

LES DYNAMIQUES LIBERALES
DE L'HISTOIRE ECONOMIQUE DE LA FRANCE

*L'APPARITION DE LA NOTION
DE SERVICE PUBLIC DANS LA CONCEPTION
LIBERALE DU DROIT AU 19^{ème} SIECLE*

par Roland DRAGO
Membre de l'Institut
Professeur émérite de droit
Université de Paris II-Assas

La notion de « service public » n'apparaît à aucun moment dans les dictionnaires du 19^{ème} siècle. Elle est apparue de façon très progressive et incertaine, de telle sorte qu'elle garde encore aujourd'hui cette imprécision et ce caractère impressionniste. En revanche, le service public figure avec plus de netteté dans la jurisprudence administrative qui lui a donné son importance et ses caractères principaux.

(Mai 1996)

Si l'on ouvre un dictionnaire au XIX^{ème} siècle, à aucun moment le mot de " service public " n'apparaît. Il est apparu de façon très progressive et très incertaine, de telle manière qu'il garde encore aujourd'hui cette imprécision et ce caractère impressionniste. Chacun peut avoir sa définition du service public, car jamais on n'a donné une définition précise du service public, et peut être ne peut-on pas la donner. Aussi est-il atteint au départ d'une subjectivité tout à fait importante. Quand le mot de service public apparaît, il concerne les administrations publiques : la police, l'armée, les services sanitaires, qui gèrent un service public parce qu'ils ont des activités qui sont destinées à satisfaire l'intérêt général. Par ce biais, on rejoint même dans la fin du XIX^{ème} siècle une notion qui est déjà chez Saint Thomas d'Acquin, celle du bien commun qui devrait être l'objectif de toute autorité politique.

Mais la notion de service public apparaît avec beaucoup de netteté dans la jurisprudence administrative, et c'est elle qui finalement a fait naître la notion et lui a donné son importance et ses caractères principaux ; elle apparaît également dans la pratique avec l'apparition de la notion de concession qui va pendant très longtemps être très étroitement liée à celle de service public.

S'il faut donner une définition précise de la notion de service public ou plutôt la situer dans la jurisprudence, le point de départ apparaît dans une décision très célèbre du Tribunal des Conflits reconstitué au début de la III^{ème} République et qui constitue une sorte de base du droit administratif français. Après un accident survenu dans une manufacture de tabac, les parents de la victime demandent réparation devant les tribunaux judiciaires. L'affaire est tranchée par le Tribunal des conflits, c'est à dire par une juridiction qui venait d'être rétablie en 1872. C'est cette décision du 8 février 1873, l'arrêt Blanco, qui sert de base à toute la théorie française du droit administratif. Il s'agit de savoir quel est le juge qui va pouvoir se prononcer sur la responsabilité de l'administration et quel est le droit que va pouvoir appliquer ce juge :

" Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par les 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, que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service, et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés, que dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ".

Ainsi voit-on pour la première fois apparaître la notion de service public comme le critère de l'application d'un régime juridique spécial et comme critère de la compétence de la juridiction administrative par opposition à la juridiction ordinaire. Il est très important de noter que ce point de départ est un point de départ jurisprudentiel, que d'autre part aucune définition n'est donnée du service public, et qu'enfin on appelle service public un service géré par une administration publique traditionnelle comme celle dont il est question.

Un autre point de départ était apparu bien plus tôt sous la Monarchie de Juillet avec des acceptions très différentes, en tous cas dans un contexte tout à fait particulier, quand les grandes sociétés ont commencé à se développer. Il était apparu qu'on pouvait utiliser les progrès de la science pour faciliter les transports ou faciliter le chauffage ou l'éclairage des populations, et on a estimé que les compagnies de transport à créer, que les entreprises chargées de l'éclairage devaient être des entreprises privées car l'Etat se considérait à l'époque comme incompetent pour gérer des services à caractère économique et technique. Il allait utiliser le procédé de la concession. Apparaît donc à cette époque la concession de service public, contrat passé avec l'Etat ou une collectivité locale pour gérer un service public à ses risques et périls moyennant rémunération par les usagers. Ainsi l'expression est employée dans une acception générale et pratiquement indéfinie et, d'autre part, à propos de ce procédé très particulier qu'est la concession lié à l'incompétence substantielle de l'Etat pour gérer des activités économiques et techniques.

