

FORMULES COMMENTEES. — CESSION DE BAIL DITE « CESSION DE PAS DE PORTE », par PRECIGOUT, Principal clerk de notaire. [Ed. N.]

LE DEGRE D'ORIGINALITE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE EXTRA-CONTRACTUELLE DES PERSONNES (COLLECTIVITES) PUBLIQUES (1)

La soumission de cette responsabilité à un droit « autonome » est-elle le principe ?

par Ch. EISENMANN

Professeur à la Faculté de droit de Strasbourg,  
Chargé de cours à la Faculté de droit de Paris.

1. — Aux yeux de la doctrine de droit public, cela ne fait aucun doute, elle est unanime à le penser et même à le tenir pour quasi-évident, — et la doctrine de droit privé lui emboîte le pas : la responsabilité extra-contractuelle des personnes ou collectivités publiques envers les particuliers obéit à un ensemble de règles absolument différentes de celles qui gouvernent la responsabilité extra-contractuelle des personnes privées ou particuliers les uns envers les autres ; son régime est absolument original. C'est là l'idée maîtresse qui ouvre et domine l'exposé qu'elle fait de ce régime ; c'est elle qu'elle exprime généralement en parlant de son « autonomie ». Autonomie, synonyme dans son esprit de distinction, différence, originalité entières (2).

Cette analyse du rapport des deux régimes est-elle juste ? S'accorde-t-elle vraiment à l'état actuel du droit positif français ? Voilà ce que, dans cette étude, nous voudrions vérifier. Il ne nous paraît pas possible de reconnaître à l'opinion établie le bénéfice de l'évidence, ni même celui d'une démonstration serrée, certaine et définitive, — nos raisons apparaîtront suffisamment dans la suite des développements.

— 2. — Certes, il n'est pas question, il ne peut être un instant question de soutenir que la responsabilité publique et la responsabilité privée (ainsi dénommerons-nous désormais, pour abréviation, les deux responsabilités considérées) obéiraient purement et simplement aux mêmes règles, que leur régime serait identique, c'est-à-dire un. Il est incontestable et chacun sait que, juge d'une grande partie des procès en responsabilité dirigés contre les personnes publiques, le Conseil d'Etat (pour ne parler que de la juridiction suprême) ne prend pas pour loi de ses décisions le corps des règles du droit privé sur la responsabilité, en premier lieu, de droit commun, celles des célèbres articles 1382 à 1386 du Code civil.

Mais ce fait certain ne signifie encore pas que les deux régimes diffèrent entièrement, par toutes leurs règles. Entre l'identité parfaite et l'« autonomie » absolue, il y a place pour l'autonomie relative ou partielle, — et même une

(1) *Bibliographie.* — En dehors des manuels ou traités, nous renverrons seulement à la monographie classique du regretté doyen Paul Duez : *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)* (2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1938) et à la thèse méconnue parce qu'hétérodoxe, mais remarquable à bien des égards, de M. J. Luchet, *L'arrêt Blanco* (thèse Nancy, 1934).

(2) 1<sup>o</sup> Désormais, nous écrirons souvent « responsabilité » simplement, sans nous astreindre à spécifier que nous envisageons la seule responsabilité civile extra-contractuelle, à l'exclusion de la contractuelle.

2<sup>o</sup> Nous ne pouvons parler simplement de la responsabilité « en droit public », parce que nous laissons de côté cette responsabilité personnelle des agents publics qui en constitue le second volet.

place considérable, car une telle autonomie est susceptible d'une infinité de degrés ; on peut envisager que les régimes des deux responsabilités diffèrent, non pas entièrement ou absolument, mais seulement dans une certaine mesure, sur certains points, à certains égards, c'est-à-dire qu'ils soient partiellement différents, partiellement identiques.

Autonomie — différence, originalité — pleine et entière, ou bien autonomie simplement partielle, limitée ? Voilà donc l'alternative à laquelle se ramène pratiquement le problème du rapport du régime de la responsabilité publique au régime de la responsabilité privée.

3. — Ce problème, nous ne saurions évidemment prétendre le traiter ici en son entier : il ne peut pas être question de prendre successivement chacune des règles qui composent l'un de ces deux régimes et d'examiner si elle se retrouve également dans l'autre, ou si au contraire y correspond, sur le même point, une règle différente.

Nous limiterons l'enquête aux seules règles fondamentales, de principe, de base. (Tout le monde admet que toutes les règles qui constituent le droit ou régime de la responsabilité n'ont pas une importance égale ; que, selon les questions qu'elles résolvent, il en est de primordiales, et d'autres plus ou moins secondaires). D'elles seules, nous rechercherons si elles sont ou non différentes, ou dans quelle mesure, pour la responsabilité publique et pour la responsabilité privée.

En d'autres termes, nous ne demanderons pas si les deux régimes diffèrent totalement ou partiellement, mais, seulement, s'ils diffèrent fondamentalement, foncièrement, radicalement, ou non.

D'évidence, presque par définition, c'est là le point décisif pour la caractéristique à donner du rapport des deux régimes : qu'importe à cet égard que les règles secondaires soient identiques, si les règles fondamentales diffèrent, — ou inversement ? En outre, c'est au fond, on le verra, sur cette question-là seule, que la doctrine prend parti, à elle seule qu'elle s'attache. Et il est facile d'en dégager la raison : en réalité, il ne peut pas plus être question de soutenir que le régime des deux responsabilités diffère totalement que de prétendre qu'il serait identique et un, — on en aura la preuve sous peu.

4. — Quelles sont donc les conditions qui permettraient de dire le régime de la responsabilité publique foncièrement différent du régime de la responsabilité privée, radicalement original, ou, dans la terminologie classique : « autonome ».

Elles nous paraissent être au nombre de deux :

Il faudrait en premier lieu qu'il fût de principe, de règle générale et normale, que la responsabilité publique est régie d'ensemble par un droit spécial, c'est-à-dire autre que le droit privé qui gouverne la responsabilité privée ; ou, sous l'angle complémentaire, que, même si la responsabilité publique est régie parfois par le droit privé lui-même, pris en bloc, globalement, ce ne soit qu'à titre d'exception, par une anomalie.

Il faudrait en second lieu que diffèrent toutes les règles ou tous les principes essentiels de ce droit spécial et du droit privé et qu'ils diffèrent essentiellement.

A l'heure actuelle, ces deux conditions sont-elles satisfaites par le droit français ? C'est ce que nous nous attacherons à rechercher successivement pour chacune d'elles, en deux articles, dont le second paraîtra dans un numéro ultérieur (3).

