

Alain-Serge Meschériakoff

Droit
des services
publics

2^e édition mise à jour

023203210

34

DROIT ADMINISTRATIF

Droit des services publics

ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF

*Professeur de droit public
à l'Institut d'études politiques de Lyon*

2^e édition mise à jour

PREMIÈRE PARTIE

LE RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC

Chapitre 1 / La création et la suppression des services publics 103

Section I - Les principes d'exercice des compétences 104

Section II - La mise en œuvre des compétences de création et de suppression des services publics par les collectivités territoriales 105

Chapitre 2 / Le statut des agents des services publics 106

Section I - Le statut des agents des services publics 106

Section II - Le statut des agents des services publics 106



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

8
02 MON
26,79



DL- 15 12 1997 47198

DU MÊME AUTEUR

Chez d'autres éditeurs :

Le Droit administratif ivoirien, Paris, Economica, coll. « La Vie du droit en Afrique », 1982.

Aux Presses Universitaires de France :

Droit public économique, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1996.

Droit des associations (en collaboration), coll. « Droit fondamental », 1996.

Les opinions émises dans cet ouvrage n'engagent que l'auteur et ne sauraient être imputées aux institutions universitaires auxquelles il appartient.

ISBN 2 13 049072 7

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1991, juillet

2^e édition mise à jour : 1997, novembre

© Presses Universitaires de France, 1991

108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris



Sommaire

INTRODUCTION : Services publics, service public : la formation d'un concept	11
Chapitre préliminaire / La formation historique de la notion de service public	15
Section I - La lente émergence du concept de service public dans l'administration française	17
Section II - La reconstruction du concept de la notion de service public	43
Section III - La conception française du service public	62
PREMIÈRE PARTIE	
LE RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC	
Chapitre 1 / La création et la suppression des services publics	103
Section I - Les principes d'exercice des compétences	104
Section II - La mise en œuvre des compétences de création et suppression des services publics par les différentes personnes publiques	123
Chapitre 2 / Le statut de l'activité de service public	143
Section I - Les principes fondamentaux du service public	144
Section II - Les marges du statut du service public	191



6 Droit des services publics

Chapitre 3 / Le statut de l'usager du service public	225
Section I - La nature juridique des liens entre l'usager et le service public	229
Section II - Le contenu du lien entre l'usager et le service public	242

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DE LA GESTION DES SERVICES PUBLICS

Chapitre 1 / La théorie des modes de gestion des services publics	273
Section I - Les niveaux d'exécution des services publics	276
Section II - La structure des modes de gestion des services publics	288

Chapitre 2 / Les différents modes de gestion des services publics	325
Section préliminaire - Le choix du mode de gestion	325
Section I - Les modes publics de gestion des services publics	332
Section II - Les modes privés de gestion des services publics	361



TABLEAU DES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
Assoc.	Association
<i>BOCCRF</i>	<i>Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>
<i>BOSP</i>	<i>Bulletin officiel du service des prix</i>
BAS	Bureau d'aide sociale
CA	Cour d'appel
C. adm. d'appel	Cour administrative d'appel
Cass. civ.	Cour de cassation chambres civiles
Cass. crim.	Cour de cassation chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
C. comm.	Code des communes
CE	Conseil d'État
CE ass.	Conseil d'État, arrêt d'assemblée
CGCL	Code général des collectivités locales
CH	Centre hospitalier
CHR	Centre hospitalier régional
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
conc.	Conclusions du commissaire du gouvernement
<i>D. affaires</i>	<i>Droit des affaires</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz (ou Dalloz-Sirey)</i>
<i>D. actu. légis.</i>	<i>Dalloz actualité législative</i>
<i>D. somm.</i>	<i>Recueil Dalloz sommaires</i>
<i>D. inf. rap.</i>	<i>Recueil Dalloz informations rapides</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dalloz, coll. loc.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Collectivités locales</i>
<i>D.</i>	<i>Décret</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, 11^e éd., 1996, Dalloz</i>



GDCC	<i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> , L. Favoreu, L. Philip, 8 ^e éd., 1995, Dalloz
GDJA	<i>Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif</i> , J.-F. Lachaume, 10 ^e éd, 1996, PUF.
GP	<i>Gazette du palais</i>
HCL	Hospices civils de Lyon
JCP	<i>Jurisqueur périodique (Semaine juridique)</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française</i> (éd. Lois et décrets)
<i>Jur. Cl. adm.</i>	<i>Jurisqueur administratif</i>
L.	Loi
LOTI	Loi d'orientation des transports intérieurs (n° 82-1153 du 30 déc. 1982, <i>JO</i> 31-12-1982, p. 4004).
<i>La Gazette</i>	<i>La Gazette des communes des départements et des régions</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
Mél.	<i>Mélanges</i>
Mon. TP	<i>Moniteur des travaux publics</i>
NED	<i>Notes et études documentaires</i> (Documentation française)
ONIC	Office national interprofessionnel des céréales
PFNSP	Presses de la Fondation nationale des sciences politiques
<i>Quot. jur.</i>	<i>Quotidien juridique</i>
R.	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État, Lebon</i> , ou <i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel</i>
RDP	<i>Revue de droit public et de la science politique</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rec.	<i>Recueil des arrêts de la CJCE</i>
<i>Rep. Dalloz D. adm.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit administratif</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. conc. et cons.</i>	<i>Revue de la concurrence et de la consommation, Droits et marchés</i>
<i>Rev. franç. dr. aérien</i>	<i>Revue française de droit aérien</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RHD	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
RISA	<i>Revue internationale des sciences administratives</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTD eur.	<i>Rev. trimestrielle de droit européen</i>
RTDSS	<i>Revue trimestrielle de droit sanitaire et social</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
SIVOM	Syndicat intercommunal à vocation multiple
SPIC	Service public à caractère industriel et commercial
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TPG	Trésorier payeur général
UFR	Unité de formation et de recherche



Préface à la deuxième édition

Depuis la parution de la première édition de ce manuel, la notion de service public n'a pas fondamentalement changé. Elle reste toujours à la base de notre conception de l'État ainsi qu'il est exposé dans la première partie. Cependant des évolutions sensibles se sont produites tant dans la perception que les Français se font de cette notion que dans son régime juridique sous l'influence de deux facteurs largement exogènes à la matière : le développement du droit européen et la lutte contre « la corruption de la République » (pour utiliser une expression de Y. Mény, *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992).

Le premier a conduit à une sorte d'examen de conscience français sur la pertinence et l'importance de ce qui est apparu comme « la conception française du service public », élément de « l'exception française » dressée contre la mondialisation en marche.

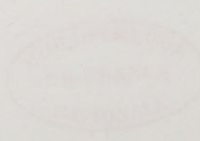
Le second a provoqué l'apparition d'une législation nouvelle, la fameuse « loi Sapin » (29 janvier 1993) qui a promu au rang de concept clé la notion jusque-là discrète de « délégation de service public » sans la définir, d'où une recherche presque fébrile de cette définition par la doctrine et la jurisprudence.

Cette deuxième édition intègre ces nouveaux éléments au droit des services publics sans toucher à l'architecture générale de l'ouvrage qui n'a pas semblé devoir être remaniée.

Préface à la deuxième édition	1
1. Le premier a conduit à une sorte d'absence de conscience française sur la pertinence et l'importance de ce qui est appelé comme « l'exception française » dressée contre la mondialisation en marche.	1
2. Le second a provoqué l'apparition d'une législation nouvelle, la fameuse « loi Sapin » (29 janvier 1993) qui a connu au rang de concept clé la notion juridique de « délégation de services publics » sans la définir, d'où une certaine précarité légale de cette définition par la doctrine et la jurisprudence.	1
3. Cette deuxième édition intègre ces nouveaux éléments au droit des services publics sans toucher à l'architecture générale de l'ouvrage qui n'a pas semble devoir être remaniée.	1

Depuis la parution de la première édition de ce manuel, la notion de service public n'a pas fondamentalement changé. Elle reste toujours à la base de notre conception de l'état ainsi qu'il est exposé dans la première partie. Cependant des évolutions sensibles se sont produites tant dans la perception que les Français se font de cette notion que dans son régime juridique sous l'influence de deux facteurs largement exogènes à la matière : le développement du droit européen et la lutte contre « la corruption de la République » pour utiliser l'expression de Y. Mény, *Le Corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992).

Le premier a conduit à une sorte d'absence de conscience française sur la pertinence et l'importance de ce qui est appelé comme « l'exception française » dressée contre la mondialisation en marche. Le second a provoqué l'apparition d'une législation nouvelle, la fameuse « loi Sapin » (29 janvier 1993) qui a connu au rang de concept clé la notion juridique de « délégation de services publics » sans la définir, d'où une certaine précarité légale de cette définition par la doctrine et la jurisprudence. Cette deuxième édition intègre ces nouveaux éléments au droit des services publics sans toucher à l'architecture générale de l'ouvrage qui n'a pas semble devoir être remaniée.



Introduction

Services publics, service public : la formation d'un concept

1 UNE NOTION DIFFICILE A SAISIR. — Au seuil d'un manuel se proposant d'exposer le droit des services publics, il paraît tout à la fois logique et de bonne pédagogie de définir son propos. Le titre même de l'ouvrage suppose qu'il existe un droit, c'est-à-dire un ensemble de règles spécifiques, applicable à un objet nommé « services publics » ou « service public ».

