

1949  
JP 41  
CONSEIL D'ÉTAT

# ÉTUDES ET DOCUMENTS



PARIS  
IMPRIMERIE NATIONALE

1949

Fascicule n° 3



## LA NOTION DE SERVICE PUBLIC DANS LA JURISPRUDENCE ÉCONOMIQUE DU CONSEIL D'ÉTAT.

«... On nous change notre État», écrit HAURIU, lorsque la jurisprudence affirme que des groupements formés entre propriétaires voisins pour exécuter des travaux d'intérêt collectif sont des établissements publics. Et de crier au socialisme (1)! Quarante ans plus tard, en revanche, quand le Conseil d'État refuse de voir dans les comités chargés d'organiser la production industrielle des établissements publics, de bons auteurs s'en scandalisent (2). Ils diraient volontiers qu'on nous change le Droit. «Le déclin de la notion de service public» (3) n'annonce-t-il pas la fin de la séparation du droit privé et du droit administratif, donc, en réalité, la mort de l'un des deux?

A vrai dire, quand on considère le flot tourmenté des décisions qui en quelques années font et défont ce qu'on appelle, après coup, jurisprudence, on a le sentiment que le juge administratif reste étranger à ces inquiétudes doctrinales. Si ses arrêts contrarient des théories générales ou démentent des notions fondamentales, nul d'ailleurs n'en tient rigueur à une juridiction qui s'attache moins à élaborer des concepts ou des règles qu'à résoudre, au jour le jour, des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit.

Il en résulte que les traits généraux à la jurisprudence s'infléchissent parallèlement aux courbes qui pourraient représenter l'histoire économique de l'État. On relève aussi pourtant quelques signes de concordance entre les idées générales qu'un effort d'abstraction arrache au texte des arrêts et certains mouvements de la philosophie contemporaine. Mais ces coïncidences, qui ne sont pas fortuites, ne procèdent jamais d'un esprit de système. De la part du juge, elles sont involontaires et instinctives; c'est cette spontanéité qui donne à la jurisprudence sa valeur d'usage.

\*  
\*  
\*

Au siècle de la démocratie libérale, l'organisation économique de l'État limite très strictement les interventions de celui-ci dans le domaine de l'industrie et du commerce. Son action ne s'exerce que pour favoriser le développement des initiatives privées et si elle prend parfois des formes autoritaires, c'est dans le cadre des institutions qui ont renoué, après la vague individualiste de 1789, les traditions de l'ancien régime, les chambres de commerce et les associations syndicales de propriétaires, par exemple.

(1) Arrêt Canal de Gignac. Trib. conf., 9 décembre 1899. S. 1900.3.49. Note HAURIU.

(2) V. notamment : DE LACHARRIÈRE, La gestion par les organismes professionnels des services publics de l'économie dirigée. *Droit social* (septembre-octobre 1943 et janvier 1944).

(3) La formule est de M. MORANGE. *Dalloz* 1947, *Chron.*, p. 45.



En même temps, les principes de la philosophie politique s'opposent à ce qu'aucun individu, aucun corps, détienne une parcelle de cette puissance qui n'appartient qu'à la collectivité publique, ou en exerce les prérogatives. C'est l'intérêt général qui fonde les règles du droit public; c'est l'administration seule, ou bien son mandataire, qui peut les mettre en œuvre.

Ainsi, les interventions économiques de la collectivité gardent un caractère assez exceptionnel pour que les institutions qui en ont la charge soient regardées comme les organes mêmes de l'État, sans qu'il en résulte un trouble dans l'harmonie de notre organisation administrative. Et d'autre part, les principes du droit interdisent de penser que, d'autorité, des commerçants ou des propriétaires puissent être groupés, imposés, régis par des institutions qui poursuivraient, en marge de l'État, des buts d'intérêt général.

La jurisprudence ne peut pas s'y tromper. Redressant le vocabulaire du législateur de 1851 (1), les tribunaux judiciaires affirment, dès 1885 (2), que les chambres de commerce sont des établissements publics. La juridiction administrative voit, en 1899 (3), dans les associations syndicales de propriétaires, des établissements publics, c'est-à-dire « des personnes morales administratives, créées pour la gestion d'un service public » (4). A cette époque, la coïncidence est parfaite entre la nature administrative de l'organe, le caractère d'intérêt général qui s'attache à sa mission et les traits essentiels de son régime juridique.