Le service public correspond à la fois à une acception matérielle, c'est à dire à l'objectif auquel il correspond, et d'autre part à une acception institutionnelle, c'est à dire à certaines formes d'action des autorités.

Le service public, critère de l'application d'un régime juridique spécial.

Autrement dit c'est une notion qui est devenue purement juridique et quand on lit les conclusions du commissaire du gouvernement devant le Tribunal des conflits, on voit comment il a essayé, à partir d'une affaire qui était secondaire, de trouver une justification très fondamentale, très théorique, à la compétence de la juridiction administrative et à l'application d'un régime juridique spécial. Le principe même de l'arrêt Blanco c'est qu'un service public est en cause, les juridictions ordinaires ne peuvent pas se prononcer à son sujet et que le droit qu'on va lui appliquer ne peut être le droit du code civil. Jusque là il y avait beaucoup d'incertitudes et dans les périodes précédentes, devant le juge administratif on ne se posait pas la question de cette manière : on considérait que le juge administratif était compétente toutes les fois qu'il avait à statuer sur la

situation de l'Etat ou d'une administration publique ; on ne recherchait pas un critère matériel à cette compétence, on appliquait tout simplement les textes existants. Au contraire, à partir de ce moment, la compétence de la juridiction administrative et l'application d'un droit distinct du droit civil, va être commandée par l'existence ou la non existence d'un service public.

Première conséquence, le droit administratif qui naît vraiment à cette époque va être le droit des services publics et il est le seul applicable à l'administration. Le droit administratif sera donc un droit qui ne sera pas un droit égalitaire, libéral né du code Civil, mais un droit qui devra concilier dans chaque situation les droits de l'Etat avec les droits des particuliers. Ce sera donc un droit qui aura toujours à rechercher cette conciliation, parce qu'il est le droit des services publics. Les services publics dont il est question ici sont les administrations et à partir de ce moment les auteurs vont essayer de rechercher de façon plus précise, plus complète, ce qu'est le service public. Ils vont donc s'efforcer de donner de ce service public une définition plus précise et on peut dire qu'à cette époque le service public peut se définir de la manière suivante, et la définition n'a pas tellement varié : c'est une activité d'intérêt général, assurée par l'Etat ou une collectivité publique ou sous leur contrôle, et qui est soumise à un régime juridique particulier. Quelle naïveté à certains égards, de faire reposer d'existence d'un système juridique que l'on oppose au Code Civil, sur une notion que l'on n'a pas pu définir de façon aussi précise. Et de nos jours encore la faiblesse du droit administratif est justement de reposer sur un critère qui est incertain et à propos duquel chacun peut avoir son acception particulière. Ainsi au moment du débat sur la presse en 1984 et même en 1945 au moment de l'adoption des ordonnances sur la presse, on a dit que la presse était un service public. Et hier encore le ministre chargé de la Culture à propos des chaînes 2 et 3 a dit qu'il s'agissait des chaînes de service public et les journalistes le disent toujours, or je vous défie de trouver à propos de ces chaînes le mot de service public dans les textes. Ce sont des chaînes qui appartiennent à l'Etat, elles appartiennent au secteur public, c'est à dire qu'elles sont dans la dépendance financière de l'Etat, mais parce que la loi n'a jamais prononcé à leur sujet le mot de service public, il est fâcheux qu'un ministre lui même ait employé cette expression. C'est dire que pour les uns la presse est un service public, pour les autres les chaînes publiques de la Radio Télévision gèrent des services publics. Avec une vision de ce type chacun peut avoir sa vision du service public. Comment peut-on faire reposer les caractéristiques d'un droit spécifique à partir d'une notion aussi banale..