Malheureusement, s'agissant de cet objet, les juristes ne sont d'accord que sur un seul point : l'absence de signification précise de l'expression ; d'ailleurs, si elle est employée tantôt au pluriel, tantôt au singulier, c'est qu'un doute subsiste sur la consistance exacte de ce dont on parle.

L'origine de la matière réside dans l'introduction en 1954 dans les études de droit – dont le programme était alors national – d'un cours intitulé « grands services publics et entreprises nationales » dont l'objet était surtout la description des principaux secteurs d'intervention de l'État dans la vie sociale (enseignement, recherche, transport, énergie, etc.)¹. Dans cette conception, l'usage du pluriel s'impose.

Mais, parallèlement, l'expression désigne un concept dont les différentes institutions et activités précédemment énoncées ne sont que la matérialisation dans la vie sociale.

Dans cette acception, elle ne peut être utilisée qu'au singulier. Révélateurs à cet égard sont les titres d'ouvrages ou d'études récentes². Cette approche paraît beaucoup plus valorisante au plan

1. De ce point de vue, on peut renvoyer au cours polycopié du P^r Mathiot qui constitue un modèle (*Cours du droit*, 1966-1967, Paris). Les tomes 3 et 4 du *Traité de droit administratif* de A. de Laubadère procèdent également de la même conception (LGDJ), ainsi que le manuel de MM. J.-M. Auby et R. Ducos-Ader (PUF, « Thémis », 2^e éd., 1975) de même que, plus récemment, B. Jeanneau (*Précis Dalloz*, 1984).

2. Notamment le Rapport public 1994 du Conseil d'État, *Études et documents*, n° 46, La Documentation française, 1995.

intellectuel dans la mesure où, dépassant la simple description, on a l'impression d'aller à l'essence des choses.

Malheureusement, l'enthousiasme du lecteur est immédiatement tempéré par l'embarras des auteurs qui lui expliquent que le concept se révèle « difficile à appréhender et à cerner » (J. Chevallier, *Le service public*, PUF, « Que sais-je ? », n° 2359, p. 3), qu'il reste « confus » (G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, « Thémis », 8^e éd., p. 1096), que sa définition demeure « introuvable » (D. Linotte, A. Mestre, *Service public et droit public économique*, t. 1, LITEC, 1982, p. 47), voire même qu'il est « indéfinissable » (B. Jeanneau, *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Dalloz, 1984, p. 19).

Cette difficulté à définir ce concept de service public explique qu'il ait été abordé en termes de crise, de déclin, de vicissitude, la crise du service public a ainsi été un des thèmes dominants de la doctrine de l'après-guerre¹, crise qui n'en finirait pas d'emporter le malade. Le service public est ainsi au fil des ans devenu un « lazare juridique », un « illustre vieillard »².

Aujourd'hui, alors que ce lamento va décroissant et déserte la littérature juridique comme si le concept de service public était usé à force d'avoir trop servi, le voilà qui réapparaît sur la scène médiatique. Désormais, le thème du service public et de sa crise descend dans la rue et remonte jusque dans les sphères politiques³.

Le X^e Plan (1989-1992) fait de l'aggiornamento du service public l'un de ses « grands chantiers », tandis que dans sa circulaire du 23 février 1989 le Premier ministre pose les bases du « renouveau du service public »⁴.

C'est donc la vie politique et sociale qui ramène le juriste à la question du service public, et plutôt que de se résigner à une description du droit de ce que la pratique appelle les services publics, il est préférable de chercher à comprendre pourquoi cette expression d'un usage si courant échappe à toute définition sinon à toute appréhension.

1. Voir la bibliographie, *infra*, n° 39.

2. *Ibid.*

3. Voir par exemple, lors des grèves de la fin de l'année 1995, l'article de G. Vedel intitulé « Service public "à la française" ? Oui. Mais lequel », *Le Monde*, 22 décembre 1995.

4. Loi n° 89.470 du 10 juillet 1989 approuvant le X^e Plan, et circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public, *JO*, 24 février 1989, p. 2526.

D. Truchet remarque que l'absence de définition précise d'un concept est souvent le signe d'une matière en évolution¹. Cette remarque s'applique parfaitement au service public bien que sa dimension historique soit parfois oubliée.

2 L'ILLUSION FIXISTE. — De même que les espèces vivantes, les notions juridiques évoluent et ne peuvent être considérées comme fixes que dans d'étroites limites ; les juristes, notamment de tradition civiliste, se donnent souvent l'illusion de travailler sur des données, sinon immuables, du moins stables qui leur servent de points de repère². La simple observation des faits montre qu'effectivement le concept de service public sert de référentiel dans les diverses utilisations dont il fait l'objet et qui sont au moins au nombre de trois.

Comme critère de compétence, son rôle de référence stable pour le partage des compétences est évident. Comme philosophie de l'État, le service public est également le lieu mythique du siège de la légitimité du pouvoir³. Comme technique de l'État, le service public renvoie à l'illusion d'un espace public déterminé, distinct de l'espace privé, qui serait la condition d'existence de l'État limité issu de la pensée des Lumières.

Chacun des utilisateurs du service public semble également à la recherche de ce référentiel stable.

Pour les fonctionnaires, le service public est la garantie de la stabilité de leur environnement professionnel, sinon de leur situation acquise. Pour le juge, il est un référentiel, commode pour asseoir certaines solutions que les textes ne suffiraient pas à justifier. La référence législative au service public sert également de justification à la régulation de secteurs entiers de la vie sociale (hôpitaux, transports, éducation, etc.).

Enfin dans la doctrine, la notion de service public tend à fonctionner comme un « savoir dogmatique »⁴ propre à coder, sinon à voiler, une réalité trop fluide ou trop ambiguë au regard d'un modèle⁵ de référence : l'État-providence, démocratique, occidental.

1. D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977, p. 264.

2. Voir sur ce point les travaux de P. Legendre, cités *infra*, n° 39.

3. Voir P. Legendre, *infra*, n° 39, et *Jouir du pouvoir, Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Éd. de Minuit, 1976, notamment p. 66.

4. *Ibid.*

5. Voir P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », cité *infra*, n° 39.

On est ainsi amené à reconnaître que toutes les approches et toutes les définitions du service public utilisent les mêmes matériaux, une activité, un objet, un régime juridique, une personne publique, une finalité, mais sans s'accorder sur la manière de les agencer. C'est que chaque source, chaque niveau d'appréhension a sa propre logique; le problème est que ces logiques ne coïncident pas¹. C'est ainsi qu'on peut dire du service public ce que D. Truchet écrivit de l'intérêt général, il « n'est pas défini; il se constate »².

Dès lors que le caractère « transcendantal » du service public disparaît, il est réintégré dans le cours de l'évolution historique de nos institutions.

3 LA DIMENSION HISTORIQUE DU SERVICE PUBLIC. — On assiste depuis quelques années à une redécouverte de la dimension historique du droit administratif français que la doctrine du XX^e siècle avait eu tendance à faire débiter, sinon avec l'Arrêt Blanco (1873), du moins en 1789.

Les travaux du P^r J.-L. Mestre ont montré que, dès l'Ancien Régime, il existait un corps de droit applicable à l'administration, dont le contenu préfigurait souvent les règles contemporaines³. Le service public, comme le droit administratif, « ne peut être détaché de l'histoire » parce qu'« à chaque âge correspond une sédimentation différente »⁴.

Ainsi, le régime des services publics locaux paraît erratique si on ne l'éclaire pas par le contexte historique⁵.

Les différentes logiques d'appréhension de la notion de service public précédemment évoquées sont ainsi le fruit de l'histoire qui non seulement les a déposées telles des couches sédimentaires, mais les a aussi bouleversées, érodées, si bien qu'apparaissent ici et là des « buttes témoins »⁶ de significations anciennes non totalement disparues. C'est dire que la notion de service public ne peut se comprendre que par son cheminement historique.

1. Parfois, plusieurs logiques coexistent chez le même auteur, A. de Laubadère en est un exemple, voir *infra*, n° 39.

2. D. Truchet, *op. cit.*, *infra*, n° 25, p. 264.

3. Voir J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, « Droit fondamental », 1985, et bibliographie, n° 39.

4. P. Weil, *Le droit administratif*, PUF, « Que sais-je ? », p. 8.

5. J.-F. Auby, *Les services publics locaux*, PUF, « Que sais-je ? », p. 14.

6. L'expression est de J.-C. Douence, *Dalloz*, *coll. loc.*, n° 6152-4.

Chapitre préliminaire

La formation historique de la notion de service public

4 LES TROIS GRANDES ÉTAPES DE LA FORMATION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC. — Tout découpage en périodes historiques comporte une part d'arbitraire ; en effet, en histoire, les causalités sont toujours partielles, elles s'entrecroisent, se contredisent parfois, il en va ainsi pour l'histoire de la notion de service public. C'est d'autant plus vrai qu'elle est hétérogène tant par ses sources que par ses significations.

