires de l'intérêt général. Ces conceptions et pratiques exercent une influence considérable sur les décisions administratives dans la gestion des agents publics par le biais de pressions syndicales ou personnelles. Les dérives des expérimentations locales chinoises ont montré que les réformes consistant à changer la gestion du personnel de la fonction publique risquent de se réduire à une simple privatisation de la fonction publique et, par conséquent, se feraient au détriment de l'intérêt général.

Il est en outre intéressant de remarquer, à travers notre comparaison franco-chinoise, qu'au niveau doctrinal, la plupart des analyses françaises au sujet de la gestion de la fonction publique sont menées à partir de l'agent, véhiculant une protestation contre les atteintes portées par les réformes aux droits acquis des agents publics. En revanche, les commentateurs chinois prônent presque unanimement l'instauration d'un nouveau système de gestion du personnel de la fonction publique, inspiré de la nouvelle gestion publique. La différence se trouve dans la finalité du droit de la fonction publique, entre garantie des droits des agents contre les abus de l'administration et outil permettant à la puissance publique de mieux disposer de ses personnels. Certes, il s'agit de trouver un équilibre entre ces deux tendances. Mais cet équilibre ne doit certainement pas signifier une conciliation entre l'intérêt de l'employeur et celui du salarié, but poursuivi par le droit du travail. Si l'on retient la conception transcendantale de l'intérêt général, commune à la France et à la Chine, un tel conflit ne devrait pas exister au sein de la fonction publique où les employeurs publics ne sont pas censés avoir leurs propres intérêts, susceptibles d'être confrontés à ceux des agents publics. Serviteurs de l'intérêt général, les agents publics ne peuvent être assimilés aux collaborateurs d'une entreprise privée.

1257 Didier Jean-Pierre, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *op. cit.*, p. 44.

Conclusion de la partie II

La problématique française reflète indubitablement, malgré la neutralisation des mots dans les discours réformistes, une confrontation, voire un affrontement, entre deux idéologies : l'une, confiante dans les vertus de l'État, pose les spécificités d'une fonction publique sur la base d'un intérêt général transcendant les intérêts particuliers ; l'autre, méfiante vis-à-vis de l'intervention publique, propose une vision utilitariste du travail d'intérêt public. L'expression « modernisation » ne saurait masquer l'intention libérale des réformateurs : réduire *a maxima* l'application d'un régime exorbitant issu du statut de la fonction publique d'un côté, et changer le mode de gestion du personnel public de l'autre. Toutefois, une telle volonté n'acquiert pas encore aisément l'adhésion de la conscience sociale. Les Français critiquent le pouvoir centralisé et une administration peu efficace, mais ils ont besoin d'un État puissant et rassurant, incarné par ses agents. En outre, les réformes passent difficilement sans le consentement des syndicats de fonctionnaires qui disposent aujourd'hui d'un poids non négligeable dans la sphère sociopolitique. C'est pourquoi jusqu'aujourd'hui, les réformateurs ont dû avoir la prudence de ne modifier les règles de la fonction publique que par l'intégration des méthodes du droit privé, en se gardant de démanteler directement l'édifice du droit de la fonction publique.

Par rapport à la timidité des réformateurs en France, probablement due à la tradition politique de ce pays, le gouvernement chinois paraît bien plus engagé et exprime sans ambiguïté sa volonté d'adopter une conception libérale de la fonction publique. Certes, selon le gouvernement, le nouveau modèle ne doit en aucun cas affaiblir le pouvoir de l'État ni compromettre l'intérêt de la nation : mais il s'agit bien d'une rationalisation de la gestion du personnel de l'administration destinée à la rendre plus efficace, au service du Peuple et des intérêts réels des citoyens. La réforme de la gestion du personnel de la fonction publique est corrélative de la construction même d'une « fonction publique moderne ». Cette fois, le sens de la modernité est clair : se rapprocher du modèle de l'Occident libéral. Les commentateurs n'hésitent pas à afficher leurs affinités avec la conception anglo-américaine de la fonction publique. Le *New Public Management* devient le modèle phare des réformes engagées dans les administrations publiques. Les discours politiques s'intéressent à l'efficacité et à l'efficience, comme à la rentabilité et à la performance. La fonction publique chinoise, née avec le système mandarinal d'un État prématurément centralisé et relayée par le système des cadres du PCC lequel était lui-même un emprunt occidental (français très probablement), est en train de subir une nouvelle transformation impulsée par cette conception libérale de l'État.

Les évolutions des droits français et chinois de la fonction publique entraînent inévitablement des incidences sur la réalisation des services publics. Même quand les services sont de nature administrative et réalisés par des personnels publics, le droit privé s'infiltre dans le cœur des règles régissant le personnel public du service public. L'emprise du droit privé s'exerce sur le contenu même du droit public.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le recul de l'administration publique dans la gestion des services publics par la privatisation et l'externalisation de ces derniers, et d'autre part l'influence du droit privé sur les évolutions du droit de la fonction publique, que l'on perçoit tant à travers la contractualisation de la fonction publique que dans la « managérialisation » des fonctionnaires, affectent le périmètre et le contenu du droit public en France comme en Chine. Dans les deux pays, le lien entre le service public et la fonction publique s'affaiblit.

Cette situation permet d'observer une gradation de nature des activités de service public : des services publics susceptibles d'être privatisés, des services publics susceptibles d'être externalisés, et des services publics qui ne peuvent être assurés que, directement, par la puissance publique. Se mêlent et participent à cette gradation la distinction entre services publics à caractère non marchand et services publics à caractère marchand, celle entre activités d'autorité et activités de gestion, ainsi que le critère organique public / privé.

Ces distinctions enchevêtrées ont-elles, ensemble, vocation à cristalliser une catégorie d'activités de service public qui ne soient susceptibles d'être confiées qu'à des agents publics titulaires ? Est-ce à dire, en retour, que les fonctionnaires ne devraient être affectés qu'à de telles activités ? Une analyse empirique ne permet pas de soutenir une telle conclusion : d'une part, les agents contractuels de droit privé et les salariés intérimaires, soumis au régime du droit du travail, participent directement à l'exécution de certaines missions de service public à caractère administratif ; d'autre part, les agents titulaires — comme les agents contractuels de droit public — peuvent exercer des activités qui ne relèvent même pas du service public. Le travail public et le service public se trouvent donc dans une relation discordante.

Or l'État, garant de l'intérêt public, a besoin d'agents soumis à un statut dont il détermine lui-même le contenu, et dotés de prérogatives exorbitantes lors de l'exercice de leur fonctions. Le particularisme du statut des agents publics est justifié par leur mission d'intérêt général. Sur cette option, la France et la Chine se rejoignent encore une fois. Les impacts du développement de l'économie libérale sont certes forts et pénétrants dans les deux pays. Toutefois, l'attachement

profond à la primauté de l'intérêt général perdure dans la conscience sociale des deux nations. À l'heure où le droit public français est fissuré par les intrusions du droit privé, le droit public de la Chine montre des phénomènes similaires de privatisation et de contractualisation. Les constructions du système de services publics et de fonction publique contribuent à délimiter les contours du droit public chinois tant pour ce qui concerne les activités que pour ce qui concerne le personnel. À ce stade, ce ne sont plus seulement les éléments conceptuels et techniques du droit français qui influencent le développement du droit chinois, mais une cause bien plus profonde qui se rattache à la notion même d'État. Celle-ci, d'origine juridico-politique, est devenue largement tributaire de la réalité sociale d'une part, et des aspirations du marché d'autre part. Si une concordance peut être recherchée entre l'identité de l'employeur (critère organique), la nature des activités (critère matériel) et le régime juridique du personnel, public ou privé, elle renvoie à une articulation entre les pouvoirs publics, le marché, et la société. Le droit public a précisément vocation à relier, et le cas échéant à équilibrer, ces trois éléments politique, économique et social. C'est ce dont témoignent, aux antipodes l'une de l'autre, les évolutions comparées de la France et de la Chine où la réduction contemporaine du périmètre du droit public exprime parallèlement, et paradoxalement, son universalité et son incontournable nécessité.

BIBLIOGRAPHIE

PARTIE FRANÇAISE

Ouvrages

ALBERT S. et BUISSON C., *Entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire*, La Documentation Française, 2002.

ALLOUCHE J. et SIRE B., *Ressources humaines. Une gestion éclatée*, Economica, 1998.

AUBIN E.

- *L'essentiel du droit de la fonction publique, Gualino, 2007*
- *Droit de la fonction publique*, Gualino, coll. « Master Pro », 4ème éd., 2010.
- *La fonction publique territoriale*, Gualino, coll. « Master Pro », 3ème éd., 2012.

AUBY J.-M., AUBY J.-B., JEAN-PIERRE D. et TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2012 (et 6ème éd., 2009).

AUBY J.-B., AUBY J.-M., JEAN-PIERRE D. et TAILLEFAIT A.

- *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ., 2ème éd., coll. « Systèmes. Droit », 2010 ;
- *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2012 (et 6ème éd., 2009).

BRACONNIER S., *Précis du droit des marchés public*s, Le Moniteur, 4ème éd., 2012.

BARTHÉLÉMY J., *Stratégies d'externalisation*, Dunod, 3ème éd., 2007.

BENCHEMAN F. et GALINDO G., *Gestion des ressources humaines*, Lextenso, Mémentos LMD, 3ème éd., 2011.

BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaires de droit administratif*, Rousseau, 13ème éd., 1933.

BETTINGER Ch., *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levault, 1978.

BIGOT G., *L'administration française : politique, droit et société*, t. I, 2ème éd., LexisNexis, 2014.

BIOY X. (dir.), *L'identité du droit public*, LGDJ., 2011.

BRACONNIER S., *Droit des services publics*, PUF., coll. « Thémis », 2003.

BRENET F. et MELLERAY F., *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrat administratif*, LexisNexis, coll. « Collectivités territoriales », 2005.

BODIGUEL J.-L. (dir.), *Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique*, PUF., 2000.

BONNARD R., *Précis de droit administratif*, LGDJ., 1943.

BOYER L. et ÉQUILBET N., *GRH Nouvelles pratiques*, Colombelles, EMS, 2003.

BRABET J. (dir.), *Repenser la gestion des ressources humaines ?*, Economica, coll. « Gestion », 1993.

BRÈTHE de LA GRESSAYE J. et LEGAL A., *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

CAILLOSSE J., *La Constitution imaginaire de l'administration*, PUF., 2008.

CADIN L., GUÉRIN F. et PIGEYRE F., *Gestion des ressources humaines. Pratiques et éléments de théories*, Dunod, 4ème éd., 2012.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, Monchrestien, 15ème éd., 2001.

CITEAU J.-P., *Gestion des ressources humaines. Principes généraux et cas pratiques*, Armand Colin, 4ème éd., 2002.

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèse », 2006.

CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé,* t. II, *La méthode comparative*, LGDJ., 1974.

DARESTE R., *La justice administrative en France ou Traité du contentieux administratif*, Durand, 1862.

DELION A., *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ., coll. « Système », 2003.

DELVOLVÉ P., *L'acte administratif*, Sirey, 1983.

DEMICHEL A., *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, LGDJ., 1960.

DONIER V. (dir.), *Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?*, L'Harmattan, 2012.

DUFAU J., *Les concessions de service public*, Moniteur, 1979.

DUGUIT L.

- *L'État, les gouvernants et les agents*, Albert Fontemoing, 1903, rééd. par Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005 ;
- *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, réimp. par La Mémoire du Droit, 1999 ;
- *Traité de droit constitutionnel*, 1927 – 1930, t. I, Ancienne Librairie Fontemoing, E. de Boccard, 3ème éd., 1927 – 1930 ; t. II, 1928 ; t. III, 2ème éd., 1921.

EISENMANN Ch., *Cours de droit administratif*, t. II, LGDJ., 1983.

EMERY Y. et GIAUQUE D., *Paradoxes de la gestion publique*, l'Harmattan, coll. « Conception et dynamique des organisations », 2005.

FONT N., *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Thèse, Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille III), 24 novembre 2007, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009.

FORTIER Ch. (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, 2014.

GOHIN O., *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. « Litec », 6ème éd., 2009.

GRÉGOIRE R., *La fonction publique*, Armand Colin, 1954, rééd. par Dalloz, 2005.

GUETTIER Ch., *Droit des contrats administratifs*, PUF., 3ème éd., 2011.

GUGLIELMI G. et KOUBI G., *Droit du service public*, Montchrestien, Lextenso éditions, 3ème éd., 2011.

GUISLAIN P. avec KERF M., *Les privatisations un défi stratégique juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck, Droit / Économie, 1995.

HAMONIAUX T., *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ., 2001.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12ème éd., rééd. par Dalloz, 2002.

JAVILLIER J.-C., *Droit du travail*, LGDJ., coll. « Manuel », 7ème éd., 1999.

JEAN-PIERRE D., AUBY J.-M., AUBY J.-B. et TAILLEFAIT A., *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2012 (et 6ème éd., 2009).

JÈZE G.

- *Rapport à l'Institut international de droit public, Annuaire de l'Institut, 1929 ;*
- *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Giard, 1927 – 1934 ; *Théorie générale des contrats de l'administration,* Giard, 1934 – 1936 ;
- *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, t. II, 3ème éd., 1930, rééd. par Dalloz, 2003.

KESLER J.-F., *L'ENA, la Société, l'État*, Berger-Levrault, 1985.

LACHAUME J.-F.

- Avec BOITEAU C. et PAULIAT H., *Droit des services publics*, Dalloz, Armand Colin, 3ème éd., 2004 ;
- Avec PAULIAT H., BOITEAU C. et DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2012.

LAFFERIÈRE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1ère éd., 1887 – 1888, rééd. par LGDJ., 1989.

(de) LAUBADÈRE A.

- *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1956 ;

- Avec MODERNE F., et DELVOLVÉ P., *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ., 1983.
- Avec GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif,* LGDJ., t. V (La fonction publique), 11ème éd., 1998.
- Avec GAUDEMET Y. et VÉNÉZIA J.-C., *Droit administratif*, LGDJ., coll. « Manuel », 17ème éd., 2002.

LEGENDRE P., *Leçons IX L'autre Bible de l'Occident : Le Monument romano-canonique Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Librairie Arthème, Fayard, 2009.

LEGRAND P. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF., 2009.

LELARGE G., *La gestion des ressources humaines. Nouveaux enjeux, nouveaux outils*, 2ème éd., SEFI, 2006.

LINOTTE D. et ROMI R., *Droit public économique*, LexisNexis, coll. « Manuel », 7ème éd., 2012.

LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19ème éd., 2013.

LYON-CAEN G.

- *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990 ;
- *Le droit du travail : une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995.

MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ., 1971.

MELLERAY F.

- *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ., coll. « Bibliothèque de droit public », 2001 ;
- *Droit de la fonction publique*, Economica, coll. « Corpus droit public », 3ème éd., 2013.

NÉZARD H., *Théorie juridique de la fonction publique*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2ème éd., 2010.

PÉLISSIER J., AUZERO G. et DOCKÈS E., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 27ème éd., 2012.

PERRIQUET Eu., *Contrats de l'État, in Contrats de l'État et travaux publics*, t. I, Marchal et Billard, 2ème éd., 1890.

PICARD É., *La notion de police administrative*, t. II, LGDJ., coll. « Bibliothèque de droit public », 1984.

PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Panthéon-Assas, 2003.

POCHARD M., *Les cents mots de la fonction publique*, PUF, *Que sais-je*, 2011.

RAINAUD J.-M., *La crise du service public français*, PUF., *Que sais-je ?*, 1ère éd., 1999.

RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ., coll. « Manuel », 8ème éd., 2012.

RIVERO J. et WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 21ème éd., 2006.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Dalloz, 10ème éd., 1951.

ROUBAN L. (dir.), *Le service public en devenir*, l'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2000.

RUZIÉ D., *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Étude comparative de leur condition juridique*, LGDJ., 1960.

SAILLANT É., *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 109, 2011.

SAINT-JOURS Y., *Les relations de travail dans le secteur public*, LGDJ., 1977.

SALON S. et SAVIGNAC J.-C., *Administrations et fonctions publiques en France*, Sirey, coll. « Intégral concours », 2002.

SIWEK-POUYDESSEAU J., *Les syndicats des fonctionnaires depuis 1948*, PUF., 1988.

SUPIOT A. (dir.), *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998.

TAILLEFAIT A., AUBY A.-M., AUBY J.-B. et JEAN-PIERRE D., *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2012 (et 6ème éd., 2009).

TEISSIER G., *La responsabilité de la puissance publique*, Paul Dupont, 1906.

(de) TOCQUEVILLE A., *L'Ancien régime et la Révolution*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1986.

TOUZEIL-DIVINA M. et SWEENEY M., *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012 ;

TOUZEIL-DIVINA M. (dir.), *Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, LGDJ., coll. « Hors collection », 2ème éd., 2014.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ., coll. « Bibliothèque de droit public », 1977.

WALINE M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd., Librairie du Recueil Sirey, 1952.

ZHANG L., *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Bruylant, coll. « Droit administratif », Bruxelles, 2009.

Thèses et mémoires universitaires

BICHOFFE G., *Fonction publique et contrat*, thèse Nancy, 1927.

CALLENS H., *La mobilité dans la fonction publique*, thèse Montpellier, 2010.

COSTE Ph., *La régie intéressée*, thèse Orléans, 2005.

DEBORD F., *Le droit du travail applicable aux salariés des entreprises publiques*, thèse Lyon, 1994.

GAZIN F. *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, thèse Strasbourg, 2001.

HAMON F., *Statut général et diversité des situations dans la fonction publique*, thèse Paris, 1972.

HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, thèse Bordeaux, 1980.

LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse Bordeaux, 1975.

LUPI G., *Les positions du fonctionnaire*, thèse Grenoble, 1953.

MARC E., *Le pouvoir disciplinaire dans la fonction publique en France et en Allemagne*, thèse Grenoble, 2002.

MOREAU A., *Les agents publics non titulaires de l'État*, thèse Poitiers, 1981.

MUGNER S., *Participation et négociation collective dans la fonction publique*, thèse Lille, 2003.

PÉQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, thèse Montpellier, 1945.

RIHAL H., *Le juge administratif et la sécurité de l'emploi*, thèse Angers, 1991.

THOMAS-TUAL B., *Droit de la fonction publique et droit du travail*, thèse Rennes, 1988.

ZARCA A., *Le principe d'égalité dans le droit français de la fonction publique*, thèse paris, 2004.

Articles

ALBERT J.-L., « La LOLF et les conséquences sur la politique de rémunération », *JCP A* 2009, n° 4, 2014, p. 46.

ALBERTINI P., « Grade, emploi et fonction : séparation et correspondance », *Rev. adm.* 1982, p. 143.

APELBAUM R., « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA* 2004, p. 1766.

AUBIN E.

- « Les dispositions relatives à la formation professionnelle des fonctionnaires tout au long de la vie », *AJDA* 2007, p. 512 ;
- « Les contrats d'emploi de droit privé dans la fonction publique territoriale », *RLCT* 2008, n° 36, p. 58 ;
- « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et à la Fonction publique : discutez, discutez, il en restera bien quelque chose », *RLCT* 2010, n° 61, p. 18 ;
- « De nouveau droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA* 2011, n° 42, p. 2406 ;
- « L'intérim dans la fonction publique : une illustration de la "travaillisation" de l'emploi public ou de l'unification du droit de la fonction publique ? », in *Quelle place pour les collectivités territoriales dans la politique de l'emploi ?*, sous la dir. de Virginie Donier, L'Harmattan, 2012, p. 235 ;
- « Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA* 2013, p. 1212.

AUBY J.-M.