Il n'est donc pas étonnant que de nombreux arrêts aient alors employé tantôt en un sens et tantôt dans l'autre les termes de service public, de telle façon que ces mots servissent tantôt à définir l'institution en cause, tantôt la mission qu'elle exécute, tantôt le régime exorbitant du droit commun qui la gouverne. La doctrine s'en tire en définissant le service public comme une entreprise, terme assez riche de sens pour n'en exclure aucun.

Dès cette époque cependant, il était admis, et le Commissaire du Gouvernement ROMIEU l'avait affirmé avec netteté, que, dans le cadre de sa mission générale de service public, l'administration peut accomplir des actes qui, « tout en intéressant la communauté, 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 » (5).

\*  
\* \*

C'est assurément l'évolution des faits économiques et sociaux qui fit surgir, à l'intérieur de ce système, des contradictions qui, à l'origine, n'y étaient point.

Le progrès technique et les besoins sociaux qu'il engendre ont élargi le cercle des interventions de l'administration dans une zone autrefois réservée aux libres initiatives privées. Les crises et les guerres ont profondément influé sur le rôle de l'État, en le conduisant à organiser le marché de certains produits pour pallier les effets d'une surabondance ou d'une pénurie, puis à diriger

---

(1) D. du 3 septembre 1851.

(2) C. Cass. Req. 28 octobre 1885. D. 85.1.397.

(3) Arrêt Canal de Gignac, précité.

(4) Concl. du Commissaire du Gouvernement ROMIEU sous l'arrêt Caisse des Écoles, 22 mai 1903. Lebon, p. 396.

(5) Concl. présentées sous l'arrêt Terrier, 6 février 1903. Lebon, p. 94.



l'ensemble de la production et des échanges, à fixer enfin lui-même la structure corporative de certaines professions.

Parallèlement, et ce fait a son importance dans le développement du droit, de nouvelles techniques incitaient les particuliers à utiliser de plus en plus largement le domaine public pour exercer leurs entreprises. Transports automobiles et activités diverses dans les ports maritimes et fluviaux contribuaient à faire de ce domaine le siège de multiples industries et l'autorisation de police autrefois donnée pour la seule sauvegarde du domaine et de l'ordre public devenait la condition de l'exercice d'activités industrielles et commerciales que les pouvoirs publics s'efforçaient d'orienter dans le sens de l'intérêt général, dussent-elles être soumises à des règles exorbitantes du droit commun.

\*  
\* \*

Ces facteurs d'évolution jouent entre les deux guerres, bien avant la date fatidique de 1940. Fidèle à son rôle et à sa tradition, le Conseil d'État va au fait. Il ne s'embarrasse pas de théorie. Il ne se presse pas de mettre au point son vocabulaire. Il dit, dans chaque cas, si les actes qu'il examine relèvent d'un régime juridique exorbitant du droit commun et ressortissent à la juridiction administrative ou non. C'est bien là le vrai problème, sinon le seul.

Toute une suite d'arrêts consacre alors le fait que l'État a pu organiser et faire fonctionner dans les conditions du droit privé certains services économiques : des caisses d'assurance (1), des caisses de garantie pour les exportateurs (2), des services de transport (3), par exemple.

Sans doute quelques-unes de ces décisions usent-elles encore du terme de « service public » pour désigner soit les « entreprises » de l'administration, soit le régime juridique de leur fonctionnement, mais la jurisprudence ne s'attache guère à la terminologie ; elle s'efforce de résoudre en chaque espèce le seul problème dont la solution ait des effets pratiques : le choix entre droit public et droit commun. ✕

Bien plus, ennemi des généralisations et développant en somme le point de vue qu'exposait, dès 1903, M. ROMIEU, le Conseil se garde souvent d'affirmer que l'ensemble des activités d'un service ressortit soit au droit public, soit au droit privé. Les arrêts se bornent alors à dire si les actes litigieux se rattachent à des relations de droit public ou à des relations de droit privé, sans exclure l'hypothèse où des actes accomplis dans le cadre d'une même institution suivraient des sorts différents. Un peu plus tard, en 1946, le Commissaire du Gouvernement ODENT résumait parfaitement cette méthode en déclarant que le partage de compétence doit se faire « d'après la nature juridique propre des questions soulevées » (4).