On peut étendre au service public ce que P. Weil constatait à propos de l'intérêt général : « une dispersion des organes » dans sa mise en œuvre¹. Or, aucune harmonie préétablie n'impose aux différents utilisateurs de l'expression service public d'accorder leurs points de vue. Cette dénomination est utilisée d'abord et quotidiennement par les praticiens de l'administration que sont les fonctionnaires dont les préoccupations ne sont pas celles des juges. De même la doctrine, grâce au concept de service public, poursuit des objectifs de systématisation du droit administratif qui ne sont pas ceux des acteurs précédents. Enfin, le législateur qui depuis une trentaine d'années crée des services publics (hospitalier, des transports intérieurs, de l'audiovisuel, etc.) est venu s'ajouter à la diversité des sources et multiplier les niveaux conceptuels.

Il en résulte une évolution heurtée et tourmentée dont J. Chevalier rend compte lorsqu'il écrit que la notion de service public « est

1. P. Weil, *op. cit.*, p. 13.

saturée de significations multiples qui se superposent, s'entrecroisent, renvoient les unes aux autres et entre lesquelles le glissement est constant »¹.

Le service public est donc une réalité multiple faite de strates qui s'adosent les unes aux autres, évoluent par étapes, chacune s'appuyant sur la précédente en une série de mouvements glissants et décalés. Il convient par conséquent d'en saisir les articulations primordiales porteuses de significations.

Une certaine convergence de vues existe entre les auteurs qui se sont penchés sur l'histoire du service public. J. de Soto distingue trois étapes dans l'évolution qui conduit à la conception actuelle du service public: le XIX^e siècle, l'école du service public, la crise actuelle².

Il semblerait que cette articulation de l'histoire du service public en trois grandes périodes soit acceptable, du moins pour la France, car elle rend compte à la fois des évolutions techniques et sociales et des différents stades de réflexion sur ces évolutions.

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, on constate une lente émergence du concept de service public dans l'administration française, ce qui correspond à la formation progressive de la République. A la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle survient la reconstruction idéologique de L. Duguït qui se comprend comme une tentative d'explication de la transformation de l'État dont il fut le témoin et que l'on décrit couramment comme le passage de l'État-gendarme à l'État-providence. Enfin, depuis un demi-siècle environ, la crise du service public qui n'en finit pas de finir exprime non seulement l'échec du projet duguïste, mais plus profondément celui de l'État-providence³ conséquence de la fin des « Trente Glorieuses »⁴, crise accentuée par le choc de la construction européenne.

1. J. Chevallier, « Que sais-je ? », *op. cit.*, p. 3.

2. Voir *infra*, bibliographie n° 39.

3. Selon le titre de l'ouvrage célèbre de P. Rosanvallon, Le Seuil, 1981.

4. L'expression est de J. Fourastié et désigne la période d'après-guerre (1945-1975) qui vit une expansion économique considérable dans les pays occidentaux.

Section I

La lente émergence du concept de service public dans l'administration française

5 LE SERVICE PUBLIC ET L'ÉTAT PATERNEL. — Il existe un parallélisme évident entre l'émergence de l'idée de service public et celle de l'État moderne que P. Legendre a mis en évidence dans le concept « d'« État paternel »¹.

Pour lui, par-delà la coupure révolutionnaire, il existe sur la longue période 1750-1950 une unité fondamentale entre l'État monarchique et l'État républicain. A l'image du père, cet État fut et reste tout à la fois bienfaiteur et gendarme. Comme dans la mythologie monarchique le roi était le père de ses sujets, la République doit prodiguer « à ses enfants » paix et prospérité. Entre l'État d'hier et celui d'aujourd'hui, il n'existerait qu'une différence de degré d'intervention pour garantir à la fois la prestation de services de plus en plus nombreux et la protection des avantages acquis par tel ou tel groupe social. Autrement dit, la réalité du service public aurait existé avant que le concept ne soit apparu et l'expression forgée. En ce sens il existe une préhistoire du service public fondée sur « le mythe intégral » dans la société française, « celui du père »² (I).

Au fond, pour P. Legendre, l'expression d'État-gendarme n'aurait été au XIX^e siècle qu'un thème de combat pour tenter de s'opposer à des évolutions qui depuis le XVIII^e siècle auraient été perçues par les libéraux comme menaçantes : évolution politique qui, sur la base du principe d'égalité juridique, devait conduire au suffrage universel et à l'État représentatif-démocratique contemporain, et surtout évolution économique qui, depuis la première révolution industrielle, devait engendrer des bouleversements sociaux conduisant l'État à assumer toujours davantage de fonctions sociales.

L'installation puis la stabilisation d'une III^e République modérée auraient permis d'exorciser les dangers de l'État socialiste alors même

1. P. Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, « Thémis », 1968, p. 203.

2. P. Legendre, *op. cit.*, p. 204.

que le développement économique provoquait la création des « grands services publics » (chemin de fer, télégraphe, téléphone, distribution de l'eau, du gaz puis de l'électricité). Le thème de l'État-gendarme pouvait alors s'effacer devant celui de l'État-providence (bien que l'expression fût elle-même beaucoup plus tardive) dégageant ainsi un espace dans lequel la notion de service public allait pouvoir s'épanouir. Cet épanouissement fut perceptible à deux niveaux d'analyse conceptuelle, le premier celui de la philosophie de l'État (II), et le second plus technique mais étroitement lié au premier, celui de la construction du droit administratif (III).

I | LA PRÉHISTOIRE DU SERVICE PUBLIC, DU SERVICE DU ROI AU SERVICE DU PUBLIC

A - *L'Ancien Régime*

6 LA PRATIQUE MÉDIÉVALE ET LA THÉORIE DE L'«UTILITAS PUBLICA». — C'est le mérite de J.-L. Mestre que d'avoir fait redécouvrir l'importance des pratiques et du droit médiéval dans la formation de l'État et du droit administratif contemporains. Il montre notamment que le service public comme technique de l'État trouve ses racines dans les banalités et les solidarités urbaines, ainsi que dans le concept médiéval d'*utilitas publica*.

1 / *Les banalités seigneuriales*. — La seigneurie repose sur l'appropriation du sol et, par suite, des richesses économiques, principalement agricoles, par le seigneur du lieu. Parmi les nombreuses techniques permettant l'extraction des surplus à son profit (taxes, corvées, péages, etc.) figurent les banalités.

Il s'agit en général de moulins, de fours, de pressoirs appartenant au seigneur, auxquels la population est obligée de recourir moyennant le versement d'une redevance dont le montant excède le coût du service rendu. En contrepartie de cette obligation et pour ne pas briser la vie économique, source de richesse et de puissance pour le seigneur, l'installation banale doit être continuellement en état de fonctionner, tous les habitants y ont également accès.

Ainsi se dessinent les traits de ce qui deviendra les lois du service public¹.

2/ *Les solidarités urbaines.* — L'émancipation urbaine caractérise à partir du XI^e siècle le développement économique de l'Occident médiéval. Ces communautés souvent formées en opposition au seigneur terrien prennent conscience de la nécessité de se défendre et d'assurer des services d'intérêt commun : la garde aux remparts, l'entretien des rues, des places, des marchés, la lutte contre les fléaux, toutes ces activités indispensables à la prospérité voire à la survie de la communauté. On rencontre ainsi dès le Moyen Âge l'ébauche de ce qui deviendra les services publics municipaux. Ils se caractérisent par les obligations qu'ils font peser sur les « bourgeois », en argent et surtout en nature (patrouilles, réquisitions, etc.)². On assiste alors à la naissance d'un droit exorbitant du droit commun justifié par les nécessités de l'utilité commune.

3/ *Le concept d'« utilitas publica ».* — Toutes ces institutions souvent coutumières (banalités, fonctions urbaines) fonctionnant au profit du pouvoir politique allaient recevoir un fondement doctrinal grâce aux travaux des juristes romanistes et canonistes. La notion de commun profit ou d'utilité commune qui se dégage d'elle-même des institutions notamment municipales sera reliée au concept romain d'*utilitas publica*. L'assimilation des deux notions permettra de justifier ainsi que le faisaient les textes du Bas-Empire, la prééminence de l'utilité publique sur l'utilité privée et par suite de justifier les contraintes que les autorités politiques faisaient peser sur les individus.

Toutefois, cette contrainte n'est due que pour autant qu'elle sert la communauté. Gratien dans son célèbre décret, définit la loi juste comme celle qui est édictée pour « l'utilité commune des citoyens »³. On sait comment la théologie, notamment celle de saint Thomas d'Aquin qui fait de l'accomplissement du bien commun non seulement la justification de certaines règles de droit exorbitantes du droit

1. J.-L. Mestre, *op. cit.*, *supra*, n° 3, p. 36 et 270.

2. J.-L. Mestre, *op. cit.*, p. 70 et s.

3. J.-L. Mestre, *op. cit.*, p. 98 et 114, notamment n° 71, la traduction de commun par public.

ordinaire mais surtout le fondement même du pouvoir politique, va approfondir cette idée.

Ainsi dès avant le développement des monarchies administratives, les bases de la problématique actuelle du service public sont posées. Il s'agit à la fois d'un concept de philosophie politique et de technique juridique dont la pièce maîtresse est le droit public posé comme distinct du droit privé. Il est à l'articulation du pouvoir et du service, le second justifiant le premier et le premier permettant le second ou du moins lui conférant son efficacité. On se trouve ici au cœur du « mystère politique »¹ européen, dont le mystère chrétien du Dieu crucifié est en quelque sorte le modèle et la référence² et dont les souverains-serviteurs de l'iconographie médiévale tel Saint-Louis seront l'illustration.

