

GASTON JEZE

ET LE SERVICE PUBLIC

On ne peut dire que l'œuvre de Gaston Jèze ait suscité de nombreux commentaires doctrinaux : aucune thèse consacrée à l'auteur, pas de Mélanges. Simplement, deux notices à la *Revue de Droit Public*, en 1953, dont l'une du Professeur Marcel Waline. Surtout, une analyse critique du Professeur Charles Eisenmann dans son cours de doctorat de 1951-1952 consacré à la définition et à la structure du droit administratif.

Au total et en première impression, à prendre connaissance de cette étude et des observations contenues dans certains ouvrages, le sentiment, s'agissant de notre sujet, que non seulement les analyses du droit positif de Gaston Jèze auraient été infirmées par la jurisprudence ultérieure mais, ce qui est plus grave, qu'elles auraient été inexactes dès le départ, qu'elles n'auraient en d'autres termes jamais correspondu à l'état de ce droit.

On a pourtant quelque difficulté à concevoir que celui qui ambitionnait simplement de constater les faits et de les classer, qui a scrupuleusement annoté à la *Revue du Droit Public* les grands arrêts intervenus au début de ce siècle, ait pu se tromper à ce point.

Les pièces du dossier sont à la vérité peu nombreuses : les *Principes Généraux du droit public français*, l'article sur le service public publié à *Revista de drept public*, surtout ses notes à la *Revue du Droit Public*, singulièrement sous les arrêts Feutry de 1908, Théron de 1910, Société des Granits de 1912, Gheusi de 1923, Société générale d'armement de 1921 et Mélinette de 1933.

A la lecture de ces notes, on est frappé par deux traits de caractère. Et tout d'abord, par un très grand empirisme éloigné de tout esprit de système. Témoin, les réflexions que lui inspirent les interprétations successives de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Dans son commentaire de l'arrêt Théron du 4 mars 1910, il rappelle qu'aucune loi ne s'étant jamais donné la peine de dire à quoi l'on reconnaît un acte de l'administration et les tribunaux ayant eu à suppléer au silence du législateur, trois interprétations ont depuis 1790 successivement prévalu : au début, pour les raisons politiques qui avaient fait poser la règle, on entendit par acte de l'administration tout acte émanant d'un agent administratif. Lorsque ces raisons se furent atténuées, on

décida que l'acte administratif, au sens de la règle de la séparation, était celui qui émanait de l'administration et qui était d'une nature spéciale, différente de celle des actes accomplis par les simples particuliers ; en d'autres termes, on distingua entre les actes de puissance publique et les actes de gestion. A partir de 1903, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits vont avec les arrêts Terrier, Feutry et Théron faire prévaloir une autre interprétation : les tribunaux administratifs sont faits pour appliquer les règles spéciales du droit administratif. Or, ces théories se rattachent au fonctionnement des services publics. Dès lors, l'acte d'administration, au sens de la règle, est l'acte d'un agent administratif accompli à l'occasion d'un service public.

Et voici sa conclusion : « Les trois arrêts Terrier, Feutry, Théron forment les étapes essentielles de la nouvelle interprétation donnée à la vieille règle si imprécise de la séparation. Quel est l'avenir de cette règle ? Celui qui se borne à constater les faits et à les classer dira simplement que jusqu'ici il y a eu trois significations successivement données à la formule vague et énigmatique des lois de 1790 et de l'an III. Il n'y a absolument rien d'impossible à ce que des idées nouvelles amènent une quatrième interprétation ».

Et dans son commentaire de l'arrêt Feutry à propos de la thèse du Conseil d'Etat selon laquelle la compétence administrative découle de la notion de service public : « La thèse du Conseil d'Etat donne-t-elle une interprétation exacte de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire ? J'avoue pour ma part n'en rien savoir. On peut faire dire à la règle tout ce que l'on veut et l'on n'y a pas manqué au cours du XIX^e siècle ».