(3) En vérité, nous nous attacherons principalement à la « responsabilité administrative » — c'est-à-dire du fait de l'Administration ou de l'Administration : d'abord, c'est la tranche de beaucoup la plus importante de la responsabilité publique ; en outre, il est facile de transposer ce que l'on peut dire d'elle à la

On remarquera que les deux conditions sont en elles-mêmes complètement distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Elles ont trait à deux questions d'ordre tout à fait différent : la première porte sur le domaine d'application des deux droits, la seconde concerne leur fond. Elles pourraient donc recevoir des solutions de caractère opposé : par exemple, on concevrait fort bien que jamais la responsabilité de l'Etat ne fût soumise aux règles du droit privé, mais que les règles de son droit spécial ne différassent pas essentiellement de celles de ce dernier. Ou à l'inverse, que les cas de responsabilité de l'Etat se partageassent également (en gros) entre droit « spécial » et droit privé, mais que le droit spécial fût radicalement différent du droit privé.

\*  
\*\*

5. — Personne ne pourrait soutenir que, selon notre droit positif, la responsabilité publique soit régie tout entière, donc uniquement, par un système de règles fait pour elle et pour elle seule, par un droit « autonome », spécial, original : tout le monde le reconnaît, dans un certain nombre de cas elle est soumise purement et simplement au droit privé, principalement au Code civil.

Le maximum que l'on puisse prétendre, c'est que ces cas représentent des exceptions, sont contraires à la règle, car la solution générale et normale, le principe serait que la responsabilité publique relève d'un droit spécial. Ceci suffirait à assurer l'autonomie, sinon totale, du moins fondamentale, parce que de principe, du régime de la responsabilité publique. C'est là la véritable thèse de la doctrine classique.

6. — Logiquement, cette thèse implique et suppose deux choses, — sans l'expliciter, la doctrine classique l'admet bien :

1° Qu'au total le domaine réel d'application du droit « autonome » soit très sensiblement plus étendu que celui du droit privé, c'est-à-dire que l'ensemble des hypothèses relevant du premier forme une masse sensiblement plus considérable que l'ensemble d'hypothèses relevant du second.

2° Que l'application du droit « autonome » apparaisse vraiment normale, en raison, conforme à quelque nature générale des choses, à quelque idée très générale en portée et en validité, — celle du droit privé y étant, à l'opposé, contraire.

Disproportion d'une part, normalité — anomalie d'autre part, ce sont là les deux aspects du rapport de règle à exception, l'un quantitatif, d'autre qualitatif. Deux aspects pratiquement liés, d'ailleurs : on conçoit mal que la normalité d'une solution ne se traduise pas par cette donnée concrète. — sa plus grande fréquence. Celle-ci sert donc de vérification au moins, elle est même la base la plus sûre de l'affirmation de la première.

Il s'agit donc de savoir si ces deux conditions sont ici réalisées.

« responsabilité législative » et à la « responsabilité juridictionnelle », les autres branches, en tenant compte de leurs très apparentes particularités.

De plus, dans cette responsabilité administrative, nous retiendrons presque uniquement les règles du droit commun, qui est, on le sait, jurisprudentiel, création du Conseil d'Etat en collaboration avec le Tribunal des Conflits; ceci en un double sens : d'une part, nous ferons abstraction des dispositions législatives visant des hypothèses très particulières; d'autre part, nous n'envisagerons que la responsabilité envers les « particuliers ordinaires », et non envers les personnes qui se trouvent avec les collectivités publiques dans un rapport spécial, — tels leurs agents de toutes catégories, ou encore les titulaires de créances non-contractuelles (puisque nous excluons la responsabilité contractuelle).

7. — La discussion ne porte pas sur les faits concrets eux-mêmes, mais seulement sur leur interprétation. Les faits, c'est-à-dire le domaine d'application respectif du droit privé et du droit spécial à la responsabilité publique, ne sauraient donner lieu à contestation. Rappelons-les sommairement ; ou plus précisément, rappelons quelles sont les principales hypothèses d'application du droit privé, — ce sont elles que la doctrine classique spécifie, naturellement, puisqu'elle les tient pour des exceptions limitativement déterminées à un principe général.

La responsabilité des collectivités publiques est régie par le droit privé lorsqu'il s'agit :

1° des dommages causés par les actes d'agents administratifs qui ont le caractère de simples « voies de fait » ;

2° de la réparation des emprises administratives sur la propriété privée immobilière ;

3° de dommages causés par les actes d'agents administratifs qui ont le caractère d'actes de gestion privée, c'est-à-dire — en gros — qui sont comparables à ceux qu'accomplissent les particuliers, l'Administration ayant « employé les procédés du droit privé », ayant agi ou s'étant placée « dans les conditions du droit privé » (nous rappelons simplement quelle est la notion sans avoir à l'apprécier) (4).

8. — Ces solutions permettent-elles de tenir l'application du droit privé à la responsabilité publique pour une exception, sa soumission à un droit « autonome » pour la règle générale ? Voilà la question.

Pour en juger, nous pouvons laisser de côté les deux premiers chefs et ne retenir que le troisième : le premier représente un cas extrême vraiment très exceptionnel ; le second se relie de trop près au régime de l'expropriation — qui est un régime législatif. Au contraire, le dernier chef — la gestion privée — a une portée très générale ; il est, si l'on peut dire, certainement le moins exceptionnel : c'est lui qui est vraiment au cœur de la question. Et il suffit, pensons-nous, pour se prononcer sur la thèse classique.

9. — Tout d'abord, il en résulte que le droit privé va régir la responsabilité publique dans une mesure très considérable, trop importante pour que son application revête le caractère d'exception quantitative.

Certes, seule l'activité dite administrative des collectivités publiques donne lieu à cette solution. D'une façon absolument générale, seule l'Administration donne lieu à application du droit privé de la responsabilité. Les responsabilités législative ou juridictionnelle obéissent uniquement, cela est certain, à des droits spéciaux, jamais au droit privé. Mais si l'on s'attache aux faits, aux résultats concrets, et non aux mots, aux formules, ceci n'affecte guère la réponse à notre question : les hypothèses de responsabilité du fait de la législation ou de la juridiction sont très peu de chose, et en soi, et en comparaison de celles de responsabilité du

(4) Nous faisons complètement abstraction de la règle que la Chambre criminelle de la Cour de cassation consacre obstinément, on le sait, quand l'occasion s'en présente, c'est-à-dire quand l'action civile a été jointe à l'action répressive — et que le conflit n'a pas été élevé en temps utile, la règle que relèverait du droit privé la responsabilité civile de l'Etat, — et autres collectivités publiques — du fait des actes d'agents qui constituent des infractions pénales. Chaque fois que l'occasion s'en offre à lui, le Tribunal des Conflits, lui, proclame et consacre la règle contraire. Ce sont donc seulement les imperfections de la procédure du conflit d'attribution qui permettent à la Chambre criminelle de faire triompher parfois son point de vue ; il en résulte une incohérence du droit ; la règle appliquée diffère suivant des contingences de procédure. On ne peut pas faire état de la solution de la Chambre criminelle. Sauf, bien entendu dans la mesure où il s'agit d'infractions pénales qui constituent des « voies de fait », au sens du droit administratif.

fait de l'Administration ; la masse des dommages dont la réparation est régie par ces droits spéciaux est infime. Et pratiquement, pour juger de la proportion entre l'application du droit « autonome » et celle du droit privé, il est légitime de s'attacher aux seuls « dommages administratifs », à la seule « responsabilité administrative ».