7 LE SERVICE DU ROI COMME SERVICE PUBLIC. — A partir de l'affirmation des États monarchiques européens à la charnière des XV^e et XVI^e siècles, la théorie politique se focalise sur la personne du souverain ; or, très tôt, elle fait l'objet d'analyses très fouillées qui conduiront à reconnaître sa double nature, ce qui permettra à la réalité du service du roi de se transfigurer en service public.

1 / *Le roi comme personne publique.* — C'est paradoxalement la divinisation de l'empereur romain d'Orient sous l'influence de pratiques asiatiques pourtant profondément païennes, qui permit la construction de la conception chrétienne de la monarchie.

A Constantinople l'empereur est *christo basileus*, et comme le Christ selon le credo de Nicée, il a deux natures, l'une humaine, l'autre divine. Cette idée de gémellité se retrouve en Occident, sûrement au XV^e siècle³. Le souverain devient une *persona mixta* avec un corps physique et un corps mystique. La laïcisation de la pensée politique et le retour du droit romain transformeront peu à peu cette vision christologique du prince en une conception juridique dans laquelle il est à la fois personne privée charnelle et personne publique incorporelle et, à ce dernier titre, il est l'image de l'équité et le servi-

1. Sur cette note on ne peut que renvoyer au maître-livre de E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, trad. franç., Gallimard, 1989, qui inspire fortement ce passage.

2. *Ibid.*

3. Voir l'étude de Kantorowicz sur l'anonyme normand des années 1100, *op. cit.*, p. 51.

teur de l'utilité publique¹. Cette distinction est la base de la définition ultérieure de la couronne, distincte de la personne physique du roi, avec tous ses attributs : la possession des choses publiques différente des choses privées, la permanence (le roi ne meurt jamais), la supériorité sur les êtres mortels et notamment celle de ne pouvoir mal faire et de verser « le sang sans culpabilité ». Dans ces conditions le service du roi se dédouble et on distinguera le service de la personne privée du service de la personne publique, qui deviendra ultérieurement celui de la chose publique ou plus simplement service du public.

2 / *Le service du public.* — Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'expression « service du public » désigne les interventions du souverain en faveur de ses sujets. Mais la réalité de cette intervention est bien plus ancienne, l'histoire de la poste en constitue l'exemple le plus caractéristique : Louis XI en 1464 fit établir sur les routes des relais de chevaux fixes (les postes) pour rationaliser et faciliter les communications royales avec les différentes parties du royaume. Les maîtres de postes ne devaient d'abord n'assurer que les courriers du roi puis admirent les plis des personnes privées par souci de commodité et de rentabilité. C'est pour ces mêmes raisons que ce service royal obtint un monopole au XVII^e siècle.

Ainsi le service du roi comme personne publique devint le service de tous les sujets du roi ou service du public. Leur nombre s'accrut quand on se rendit compte qu'il était plus rationnel de remplacer les corvées (impôts en nature) par des impôts en argent afin de rémunérer des agents spécialisés pour faire mieux et plus rapidement le même travail. Le cas de la création du service des ponts et chaussées au XVIII^e siècle est exemplaire.

De cette évolution naquirent les caractéristiques fondamentales de ces services. Ils sont publics à trois points de vue différents. D'abord ils dépendent de la personne publique (le roi) soit directement (la régie) soit par la technique de la ferme très usitée sous l'Ancien Régime qui plonge ses racines dans l'office. Ensuite ils servent le public, c'est-à-dire l'ensemble des sujets du roi pris comme tels. Enfin, ils sont en eux-mêmes des « choses publiques » c'est-à-dire dépen-

1. Kantorowicz, *op. cit.*, p. 85.

dants non pas du roi personne physique mais de la couronne. Dès le XVI^e siècle, l'expression « domaine public » est utilisée comme synonyme de dépendances de la couronne¹. On voit ainsi apparaître les différents aspects du concept de service public que l'on retrouve aujourd'hui.

B - La Révolution

8 LA PLACE SECONDAIRE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC. —

Par rapport à l'Ancien Régime finissant, la période révolutionnaire apporte peu à la notion de service public. En témoigne la diversité, pour ne pas dire la confusion, dans l'emploi de l'expression relevée par J.-L. Mestre. Le service public désigne l'activité d'un citoyen au service de l'État, cette signification est utilisée en matière d'emploi public. Le service public peut aussi décrire une tâche destinée à l'utilité générale, on dira que le « service ecclésiastique est un service public »². Dans un sens plus restreint, le mot service désigne un « secours », c'est-à-dire une prestation fournie à un citoyen. Enfin, l'expression vise aussi « un établissement », « une administration » (par exemple le rapport de Dupont de Nemours du 11 mars 1790 consacré aux postes, « un service public susceptible d'amélioration »). Ce phénomène de polysémie ne doit pas faire oublier que la pensée révolutionnaire, bien que pensée de « crise », a approfondi les bases doctrinales de la notion de service public que lui avait léguée l'Ancien Régime. A partir de 1789, il y a dissociation totale entre la personne physique des gouvernants et l'État, ceux-ci (y compris le roi) deviennent des fonctionnaires au sens large (même comme représentants) et donc des hommes au service de l'État. L'idée de service public s'approfondit jusqu'à devenir l'essence des fonctions publiques et notamment politiques. Ainsi naît l'idée que les institutions publiques dans leur ensemble deviennent service public.

Parallèlement la notion de citoyen remplace définitivement celle de sujet, le lien politique perd donc ce qui lui restait d'allégeance per-

1. Voir J.-L. Mestre, *op. cit.*, p. 253 ; voir le célèbre édit de Moulins de 1566.

2. J.-L. Mestre, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE*, n° 40, 1988, p. 187 et s.

sonnelle, pour devenir exclusivement objectif et public. Le service du public n'est plus seulement le service de tous, de l'ensemble des habitants du royaume, il devient service public c'est-à-dire activité du corps politique (la nation) représenté par l'État, pour ses éléments (les citoyens). A partir de la Révolution, la distinction service particulier / service public devient essentielle à l'existence même de l'État.

On peut donc conclure que, dans ce domaine comme dans bien d'autres, la Révolution a achevé des évolutions antérieures que les fondements doctrinaux de la Monarchie de droit divin avaient empêché de s'accomplir, si bien que, malgré les apparences, la Révolution lègue sur ce point un héritage cohérent.

9 LA COHÉRENCE DE L'HÉRITAGE RÉVOLUTIONNAIRE : DU SERVICE DU PUBLIC AU SERVICE PUBLIC. — La Révolution approfondit les trois éléments antérieurs qui font qu'un service peut être qualifié de public :

- il est l'émanation de la puissance publique (en 1789 de l'État) ;
- ses prestations sont fournies au public ;
- il relève du droit public.

1 / *Une activité de l'État.* — Par essence le service public est activité de l'État (ultérieurement ce sera aussi celle de personnes publiques dites secondaires : collectivités locales, établissements publics). L'État est par définition la chose publique (*res publica*), or le service public étant lui aussi chose publique, le service public c'est l'État. C'est pourquoi cet aspect organique du service public apparaît capital et l'est resté jusqu'à nos jours. Il s'exprime dans la notion de services publics régaliens, c'est-à-dire qui conditionnent l'exercice de la souveraineté. Ce lien fondamental ne préjuge pas du mode de fourniture de la prestation, la personne publique peut y être directement ou seulement indirectement impliquée.

« Le service public peut être aussi un service du public »¹, cette affirmation tirée d'une publication administrative n'est pas qu'une boutade. Le service du public n'est en effet qu'un des aspects de la notion de service public.

1. J. Horowitz, référence de la poste, n° 27, 1989, p. 37.

2/ *Une prestation au public.* — La notion de satisfaction des besoins du public est ambiguë car les services publics principaux ont d'abord été au service du prince et souvent l'organisation et la consistance du service s'expliquent autant par les besoins de l'État que par ceux des individus ; on peut se référer par exemple à l'histoire des réseaux de chemin de fer, service public qui s'explique largement par les nécessités du gouvernement et de la Défense nationale.

Ainsi l'interlocuteur du service public est moins l'individu particulier que le citoyen-administré, moins la personne privée considérée dans sa subjectivité, ses désirs, ses passions, ses faiblesses, que le membre de la collectivité politique étatique, objectivement situé dans cette dernière par le droit en vigueur. Cette caractéristique procède d'ailleurs d'une conception générale de la pensée révolutionnaire pour laquelle le citoyen est le médiateur obligé entre l'individu et le corps social, qu'il soit la garantie de la liberté de la sphère privée comme en 1789, ou qu'il soit la condition de sa réalisation comme en 1793. Ceci apparaît en toute clarté pour certains services publics dont on ne peut dire qu'avec beaucoup d'imagination qu'ils satisfont les besoins de leurs usagers, tels les services pénitentiaires, mais reste vrai dans le cas de services publics dont l'objet est de secourir et de soulager les individus (les services de santé par exemple). Leurs besoins sont toujours appréciés, filtrés, interprétés par la personne publique. En un mot, l'usager du service public n'est pas le client d'un service privé.