- « L'évolution des sources du droit de la fonction publique », *AJDA* 1984, p. 246 ;
- « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *CJEG* 1949, p. 2.

AUBY J.-B.

- « Réflexions sur les rapports du droit de la fonction publique et du droit du travail au travers du cas du secteur hospitalier », *Dr. soc*. 1989, p. 153 ;
- Avec MAUGÜÉ Ch., « Les contrats de délégation de service public », *JCP éd. gén*. 1994, n° 9, 3743, p. 115 ;
- Avec MAUGÜÉ Ch., « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP éd. gén*. 1996, n° 25, 3941, p. 247 ;
- Avec BRAIBANT G. et LACHAUME J.-F., « Les agents publics contractuels après l'arrêt "Berkani". Entretien sur les conséquences de la récente extension jurisprudentielle », *Dr. adm*. 1997, n° 10, p. 8 ;
- « Globalisation et droit public », *in Gouverner, administrer, juger*, sous la dir. de WALINE J., Dalloz, coll. « Liber amicorum », 2002, p. 135 ;
- « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. adm*. 2003, n° 8, p. 5 ;
- « La valeur de l'action publique », *Dr. adm*. 2007, n° 11, p. 1 ;
- « Problématiques de l'externalisation », *Dr. adm*. 2008, n° 6, p. 1 ;
- Avec TAILLEFAIT A., « *Le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* du 17 avril 2008 : entretien avec Jean-Ludovic Silicani », *Dr. adm*. 2008, n° 12, p. 7 ;
- « Le droit communautaire et les catégories de droit public », *La Gazette du Palais* 2009, n° 42 – 43, p. 35 ;
- « La crise, l'État, les marchés financiers », *Dr. adm*. 2009, n° 4, p. 1 ;
- « La faible densité de la notion de travail public », *Dr. adm*. 2009, n° 5, p. 1 ;

- « L'unité du droit », *Dr. adm*. 2009, n° 6, p. 1 ;
- « Partenariats public-privé institutionnalisés », *Dr. adm*. 2010, n° 2, p. 1 ;
- Avec LIGNIÈRES P. et CLUZEL-MÉTAYER L., « La prime de fonctions et de résultats dans la fonction publique », *Dr. adm*. 2010, n° 2, p. 39 ;
- « L'évaluation des fonctionnaires en mouvement », *Dr. adm*. 2010, n° 10, p. 1 ;
- « Concession de service public et droit de l'Union européenne », *Dr. adm*. 2011, n° 2, p. 1 ;
- « Ancien Régime et Révolution dans le contentieux contractuel », *Dr. adm*. 2011, n° 5, p. 1 ;
- « L'intervention départementale en faveur de la gestion d'un service public communal en régie », *Dr. adm*. 2011, n° 11, p. 31 ;
- « Les sociétés publiques locales en discussion », *Dr. adm*. 2012, n° 3, p. 37 ;
- « Externalisations militaires », *Dr. adm*. 2012, n° 4, p. 1 ;
- « Partenariats public-privé et aménagement urbain », *RJEP* 2012, 697, p. 3 ;
- « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA* 2013, p. 407 ;
- « Le droit administratif et la crise », *Dr. adm*. 2014, n° 1, p. 17.

AUTIN J.-L., « La contractualisation de l'accès à la fonction publique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, vol. I, 2006, p. 129.

BAILLEUL D., « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP* / *CJEG* n° 629 mars 2006, p. 105.

BALDOUS A., « L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique », *RDP* 1985, p. 913.

BARRAUD B.

- « De la sécurisation par la banalisation. Étude critique des dernières évolutions législatives de la fonction publique contractuelle », *AJFP* 2013, n° 3, p. 143 ;
- « Du statut au contrat : vers une fonction publique "déstatufiée" ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?,* sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 159.

BARTHÉLEMY Ch., « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *RJEP* 2004, p. 423.

BAUX A., « La transformation des CDD en CDI », *RLCT* juillet 2010, p. 68.

BAZILE S., « La loi n° 2009 – 972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique, *AJFP* 2010, p. 166.

(de) BÉCHILLON D. et SAVOIE H., « La régie intéressée : une formule contractuelle d'avenir ? », *AJDA* 1012, p. 1437.

BELLOUBET-FRIER N., « Le statut des agents non titulaires de l'État : de la précarité à la pérennité », *AJDA* 1990, p. 851.

BENTOLILA P.

- « Jurisprudence Berkani : ses effets collatéraux sur la problématique du service public », *AJFP* 2000, n° 2, p. 5 ;
- « La jurisprudence Bayeux et la place des droits acquis dans le droit applicable aux non-titulaires », *AJFP* 2003, n° 3, p. 46 ;
- « L'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la situation des agents contractuels des collectivités locales », *Collectivités territoriales Intercommunalité* 2005, n° 11, p. 12.

BEZANÇON X.

- Avec VAN RUYMBEKE O., « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA* 1990, p. 813 ;
- « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », *RFDA* 1997, n° 3, p. 15.

BODIGUEL J.-L.

- Avec ROUBAN L., « Vers une redéfinition du rôle des fonctionnaires », *Revue française de gestion*, septembre-octobre 1991, p. 90 ;
- « Fonction publique et intérêt général », *in Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique*, sous la dir. de BODIGUEL J.-L., PUF., 2000.

BONNET B. et TOUZEIL-DIVINA M., « Unité du droit », *in Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., LGDJ., coll. « Hors collection », 2ème éd., 2014, p. 282.

BOUHIER V., « De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *Petites affiches*, 2 février 2006, n° 24, p. 7.

BOURDON J., « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP* 2005, p. 284.

BOUSCHARAIN G., « Le statut du fonctionnaire mis à disposition d'une association », *AJFP* 2001, n° 5, p. 41.

BOUTELET P.

- « Feu dame veuve Mazerand », *AJFP* juillet-août 1996, p. 8 ;
- « Jurisprudence Berkani : nouvelle contribution du Tribunal des conflits », *AJFP* mai-juin 1997, p. 16 ;
- « La nouvelle disponibilité d'office, instrument du licenciement pour suppression d'emploi », *AJFP* mars-avril 2010, p. 61.

BRENET F., « La délégation unilatérale de service public », *AJDA* 2013, p. 1435.

BRÉVILLE A., « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes », *AJDA* 2004, p. 1759.

BUFFA S., commentaire sur QPC du 12 octobre 2012 n° 2012-281 : « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP* 2013, p. 5.

CAILLOSSE J., « Le statut de la fonction publique et la division de l'ordre juridique », *in Le travail en perspectives*, sous la dir. de SUPIOT A., LGDJ., 1998, p. 347.

CARCASSONNE G., « Fonction publique et fonction politique », *in Rapport public 2003*, Conseil d'État, La Documentation française, 2003, p. 427.

CARTON J.-P., « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires », *AJFP* 2002, n° 2, p. 4.

CAZOTTES F. et VILCHIEN D., « Les personnels ouvriers », *Cahier de la fonction publique*, novembre 1996, n° 151, p. 4.

CHARLES H., « Les fonctionnaires mis à disposition d'un organisme public ou privé », *AJDA* 1977, p. 609.

CHENAUD-FRAZIER C., « La notion de délégation de service public », *RDP* 1995, p. 175.

CHANSON G., « L'externalisation, les raisons d'une stratégie gestionnaire », *JCP A* 2012, 2130, p. 20.

CHEVALIER J., « La mutation des postes et télécommunications », *AJDA* 1990, p. 667 ; « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 944.

CHEVALIER Y.

- « La gestion des ressources humaines dans le contexte de la LOLF », *CFP* avril 2006, p. 8 ;
- « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », *AJDA* 2006, p. 523.

CHORIN J., « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA* 2000, p. 382.

CLAMOUR G.

- « Le contrôle du juge sur le refus de renouvellement des agents publics contractuels », *AJFP* 2003, n° p. 43 ;
- « La place de la délégation de service public au sein de la commande publique », *AJDA* 2013, p. 1429.

COLIN F., « De la confiance dans les agents publics », *AJFP* 2006, n° 4, p. 310.

COUTANT P., « Grade et emploi dans la fonction publique », *Rev. adm*. 1958, p. 508.

CUBERTAFOND B., « Critique de l'Administration sous emprise libérale », *La Revue administrative* 2006, p. 426.

DAMAREY S., « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », *AJDA* 2011, p. 934.

DEBORD F., « Les frontières de l'application du droit public et du droit privé au travailleurs subordonnés », *in Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 181.

DELAUNAY B., « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA* 2012, p. 481.

DELBLOND A.

- « Vers une charte de la gestion des ressources humaines dans les services publics », *in* actes du colloque du 17 décembre 1999, Dijon, « L'employeur public à l'approche du nouveau siècle », *AJFP* 2000, n° 6, p. 59 ;
- « CDI dans l'administration publique : fin d'une époque », *AJFP* 2004, n° 3, p. 113 ;
- « Les aléas du transfert d'activités », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 147.

DELVOLVÉ P., « Marchés publics : des "contrats-maison" », *RDUE* 2002, p. 53.

DERBOULLES L.

- « L'accès au CDI dans la fonction publique : le point sur le I », *AJFP* 2014, p. 116 ;
- « Le régime juridique du CDI de droit public : le point sur le I », *AJFP* 2014, p. 179.

DERRIDJ L., « Le recours aux agents non titulaires de fonction publique territoriale : peut-il encore exister un principe du contrat à durée déterminée ? », *RFDA* 2003, p. 126.

DJELIC M.-L., « L'arrivée du management en France : un retour historique sur les liens entre management et État », *Politiques et management public*, 2004, vol. 22, n° 2, p. 1.

DOMINO X., FATÔME É., JÉGOUZO Y., LOLOUM F. et SCHRAMECK O., « Questions sur l'avenir de l'établissement public à propos du rapport du Conseil d'État », *AJDA* 2010, p. 1238.

DOUENCE J.-C.

- « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993, p. 936 ;
- « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *in Mélanges Franck Moderne*, 2004, p. 501.

DREYFUS J.-D.

- « L'externalisation, élément de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214 ;
- « Externalisation et liberté d'organisation du service », *RFDA*, n° 3, mai-juin 2009, p. 1529 ;
- « L'externalisation, élément de droit public », *AJDA* 2002, p. 1214 ;
- « La définition légale des délégations de service public », *AJDA* 2002, p. 894 ;
- « Mutualisation des services et mise en concurrence, autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché », *AJDA* 2007, p. 1865.

DEROSIER B., « Vers une fonction publique contractuelle ? », *AJDA* 2005, p. 857.

DERRIDJ L., « Le transfert des personnels d'une structure de type privé à une collectivité publique », *Gazette des communes*, 5 novembre 2001, p. 64.

DUBOS O., « L'exorbitance du droit de la fonction publique », *in L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, sous la dir. de MELLERAY F., LGDJ., coll. « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », 2004, p. 243.

DUPUIS G.

- « Définition de l'acte unilatéral », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, CUJAS, 1975, p. 205 ;
- « Sur la concession de service public », *D*. 1978, chron. 222.

DUPUY E., « Pour le retour de la fonction publique dans le droit commun », *JCP A* 2003, n° 11, 1260, p. 320.

DURAND P., « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », *JCP* 1944 I. n° 387.

FEKL M., « La fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », *Petites affiches*, 19 avril 2007, n° 79, p. 16.

FERKANE Y., « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 129.

FERRARI P., « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, CUJAS, 1975, p. 215.

FIALAIRE J.

- « Le droit de la fonction publique en question : entre contrat et statut », *JCP A* 2003, n° 47, 2044, p. 1540 ;
- « Droit de la fonction publique territoriale et management des ressources humaines. De la rupture conceptuelle aux essais de conciliation », *RGCT* 2004, n° 31, p. 847 ;
- « Fonction publique et finalité de l'État », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 307.

FITTE-DUVAL A.

- « Mutation et paradoxes de l'égalité dans la fonction publique », *AJFP* 2006, p. 4 ;
- « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée », *AJFP* 2007, p. 4 ;
- «La situation de réorientation professionnelle, ou les deux visages de Janus », commentaire sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *AJFP* 2011, p. 158 ;
- « Les dialectiques du principe d'égalité dans la fonction publique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?,* sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 215.

FONT N.

- « Le chômage du fonctionnaire », *AJFP* 2012, p. 336 ;
- « La notion de "travailleur" à l'aune des droits nationaux et internationaux », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences,*

harmonisations, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 39.

FORT F.-X., « Le licenciement des agents publics, une mesure singulière », *RDP* n° 6-2006, p. 1513.

FORTIER J.-C., « 2013 : préparer la sortie de crise », *AJFP* 2013, p. 1.

FORTIER Ch.

- « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public. Éléments pour une définition matérielle de l'agent public », *AJDA* 1999, p. 291 ;
- « L'identité du droit français de la fonction publique. Le statut, spécificité irréductible du droit public du travail », *in L'identité du droit public*, sous la dir. de Xavier Bioy, LGDJ., 2011, p. 105 ;
- « La fonction publique française, le bateau ivre ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?,* sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 1.

FRATACCI S., « La gestion des ressources humaines dans l'administration », *in* actes du colloque du 17 décembre 1999, Dijon, « L'employeur public à l'approche du nouveau siècle », *AJFP* 2000, n° 6, p. 57.

FRESSOZ P.-F., « La modernisation de la fonction publique », *AJDA* 2001, p. 472.

FROMENT J.-C., « De la valorisation de la conception fonctionnelle de la fonction publique à son institutionnalisation (la loi du 26 juillet 1991) », *RDP* 1996, p. 1117.

GARBAR Ch.-A.

- « L'adaptation des agents du service public. L'exemple des personnels statutaires des entreprises publiques », *in Service public et lien social*, sous la dir. de DECRETON S., L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999, p. 197 ;
- « Quelle(s) réforme(s) pour la fonction publique : statut ou/et contrat ? », *AJFP* 2005, p. 281.

GAUDEMET Y., « Existe-il une catégorie d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA* 1977, p. 614.

GAURIER D., « L'idée de codification dans la Chine ancienne », *in Mélange Fritz Sturm*, sous la dir. de Jean-François Gerkens, Peter Trenk-Hinterberger, Peter Hansjörg et Roger Vigneron, Éditions Juridiques de l'Universalité de Liège, 1999, p. 687.

GEORGEL J., « L'agrément administratif », *AJDA* 1962, p. 467.

GLÉNARD G., « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », *Dr. adm*. 2002, n° 2, p. 4.

GUÉNAIRE M., « Le service public au cœur du modèle de développement français », *JCP A* 2005, p. 1209.

GUGLIELMI G., « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Le Droit ouvrier*, 2008, n° 717, p. 175.

HOEPFFNER H., « La délégation de service public : une notion condamnée ? », *RLCT* 2014, n° 98, p. 45.

JACOTOT D., « Les avatars de la mobilité fonctionnelle. La mutation d'un fonctionnaire au sein d'une entité privée, un imbroglio juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 135.

JAMIN Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 733.

JEAN-PIERRE D.

- « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A* 2003, 1672, p. 973 ;
- « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale », *JCP A* 2003, n° 13, 1308, p. 395 ;
- « La loi France Télécom et la fonction publique », *JCP A* 2004, n° 14, 1256, p. 488 ;
- « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande illusion ou un nouvel espoir ? », *JCP A* 2004, n° 47, 1738, p. 1467 ;
- « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *JCP A* 2005. n° 35, 1306 p. 1302 ;
- « La suppression d'emplois dans la fonction publique territoriale », *JCP A* 2005, n° 21, 1217, p. 838 ;
- « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *JCP A* 2006, n° 42, 1241, p. 1338 ;
- « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A* 2010, n° 38, 2284, p. 28 ;
- « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *JCP A* 2011, n° 17, 2170, p. 39 ; « La réforme de l'État vue du côté de l'emploi des fonctionnaires : réorientation professionnelle, disponibilité d'office et licenciement », *JCP A* 2011, n° 3, 2023, p. 30 ;
- « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *JCP A* 2012, n° 36, 2290, p. 24 ;
- « Les prises illégales d'intérêts des fonctionnaires », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 291.

JEANNOT G., « De la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences GPEEC aux cadres statutaires : la progressive émergence de la notion de métier », *RFAP* 2005, n° 116, p. 595.

KADA N., « Emploi public et transfert de personnel », *RDP* 2002, p. 847.

KELLER M. « Les agents contractuels de l'administration : retour à la case départ », *Dr. soc*. 1999, p. 143.

KERLÉO J.-F.

- « L'autonomie des établissements publics L'exemple du droit portuaire », *AJDA* 2011, p. 716 ;
- Note sur le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 « relatif à la situation de relation professionnelle des fonctionnaires de l'État », *JCP A* 2011, 2023, p. 29.

KOUBI G., « Orientation et réorientation professionnelle. Indices d'une disparition programmée du modèle de la fonction publique ? », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 233.

LACHAUME J.-F.

- « Du retrait d'agrément et de son influence sur le contrat liant un agent à une Caisse de Sécurité Sociale », *Dr. soc.* 1973, n° 5, p. 332 ;
- « Évolution et permanence dans l'identification de l'agent public non statutaire », *CJEG* 1997, p. 35 ;
- « La situation d'un fonctionnaire mis à disposition d'un organisme de droit privé », *Dr. soc*. 1997, p. 710.

LAMARQUE J., « Le déclin du critère de la clause exorbitante du droit commun », *in Mélanges offertes à Marcel Waline*, *Le juge et le droit public*, T. II, 1974, p. 497.

LAVAL-MADER N., « Un fonctionnaire peut-il devenir auto-entrepreneur ? », *AJDA* 2009, p. 1230.

LE BERRE Ch., « L'influence du droit public sur le droit privé : l'exemple du droit disciplinaire », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 99.

LEBRANCHU M., « La gestion des ressources humaines au cœur de la modernisation publique », *AJFP* 2012, n° 6, p. 301.

LEMAIRE E., « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA* 2009, p. 767.

LEMOYNE de FORGES J.-M.

- « Le système français de fonction publique », *in À propos de l'administration, La Documentation française*, 1998, p. 37 ;
- « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *AJDA* 2003, p. 1917 ;
- « La loi de transposition du droit communautaire à la fonction publique », *AJDA* 2005. p. 2285.

LE PORS A., « Le statut général attaqué de front », *Les Cahiers de la fonction publique*, mars 2005, p. 24.

LICHÈRE F., « Externalisation et personnes publiques », *Cahiers du droit de l'entreprise*, mai-juin 2006, p. 66.

LIGNIÈRES P., avec BABIN L.

- « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm*. 2002, n°5, p. 37 ;
- « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'État », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 575 ;
- « Réflexions sur la distinction des activités externalisables et des activités non externalisables, et sur la manière de l'établir », *in Chaire « mutations de l'action publique et du droit public »*, Science Po Paris, 2ème session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global » : L'externalisation des activités publiques en droit comparé, 14 mars 2007, p. 3.

LINDITCH F., « La puissance publique à l'épreuve de l'externalisation », *in La puissance publique*, Travaux de l'AFDA., LexisNexis, 2012, p. 77.

LLORENS F., « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *in Liber Amicornum Jean Waline*, Dalloz, 2012, p. 301.

LOMBARD M.

- « Service public et service universel, ou la double inconstance », *in Mélange en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 507 ;
- « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 82.

LYON-CAEN G.

- « Défense et illustration du contrat de travail », *in Arch. phil. dr.* t. 13, 1968, p. 59 ;
- « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc*. 1988, p. 540 ;
- « L'obligation implicite », *APD*., t. 44, *D*. 2000, p. 109.

MAGGI-GERMAIN N., « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Dr. soc*. 1999, p. 692.

