

**Fiche n° 3**  
**SERVICE PUBLIC CONSTITUTIONNEL,**  
**SERVICE PUBLIC NATIONAL,**  
**SERVICE PUBLIC LOCAL**

*in memoriam Gérard Marcou*

**Documents reproduits**

**I. Les fondements juridiques de l'existence de services publics au niveau national**

**A. Les services publics dont la nécessité découle de la Constitution**

**Document 1** : Décision du CC, n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Privatisations

**B. Les autres services publics nationaux**

**Document 2** : Décision du CC, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie

**Document 3** : CE, 27 septembre 2006, Bayrou

**II. Les services publics locaux**

**A. Les fondements juridiques des services publics locaux**

**Document 4** : TA Montpellier, 5 juillet 2016, « Garde biterroise »

**Document 5** : Exemples de dispositions relatives à des services publics locaux obligatoires

**Document 6** : CC, n° 2011-146 QPC, 8.07.2011, Département des Landes et note de S. Braconnier

**B. L'encadrement de la création des services publics : liberté du commerce et de l'industrie et défaillance de l'initiative privée**

**Document 7** : CE, 21 mars 1901, Casanova

**Document 8** : CE, 29 avril 1970, Société Unipain

**Document 9** : CE, 12 juillet 1939, Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint Etienne

**Document 10** : CE, 18 décembre 1959, Delansorme

**Document 11** : CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys

**Document 12** : CE section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers

**Document 13** : CE, 25 juillet 1986, Commune de Mercœur

**Document 14** : CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris

**Document 15** : CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze

**Document 16** : Conclusions de Nicolas Boulouis sous CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze (extraits)

**Document 17** : CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne

**Document 18** : CE, 30 décembre 2014, Société Armor SNC

**Exercices** (au choix) :

**Commentaire d'arrêt** : CE, 30 décembre 2014, Société Armor SNC

**Dissertation** : Services publics et Constitution

## Lectures complémentaires

- DE BELLESCIZE R., « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA* 2006, p.1163
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et LESSI J., « La collectivité territoriale face à la commande publique : un candidat (presque) comme les autres », *AJDA* 2015, p. 449
- FAVOREU L., « Service public et Constitution », *AJDA* 1997, p. 16
- GLASER E., « La privatisation des sociétés d'autoroute » ; conclusions sous CE, 27 septembre 2006, Bayrou , *RFDA* 2006, p. 1147
- MARCOU G., « Que reste-t-il du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA* 2007, p. 192
- PONTIER J.-M., « Qu'est-ce que le local ? », *AJDA* 2017, p. 1093
- TESSON F., « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 1675
- VIDELIN J.-C., « La remunicipalisation des services publics : apparence ou réalité ? », *JCP A* 2014, n° 2065

\* \* \*

## I/ LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE L'EXISTENCE DE SERVICES PUBLICS AU NIVEAU NATIONAL

### A- Les services publics constitutionnels

#### Document 1 : Décision du CC, n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Privatisations.

Quant au principe des transferts du secteur public au secteur privé :

50. Considérant que l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi "les règles concernant... les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé" ;

51. Considérant que, si cette disposition laisse au législateur l'appréciation de l'opportunité des transferts du secteur public au secteur privé et la détermination des biens ou des entreprises sur lesquels ces transferts doivent porter, elle ne saurait le dispenser, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État ;

. Quant à la détermination des entreprises visées par l'article 4 et figurant sur la liste annexée à la loi :

**52. Considérant que les députés auteurs de la première saisine soutiennent que les dispositions de l'article 4 et les énonciations de la liste d'entreprises annexée à la loi méconnaîtraient les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel "Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité." ; qu'il suit de là que serait contraire à la Constitution le transfert du secteur**

**public au secteur privé de certaines entreprises figurant sur la liste annexée à la loi et dont l'exploitation revêt les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait ;**

**53. Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux 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 ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé ;**

54. Considérant qu'aucune des entreprises qui figurent sur la liste mentionnée à l'article 4 de la loi ne peut être regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution ; qu'en particulier, à supposer que le législateur ait, comme le font valoir les députés auteurs de la première saisine, entendu créer par la nationalisation de l'ensemble des banques, un service public du crédit, cette création qui ne procédait d'aucune exigence constitutionnelle n'a pu mettre obstacle à ce que certaines activités de crédit et les banques qui s'y livrent fassent, en vertu d'une nouvelle législation, retour au secteur privé ;

## **B- Les autres services publics nationaux**

### **Document 2 : Décision du CC, n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie.**

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946:

12. Considérant que, selon les requérants, le neuvième alinéa du Préambule de 1946 fait obstacle au transfert de la société Gaz de France au secteur privé ; qu'ils font valoir, d'une part, que cette société conserve les caractéristiques d'un service public national en raison des missions qui lui sont confiées et notamment de l'obligation permanente qui lui est faite de fournir du gaz naturel à un tarif réglementé ; qu'ils estiment, d'autre part, que Gaz de France continue à bénéficier d'un monopole de fait tant en matière de transport que de distribution ; qu'ils soutiennent, à titre subsidiaire, que son transfert au secteur privé ne saurait en tout état de cause intervenir avant le 1er juillet 2007, date de l'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture de gaz naturel aux clients domestiques ;

13. Considérant qu'aux termes du neuvième alinéa du Préambule de 1946 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » ; que l'article 34 de la Constitution confère au législateur compétence pour fixer « les règles concernant... les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé » ;

- Quant à l'existence d'un service public national :

14. Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise ; que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; **que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national ;**

15. Considérant que, par sa décision du 5 août 2004 susvisée, le Conseil constitutionnel a constaté que Gaz de France conservait la qualité d'un service public national par détermination de la loi ; qu'en effet, le législateur avait maintenu à cette seule entreprise les missions de service public qui lui étaient antérieurement dévolues en ce qui concerne la fourniture de gaz naturel aux particuliers ; que le neuvième alinéa du Préambule de 1946 était respecté dès lors que la participation de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public restait majoritaire dans le capital de cette société ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pouvait résulter que d'une loi ultérieure privant Gaz de France de son caractère de service public national ;

16. Considérant, en premier lieu, que l'article 3 de la loi déferée, combiné avec son article 44, met fin, à compter du 1er juillet 2007, à l'exclusivité dont bénéficiait Gaz de France pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers ;

17. Considérant, en deuxième lieu, que les obligations de service public définies par l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003 susvisée s'imposent non seulement à Gaz de France, mais encore à l'ensemble des entreprises concurrentes intervenant dans le secteur du gaz naturel ; qu'il en est ainsi en ce qui concerne les obligations de service public fixées par la loi, au niveau national, sur chacun des segments de ce secteur d'activité ;

18. Considérant que, si l'article 29 de la loi déferée impose à Gaz de France des sujétions en termes de péréquation, en ce qui concerne les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution, l'activité de distribution du gaz naturel constitue un service public local et non national ; qu'en outre, en vertu du même article, l'obligation de péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution « à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire » s'impose non seulement à Gaz de France, mais aussi aux distributeurs non nationalisés ;

19. Considérant, enfin, que le grief tiré de ce que le législateur aurait conservé à Gaz de France son caractère de service public national en obligeant cette société à proposer à titre permanent un tarif réglementé de vente doit être écarté compte tenu de la censure des dispositions précitées de l'article 66-1 inséré dans la loi du 13 juillet 2005 susvisée par l'article 17 de la loi déferée ;

20. Considérant qu'il ressort de ce qui précède que la loi déferée fait perdre à Gaz de France, à compter du 1er juillet 2007, son caractère de service public national ;

- Quant à l'existence d'un monopole de fait :

21. Considérant que la notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ;

22. Considérant que les activités de transport de gaz naturel ont été exclues de la nationalisation et ouvertes à tout opérateur par la loi du 2 août 1949 portant modification de la loi du 8 avril 1946 susvisée ;

23. Considérant que les activités de distribution ont été confiées non seulement à Gaz de France, mais aussi à des distributeurs non nationalisés par la loi du 8 avril 1946 ; que, depuis la loi du 13 juillet 2005 susvisée, ces activités sont ouvertes, en dehors des zones de desserte historique

de ces opérateurs, à la concurrence de l'ensemble des entreprises agréées;

24. Considérant, par ailleurs, qu'ont également été exclues de la nationalisation en 1949 les activités de production de gaz naturel ainsi que celles de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquéfié ; que les monopoles d'importation et d'exportation du gaz naturel ont été supprimés par la loi du 3 janvier 2003 susvisée ; que, depuis le 1er juillet 2004, les utilisateurs de gaz autres que les clients domestiques peuvent s'adresser au fournisseur de leur choix ; que la loi déferée met fin, à compter du 1er juillet 2007, à tout monopole de fourniture de gaz, y compris pour les clients domestiques ; qu'enfin, le gaz naturel constitue une énergie substituable ;

### **Document 3 : CE, 27 septembre 2006, Bayrou.**

Considérant, en deuxième lieu, que le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, prévoit en son neuvième alinéa que tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ; que l'article 20 de la loi du 6 août 1986 modifiée rappelle en conséquence, en son deuxième alinéa, que les opérations de transfert qu'il régit ne peuvent concerner les entreprises visées par ces dispositions ; que **l'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens de ces textes que si elle est exercée à l'échelon national** ; qu'en l'espèce, aucune des

25. Considérant, dans ces conditions, que la société Gaz de France ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 ;

- Quant à la date du transfert au secteur privé de Gaz de France :

26. Considérant que, comme il a été dit ci-dessus, ce n'est qu'au 1er juillet 2007 que Gaz de France perdra sa qualité de service public national ; que, dès lors, le transfert effectif au secteur privé de cette entreprise ne pourra prendre effet avant cette date;

27. Considérant que, sous la réserve énoncée au considérant précédent, le grief tiré de la violation du neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit être écarté;

sociétés dont s'agit, chargées de la construction et de l'exploitation de réseaux autoroutiers selon le régime prévu à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, ne s'est vu attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes ; qu'il ne résulte d'aucun principe, d'aucune règle de valeur constitutionnelle, ni d'aucune loi que l'exploitation des concessions autoroutières doive être érigée en service public national ; que, par suite, l'ASSOCIATION DE DEFENSE DES USAGERS ET DE SAUVEGARDE DU PATRIMOINE AUTOROUTIER n'est pas fondée à soutenir que le Premier ministre a, par les décrets attaqués, méconnu la portée des dispositions précitées .