3/ *Une relation de droit public.* — Le service public suit le régime juridique des « choses publiques », c'est-à-dire de celles qui relèvent du souverain, d'où l'idée d'un lien essentiel entre le service public et la puissance publique. Mais ce lien est loin d'être univoque, on retrouve pour le service public l'antique problématique du fisc : en quelles circonstances et à quelles conditions est-il soumis au même droit que les particuliers, ou bénéficie-t-il de privilèges de puissance publique ?

Deux thèses seront simultanément soutenues : pour l'une « le fisc se trouve dans les mêmes conditions que le particulier dès lors qu'il ne jouit pas d'un privilège expressément prévu par une loi »¹, pour

1. J.-L. Mestre, *Introduction historique*, op. cit., p. 156 et p. 177.

l'autre qui va progressivement se développer, le fisc, et par extension l'administration publique, va par principe relever de règles spéciales de souveraineté que l'on finira par nommer droit public. Mais la Révolution ne précisera pas si ce droit public dérogoratoire au droit commun est fondé sur l'utilité publique, auquel cas c'est par définition que le service public y serait soumis, ou bien s'il se justifie seulement par les moyens mis en œuvre, rapports d'autorité du souverain aux citoyens-administrés, auquel cas le droit public ne s'appliquerait qu'à certains services ou que dans certaines situations, lorsqu'un rapport inégalitaire est nécessaire.

La période révolutionnaire a ainsi confirmé ce que les dernières décennies de l'Ancien Régime avaient suggéré, à savoir que la notion de service public est indissociable de l'État moderne et du droit administratif comme droit des rapports publics.

II | LE SERVICE PUBLIC DANS LA THÉORIE DE L'ÉTAT : DE L'ÉTAT-GENDARME A L'ÉTAT-PROVIDENCE

10 LE SERVICE PUBLIC SOUS-PRODUIT DE L'ÉTAT-GENDARME. —

L'État-gendarme tel qu'il est issu de la pensée de 1789 n'est pas conçu pour produire des services, s'il le fait c'est accessoirement, de manière conjoncturelle.

1 / *Le statut secondaire des services publics dans l'État-gendarme.*

— Cette constatation découle à l'évidence de l'analyse de la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui en constitue le soubassement, d'ailleurs cette place doit être devinée car l'expression n'y figure pas.

Pour les constituants, l'objet (le but) de l'État est de produire de la liberté (art. 2) et il ne peut y parvenir que s'il est fondé sur une certaine origine : la souveraineté nationale, lointain écho aux théories du contrat social (art. 3).

Dans le droit fil de cette conception générale de l'État dont la légitimité est fondée sur l'origine, la Déclaration insiste sur la loi et ses caractéristiques car c'est elle qui met en œuvre la souveraineté (art. 4 à 11). Ce n'est qu'à partir de l'article 12 que l'on commence à envisager l'exis-

tence d'une administration qui va rendre un certain nombre de services, et encore ne l'aborde-t-on que sous l'angle de la force publique (armée, police), en cohérence avec la conception de l'État comme garantie de la sphère privée. Suivent quatre articles (12 à 15) qui, brochant les caractéristiques de cette administration, dressent implicitement le statut du service public : la force publique « est instituée pour l'avantage de tous et non pas pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée », « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (c'est-à-dire de son activité). On constate que si l'action administrative est dominée par le but fondamental du service public, l'utilité publique, elle, est conçue comme un simple moyen de mise en œuvre de la loi. Les faits corroborent d'ailleurs cette analyse textuelle ; jusqu'à la III^e République les services publics sont extrêmement réduits et concernent précisément les services régaliens (armée, police, fisc), il n'y a guère que la poste et le service des ponts et chaussées qui soient véritablement tournés vers les usagers et encore leur aspect régalien ne doit pas être sous-estimé.

L'uchronie de P. Amssek permet de comprendre comment ces services publics s'insèrent dans la théorie de l'État-gendarme¹. L'auteur imagine un État sans finances, c'est-à-dire sans service public, dans lequel toutes les activités de gestion seraient directement assumées par les citoyens, et les gouvernants se confindraient uniquement dans l'édiction des règles à suivre. Il n'y aurait pas d'enseignement public, d'assistance publique, de transports publics, mais l'État dirigerait l'action privée par des réglementations. Il ferait ainsi assumer par des particuliers toutes les tâches publiques. Cette technique rencontre très rapidement ses limites dans une société développée ; on voit mal comment on pourrait obtenir un réseau routier pratique et cohérent en obligeant les citoyens à le construire et à l'entretenir eux-mêmes. C'est cette constatation qui avait déjà amené Turgot à supprimer la corvée. Pour des raisons d'efficacité l'État doit donc se charger lui-même, par l'intermédiaire d'agents professionnels, d'un certain nombre de tâches sociales indispensables mais limitées, telle est la place du service public dans l'État libéral ; c'est un ensemble de fonctions que l'État doit entreprendre pour des raisons pratiques

1. Voir « Peut-il y avoir un État sans finances ? », *RDP*, 1983, p. 267 et s.

parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être assumées par l'initiative privée, par le jeu de l'échange, « non susceptibles de rémunération » écrira Leroy-Beaulieu¹. Les services publics ne sont que les activités hors marché. Ces tâches restent subordonnées à ce rôle essentiel de l'État de 1789 qui est de préserver la liberté de tous en fixant des bornes à celle de chacun, tâche noble qui relève non pas des services publics mais de la police.

2/ *Police et service public dans l'État-gendarme.* — Ce qui caractérise la police en tant que moyen d'action publique c'est la réglementation de l'activité des particuliers en vue de limiter leur liberté d'action et ce dans le but final de maintenir une vie sociale relativement paisible, l'ordre public selon la terminologie traditionnelle. On rejoint ainsi la définition classique de F.-P. Bénéot : « Il y a procédé de police lorsqu'une autorité administrative est investie d'une compétence lui permettant de réglementer certaines activités ou rapports de particuliers. »² De cette définition découlent ses caractéristiques principales. Il s'agit d'une activité juridique dont les aspects matériels sont secondaires (édiction de la règle, rappel de la règle), préventive c'est-à-dire destinée à empêcher que les activités des particuliers considérées comme néfastes perturbent l'ordre social (rappelons que la sanction de ces activités relève de la police judiciaire).

La police se distingue donc bien du service public qui consiste à mener une action concrète qui va s'insérer dans la réalité sociale et la modifier. Cette distinction est pertinente à condition d'être bien comprise.

Les concepts de police et de service public sont d'abord des « types idéaux » d'activités au sens de Max Weber ; ils ne décrivent pas la diversité des interventions publiques dans la société, ni ne constituent une typologie des différentes fonctions administratives comme on en rencontre en science administrative (ainsi les fonctions de prestation et de réglementation). La police ne se réduit pas à une réglementation ; celle-ci doit être mise en œuvre par des actes individuels et

1. P. Leroy-Beaulieu, *L'État moderne et ses fonctions*, 1902.

2. Voir *infra*, bibliographie n° 39. Cette définition est beaucoup plus précise que celle fondée sur le but : maintien de l'ordre public, pourtant dominante.

des opérations administratives, de même la prestation de service public implique une réglementation du service.

Cette distinction présente surtout l'intérêt de refléter la théorie générale de l'État limité, héritée de la pensée de 1789. Elle exprime l'idée fondamentale que la liberté des individus reste la règle mais qu'elle doit être limitée dans l'intérêt de la société tout entière. En ce sens, la police est le procédé d'intervention essentiel, fondamental, de l'institution étatique esquissée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le service public au contraire, activité sociale (au sens large) qui pourrait concurrencer la libre initiative des individus, doit être contenu dans des limites telles que cette dernière ne soit pas mise en péril. En ce sens, le service public est toujours une activité accessoire (au plan doctrinal et dans la pratique de l'État libéral).

Ces données théoriques produisent des conséquences limitées¹ mais réelles dans le droit positif contemporain, alors que cette conception de l'État libéral est depuis longtemps abandonnée.

— L'intervention de police est toujours obligatoire pour l'administration alors que la création d'un service public ne l'est pas (CE, 23 octobre 1959, Doublet, *RDP*, 1959, p. 1235). Toute carence entraîne la responsabilité de la personne publique (CE, 14 décembre 1962, Doublet, *AJDA*, 1963, p. 101).

— Une personne publique ne peut jamais aliéner son pouvoir de police par contrat avec un particulier (CE, 8 mars 1985, Les Amis de la Terre, *AJDA*, 1985, p. 382, police de l'environnement); même quand ce particulier est gestionnaire contractuel d'un service public, la personne publique responsable garde l'exercice et la responsabilité de la police administrative générale (CE, 23 mai 1958, Amoudruz, *R.*, p. 302; même si une commune concède l'exploitation d'une plage à un particulier, elle conserve la charge de la sécurité des baigneurs).

— L'acte de police ne peut jamais créer de droits acquis.

Si dans la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'État cette distinction police - service public tend à être minimisée - pour la Haute Juridiction la police est souvent présentée comme un service public (par exemple, CE, 9 octobre 1970, sieur Gaillard, *RDP*, 1970,

1. Voir D. Linotte, *La police administrative existe-t-elle ?*, PU d'Aix-Marseille, Economica, 1985.

p. 1445) – c'est que précisément le soubassement théorique sur lequel elle reposait a été abandonné !