Or, il nous paraît que la soumission au droit privé de la responsabilité du fait des actes de gestion — administrative — privée aboutit à donner aux deux droits des domaines d'application nullement disproportionnés, mais au contraire tout à fait comparables.

Voyons en effet concrètement le contenu de cette règle. On peut le décomposer en trois applications.

La première — première en date, mais plus du tout en importance — concerne la responsabilité des collectivités publiques du fait de la gestion de leur domaine privé : cette responsabilité se détermine d'après les règles du droit privé, du Code civil.

Les deux autres concernent au contraire la responsabilité consécutive aux activités de service public.

D'abord, le droit privé régit la responsabilité relative à l'action des services publics industriels et commerciaux prise en bloc.

Ceci est la conséquence de ce qu'on considère que, pratiquement, ces derniers agissent toujours, ou, si l'on veut, fonctionnent toujours en gestion privée.

Mais la règle n'est nullement spéciale aux services industriels et commerciaux ; non plus qu'à aucune fraction déterminée des services publics : elle reçoit application à tous ; parce qu'elle considère les actes ou relations en eux-mêmes et individuellement, non des services comme des entités globales. Tout acte de gestion privée accompli par n'importe quel service donnera lieu le cas échéant à application du droit de la responsabilité privée. Et l'on peut affirmer, semble-t-il, que tous les services publics accomplissent de tels actes, que seul varie de l'un à l'autre leur nombre et, (c'est surtout cela qui compte) la proportion entre eux et les actes de « gestion publique ».

À la rigueur donc, il n'y a pas lieu de distinguer entre les services industriels et commerciaux et les autres. Une norme commune les régit ici. C'est seulement en fait que les résultats de l'application de cette norme diffèrent quelque peu ; et que le cas des services industriels et commerciaux est assez remarquable. C'est seulement en fait que la règle de la gestion privée affecte pour eux toute l'activité d'un service et par suite, apparemment, le service lui-même.

Ainsi donc, l'application du droit privé à la responsabilité publique recouvre la gestion du domaine privé tout entière ; elle se rencontre aussi dans le domaine des services publics tout entier, pour tous ou à peu près tous ; pour toute une catégorie — et fort importante — d'entre eux, elle est en fait exclusive ; pour les autres catégories, elle est de dimensions variables, mais qui peuvent être vraiment notables.

Au total, en vertu de ce régime de la « gestion privée », il s'agit d'un domaine d'application extrêmement ample. Aujourd'hui beaucoup plus, en fait, que lorsque l'idée fut introduite dans le droit, en raison du développement des services publics industriels et commerciaux (5).

Le droit privé de la responsabilité civile devient ainsi une partie très importante du droit de la responsabilité publique : qui pourrait affirmer avec certitude qu'entre son domaine

d'application et celui du droit spécial, — entre la masse de dommages qu'ils régissent respectivement — il y ait une disproportion flagrante ou même sensible ?

10. — Mais en vérité, ce n'est pas un examen quantitatif qui détermine la doctrine classique à adopter la thèse que nous savons, — il n'apparaît même pas qu'elle se soucie du tout de cette question — ; c'est une idée théorique, une position de principe : elle considère « l'autonomie » du régime de la responsabilité publique comme la solution naturelle, rationnellement normale. Elle part en effet de l'idée tout à fait générale que, normalement, la vie et les actes de l'appareil étatique, notamment de l'Administration, sont régis, doivent être régis par un droit « spécial », « autonome », « exorbitant du droit commun », c'est-à-dire du droit privé. La thèse classique de l'autonomie du droit de la responsabilité publique n'est que l'une d'entre les spécifications, l'un des corollaires particuliers impliqués dans cette thèse générale de l'autonomie du droit public — c'est-à-dire du droit qui régit l'appareil étatique — et tout spécialement du droit administratif : elle y est étroitement soudée. Promue principalement par Léon Duguit et Gaston Jèze, cette conception domine aujourd'hui encore la doctrine, et sa construction du droit administratif.

Précisément ces vues générales nous paraissent n'être plus en accord avec les données actuelles du droit positif français. L'ont-elles jamais été, même un instant ? On en pourrait discuter ; mais laissons de côté ce point d'histoire. En tout cas, elles ont été contredites à partir du moment où la jurisprudence a étendu la notion de gestion privée, limitée un temps à la seule gestion du domaine privé, aux activités de service public, et décidé, pour toute l'étendue des questions juridiques qu'elle pouvait poser, que cette gestion privée relèverait du droit privé.

Rappelons que cette solution ne s'est établie que progressivement : elle a d'abord été consacrée en la seule matière des contrats passés par l'Administration et des relations qui s'ensuivent, — ce furent les arrêts bien connus *Compagnie d'assurances « Le Soleil »*, du Tribunal des Conflits — 4 juin 1910 (*Rec.*, 446) — et *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, du Conseil d'Etat — 31 juillet 1912 (*Rec.*, 912). Ce n'est qu'après 1920 qu'elle est devenue générale, en s'étendant à la responsabilité extra-contractuelle, — avec l'arrêt *Société Commerciale de l'Ouest-Africain (bac d'Eloka)* du Tribunal des Conflits — 22 janvier 1921 (*Rec.*, 91) dont la solution fut suivie par l'arrêt *Kuhn*, du Conseil d'Etat — 29 janvier 1932 (*Rec.*, 115) et confirmée dans l'arrêt *dame Mélinette*, du 11 juillet 1933 (*Rec.*, 1237).