## **II/ LES SERVICES PUBLICS LOCAUX**

### **A- Les fondements juridiques**

#### **Document 4 : TA Montpellier, 5 juillet 2016, « Garde biterroise », n° 1506696.**

1. Considérant que par une délibération du 15 décembre 2015 le conseil municipal de Béziers a décidé la création d'une « garde biterroise » ; que le préfet de l'Hérault demande l'annulation de cette délibération ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure : « La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. / L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. / Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par voie réglementaire, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et

des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes. » ; que l'article L. 122-1 du même code dispose que : « Sous réserve des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'exercice de la mission de police judiciaire et des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la prévention de la délinquance, le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police, anime et coordonne l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure. [...] » ; qu'aux termes de l'article L. 511-1 du même code : « Sans préjudice de la compétence générale de la police nationale et de la gendarmerie nationale, les agents de police municipale exécutent, dans la limite de leurs attributions et sous son autorité, les tâches relevant de la compétence du maire que celui-ci leur confie en matière de prévention et de surveillance du bon ordre, de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques. [...] » ; qu'enfin aux termes de l'article L. 511- 2 du même

code : « Les fonctions d'agent de police municipale ne peuvent être exercées que par des fonctionnaires territoriaux recrutés à cet effet dans les conditions fixées par les statuts particuliers prévus à l'article 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. » ; que la convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'Etat, signée entre le préfet de l'Hérault et le maire de Béziers, après avis du procureur de la République de Béziers, en application de l'article L. 512-4 du code de la sécurité intérieure définit dans son article 4 les « missions de la police municipale » et précise que la préservation de la tranquillité publique et la surveillance du bon ordre s'exerce notamment au travers « d'une présence renforcée sur la voie publique, à toutes heures du jour et de la nuit » ainsi que de « la garde statique et la surveillance des bâtiments communaux » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2211-1 du code général des collectivités territoriales : « Le maire concourt à la politique de prévention de la délinquance dans les conditions prévues à la section 1 du chapitre II du titre III du livre I er du code de la sécurité intérieure. » ; qu'aux termes de l'article L. 2212-1 du même code : « Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale, de la police rurale et de l'exécution des actes de l'Etat qui y sont relatifs. » et qu'aux termes de l'article L. 2212-2 : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. [...] » ;

4. Considérant qu'il ressort des termes de la délibération contestée que le conseil municipal de Béziers a entendu créer une garde, composée de citoyens volontaires bénévoles dont les missions consistent essentiellement en des gardes statiques devant les bâtiments publics et des

déambulations sur la voie publique et qui devront alerter les forces de l'ordre (police nationale et police municipale) en cas de troubles à l'ordre public ou de comportements délictueux ; que cette même délibération précise que « le rôle » de ces personnes ne se confond pas avec celui des forces de l'ordre mais vise, par leur action vigilante, à soulager les autorités de police en leur permettant de se concentrer sur leurs missions régaliennes ;

5. Considérant **qu'en dehors de circonstances exceptionnelles qui ne sont en l'espèce ni établies ni même invoquées, le conseil municipal d'une commune qui, en vertu de l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales règle par ses délibérations les affaires de la commune, ne tient d'aucune disposition législative ou réglementaire actuellement en vigueur la compétence pour créer, de sa propre initiative et pour une durée non déterminée, un service opérationnel en vue de confier à des particuliers, nommés ou désignés par le maire en qualité de collaborateurs occasionnels du service public, des missions de surveillance de la voie publique ou des bâtiments publics qui, dans les communes, relèvent de la police municipale et sont exercées, en vertu des dispositions précitées, notamment celles des articles L. 511-1 du code de la sécurité intérieure et L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales par le maire ou par des agents placés sous son autorité et sous le contrôle du représentant de l'Etat ;** qu'il en résulte que le préfet de l'Hérault est fondé à soutenir que le conseil municipal de Béziers ne pouvait, par sa délibération déferée du 15 décembre 2015, décider de créer une « garde » composée de citoyens volontaires bénévoles chargés de surveiller la voie publique et les bâtiments publics et à en demander, pour ce motif, l'annulation ;

## **Document 5 : Exemples de dispositions relatives aux services publics obligatoires**

### ***\*Article L. 1424-1 al. 1 CGCT***

Il est créé dans chaque département un établissement public, dénommé " service départemental d'incendie et de secours ", qui comporte un corps départemental de sapeurs-pompiers, composé dans les conditions prévues à l'article L. 1424-5 et organisé en centres d'incendie et de secours. Il comprend un service de santé et de secours médical.

### ***\*Article L. 2223-1 al. 1 CGCT***

Chaque commune ou chaque établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de cimetières dispose d'au moins un cimetière comprenant un terrain consacré à l'inhumation des morts et, dans les communes de 2 000 habitants et plus ou les établissements publics de coopération intercommunale de 2 000 habitants et plus compétents en matière de cimetières, d'au moins un site cinéraire destiné à l'accueil des cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation.

### ***\*Article L. 2224-8 al. 1 et 2 CGCT***

I. Les communes sont compétentes en matière d'assainissement des eaux usées. (...)

Les communes assurent le contrôle des raccordements au réseau public de collecte, la collecte, le transport et l'épuration des eaux usées, ainsi que l'élimination des boues produites.

### ***\*Article L. 2224-13 al. 1 CGCT***

Les communes, la métropole de Lyon ou les établissements publics de coopération intercommunale assurent, éventuellement en liaison avec les départements et les régions, la collecte et le traitement des déchets des ménages.

*\*Article 1 al. 1 de la loi du 5 juillet 2000*

Les communes participent à l'accueil des personnes dites gens du voyage et dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles.