MAISL H., « La nouvelle réglementation des télécommunications », *AJDA* 1996, p. 762.

MARC E.

- « Contrats de partenariat et personnels territoriaux : quelques repères pour le passage de la gestion publique à la gestion partenariale », *RLCT* 2008, n° 39, pp. 89 ;
- « Loi "mobilité et parcours professionnels" : vers une flexibilité accrue dans l'emploi public », *RLCT* 2009, n° 49, pp. 22 ;
- « Le régime disciplinaire des agents publics non titulaires », *in* actes du colloque, Montpellier, 28 mai 2010, « Les agents publics non titulaires : du contrat au statut ? », *RLCT* 2010, n° 59, p. 91
- Avec STRUILLOU Y., « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relation professionnelles », *Dr. adm*. 2010, n° 11, p. 7 ;

- Avec STRUILLOU Y., « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un "droit de l'activité professionnelle" ? », *RFDA* 2010, p. 1169 ;
- « La fin non assumée de la garantie de l'emploi de fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA* 2011, p. 162 ;
- « Les statuts d'emplois », *AJDA* 2011, p. 2411 ;
- « Délégation de service public et fonction publique », *AJDA* 2013, p. 1456 ;
- « Le statut a 30 ans, vive le contractualisme... », *JCP A* 2013, n° 29, 2214 ;
- Avec STRUILLOU Y., « La valeur des accords collectifs conclus par l'État avec les organisations syndicales de fonctionnaires : les vertus potentielles d'un oxymoron juridique », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 65.

MARCEAU A., « Vers une banalisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ? », *RLCT* mai 2005, p. 28.

MAROIS W., « la gestion des ressources humaines dans le cadre de la LOLF », *Revue du Trésor* 2006, p. 556.

MARTIN J., « À propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public », *AJDA* 2003, p. 768.

MAURY S., « Emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? », *Dr. soc*. 2009, p. 468.

MAZEAUD A., « Reprise d'une entité économique par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif », *Dr. soc*. 2006, p. 383.

MEKHANTAR J.

- « La sécurité de l'emploi, garantie des fonctionnaires », *AJFP* 1996, n° 3, p. 32 ;
- « L'employeur public et la nouvelle gestion des ressources humaines », *AJFP* 1999, n° 5, p. 7 ;
- « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques », *AJFP* 2000, n° 6, p. 21.

MELLERAY F.

- « La notion judiciaire de service public, développements récents », *AJDA* 2003, p. 114 ;
- « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public, la reconnaissance d'autres personnes publiques spécialisées », *AJDA* 2003, p. 711 ;
- « Le marché d'entreprise de travaux public, un nouveau Lazare Juridique ? », *AJDA* 2003, p. 1260 ;
- « L'exorbitance du droit administratif en question (s) », *AJDA* 2003, p. 1961 ;
- « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA* 2003, p. 2078 ;
- « Vers une extension de la fonction publique française aux Européens ? », *AJDA* 2004, p. 2203 ;
- « L'impact des lois du 26 juillet 2005 sur les équilibres de la fonction publique », *AJFP* 2005 p. 225 ;

- « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006, n° 1, p. 185 ;
- « La loi de modernisation mérite-t-elle son titre ? », *AJDA* 2007, p. 507 ; « Contrats de partenariat et externalisation », *Revue du Trésor* 2007, p. 246 ;
- « Une profonde rupture intellectuelle avec la conception française de la fonction publique », *AJDA* 2008, p. 900 ;
- « Un "plan de sauvegarde de l'emploi" qui ne dit pas son nom », *AJFP* mars-avril 2010, p. 60 ; « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique – Première étape d'une réforme profonde », *AJDA* 2010, p. 2045 ;
- « Un édifice statutaire plus souple ? », *AJDA* 2011, p. 2388 ;
- « La sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels de la fonction publique », *AJDA* 2012, p. 1095.

MÉNÉMÉNIS A.

- « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *AJDA* 2004, p. 1737 ;
- « L'avis Fondation Jean-Moulin et la commande publique : poursuite de la réflexion », *CP-ACCP* 2004, p. 36.

MONIOLLE C.

- « La valeur juridique des protocoles d'accord dans la fonction publique », *RFDA* 1999, p. 221 ;
- « Les apports essentiels de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances et matière de dépenses de personnel », *AJDA* 2006, p. 2042 ;
- « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP* 2010, p. 234 ;
- « L'avenir des agents non titulaires de droit public », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 193 ;
- « La mutation des corps dans la fonction publique d'État », *AJDA* 2013, p. 328.
- « Le principe de carrière revisité ? Le rôle du corps dans la construction de la carrière », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch., Dalloz, 2014, p. 99.

MOREAU J., « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA* 1965, p. 3.

MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *in Contrats publics Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, CREAM Presse de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 175.

NADAL S., « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 87.

NICINSKI S., « La délégation de service public et le temps », *AJDA* 2013, p. 1441.

ONDOUA A., « Les principes généraux du droit de la fonction publique », *in Mélange Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 777.

PÊCHEUR B.

- « La fonction publique : entre le "*big bang*" et le *statu quo* ? », *Pouvoirs*, 2006, n° 117, p. 93 ;
- « Les fonctionnaires ont besoin de sens et de perspectives », *AJDA* 2013, p. 2180.

PÉRÉON P., « La délégation des services publics administratifs », *AJDA* 2004, p. 1449.

PETIT J., « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *in Mélange en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345.

PEKASSA NDAM G., « La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *RDP* 2012, n° 2, p. 347.

PLATON S., « Délégation de service public et concession des service en droit de l'Union européenne », *AJDA* 2013, p. 1448.

PLESSIX B., « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A* 2007, n° 13, 2077, p. 35.

POCHARD M.

- « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000, p. 3 ;
- « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique », *CFP* Juin 2002, p. 3 ;
- « Perspectives pour la fonction publique », *JCP A* 2003, n° 14, 1314, p. 411 ;
- « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 991 ;
- « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA* 2003, p. 1906 ;
- « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *AJDA* 2005, p. 401 ;

PONTIER J.-M.

- « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, p. 9 ;
- « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327.

QUIOT G., « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA* 2005, p. 813.

RAPP L.

- « La privatisation de France Télécom : de "l'exemple français" à "l'exemple culturelle" », *CJEG* 1994, n° spéc., p. 358 ;
- « La prise en compte du critère économique et financiers dans les contrats publics : le risque d'exploitation », *Le Bulletin de Jurisprudence de Contrats Publics* 2000, n° 9, p. 82 ;

- « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA* 2004, p. 579 ;
- « Quasi régie, quasi régime », *AJDA* 2010, p. 588.

RICHARD MISRAI S., « L'interdiction du cumul d'activités dans le secteur public : un principe malmené », *AJFP* 2012, p. 7.

RICHER L.

- « Le statut des agents de France Télécom », *AJDA* 1994, p. 465 ;
- « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA* 2003, p. 973 ;
- « Partage de service et prestations de services », *ACCP* décembre 2006, p. 26 ;
- « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2007, p. 2225.

RIVERO J.

- « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D*. 1947, p. 149 ;
- « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 580.

ROBLOT-TROIZIER A.

- « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007, p. 990 ;
- « La Constitution, le service public et le fonctionnaire », *AJDA* 2013, p. 584.

ROUBAN L. et BODIGUEL J.-L, « Vers une redéfinition du rôle des fonctionnaires », *Revue française de gestion*, septembre-octobre 1991, p. 90.

SAINT-JOURS Y.

- « La pénétration du droit du travail dans la Fonction publique », *in Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à Guillaumes-Henri Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 231 ;
- « La situation juridique des personnels employés dans les services publics », *Le Droit ouvrier*, 2008, p. 186.

SALON S., « France Télécom, un pas de plus... un pas de trop pour les fonctionnaires ? », *CFP* septembre 2003, p. 16.

SAVIGNAC J.-C., « De la mise à disposition », *Rev. adm*. 1985, p. 48.

SAVY R., « Le grade et l'emploi », *D*. 1968, p. 131.

SCHWARTZ R., « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA* 1997, p. 47.

SEILLIER B., « L'érosion de la distinction SPA / SPIC », *AJDA* 2005, p. 417.

SOLDINI D., « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA* 2010, p. 1114.

SOYKURT-MACAIRE S., « La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès des agents contractuels de la fonction publique à l'emploi titulaire », *AJFP* 2012, p. 178.

SUBRA de BIEUSSES P., « La spécificité de l'affermage », *AJDA* 1996, p. 608.

SUPIOT A.

- « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc*. 1989, p. 777 ;
- « Le travail en perspectives : une introduction », *in Le travail en perspectives*, sous la dir. de SUPIOT A., LGDJ., coll. « Droit et société », 1998, p. 1 ;
- « Le travail et l'opposition public / privé », *in Le travail en perspectives*, sous la dir. de SUPIOT A., LGDJ., coll. « Droit et société », 1998, p. 335.

SUTTER G. et ZÉCLER H., « Les agents contractuels des services publics administratifs », *RDP* 2000, p. 520.

SWEENEY M. et TOUZEIL-DIVINA M., « Droit des travailleurs (publics et privés) », *in Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., LGDJ., coll. « Hors collection », 2ème éd., 2014, p. 166.

SWEENEY M., « La notion d'emploi au croisement des droits du travail et des fonctions publiques », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 205.

TAILLEFAIT A.

- « Le nouveau droit des marchés publics. Les aspects financiers et comptables », *Dr. adm*. 2001, n° 7, p. 11 ;
- « Les emplois fonctionnels dans la fonction publique territoriale », *Dr. adm*. 2003, n° 3, p. 10 ;
- « Réforme de la réglementation sur la notation des fonctionnaires de l'État. Nouvelle évaluation et traditionnelle notation des fonctionnaires », *JCP A* 2003, n° 48, 2055, p. 1571 ;
- « La mobilité des agents publics après les lois de février 2007 relatives à la fonction publique », *Dr. adm*. 2007, n° 6, p. 7 ;
- « La fonction publique territoriale », *in Les collectivités territoriales en France*, La Documentation française, coll. « Les notices », notice n° 18, 2008 ;
- « Le devoir de désobéissance de l'agent public », *Revue Lamy Droit Civil* 2008, n° 51 supl., p. 93 ;
- Avec AUBY J.-B., « *Le Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique* du 17 avril 2008 : entretien avec Jean-Ludovic Silicani », *Dr. adm*. 2008, n° 12, p. 7 ;
- « Impartialité et non-discrimination dans les concours », *Dr. adm*. 2009, n° 6, p. 28 ;
- « Le recours aux entreprises de travail par les collectivités territoriales », *AJCT* 2010, n° 1, p. 23 ;
- « Sélectivité et performance de la fonction publique », *in Performance et droit administratif*, sous la dir. d'ALBERT N., Litec, coll. « Colloques et débats », 2010, p. 176 ;
- « Constitution et fonction publique », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2012, n° 37, p. 49 ;
- « Mobilité professionnelle et fonction publique », *JCP A* 2013, n° 29, p. 29 ;

- « Les liens nouveaux entre l'évaluation et la rémunération des fonctionnaires : une étape vers un droit de la performance de la fonction publique ? », *in Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, sous la dir. de FORTIER Ch. Dalloz, 2014, p. 119.

TERNEYRE Ph.

- « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs : le marché d'entreprise de travaux publics », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 315 ;
- « Les sociétés publiques locales », *in* actes du Colloque « Contrats / Marché public », *JCP A* 2011, n° 51 – 52, p. 24.

THÉRY J., « De la situation juridique des fonctionnaires civils dont le statut particulier peut déroger au statut général des fonctionnaires », *AJDA* 1962, p. 603.

THOMAS-TUAL B., « Quel modèle pour la fonction publique française ? », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 217.

TISSANDIER H., « La mutation de la nature de l'employeur public : quel avenir pour les agents / salariés ? », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 53.

TOUZEIL-DIVINA M.

- « L'article L. 122-12 du Code du travail confronté au droit public », *AJFP* 2006, n° 5, p. 172 ;
- « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP* 2010, n° 5, p. 228 ;
- « Un droit des travailleurs publics et privés », *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1508, p. 283 ;
- « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail », *in Droits du travail et des fonctions publiques : Unité (s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., L'Épitoge-Lextenso, coll. « L'Unité du Droit », 2012, p. 9 ;
- Avec BONNET B. « Unité du droit », *in Initiation au droit. Introduction encyclopédique aux études et métiers juridiques*, sous la dir. de TOUZEIL-DIVINA M., LGDJ., coll. « Hors collection », 2ème éd., 2014, p. 282.

TRICOT B., « L'agrément administratif des institutions privées », *D*. 1948, chron., p. 25.

TRUCHET D., « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté », *in Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. de CADIET L., Economica, 1987, p. 185.

VALCKE C., « "Droit" et comparaison », *in Comparer les droits, résolument*, sous la dir. de LEGRAND P., PUF., 2009, p. 115.

VAN RUYMBEKE O. et BEZANÇON X., « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA* 1990, p. 813.

VEDEL G., « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *in L'évolution du droit public*, Études offertes à Achille Mestre, Sirey, 1956, p. 527.

VOLUT D., « Le remplacement de la notation par l'entretien individuel : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJFP* 2013, p. 307.

WALINE M., « La notion de régie intéressée », *RDP* 1948, p. 337.

WAUQUIET J.-P., « les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion » *La Gazette des communes*, 1er juillet 2002, p. 60.

WINICKI P., « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF), gestion des ressources humaines et nouvelles compétences managériales », *RFAP* 2006, n° 117, p. 117.

YOLKA Ph., « Sur l'externalisation en matière administrative », *in* actes du colloque « Externalisation des propriétés publiques. Pratiques techniques et résultats » organisé par l'Institut d'études administratives, sous l'égide de l'équipe de droit public de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, le 23 septembre 2011, *JCP A* 2012, 2130, p. 14.

ZHANG L.

- Avec LI Ch., « L'évolution récente du contentieux administratif en Chine », *Gazette du Palais*, n° spécial « La Chine et le droit en 2004, vers une légalité renforcée », n° 196-199, p. 17 ;
- « La conception chinoise de l'acte d'État », *Revue juridique et économique Europe-Chine*, n° 13-14, juin 2008, p. 27 ;
- « Les contrats publics en Chine », *in Droit comparé des contrats publics*, sous la dir. de NOGUELLOU R. et STELKENS U., Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 493 ;
- « À la recherche d'un État de droit socialiste : l'évolution du droit chinois », *Revue Agir* mai 2011, n° 46, p. 85 ;
- « La protection juridique des fonctionnaires en Chine : évolution et perspective », *Revue juridique et économique Europe-Chine* juin 2011, n° 25-26, pp. 167 ;
- « Les recours administratifs en Chine », *Dr. adm*. 2012, n° spéc. 8-9, p. 16.

Notes, observations, chroniques et conclusions de jurisprudence

ANTONMATTEI P.-H. et DESTOURS S., note, CE., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, req. n° 230804, *Dr. soc*. 2003, p. 999.

AUBIN E.

- Note, CE., 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police*, req. n° 229547, « Les avantages de carrière des fonctionnaires, les quartiers urbains difficiles et le principe d'égalité », *AJDA* 2005, p. 1238 ;
- Note, TA. Amiens, 6 septembre 2005, *Madame Duport*, req. n° 0202349, « Les conséquences juridiques des promesses on tenues faites aux agents contractuels de droit public », *AJDA* 2006, p. 158 ;

- Note, CE., 3 mai 2006, *Syndicat de la juridiction administrative*, *Union syndicale des magistrats administratifs*, req. n° 274689 et 285178, *Fischer*, *Schluraf*, *Syndicat chrétien de l'Éducation nationale et des affaires culturelles,* req. n° 276495, 276496 et 276676, *AJDA* 2006, p. 2399 ;
- Note, CE., 21 mai 2007, req. n° 299307, *Mme. Manolis et autres*, « La situation des bénéficiaires de contrats de droit public à durée indéterminée dans les collectivités territoriales : maintien de la précarité ou volonté d'insertion dans la fonction publique ? », *RLCT* 2007, n° 25, p. 35 ;
- Note, CE., 26 janvier 2007, *M. Giffard*, req. n° 282703, « La mise au placard de l'agent, la règle du service fait et la turpitude de l'administration », *AJDA* 2007, p. 1299 ;
- Note, CE., 26 mai 2008, *Commune de Porto-Vecchio*, req. n° 281913, « Le surclassement artificiel de l'agent face à la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale », *AJDA* 2008, p. 1959 ;
- Note, CE., 11 août 2009, *Société Comba*, req. n° 303517, « La convention de délégation de service public et la durée normale d'amortissement d'un équipement funéraire », *RLCT* 2009, n° 52, p. 11 ;
- Note, CAA. Lyon, 7 juillet 2011, *M. Elite*, req. n° 10LY02078, « L'expansion du principe général du droit relatif à l'obligation de reclassement des agents publics contractuels », *AJDA* 2012, p. 111.

AUBY J.-B.

- Note, CE., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, *Rec*., p. 152, concl. Daniel Labetoulle ; *D*. 1983. p. 8 ;
- Avec Hubrecht, H.-G., note, TC., 21 mars 1983, *UAP*, *Rec*., p. 537, *AJDA* 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; *D*. 1984, p. 33.

AUBY J.-M., note, CE., 11 mai 1987, *Divier*, req. n° 62459, *RDP* 1988, p. 265.

BENTOLILA P., comment., CE., 27 octobre 1999, *Bayeux*, req. n° 178412, « la jurisprudence *Bayeux* et la place des droits acquis dans le droit applicables aux non-titulaires », *AJFP* 2003, p. 46.

BERGEAL Ch., concl., CE., 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *Rec*., p. 878, *AJDA* 1999, p. 517 ; CE., 30 juin 1999, *SMITOM*, *Rec*., p. 229, *AJDA*, 1999 714.

BERNARD M., concl., CE., 14 juin 1967, *Santucci*, *Rec*., p. 251.

BERTRAND F.-G., concl., CE., 26 janvier 1968, *Dame Maron*, *Rec*. p. 69, *AJDA* 1968, p. 293.

BLUM L.

- Concl., CE., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, req. n° 16178 ;
- Concl., CE., 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec*., p. 909, *D*. 1916, 3, p. 35.

BOISSARD S., concl., CE., 29 juin 2001, *M. Berton c./ SNCF*, *Rec*., p. 296.

BON P. et (de) BÉCHILLON D., obs., CE., 9 juillet 1997, *CH Draguignan*, *D*. 1999. somm. p. 48.

BOUTELET P.

- Comment., CE., 12 juin 1996, *Communauté de communes du Pays de Laval*, req. n° 172647, *AJFP* 1996, p. 51 ;
- Comment., TC., 4 juillet 1996, *Préfet de la Région Nord Pas de Calais, Préfet du Nord*, req. n° 95-1119, *AJFP* 1996, p. 53.

BRAIBANT G., concl., TC., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Solon et Barrault*, *Rec*., p. 944, *RDP* 1973, p. 473.

BUFFA S., comment., C. const., 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP* 2013, p. 5.

CHARDEAU J., concl., CE., 4 juin 1954, *Vingtain* et *Affortit*, *Rec*. p. 342 ; CE., 26 octobre 1960, *Sieur Rioux*, *Rec*., p. 559.

CHAUVAUX D. et GIRARDOT T.-X.,

- Chron., CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, *Rec*., p. 137, *AJDA* 1996, p. 729 ;
- Chron., CE., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, req. n° 138536, *AJDA* 1996, p. 732.

CHEMIN B., concl., CAA Bordeaux, 26 juin 2003, *Dubreuil*, req. n° 99BX01998*, AJFP* septembre 2003, p. 15.