Second trait caractéristique, à l'opposé lui aussi de tout esprit de système ; l'idée, ce sont les formules mêmes que Jèze utilise dans son commentaire de l'arrêt Société des Granits, que « le service de la justice est organisé pour les plaideurs et non pour les juges ou pour les avocats, avoués, etc. ». Pour Jèze, les deux qualités essentielles d'une bonne organisation juridictionnelle sont la simplicité et la rapidité. Toute règle de compétence difficile à interpréter, à comprendre, est mauvaise. Elle expose les plaideurs à des erreurs et par conséquent à des pertes de temps et d'argent. Dans l'affaire Société des Granits, le litige avait commencé en 1907. Or, le 31 juillet 1912, cinq ans après, où en étaient les plaideurs ? Ils savaient une seule chose : c'est qu'ils s'étaient trompés sur la juridiction compétente et qu'il leur fallait tout recommencer devant les tribunaux judiciaires. « Un pareil résultat juge un système ». « Sans doute, lorsque les tribunaux administratifs n'offraient pas aux plaideurs des garanties sérieuses d'impartialité, paraissait-il nécessaire de faire des distinctions dont le résultat était de procurer aux plaideurs des juges plus impartiaux. En 1912, les deux ordres de juridictions offrent des garanties aux justiciables. Il n'y a plus aucune espèce

d'intérêt pour personne à ce que le contentieux d'un marché de fournitures soit jugé par le Conseil d'Etat ou par les tribunaux judiciaires: La chose qui importe, c'est que les procès soient jugés vite ».

Il est douteux qu'un esprit aussi proche des réalités, aussi sensible aux évolutions se soit lourdement trompé sur l'interprétation du droit positif. Aussi bien, essaierons-nous de montrer que loin d'être en retard sur son temps, Jèze était en avance sur le nôtre.

I

Jèze n'était pas en retard sur son temps. Pour essayer d'introduire un peu de clarté en une matière complexe, deux points doivent semble-t-il être examinés : la gestion privée dans les services publics, les services publics à gestion privée, pour utiliser les concepts qui ont cours de nos jours.

Qu'en est-il tout d'abord de la possibilité pour les services publics d'avoir recours aux procédés de la gestion privée ? Sur ce terrain, Jèze est accusé d'être resté prisonnier des formules de l'arrêt du Tribunal des Conflits Feutry de 1908 : « L'appréciation des fautes qui auraient pu être commises dans l'organisation et le fonctionnement d'un service public n'appartient pas à l'autorité judiciaire ». Il aurait été victime d'une lecture incomplète sinon de l'arrêt Terrier de 1903 qui se caractérise par l'inexistence de ses considérants, du moins des conclusions du commissaire du gouvernement Romieu qui faisait la réserve de la gestion privée et d'une interprétation inexacte de l'arrêt Théron dans lequel se trouvait en cause un contrat confiant au cocontractant de l'administration l'exécution elle-même du service.

De là, la stupéfaction, la surprise scandalisée de Jèze lorsque le Conseil d'Etat en 1912 dans l'arrêt Société des Granits consacre la possibilité d'une gestion privée dans le service public.

De cette stupéfaction, de cette surprise scandalisée, aucune trace dans les Principes généraux ou dans l'article sur la notion de service public. Dans les Principes : « Dire que dans telle hypothèse il y a service public c'est dire que pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, les agents publics *peuvent* appliquer les procédés du droit public ».

« Les agents publics pour faire fonctionner un service public *peuvent* ou doivent se servir des procédés du droit public. Ils n'y sont pas toujours obligés. Ils ont parfois la faculté s'ils le préfèrent d'user des procédés du droit privé ».

« Il est naturel que les procédés du droit privé soient d'un usage de plus en plus restreint à mesure que s'impose davantage la suprématie de l'intérêt général. Mais ce serait une erreur très grave que de croire très rare l'emploi des procédés de droit privé ».

Mais dira-t-on la troisième édition des Principes généraux date de 1925, l'article sur le service public de 1927. Jèze aurait eu mauvaise grâce à ne pas s'incliner à ces dates devant une jurisprudence bien établie. Que l'on se reporte au commentaire de l'arrêt Société des Granits et l'on mesurera aisément la différence du ton.

Que l'on y prenne garde cependant. Ce qui en 1912 provoque chez Jèze une réaction sur la vivacité de laquelle nous aurons à revenir, ce n'est pas le principe d'une gestion privée, c'est le flou, ce sont les incertitudes qui entourent le critère du recours à la gestion privée.

Mais il faut pousser notre auteur jusque dans ses derniers retranchements. En admettant même qu'en 1912 il ait admis la possibilité d'une gestion privée est-ce que l'interprétation qu'il avait donnée jusque-là de la jurisprudence, une jurisprudence qui n'aurait connu aucune solution de continuité, n'excluait pas cette possibilité d'une gestion privée de telle sorte que c'est dès l'origine que son interprétation aurait été fautive ? Rappelons d'une phrase cette interprétation telle qu'il la présente dans son commentaire de l'arrêt Théron : « Tous les actes se rattachant au fonctionnement des services publics quels que soient ces actes (unilatéraux, contractuels, délits ou quasi-délits) soulèvent un contentieux de la compétence des tribunaux administratifs ».