*\*Article L. 3321-1 CGCT*

- Sont obligatoires pour le département : (...)
- 7° Les dépenses de fonctionnement des collèges ;
  - 8° La participation du département aux dépenses de fonctionnement des écoles supérieures du professorat et de l'éducation ;
  - 9° Les dépenses liées à l'organisation des transports scolaires ;
  - 10° Les dépenses relatives à l'action sociale, à la santé et à l'insertion mises à la charge du département ;
  - 10° bis Les dépenses relatives à l'allocation personnalisée d'autonomie ;
  - 11° Les frais du service départemental des épizooties ;
  - 12° La participation au service départemental d'incendie et de secours ;
  - 13° Les dépenses résultant de l'entretien des biens transférés au département par application des dispositions de l'article [L. 318-2](#) du code de l'urbanisme ;
  - 14° Les dépenses de construction et grosses réparations des collèges ;
  - 15° Les dépenses d'entretien et construction des ports maritimes de commerce et de pêche ;
  - 16° Les dépenses d'entretien et construction de la voirie départementale ;

**Document 6 : CC, décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011, Département des Landes.**

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales : « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service » ;

2. Considérant que, selon le département requérant, cette disposition, en ce qu'elle ôte à une collectivité la liberté de décider des modalités selon lesquelles elle accorde ses subventions, porte atteinte au principe de la libre administration des collectivités territoriales ; qu'il soutient également que le législateur, en imposant à celles-ci « d'opérer un traitement identique de l'octroi de leurs deniers publics » à des situations juridiques différentes, a méconnu le principe de l'égalité devant les charges publiques qui est le corollaire du principe d'égalité devant la loi;

3. Considérant que, si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » et « bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; que l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

4. Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ;

**5. Considérant que, par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause ; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution ;**

6. Considérant qu'il s'ensuit que l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales est contraire à la Constitution ; que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles, (...)

**Note de S. Braconnier sur CC, 8 juillet 2011, Département des Landes.**

Pour conclure à l'inconstitutionnalité de cet article, le Conseil constitutionnel a considéré que la prohibition de la modulation restreignait, sans être justifiée par aucun motif d'intérêt général, la libre administration des départements, au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution.

Cette décision ne manquera pas de surprendre ceux qui, attachés à la libre administration des collectivités territoriales autant qu'au libre choix du mode de gestion des services publics, trouveront un peu acrobatique la mise en balance des intérêts opérée dans cette affaire par le Conseil constitutionnel. Deux principes ressortent, en effet, quelque peu écornés de la décision.

Le Conseil constitutionnel fait d'abord prévaloir une conception de la libre administration des collectivités territoriales à géométrie variable. Ici, elle profite aux départements, qui ne disposent pourtant que d'une compétence résiduelle en matière d'eau potable, alors que les communes disposent, en la matière, d'une compétence exclusive (art. L. 2224-7-1 CGCT). L'accessoire l'emporte ainsi, d'une certaine manière et au cas d'espèce, sur le principal.

Le Conseil constitutionnel feint, ensuite, d'ignorer le principe, posé à l'alinéa 5 de l'article 72, selon lequel « aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ». Or, en cette période de disette budgétaire, le fait, pour un département, d'utiliser l'arme de la subvention pour favoriser un mode de gestion plutôt qu'un autre, ne peut manquer de peser lourdement sur les choix opérés par les communes ou leurs groupements au moment de choisir le mode de gestion de leurs services publics d'eau et d'assainissement. Le principe de neutralité, dérivé du principe d'égalité, et que le Conseil se garde bien de solliciter, s'en trouve atteint et, au-delà, la liberté de choix dont bénéficient, en principe et de longue date (CE, 4 mai 1906, Babin), les collectivités locales dans la détermination du mode de gestion de leurs services publics.

La gestion responsable des services publics locaux n'autorise ni dogmatisme ni arbitraire. Le choix d'un mode de gestion doit, au contraire, être fondé sur une évaluation neutre et objective qui, sans se substituer aux choix politiques, doit en renforcer la crédibilité. En consacrant une pratique née d'un choix éminemment politique, le Conseil constitutionnel n'a, à l'évidence, pas montré la voie...

## **B- L'encadrement de la création des services publics locaux: liberté du commerce et de l'industrie et initiative privée**

### **Document 7 : CE, 21 mars 1901, Casanova.**

Au fond : Considérant que la délibération attaquée n'a pas été prise en vue d'organiser l'assistance médicale gratuite des indigents, conformément à la loi du 15 juillet 1893 ; **que si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir, pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto**, où exerçaient deux médecins ; qu'il suit de là que le conseil municipal de ladite commune est sorti de ses attributions en allouant par la délibération

attaquée, un traitement annuel de 2.000 francs à un médecin communal chargé de soigner gratuitement tous les habitants pauvres ou riches indistinctement et que c'est à tort que le préfet a approuvé cette délibération ;

DECIDE : Article 1er - La délibération susvisée du Conseil municipal d'Olmeto en date du 4 novembre 1897 est déclarée nulle de droit et, par voie de conséquence, l'arrêté du Préfet de la Corse du 15 novembre 1897 est annulé

### **1/ Les intérêts publics justifiant par eux-mêmes la création de services publics communaux**

#### ***a) Les services publics permettant à la personne publique de satisfaire ses propres besoins***

### **Document 8 : CE, 29 avril 1970, Société Unipain.**

Requête de la société Unipain, c.a., tendant à l'annulation d'un jugement du 21 mars 1969 par lequel le tribunal administratif de Besançon a rejeté sa demande d'annulation d'une décision implicite du ministre des armées refusant d'interdire aux services des subsistances militaires la fourniture de pain à certaines prisons et maisons d'arrêt ;

Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ; le décret du 28 novembre 1953 ; le code général des impôts ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que, depuis le 1er janvier 1967, la boulangerie militaire de Lille, relevant du service de l'intendance militaire, a étendu ses fournitures de pain à divers établissements pénitentiaires relevant de l'Etat ;

Cons. Que le principe de spécialité, qui concerne les personnes morales de droit public ayant une compétence limitée ou précisée par les textes les instituant, ne peut être utilement invoqué à l'encontre des services non spécialisés de l'Etat ;

**Cons., d'autre part, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'Etat satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services ;** que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la société Unipain n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise en violation du principe de spécialité et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ni, par suite, à demander l'annulation du jugement attaqué ;

Voir également : CE section, 27 juin 1930, Bourrageas et Moullot ; CE Ass. 26 octobre 2011, Association promotion de l'image, n° 317827 (possibilité pour les agents chargés de l'instruction des demandes de passeports de prendre eux-mêmes des clichés numériques du visage des demandeurs ne fournissant pas de photographie d'identité)

**b) Les services publics visant à la satisfaction de besoins que la personne publique a vocation à assurer**

**Document 9 : CE, 12 juillet 1939, Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint Etienne.**

Vu LA REQUÊTE présentée pour la Chambre syndicale des maîtres-buandiers de Saint-Etienne..., tendant, à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant plus de quatre mois par le préfet de la Loire sur sa réclamation tendant à faire déclarer nulles de droit les délibérations du conseil municipal de Saint-Etienne, en date des 22 août 1928, 22 mai 1933, 31 août 1934, 29 déc. 1934 et 4 oct. 1935, créant des buanderies communales ;

Vu les lois des 2-17 mars 1791 et 5 avr. 1884 ; le décret du 28 déc. 1926 pris en exécution de la loi du 3 août 1926; les lois des 7-14 oct. 1790 et 24 mai 1847;

CONSIDÉRANT que, pour demander l'annulation des délibérations susvisées du conseil municipal de Saint-Etienne, la Chambre syndicale des maîtres-buandiers soutient que cette ville, en exploitant des lavoirs publics

avec bains-douches en annexe, exerce une industrie n'entrant pas dans les attributions des municipalités;

Cons. qu'il résulte des pièces du dossier que la création de ces bains douches et de ces lavoirs, dans les conditions où le conseil municipal en a prévu l'exploitation, **ne constitue qu'une amélioration nécessaire apportée dans le fonctionnement du service public de l'hygiène**; que la circonstance que ces établissements, aménagés d'une façon moderne, sont mis à la disposition des usagers, moyennant des redevances peu élevées, avec fourniture d'eau chaude et des produits nécessaires au blanchissage, n'en modifie pas le caractère; que, par suite, l'exploitation desdites installations ne constitue pas l'exercice d'un commerce ou d'une industrie portant atteinte aux droits que les commerçants de la localité tiennent de la loi des 2-17 mars 1791 ;... (Rejet).

**c) Les services constituant le complément nécessaire ou utile d'un service public existant**

**Document 10 : CE, 18 décembre 1959, Delansorme.**

REQUÊTE du sieur X, gérant de la « Société Normande Omnium Automobile et autres, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir, de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé pendant plus de quatre mois par le Préfet de la Seine-Inférieure, sur une demande à lui adressée par les pétitionnaires susénumérés et, tendant à lui faire déclarer nulles de droit, les délibérations du Conseil municipal de la Ville de Rouen, en date des 7 mai 1951 et 28 janvier 1952, en tant qu'elles créent une stations-service et un système de location de garage de longue durée contrairement aux dispositions de la loi des 2-17 mars sur la liberté du commerce et de l'industrie, ensemble déclarer nulles de droit les dispositions contestées des délibérations susmentionnées ;

Vu les cahiers des charges de la concession et de la sous-concession; la loi des 2-17 mars 1791 ; la loi du 5 avril 1884, ensemble le décret du 5 novembre 1926, et le décret du 28 décembre 1926 ; l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

CONSIDÉRANT que, pour demander l'annulation des décisions implicite et explicite par lesquelles le préfet de la Seine-Inférieure a refusé de déclarer nulles de droit les délibérations du Conseil municipal de Rouen, en date des 7 mai 1951 et 28 janvier 1952, autorisant le maire à signer avec l'Etat une convention qui accordait à la ville la

concession d'un parc souterrain de stationnement construit sur une dépendance du domaine public national, les sieurs X et autres soutiennent que les stipulations du cahier des charges qui permettent à l'exploitant de ce parc, d'une part, d'y installer une station-service capable d'assurer pour les véhicules parqués la distribution des carburants, le graissage, le lavage, la réparation et l'entretien des pneumatiques ainsi que la vérification des freins, des phares et du circuit d'allumage et, d'autre part, d'y consentir des locations d'emplacement pour une durée maximum de 15 jours, sont illégales comme faisant aux garages privés de la ville une concurrence contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ;

Cons. qu'en raison de l'intérêt qui s'attache à ce que les propriétaires de voitures automobiles soient incités à utiliser les parcs municipaux de stationnement, au lieu de laisser leurs véhicules sur les voies publiques urbaines où ils gênent tant la circulation que la desserte des immeubles riverains, **l'adjonction à un parc situé à l'intérieur d'une ville importante d'une station où peut être assuré le service de ravitaillement, de nettoyage et d'entretien courant des voitures pendant la durée de leur stationnement, à l'exclusion de toute réparation mécanique ou électrique et de la fourniture d'accessoires quelconques, constitue l'une des**



**conditions normales de la fréquentation de ce parc** ; que, dans ces circonstances, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'en autorisant la signature d'une convention qui prévoyait l'exploitation d'une station-service par le concessionnaire du parc de stationnement, le Conseil municipal de Rouen a méconnu le principe de la liberté du commerce ; (...)