Dans le même temps, la jurisprudence avait dû constater que l'activité de certains particuliers ou d'organismes privés, que nul n'avait chargés d'agir pour le compte de l'administration, pouvait être soumise à des règles de droit public, telles que l'obligation d'appliquer certains tarifs, d'accom-

---

(1) Société générale d'armement, 23 décembre 1921, Leb., p. 1109, et Société « Les Affréteurs réunis », 23 mai 1924, Leb., p. 498.

(2) Société française de Constructions mécaniques, 15 février 1935, p. 200.

(3) Tribunal des Conflits « Colonie de la Côte d'Ivoire », 22 janvier 1921. S. 1924.3.34.

(4) Conclusions sous l'arrêt Société financière de l'Est du 14 juin 1946 (S. 47.3.32) rendu à propos des relations entre l'Établissement public des Mines domaniales de potasse d'Alsace et certains porteurs de parts.



( plir dans le cadre d'horaires déterminés certaines prestations, de respecter une règle de continuité dans l'exercice de leur industrie ou de traiter également les usagers de leurs services. Cette jurisprudence a pris comme base de départ la notion de domanialité publique. Elle affirme qu'une activité économique qui fait du domaine public le siège de son industrie peut être subordonnée à autorisation préalable : par leur nature même, de telles activités ne s'exercent pas dans les conditions normales de l'initiative privée. D'autre part, l'administration a non seulement la mission de conserver le domaine mais encore celle de veiller à ce que son utilisation soit favorable à l'intérêt général. Par le biais d'une autorisation domaniale s'instituent ainsi des régimes de service public dont l'objet est une activité industrielle ou commerciale, exercée par une personne privée. Apparue dans le secteur des transports automobiles (1), cette formule s'étend à des activités exercées sur le domaine public maritime (2) et, même, à l'exploitation de cette forme nouvelle du domaine public où se propagent les ondes (3).

1035  
722  
En dehors même de toute notion de domanialité publique, d'autre part, dès l'avant guerre de 1939, le Conseil d'État constatait, en des décisions isolées, que le législateur avait entendu soumettre à un régime de droit public l'activité de certains organismes qui n'étaient pas des collectivités publiques (4). La mise en place d'un régime d'économie dirigée et d'organisation professionnelle devait, à partir de 1940, renouveler complètement les données sociales de ce problème juridique et l'exception qu'annonçait fort discrètement quelques décisions d'avant guerre prend alors une telle place dans l'organisation de l'État que l'idée de service public se détache définitivement de la notion d'administration publique et même de celle d'entreprise.

Selon les normes traditionnelles, des organismes ayant autorité pour régler, sous la tutelle d'un ministre, le fonctionnement d'une branche d'industrie ou les conditions d'exercice d'une profession libérale ne pouvaient être que des collectivités administratives, c'est-à-dire, en l'espèce, des établissements publics. La solution qui avait prévalu pour les chambres de commerce et pour les associations syndicales de propriétaires devait s'imposer pour les comités d'organisation et pour les ordres.

Mais ces temps étaient révolus. Le législateur n'avait pas voulu augmenter le nombre des Administrations, ni multiplier les agents publics. Le plus aisément du monde, la jurisprudence se borne alors à constater que le législateur a voulu faire de la production industrielle un service public. Et comme il n'est pas question de voir dans une mission aussi vaste une entreprise, à moins d'abuser du sens des mots et comme, en même temps, le Conseil d'État reconnaît que les Comités d'organisation ne sont pas des établissements publics, il faut bien traduire la jurisprudence en disant que désormais, créer un service public, c'est soumettre à des règles exorbitantes du droit commun l'exercice de certaines activités. Le service public n'est plus une institution, c'est un régime ; c'est l'application des règles du droit public à certains actes, que ceux-ci soient accomplis dans

(1) V. notamment : Lefebvre du Grofriez, 4 mai 1929, Leb., p. 470 ; Vavasseur, 20 octobre 1933, S.34.3.61, conclusions de M. PARODI ; Société des Autobus antibois, 29 janvier 1932, p. 117 ; Compagnie carcassonnaise, 6 février 1948, R. D. P., 1948, p. 252.