Sans doute, le commissaire du gouvernement Romieu avait-il et de façon lumineuse fait dans ses conclusions sur l'arrêt Terrier la réserve de la gestion privée mais, on l'a indiqué, rien de ces conclusions n'est passé dans l'arrêt qui, en une phrase laconique, se borne à incorporer définitivement le contentieux contractuel des collectivités locales au contentieux administratif.

Cette réserve de la gestion privée va disparaître des conclusions du commissaire du gouvernement Teissier sur l'arrêt du Tribunal des Conflits Feutry de 1908. Dans ces conclusions, on ne trouve plus la distinction de la gestion publique et de la gestion privée mais l'affirmation du principe que toute action intentée contre une collectivité publique à raison d'une activité de service public ressortit à la compétence de l'autorité administrative et l'arrêt de son côté : « Cette assignation incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service d'intérêt public ».

Reste l'arrêt Théron. En estimant qu'il résulte de cet arrêt que les actions soulevées par un contrat relatif à un service public sont de la compétence administrative, Jèze aurait donné de l'arrêt une interprétation inexacte. Il ne se serait pas rendu compte que dans l'arrêt Théron le contrat, comme dans l'arrêt Terrier, avait pour objet l'exécution du service alors que dans l'arrêt Société des Granits le service public n'était que le but du contrat.

A cela, il est possible de répondre deux choses : le commissaire du gouvernement Pichat affirme qu' « il est impossible de maintenir la compétence judiciaire pour les actions d'ordre contractuel intéres-

sant les services publics et en s'exprimant ainsi il n'a pas seulement en vue les contrats de droit public mais tous les contrats sans distinction de nature passés en vue du fonctionnement des services publics » (1). Seconde observation : lorsque l'on se reporte aux conclusions de Léon Blum sur l'arrêt Société des Granits, on est frappé par la faiblesse de la référence à la gestion privée. Sans doute, Léon Blum cite-t-il Romieu mais pour l'essentiel lorsqu'il s'agit de définir le contrat administratif, Blum le fait non en se référant aux clauses exorbitantes mais à l'exécution du service public. « Pour qu'un marché de fournitures communal soit un contrat administratif... il faut qu'il établisse des rapports précis et constants du fournisseur ou de ses agents soit avec la commune soit avec le public. Il faut qu'il associe le fournisseur dans une mesure quelconque à la gestion du service ».

En somme, dans l'esprit du commissaire du gouvernement et dans l'arrêt lui-même, encore que dans une moindre mesure, si le contrat n'est pas administratif, ce n'est pas en application de la théorie de la gestion privée, c'est parce qu'il n'a pas un objet de service public. La formule est un peu plus restrictive que celle de la jurisprudence et des conclusions antérieures mais elle relève de la même inspiration.

Faut-il alors conclure que, s'agissant de la gestion privée dans le service public, notre auteur doit être lavé de tout soupçon, qu'il aurait en définitive donné du droit positif une vue tout à fait convenable ? Ce serait peut-être aller un peu vite en besogne. Il faut en effet évoquer l'arrêt Compagnie d'assurances Le Soleil rendu par le Tribunal des Conflits trois mois jour pour jour après l'arrêt Théron.

Par cet arrêt, le Tribunal des Conflits décidait que la demande formée par une compagnie d'assurances et tendant à faire déclarer l'Etat responsable des dommages occasionnés par un incendie dans un immeuble appartenant à une ville et mis par elle à la disposition de l'autorité militaire, ressortissait à la compétence de l'autorité judiciaire bien que l'accord entre les deux administrations ait eu pour but le fonctionnement d'un service public parce que cet accord en lui-même « par sa nature et ses effets » était un contrat conclu selon les règles du droit privé et ne pouvait dès lors être considéré comme un acte administratif au sens des lois de 1790 et de l'an III.

Autour de cet arrêt, qui rompait avec les conclusions de Pichat dans l'affaire Théron, l'école du service public aurait organisé une véritable conspiration du silence.

(1) R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 105.