De cette solution nouvelle, il résulte — si l'on tient compte de l'ampleur du phénomène de la gestion privée, sur laquelle nous ne revenons pas — qu'aujourd'hui l'on ne peut plus considérer l'« autonomie » du droit administratif, c'est-à-dire la soumission de l'Administration à un droit spécial, comme la solution de principe et normale, qui ne comporterait qu'un petit nombre de dérogations limitativement déterminées. La solution de principe et normale est une solution complexe ou mixte, de partage, de dualisme, que l'on peut énoncer ainsi : l'Administration est régie selon les cas par l'un ou l'autre de deux droits : elle est régie par un droit « autonome », dans la mesure où elle agit en gestion publique — et seulement dans cette mesure ; elle est régie par le droit privé, dans la mesure et dans toute la mesure où elle agit en gestion privée. Les deux éléments de cette solution sont également normaux : l'application du droit privé à la gestion privée est le principe, la règle, est normale, ni plus ni moins que ne l'est l'application du droit public à la gestion publique. La distinction de la gestion publique et de la gestion privée, leur opposition, est aujourd'hui le principe premier et fonda-

(5) Sur un plan général, à cette cause d'accroissement de la mesure où l'Administration est soumise au droit privé, il faut ajouter l'augmentation sensible du nombre des agents publics à statut de droit privé (du moins pour une large part), phénomène qui affecte aussi bien les services autres qu'industriels et commerciaux.

mental du régime juridique de l'Administration, l'idée maîtresse sur laquelle repose le droit administratif, puisqu'elle a pour corollaire une dualité de droits applicables, à chacun desquels elle assigne son domaine d'application propre.

Ceci se révèle et se vérifie pour tous les grands ordres de problèmes : condition des agents, régime des actes, régime des biens, responsabilité, etc., etc., et ce sont précisément ce rayonnement, cette universalité qui obligent à admettre que ce partage n'est pas une anomalie, mais au contraire un principe ; qu'aucun des deux droits n'a vocation à l'empire total ; que chacun a un titre absolument égal, mais à un empire partiel seulement.

Pour opposer en plein relief cette thèse à la thèse encore dominante, nous dirons : aujourd'hui, la délimitation du domaine d'application respectif du droit public et du droit privé à l'Administration (car personne n'a jamais soutenu qu'elle ne fût absolument pas régie, en aucune mesure, par le droit privé) ne s'opère plus du tout sur la base de la distinction de deux séries d'activités, — activités de service public, d'une part, gestion du domaine privé, d'autre part. Cette distinction-ci est déchuée de son ancienne importance : elle n'en a plus qu'une très secondaire. La règle de délimitation n'est plus : au droit public, les activités de service public ; au droit privé, la gestion du domaine privé. Tant qu'il en était ainsi, intégralement ou à peu de chose près, la thèse de l'« autonomie » était valable ; dans l'ensemble de l'activité administrative, la gestion du domaine privé n'a, quantitativement aussi bien que qualitativement, qu'une très minime importance, sans commune mesure avec celle des activités de service public, dont elle n'est du reste qu'un moyen d'accomplissement. L'application du droit privé à l'Administration représentait donc bien une solution exceptionnelle, très exceptionnelle à tous points de vue ; elle entamait à peine l'universalité de la solution de principe ; à peine s'agissait-il d'un partage, l'esprit d'égalité était absent.

Aujourd'hui, le critère de délimitation est la distinction de la gestion publique et de la gestion privée ; la règle de discrimination est : au droit public, la gestion publique ; la gestion privée au droit privé. Il s'agit bien d'un partage : les lots sont comparables, les titres des copartageants équivalents.

Ce n'est pas une solution particulière, fragmentaire, qui a changé, une exception nouvelle limitée qui se serait ajoutée à une exception limitée antérieure. Ce sont les principes, les idées premières qui ont été radicalement révisées. Il y a eu bouleversement, destruction et reconstruction sur de nouvelles fondations.

Il serait donc normal, il serait nécessaire, de procéder à la révision des bases mêmes de l'analyse doctrinale du droit administratif. La doctrine dominante ne l'a pas fait ; elle s'en tient toujours à des bases adoptées antérieurement : d'une part, une mémoire trop présente des phases successives de la transformation, des étapes fragmentaires largement étalées dans le temps par lesquelles elle s'est réalisée, semble l'empêcher de prendre pleinement conscience de l'ampleur et de la profondeur de ces modifications survenues depuis qu'elle a fixé ses idées, et aussi de leur logique, liée à leur source et à leur mécanisme, et d'apprécier exactement l'état qui est résulté de leur achèvement ; d'autre part, — surtout, sans doute — elle demeure profondément convaincue de la vérité des principes qu'elle avait professés en même temps qu'elle les croyait consacrés positivement ; ils lui paraissent tellement s'imposer qu'elle conçoit difficilement qu'on ait pu, qu'on puisse leur en préférer d'autres.

Et l'on peut donc dire que, si la doctrine maintient encore la thèse de l'autonomie radicale du régime de la res-

ponsabilité publique, c'est parce qu'elle n'a pas pleinement assimilé la transformation générale du droit administratif qui s'est opérée ou affirmée depuis 1910 — en gros — et n'a pas saisi exactement les principes sur lesquels, à la suite de cette transformation, il se fonde aujourd'hui sur ce point : l'application à l'Administration, pour partie du droit privé, pour partie d'un droit spécial.

Ainsi donc, la soumission de la responsabilité publique à un droit « autonome », sa soustraction au droit privé, ne sont pas « normales », parce que d'une façon absolument générale ne le sont pas la soumission de l'Administration à un droit spécial, ou, négativement, sa soustraction au droit privé.

Envisagée en son premier élément, la thèse classique de l'autonomie radicale du régime de la responsabilité des collectivités publiques repose sur une idée, et même procède principalement d'une idée théorique devenue inexacte, anachronique et dépassée.

II. — Concluons : l'application du droit privé à la responsabilité publique ne constituant ni une exception quantitative, ni une anomalie pour les hypothèses où elle a lieu, il n'est plus vrai que la soumission de cette responsabilité à un droit spécial soit la règle générale et normale, le principe. Ni les faits concrets, ni les principes généraux ne permettent plus l'affirmation contraire. Sur ce point, la thèse unanime de la doctrine n'est plus qu'une survivance d'un état du droit dépassé, sinon même d'idées sur l'état du droit à un certain moment.

Aujourd'hui, la règle fondamentale (qui, nous l'avons dit, réfléchit simplement sur le plan spécial considéré l'image d'ensemble du droit administratif) s'énonce : la responsabilité publique est régie en partie par le droit privé, en partie par un droit spécial ; elle est régie par un droit spécial dans la mesure où elle serait engagée par une activité de gestion publique ; par le droit privé, dans la mesure où l'engagerait une activité de gestion privée.

Si le régime de la responsabilité publique est « autonome », ce n'est donc que partiellement ; pour une autre part, il se confond avec celui de la responsabilité privée ; il est, si l'on peut dire, identique ou commun. On n'est donc pas fondé à donner son autonomie, sa séparation d'avec celui-ci, pour son trait essentiel et primordial, l'absence de qualificatif devant marquer qu'il s'agit d'une autonomie, d'une séparation, sinon totales, du moins de principe et très générales. Le trait dominant, le principe qu'il faudrait « monter en épingle » au seuil de l'exposé, c'est au contraire le caractère mixte, bipartite de ce régime. Des deux droits qui s'appliquent à la responsabilité publique, pas plus l'un que l'autre ne la régit « en règle générale », « en principe », aucun des deux ne la régit en vertu d'une simple exception ou dérogation. Chacun des deux la régit pour sa part en vertu d'un indivisible principe qui opère dévolution, au premier de la gestion privée, au second de la gestion publique.