CHRESTIA Ph., comment., CE., 25 septembre 2013, avis n° 365139, *AJFP* 2013, p. 305.

COURRÈGES A., concl., CE., 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS c/GIP Symaris)*, req. n° 300481, *JCP A* 2009, p. 2145.

COUTURIER G. et PRÉTOT X., C. cass., 16 mars 1990, req. n° 89-45.730 et n° 86-40.686, *Bull. ass. plén*., n° 4, *Dr. soc*., 1990, p. 412.

DAL FARRA T., comment., CE., 9 mars 1995, req. n° 356931, *in Grands avis du Conseil d'État*, 2ème éd., 2002, n° 32, p. 333.

DARDALHON L., note, CE., 13 octobre 2004, *Association pour la défense et l'apparition des droits des personnels*, req. n° 256489, *LPA* 2005, n° 122, p. 17.

DAVID R., concl., TC., 8 février 1873, *Blanco*, *Rec*., 1er suppl. 61, D. 1873, 3, 17.

DEBORD F., note, C. cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-69453, *RDT* 2010. 510.

DELAUNAY B., note, CE., 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, req. n° 337062, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », *RFDA* 2012, p. 481.

DOMINGO L. et NICOT S., obs., C. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *D*. 2003, p. 1127.

GESLOT Ch., obs., C. const., 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, *AJFP* 2013, p. 12.

DONNAT F. et CASAS D.

- Chron., CE., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, req. n° 230804, *AJDA* 2003, p. 1150 ;
- Chron., CE., 17 octobre 2003, *Bompard*, req. n° 244521, *AJDA* 2003, p. 2028.

DONTENWILLE, concl., C. cass., 16 mars 1990, req. n° 89-45.730 et n° 86-40.686, *Bull. ass. plén.*, n° 4, *Dr. soc.*, 1990, p. 399.

DOUENCE J.-C.

- Obs., CE., 30 juin 1999, *SMITOM*, *Rec.*, p. 229, *RFDA*, 1999, p. 1134 ;
- Note, CE., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736, *RFDA* 2007, p. 812.

DRAGO R., note, C.cass. com., 9 juillet 1951, *SNEP*, *S.* 1952, I, p. 125.

DREYFUS J.-D.

- Note, CE., 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, req. n° 281796, *AJDA*, 2007, p. 915 ;
- Obs., CE., 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS c/GIP Symaris)*, req. n° 300481, *AJDA* 2009, p. 891.

DUPLAT J., concl., TC., 19 janvier 2004, *Devun*, req. n° C3393, *RJEP* 2004, p. 125.

EISENMANN Ch., note, CE., 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, *Rec.*, p. 843, *D.* 1938. 349.

FOUQUET O., concl., CE., 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, *AJDA* 1986, p. 105.

GARREAU D., note, CE., 27 octobre 1999, *Bayeux*, req. n° 178412. *Dr. adm.* 1999, comment. 306, *RGCT* 1999, p. 562.

GEFFRAY É., note, CE., 26 mai 2010, req. n° 307786, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Mlle. Duchateau*, « L'attribution de la nouvelle bonification indiciaire face au principe d'égalité », *AJDA* 2010, p. 1659.

GENEVOIS B., concl., CE., 25 mai 1979, *Mme Rabut*, *Rec.*, p. 231.

GESLOT Ch., obs., C. const., 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, *AJFP* 2013, p. 12.

GIRARDOT T.-X., note, TC., 19 janvier 2004, *Mme. Devun et autres c/ Commune de Saint-Chamond*, *Rec.*, p. 109, *RJEP* 2004, p. 127.

GLASER E., concl. CE., 31 décembre 2008, *Cavallo*, req. n° 283265, *RFDA* 2009, p. 89.

GUETTIER Ch.

- Note, CE., 4 juillet 1986, *Berger*, *Rec.*, p. 564 ;
- Note, CE., 6 février 1987, *Maurice*, *JCP* 1988, II, 20971.

GUIBAL M., CE., 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, req. n° 65846, *JCP éd. gén*. 1991, II, n° 21749.

GUILLAUME G., concl., CE., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados c/ Caisse franco-néerlandaise de cautionnement*, req. n° 79402 et 79495, *AJDA* 1972, p. 245.

GUILLAUMONT O., comment., CE., 16 mai 2011, *Associations civiles de la défense*, req. n° 341936, *AJFP* 2011, p. 317.

ISRAËL J.-J., note, TC., 6 juin 1989, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ CA Paris, SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et Ville de Pamiers*, req. n° 2578, *D*. 1900, p. 418.

HAURIOU M.

- Note, CE., 23 mai 1906, *Dame Chauvin*, *S.* 1908, III, p. 17 ;
- Note, CE., 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826, *S*. 1909, III, p. 145 ;
- Note, CE., 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*, *S.* 1910, 3, p. 49 ;
- Note, CE., 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents de l'administration des contributions directes*, *Rec*., p. 37, *S*. 1922, III. 1.

JEAN-PIERRE D., note, CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, req. n° 245154, *JCP A* 2004, n° 49, 1788, p. 1559.

JÈZE G.

- Note, CE., 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826, *RDP* 1909, p. 494 ;
- Note, CE., 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents de l'administration des contributions directes*, *Rec*., p. 37, *RDP* 1922, p. 59 ;
- Note, CE., 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, *Rec*., p. 843, *RDP* 1938, 121.

JOSSE P.-L., concl., CE., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec*., p. 595, *D*. 1932, 3 , p. 26.

LABETOULLE D., concl., TC., 21 mars 1983, *UAP*, *Rec*., p. 537, *AJDA* 1983, p. 356.

LACHAUME F.

- Comment., CA. Montpellier, 1er juin 1971, *Dr. soc*. 1973, p. 330 ; note, CE., 10 juillet 1989, *Régie départementale des passages d'eau de la Charente Maritime*, req. n° 77006, *RFDA* 1991, p. 180 ;
- Comment., C. cass., 20 décembre 1996, *Rey-Herme c/ Alliance française*, req. n° 92-40641, *Dr. soc*. 1997, p. 710.

LAGRANGE M., concl., CE., 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, *Rec*., p. 843.

LANDAIS C. et LENICA F.

- Chron., CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, req. n° 245154, *AJDA* 2004, p. 2153 ;
- Chron., TC., 16 octobre 2006, *Caisse centrale réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, req. n° 3506, *AJDA* 2006, p. 2382.

(de) LAUBADÈRE A.

- Note, CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, req. n° 98637, *D*. 1956, p. 433 ;
- Note, TC., 24 juin 1968, *Société d'approvisionnements alimentaires*, req. n° 01911, *AJDA* 1969, p. 311.

LAURENT P., concl., CE., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec*. p. 434 ; *S*. 1957, 38 ; *D*. 1956, 759.

LIEBER S.-J., concl., CE., 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation c/ Jounet*, req. n° 337062.

LLORENS F. et TERNEYRE Ph., obs., CE., 6 juin 1997, *SA Société industrielle de nettoyage*, req. n° 129437, *RDI* 1997, p. 583.

LONG M., concl., CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *Rec*., p. 167, *AJDA* 1956, p. 272.

LYON-CAEN A., note, C. cass., 16 mars 1990, req. n° 89-45.730 et n° 86-40.686, *Bull. ass. plén*., n° 4, *D*., 1990, p. 305.

MARC E.

- Note, CE., 28 décembre 2009, *SYNTEF-CFDT et autres*, « Mobilité imposée, mobilité choisie : un équilibre instable entre intérêt du service et droits des agents », *AJDA* 2010, p. 568 ;
- Avec MAILLOT J.-M., CAA. Nancy, 18 février 2010, *M. A. c/ Commune de Forbach*, n° 09NC00731, « Les conditions restrictives de transformation d'un CDD en CDI », *RLCT* 2010, n° 57, p. 15.

MATTER P., concl., TC., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec*. p. 91.

MAZEAUD A., obs., C. cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires de paris et autres c/ M. Hamon et autres*, n° 01-43467, *Dr. soc*., 2002, p. 1013.

MELLERAY F.

- Note, C. const., 24 octobre 2012, 2012-656 DC, *Loi du 26 octobre 2012 « portant création des emplois d'avenir »*, « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA* 2013, p. 119 ;
- Note, CE., 22 mai 2013, req. n° 356903, *Fédération Interco CFDT et autres*, « Accord collectif dans la fonction publique et acte faisant grief », *AJDA* 2013, p. 2041.

MONIOLLE C.

- Note, CE., 19 mars 1997, *Syndicat national des conducteurs de travaux publics*, req. n° 168986, *RFDA* 1999, p. 221 ;
- Note, CE., 1er février 1999, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie*, req. n° 197516, *RFDA* 1999. p. 226.

MOREAU J., note, CE., 19 novembre 2010, *Office national des forêts*, req. n° 331837, *JCP A* 2011, n° 3, p. 22.

NICOLAŸ P., concl., CE., 31 janvier 1964, *Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, *Rec*., p. 76, *Dr. soc*. 1964, p. 374.

PACTEAU B., note, TC., 21 mars 1983, *UAP*, *Rec*., p. 537, *Rev. adm.*, 1983, p. 368.

PEISER G., note, CE., 6 mars 1970, *Ministre de l'intérieur c/ Sieurs Sydein et Desonneville*, *AJDA* 1970, p. 564.

PEYRICAL J.-M., note, CE., 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest seine-et-marnais*, req. n° 198147, *AJDA* 1999, p. 714.

PIC P., note, C. cass. civ. 6 juillet 1931, *Préfet de la Haute-Garonne c/ Bardou*, *DP* 1931. 1. 121.

PICHAT G., concl., CE., 4 mars 1910, *Thérond*, *Rec*., p. 193.

POUYAUD D., note, CE., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149663, *RFDA* 1999, p. 139.

PRÉTOT X.

- Note, CE., 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, req. n° 170606, *JCP éd. gén.* 1998, II, n° 10139 ;
- Avec DOMINIQUE Ch., obs., CE., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, req. n° 230804, *D.* 2004, p. 1702.

PUGEAULT S., note, C. cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires de paris et autres c/ M. Hamon et autres*, n° 01-43467, *AJDA* 2002, p. 695.

RICHER L.

- Note, CE., 30 juin 1999, *Département de l'Orne* et *Société Gespace France*, req. n° 169336 et 169545, *CJEG* 1999, p. 434 ;
- Note, CE., 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, req. n° 353737, *AJDA* 2012, p. 555.

RIVERO J., note, CE., 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, *Rec*., p. 464, *S*. 1949. 3. p. 41.

ROBLOT-TROIZIER A., note, C. const., 12 octobre 2012, n° 2012-281-QPC, *Syndicat de Défense des fonctionnaires*, « La Constitution, le service public et le fonctionnaire », *AJDA* 2013, p. 584.

ROMIEU J., concl., CE., 6 février 1903, *Terrier*, *Rec*., p. 94.

ROUAULT M.-Ch., obs., CE., 22 octobre 2004, *Lamblin*, req. n° 245154, *JCP éd. gén.* 2004, *IV*, 3341.

SAINTE-ROSE J., concl., TC., 10 mars 1997, *Préfet de la région Alsace, Rec*., p. 526, *Dr. soc*. 1997, p.717.

SAINT-JOURS Y., note, C. cass., 20 décembre 1996, *Rey-Herme c/ Alliance française*, req. n° 92-40641, *D*. 1997, p. 275.

SALON S., obs., CE., 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse*, *Rec*., p. 270, *AJDA* 1991, p. 156 ; C. cass., 20 décembre 1996, *Rey-Herme c/ Alliance française*, req. n° 92-40641, *AJDA* 1997, p. 304.

SCHWARTZ R., concl., CE., 27 février 2004, *Mme. Popin*, *Rec*., p. 86, *AJDA* 2004, p. 672.

STAHL J.-H., concl., CE., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149663, *RFDA* 1999, p. 128.

STIRN B., concl., TC., 6 juin 1989, *SAEDE c/ SA Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers*, *Rec*., p. 293, *RFDA*, 1989, p. 457.

SUBRA de BIEUSSE P.

- Note, CE., 6 mai 1991, *Syndicat intercommunal du Bocage*, req. n° 65846, *AJDA* 1991, p. 717 ;
- Étude, CE., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, req. n° 230804, *AJDA* 2003, p. 1849.

TARDIEU J.

- Concl., CE., 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*, *Rec*., p. 914 ;
- Concl., CE., 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826.

TEISSIER G., concl., TC., 29 février 1908, *Feutry*, *Rec*., p. 208.

TERNEYRE Ph., note, CE., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, *Rec*., p. 137, *RFDA* 1996, p. 715.

TOUZEIL-DIVINA M.

- Note, CE., 27 juin 2012, req. n° 335481, *Perrot*, « Privauté de la continuité fonctionnelle du contrat de travail sur l'ancienneté des services effectifs publics », *RLCT* 2012, n° 82, p. 18 ;
- Note, CE., 8 mars 2013, req. n° 355788, Syndicat des cadres de la fonction publique, « La fonction publique ? C'est pas automatique ! », *RLCT* 2013, n° 90, p. 31 ;
- Note, CE., 28 avril 2014, req. n° 365052, « Le pourvoi gentilhomme (et malgré lui!) : Acte I », *JCP éd. gén*. 2014, n° 19, p. 955.

TREPPOZ A., comment., CE., 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, req. n° 212054, *AJDA* 2001, p. 663.

VAN RAEPENBUSCH S., chron., CJCE. (CJUE), 26 septembre 2000, *Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine*, aff. n° C-175/99, *Dr. soc*. 2003, p. 859.

VIALETTES M.

- Concl., CE., 12 décembre 2012, req. n° 340802, *Ministère de la défense c/ Dalot*, « La notification à un agent de l'abaissement du taux de NBI applicable à son emploi n'est pas une décision individuelle », *AJFP* 2013, n° 4, p. 217 ;
- Concl., CE., 12 décembre 2012, req. n° 354635, 350479 et 350890, « Pouvoir hiérarchique et établissement public », *AJDA* 2013, p. 481.

WALINE M.

- Note, CE., 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, *Rec*., p. 464, *RDP* 1949. p. 73 ;
- Note, CE., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, req. n° 98637, *RDP* 1956, p. 869.

Avis et rapports publics du Conseil d'État

Rapport public 2003 : *Considérations générales : perspectives pour la fonction publique*, EDCE. N° 54.

Rapport public 2008 : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008.

Rapport du 15 octobre 2009 : *Les établissements publics*, La Documentation française, 2010.

Avis n° 123539, 10 avril 1992, *Société Hofmiller.*

Avis n° 355255, 18 novembre 1993.

Avis n° 356101, 16 juin 1994.

Avis n° 356089, 7 juillet 1994, « Diversification des activités d'EDF/GDF ».

Avis n° 358102, 19 décembre 1995.

Étude : *Les établissements publics*, 15 octobre 2009, La Documentation française, 2010.

Autres

AN., *Guide de l'externalisation*, Rapport, AN. n° 3595, 12 février 2002.

BÉTEILLE L., Rapport n° 239 « sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat », annexe au procès-verbal de la séance du 26 mars 2008 du Sénat.

CHATY L., *L'administration face au management : projet de service et centres de responsabilité dans l'administration française*, l'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1997.

CHATZIS K. et RIBEILL G., *Le corps comme lieu d'articulation des métiers et des carrières, éclairage historique à partir des cas du corps des ponts et chaussées et des travaux publics de l'État*, Rapport final, LATTS., École nationale des ponts et chaussées, février 2007.

Communiqué de la CGT, *Suppression de l'intérim dans la fonction publique*, 20 décembre 2013.

Dossier « Le mérite dans la fonction publique », *CFP* janvier 2005, p. 4.

EDCE., n° 38, La Documentation française, 1987.

FOURNIER J., *Livre blanc sur « Le dialogue social dans la fonction publique »*, La Documentation française, 2002.

LARCHER G., Rapport D'information du 21 octobre 1997, fait au nom de la commission des affaires économiques et du Plan, *La Poste, opérateur public de service public face à l'évolution technique et à la transformation du paysage postal européen*, version consultable sur le site-web du Sénat : http://www.senat.fr/rap/r97-042/r97-042130.html.

Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratique de ressources humaines, Faits et chiffres*, DGAFP., 2012.

OCDE., *La rémunération liée aux performances dans l'administration*, OCDE, 2005 ; *Les partenariats public-privé Partager les risques et optimiser les ressources*, 2008.

Proposition de loi du 13 janvier 2011 « visant à réserver le statut de la fonction publique aux agents exerçant une fonction régalienne », n° 3088, présenté par Jean-François Mancel.

Rapport sur la notion juridique d'entreprise, Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française, Dalloz, 1948, t. 3, 1947.

SILICANI L.

- *La rémunération au mérite des directeurs d'administration centrale : mobiliser les directeurs pour conduire le changement : rapport au Premier ministre,* La Documentation française, 2004 ;
- *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, 2008.

Travaux préparatoires de la Constitution. *Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, séance du 5 août 1958, La Documentation française, 1960.

VALLEMONT S.

- *La gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, coll. « Gestion publique », série « Guide d'action », 2ème éd., 1998.
- *Gestion des ressources humaines dans l'administration : rapport au ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation*, La Documentation française, 1999.

VÉRAN O., *Hôpital cherche médecin, coûte que coûte Essor et dérives du marché de l'emploi médical temporaire à l'hôpital public*, 18 décembre 2013, version PDF sur le site de la Fédération de l'hospitalisation privée : http://documentation.fhp.fr/documents/19791R.pdf.

PARTIE CHINOISE

Ouvrages

Ouvrages rédigés en langue chinoise

DONG Baohua, *La modulation juridique de la relation du travail*, Presses de l'Université Jiaotong de Shanghai, 2000, p. 5 [*董保华*，劳动关系调整的法律机制，*上海交通大学出版社*].

FAN Hengshan, *Réformes des unités de service public : expériences étrangères et recherche en Chine*, Économie et Finance de Chine, 2004 [*范恒山*，事业单位改革： 国际经验与中国探索, 北京，*中国财政经济出版社*].

JIANG Ming'an, *Droits administratifs, étrangers*, *Law Press*, 1993 [*姜明安主编*，外国行政法教程，*法律出版社*]; *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université de Beijing, 1999 [*姜明安*，行政法与行政诉讼法，*北京大学出版社*].

LUO Haocai, *Droit administratif*, Presse de l'Université de Beijing, 2001 [*罗豪才*，行政法学，*北京大学出版社*].

MA Huaide, *Droit administratif chinois*, Presses de l'Université de sciences politiques et juridique de Chine, 1997 [*马怀德主编*，中国行政法，*中国政法大学出版社*].

WANG Kewen, *Traité élémentaire du droit administratif économique*, Presses de l'Université de Beijing, 2004 [*王克稳*，经济行政法基本论，*北京大学出版社*].

WANG Mingyang, *Droit administratif français*, Presses de l'Université de science politique et de droit de Chine, 1988, [王名扬，法国行政法，*中国政法大学出版社*].

Xiang Fang, Zhang Qiyu, Jiang Hancheng, *Droit administratif français*, Presses commerciales, 1912 [*项方*、*张其棫*、*姜汉澄*，法国行政法，*商务印书馆*].

XU Chongde, PI Chunxie, *Mélange : Recherches du droit administratif en Chine (1949 – 1990)*, *Law Press*, 1991 [*许崇德*、*皮纯协主编*，新中国行政法学研究综述（1949 一 1990），*法律出版社*].

YE Bifeng, *Contentieux administratif et procédure administrative*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2003 [*叶必丰*，行政法与行政诉讼法，*中国人民大学出版社*].