L'arrêt aurait-il échappé à la vigilance de Jèze ou celui-ci aurait-il voulu mettre la lumière sous le boisseau ? Nullement. Jèze commentera l'arrêt à la *Revue du Droit Public* qui reproduira les conclusions de l'avocat général Feuilloley.

Jèze estime qu'il est infiniment probable que le Tribunal des Conflits a ignoré l'arrêt Théron et observe que les conclusions de l'avocat général ne font aucune allusion à l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 mars 1910.

De fait, à lire les conclusions, on ne peut manquer d'être frappé par leur allure assez anachronique. On a le sentiment que le commissaire du gouvernement n'avait pas encore pris connaissance de l'arrêt Théron mais là n'est pas la question. L'arrêt Compagnie Le Soleil faisait partie du donné jurisprudentiel et en admettant même que Jèze ait voulu échapper à cette jurisprudence, l'essentiel est de relever que cette jurisprudence ne lui a pas échappé.

De la même façon qu'il a enregistré la possibilité d'une gestion privée dans le service public, Jèze a enregistré la possibilité de l'existence de services publics à gestion privée.

Dans ses principes généraux, Jèze, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 1921 Société générale d'armement, évoque les « services publics » exclusivement gérés par les procédés du droit privé et dans le commentaire qu'il donne à la *Revue du Droit Public* il écrit : « Si la volonté du législateur a été que les usagers du service soient exactement dans la situation juridique dans laquelle se trouvent les particuliers vis-à-vis d'entrepreneurs privés fournissant des prestations analogues, on peut être conduit à décider du même coup que la compétence des tribunaux administratifs n'a plus de raison d'être puisqu'il n'y a plus de règle spéciale à appliquer ».

Pourtant, ce n'est pas sans réticences que Jèze admet que les services publics puissent être intégralement régis par le droit privé.

La terminologie, observe-t-il dans ses Principes Généraux, n'est pas encore bien fixée en cette matière. C'est une source continuelle de confusions et de contradictions. Dans le langage courant, on emploie comme synonymes les expressions satisfaction d'un besoin d'intérêt général et service public. On est ainsi amené à dire qu'un « service public » peut être exclusivement géré par les procédés du droit privé après avoir déclaré qu'un service public fonctionne avec ses règles propres et son caractère administratif. Il serait désirable que l'expression service public fût réservée aux cas où pour la satisfaction d'un certain besoin d'intérêt général les agents publics peuvent recourir à des règles exorbitantes du droit privé, aux procédés du droit public. Pour les cas de satisfaction d'un besoin d'intérêt général par les agents publics uniquement avec les procédés du droit privé, on pourrait employer les mots gestion administrative ou telle autre expression.

La suggestion terminologique de Jèze ne devait pas rencontrer d'échos mais elle est révélatrice d'un certain pressentiment. Les entreprises de l'administration ne correspondant à la gestion d'aucun service public et régies par le droit privé qui devaient se multiplier à partir de 1945, Renault, les sociétés de banques nationalisées en 1946 et en 1982, les sociétés d'assurances nationalisées en 1946, les groupes industriels nationalisés en 1982 ne s'intègrent-ils pas dans la catégorie des gestions administratives ?

Seconde observation : si Jèze a eu recours à la notion de gestion administrative, si le concept même de service public à gestion privée lui paraissait contradictoire, c'est qu'il pensait que les services en question étaient exclusivement soumis au droit privé. Or, on n'allait pas tarder à s'aviser que tel n'était pas le cas et que le droit public ne pouvait pas ne pas conserver, s'agissant de services publics, quelques hauteurs dominantes : les biens affectés aux services publics industriels et commerciaux peuvent faire partie du domaine public ; les travaux qui les concernent peuvent constituer des travaux publics. La responsabilité envers les tiers retombe sous l'empire du droit public lorsque le dommage est dû à une opération de travail public ou à un ouvrage public ; certains agents des services publics industriels et commerciaux ont la qualité d'agent public ; les décisions réglementaires prises par les organes directeurs de ces services peuvent avoir le caractère administratif. « La distinction des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux a tendance à perdre de son importance. Bien loin de permettre la constitution de blocs de compétence, l'appréciation des moyens entraîne un morcellement des régimes de droit applicables. Duguit l'avait prédit il y a un demi-siècle : la notion de gestion privée a ouvert une période de trouble et de régression » (2).

L'Ecole du service public, son plus éminent représentant Gaston Jèze auraient-ils été en avance sur notre temps ? C'est ce qu'il convient maintenant d'envisager.