12. — Il suit de là qu'il ne faut pas se représenter deux droits ou régimes de responsabilité civile extérieurs l'un à l'autre, en ce sens que faits et valant pour deux catégories de sujets différentes, l'un pour les personnes privées, l'autre pour les personnes publiques. En vérité, quant aux sujets, leurs domaines d'application chevauchent l'un sur l'autre, ils s'entrecroisent : le droit qui régit la responsabilité des personnes privées gouverne aussi dans une importante mesure la responsabilité des personnes publiques ; les deux droits ont donc pour partie mêmes sujets.

De là, il faudrait, à la rigueur, tirer la conclusion qu'il n'est pas juste d'appeler le premier, droit de la responsabilité privée ou encore droit privé de la responsabilité :

régissant la responsabilité publique dans une large mesure, il fait aussi partie du droit public, il est droit de la responsabilité publique également. Toutefois, il reste qu'il a été originairement conçu en vue des rapports privés ; et par suite, son application à certains rapports publics peut être considérée comme une extension de son empire originel et authentique, ou, si l'on préfère, comme un emprunt de ses règles fait au droit privé par le droit public. Pas davantage ne devrait-on, à la rigueur, appeler le second, droit de la responsabilité publique ou droit public de la responsabilité : il ne régit pas entièrement la responsabilité publique, à titre exclusif ; il ne forme donc pas à lui seul tout le droit public de la responsabilité. Cependant, l'on peut se départir de cette rigueur : sans être pleinement exactes, ces dénominations commodes ont leurs justifications. La seconde marque que ce droit « spécial » est spécifiquement public, valant, sinon toujours, ni même en principe, du moins exclusivement pour les collectivités publiques ; elle l'oppose bien à son complémentaire, ce droit qui, lui, n'est pas exclusivement privé, mais l'est essentiellement.

\*\*

13. — La thèse que nous venons de soutenir implique une conséquence sur laquelle il convient de s'arrêter ; sans doute, à première vue concerne-t-elle un point très particulier et même de détail ; en vérité, cependant, ce point tient dans la conception et l'exposé classiques du régime de la responsabilité publique une place de tout premier plan ; peut-être même s'agit-il là du principal étai de la thèse traditionnelle.

Les auteurs partent tous de l'idée que le principe de la soumission de la responsabilité publique à un droit spécial est, non pas simplement appliqué, mais bien énoncé en propres termes et en toutes lettres par l'instance qualifiée, le Tribunal des Conflits. (A vrai dire, ceci ne concerne que la responsabilité administrative, mais pour les responsabilités législative et juridictionnelle, il n'y a pas lieu : la première répondant à une activité de caractère unique, la seconde étant, en outre, comme elle, réglée par des lois générales).

N'est-ce pas en effet ce principe que proclament les propositions fameuses du célèbre arrêt *Blanco*, du 24 février 1873, reprises — après généralisation à toutes les collectivités publiques — par une série d'arrêts ultérieurs (6) et qui demeureraient valables aujourd'hui encore, — le dernier en date (sauf erreur) de ces arrêts, l'arrêt *du Verne*, du 20 janvier 1945 (*J.C.P.* 45, IV, p. 40) n'ayant été démenti par aucun arrêt contraire. « ...La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; (elle) a ses règles spéciales... ». Pour la doctrine, l'arrêt *Blanco* reste la charte fondamentale du droit et de la théorie de la responsabilité publique et même, plus généralement, du régime juridique de l'Administration ; les auteurs en reproduisent textuellement les formules, de façon quasi-rituelle. Quelle preuve plus certaine, quelle garantie plus forte et plus directe pourrait-il en effet exister de la justesse de leur thèse de l'« autonomie » ? Elle n'apparaîtrait alors pas comme une conclusion déduite d'un travail d'interprétation et de synthèse des matériaux multiples du droit positif ; elle serait le produit immédiat d'une

simple lecture à livre ouvert. Et comment pourrait-on alors songer à la mettre en doute ? Ce serait contester au fond, moins une opinion doctrinale que la parole même, sur son œuvre propre, de ce juge qui est ici législateur.

14. — Il nous semble que les choses sont beaucoup plus complexes et doivent être examinées de beaucoup plus près que ne le pense la doctrine.

Et il nous paraît certain que cet examen conduira à conclure que l'arrêt *Blanco* n'exprime pas le principe actuel de délimitation de l'empire respectif du droit public et du droit privé sur la responsabilité publique (ni d'ailleurs, plus généralement, sur la vie et l'action de l'Administration).

Il est d'abord un fait incontestable : les solutions concrètes du droit positif sur ce point ont notablement changé depuis l'année 1873.

La règle que le Tribunal des Conflits entendait poser dans l'arrêt *Blanco* était que relevait de ces « règles spéciales » que nous avons appelées le droit public de la responsabilité, la réparation d'absolument tout dommage se rattachant à l'exécution d'un service public (sauf disposition législative contraire, naturellement) ; que par conséquent, seule obéissait au droit privé la réparation des dommages connexes à la gestion du domaine privé.

Que telle fut certainement la pensée ou plus exactement la volonté du Tribunal des Conflits, cela ressort de la concordance parfaite des termes mêmes de l'arrêt et des conclusions si remarquables du Commissaire du Gouvernement David, celles-ci ne laissant subsister aucun doute sur le sens de ceux-là.

L'arrêt déclare qu'obéit à des règles spéciales, à l'exclusion du droit privé, « la responsabilité de l'Etat... (du) fait des personnes qu'il emploie dans le service public ». Cette dernière expression ne fait que condenser fidèlement les idées développées par les conclusions, où l'on voit qu'elle s'oppose à gestion du domaine privé, et que l'application du droit privé devait se cantonner à celle-ci, qu'on l'écartait absolument dès lors que se trouvait en cause une activité de service public.

En effet, comme s'il avait pressenti l'avenir et ses problèmes, voire, en partie au moins ses solutions, le Commissaire du Gouvernement avait spontanément soulevé la question s'il ne conviendrait pas d'adopter une solution différente de celle qu'il recommanda et que l'arrêt consacra, et d'admettre que certains services publics seulement donneraient lieu à l'application des « règles spéciales », alors que d'autres seraient, en raison de leur nature ou des conditions de leur exécution, assimilées à la gestion du domaine privé, relèveraient comme elle du droit privé. « Ainsi, disait-il, dans l'espèce actuelle, il s'agit d'une manufacture de tabacs qui a une grande ressemblance avec une industrie privée... ». Mais aussitôt, il repoussait catégoriquement cette éventualité, en des termes que les fidèles de la « théorie du service public » ne désavoueraient pas : « Le service des tabacs, quelque ressemblance que son exploitation puisse offrir avec l'industrie privée, n'en est pas moins un service public, comme tous les autres services dont l'ensemble constitue notre système financier. Or tous ces services sont des branches de l'Administration : l'Etat, dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique... (Les) services administratifs..., quel que soit leur aspect extérieur, qu'ils soient relatifs à la haute police administrative, à la régie économique ou financière du pays... ont toujours le même caractère de services administratifs... ».