YING Songnian, *Traité de droit administratif*, Presses Fangzheng de Chine, 1998 [*应松年*，行政法学新论，*中国方正出版社*].

YU Lingyun, *Traité des contrats administratifs*, Presses de l'Université Renmin de Chine, 2000 [*余凌云*，行政契约论，*中国人民大学出版社*].

YU Hui et QIN Hong, *Livre vert sur le service public urbain en Chine N° 1 — les expériences chinoises du partenariat public-privé*, *Shanghai People's Publishing House* [*余晖*、*秦虹*，中国城市公用事业绿皮书N° 1——公私合作制的中国试验，*上海人民出版社*].

ZHANG Bolin, *Étude interprétative de la loi « sur les agents publics » de la République Populaire de Chine*, Personnels publics en Chine, 2005, p. 216 [*张伯林著*，中华人民共和国公务员法释义，*中国人事出版社*].

ZHANG Li, *Le droit public français contemporain — système théorique et jurisprudence*, Presses de l'Université de science politique et de droit de Chine, 2013 [*张莉*，当代法国公法——制度学说与判例，*中国政法大学出版社*].

ZHANG Shuyi, *Du contrat administratif*, Presses de l'Université de sciences politique et juridique de Chine, 1994 [*张树义*，行政合同，*中国政法大学出版社*].

ZHU Xinli, *Théorie générale de droit administratif*, Presses de l'Université de Zhejiang [*朱新力*，行政法基本原理，*浙江大学出版社*].

Ouvrages français traduits en chinois

Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, trad. par WANG Liwen et ZHENG Ge, [*王文利*、*郑戈*] ; *Les transformation du droit public*, trad. par ZHENG Ge et LENG Jing, [*郑戈*、*冷静*], Presses Liaohai et Chunfengwenyi, 1999 [*辽海出版社*、*春风文艺出版社*].

Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, trad. par GONG Mi, [*龚觅*], Presses Liaohai et Chunfengwenyi, 1999 [*辽海出版社*、*春风文艺出版社*].

Gustave Peiser, *Droit administratif général*, 19ème éd., trad. par LIAO Kunming et ZHOU Jie [*廖坤明*、*周洁*], éd. École administrative nationale, 2002 [法国行政法，*国家行政学院出版社*] .

Jean Waline, *Droit administratif*, trad. par LU Ren [*鲁仁*], Presses commerciales, 2008 [*商务印书馆*].

Thèses et mémoires universitaires

JIA Xudong, *Étude sur l'externalisation des services publics par les gouvernements locaux dans les zones urbaines en Chine à travers la théorie d'implantation*, Thèse, Université de Lanzhou, 2010 [*贾旭东*，基于扎根理论的中国城市基层政府公共服务外包研究，*兰州大学*].

GUO Bingli, *Étude sur les conflits concernant les personnels publics contractuels en Chine*, Mémoire, Université de sciences politique et juridique de Chine, mars 2011 [*郭丙丽*，我国聘用制公务员人事争议解决机制研究，*中国政法大学研究生论文*].

ZHANG Ying, *Réflexions sur la suppression de l'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine*, Mémoire, Université de Shandong, septembre 2009 [*张颖，废除我国人事争议仲裁制度的若干思考，山东大学硕士论文*].

Articles

Articles rédigés en langue chinoise

CAI Jingrong, « Réflexions sur l'externalisation des activités de police — interprétation juridique, fondement idéologique et règles applicables », *Presses universitaires de l'Université de sécurité publique du Peuple de Chine (édition Sciences sociales)*, 2010, n° 2, n° série 144, p. 4 [*蔡金荣，治安承包再思考 – 法理阐释、制度依托与行为规范*，中国人民公安大学学报（社会科学版）].

CHEN Lingling, « Le système d'agents publics contractuels – une nouvelle étape de la réforme du système de fonction publique en Chine », *Nanguo Today*, mai 2009, n° série 124, p. 8 [*陈玲玲，公务员聘任制——我国公务员制度改革的新发展*，今日南国].

CHEN Hongxia et WANG Hongtao, « Réflexions sur la question du cumul d'activités des agents publics », *Administration et Droit*, 2010, n° 4, p. 40 – 42 [*陈洪侠、王洪涛，关于公务员兼职问题的思考*，行政与法].

DAI Yazhe et WANG Yujie, « La question du cumul des activités commerciales des agents publics dans la construction du système de la fonction publique », Presses de l'Université Ha'erbin, 2005, n° 3, vol. 26, p. 44 – 45 [*戴雅哲、王育杰，从公务员带薪经商看国家公务员体系建设*，哈尔滨学院学报].

DU Juan et ZHANG Feng, « Réflexions sur le cumul d'activités des agents publics de l'État », *Droit et Société*, 2008, n° 1, p. 191 [*杜娟、张峰，对国家公务员兼职的几点看法*，法制与社会].

DUAN Yibo, « L'influence du mode de la gestion des ressources humaines sur la gestion du personnel public en Chine », *Vérité*, 2005, n° 5, p. 34 [*段溢波，人力资源管理模式对我国政府人事管理的影响*，求实].

DUAN Longfei, « Étude sur la gestion des agents intérimaires dans l'administration chinoise », *in* actes du colloque « Développement de la capacité administrative du gouvernement et construction de la société harmonieuse », conférence annuelle de l'association de la gestion administrative de Chine, 2005 [*段龙飞, 我国政府临时工作人员管理制度研究) 以政府雇员制为例，中国行政管理学会 2005 年年会暨"政府行政能力建设与构建和谐社会"研讨会论文集*].

FENG Weihong, « Étude sur les questions relatives à l'application de la loi "sur le contrat de travail" aux contrats d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public », *Presses universitaires de l'Institut de la technologie de textile et d'habillement de Zhejiang*, septembre

2008, n° 3, p. 116 [*冯卫红，事业单位聘用合同与《劳动合同法》适用问题研究*，浙江纺织服装职业技术学院学报].

HE Ye, « Le processus d'évaluation des résultats de la gestion des ressources humaines dans les établissements publics », *Recherche commerciale*, 2007, n° 5, n° série 361, p. 89 [*何叶，公共部门人力资源绩效评估的基本程序*，商业研究].

HENG Xia, « Étude sur l'évaluation des résultats des agents publics », *Zone théorique*, 2007, n° 5, p. 9 [*衡霞，公务员绩效考核的基础理论研究*，理论界].

HU Xianzhi et XU Qian, « Des employés de l'administration aux agents publics contractuels : améliorations du système de la gestion des ressources humaines des établissements publics », *Presses universitaires de l'Institut d'administration de Jiangsu*, 2009, n° 5, p. 105 [*胡仙芝, 余茜. 从政府雇员制到公务员聘任制：公共部门人力资源管理的制度完善与创新*，江苏行政学院学报].

HU Yunan, « Les question relatives au contrat d'engagement d'agents d'unité de service public », *Gérant et gestionnaire*, 2009, n° 15, p. 147 [*胡予楠，事业单位员工签订聘用合同的探讨*，经营管理者].

HU Hualin, « Les possibilités de départ des agents publics, leurs inconvénients et leur amélioration », *Presses de l'Université de radio-télévision de Hubei*, 2011, vol. 31, n° 3, p. 66 [*胡华琳，我国公务员退出机制的类型、缺陷及其优化*，湖北广播电视大学学报].

HU Yunsheng

- « Réflexions sur la mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées », *Personnel et ressources humaines*, 2006, n° 9, p. 10 [*胡云生，公务员民企挂职热的冷思考*，人事人才] ;
- « La mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées : réforme ou dislocation ? », *Revue mensuelle Décision rationnelle*, 2006, p. 29 [*胡云生，公务员民企挂职是改革还是错位*，科学决策月刊].

HUANG Yixin, XU Jing et GU Lin, « Discutions sur l'évaluation des agents des unités institutionnelles de service public », *Science and Technology Management Research*, 2011, n° 9, p. 81 [*黄一心、许璟、顾琳，事业单位管理干部绩效考核的探讨*，科技管理研究].

HUANG Hongyi, « Vers le marché : choix méthodologique et théorique de la gestion du personnel public », *Revue Yunmeng*, 2008, vol. 29, n° 4, p. 63 [*黄弘毅，市场取向: 政府人力资源管理的理念与手段选择*，云梦学刊].

HUA Xiaochen et YANG Zhichen, « Étude sur les questions relatives au système de l'arbitrage des conflits des personnels publics », Administrative Tribune, novembre 2002, n° 54, p. 56 [*化晓晨, 杨志晨, 事业单位人事争议处理制度若干问题的研究,* 行政论坛].

HUANG Xuejian et ZHOU Chunhua, « De la nature juridique des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut supérieur des officiers policiers de Xinjiang*, 2008, vol. 28, n° 1, p. 35 [*黄学贤、周春华，评述行政合同的法律属性*，新疆警官高等专科学校学报].

HUANG Hongyi et CAI Huimin, « Théorie et périmètre de l'externalisation des ressources humaines de l'administration », *Recherche*, 2008, n° 10, p. 73 [*黄弘毅 蔡汇民，政府人力资源管理外包的理论与维度*，求索].

JI Peirong et WANG Lihe, « Lecture interprétative des règles relatives au recrutement contractuel dans la loi sur les agents publics », *Forum de politique et de droit*, octobre 2007, n° 5, p. 61 [*纪培荣，王立荷，对公务员法中聘任制规定的解读*，政法论丛].

JIA Lingling et WU Zhuang, « Étude sur le départ des agents publics », *Presses universitaires de l'Institut des ethnies de Dalian*, 2010, vol. 12, n° 6, p. 595 [*贾玲玲、吴庄，公务员退出机制研究*，大连民族学院学报].

JIANG Ming'an, *in* discutions enregistrées « Frontière entre agent public et commerçant », *Forum Populaire*, 2009, n° 4B, n° série 249, p. 20 [*姜明安，"官""商"错位的角色边界*，人民论坛].

JIANG Guang-jun, « Réflexions sur la notion de personne publique », *Échanges doctrinaux*, 2008 n° 4, p. 66 – 69, [*姜广俊, 公务法人制度探讨,*学术交流].

JU Hua, « Le champ de l'externalisation contractuelle des services publics : contraste entre théorie et pratique », *Gestion administrative de Chine*, 2010, n° 4, p. 51 [*句华，公共服务合同外包的适用范围：理论与实践的反差*，中国行政管理].

LI Weihua, « La nature du contrat administratif », *Presse universitaire de l'Université de Shandong (section des sciences humaines et sociales)*, 2001, n° 5, n° série 178, p. 106 [*李卫华，行政合同的性质*，山东师大学报（人文社会科学版）].

LI Hanqing et LI Chengyang, « Comparaison entre emplois de l'administration et agents publics contractuels », *Sciences sociales Hubei*, 2008, n° 6, p. 15 [*李汉卿，李呈阳，政府雇员制与公务员聘任制之比较*，湖北社会科学].

LI Zhongliang et WANG Jingrong, « Comparaison entre gestion du personnel et gestion des ressources humaines », *Revue Tangdu*, 1998, vol. 14, n° 1, n° série 5, p. 106 [*李忠良，王景荣，人事管理与人力资源管理之比较*，唐都学刊].

LI Kejie, « Les dérives de l'intérim privé révélatrices d'une faiblesse de droit », *Forum Populaire*, 2007, novembre, p. 43 [*李克杰，协管员问题暴露法治软肋*，人民论坛].

LI Wenzhao et DONG Keyong, « La réforme des unités de service public en Chine : conception et suggestions », *Presses universitaires de l'Université Renmin de Chine*, 2010, n° 5, p. 134 [*李文钊、董克用，中国事业单位改革: 理念与政策建议*，中国人民大学学报].

LI Kejie, « L' impossible légalisation de la mise à disposition des agents publics auprès des entreprises privées », *Quotidien du Parquet*, 31 mai 2006, éd. 6, p. 1 [*李克杰，公务员民企挂职岂能合法化*，检察日报].

LIANG Huixing, « Débat lors de la réunion des experts sur le projet de loi "sur le contrat" », *Frontiers of Law in China*, 1998, n° 2, p. 55 [*梁慧星，讨论合同法草案征求意见稿专家会上的争论*，中国法学前沿].

LIANG Guilan, « Externalisation des ressources humaines : voie efficace pour l'amélioration de la performance des actions publiques », *Presses universitaires de Guangxi (édition sciences sociales)*, 2006, vol. 28 suppl., p. 129 [*梁桂兰，人力资源外包: 提高政府核心竞争力的有效途径*，广西大学学报(哲学社会科学版)].

LIN Yanyu, « La nature et le contentieux du contrat de recrutement d'agent public », *Presses universitaires de l'Institut de la science administrative de Hubei*, 2006 n° 5, n° de série 29, p. 64 [*林艳玉, 公务员聘任合同的性质及其诉讼,* 湖北行政学院学报].

LIU Jie et LI Yu, « Réflexions sur l'instauration du système de personne publique en Chine », *Presses universitaires de l'Université de l'économie de Nanjing*, 2004 n° 2, p 93 [*刘洁 李煜, 设立我国公务法人制度的构想*，南京财经大学学报].

LIU Erze, « Le système d'intérim vu sous la prisme du phénomène des agents intérimaires assistants, *Forum Populaire*, 2007, n° 214, p. 45 [*刘尔铎，从协管员现象看中国临时工制度*，人民论坛].

LIU Cui, « La signification de l'existence des contrats administratifs », *Science juridique*, 1999, n° 5, p. 70 [*刘萃，试论行政合同的存在意义*，法律科学].

LIU Guang, « Du caractère contractuel des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut des cadres de la gestion agricole de Shandong*, 2002, vol. 18, n° 3, p. 67 [*刘光，论行政合同的合同性*，山东省农业管理干部学院学报].

LIU Quan, « Du recrutement contractuel des agents publics en Chine », *Presses universitaires des étudiants chercheurs de l'Université de sciences de finance et de financement, économique, politique et juridique de Zhongnan*, 2007, n° 5, p. 134 [*刘权, 试论中国公务员聘任制,* 中南财经政法大学研究生学报].

LIU Guoxiang, « De la nature juridique du contrat d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public », *Sciences sociales Hunan*, 2006, n° 1, p. 68 [*刘国祥，论事业单位聘用合同的法律属性*，湖南社会科学].

LIU Xiaowia, « Recherche sur la mise en place des contrats administratifs », *Presses universitaires de l'Institut de sciences politique et juridique de Gansu*, août 2002, n° série 63, p. 32 [*刘晓霞，我国行政合同的适用范围及相关问题探悉*，甘肃政法学院院报].

LIU Bo, CUI Pengpeng et ZHAO Yunyun, « Étude sur les éléments déterminants de la décision de l'externalisation des services publics », *Presses de la science de gestion publique*, 2010, n° 2, p. 46 – 53 [*刘波,*、*崔鹏鹏*、*赵云云，公共服务外包决策的影响因素研究*，公共管理学报].

LIU Xia, « Réflexions sur la distinction entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail », *Ressource humaine en Chine*, juillet 2007, n° 13, p. 26 [*刘霞，关于聘用合同与劳动合同区别的思考*，中国人才].

LIU Xin, « De la transformation du rôle de la gestion du personnel public en Chine », *Enseignement et recherche*, 2007, n° 2, p. 25 [*刘昕，论我国政府人事管理职能的战略转型*，教学与研究].

LIU Hao, « Entreprisation — nouvelle voie du développement de la gestion du personnel public », *Héraut Innovations scientifique et technologique*, 2007, n° 34, p. 105 [*刘昊，企业化——政府人力资源管理的新思路*，科技创新导报].

LOU Na, « Analyse comparative sur les normes juridiques applicables aux contrats des emplois d'unité institutionnelle de service public », *Personnels publics et ressources humaines*, avril 2008, p. 18 [*娄娜，事业单位用工合同管理适用法律法规的比较分析*，人事人才].

LU Xiumin, « La classification juridique des personnels publics », *Journal of Political Science and Law*, vol. 26, n° 5, octobre 2009, p. 55 [*卢修敏，人事关系的法律界定*，政法学刊].

LU Ning et SHEN Weijuan, « Réflexions à travers la comparaison entre le mode moderne la gestion des ressources humaines et le mode tranditionnel de la gestion du personnel », *Zone économique spéciale*, mai 2007, p. 296 [*路宁、沈为娟，现代人力资源管理与传统人事管理的比较及启示*，特区经济].

MA Di, « Les prérogatives administratives dans le contrat administratif et leur encadrement juridique », *Droit et société*, 2008, n° 1, vol. 2, p. 191 [*马迪，论行政合同中的行政优益权及其法律控制*，法制与社会].

QI Yan, « Analyse stratégique sur la construction du système de départ régulier des agents publics », *Guangxi Sciences sociales*, 2011, n° 1, n° série 187, p. 168 [*齐燕，构建我国公务员正常退出机制的策略分析*，广西社会科学].

QIN Xiaolei et WANG Qiang, « Étude pratique sur le critère des résultats de l'évaluation des agents publics », *Sciences sociales Nanjing*, 2007, n° 7, p. 64 [*秦晓蕾、王强，国家公务员绩效考核指标体系实证研究*，南京社会科学].

SHANG Lin, « Étude sur la relation entre concession de service public et achat du gouvernement – sous l'angle du droit de l'Union européenne sur le marché public », *Inverstment & Cooperation*, 2012, n° 11, p. 3 [*尚琳，公用事业特许经营与政府采购关系的研究——基于欧盟公共采购法的视角*，投资与合作].

SHAO Fen, « Réflexions sur l'élargissement de l'application du droit du travail en Chine », Études juridiques contemporaines, 2004, n° 3, p. 161 [*邵芬, 我国劳动法适用对象的扩大及其思考*, 现代法学].

SHEN Kaiju, « Les conflits relevant d'un contrat administratif doivent être soumis au contentieux administratif », *in* actes du colloque en 1997 de l'association de la science juridique de Chine,

section du droit administratif, p. 1 [*沈开举，行政合同纠纷应纳入我国行政诉讼的受案范围*，中国法学会行政法学研究会 1997 年提交的论文].

SHENG Suping, « De la personnalité publique des établissements de l'enseignement supérieur », *Études de la pédagogie de l'Université Qinghua*, 2002 n° 3, p. 65 [*申素平, 论公立高等学校的公法人化趋势,* 清华大学教育研究].

SHI Youqi et SUN Xue, « Du système de départ des agents publics en Chine », Presses universitaires de l'Institut des officiers de police de Hubei, 2005, n° 2, n° série 83, p. 29 [*石佑启、孙 雪，试论我国公务员的退出机制*，湖北警官学院学报].

SHI Shaobin, « Du développement et de l'amélioration du système de départ des agents publics », *Jiangxi Sciences sociales*, 2008, n° 10, p. 213 [*石绍斌，论我国公务员退出机制的发展与完善*，江西社会科学].

SUN Lujian, « Le régime juridique du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université du Nord-ouest*, 2003, vol. 33, n° 3, p. 101 [*孙录见，论行政合同的法律地位*，西北大学学报（哲学社会科学版）].

TANG Guolin, « Analyse sur le contentieux en matière de contrat d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public », *Recherche de sciences sociales*, juin 2006, p. 97 [*唐国林，事业单位聘用合同争议处理的法律冲突探析*，社会科学研究].

TANG Xiaoyang et CHEN Jiagang, « Analyse sur la substitution des agents publics contractuels aux employés de l'administration », *Revue de la Recherche Linnan*, 2009, n° 5, p. 80 [*唐晓阳，陈家刚，公务员聘任制对政府雇员制的替代性分析*，岭南学刊].