II

Ici, deux points particuliers retiendront notre attention : la clause exorbitante du droit commun, le critère du service public.

Lorsque l'on a évoqué l'arrêt Société des Granits de 1912, on a indiqué que ce qui avait heurté Jèze, ce n'était pas le principe d'une gestion privée, c'était le flou, les incertitudes entourant le critère du recours à la gestion privée.

Que disait Léon Blum ? : « Quand il s'agit de contrat, il faut rechercher non pas en vue de quel objet ce contrat est passé mais

(2) P. WEIL, *Le droit administratif*, P.U.F., « Que sais-je ? ».

ce qu'est ce contrat par sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public, il faut que ce contrat par lui-même et de par sa nature propre soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit par sa forme et par sa contexture un contrat administratif... Ces caractères du contrat administratif sont assez délicats à préciser... On peut dire que le contrat administratif est celui qui reste influencé et teinté en quelque sorte par le service public en vue duquel il est conclu, celui qui par la suite crée et organise un contact quel qu'il soit entre le cocontractant de la commune et le service public dans l'intérêt duquel a été passé le contrat.

Pour qu'un marché de fournitures communal soit un contrat administratif, il faut donc qu'il participe si peu que ce soit du marché de travaux publics ou du contrat de concession : il faut qu'il établisse des rapports précis et constants du fournisseur et de ses agents soit avec la commune soit avec le public. Il faut qu'il associe le fournisseur dans une mesure quelconque à la gestion du service ».

Suit alors une longue période qui évoque irrésistiblement le passage célèbre des conclusions sur l'arrêt Lemonnier : « Lorsque la seule intervention du fournisseur dans le service public est la livraison elle-même ; lorsque le contact entre la commune et lui ne se prolonge pas après cette livraison ; lorsque le marché en un mot n'établit pas entre la commune et le contractant des rapports différents de ceux qui s'établissent entre un particulier quelconque et un marchand quelconque, lorsque le contrat sera passé dans les conditions habituelles du commerce, nous nous trouverons dans le cas où la commune ayant agi selon le même mode qu'un simple particulier se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ».

On observera que lorsque l'on dit : « Société des Granits égale critère tiré de la présence ou de l'absence de clause exorbitante », on présente de la réalité une vue singulièrement simplifiée. Léon Blum dans ses conclusions se réfère au moins autant au critère tiré de l'objet de service public du contrat qu'au critère tiré des conditions dans lesquelles le contrat est intervenu. Pour lui, un contrat qui n'associe pas le cocontractant à la gestion du service est un contrat passé dans les conditions habituelles du commerce.

Mais laissons cela. Dans son commentaire à la *Revue du Droit Public*, Jèze se déchaîne : « Que voilà des formules précises et lumineuses ! Monsieur Léon Blum reconnaît que ces caractères du contrat administratif sont assez délicats à préciser. Il propose de dire mais naturellement dans son esprit cette formule n'est pas une formule définitive que le contrat administratif est celui qui reste influencé et teinté en quelque sorte, ce « en quelque sorte » est une trouvaille, par le service public ». « Voilà à mon avis des subtilités

profondément regrettables et tout à fait inutiles. Elles font honneur à la finesse d'esprit de leur auteur mais étonnent chez un praticien, chez des juges qui doivent avoir le souci des nécessités pratiques. Elles seraient excusables chez un théoricien retiré dans sa tour d'ivoire et insensible à toute préoccupation d'utilité pratique. Chez un juge, elles sont tout à fait critiquables... Par cela seul que le nouveau criterium proposé par le commissaire du gouvernement et accepté par le Conseil d'Etat est subtil et d'interprétation difficile, il est pratiquement détestable ».

Alors même que la notion de clause exorbitante ne serait pas présente dans les conclusions de Léon Blum, elle leur est sous-jacente et elle apparaît au moins en négatif dans l'arrêt qui se réfère aux règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers. Or il est certain que l'histoire de la clause exorbitante est celle d'un déclin lié à la faiblesse de ce critère (3).