La seconde conséquence c'est que dans ce cas c'est la juridiction administrative qui est compétente. Elle est née progressivement du système mis

en place par Bonaparte en l'An VIII. Le Conseil d'Etat, de conseil de gouvernement est devenu une juridiction et une juridiction complète à partir des débuts de la IIIème République. Mais ce qui est caractéristique c'est que le Tribunal des conflits (organisme chargé de trancher les conflits de compétence entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative) a fait sienne cette notion et qu'il l'a utilisée d'abord pour déterminer un régime juridique spécial, ensuite pour déterminer la compétence d'un juge particulier. D'ailleurs on peut inverser un raisonnement : ce juge particulier va sécréter un droit administratif spécial et d'autre part le droit administratif sera le droit créé par le juge administratif. C'est toute la particularité du système français qui apparaît à ce moment. Si nous nous situons à la fin du XIXème siècle, ce système, même s'il a un certain nombre de faiblesses, a néanmoins sa cohérence. Il apparaît que toutes les fois qu'un service public est en cause c'est un droit spécial qui sera appliqué. Mais quel droit ? La réponse est incertaine, et c'est ce qui allait donner au juge administratif un pouvoir prétorien considérable. On le compare souvent au juge des pays de common law car en effet c'est lui-même qui crée son propre droit et tous les principes du droit administratif résultent plus de la jurisprudence que du droit écrit :

Néanmoins, il y avait, en se situant à la fin du siècle dernier, une certaine cohérence. Deux types de relations juridiques, les unes concernant les particuliers et soumis au droit du Code Civil, les autres concernant les services publics et soumis à un droit que l'on ne pouvait définir vraiment mais qui était sécrété par le juge administratif. Or il allait se passer au début du siècle un événement qui allait introduire la complexité dans cette situation et montrer que la confiance qu'on avait pu avoir dans la rationalité de cette situation, droit spécifique et juge spécial et sans faille, allait devenir extraordinairement incertaine. En 1903, le Conseil d'Etat a tranché par l'arrêt du 6 février 1903, Terrier, un conflit entre un département et une personne qu'il avait chargé de tuer les vipères. Cet homme gère un service public et par conséquent on applique la théorie de l'arrêt Blanco. Le commissaire du gouvernement ROMIEU qui a conclu dans cette affaire a exposé devant le Conseil d'Etat une thèse qui allait ruiner complètement sans qu'on s'en aperçût à cette époque, la thèse qui était liée à la solution de 1873 :

" Il demeure entendu, dit-il, qu'il faut réserver pour les départements et les communes comme pour l'Etat les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions. Cette distinction entre ce qu'on a proposé d'appeler la gestion publique et la gestion privée peut se faire soit à raison de la nature du service qui est en cause soit en raison de l'acte qu'il

s'agit d'apprécier. Le service peut en effet, tout en concernant une personne publique, n'intéresser que la gestion de son domaine privé. On considère en ce cas que la personne publique agit en personne privée comme un propriétaire dans les conditions du droit commun. D'autre part 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 la situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, soit en passant un contrat de droit commun d'un type nettement déterminé par le Code Civil, qui ne suppose par lui même l'application d'aucune règle spéciale, soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement qui suppose des rapports contractuels et pour laquelle l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier. Il appartient à la jurisprudence de déterminer pour les personnes publiques locales comme celles qui sont le fait de l'Etat, dans quel cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'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 ".

Cette distinction qui a pour elle une certaine logique a ruiné complètement la thèse précédente. A partir de la jurisprudence Terrier, on se met à dire qu'il y a des services publics qui fonctionnent selon les règles exorbitantes du droit commun et d'autres qui fonctionnent selon les règles du droit privé. Derrière cette discussion juridique qui pourrait sembler être une discussion de spécialistes, il y a quand même une évolution qui se fait et une opération de camouflage qui est en train d'être réalisée, car on veut bien qu'il y ait service public, on veut bien même étendre la place des services publics, mais à ce moment là on les camoufle parce qu'on les soumet partiellement au droit commun parce qu'ils se fondront mieux dans le milieu juridique et qu'ils ne pourront pas invoquer des prérogatives particulières. A partir de ce moment est né dans la jurisprudence et plus tard dans la pratique, une ambiguïté qui n'a jamais cessé, qui est l'ambiguïté des entreprises chargés d'un service public, que La Fontaine aurait pu définir : " Je suis oiseau voyez mes ailes. Je suis souris, vivent les rats ! ". La technique de la chauve-souris aura été dès cette époque la technique de fonctionnement des services publics dans le système administratif français. D'ailleurs, quelques années plus tard, en 1921. Le Tribunal des conflits allait porter à son paroxysme le système tel qu'il venait d'être examiné, dans l'affaire qui concerne la colonie de la Côte d'Ivoire. Cette colonie de la Côte d'Ivoire avait créé un bac destiné à faire traverser aux