TANG Daiwang, « La nécessité de développer la gestion des ressources humaines au sein de la gestion du personnel public », *Gestion administrative en Chine*, 1997, n° 5, p. 9 [*唐代望, 人事管理的重点应转变为人力资源开发,* 中国行政管理].

TAN Rong et MA Jun, « Constat sur le système d'évaluation des agents publics selon le critère des résultats », *Forum supérieur de la gestion publique*, 2013, n° 9, p. 145 [*谭融,马俊, 中国公务员绩效考核制度的现实考察*, 公共管理高层论坛].

TIAN Xiangbo, « De l'interdiction du cumul d'activités lucratives des agents publics dans le contexte de la modernisation », *Marxisme et Réalité*, 2006, n° 4, p. 183 [*田湘波，新时期禁止公务员经商和兼职制度研究*，马克思主义与现实].

WANG Jianjun, « Élargir le champ d'application du droit du travail – de l'application de la loi "sur le travail" aux unités institutionnelles de service public », *in* actes de colloque « les réformes du droit du travail », *in Recueil d'études issues du VIème congrès annuaire national du droit du travail – droit de la sécurité sociale*, 2003, Nankin, p. 2 [*王建军，扩大劳动法对人的效力范围 – 论事业单位对“劳动法”的适用，“劳动法改革”学术研讨会*，暨全国劳动法学与社会保一障法学第六届年会会议论文集，*南京*].

WANG Chun, « La loi « sur le contrat de travail » devrait-il s'appliquer à la relation née du contrat d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public ? », *Nouvelle Ouest*, 2009, n° 12, p. 84 [*王淳，论事业单位聘用制的劳动关系应否适用劳动合同法*，新西部].

WANG Xuedong et YANG Yandong, « Externalisation de la gestion : nouveau mode de la gestion des ressources humaines dans le secteur public », *Réforme et stratégie*, 2009, n° 3, vol. 25, n° série 187, p. 21 [*王学栋，杨燕东，管理外包：我国政府部门人力资源管理的新模式*，改革与战略].

WANG Chunye, « Recherche sur la question de la régularisation des départs des agents publics », *Forum administratif*, 2010, vol. 17, n° 1, n° série 97, p. 55 [*王春业，行政公务员退出的正常化问题探析*，行政论坛].

WU Denglong, « Le contentieux des contrats administratifs », *Recherche de droit administratif*, 1997, n° 2, p. 25 [*吴登龙，行政合同诉讼探悉*，行政法学研究].

WU Wenfang, « Étude sur l'apparition de la loi "sur le travail" aux emplois contractuels des unités institutionnelles de service public », *Presses universitaires de l'Université de Yunnan – science juridique*, 2005, vol. 18, n° 4 (n° de série 81), p. 43 [*吴文芳，事业单位聘用制度适用《劳动法》问题研究*，云南大学学报法学版].

WU Zhilun, « La méthode de la catégorisation triptyque des unités de service public et le suggestions pour cette réforme », CPA Administration et gestion en Chine – CPA commentaires, 2003, n° 2 (n° 212), p. 12 [*吴知论，事业单位三分法及改革对策*，CPA 中国行政管理 CPA 评论].

WU Zhihua, « Réformes et questions relatives à la gestion du personnel public », *Doctrine et réformes*, 2005, n° 6, p. 77 – 79 [*吴志华，公共部门人事管理的问题与改革*，理论与改革].

XIE Tianchang, « Enquête et réflexions sur le cumul d'activités des agents publics de l'État », *Presses universitaires de l'Institut des cadres de sciences juridique, politique et de gestion de la province du Zhejiang*, 1996, n° 4, n° série 29, p. 30 [*谢天长，对国家公务员兼职的调查与思考*，浙江省政法管理干部学院学报].

XU Zongli, « Actes administratifs bilatéraux – étude sur les accords-cadres, les conventions et les contrats administratifs », *in* actes du colloque inter-détroit « Contrats administratifs et transparence administrative », sous la dir. de YANG Jiejun, Presses de l'Université Dongnan, 2002, p. 63 [*许宗力，双方行政行为——以非正式协商、协定与行政契约为中心，杨解君编，行政契约与政府信息公开——2001 年海峡两岸行政法学术研讨会实录，东南大学出版社*].

XU Jianyu, « La modulation du champ de compétence des conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics en Chine », *Application du droit*, septembre 2005, n° de série 234, p. 11 [*许建宇，我国人事争议处理受案范围的再调整*，法律适用] ; « La question du régime juridique applicable et la détermination de la nature juridique des contrats d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public », *Science juridique*, 2010, n° 12, p. 87 [*事业单位聘用合同的定性与法律适用模式选择，法学*]

YAN Yongjing, « Étude analytique sur l'efficacité du critère des résultats pour l'évaluation des agents publics », *Technologie & Informations*, 2007, n° 5, p. 31 [*闫永晶，国家公务员绩效考核指标的有效性分析及对策研究*，科技信息].

YANG Xiaojun, « La nature juridique et les caractéristiques du contrat administratif », *Recherche du droit administratif*, 1998, n° 2, p. 16 [*杨小君，论行政合同的特征与法律性质*，行政法学研究].

YANG Bingjun et ZHANG Yue, « Le système d'agents publics contractuels est le développement et l'amélioration du système d'employés de l'administration », *Administration et Droit*, 2007, n° 6, p. 41 [*杨炳君, 张悦，公务员聘任制是在政府雇员制基础上的发展与完善*，行政与法].

YANG Hua et LIU Qaun, « L'externalisation des services publics de l'État : signification, risque et régime juridique », *Études doctrinales*, 2011, n° 4, p. 52 [*杨桦、刘权，政府公共服务外包：价值、风险及其法律规制*，学术研究].

YANG Xin, « L'encadrement des contrats d'externalisation des fonctions du gouvernement par le droit public », *LegalForum*, 2007, n° 5, vol. 22, n° série 113, p. 113 [*杨欣，论政府职能合同外包中的公法约束*，法学论坛].

YANG Yang, « Contrat administratif : un nouveau mode d'action administrative », *Gestion administrative en Chine : administration et droit*, 2005, n° 5, n° série 239, p. 22 [*杨阳，行政合同：一种新型行政技术*，中国行政管理：行政与法制].

YANG Shan, « De l'apparition du droit du travail sur la réforme de la contractualisation des emplois d'unité institutionnelle de service public », *Démocratie et droit*, 2009. 4, p. 147 [*杨珊，事业单位聘用制改革适用劳动法探讨*，民主与法制].

YANG Zhigang, « Les réformes sur les employés de l'administration et les agents publics contractuels : quelle voie ? », *Réforme de la gestion administrative*, 2012, n° 6, p. 26 [*闫志刚，政府雇员、公务员聘任制改革：未来路在何方？*，行政管理改革].

YANG Yurong, «Du régime juridique applicable aux contrat d'engagement d'agents d'unité institutionnelle de service public », *Échanges doctrinaux*, décembre 2009, n° 12, n° de série 489, p. 96 [*杨玉荣，论事业单位聘用合同关系的法律适用*，学术交流].

YAO Gang, « La comparaison entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail », *Gestion des entreprises*, 2007, n° 12, p. 58 [*姚刚，劳动合同与聘用合同异同之比较*，企业管理].

YI Yu et HU Zhongjun, « L'évolution du droit du travail et le renouvellement de la notion du travailleur », *Administration et droit – Forum de science juridique*, novembre 2006, p. 95 [*易玉, 胡忠君，劳动法定位的转变与劳动者、劳动力理论的更新*，行政与法 – 法学论坛].

YIN Suqin, « De la gestion du personnel à la gestion des ressources humaines : grand saut dans la construction du système de la fonction publique », *Presses universitaires de l'Institut du PCC*

de la Légion, 2004, n° 4, n° série 86, p. 57 [*尹素琴，从人事管理到人力资源管理：公务员制度建设的跨越*，兵团党校学报].

YUE Haiying et YANG Ruimei, « Analyses et réflexions sur le système d'évaluation des fonctionnaires de la Chine antique », *Forum Changjiang*, 2006, n° 1, n° série 76, p. 59 [*岳海鹰，杨瑞梅，中国古代官吏考核制度之评介与借鉴*，长江论坛].

ZHANG Buhong, « Rapport sur les nouvelles questions de la recherche du droit administratif en Chine », *Chian Legal Publishing House*, octobre 1999, p. 10 [*张步洪，中国行政法学前沿问题报告*，中国法制出版社].

ZHANG Li

- « Débat doctrinal sur la notion de sujet administratif en Chine », *in Recueil des débats doctrinaux en droit durant les 60 ans de la République Populaire de Chine — Partie du droit administratif*, sous la dir. de MA Huaide, Presses de l'Université de Xiamen, 2009, p. 31 [*张莉，中国行政主体理论论争*，共和国六十年法学论争实录——行政法卷，*厦门大学出版社*] ;
- « Théorie et pratique de la reconstruction de la vie professionnelle des fonctionnaires — exemple du droit français », *Presses universitaires de l'Université de science politique et de droit*, 2011, n° 4, p. 118 [*公务员职业生涯再造理论及其应用——法国法的启示*，中国政法大学学报].

ZHANG Ting, « La notion et l'étendu d'agent public contractuel en Chine », *Presses universitaires de l'Institut des cadres et de la gestion des jeunes de Shanx*i, mars 2013, vol. 26, n° 1, p. 44 [*张婷，我国现行聘任制公务员的内涵和适用范围梳理*，山西青年管理干部学院学报].

ZHAO Hongmei, « L'impacte de la loi "sur le contrat de travail" sur les emplois d'unité institutionnelle de service public », *État de droit et société*, janvier 2010, n° 2, p. 102 [*赵红梅，《劳动合同法》对事业单位用工的影响及对策*，法制与社会].

ZHENG Yaozhou, « Réflexions stratégiques sur l'exploitation des ressources humaines dans la fonction publique », *Gestion administrative en Chine*, 2006, n° 9, n° série 255, p. 68 [*郑耀洲，公务员人力资源开发的战略思考*，中国行政管理].

ZHOU Wei, « L'externalisation contractuelle des services publics : une réforme des moyens de mise en œuvre des services publics », *Doctrinal*, 2010, n° 2, n° série 435, p. 27 [*周伟，公共服务合同外包：公共服务职能提供方式的变革*，理论界].

ZHU Xinli, « Les caractéristiques fondamentales du contrat administratif », *Presses universitaires de l'Université de Zhejiang (section de sciences humaines et sociales)*, 2002, vol. 33, n° 2, p. 23 [*朱新力，行政合同的基本特性*，浙江大学学报（人文社会科学版）].

ZHUANG Xuying, « Étude sur le choix des modèles de la réforme des unités de service public », Sciences sociales, 2007, n° 4, p. 32 [*庄序莹，事业单位体制改革模式选择研究*，社会科学].

ZOU Ying, « Les critères de détermination des pouvoirs adjudicateurs dans les marchés publics selon le droit de l'Union européenne et leur intérêt comparatif en Chine », *Heibei Law Science*, 2012, vol. 30, n° 3, p. 177 [*邹颖，论欧盟公共采购法采购主体的界定标准及其对我国的借鉴意义*，河北法学].

ZUO Ran, « Étude sur la notion de personne publique », *Études Droit administratif*, 2007 n° 1, p. 28 [*左然, 公务法人研究,* 行政法学研究].

Articles français traduits en chinois

TRESCHER B., « Précis de droit administratif français », trad. par SHEN Jun, *Recherche de droit public*, 2005, n° 2, p. 374 [*法国行政法精要，沈军*，公法研究].

LISTE DES PRINCIPALES TRADUCTIONS DU CHINOIS AU FRANÇAIS

Textes

Droit positif

城镇排水与污水处理条例 (Cheng-zhen-pai-shui-yu-wu-shui-chu-li-tiao-li), règlement « sur le traitement et la canalisation des eaux usées des zones urbaines ».

城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例 (Cheng-zhen-tu-di-shi-yong-quan-chu-rang-he-zhuan-rang-zan-xing-tiao-li), règlement provisoire « sur la cession et le transfert de l'usufruit de la terre urbaine de l'État ».

村民委员会组织法 (Cun-min-wei-yuan-hui-zu-zhi-fa), loi « sur l'organisation des conseils communaux ».

法官法 (Fa-guan-fa), loi « sur les magistrats judiciaires ».

佛山市顺德区行政机关聘任制公务员管理试行办法 (Fo-shan-shi-shun-de-qu-xing-zheng-ji-guan-pin-ren-zhi-gong-wu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa), mesure expérimentale du district Shunde de la ville de Foshan « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs ».

干部教育培训工作条例(试行) (Gan-bu-jiao-yu-pei-xun-gong-zuo-tiao-li-shi-xing), règlement expérimental « sur la formation des cadres ».

公益事业捐赠法 (Gong-gong-shi-ye-fa), loi « sur la donation en vue d'intérêt public ».

公司法 (Gong-si-fa), loi « sur les sociétés commerciales ».

公务员培训规定(试行) (Gong-wu-yuan-pei-xun-shi-xing), règlement expérimental « sur la formation des agents publics ».

公务员法 (Gong-wu-yuan-fa), loi « sur les agents publics ».

国家机关工作人员奖惩暂行条例 (Guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-zan-xing-tiao-li), règlement provisoire « sur la récompense et la sanction des personnes travaillant au sein des établissements de l'État ».

关于国家机关工作人员行政处分批准程序的规定 (Guan-yu-guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-xing-zheng-chu-fen-pi-shun-cheng-xu-de-gui-ding), cadrage « relatif à la procédure de la sanction administrative des personnes travaillant au sein des établissements de l'État ».

合同法 (He-tong-fa), loi « sur les contrats ».

江门市直机关雇员管理试行办法 (Jiang-men-shi-zhi-ji-guan-gu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa), mesure expérimentale du gouvernement de Jiangmen, « relative à la gestion des employés des établissements administratifs ».

吉林省人民政府雇员管理试行办法 (Ji-lin-sheng-ren-min-zheng-fu-gu-yuan-guan-li-shi-xing-ban-fa), mesure provisoire du gouvernement Populaire de Jilin, « relative à la gestion des employés du gouvernement ».

劳动法 (Lao-dong-fa), loi « sur le travail ».

劳动合同法 (Lao-dong-he-tong-fa), loi « sur le contrat de travail ».

劳动争议调解仲裁法 (Lao-dong-zheng-yi-tiao-jie-zhong-cai-fa), loi « sur l'arbitrage des conflits du travail ».

民法通则 (Min-fa-tong-ze), règlement général « du droit civil ».

全民所有制工业企业法 (Quan-min-suo-you-zhi-gong-ye-qi-ye-fa), loi « portant sur les entreprises industrielles nationales ».

人事争议处理规定 (Ren-shi-zheng-yi-chu-li-gui-ding), cadrage « de la procédure arbitrale des conflits des personnels publics ».

深圳市行政机关聘任制公务员管理办法(试行) (Sheng-zhen-shi-xing-zheng-ji-guan-pin(ren-zhi-gong-wu-yuan-guan-li-ban-fa-shi-xing), mesure (expérimentale) de la municipalité de Shenzheng « sur la gestion des agents publics contractuels des établissements administratifs ».

事业单位登记管理暂行条例 (Shi-ye-dan-wei-deng-ji-guan-li-zan-xing-tiao-li), règlement provisoire « de la gestion d'immatriculation des unités de service public ».

事业单位财务规则 (Shi-ye-dan-wei-cai-wu-gui-ze), règlement « de la comptabilité des unités de service public ».

事业单位人事管理条例 (Shi-ye-dan-wei-ren-shi-guan-li-tiao-li), règlement « sur la gestion des personnels des unités de service public ».

事业单位、社会团体、民办非企业单位企业所得税征收管理办法 (Shi-ye-dan-wei-she-hui-tuan-ti-min-ban-fei-qi-ye-dan-wei-qi-ye-suo-de-shui-zheng-shou-guan-li-ban-fa), circulaire « sur la gestion des impôts sur les revenus des unités de service public, des organismes sociaux et des organisme créés à l'initiative privé à caractère non lucratif ».

市政公用事业特许经营管理办法 (Shi-zheng-gong-yong-shi-ye-te-xu-jing-ying-guan-li-ban-fa), règlement « sur la concession de la gestion de services publics urbains ».

土地管理法 (Tu-di-guan-li-fa), loi « sur la gestion des terres ».

行政事业单位国有资产管理办法 (Xing-zheng-shi-ye-dan-wei-guo-you-zi-chan-guan-li-ban-fa), circulaire « sur la gestion des biens publics des établissements administratifs et unités de service public ».

行政处罚法 (Xing-zheng-chu-fa-fa), loi « sur les sanctions administratives ».

行政诉讼法 (Xing-zheng-su-song-fa), loi « sur le contentieux administratif ».

行政许可法 (Xing-zheng-xu-ke-fa), loi « sur l'autorisation administrative ».

行政机关公务员处分条例 (Xing-zheng-ji-guan-gong-wu-yuan-chu-fen-tiao-li), règlement « sur la sanction des agents publics des établissements administratifs ».

物权法 (Wu-quan-fa), loi « sur les droits réels ».

招标投标法 (Zhao-tou-biao-fa), loi « sur les appels d'offres ».

政府采购法 (Zheng-fu-cai-gou-fa), loi « sur la commande publique ».

Autres

大清民律草案 (Da-qing-min-lü-cao-an), projet de Code impérial civil.

关于加快推进事业单位人事制度改革的意见 (Guan-yu-jia-kuai-tui-jin-shi-ye-dan-wei-ren-shi-zhi-du-gai-ge-de-yi-jian), avis « promouvant la réforme du système des personnels des unités de service public ».

关于在事业单位试行人员聘用制度的意见 (Guan-yu-zai-shi-ye-dan-wei-shi-xing-ren-yuan-pin-yong-zhi-du-de-yi-jian), avis « sur l'expérimentation du recrutement contractuel des agents des unités de service public ».

国家公务员暂行条例 (Guo-jia-gong-wu-yuan-zan-xing-tiao-li), règlement provisoire « sur les agents publics de l'État ».

国务院关于组建中国移动通信集团公司有关问题的批复 (Guo-wu-yuan-guan-yu-zu-jian-zhong-guo-yi-dong-tong-xin-ji-tuan-gong-si-you-guan-wen-ti-de-pi-fu), réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Mobile* ».

国务院关于组建中国电信集团公司有关问题的批复 (Guo-wu-yuan-guan-yu-zu-jian-zhong-guo-dian-xin-ji-tuan-gong-si-you-guan-wen-ti-de-pi-fu), réponse du Conseil des affaires d'État « aux questions relatives à la création de la société *China Telecom* ».

国务院机构改革和职能转变方案 (Guo-wu-yuan-ji-guo-gai-ge-he-zhi-neng-zhuan-bian-fang-an), programme du Conseil des affaires d'État « sur la réforme des offices et la réorientation des fonctions ».

关于 1954 年国家决算和 1955 年国家预算的报告 (Guan-yu-1954-nian-guo-jia-jue-suan-he-1955-nian-guan-jia-yu-suan-de-bao-gao), rapport « sur les politiques budgétaires et des finances publiques de 1954 et de 1955 ».

关于促进民营经济发展的若干意见 (Guan-yu-cu-jin-min-ying-jing-ji-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian), avis « relatif au développement des investissements privés ».

关于事业单位分类及相关改革的试点方案 (Guan-yu-shi-ye-dan-wei-fen-lei-ji-xiang-guan-gai-ge-de-shi-dian-fang-an), programme « sur les lieux d'expérimentation de la catégorisation des unités de service public ».