S'agissant des services administratifs, le critère tiré de la clause exorbitante a été supplanté par le critère tiré de l'objet du contrat : qu'il s'agisse du critère tiré de la participation du cocontractant à l'exécution du service ou qu'il s'agisse, plus encore, de l'exécution même du service public administratif. S'agissant des services industriels ou commerciaux et des contrats passés par eux avec leurs usagers, le critère des clauses exorbitantes a été purement et simplement éliminé au profit du critère tiré de la nature des liens de l'usager avec le service. En ce qui concerne les contrats passés avec les fournisseurs, le critère tiré des clauses exorbitantes est contrebalancé par le critère de la participation du cocontractant à l'exécution du service et le critère fondé sur la nature des règles applicables au contrat en cause.

Les raisons du déclin de la clause exorbitante sont bien connues et ont été maintes fois analysées : difficultés que n'a cessé de soulever la définition de la clause, laconisme des décisions du Conseil d'Etat.

S'agissant du critère du service public, il faut, selon notre auteur, rechercher uniquement l'intention des gouvernants touchant l'activité administrative considérée. Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants dans un pays donné et à une époque donnée ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer ; et de citer les conclusions du commissaire du gouvernement Cormeille sur l'arrêt du 7 avril 1916, Astruc : « La notion de service public est une notion en quelque sorte subjective ; elle dépend pour la plus grande part de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service ».

(3) J. LAMARQUE, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *Mélanges Watine*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 497.

Ceci posé, à quoi reconnaît-on que la volonté des gouvernants a été de satisfaire un besoin d'intérêt général par le procédé technique du service public proprement dit ? Jèze estime qu'il est impossible de donner un critère unique. Cela résulte d'un ensemble de circonstances dont chacune n'est pas à elle seule suffisante mais qui par leur groupement font apparaître la volonté d'organiser un service public et, se référant de nouveau aux conclusions Cormeille, de citer l'établissement d'un monopole, l'institution de charges pesant sur les usagers, la détermination des moyens financiers et de taxes à recouvrer sur le public.

Sur ce point de la définition du service public, la rupture est très nette avec Duguit (D.C. 2^e éd. II 1923, 67). Duguit reproche à Jèze d'enseigner que le service public est une création artificielle du législateur qui seul peut l'instituer et peut donner discrétionnairement ce caractère à une activité quelconque. « Cette proposition, écrit Duguit, se rattache directement à une conception contre laquelle je me suis élevé énergiquement à plusieurs reprises, conception d'après laquelle le droit est une pure création de l'Etat. Assurément si une loi positive attribue expressément le caractère de service public à une activité déterminée, le juge sera obligé d'appliquer la disposition législative mais il n'en résultera pas que dans la réalité il y ait un service public et celle-ci l'emportera tôt ou tard sur la décision arbitraire du législateur. D'autre part, j'estime qu'ici comme dans tout domaine social le juriste manque à sa mission s'il n'indique pas au législateur quel est le droit, s'il ne détermine pas le donné social c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en œuvre. Enfin pratiquement si le juriste s'abstient de déterminer théoriquement ce qui est matière de service public, il sera bien souvent impossible de dire si dans un pays donné telle activité est un service public ».

Voilà pour le réquisitoire et voici pour la défense. Selon Jèze, Duguit confond le point de vue sociologique et le point de vue de la technique juridique. Pour Duguit, la notion de service public c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation, au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.

Et Jèze d'ironiser : « Peut-on voir là une définition juridique satisfaisante pour un juriste ? Evidemment, non. Voici un tribunal qui est saisi d'un litige. La solution du litige dépend de la question de savoir si, dans l'affaire en cause, il faut appliquer les règles du droit public ou les règles du droit privé c'est-à-dire s'il y a un service public ou gestion privée. Le juge va-t-il rechercher si l'on est en présence d'une activité dont l'accomplissement, etc... ».

Ne nous y trompons pas. Ici, s'affrontent deux conceptions de la doctrine. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence devait corroborer les vues de Jèze. Témoin, l'échec de la théorie des services publics virtuels. Témoin également, la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

On rappellera à cet égard la décision du Conseil des 25-26 juin 1986. Les auteurs de la saisine faisaient valoir qu'était contraire à la constitution le transfert du secteur public au secteur privé de certaines entreprises dont l'exploitation revêt les caractères d'un service public. Réponse du Conseil constitutionnel : si la nécessité de certains services publics découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, 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 les cas... A supposer que le législateur ait entendu créer un service public du crédit...

En d'autres termes, l'intention du constituant ou du législateur ordinaire est un point de passage obligé de la reconnaissance de la qualité de service public.

Jean-Claude VENEZIA,

*Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences sociales
de Paris (Paris II).*