11 LE SERVICE PUBLIC, ACTIVITÉ FONDAMENTALE DE L'ÉTAT-PROVIDENCE. — L'État-providence s'est manifesté en France par l'accroissement considérable du nombre et de l'importance des services publics dès le début de la III^e République, ce qui frappera des contemporains comme L. Duguit et M. Hauriou¹.

1 / *La multiplication des interventions administratives dans la vie sociale.* — Au lendemain des luttes qui les avaient portés au gouvernement, les républicains voulurent d'abord asseoir leur pouvoir et ensuite donner des gages à des couches de la population restées pendant longtemps à l'écart des avantages prodigués par l'État mais qui rapidement les revendiquèrent, d'autant que par le biais du suffrage universel définitivement débarrassé des pratiques de la candidature officielle, elles allaient devenir électoralement influentes. Ainsi, à partir de 1880, les gouvernants créent le service public de l'instruction publique, puis le service d'assistance médicale (loi du 16 juillet 1893), la loi du 15 février 1902 codifie les interventions publiques en matière d'hygiène et de santé. Apparaissent, en 1890, la première organisation générale de lutte contre l'incendie, en 1910, les premiers bureaux de placement gratuits et subventionnés.

Parallèlement, l'action des collectivités locales s'intensifiait avec le mouvement dit du socialisme municipal que le Conseil d'État freinera sans le faire disparaître².

Dans le même temps, le progrès technique provoquait la création de nouveaux services publics (distribution de l'eau potable, puis du gaz, enfin de l'électricité) ou le développement de services publics plus anciens : la poste (avec l'accroissement de la mobilité sociale et du nombre de personnes sachant lire et écrire), les chemins de fer (troisième réseau Freycinet), le réseau routier, notamment vicinal. Ce phénomène allait provoquer un véritable basculement de la fonction administrative dans l'État. Celle-ci, considérée dans la théorie de

1. Alors que l'expression date de la seconde guerre mondiale par traduction de l'expression anglaise *Welfare State*.

2. Sur le socialisme municipal, voir J.-J. Bienvenu et L. Richer, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 1984, p. 205 et s.

l'État de 1789 comme une activité d'exécution des lois, était à ce titre une activité subordonnée, tant au législateur qu'au juge qui en dernier ressort détient la vérité légale. Cette subordination, qui sera plus tard magistralement étudiée par Carré de Malberg¹, correspondait à un état de fait dans l'État-gendarme (du moins si on exclut les périodes de dictature napoléonienne) tant qu'exécuter la loi signifiait prendre des textes d'application, c'est-à-dire rendre ses dispositions exécutoires. Mais exécuter la loi signifie aussi, par extension, l'appliquer dans la vie sociale, l'accomplir, la transformer en action. Dans l'État-gendarme, l'exécution des lois prise en ce sens appartient aux administrés eux-mêmes qui suivent ses indications ou ses prescriptions, et l'action administrative n'est que seconde, soit pour rappeler aux individus le contenu de la loi, soit pour les empêcher matériellement de l'enfreindre ; c'est toute la signification de la notion de police administrative². Dans l'État-providence, cette application concrète de la loi devient principalement l'œuvre de l'administration elle-même ; ainsi le législateur prévoit l'obligation scolaire et impose en même temps à l'administration de créer au moins une école primaire par commune et donc de bâtir des locaux, de recruter des agents, etc.

Dès lors, la notion même d'administration change, elle ne consiste plus principalement à prendre des actes juridiques subordonnés, elle est comprise comme la fonction de l'État qui agit concrètement et, qu'on le veuille ou non, apparaît comme sa fonction principale, celle qui le rend effectif.

Dès lors, le service public, terme par lequel on exprime cette activité matérielle de l'État, devient le symbole même de l'administration. Concrètement, l'administration est service public, ce qui ne va pas sans poser un redoutable défi à l'État limité.

2 / La problématique des services publics dans l'État limité. — On a vu que la théorie de l'État libéral de 1789 repose sur une certaine conception des limites de l'État dans la vie sociale : il doit se borner à garantir la sphère de liberté de chacun, fixée par la loi et donc la paix sociale (État-gendarme). A partir du moment où il dépasse ce rôle

1. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920 (réédition photomécanique du CNRS, 1962).

2. Voir *supra*, n° 10.

pour se substituer à l'action individuelle, les bornes de l'État sont franchies et désormais, à en croire la sagesse des nations, il n'y a plus de limites, c'est-à-dire de repère. La problématique du service public dans l'État limité est ainsi posée, elle se développe tant au niveau de la théorie générale de l'État qu'à celui de la pratique juridique.

a) Au niveau de la théorie générale de l'État, le problème est de savoir quelle dose de services publics l'État libéral-limité peut accepter sans changer de nature. C'est la recherche constante et infructueuse de l'État « minimal » ou « minimalitaire ». D'un côté, un certain nombre de services publics sont soit nécessaires à l'existence même de l'État libéral (services régaliens), soit utiles au bien-être des populations (assistance, éducation, hôpitaux, etc.) surtout si l'initiative privée est défaillante ; mais d'un autre côté, la multiplication des services publics risque de compromettre la liberté individuelle par les contraintes qu'ils imposent¹. Selon le mot de P. Amselek : « Il y a des seuils d'entropie qu'il faut essayer de ne pas dépasser "car" ce qui est commode et attrayant à un certain degré (le service public) peut devenir beaucoup moins commode et attrayant à un degré trop élevé. »² Le problème naît de ce que ce seuil est difficile à fixer et ne fait pas l'objet d'un consensus général, même parmi les défenseurs de l'État limité de 1789. Il incombera souvent au juge administratif, juge de l'action administrative, d'arbitrer le débat à l'aide de concepts aussi flous que généraux comme celui d'intérêt public³.

b) Au niveau de la pratique juridique : dans l'État libéral-limité de 1789, la subordination de la fonction administrative s'exprime dans le principe de la légalité. L'action administrative n'est légalement possible que dans les limites préalablement fixées par les lois interprétées par le juge. La multiplication des services publics comme entreprises de prestations matérielles va remettre en cause cette subordination en modifiant les données de la dialectique du droit et du fait, au sein de la fonction administrative. Le but du service public est moins de respecter le droit en soi que de fournir les prestations, certes prévues par les textes, mais surtout efficaces ; d'ailleurs, à partir de l'arrêt Blanco le développement de la responsabilité des personnes

1. Sur ce point, voir P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, n° 1, 1985, p. 7.

2. P. Amselek, *RDPA*, 1983, précité, p. 282.

3. Voir *infra*, n° 25.

publiques « du fait des personnes qu'elle(s) emploie(nt) dans le service public » (arrêt Blanco) va mettre l'accent sur cette exigence. Or, l'étude de la responsabilité montre que le non-respect des textes y a moins d'importance que les insuffisances des comportements matériels, l'évolution de la responsabilité sans faute et des obligations de résultat le montre¹. Autrement dit, la recherche de l'efficacité tend à supplanter le respect de la légalité et en cas de conflit il paraît vraisemblable que la première l'emporte (mieux vaut une illégalité qu'un mauvais résultat). Là encore, le juge administratif devra trancher cas par cas ce dilemme qui ne reste pas sans influence sur la théorie de l'État libéral². C'est dire que ces débats sur la place du service public dans la théorie de l'État se répercutent sur la construction du droit administratif.

III | LE SERVICE PUBLIC DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF

12 LA THÉORIE DES ACTES D'AUTORITÉ ET DES ACTES DE GESTION ET LA DIVISION DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC. — Le juge administratif fut avant que le droit administratif soit comme construction autonome distincte du droit privé. Dès lors, un des premiers problèmes posés par la dualité des juridictions fut la répartition du contentieux. Alors qu'elle s'était faite de manière contingente, voire anarchique sous l'Ancien Régime, elle fut fondée à la Révolution sur le principe de la séparation des pouvoirs, interprétée à la manière française³ (loi des 16-24 août 1790). Cependant, ce principe, dans sa généralité, ne fournissait pas de règles concrètes pour procéder à ce partage de compétences. Après les avoir recherchées dans des textes spécifiques, souvent très sollicités (comme la notion d'État-débiteur fondée sur un texte du 5 novembre 1790), le juge et la doctrine s'orientèrent vers la construction d'un critère général de compétence

1. Voir *infra*, n° 116.

2. Sur ce problème, voir A.-S. Mescheriakoff, « Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative : le cas français », *RISA*, 1990, n° 2.

3. Sur ces questions, voir Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^e éd., p. 293 et s.

susceptible d'expliquer rationnellement le partage des affaires entre les deux ordres de juridictions et de fournir au juge une référence pour trancher les cas difficiles¹. Ce premier critère général de compétence fut celui des actes d'autorité et de gestion fondé sur la conception de l'État limité de 1789.

1 / *La dualité État-puissance publique, État-personne civile.* —

Cette dualité ne peut se comprendre que si l'on remonte à l'idée fondamentale de 1789 d'État-limité, bien exprimée par Sieyès lorsqu'il oppose la République à la ré-totale². Autrement dit, l'État ne gère pas la totalité de la vie sociale mais seulement la partie publique dans laquelle se meut le citoyen, garant de la liberté de l'individu privé. Dans la sphère publique, l'État se comporte « non comme une personne susceptible de relations subjectives avec des tiers »³, mais comme une institution formant une « individualité objective »⁴, « comme un ensemble de situations établies, équilibré avec un pouvoir de domination »⁵. Cette domination, c'est la puissance publique par laquelle l'institution étatique, au moyen d'actes d'autorité, impose aux citoyens-administrés les règles de vie sociale auxquelles ils sont astreints. Ces actes d'autorité établissent en quelque sorte une discipline interne au groupe, qu'ils émanent du législateur ou de l'administration. Par le fait même que cet espace public n'englobe pas la totalité sociale, l'État peut et doit entrer en relation avec les individus pris comme personnes privées. Dès lors ces individus ne sont plus considérés comme citoyens-administrés, membres de l'institution étatique, mais comme personnes juridiques entretenant des relations avec une autre personne juridique : l'État-personne civile.