particuliers un fleuve et il y avait un litige à propos du transport : l'affaire doit-elle être tranchée par les tribunaux judiciaires ou par les tribunaux administratifs ? Le Tribunal des conflits décide que ce bac fonctionne comme un service privé, et que par conséquent ce conflit est du ressort des tribunaux judiciaires. Or, construire un bac pour traverser une rivière alors qu'on ne peut pas la traverser autrement, c'était bien là un service public. Malgré cela le Tribunal des conflits a considéré que l'entreprise était gérée selon les principes du droit commun. Et pour bien vous montrer le paradoxe de la situation, quand la Côte d'Ivoire est devenue indépendante, dans un conflit assez semblable il a été décidé que la compétence était celle du juge administratif.

La création des services publics.

Nous partons d'un Etat minimum, tel qu'il était conçu au XIX^{ème} siècle, mais ensuite les progrès philosophiques ont fait que l'Etat d'une part et les collectivités publiques d'autre part ont eu la propension à vouloir, dans l'intérêt général, assurer la création et le fonctionnement d'un certain nombre de services. Il faut distinguer entre la création de services publics par l'Etat et la création de services publics par les collectivités locales parce que c'est principalement à propos de la création de services publics par les collectivités locales que le problème s'est posé.

- Création de services publics par l'Etat :

Quand le problème s'est posé à cette époque là, (l'Etat peut-il créer d'autres services que ceux qui correspondent à sa fonction minimum, peut-il créer des services de caractère économique, d'autres à caractère technique), sur le plan de la technique juridique, la question a été résolue de façon simple en disant : " Seule la loi peut créer un service public, car seule la loi peut étendre les activités de l'Etat ". Et par conséquent, aucun problème ne s'est posé à cette époque quand l'Etat du début du XIX^{ème} siècle a voulu créer de nouveaux services publics, car la loi était un acte incontestable et insusceptible d'aucune action devant une juridiction quelconque.

Aujourd'hui, nous avons une juridiction constitutionnelle et le problème se pose différemment. Au moment où le gouvernement Chirac a entrepris en 1986 une politique de privatisation des entreprises publiques, des recours ont été portés devant le juge constitutionnel, afin de faire trancher par lui le problème de la constitutionnalité des lois de privatisation. A cette époque le Conseil

constitutionnel a rendu une décision très importante mais comportant toujours pour ce qui concerne le service public une ambiguïté quand à la définition. Il s'agissait de savoir si la loi du 2 juillet 1986 sur les privatisations en prévoyant la privatisation des banques qui avaient été nationalisées en 1982 et même celles qui avaient été nationalisées en 1945, était conforme à la Constitution. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 a répondu ceci : "*Considérant que si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles constitutionnelles, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon le cas. Qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse comme l'entreprise qui en est chargée l'objet d'un transfert au secteur privé*".

Il y a deux aspects dans cette décision qui sont intéressants l'un et l'autre mais assez contradictoires : il y a d'une part le fait que seul ce que le Conseil Constitutionnel appelle les services publics constitutionnels ne pourront jamais être privatisés ; en revanche ceux qui ne sont pas des services publics constitutionnels ont pu être nationalisés à certains moments et peuvent être dénationalisés à d'autres moments. A l'inverse il y a une ambiguïté qui est aussi nette que celle de l'arrêt Blanco à un siècle de distance, c'est qu'on ne dit pas ce que sont les services publics constitutionnels. Cette querelle s'est poursuivie à la fin de 1986, quand le Garde des Sceaux de l'époque, M. Chalandon, a voulu lancer l'opération des " prisons privées " : on a dit que le système pénitentiaire est un service public constitutionnel, et par conséquent on ne peut pas le privatiser. Il était aisé de prouver que c'était faux et des colloques se sont tenus pour en débattre. Pourtant, la portée de la loi a été finalement limitée.