关于进一步推进上海国资国企改革发展的若干意见 (Guan-yu-jin-yi-bu-tui-jin-shang-hai-guo-zi-guo-ai-gai-ge-fa-zhan-de-ruo-gan-yi-jian), avis « sur l'approfondissement de la réforme des participations et des sociétés nationales de Shanghai ».

关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释 (Guan-yu-zhi-xing-zhong-hua-ren-min-gong-he-guo-xing-zheng-su-song-fa-ruo-gan-wen-ti-de-jie-shi), explication judiciaire du 10 mars 2000 « sur les questions relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif ».

关于清理整顿公司的决定 (Guan-yu-qing-li-zheng-dun-gong-si-de-jue-ding), décision « sur la réglementation des entreprises ».

关于对党政领导干部在企业兼职进行清理的通知 (Guan-yu-dui-dang-zheng-ling-dao-gan-bu-zai-qi-ye-jian-zhi-jin-xing-qing-li-de-tong-zhi), notification « sur le contrôle des cumuls des dirigeants et cadres du Parti dans les entreprises ».

关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见 (Guan-yu-dang-qian-xing-shi-xia-shen-li-min-shang-he-tong-an-jian-ruo-gan-wen-ti-de-zhi-dao-yi-jian), avis directif « sur les questions relatives au jugement des litiges issus des contrats civils et commerciaux ».

关于鼓励干部职工直接从事经济工作的若干规定 (Guan-yu-gu-li-gan-bu-zhi-gong-zhi-jie-cong-shi-jing-ji-gong-zuo-de-ruo-gan-gui-ding), mesure « relative à l'incitation des cadres et employés à exercer directement des activités économiques ».

关于建立健全公务员退出机制的意见 (Guan-yu-jian-li-jian-quan-gong-wu-yuan-tui-chu-ji-zhi-de-yi-jian), avis « relatif au perfectionnement du système de départ des agents publics ».

钦定大清商律 (Qin-ding-da-qing-shang-lü), Code impérial du commerce.

钦定宪法大纲 (Qin-ding-xian-fa-da-gang), Constitution impériale.

深化干部人事制度改革纲要 (Sheng-hua-gan-bu-ren-shi-zhi-du-gai-ge-gang-yao), programme « d'approfondissement de la réforme du système des cadres ».

行政法院组织法 (Xing-zheng-fa-yuan-zu-zhi-fa), loi sur « l'organisation de la juridiction administrative ».

政府工作报告 (Zheng-fu-gong-zuo-bao-gao), rapport d'activités du gouvernement.

政务院关于全国各级人民政府、党派、团体及其事业单位的国家工作人员实行公费医疗预防的指示 (Zheng-wu-yuan-guqn-yu-ge-ji-ren-min-zheng-fu-dang-pai-tuan-ti-ji-qi-shi-ye-dan-wei-de-guo-jia-gong-zuo-ren-yuan-shi-xing-gong-fei-yi-liao-yu-fang-de-zhi-shi), ordonnance du Conseil des affaires politiques « sur la prise en charge publique des maladies des travailleurs des gouvernements populaires central et locaux, des partis politiques, des organismes sociaux ainsi que les unités de service public qui leur sont attachées ».

中共中央关于废除国民党《六法全书》和确定解放区司法原则的指示 (Zhong-gong-zhong-yang-guan-yu-fei-chu-guo-min-dang-liu-fa-quan-shu-he-que-ding-jie-fang-au-si-fa-yuan-ze-de-zhi-shi), directive du Comité central du PCC « sur l'abolition des "Six Codes" de Guo-min-dang et sur les principes de la justice du territoire libéré ».

中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定 (Zhong-gong-zhong-yang-guan-yu-wan-shan-she-hui-zhu-yi-shi-chang-jing-ji-ti-zhi-guo-gan-wen-ti-de-jue-ding), résolution du Comité central du PCC « sur certains problèmes relatifs à l'amélioration du système de l'économie socialiste de marché ».

中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定 (Zhong-gong-zhong-yang-guan-yu-jian-li-she-hui-zhu-yi-shi-chang-jing-ji-ti-zhi-ruo-gan-wen-ti-de-jue-ding), décision du Comité central du PCC « sur les questions relatives à la construction du système de l'économie de marché socialiste ».

中共中央关于加强干部管理工作的决定 (Zhong-gong-zhong-yang-guan-yu-jia-qiang-gan-gu-guan-li-gong-zuo-de-jue-ding), décision du Comité central du PCC sur « le renforcement de la gestion des cadres ».

中央党政机关非金融类企业脱钩的总体处理意见和具体实施方案 (Zhong-yang-dang-zheng-ji-guan-fei-jin-rong-lei-qi-ye-tuo-gou-de-zong-ti-chu-li-yi-jian-he-ju-ti-shi-shi-fang-an), avis général « sur les procédés de la séparation des entreprises non financières des établissements administratifs et le programme de sa mise en place ».

中央机构编制委员会关于事业单位改革若干问题的意见 (Zhong-yang-ji-gou-bian-zhi-wei-yuan-hui-guan-yu-shi-ye-dan-zei-gai-ge-ruo-gan-zei-ti-de-yi-jian), avis du comité chargé de l'organisation des institutions de l'État « sur les questions relatives à la réforme des unités de service public ».

中央人民政府任免国家机关工作人员暂行条例 (Zhong-yang-ren-min-zheng-fu-ren-mian-guo-jia-ji-guan-gong-zuo-ren-yuan-zan-xing-tiao-li), règlement provisoire « sur la désignation et la révocation des personnes travaillant au sein des établissements de l'État par le gouvernement Populaire central ».

最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定 (Zui-gao-ren-min-fa-yuan-guan-yu-shen-li-she-ye-dan-wei-ren-shi-zheng-yi-an-jian-ruo-gan-wen-ti-de-gui-ding), cadrage de la Cour Populaire suprême « sur les questions relatives au jugement des affaires de conflits des personnels publics des unités de service public ».

Noms des institutions

安全生产监督管理局监察科加挂安全生产综合执法大队 (An-quan-sheng-chan-jian-du-guan-li-ju-jian-cha-ke-jia-gua-an-quan-sheng-chan-zong-he-zhi-fa-da-dui), bureau d'inspection de l'Office du contrôle de la sécurité des productions / Inspection générale du contrôle de la sécurité des productions.

城市综合管理行政执法局 (Cheng-shi-zong-he-guan-li-xing-zheng-zhi-fa-ju), office de l'administration urbaine générale et de l'exécution des normes législatives et administratives.

高等行政法院 (Gao-deng-xing-zheng-fa-yuan), cour supérieure administrative.

劳动和社会保障局就业服务处（科、股）加挂就业服务中心 (Lao-dong-he-she-hui-bao-zhang-ju-jiu-ye-fu-wu-chu-ke-gu-jia-guai-jiu-ye-fu-wu-zhong-xin), office de services du travail et de la sécurité sociale / Pôle emploi.

平政院 (Ping-zheng-yuan), Conseil des litiges administratifs.

全国人民代表大会 (Quan-guo-ren-min-dai-biao-da-hui), Assemblée Populaire nationale.

全国社会保障基金理事会 (Quan-guo-she-hui-bao-zhang-ji-jin-li-shi-hui), Conseil national des fonds de la sécurité sociale.

人事争议仲裁委员会 (Ren-shi-sheng-yi-zhong-cai-wei-yuan-hui), conseil d'arbitrage des conflits des personnels publics.

商务局生猪定点屠宰办公室加挂生猪定点屠宰稽查大队 (Shang-wu-ju-sheng-zhu-ding-dian-tu-zai-ban-gong-shi-jia-guai-sheng-zhu-ding-dian-tu-zai-ji-cha-da-dui), bureau des abattoirs de l'Office du commerce / Inspection du contrôle des abattoirs.

市容环境管理委员会加挂环境卫生局 (Shi-rong-huan-jing-guan-li-wei-yuan-hui-jia(gua-huan-jin-wei-sheng-ju), office de l'environnement / Commission de l'environnement urbain.

水利局安全监督处（科、股）加挂水利水电工程质量监督站 (Shui-li-ju-an-quan-jian-fu-chu-ke-gu-jia-gua-shui-li-shui-dian-gong-cheng-zhi-liang-jian-du-zhan), bureau du contrôle de sécurité de l'Office du service des eaux / Station de contrôle de qualité du service des eaux.

行政法院 (Xing-zheng-fa-yuan), Cour administrative.

中国保险监督管理委员会 (Zhong-guo-bao-xian-jian-du-guan-li-wei-yuan-hui), Commission de régulation et de réglementation des assurance et des mutuelles.

中国铁路总公司 (Zhong-guo-tie-lu-zong-gong-si), Société générale des chemins de fer de Chine.

中国银行业监督管理委员会 (Zhong-guo-yin-hang-ye-jian-du-guan-li-wei-yuan-hui), Commission de régulation et de réglementation des activités bancaires.

中国邮电电信总局 (Zhong-guo-you-dian-dian-xin-zong-ju), Direction générale des postes et télécommunications de Chine.

中国证券监督管理委员会 (Zhong-guo-zheng-quan-jian-du-guan-li-wei-yuan-hui), Commission de régulation et de réglementation du marché des valeurs mobilières.

Notions

保甲制度 (Bao-jia-zhi-du), système Bao-Jia : un système d'auto-gestion locale par le biais d'agents élus ou recommandés avec l'approbation d'une autorité administrative.

德 (De), morale.

非经营性资产 (Fei-jing-ying-xing-zi-chan), biens à utilité non marchande.

服务型政府 (Fu-wu-xing-zheng-fu), gouvernement de service public.

干部 (Gan-bu), cadre.

公共服务 (Gong-gong-fu-wu), service public.

公共利益 (Gong-gong-li-yi), intérêt public.

挂职锻炼 (Guai-zhi-duan-lian), acquisition d'expérience professionnelle par l'exercice d'autres fonctions.

绩 (Ji), résultat.

机关法人 (Ji-guan-fa-ren), personne d'établissement administratif.

经济实体 (Jing-ji-shi-ti), entité économique.

经营性资产 (Jing-xing-xing-zi-chan), biens à utilité marchande.

科举 (Ke-jü), concours impérial ou examen impérial.

廉 (Lian), intégrité.

能 (Neng), capacité.

农业生产经营承包责任制 (Nong-ye-sheng-chan-jing-ying-cheng-bao-ze-ren-zhi), contractualisation de la gestion et de la responsabilité de la production agricole.

勤 (Qin), attitude.

企业法人 (Qin-ye-fa-ren), personne d'entreprise.

三产 (San-chan), entité de troisième secteur.

事业单位法人 (Shi-ye-dan-wei-fa-ren), personne d'unité de service public.

社会团体法人 (Shi-hui-tuan-ti-fa-ren), personne d'organisme social.

市政特许经营 (Shi-zheng-te-xu-jing-ying), concession de service public urbain.

天理 (Tian-li) ou *理* (Li), Raison céleste.

行政合同 (Xing-zheng-he-tong), contrat administratif.

行政管理 (Xing-zheng-guan-li), gestion administrative.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Activités de police.....

Activités matérielles de police (France)...175, 176, 177, 178

Externalisation en Chine.....179, 180, 181

Agents contractuels de droit public.....

Conditions du recrutement.....

En Chine.....271, 273, 275, 281

En France.....266, 267, 268, 269, 270, 277, 278, 279, 280

Situation juridique.....240

En Chine.....225, 226, 240, 241

En France.....223, 224, 257

Agents d'USP.....

Contractualisation.....302

Contrat d'engagement.....252, 253, 307

Recrutement.....300

Situation juridique.....238, 239, 255, 256, 303

Agents des EPIC.....86

Agents publics contractuels/employés de l'administration.....

Coexistence.....245, 274

Confusion.....242, 243

Distinction.....244

Histoire.....272

Agrément administratif.....196

Arbitrage des conflits des personnels publics.....249, 259

Berkani..105, 112, 121, 193, 195, 243, 250, 292, 293, 353, 364

Cadre (Gan-bu).....87, 88, 328

China Telecom.....81, 97, 109, 110

Contrat administratif.....

Contrat de fonction publique....247, 250, 251, 252

Définition.....135, 136, 137, 138, 139, 140

Étendue (Chine).....141

Notion (chinoise)127, 132, 133, 134, 142, 143

Notion (française).....126, 128, 129, 131, 132

Corporatisme.....93

Dépublicisation.....117

Distinction entre privatisation et externalisation.....42

Droit administratif en Chine.....

Compétence du juge.....15, 78

Domaine du contentieux administratif.....14, 15, 16

Droit chinois.....

Doctrine.....12, 22, 23, 45, 56, 127, 129, 130, 136, 137, 141, 143, 159

Histoire.....2, 3, 4, 5, 7

Normes juridiques.....11

Ordre juridique.....10, 13

Employés des sociétés publiques.....95, 96

Entité publique marchande.....103

Entreprise publique.....48, 49

Entreprises nationales.....51, 52

Établissement public.....

EPIC.....54, 55, 56, 59, 60, 62

Établissement public à double visage.....74

Transformation d'établissements publics en personnes privées.....62, 65

Externalisation des services publics.....

Activités non externalisables.....173, 174

Contrat de partenariat (Chine).....164

Contrat de partenariat (France).....161, 162

Délégation de service public....144, 146, 147, 148, 150, 151
Marché public de services153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160

Fonction publique.....
Accords collectifs.....233, 234
Acquisition d'expérience professionnelle par l'exercice d'autres fonctions.....388
CDI.....286, 293, 294, 295, 298, 306
Concours.....296, 333, 334
Corps.....323, 324, 325
Départ volontaire des fonctionnaires.....
En Chine.....386, 387
En France.....383, 384, 385
Égalité.....334, 335, 336
Évaluation.....
En Chine.....340, 342, 343
En France.....344, 346
Formation.....347, 348
Mérite.....332, 334
Performance.....339
Rémunération au mérite.....336, 337
Réorientation professionnelle....189, 391, 392
Thèses contractualistes.....230, 231, 232

France Télécom.....91, 107, 108

Gestion des ressources humaines.....
Définition.....315
Intégration dans la fonction publique.....316, 317, 318, 320, 321, 329
Logique du métier.....323

Intérêt général.....
Critère d'identification de service public.....31
En Chine (intérêt public).....29, 30
En France.....28, 29

Intérim.....
Agents intérimaires. .359, 360, 361, 362, 363, 368
Régime juridique.....364
En Chine.....357, 358, 359
En France.....354, 355, 356

Licenciement des fonctionnaires.....92, 93

Notion de privatisation.....43, 45

Publicisation.....365, 366, 367

Retraite anticipée.....92

Service public.....
En Chine.....24
Service public à caractère marchand.....67, 72
Service public caractère marchand.....71
SPA / SPIC.....68, 69, 72, 73, 77
Transfert de service public.....185
Transformation de service public.....79

Shenzhen. 187, 251, 275, 282, 284, 298, 299, 359

Sociétés à capitaux exclusivement publics.....51, 52, 53

Sociétés d'économie mixte.....50

Sociétés publiques locales.....52, 53

Statut des agents d'USP.....89

Sujet administratif / personne morale de droit public.....25

Traduction juridique.....17

Transfert des personnels.....
Agents d'USP.....101, 113, 114
Agents nommés d'USP.....99, 100
Agents non titulaires.....93, 94, 191, 192
Agents titulaires.....91, 98, 188

Unité de service public.....
Agents d'USP...105, 106, 114, 226, 227, 228, 229
Catégorisation.....63, 64, 101
Définition.....32
Histoire.....26, 70
Nature juridique.....28
Régime juridique.....27, 54, 56, 59
Séparation des USP des établissements administratifs.....70, 71

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS.....IV

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

I. La construction historique du système juridique chinois.....2

A. Le droit dans la Chine ancienne.....2

B. L'influence des droits occidentaux : de l'Empire à la République.....4

II. Les spécificités des droits chinois et français.....9

A. De quelques « éléments déterminants » de l'ordre juridique chinois dans le cadre de notre étude comparée.....10

B. La *summa divisio* public / privé du droit français et son interprétation en droit chinois.....12

C. Précautions méthodologiques.....16

III. Problématique : le service public et la fonction publique 19

PARTIE I. LE RECUL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE DANS LA GESTION DES SERVICES PUBLICS : LA QUESTION DU PÉRIMÈTRE DU DROIT PUBLIC.....37

Titre I. Le déclin de la gestion publique par la privatisation des services publics.....43

Chapitre I. Les modalités communes de privatisation des services publics en France et en Chine.....45

Section 1. Le détachement des activités de nature marchande de l'administration publique.....47

I. Les activités de l'administration dans le secteur public marchand.....48

A. Les sociétés commerciales à capitaux publics : des agents économiques de l'État soumis aux lois du marché.....49

1. Les sociétés à capitaux majoritairement publics.....50

2. Les sociétés à capitaux exclusivement publics : des commerçants à part entière 50

B. EPIC et USP : une catégorie incertaine d'entreprise publique ? 54

1. L'absence de capital permettant un contrôle économique de l'État.....54

2. La personnalité juridique publique des EPIC et des USP 55

II. La transformation des établissements publics en sociétés anonymes.....57

A. Les raisons de la volonté de transformer les établissements publics en sociétés anonymes.....58

1. L'élargissement du champ d'activité.....58

2. L'assouplissement des modalités de gestion.....60

B. Les modalités de transformation des établissements publics en sociétés anonymes.....61
1. Les établissements publics susceptibles d'être transformés en sociétés anonymes.....61
2. L'opération de transformation.....65
Section 2. La soumission des établissements publics au droit privé par leur qualification à caractère marchand 67
I. La notion de service public à caractère marchand.....67
A. Le critère de la nature du service.....68
1. L'origine de la distinction.....68
2. L'identification des services publics à caractère marchand.....71
B. Le lien entre la nature du service et celle de l'établissement.....73
1. Les établissements publics à caractère marchand « à double visage ».....74
2. Les établissements publics dont la qualification ne correspond pas à la nature du service.....77
II. Le rétrécissement du domaine des activités à caractère administratif 78
A. La transformation des activités administratives en services publics à caractère marchand en France.....79
B. La transformation des activités à caractère administratif en activités commerciales en Chine.....80
Conclusion du chapitre I.....82
Chapitre II. Les conséquences de la privatisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique.....83
Section 1. Le transfert des personnels lié à la privatisation des services publics 85
I. Des agents publics administratifs aux employés de personnes publiques gestionnaires de services publics à caractère marchand 85
A. Le régime juridique des agents des établissements publics à caractère marchand.....85
1. Le régime juridique français des agents des EPIC.....85
2. Le régime juridique chinois des agents des USP 87
B. Le transfert des personnels des établissements publics à caractère administratif aux établissements publics à caractère marchand.....90
1. Les agents publics titulaires des établissements publics à caractère administratif transformés en établissements publics à caractère marchand.....90
a. La conservation de la qualité d'agent public du personnel d'un établissement public à caractère administratif après sa transformation en établissement public à caractère marchand.....91
b. La mise à la retraite anticipée.....92
c. Le licenciement des fonctionnaires en cas de suppression d'emploi 92
2. Les agents publics non titulaires (contractuels).....93
II. Des agents affectés aux missions de service public aux salariés des sociétés publiques 94
A. Le régime juridique des employés des sociétés publiques.....95
1. La règle de la soumission des employés des sociétés publiques au droit privé.....95

2. Les exceptions à la règle de la soumission des employés des sociétés publiques au droit privé. 96

B. Le transfert des personnels des établissements publics transformés en sociétés anonymes 97

1. Le transfert des agents nommés des établissements publics aux sociétés commerciales....98

a. En France : le transfert des fonctionnaires d'un établissement public à caractère administratif à une société commerciale publique....98

b. En Chine : le transfert des agents nommés d'une USP à une société commerciale 98