(2) Compagnie maritime de l'Afrique orientale, 5 mai 1944, R. D. P., 1944, p. 236, note de M. G. JÈZE.

(3) Société française Radioatlantique, 6 février 1948, R. D. P., 1948, p. 244, note de M. G. JÈZE.

(4) Société des Établissements Vezia, 20 décembre 1935, p. 1212, aux conclusions de M. LATOURNERIE (R. D. P., 1936, p. 118).

Caisse primaire « Aide et Protection » et Fauvel, 13 mai 1938, Leb., p. 417.



le cadre d'un organisme administratif ou en dehors de ce cadre. Le juge, dans les cas difficiles, opère entre les divers actes qui lui sont soumis des discriminations parfois délicates et souvent critiquées : c'est ainsi que les relations des Comités d'organisation avec leurs ressortissants sont, en général, placées sous le régime du service public, parce qu'elles manifestent l'exercice d'une autorité exorbitante du droit commun (1) alors que leurs relations avec leur personnel restent en principe régies par le droit privé (2). C'est ainsi que le Conseil d'État décide que les litiges soulevés par l'adhésion d'un professionnel à un groupement d'achat ressortissent à un contentieux judiciaire, en estimant — c'était discutable (3) qu'un régime de droit privé domine cette catégorie de relations entre ces groupements et les professionnels. Et c'est ainsi enfin que, dans le cadre même des entreprises publiques et notamment des entreprises nationalisées, on peut distinguer une zone où s'applique le régime des services publics et une autre zone, englobant la plupart des actes du fonctionnement quotidien de l'entreprise, où celle-ci se comporte comme un particulier (4).

Voici donc que convergent aujourd'hui les divers courants d'une jurisprudence reconnaissant, d'une part, que le droit privé régit de nombreux actes de l'Administration et, d'autre part, que le droit public gouverne l'activité de simples particuliers ou d'organismes professionnels. Cette évolution a vidé de leurs sens les anciennes conceptions du service public. On peut encore dire qu'aux règles du droit public, mettant au service de l'intérêt général des pouvoirs exorbitants du droit commun, s'opposent les règles du droit privé, gouvernant les relations qui se nouent, sur un pied d'égalité, entre particuliers. On peut dire aussi, encore que la distinction soit parfois très subtile, qu'aux personnes morales administratives s'opposent des personnes du droit privé. Mais les unes et les autres agissent sur l'un et sur l'autre des deux plans juridiques. Ce qui reste vrai, c'est que, le plus souvent, les personnes administratives agissent dans le cadre de droit public et les personnes privées dans le cadre du droit commun. Des exceptions fort importantes montrent pourtant que des personnes privées peuvent remplir, sous un régime public, des missions d'intérêt général et que les personnes publiques accomplissent, en revanche, et surtout dans le domaine économique, de nombreux actes comme le feraient de simples particuliers.

Ce qui compte, c'est le comportement juridique d'un service en des circonstances déterminées.

Le « service public » n'a désormais qu'un sens : il exprime un régime de droit. Rien ne reste d'une notion *a priori* qui s'attacherait à la nature même d'une entreprise administrative et qui gouvernerait l'ensemble de ces actes. Est-ce bien nouveau? Est-ce dommage? C'est ce qu'il reste à dire.

\* \* \*

Depuis longtemps on a critiqué, au nom de la logique, toute définition de service public par son régime. C'est répondre, a-t-on dit, à la question par la question, que de soutenir qu'il y a service public quand s'applique le régime des services publics. Cette critique serait assurément

---

(1) V. l'arrêt Monpeurt, 31 juillet 1942, G. P., 23-25 septembre 1949, avec les conclusions de M. SEGALAT et toute l'abondante jurisprudence qui a suivi sur les comités, les ordres, les bureaux professionnels.

(2) Bruhais, 28 février 1947, Leb., p. 88.

(3) V. l'arrêt Compagnie générale d'Importation, 25 juin 1948, au *Droit social* de novembre 1948, avec la note signée G. W.