Cons., d'autre part, que la location d'emplacements pour une durée excédant celle d'un simple stationnement n'a été autorisée par l'article cinq du cahier des charges de la concession que pour quinze jours au maximum et seulement dans la mesure où les besoins du garage de courte durée, dûment vérifiés sous le contrôle de l'autorité concédante, auront été satisfaits par priorité ; que ladite autorité concédante s'est réservée, au surplus, le droit d'interdire à toute époque, après préavis, les locations prolongées ; que, **dans les conditions où elles ont été**

**autorisées, lesdites locations, prévues dans l'intérêt financier de l'exploitation, constituent, en outre, compte tenu du développement de la circulation automobile, le complément normal et nécessaire de l'activité d'un parc public de stationnement** tant que celui-ci dispose d'un nombre d'emplacements supérieur à celui des véhicules en stationnement de courte durée ; que, dès lors, les garagistes requérants ne sont pas fondés à soutenir que les locations prolongées portent une concurrence illégale à leur propre activité, ni qu'en refusant de déclarer nulles de droit les délibérations litigieuses en tant qu'elles autorisent la signature d'une convention permettant à l'exploitant du parc de stationnement de consentir des locations d'emplacement pour une durée de quinze jours, le préfet de la Seine-Inférieure a excédé ses pouvoirs ; (...) (Rejet).

### **Document 11 : CE, 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys.**

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, la création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome situées dans le ressort de la COMMUNAUTE DE COMMUNES ARTOIS-LYS en zone d'assainissement non collectif contribue à l'équilibre financier global du service de l'assainissement non collectif assuré par cette collectivité et à la satisfaction des usagers, qui pourront confier à un seul prestataire, s'ils le souhaitent, l'ensemble des prestations relatives au contrôle, à l'entretien et à la réhabilitation de leurs installations ; **qu'elle constitue ainsi un complément utile aux services de contrôle et d'entretien institués par cette collectivité, conformément à la loi, dans l'intérêt de l'hygiène et de**

**la salubrité publiques** ; qu'en outre, il n'est pas allégué qu'en fixant le montant des contributions exigées en contrepartie de ce service de réhabilitation, la communauté n'ait pas pris en compte l'ensemble des coûts de la prestation offerte, ou qu'elle ait bénéficié d'un avantage découlant des ressources ou moyens qui lui sont attribués au titre de ses autres missions de service public ; qu'ainsi elle n'a pas méconnu les conditions d'une concurrence loyale entre les prestataires de tels services ; que, dès lors, c'est à tort que le tribunal administratif de Lille a déclaré illégales les dispositions de l'article 1-3° de la délibération II-19, au motif qu'elles méconnaîtraient le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ;

## **2/ Les autres cas justifiant la création d'un service public local**

### ***a) La carence de l'initiative privée***

### **Document 12 : CE section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers**

Vu la requête présentée pour : 1° la chambre syndicale de commerce en détail de Nevers, représentée par le sieur X..., son Président en exercice ; 2° ledit sieur X..., agissant en qualité de contribuable et d'habitant de la ville de Nevers, ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 29 septembre 1928 et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler une décision du 11 août 1928 par laquelle le Préfet de la Nièvre a rejeté une demande des requérants tendant à faire déclarer nulles de droit différentes délibérations du conseil municipal de Nevers relatives à l'organisation d'un service municipal de ravitaillement - ensemble, déclarer nulles de droit les délibérations dont s'agit ; Vu la loi du 24 mai 1872 ; Vu la loi du 5 avril 1884 et le décret du 5 novembre 1926 ;

Considérant que si, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 août 1926 qui l'autorisait à apporter, tant aux services de

l'Etat qu'à ceux des collectivités locales, toutes réformes nécessaires à la réalisation d'économies, le Président de la République a pu légalement réglementer, dans les conditions qui lui ont paru les plus conformes à l'intérêt des finances communales, l'organisation et le fonctionnement des régies municipales, les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 par lesquels il a réalisé ces réformes n'ont eu ni pour objet, ni pour effet d'étendre, en matière de création de services publics communaux, les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure ; **que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un**

**intérêt public justifie leur intervention en cette matière ;**

Considérant que l'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public constitue une entreprise commerciale et qu'aucune circonstance particulière à la ville de Nevers ne justifiait la

création en 1923 et le maintien au cours des années suivantes, d'un service municipal de cette nature dans ladite ville ; que le sieur X... est dès lors fondé à soutenir qu'en refusant de déclarer nulles de droit les délibérations par lesquelles le conseil municipal de Nevers a organisé ce service, le Préfet de la Nièvre a excédé ses pouvoirs ;

### **Document 13 : CE, 25 juillet 1986, Commune de Mercœur**

Cons. que, par délibération du 12 décembre 1980, le conseil municipal de Mercœur a décidé la construction par la commune d'un bâtiment à usage de commerces d'alimentation, bar, restaurant, destiné à être loué par la commune à une personne qui en assurerait l'exploitation ;

Cons. que cette délibération, en tant qu'elle concernait la création d'un bar-restaurant, avait pour objet de doter la commune d'installations permettant l'organisation à Mercœur des repas collectifs et des réunions que comportait normalement la vie administrative et sociale de ce chef-lieu de canton et de contribuer à l'animation de la vie locale ; **qu'elle correspondait ainsi à un intérêt public ; qu'il résulte du dossier qu'il n'était pas suffisamment pourvu à cet intérêt à la date de la délibération attaquée, eu égard au mauvais état**