Ces relations sont menées grâce à ce que la doctrine du XIX^e siècle appelle les actes de gestion. On voit comment cette distinction acte d'autorité / acte de gestion était susceptible de garantir la limitation de l'État ; dans la sphère des relations privées l'État est une personne civile égale aux autres sans aucun privilège de puissance publique. Ses actes

1. Sur les raisons théoriques de la construction d'un critère général de compétence, voir Pour aller plus loin, n° 34.

2. Cité par M. Prélot et G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Précis Dalloz, 5^e éd., 1975, p. 436.

3. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., p. 500, et Carré de Malberg, *Contribution, op. cit.*, t. 1, p. 253.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

de gestion, il les accomplit « comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine »¹ et il engage sa responsabilité civile. La personnalité morale est au contraire étrangère aux actes d'autorité qui ne sont régulés que par des mécanismes internes à l'institution étatique tels que le recours pour excès de pouvoir.

Comment distinguer actes d'autorité et actes de gestion ? Ces derniers ont « pour objet ou pour résultat de conserver, de diminuer ou d'augmenter un patrimoine »². Il en va évidemment ainsi des actes de gestion du domaine privé, mais aussi, selon Berthélémy, de l'administration des chemins de fer de l'État et plus largement de tous les actes juridiques ordinaires « qui ont pour résultat d'établir des rapports de droit civil entre des personnes »³. « Tous les actes faits dans de tels services sont des actes de gestion. »⁴ L'énumération précédente montre que la notion de service public n'intervient pas en tant que telle dans la distinction acte d'autorité / acte de gestion mais qu'elle les concerne directement.

2 / *Le service public : notion écartelée entre l'autorité et la gestion.*

— La question de savoir si les services publics gérés par l'État l'étaient au titre de la puissance publique ou à celui de l'État-personne civile agita la doctrine et la jurisprudence. Il semble qu'au début du XIX^e siècle l'État-personne civile se réduisait à la gestion du domaine. Cette vision découlait de la situation de l'époque où la plupart des services gérés par l'État relevaient de la notion de souveraineté (armée, administration centrale) et où les collectivités locales étaient considérées comme des personnes privées. Cependant, avec l'accroissement du nombre des services gérés et surtout des chemins de fer, il devenait impossible de ranger les actes d'administration des services publics dans les actes d'autorité, notamment à cause de l'irresponsabilité de l'État qu'ils impliquaient. Aussi la doctrine eut-elle tendance à considérer que la gestion des services publics entraînait dans la sphère des actes de gestion (État-personne civile). En témoigne la définition de Laferrière : les actes de gestion sont « ceux que l'admi-

1. H. Berthélémy, *Traité*, 7^e éd., 1913, p. 39.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

nistration accompli en qualité de gérant et d'intendant de services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté»¹.

Le basculement des services publics du côté de la gestion privée ne pouvait cependant pas être total. En effet, la création et le fonctionnement des services publics n'impliquaient pas seulement des actes qui « n'excèdent pas » les facultés « que les citoyens possèdent en vertu du droit privé » et que peut accomplir par exemple une compagnie concessionnaire (de chemin de fer), ils peuvent aussi impliquer des actes « comportant une prescription, une défense »², bref des actes d'autorité (expropriation pour les besoins d'un service public par exemple, détermination des personnes bénéficiaires, etc.). Ainsi l'activité de service public est partagée, « éclatée » entre les actes d'autorité et les actes de gestion, concrètement entre le droit public et le droit privé, entre le juge administratif et le juge civil, en témoignent les hésitations et les revirements de la jurisprudence de l'époque, notamment les désaccords entre le Conseil d'État et la Cour de cassation sur le régime applicable à la responsabilité du fait des services publics, mais aussi les contradictions du Conseil d'État lui-même³. Cette incertitude sur le droit applicable et le juge compétent en matière de services publics va paraître insupportable avec la multiplication de ces derniers ; c'est dans ce contexte que se situent l'arrêt Blanco et l'apparition du critère du service public.

13 L'ARRÊT BLANCO ET LE CRITÈRE DU SERVICE PUBLIC. — On sait que l'arrêt Blanco a été quasiment ignoré par la doctrine pendant trente ans (notamment par le grand Laferrière) et qu'il ne fut redécouvert qu'au début du XX^e siècle surtout par Romieu. En effet, l'arrêt Blanco est moins important par ce qu'il dit, et qui avait déjà été affirmé auparavant (notamment dans l'arrêt : CE, Rotschild, 6 décembre 1855), que par le contexte dans lequel il a été rendu.

1 / Le contexte historique. — Le juge administratif français contemporain est fils de Bonaparte, ce qui constituait au XIX^e siècle, aux yeux tant des monarchistes que des libéraux, une tare originelle,

1. Voir sur toute cette question Auby et Drago, *op. cit.*, n° 331.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

qui devint menaçante pour son existence dès la chute de l'empire, mais surtout sous la Monarchie de Juillet et le gouvernement provisoire de 1870. De ces circonstances difficiles est née la volonté du Conseil d'État d'asseoir sa compétence juridictionnelle sur des bases compatibles avec les principes républicains (qui deviendront plus tard la tradition républicaine) et ainsi de mieux se défendre contre les empiètements des juges judiciaires sensibles dans la première moitié du XIX^e siècle¹. Les critères de compétence en usage ne pouvaient pas répondre à cette nécessité, aussi bien ceux tirés des différents textes révolutionnaires que celui, plus élaboré, des actes d'autorité et de gestion.

C'est dans ce contexte plutôt difficile pour le juge administratif que la notion de service public apparut comme le critère de compétence rêvé ! Progressivement le Conseil d'État affirma que les droits et les obligations nés de l'exécution des services publics ne peuvent être soumis aux règles du Code civil. Dès lors, non seulement la compétence du juge administratif était fondée sur des considérations techniques apparemment solides (la compétence suit le fond), mais surtout son existence reposait désormais sur une base moderne (développement considérable des services publics et naissance progressive de l'idée d'État-providence) et valorisante (le service et non plus la domination). On sait comment l'arrêt Blanco a été rendu par le tribunal des conflits nouvellement recréé, sur arbitrage du Garde des sceaux, le républicain Dufaure ; la juridiction administrative en quelque sorte se républicanisait. Mais pour que le service public devienne le formidable instrument de promotion du juge et du droit administratifs, il fallait que la distinction acte d'autorité / acte de gestion qui le traversait fût abandonnée, ce qui devint possible à la fin du XIX^e siècle.

2/ *Le contexte intellectuel : la théorie de l'unité de la personnalité de l'État.* — Cette théorie a été magistralement exposée par Carré de Malberg mais elle est née dans la deuxième moitié du XIX^e siècle lorsque apparaît la notion de personnalité morale². Elle affirme que l'État

1. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 331.

2. Sur ces questions, voir Carré de Malberg, *op. cit.*, t. 1, chap. 1 : « Théorie de la personnalité de l'État ».

est une unité juridique personnifiant la nation en ce qu'il lui donne une organisation capable d'une volonté. Dès lors l'État-nation devient sujet de droit. La puissance publique doit être envisagée comme l'ensemble des droits dont le sujet actif est la personne morale État, et le sujet passif les individus soumis à son pouvoir. Cette théorie suppose donc que l'on puisse distinguer le citoyen élément de cette collectivité organisée État, sujet actif de la puissance publique et l'administré sujet passif pour qui « son opposition individuelle ne l'affranchit pas de l'empire de la volonté commune : en cela même consiste finalement sa sujétion »¹. Si la théorie de l'unité de la personnalité juridique de l'État a triomphé de la conception dualiste² c'est qu'elle permettait d'expliquer de manière plus satisfaisante les rapports contractuels de l'État et ses obligations quasi délictuelles qui se multipliaient avec l'accroissement du nombre des services publics. Carré de Malberg remarque que l'État ne saurait à la fois et dans la même affaire exciper de sa qualité de contractant pour exiger de la partie qui a traité avec lui l'exécution intégrale du contrat (acte de gestion) et se prévaloir de sa puissance souveraine pour méconnaître envers cette même partie les clauses contenues dans le contrat (acte d'autorité). La notion de contrat de l'administration permise par l'unité de la personnalité juridique de l'État allait permettre d'asseoir une théorie du contrat administratif mieux adaptée aux nécessités des services publics³. Le recul, puis l'abandon de la distinction acte d'autorité / acte de gestion allaient laisser le champ libre au nouveau critère de compétence du juge administratif : le service public.