(4) V. notamment la jurisprudence judiciaire sur la Société nationale des Entreprises de Presse. Cour de Paris, 22 décembre 1948, G. P., 2-4 février 1949.



valable, s'il s'agissait de dégager une notion abstraite du service public, s'imposant au législateur comme au juge, et d'en assurer ensuite, tant bien que mal, la concordance avec les solutions du droit positif. Le problème n'est pas là. Sans doute n'y-a-t-il pas lieu de débattre ici la question de savoir si les notions, *a priori*, ont ou non leur place dans la science juridique. Ce qu'on peut affirmer avec certitude, c'est qu'elles n'exercent guère d'influence sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État.

Quand il s'agit, en marge du statut de la fonction publique, de dire si le litige concernant l'employé d'une Administration ressortit ou non au droit public, le Conseil se borne à examiner les différentes règles qui forment le statut de cet agent. C'est le contenu même de ce statut qui donne le critère de la compétence et, par incidence, la définition de l'agent public. Car le problème est seulement de savoir si des règles de droit public dominant le statut ou si le droit privé l'emporte (1).

Quand le Conseil est en face d'un contrat, il ne s'arrête pas au fait que celui-ci ait été passé par une Administration. Ce qu'il importe de savoir, c'est si la note dominante qui résulte des diverses clauses d'un contrat le rattache au droit public ou au droit privé (2) : le contrat comporte-t-il des dérogations au droit commun? Ou ne renferme-t-il « aucune clause ayant pour effet de conférer aux parties ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à celles qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque » ?

On peut multiplier les exemples; le principe est toujours le même. Le juge est ennemi de la « chose en soi ». Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier. Il doit dire quelles sont les règles qui régissent, dans un cas déterminé, le comportement juridique d'une personne publique ou privée. Aucune relation logique ne lie ces règles à la nature de l'organisme en cause. Dans l'état actuel du droit, il n'est plus possible de dire que telle ou telle institution administrative est un service public. On peut seulement rechercher si telle ou telle catégorie d'actes juridiques ont été accomplis par une personne publique ou privée, sous l'empire de règles qui dérogent au droit commun. L'autorité compétente pour décider de l'application d'un tel régime, est, en principe, le pouvoir législatif; c'est parfois l'Administration elle-même, quand elle est en présence d'une activité d'intérêt général qui, pour diverses raisons, n'est pas susceptible de s'exercer dans les conditions normales de l'initiative privée, c'est-à-dire d'un service public virtuel, au sens de la plus récente jurisprudence (3).

\*  
\*  
\*

Certains auront sans doute la nostalgie d'une notion « institutionnelle » et *a priori* du service public, qui assurait à la fois la tranquillité des professeurs et la stabilité des catégories juridiques. A vrai dire, si cette notion pouvait, à certaines époques, être dégagée de plusieurs arrêts, cet effort était devenu bien difficile entre les deux guerres et il est assurément impossible depuis 1940.

La Jurisprudence qui semble ne s'être jamais subordonnée à telle ou telle conception du service

---

(1) Jurisprudence constante, notamment : Bailly et autres, 24 juin 1949; Vollaëys, 30 juillet 1949.

(2) Notamment : Société française de Constructions mécaniques, du 15 février 1935 (*précitée*) et Société anonyme de films « Imperial », du 20 décembre 1946, *Leb.*, p. 315.

(3) Compagnie maritime de l'Afrique orientale (*précitée*); Société française Radioatlantique (*précitée*).



public est, en somme, restée fidèle à la ligne, que traçait déjà, sur les conclusions de M. ROMIEU, quelques arrêts du début de ce siècle. Elle a donc suivi, sans trop de peine, à travers de grands bouleversements, l'évolution des faits économiques et sociaux, cherchant seulement à dire quel régime juridique devait régir les divers comportements juridiques d'organismes hybrides, dont elle ne s'attardait pas à scruter la nature. Elle s'est attachée ainsi aux réalités concrètes, en écartant toute querelle théorique sur l'essence des institutions, pour définir seulement les actes qui manifestent l'existence sociale de celles-ci. C'est dans cette perspective que la Jurisprudence du service public fait écho à certains thèmes de la philosophie d'aujourd'hui. Mais l'analyse des causes profondes d'une coïncidence entre des mouvements si divers de la pensée humaine n'entre certainement pas dans le droit positif.

Bernard CHENOT.

*Maître des Requêtes au Conseil d'État.*