**d'entretien et aux interruptions de fonctionnement de l'unique hôtel-café-restaurant existant ; qu'au surplus, la présence dans le local dont la construction a été décidée par la délibération litigieuse d'un bar-restaurant était de nature à y faciliter l'exploitation du commerce d'alimentation dont il n'est pas contesté qu'en l'absence à Mercœur de tout commerce de cette nature la création par la même délibération répondait à un besoin de la population ;** que, dans ces conditions, la délibération du 12 décembre 1980 ne portait pas illégalement atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; qu'il suit de là que c'est à tort que le tribunal administratif de Limoges s'est fondé sur ce que cette initiative ne répondrait pas à un intérêt public local pour prononcer l'annulation de la délibération du conseil municipal de Mercœur du 12 décembre 1980

#### ***b) L'évolution des conditions : l'intérêt public local***

### **Document 14 : CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris**

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique; qu'en outre, **si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent,**

**non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;**

### **Document 15 : CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze**

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette

personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci

*Sur la création du service public local de téléassistance aux personnes âgées et handicapées :*

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par le département de la Corrèze, dans le cadre de son action en matière d'aide sociale, a pour objet de permettre à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, de pouvoir bénéficier d'une téléassistance pour faciliter leur maintien à domicile; que ce service consiste, d'une part, à mettre à disposition de l'utilisateur un matériel de transmission relié à une centrale de réception des appels, fonctionnant

vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, chargée d'identifier le problème rencontré par l'utilisateur et d'apporter une réponse par la mise en œuvre immédiate d'une intervention adaptée à son besoin, grâce à un réseau de solidarité composé de personnes choisies par l'utilisateur, à un service médical, social ou spécialisé et aux dispositifs locaux existants, tels que les instances de coordination gérontologique, les plates-formes de service, le service de soins infirmiers à domicile pour personnes âgées, d'autre part, à intervenir au besoin au domicile de l'utilisateur dans les vingt-quatre heures suivant l'appel de l'utilisateur ou moins, selon l'urgence ; que le délégataire, tenu d'organiser localement le service, doit envisager, en fonction de la montée en charge du dispositif, l'installation d'une agence locale dans le département ; que, pour le financement de ce

service, le département de la Corrèze intervient en réduction du coût réel de la prestation pour les usagers ; **qu'ainsi, même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local** ; que, par suite, cette création n'a pas porté atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie ; qu'il suit de là que le moyen tiré de l'illégalité de la délibération du 23 juin 2000 qui a créé ce service, et sur le fondement de laquelle la procédure de délégation litigieuse a été engagée, doit être écarté ; (...)

## **Document 16 : Conclusions de Nicolas Boulouis sous CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze (extraits)**

Ce service est-il un service public ?

Deux précisions sont utiles avant de vous proposer une réponse.

Nous pensons tout d'abord qu'il ne faut pas confondre - comme le fait le département et même si les critères de qualification et d'appréciation de la légalité sont en grande partie communs - identification d'un service public et légalité de sa création : une collectivité publique peut avoir voulu créer un service public, au sens organique du terme, mais l'avoir fait illégalement faute des justifications requises. Nous n'ignorons pas que votre décision d'Assemblée Ordre des avocats au barreau de Paris (CE ass. 31 mai 2006, Lebon 272 ; RFDA 2006. 1194, concl. D. Casas ; AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica) distingue, pour cette appréciation, entre « les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public » et « les activités économiques que les personnes publiques souhaitent prendre en charge indépendamment de ces missions », mais nous ne croyons pas que cette distinction signifie qu'il y aurait d'un côté des services publics et de l'autre des activités économiques. Il y a sans doute des activités qui échappent par nature à la confrontation aux règles de la concurrence, mais celles qui n'y échappent ne sont pas de ce seul fait exclues du champ du service public.

La seconde précision porte sur l'incidence éventuelle du mode de gestion du service sur sa qualification. Il n'y a aucune raison objective pour que les critères d'identification d'un service public diffèrent selon que l'activité en cause est assumée par une personne privée ou assurée par une personne publique. Même si, comme l'ont relevé les auteurs de la chronique à l'AJDA sur l'arrêt de section Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI) (CE sect. 22 févr. 2007, req. n° 264541, AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher), « la section du contentieux ne semble pas [...] quelle que soit la généralité des termes de [cet arrêt], avoir envisagé l'hypothèse de la dévolution contractuelle du service public », cela ne saurait signifier que les critères sont différents de l'hypothèse de l'attribution unilatérale à

une personne privée ou de l'exercice en régie. Outre la logique pure, il y a au moins deux raisons à cela, qui sont intimement liées : pour que le service puisse être délégué, il faut qu'il préexiste à la délégation qui est donc neutre sur son existence et sa consistance ; en outre, toute défaillance du délégataire oblige la collectivité, au moins dans un premier temps, à reprendre l'activité en régie, avec là aussi une neutralité du mode d'exercice sur l'existence du service.

De fait, que l'on envisage l'activité avant sa délégation ou avec sa délégation, le résultat doit être le même et il y a une assez forte présomption qu'une activité organisée par une personne publique soit une activité de service public.