En conclusion, il maintenait donc sa position : sauf disposition législative spéciale contraire, lorsque l'Etat est « puissance publique chargée d'assurer la marche des divers

(6) Tous les spécialistes au moins savent que cet arrêt reproduisait dans une très large mesure les termes d'un arrêt du Conseil d'Etat de quelque vingt ans antérieur, l'arrêt *Rothschild* du 6 décembre 1855 (*Rec.*, 707).

services administratifs », *ipso facto* jamais le droit privé n'est applicable à sa responsabilité, mais toujours et uniquement un droit spécial (7). A cette règle, il repoussait, en matière de responsabilité, absolument toute dérogation, toute restriction quelconques. L'empire du droit public de la responsabilité s'étendait de droit à tous les services publics sans aucune distinction, — sans restriction aucune.

Ce que David avait évoqué pour le rejeter, c'était ce que l'on appellerait aujourd'hui la « théorie des services publics industriels et commerciaux », c'était, plus concrètement, la soumission de ces services aux règles du droit privé, l'application de ces règles à une partie des services publics.

Or aujourd'hui, personne ne le conteste, c'est cette solution qui est admise, qui constitue le droit positif jurisprudentiel. Et encore n'est-elle rien de plus que l'une d'entre les applications, particulièrement remarquable à certains égards, d'une solution tout à fait générale, qui vise tous les services publics sans distinction, comme elle englobe aussi la gestion du domaine privé : la soumission au droit privé de la gestion privée administrative (V. *supra*, n<sup>os</sup> 7 et *suiv.*).

On est donc fort loin de la position de l'arrêt *Blanco* : dans toute cette mesure, le droit jurisprudentiel actuel est directement contraire au droit jurisprudentiel de 1873 (8).

Il y a eu « revirement de jurisprudence », c'est-à-dire, la jurisprudence étant ici législatrice, édicte et adoption d'une règle de droit nouvelle.

Les tenants de la « doctrine du service public » — c'est-à-dire essentiellement du principe de l'application exclusive, sans exception, d'un droit spécial aux services publics, ou « autonomie du droit administratif » — en eurent parfaitement conscience lorsqu'ils s'élevèrent énergiquement contre l'arrêt *Société Commerciale de l'Ouest-Africain*, et plus encore et surtout contre l'arrêt *dame Mélinette* (9).

(7) Au vrai, David ne limitait pas son horizon ni ses propositions au seul régime de la responsabilité extra-contractuelle. Il préconisait un régime total des services publics, fondé sur ce principe général de la « spécialité », — un régime spécifiquement public. Il n'y prévoyait qu'une seule dérogation : dans le cas où il plaît à l'Etat de conclure un contrat « dans les termes du droit commun ». Dans ce cas, disait-il, — non plus que dans celui de la gestion du domaine privé, où il agit « comme propriétaire », — l'Etat ne fait pas figure de « puissance publique » ; ici et là, également, il apparaît comme une simple « personne civile ».

En somme, dès 1873, David pose les idées mêmes de cette « théorie du service public » à laquelle quelque trente à quarante ans plus tard, Léon Duguit et Gaston Jèze devaient donner tout son éclat.

Cependant, eux n'admettront pas, initialement du moins, l'exception relative aux contrats de droit commun. Mais sur ce point, David se montre un annonciateur, d'abord des célèbres conclusions de Romieu, sous l'arrêt *Terrier* (Cons. d'Etat, 6 février 1903, S. 1903, 3, 25) — qui contiendront les mêmes principes et, — trop peu remarquée alors par la doctrine, — la même réserve, généralisés seulement à toutes les personnes publiques; en second lieu, des arrêts *Cie d'Assurances Le Soleil* et *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges* (Cons. d'Etat, 31 juillet 1912, Rec., 912) — qui se présentent en effet simplement comme la première mise en œuvre jurisprudentielle de cette réserve préconisée par David et Romieu. Par là même, mais ici contrairement aux positions qu'il défendait, il est un précurseur de la « théorie de la gestion privée » : car celle-ci était contenue en germe dans la solution admise en matière de contrats; elle n'est que la généralisation, car le véritable principe de celle-ci était l'idée même de la gestion privée.

(8) Le Commissaire du Gouvernement Rouchon-Mazerat, paraît avoir méconnu singulièrement ces faits lorsque, dans ses conclusions sous l'arrêt *Verbanck* (V. *infra*, n<sup>o</sup> 16), il présentait l'arrêt *dame Mélinette* comme ayant « confirmé récemment encore » la jurisprudence de l'arrêt *Blanco*. Il ajoutait, il est vrai, « d'une façon implicite ». Mais contredire n'est pas confirmer, même implicitement.

(9) L'espèce du premier arrêt portait sur un accident relatif au fonctionnement d'un bac dans une colonie. Dans le second, à propos d'un accident provoqué par un service qu'il déclarait

Mais finalement, si on ne le met pas toujours suffisamment en relief, personne ne se refuse à reconnaître ce changement intervenu entre 1873 et l'heure présente dans les solutions concernant la gestion privée des services publics, et en première ligne les services industriels ou commerciaux.

Malgré cela, les auteurs continuent à croire que le principe de l'arrêt *Blanco* demeure valable aujourd'hui, à titre de principe général et normal du moins, et que par suite cet arrêt et ses formules ont conservé leur valeur, s'étant simplement vu apporter d'assez légères restrictions ou atteintes. Des règles particulières ont changé, ils l'admettent, mais non la règle de principe.

Et c'est la raison pour laquelle ils croient pouvoir maintenir la même synthèse du droit positif que l'on donnait en 1873, admettre la validité des propositions où elle se formulait, bien que les solutions marquantes qu'on y rattachait soient aujourd'hui abandonnées et retournées.

Nous avons dit les raisons de rejeter cette position.

15. — Cependant, à l'affirmation de la caducité des formules de l'arrêt *Blanco*, on opposera sans doute une objection : quelques mois seulement après avoir rendu l'arrêt *dame Mélinette* auquel la doctrine avait en effet réagi comme à un abandon, le Tribunal des Conflits rendait l'arrêt *Verbanck* — 27 novembre 1933 — où il reprenait purement et simplement les formules, et les termes exacts de l'arrêt *Blanco*; et comme nous l'avons déjà dit, il a encore fait de même le 20 janvier 1945 dans l'arrêt *du Verne*.