2. Le transfert des agents publics contractuels....100

Section 2. La question de l'application du droit de la fonction publique au sein des entités publiques marchandes 103

I. L'existence d'agents publics au sein des entités publiques marchandes....103

A. Les raisons d'exception....103

1. Les employés soumis à un régime exorbitant du droit commun en raison de leur fonction 104

2. La soumission des personnels au droit public par la qualification administrative de leurs missions....104

B. Les raisons liées au changement de circonstances : l'exemple des télécommunications....107

1. Les agents publics de France Télécom....107

2. Les agents publics de *China Telecom* 109

II. La question de l'utilisation du critère organique pour l'application du droit de la fonction publique 111

A. La question de la pertinence du critère organique en France....111

B. La recherche du critère organique dans les réformes de privatisation en Chine....113

1. La volonté d'éviter l'existence d'agents publics au sein d'une société commerciale....113

2. Le renforcement du critère organique par la transformation des USP à caractère administratif en établissements administratifs 114

Conclusion du chapitre II....116

Conclusion du titre I....117

Titre II. Le développement de la gestion indirecte des services publics par l'administration....119

Chapitre I. Les pratiques françaises et chinoises d'externalisation des services publics....123

Section 1. L'externalisation des services publics par voie contractuelle....125

I. La recherche de la notion de contrat administratif en Chine sous le prisme de la notion française de contrat administratif 125

A. La question de l'existence des contrats administratifs 126

1. La distinction entre contrat administratif et contrat de droit commun 127

2. Le contrat administratif et l'acte administratif unilatéral.....130
a. La distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral 130
b. Les difficultés relatives à la distinction du contrat administratif et de l'acte administratif unilatéral.....131
B. L'identification des contrats administratifs 135
1. Les critères de définition du contrat administratif.....135
a. Le critère organique.....135
b. Le critère matériel.....138
α. Le critère fonctionnel de la clause exorbitante du droit commun 138
β. Le critère du service public.....140
2. L'étendue du contrat administratif selon la doctrine chinoise 141
II. Les modalités de l'externalisation des services publics 144
A. La délégation de service public.....144
1. La comparaison entre les notions française et chinoise de délégation de service public 144
2. Les modalités de la délégation en vue de l'externalisation des services publics.....148
a. Les types de délégation de service public.....148
b. Les activités de service public en tant qu'objet d'externalisation 151
B. Le marché public de services.....153
1. Les notions française et chinoise de marché public de services.....153
a. Le critère organique.....154
b. L'objet du contrat.....155
c. La rémunération de la prestation.....157
2. La difficile distinction du marché public et de la délégation de service public.....157
a. Le critère de distinction entre marché public et délégation de service public.....158
b. L'assimilation entre marché public de services et concession de service public 159
C. Le contrat de partenariat.....160
1. La notion française de contrat de partenariat 161
2. La notion chinoise de contrat de partenariat.....163
Section 2. Les limites de l'externalisation des services de l'administration.....165
I. La liberté de l'administration dans l'externalisation des services publics.....165
A. La liberté de l'administration de recourir ou non au marché concurrentiel 165
1. La liberté de l'administration de recourir à ses moyens propres.....166
2. La possibilité pour l'administration de se soustraire aux règles de la concurrence.....167
a. La soustraction aux règles de la concurrence en raison de l'objet de l'externalisation.....167
b. La soustraction aux règles de la concurrence en raison de la qualité de l'opérateur.....170
B. La limitation de la liberté de l'administration par les règles de la concurrence.....172
II. Le champ de recours à l'externalisation.....172
A. Les activités non externalisables.....173

B. La question de l'externalisation des activités relevant du monopole naturel de la puissance publique : l'exemple des activités de police....175

1. La remise en question du principe de l'incompatibilité entre police et contrat en droit français 175

2. Les controverses liées à la pratique de l'externalisation des activités de police en Chine.....179

Conclusion du chapitre I....182

Chapitre II. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur l'organisation de la fonction publique....183

Section 1. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur la situation juridique des agents publics affectés au service externalisé....185

I. La relation entre les activités externalisées et les emplois transférés....185

A. La concordance logique entre l'externalisation des activités et le transfert des emplois....185

B. La discordance de fait entre l'externalisation des activités et le transfert des emplois....187

II. Le devenir des agents publics « externalisés »....188

A. L'impact de l'externalisation des services publics sur les agents publics titulaires....188

B. L'impact de l'externalisation des services publics sur les agents publics contractuels....191

Section 2. Les conséquences de l'externalisation des services publics sur la situation des salariés d'une personne privée prestataire d'un service public administratif externalisé....193

I. La répartition des tâches, au sein de l'administration, entre agents publics et salariés de la personne privée prestataire....193

A. La distinction entre les salariés de la personne privée prestataire et les employés contractuels de l'administration....193

B. La conséquence de la répartition des tâches entre les salariés de la personne privée prestataire et les agents publics de l'établissement....195

II. L'assimilation de la situation des salariés de la personne privée prestataire à celle des agents publics....196

A. La soumission des salariés de la personne privée prestataire à certaines règles de droit public....196

1. La soumission du recrutement de certains personnels à l'agrément de l'autorité administrative tutélaire....196

2. La restriction des droits des salariés de la personne privée prestataire en raison de l'intérêt du service 198

B. L'intégration à la fonction publique d'un salarié de la personne privée prestataire en raison de son lien substantiel avec une personne publique 200

1. La requalification du contrat par le juge en raison du lien substantiel entre le titulaire du contrat et une personne publique....200

2. L'intégration à la fonction publique d'un salarié de la personne privée prestataire en raison de la modification de la situation de son employeur....202

Conclusion du chapitre II....205

Conclusion du titre II....206

Conclusion de la partie I....207

PARTIE II. L'INFLUENCE DU DROIT PRIVÉ SUR LES ÉVOLUTIONS DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE : LA QUESTION DU CONTENU DU DROIT PUBLIC.....209

Titre I. La contractualisation de la fonction publique.....217

Chapitre I. Des emplois contractuels au sein de la fonction publique.....221

Section 1. Les régimes juridiques français et chinois applicables aux agents publics contractuels.....222

I. La situation juridique des agents publics contractuels 222

A. Une situation inspirée de celle des agents titulaires.....222

1. La situation française.....223

2. La situation chinoise.....225

a. Les agents publics contractuels au sens de la loi du 27 avril 2005.....225

b. Les agents d'USP contractuels.....226

B. Les controverses liées à la situation des agents publics contractuels au regard du droit des travailleurs.....230

1. La thèse de la relation contractuelle entre les agents publics et l'administration.....230

2. Le poids des accords collectifs et des forces syndicales dans la détermination des règles régissant les agents publics 233

3. La question de l'effectivité du caractère bilatéral du contrat de travail.....236

a. La position avantageuse de l'employeur dans la relation de travail.....236

b. La soumission des deux parties aux règles législatives.....237

II. Les agents publics contractuels soumis au statut de la fonction publique et les autres personnels contractuels de l'administration.....238

A. L'hétérogénéité de la situation juridique des agents publics contractuels.....238

1. La distinction entre agents publics contractuels régis par le statut de la fonction publique et ceux qui ne le sont pas 238

2. La situation commune de tous les agents publics contractuels 240

B. La répartition des agents contractuels de l'administration entre le droit public et le droit privé.....242

1. La confusion entre employés de l'administration et agents publics contractuels.....242

2. La distinction entre employés de l'administration et agents publics contractuels.....244

Section 2. Le contrat de fonction publique entre les prérogatives de puissance publique et le droit commun.....247

I. La nature juridique du contrat de fonction publique.....247

A. L'ambivalence du contrat de fonction publique 247

1. La question du caractère unilatéral de l'acte de nomination.....247

2. Le contentieux administratif résultant de la situation législative ou réglementaire des agents publics, nommés et contractuels.....248

B. Le contrat de fonction publique : un contrat administratif.....250
1. Le caractère administratif du contrat de recrutement des agents publics 250
2. La nature des contrats d'engagement des agents d'USP au regard de la notion de contrat administratif 252
II. Le contrat de fonction publique et le contrat de travail.....253
A. Le rapprochement entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail.....253
1. En droit français.....253
2. En droit chinois.....255
B. La distinction entre le contrat de fonction publique et le contrat de travail.....257
Conclusion du chapitre I.....261
Chapitre II. Les conséquences du développement des emplois contractuels dans la fonction publique.....263
Section 1. Les conditions de recrutement des agents publics contractuels.....265
I. L'évolution des conditions de recrutement des agents publics contractuels.....265
A. En France, depuis la législation des années 1983 – 1984 265
1. La limitation de principe du recrutement des agents contractuels 266
2. L'élargissement des possibilités de recours aux agents contractuels.....267
a. Dans la fonction publique d'État 268
b. Dans la fonction publique territoriale.....268
c. Dans la fonction publique hospitalière.....269
B. En Chine, l'évolution à travers le règlement provisoire du 14 août 1993 « sur les agents publics de l'État » et la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ».....271
1. L'ambiguïté du règlement provisoire du 14 août 1993 271
2. L'orientation fixée par la loi du 27 avril 2005.....273
II. La question de l'existence d' « emplois réservés aux agents contractuels ».....276
A. En France : les controverses sur la notion d'emplois susceptibles d'être occupés par des agents contractuels.....276
1. Le recours aux agents contractuels justifié par « la nature des fonctions ou les besoins des services ».....277
2. Le recrutement d'un agent contractuel pour occuper un emploi permanent à temps incomplet.....279
3. Le recrutement pour faire face « à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité ».....280
B. En Chine, le décalage entre le texte central et l'expérimentation de Shenzhen.....281
1. L'interprétation de l'article 95 de la loi du 27 avril 2005.....281
2. La signification de l'expérimentation de Shenzhen 282

Section 2. Le développement des CDI en France
et la contractualisation des emplois d'USP en Chine :
la construction d'une « fonction publique contractuelle » ?.....286

I. Le développement des CDI dans la fonction publique en France 286

A. Les raisons du développement des CDI dans la fonction publique.....286

1. L'instauration des CDI sous l'impact du droit de l'Union européenne.....287

a. Le transfert des personnels privés de SPA en cas de changement de situation juridique de l'employeur : la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977 287

b. La limitation du renouvellement des CDD : la directive n° 1999/70CE du 28 juin 1999.....289

2. Le développement des CDI résultant d'une politique interne 291

B. Les conséquences du développement des CDI dans la fonction publique : vers une fonction publique contractuelle ?.....293

1. La « généralisation » des CDI dans la fonction publique : les lois du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2012.....293

2. La mise en cause du principe de l'égal accès à la fonction publique par l'affaiblissement de la place du concours.....296

II. Le développement de la contractualisation des emplois des USP.....299

A. Le mode de recrutement des agents d'USP avant la contractualisation des emplois des USP.....300

1. Le recrutement direct.....300

2. L'accès aux emplois des USP par mutation 301

3. Le changement d'emploi résultant d'une transformation en USP d'un établissement administratif, d'un ou de plusieurs offices d'un établissement administratif ou d'une entreprise publique 302

B. Les conséquences de la contractualisation des emplois des USP.....302

1. Les agents d'USP : une catégorie particulière d'agents publics contractuels.....302

2. Les inconvénients, dans la gestion des personnels publics, liés à la contractualisation des emplois des USP.....305

Conclusion du chapitre II.....308

Conclusions du Titre I.....309

Titre II. Vers une gestion managériale du personnel de la fonction publique.....311

Chapitre I. Les conséquences de l'intégration des méthodes de la GRH dans la gestion du personnel de la fonction publique.....315

Section 1. La relation entre la GRH et le statut de la fonction publique.....319

I. La GRH en tant qu'outil de gestion dans le cadre fixé par le droit de la fonction publique.....319

A. En France, la GRH en vue de l'amélioration du statut.....320

B. En Chine, la GRH en tant que corollaire du développement d'une fonction publique nouvelle 321

II. La fonction publique de carrière mise en cause par la GRH.....322

A. Une logique de métier.....322

1. Le changement conceptuel 322

2. La mise en cause de la structure des corps 323

3. Les impacts des changements des finances publiques sur la gestion du personnel de la fonction publique.....325

B. En Chine, la volonté de rompre avec l'ancien système de gestion des cadres.....328

Section 2. Les modifications des relations professionnelles entre agent et employeur public dues à l'intégration de la GRH dans la fonction publique.....331

I. Le renforcement du caractère méritoire de la fonction publique.....332

A. La confrontation entre mérite et égalité dans la fonction publique.....332

1. La conciliation entre égalité et mérite par le concours.....332

2. L'égalité de traitement dans la fonction publique.....334

B. Le développement d'une logique de résultats dans la fonction publique.....336

1. La mise en place d'une rémunération au mérite dans la fonction publique française.....336

2. Le développement des mesures de sanction liées aux résultats dans la fonction publique chinoise.....340

II. L'individualisation de la gestion des agents dans la fonction publique.....344

A. L'individualisation de l'évaluation des fonctionnaires.....344

B. L'individualisation de la formation des fonctionnaires.....347

Conclusion du chapitre I.....350

Chapitre II. La circulation facilitée entre les domaines public et privé du travail.....351

Section 1. L'association d'emplois privés à la fonction publique.....353

I. Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique.....353

A. L'évolution du régime juridique de l'intérim dans la fonction publique française.....354

B. Le développement de l'intérim privé dans la fonction publique chinoise.....357

II. Les polémiques autour du développement de l'intérim privé dans la fonction publique.....361

A. Les agents intérimaires de droit privé face à l'exercice des prérogatives de puissance publique 361

1. La question de la légitimité des agents intérimaires chinois face à l'exercice des prérogatives de puissance publique 361

2. L'encadrement du recours à l'intérim dans la fonction publique française.....363

B. La question de la stabilité de l'emploi intérimaire 365

1. La « publicisation » de l'emploi intérimaire en cas de prolongement du contrat de mise à disposition dans la fonction publique française.....366

2. Les critiques doctrinales sur le prolongement de la durée intérimaire en Chine 368

Section 2. L'atténuation du lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public 370

I. La remise en cause de la corrélation entre le fonctionnaire et l'exercice de missions de service public en France.....370

A. Le lien consubstantiel entre le fonctionnaire et les missions de service public 371

B. L'absence de droit des fonctionnaires à exercer des missions de service public 372

II. L'atténuation, par les mesures de flexibilité, du lien entre activité professionnelle du fonctionnaire et mission de service public 373

A. L'élargissement du champ d'activité des fonctionnaires.....374

1. Le principe de l'interdiction du cumul d'activités privées 374

a. En France.....374

b. En Chine.....375

2. L'assouplissement de l'interdiction du cumul d'activités privées.....377

a. Les réformes assouplissant l'interdiction du cumul d'activités des fonctionnaires français 377

b. Les pratiques locales affectant le principe de l'interdiction du cumul d'activités dans la fonction publique chinoise.....380

B. L'incitation des fonctionnaires à quitter la fonction publique.....382

1. Le départ volontaire des fonctionnaires.....383

a. En France : l'encouragement au départ volontaire des fonctionnaires par la mise en place d'une indemnité de départ volontaire.....383

b. En Chine : le départ volontaire des agents publics, expérimenté par les entités locales.....386

2. Le départ d'un fonctionnaire vers le secteur privé à la faveur de mesures de mobilité.....388

a. La mise à disposition en tant que passage de la fonction publique au secteur privé en Chine 388

b. Le départ des fonctionnaires de la fonction publique via *la réorientation professionnelle en France.....390*

Conclusion du chapitre II.....393

Conclusion du titre II.....394

Conclusion de la partie II.....395

CONCLUSION GÉNÉRALE.....397

BIBLIOGRAPHIE 399

PARTIE FRANÇAISE.....399

PARTIE CHINOISE.....431

LISTE DES PRINCIPALES TRADUCTIONS DU CHINOIS AU FRANÇAIS.....443

INDEX ALPHABÉTIQUE.....451

TABLE DES MATIÈRES.....453

RÉSUMÉ

DE LA RELATION ENTRE SERVICE PUBLIC ET FONCTION PUBLIQUE

ÉTUDE COMPARÉE DES DROITS FRANÇAIS ET CHINOIS

En France, depuis les années 1990, la polarité traditionnelle service public / fonction publique est mise en cause par des mesures de privatisation et d'externalisation des services publics d'une part, et par la contractualisation et la « managérialisation » de la fonction publique d'autre part. Ces tendances s'observent également en Chine dans la construction d'un système de services publics à partir des années 1990, et dans l'instauration d'une fonction publique décidée à la fin des années 1980 et entérinée par la loi du 27 avril 2005 « sur les agents publics ». Malgré les divergences politiques et culturelles entre les deux pays, on constate non seulement un même mouvement de recul de l'administration publique dans la gestion des services publics, mais aussi l'influence croissante du droit privé sur le droit de la fonction publique. Le droit public, en tant qu'il régit traditionnellement le service public et la fonction publique, est dès lors mis en question tant au niveau de son périmètre qu'au niveau de sa substance. À mesure que la relation entre service public et fonction publique se distend, la corrélation entre les finalités de l'État et les structures administratives devient moins évidente. Dans ce contexte, la comparaison des droits français et chinois éclaire les transformations en cours du droit public.

MOTS-CLÉS : **service public / services publics, fonction publique / fonctions publiques, établissements publics, fonctionnaires, agents publics, agents publics contractuels, contractualisation, externalisation, privatisation, statut / statuts des agents publics, unités de services publics, gestion des agents publics, État.**

摘要

论公共服务与公务员制度的关系

法中两国相关法律之比较

在法国，从九十年代起，公共服务民营化与公共服务外包发展的趋势不断壮大，于此同时，聘用合同与新公共管理理论在公务员制度中的应用愈发凸显。在此过程中，公共服务与公务员制度之间由来已久的紧密联系不断被弱化。值得注意的是，在此同一时期，在中国的公共服务系统与公务员体系建设中呈现着类似的现象。尽管两国之间存在着各种政治与文化的差异，我们依然可以注意到这一共同发展趋势：不仅公权力不断退出对公共服务的经营管理，私法对公务员管理制度的影响也愈加强烈。传统上约束公共服务与公务员制度的公法，无论是其范围还是内容，都出现了一些新的变化，引起了关注。随着这些变革，国家目的与公共行政体系之间的纽带也逐渐松散。在此背景下，对法中两国之间相关法律进行比较将会有助于理解这些问题。

关键词：公共服务、公务员、公共部门、聘用制公务员、合同化、外包、民营化、公务员制度、事业单位、公务员管理、国家。

ABSTRACT

THE RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC SERVICES AND CIVIL SERVICE

COMPARATIVE STUDY OF FRENCH AND CHINESE LAWS

In France, since the 1990s, the traditional polarity public service / civil service is questioned by privatization and public services outsourcing on the one hand, and by contracting and "managerialization" of civil service on the other hand. These trends are also observed in China in the construction of a public services system from 1990s, and in the establishment of a civil service decided in the late 1980s and endorsed by the Law of 27 April 2005 on Public Servants. In spite of the political and cultural differences between the two countries, there is a converging movement : the public administration steps back from the public services management, while the private law grows its influence on the civil service law. Public law, as it traditionally governs the public service and the civil service, is therefore challenged both in its scope and in its substance. As the relationship between public services and civil service distends, the correlation between the purposes of state and the administrative structures is less obvious. In this context, the comparison of French and Chinese laws illuminates the ongoing transformations of public law.

KEYWORDS : ***Public Service / public services, Civil Service / civil services, public institutions, Civil Servants, Public Servants, contractual public servants, contractualization, outsourcing, privatization, Status of Public Servants, Public Service Units, Civil Servants Management.***