3 / *Les équations fondamentales de l'arrêt Blanco*. — Le commissaire du gouvernement David qui inspira la solution Blanco commence par se situer dans le cadre classique de la doctrine dominante en distinguant l'État-puissance publique de l'État-personne civile⁴, mais au lieu d'assimiler puissance publique et acte d'autorité, il explique que l'État-puissance publique est celui qui est « chargé d'assurer la marche des divers services administratifs »⁵ qu'il appelle aussi

1. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 251.

2. H. Berthélémy, *op. cit.*, p. 39.

3. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 219.

4. *D.*, 1873. III. 17, et *S.*, 1873. III. 153.

5. *Ibid.*

services publics. Il précise par ailleurs qu'ils constituent l'ensemble des opérations des corps administratifs autrement dit l'administration. David pose donc l'équation fondamentale qui servira de support au critère du service public : service public égale corps administratifs, égale affaires administratives, égale puissance publique, égale compétence du juge administratif. Cette équation exclut l'État-personne civile (relevant du droit commun) que sont l'État propriétaire et l'État contractant (ordinaire).

Dire que l'État-puissance publique c'est l'État gérant les services publics, c'est introduire la notion de gestion publique à côté de celle de gestion privée et identifier gestion publique et gestion des services publics.

Pour décrire ce système Eisenmann parlera de monisme¹ car l'administration ne relève que d'un seul droit : le droit administratif, fondé sur une seule cause : le service public.

Certes, David reconnaît qu'il existe des exceptions à cette compétence administrative, et de citer les douanes, les chemins de fer, mais selon lui « ces exceptions ne font que confirmer la règle de notre droit public qui place dans le domaine naturel de la compétence administrative toutes les réclamations formées contre l'État à raison des services publics ». Elles s'expliquent par une sorte de fiction légale par laquelle le législateur considère comme privée une activité de service public². Le système Blanco plaçait donc le service public, comme concept juridique, au cœur de la construction du droit administratif français.

4 / *L'utilisation de la jurisprudence Blanco.* — Si le service public comme critère de compétence était un formidable instrument entre les mains du juge administratif, encore fallait-il s'en servir !

Des études récentes ont montré qu'il a surtout servi à unifier le contentieux de l'administration au profit du juge administratif et du droit administratif considéré comme un droit exorbitant du droit commun³.

1. Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif, Définition et structure du droit*, op. cit., infra, n° 39, t. 1, p. 529 et s.

2. Voir l'analyse Marguene sur l'arrêt CE, 1891, Vergnioux c/ Administration des chemins de fer de l'État, S., 1891. III. 1.

3. Voir notamment, J.-C. Douence, « Les services publics locaux », *Dalloz, coll. loc.*, n° 6020.

Ainsi, au plan historique, la notion de service public permet d'intégrer dans le contentieux administratif les litiges concernant les collectivités locales. Les arrêts Terrier (CE, 6 février 1903, *GAJA*, n° 12), Feutry (TC, 29 février 1908, *GAJA*, n° 20) ont joué ici un rôle capital et c'est avec l'affaire Thérond (CE, 4 mars 1910, *GAJA*, n° 24) que, grâce à la notion de service public, elles ont été pleinement intégrées dans la fonction administrative. Par ailleurs, la référence au service public sert surtout à accroître les compétences de l'administration face à ses agents (CE, 7 août 1909, Winkell, *GAJA*, n° 23), à ses cocontractants (CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen, *GAJA*, n° 9) et même à ses usagers (CE, 21 décembre 1906, Croix de Seguey-Tivoli, *GAJA*, n° 17). Cet ensemble d'arrêts constitue le socle du droit administratif et exprime le triomphe du critère du service public. Mais ce triomphe allait être de courte durée.

14 L'ÉCLATEMENT DU RÉGIME JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC. — A presque un siècle de distance on a l'impression que le juge administratif lui-même fut effrayé de l'instrument qu'il avait forgé.

C'est en effet le commissaire du gouvernement Romieu qui porta le coup décisif au système Blanco fondé sur la place exclusive du service public dans le droit administratif.

1/ Les dangers de la jurisprudence Blanco. — L'application du droit administratif, droit de la puissance publique, était liée à la présence du service public. Or, le juge n'a jamais défini quelles étaient les limites de la notion. Dans le meilleur des cas, il se borne à expliquer pourquoi telle ou telle activité déterminée peut être qualifiée de service public; en général, il considère qu'il en va ainsi pour l'exercice des compétences des personnes publiques prévues par la loi ou plus largement exercées dans l'intérêt général, ce qui lui laisse une marge d'appréciation considérable (voir par exemple les affaires Terrier et Therond). Celle-ci s'est encore accrue lorsqu'il conféra la qualité de service public à des activités de personnes privées. Les critères en fonction desquels il reconnaît alors la présence d'un service public se caractérisent par leur imprécision¹.

1. Voir *infra*, n° 29 et 32.

Par le caractère subjectif de la notion de service public, le critère du même nom permettait au juge d'étendre d'une manière potentiellement illimitée la sphère des régulations publiques au détriment des régulations privées. Cette conjecture était d'autant moins mythique que l'époque connaissait de fait un accroissement de l'intervention administrative dans la vie sociale. La notion d'État limité, qui depuis 1789 reposait sur la distinction public-privé, se trouvait donc remise en question. Le cri d'alarme de M. Hauriou « on nous change notre État », lancé en 1900 (voir note sous l'arrêt Association syndicale du canal de Gignac, *S.*, 1900.III.49), reflète bien cette préoccupation, d'où la volonté de limiter l'empire du droit public à l'intérieur même de la sphère des services publics.

2/ La rupture de 1903 : la possibilité d'une gestion privée des services publics. — Sous le triomphe apparent du critère du service public dans l'arrêt Terrier, se prépare en réalité son déclin par les conclusions Romieu.

Dans cette affaire trop connue pour être exposée, Romieu commence par se situer dans les perspectives de l'arrêt Blanco : « Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative et relèvent à défaut d'un texte spécial du Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux administratif » (*D.*, 1904.III, p. 66).

Mais rapidement il va obliquer vers des horizons nouveaux. La dérive se situe sur un double plan, celui de vocabulaire, puis au fond. Sur le plan du vocabulaire, Romieu commence par changer le sens des mots. Il dissocie les notions de puissance publique et de service public qui dans la pensée de David étaient indissolublement liées. Il oppose le sens ancien du mot puissance publique à la signification nouvelle dont il se fait l'apôtre.

Dans la pensée de David, explique-t-il, la puissance publique désigne l'État dans tous les cas où l'administration intervient autrement que comme personne privée. Aujourd'hui, dit-il en s'adressant au Conseil d'État, « vous avez l'habitude depuis un certain temps déjà, de réserver les mots de puissance publique pour les actes d'autorité et de commandement ». Dès lors, comme il est évident que les ser-

Il est possible d'avancer que même pour le cas où le GIP serait considéré comme une personne privée, il resterait un mode de gestion public des services publics. Le « grand fossé » dont parle D. Lorrain (*op. cit. supra*, n° 153) n'est certainement pas supprimé mais ses contours deviennent singulièrement tourmentés.

3 / *Ce nouveau mode de gestion des services publics a peut-être raté son entrée sur la scène administrative.* — La procédure de création est trop longue, son fonctionnement trop lourd.

C'est pourquoi son utilisation reste peu fréquente. A la date du 19 mars 1986, F. Rohmer-Benoit en dénombre 18, aujourd'hui on peut raisonnablement estimer qu'ils ne sont pas plus du double, ce qui reste confidentiel au regard du nombre d'établissements publics ou des personnes privées habilitées. Leur création est intervenue dans une période de regain administratif en France (1981-1983) et il est probable que cette structure devra être « déréglémentée » si l'on veut la pérenniser.

Index analytique¹

Actes d'autorité et actes de gestion : 12.
adaptation : 79-85.
affaires locales : 53.
affermage : 173, 176, 177.
agents publics : 90.
Associations (L. 1901) : 128, 146.
association (l' — au service public) : 128.
autonomie des établissements publics : 165.
Autorité organisatrice : 138.

Blanco (arrêt) : 13, 14.
bloc de compétence : 110.

Cahier des charges : 130, 144.
candidat (à l'usage des services publics) : 106, 109.
catégories de services publics : 19, 20, 21.
catégories d'usagers : 66, 68.
cession d'habilitation : 142.
chef de service : 52, 76.
client (du service public) : 126.
collaborateur bénévole et occasionnel : 46, 139, 151.
commercialisation des produits administratifs : 103.
communication des documents administratifs : 92.
conceptions objectives et subjectives du service public : 19, 25.
concession de mine : 128, 174.

concession de service public : 134, 173, 174, 175.
concurrence (service public et —) : 87, 175.
continuité des services publics : 73-78.
contrats : 83, 108, 129, 137, 138, 144, 182 et s.
conventionnement : 113, 129, 137, 161.
création des services publics : 43-60.

Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen : 63.
délégation de service public : 134, 138, 139, 140, 141, 173.
devoir de réserve : 120.
droits acquis (des usagers) : 83.
droit à la différence : 67.
droit européen (ou droit communautaire) : 27, 40, 88, 134.
Duguit (les idées de) : 15-19, 22.

École du service public ou école de Bordeaux : 19.
efficacité des services publics : 84.
égalité (principe d' —) : 64-72.
égalité dans le service public : 68, 72.
— devant le service public : 65, 67.
— par le service public : 68.
entreprise : 26, 127.
équation financière (de la concession) : 175.

1. Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.