Ne serait-ce pas le plus certain, le plus formel, le plus autorisé des démentis, à la thèse que nous soutenons, puisqu'il émanerait de l'instance même qui crée le droit positif? Peut-on concevoir que le Tribunal des Conflits de novembre 1933 et de 1945 ait reproduit, délibérément, cela est sûr, les propositions qu'avait énoncées son devancier de 1873, s'il n'entendait pas consacrer la même règle de droit que celui-ci?

Ce qui signifierait en définitive qu'après avoir, dans quelques arrêts malheureux, dévié de la droite ligne des principes de 1873, le Tribunal des Conflits, reconnaissant qu'il

« assumé dans des conditions assimilables à celles dans lesquelles le serait un service public industriel », le Tribunal des conflits prononçait que la compétence sur l'action en responsabilité contre la Ville de Paris appartenait à l'autorité judiciaire, ce qui signifiait qu'elle devait être jugée selon les règles du droit privé.

Pourquoi donc l'arrêt *dame Mélinette* souleva-t-il une si vive émotion? Il fit dans la doctrine l'effet d'une bombe. Il ne proclamait cependant pas une règle générale nouvelle, puisque le Tribunal des Conflits lui-même l'avait déjà formulée et consacrée douze ans plus tôt dans le premier arrêt et qu'un an auparavant, le Conseil d'Etat l'avait à son tour appliquée dans l'arrêt *Kuhn*. Tout au plus pouvait apparaître originale l'application des principes de ces arrêts au service en cause dans l'arrêt de 1933, c'est-à-dire la qualification de ce service, l'analyse des faits. Mais il semblerait que, l'ayant condamné, ayant surtout présenté ses considérants et les conclusions de Paul Matter dont ils s'inspiraient, comme monstrueux, presque extravagants, la doctrine ait fini, après dix ans écoulés sans que la question se soit à nouveau posée, par considérer l'arrêt de 1921 comme un faux-pas qui ne se renouvellerait pas, en vérité comme une aberration certainement vouée à un prochain désaveu. L'arrêt *Kuhn*, lui, n'attira pas particulièrement l'attention. L'arrêt *dame Mélinette* vint donc troubler la tranquille assurance où la doctrine s'était installée, démentit sa secrète mais très ferme attente : il révélait — fusée éclairante seulement, et non pas bombe destructrice — que le Tribunal des Conflits entendait bien — on n'en pouvait plus guère douter — persister dans la voie où elle avait cru qu'il s'était seulement égaré un instant à l'appel séducteur, mais fallacieux, d'une voix judiciaire; il récidivait; la solution déclarée monstrueuse devenait le droit reçu. Il ne paraissait plus permis d'espérer une résipiscence de la jurisprudence. Le choc était brutal; les espoirs s'écroulaient; c'est donc sur le terrain psychologique que la violence des réactions s'explique.

s'était trompé et abjurant cette erreur, y serait résolument revenu ; et que, par conséquent, après une éclipse de quelque dix ans, le principe de l'arrêt *Blanco* aurait recouvré son empire, serait rentré en vigueur et règnerait bien à nouveau sur le droit français.

16. — L'argument ne porte pas.

Constatons d'abord que l'arrêt *Verbanck* n'est en aucune façon revenu sur les solutions concrètes que consacrait quelques mois plus tôt l'arrêt *dame Mélinette*, ou qui en résultaient : à savoir la soumission de la responsabilité publique du fait des services industriels et commerciaux au droit privé. Expressément, il ne dit rien de tel ; or, il serait en tout état de cause difficile d'admettre qu'un revirement si considérable — il ne s'agirait au fond de rien moins que de l'abandon de la « théorie des services industriels et commerciaux » — aurait pu être opéré tacitement et implicitement. Mais, bien plus, la preuve positive du contraire est apportée par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rouchon-Mazerat : dans l'affaire *Mélinette*, M. Rouchon-Mazerat avait conclu dans le sens exact de la jurisprudence *Blanco* ; mais le Tribunal des Conflits ne l'avait pas suivi. Dans l'affaire *Verbanck*, c'est lui qui se rallie après coup à la solution de l'arrêt *dame Mélinette*, et l'explique notamment par le fait qu'il s'agissait en l'espèce d'un service industriel ou commercial (« ...Le Tribunal des Conflits s'est fondé sur le... motif que... l'Administration chargée du nettoyage de la voie publique présente le caractère d'un service industriel ou commercial »). S'il propose alors la même solution qu'il avait proposée dans l'espèce antérieure, c'est parce que cet élément de fait ne se retrouve pas : il ne s'agit pas, cette fois, d'un service industriel ou commercial ; et par suite, sur la base du même système de règles, on aboutit dans les deux espèces à deux solutions différentes. Ainsi, sur le plan concret, la ligne de départageant du droit public et du droit privé en matière de responsabilité des personnes publiques, leurs domaines d'application respectifs restent les mêmes après l'arrêt *Verbanck* que selon l'arrêt *dame Mélinette*. L'arrêt *Verbanck* ne revient pas à la solution *Blanco*, c'est-à-dire à l'application du droit spécial à la responsabilité du fait de tous les services publics sans distinction ; il maintient au contraire la solution nouvelle apparue pour la première fois en 1921, et confirmée en juillet 1933, c'est-à-dire le critère gestion publique ou gestion privée.

La doctrine, nous l'avons dit, enregistre ce fait, puisqu'elle expose bien que la gestion privée des services publics donne lieu à application du droit privé de la responsabilité.

17. — Mais nous convenons naturellement que cette première constatation ne suffit pas à trancher le débat. Il reste que le Tribunal des Conflits a maintenu dans toute sa rigidité, avec son apparence de principe absolu, la formule de l'arrêt *Blanco*, alors qu'il avalisait implicitement les dérogations ou limitations qui y avaient été apportées précédemment. N'en résulte-t-il pas à tout le moins que les vues de la doctrine classique sont justes — c'est-à-dire que l'autonomie du régime de la responsabilité publique demeure bien le principe, que la solution admise en matière de gestion privée n'abroge point ce principe, mais le limite simplement par une restriction ? et que donc, avec seulement cette ampleur légèrement moindre, l'arrêt *Blanco* conserve sa valeur de règle générale ?

Incontestablement, le fait appelle la recherche d'une explication. Notre thèse nous obligerait-elle à soutenir que le Tribunal des Conflits a énoncé un principe qui n'est pas, en réalité, celui du droit positif, quoi qu'il en ait dit, ou, si l'on veut, qu'il a libellé inexactement ce dernier principe ?