- Création de services publics par les collectivités territoriales :

A la fin du Second Empire, et pendant le dernier quart du XIXème siècle s'est développé un mouvement intéressant lié au solidarisme, qu'on a appelé le socialisme municipal. Des travaux historiques ont été faits qui montrent qu'on estimait que, dans les communes, les autorités municipales élues pouvaient prendre l'initiative de créer non seulement des tramways, des compagnies de distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité, mais encore des activités très diverses telles des boucheries municipales, des buanderies municipales, des bains et douches municipaux, etc. Des activités se trouvant donc au service du public. Quand à partir de ces idées des municipalités ont voulu agir dans ce sens, la jurisprudence du Conseil d'Etat a été non pas restrictive, mais a posé des bornes

qui sont d'une grande importance : les deux conditions, selon la jurisprudence, au titre desquelles les communes voulaient créer des services de ce genre, et qui étaient cumulatives, étaient :

1. Que le service ne puisse exister que sur le domaine public
2. Qu'il y ait carence absolue de l'initiative privée.

C'est seulement à ces deux conditions que le Conseil d'Etat a accepté que des services publics nouveaux pussent être créés par les Communes.

- L'utilisation du domaine public :

La jurisprudence a fait preuve de plus de réalisme que dans l'affaire Blanco car là on est en présence d'une notion juridique bien précise. C'est une définition intéressante car elle est concrète. On comprend que les services publics peuvent n'utiliser que le domaine public. D'où la limitation très facile des services publics qui apparaissent à l'époque : transports, gaz, électricité, eau.

On a pu très bien s'en rendre compte grâce à une controverse qui a duré dans la jurisprudence et qui concernait les théâtres, les opéras municipaux, les casinos. Puisque les théâtres ne sont pas construits sur le domaine public, ils ne peuvent pas être considérés comme des services publics (7 avril 1916 : arrêt du C.E. concernant le théâtre des Champs Elysées). Mais la jurisprudence change et en 1923 à propos du Théâtre Marigny, le Conseil d'Etat a décidé que les théâtres pouvaient être considérés comme des services publics, en vertu de " la mission civilisatrice de l'Etat ".

- Il doit y avoir carence de l'initiative privée mais cette carence doit être absolue :

S'il n'y a pas de médecin dans la commune on peut créer un poste de médecin communal. Le Conseil d'Etat dans un arrêt Casanova l'affirmait en 1901 : dans une commune de Corse on crée un poste de médecin municipal et le Conseil d'Etat annule la création de cette fonction en considérant qu'il y a d'autres médecins dans la commune. Car le Conseil d'Etat et la doctrine qui a interprété ces décisions a voulu trouver une base juridique dans une loi de l'époque révolutionnaire, la loi des 2-17 mars 1792, dite " décret d'ALLARDE ". Selon son article 7, il était décidé : " A compter du 1er avril, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ".

Il s'agit de ce qu'on a appelé la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 16 janvier 1982 concernant les nationalisations allait la transformer en " liberté d'entreprendre " et en faire un principe constitutionnel. A lire le texte, la loi signifie seulement que toute

personne peut entreprendre toute activité économique. Mais la jurisprudence du début du siècle est allée au delà en décidant que des autorités publiques ne pouvaient créer des services du même ordre que si les conclusions qu'on vient d'examiner étaient réunies. De la liberté d'entreprendre on est donc passé à l'interdiction (relative) de la concurrence.

Mais cette jurisprudence a évolué. Le Conseil d'Etat était libéral au début du XXème siècle. Il est devenu interventionniste avec la guerre de 1914, la crise économique des années 1930, et il l'est resté. Ainsi admet-il aujourd'hui que des services industriels et commerciaux puissent être créés par les collectivités locales et concurrencer directement des entreprises similaires créées par des particuliers (Exemples : station service (C.E. 18 décembre 1959, Delansorme) ; cabinet dentaire (C.E. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre) ; restaurant (C.E. 25 juillet 1986, Commune de Mercoeur).

Cela rejoint aujourd'hui, après quelques décennies, des problèmes identiques avec ce qu'on appelle très maladroitement le " service public à la française ". Le Traité de Rome dans ses articles 85 et 86, la législation française avec l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence réaffirment des principes qui résultaient de la loi de 1791 et de la jurisprudence libérale du Conseil d'Etat. L'ordonnance de 1986 (art. 53) soumet aux règles de concurrence les activités de production, de distribution et de services des personnes publiques. Malgré les controverses actuelles sur la théorie du " monopole naturel " et de " service universel ", ne s'agit-il pas d'un retour aux sources ?