Il y aurait certainement une part de fondé dans cette critique : le Tribunal n'a pas même assorti d'une réserve telle que, « en principe » ou « en règle générale », son affirmation que la responsabilité publique en raison des activités de service public obéit à des règles spéciales, alors qu'incontestablement c'était là un minimum de restriction nécessaire en raison de la solution admise pour les services publics industriels ou commerciaux.

Mais de très fortes, bien que très fâcheuses raisons, devaient, nous semble-t-il, empêcher le Tribunal des Conflits de s'apercevoir, il ne faudrait même peut-être pas dire : qu'il commettait une erreur, mais simplement : qu'il l'encourageait, l'erreur étant la croyance qu'il consacrait en 1933 la même règle qu'il avait consacrée en 1873, que donc l'arrêt *Blanco* demeurerait la loi du droit positif. Ces raisons, qui excusent le Tribunal, si peut-être elles accusent la doctrine, se rattachent à un point de terminologie : une mutation de sens que la doctrine a effectivement fait subir au terme « service public », sans le proclamer ouvertement et nettement.

Lorsqu'ils commencèrent à soutenir la thèse que les services publics devaient normalement être soumis à un régime juridique spécial à tous égards, à un « droit public », Léon Duguit et Gaston Jèze entendaient par services publics toutes les activités de l'Administration autres que la gestion du domaine privé. Ils pensaient d'ailleurs qu'à la suite de l'arrêt *Terrier*, à la lumière, surtout, des conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu, cette solution, idéale à leurs yeux, se trouvait consacrée par le droit positif français, c'est-à-dire par la jurisprudence conjointe du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat principalement. Mais eux-mêmes et ceux qui avaient adopté leurs vues durent constater que, dès 1910 et dans une mesure croissante avec les années, la jurisprudence s'écartait de cette idée, — en adoptant la distinction de la gestion publique et de la gestion privée. Toutefois, au lieu de déclarer sans ambages, comme il eût été naturel, que la « théorie du service public », telle qu'ils l'avaient préconisée et qu'ils l'avaient crue un moment triomphante, ne correspondait plus au droit positif, que la jurisprudence l'avait abandonnée, la plupart continuèrent d'exposer ce droit à l'aide de leurs anciennes formules maintenues. N'est-il pas évident que cela n'était possible qu'au prix d'une transformation profonde du concept fondamental, donc du sens du mot-clef : « service public » ? De fait, nombre des tenants de cette théorie introduisirent la distinction de deux notions du service public : au sens large, au sens étroit ou proprement dit ; cependant que d'autres parlaient plutôt d'entreprises publiques pour la notion large, souhaitant réserver l'expression service public pour la notion étroite. Les uns et les autres s'accordaient pour expliquer désormais que seuls sont normalement et positivement soumis au régime spécial du droit public les services publics proprement dits, et non pas toutes les entreprises publiques.

Dès lors, on le voit, les anciennes formules semblaient conserver toute leur valeur, nonobstant la transformation du droit qu'elles avaient pour fonction de synthétiser : il paraissait bien demeurer vrai que les services publics obéissent à un droit spécial, que c'est là le principe fondamental du droit administratif français. Pour la responsabilité, notamment, les formules de l'arrêt *Blanco* semblaient bien continuer d'exprimer très exactement le droit positif : on pouvait toujours déclarer avec lui qu'en droit français, obéit à des règles spéciales « la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ».

Nous avons usé des mots « sembler » ou « paraître ». Car nous pensons que cette analyse du droit positif nouveau n'est pas exacte ; qu'il ne consacre pas vraiment la

distinction de deux catégories de services — ou d'entreprises — publics, relevant, au moins en règle générale et normale, l'une du droit privé, l'autre du droit public ; qu'il s'attache aux actes ou relations, et non aux services, que, par conséquent, même cette interprétation modifiée de la notion de service public ne sauve pas la « théorie du service public », ne permet pas de lui conserver valeur de principe fondamental du droit français de l'Administration, même en y acceptant quelques restrictions. Mais ce ne sont pas sa vérité ou son inexactitude qui nous importent ici.

Il nous suffit de constater que, dorénavant, dans la langue même de l'école du service public, le mot « service public » désignait tout autre chose que primitivement.

En particulier, si en matière de responsabilité on maintenait la formule de l'arrêt *Blanco*, c'était en donnant à son terme essentiel, « dans le service public », donc à la formule elle-même, et à la règle qu'elle devait exprimer, un sens tout différent.

Aujourd'hui donc, lorsque le Tribunal des Conflits reproduit littéralement les phrases mêmes dont s'était servi dans l'arrêt *Blanco* son prédécesseur de 1873 et paraît donc, tout naturellement, s'en approprier les idées, en réalité il ne pense pas et n'énonce pas la même règle, parce qu'il n'en entend pas de la même façon un mot décisif. Il reprend les termes, il ne reprend pas les idées, il énonce par eux des principes différents. L'identité du fond est pure apparence.

C'est donc une illusion verbale de croire que l'arrêt *Verbanck* marque un retour à la jurisprudence de l'arrêt *Blanco* et à ses principes. Malheureusement, l'identité des mots fait facilement croire à celle des idées, car on oublie aisément la transformation de leur sens. Et, par suite, à répéter des formules inchangées, la doctrine en est arrivée

assez naturellement à perdre de vue et même à s'interdire de concevoir que le fond des choses, lui, c'est-à-dire le droit, a changé, et radicalement.

En continuant à présenter l'arrêt *Blanco* comme la source du droit français de 1948, les principes posés par lui comme la règle primordiale du régime actuel de la responsabilité de l'Etat, la doctrine ne se rend pas compte qu'elle est victime d'une équivoque. Si l'on maintenait au mot « service public » la signification que lui donnaient ses auteurs, on s'apercevrait que les formules de l'arrêt *Blanco* ne correspondent plus aux données du droit positif, qu'il n'en exprime plus du tout les principes fondamentaux en matière de droit applicable à la responsabilité publique. Mais peut-on reprocher aux magistrats de n'avoir pas échappé à cette pernicieuse équivoque où les incitait la doctrine ?

\*  
\*\*

En conclusion : la responsabilité publique étant pour partie régie par le même droit que la responsabilité privée, que cela à titre normal, son régime n'est pas radicalement autonome, c'est-à-dire distinct du régime de cette dernière même en principe et règle générale. Il l'est seulement en partie, nous dirions volontiers, sans, bien entendu, prendre ce terme dans sa rigueur : pour moitié. Pour l'autre moitié, il se confond purement et simplement avec lui. L'existence certaine d'un droit spécial en matière de responsabilité des personnes ou collectivités publiques ne fonde pas une séparation radicale des deux régimes, l'« autonomie » du régime de la responsabilité publique, parce qu'il n'en reste de principe qu'une moitié, l'autre restant sous l'empire du droit privé. Sous cet angle, la distinction, l'autonomie, ne sont donc que partielles.