En l'espèce, l'organisation par un département d'un service dont l'objet est de mettre en relation des personnes fragiles avec des correspondants, privés ou publics, susceptibles de les assister et de les aider, peut difficilement ne pas être regardée comme une activité d'intérêt général, le but étant en outre de permettre aux personnes âgées ou handicapées, ayant des difficultés de déplacement, de rester le plus longtemps chez elles et d'y vivre de façon autonome, de reculer le moment, le cas échéant, d'une prise en charge plus lourde, voire de l'entrée en établissement. Et que ce service soit spécialement organisé par le département, la délibération de juin 2000 en atteste par son existence, par le lien qui devra être fait avec les instances de coordination gérontologique qui dépendent de ces collectivités, mais aussi par la délégation de la gestion du service, qui oblige à définir les modalités de gestion et de contrôle.

La création de ce service est-elle légale ?

Le cadre de réflexion issu de l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (CE sect. 30 mai 1930, req. n° 6781, Lebon 583 ; GAJA, n° 43) a été rappelé en même temps que revu par votre décision d'assemblée précitée Ordre des avocats au barreau de Paris, qui a distingué les deux cas de figure que nous avons cités : certaines activités de service public sont « sanctuarisées », pour d'autres, la personne publique doit faire la preuve du

respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence, ce qui implique en particulier non seulement une action dans la limite de ses compétences, mais également la justification d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée.

Nous ne pensons pas que l'activité de télésurveillance déployée au profit des personnes âgées et handicapées fasse partie du sanctuaire, autrement dit qu'il s'agisse d'une sorte de service public par nature. Sans doute, le département dispose-t-il d'une large compétence dans le domaine de l'action en faveur de ces personnes. Aux termes de l'article L. 113-2 du code de l'action sociale et des familles, il « définit et met en œuvre l'action sociale en faveur des personnes âgées. / Il coordonne [...] les actions menées par les différents intervenants, définit des secteurs géographiques d'intervention et détermine les modalités d'information du public ». Il est admis en outre que l'allocation personnalisée d'autonomie, aide en nature, peut être affectée en partie à ce type de dépenses (art. L. 232-3 CASF ; elle est affectée à la couverture des dépenses de toute nature relevant d'un plan d'aide élaboré par une équipe médico-sociale). On est alors assez tenté, comme le département, de voir dans l'activité de télésurveillance au profit de ces personnes fragiles un service social, sans nécessairement faire le rapprochement avec la vénérable jurisprudence sur les bains-douches (CE 19 mai 1933, Blanc, Lebon 540 ; CE 12 juill. 1939, Chambre syndicale des maîtres-buandiers de St-Etienne, Lebon 478) mais en voyant dans ce service le complément normal de l'activité de coordination gérontologique avec pour référence, par exemple, l'arrêt Mézy (préc.) qui admet la légalité d'une activité de thanatopraxie exercée par une commune comme activité annexe du monopole du service extérieur des pompes funèbres.

Mais ce n'est pas parce que le service intervient au bénéfice des personnes âgées qu'il est social par nature, d'autant plus qu'il s'exerce ici potentiellement en faveur de toutes les personnes âgées sans condition de ressources, ni de bénéfice préalable d'une prestation versée ou assumée par le département. A ce compte-là, de nombreuses activités seraient soustraites aux règles de la concurrence. Et, pour ne prendre qu'un exemple, c'est sans doute ce qui explique que, s'il a pu être jugé par le passé que la location de téléviseurs à un hôpital ou à un établissement pénitentiaire faisait participer le loueur au service public, on soit revenu à une vision plus étroite de la notion (CE 8 juin 1994, Société Codiam, n° 90818, Lebon 294 ; T. confl. 23 nov. 1998, Bergas, req. n° 03124, Lebon 550 ; T. confl. 21 mai 2007, SA Codiam, req. n° 3609, AJDA 2008. 200, note J. Robbe). Nous pensons en revanche qu'il y a un intérêt public à ce que le département intervienne, pour des raisons qui tiennent à la nature de l'activité, à son public mais aussi paradoxalement à l'intervention de plusieurs acteurs privés ainsi qu'à la circonstance que la

téléassistance puisse être prise en charge au titre de l'allocation personnalisée d'autonomie. C'est au demeurant cette possibilité qui, semble-t-il, a déterminé d'autres départements à organiser et déléguer des services identiques, mais en les restreignant aux bénéficiaires de l'allocation. Et les départements ne sont d'ailleurs pas les seuls à intervenir puisque c'est également le cas de nombreux centres communaux d'action sociale. Voilà pourquoi la délibération de juin 2000 ne nous paraît pas illégale, alors même qu'aucune carence de l'initiative privée n'est établie ni même alléguée.

Au total, nous vous proposons donc d'écarter le moyen d'exception d'illégalité. Vous pourriez hésiter sur la motivation de ce rejet. Depuis l'entrée dans le champ de la légalité administrative des règles du droit de la concurrence, vous avez été amené notamment à contrôler la légalité des mesures de police au regard de la liberté du commerce et de l'industrie (CE sect. 22 nov. 2000, Société L&P Publicité SARL, req. n° 223645, Lebon 492, concl. S. Austray ; AJDA 2001. 198, note M.-C. Rouault ; D. 2001. 2110, note N. Albert) en recherchant au cas par cas et selon une ligne très ancienne si les atteintes à cette liberté, inhérentes à la mesure de police contestée, sont ou non proportionnées (v., par ex. récemment, CE 15 mai 2009, Société Compagnie des bateaux-mouches, req. n° 311082). Il nous semble que ce contrôle d'adéquation est justifié car l'objet même de la mesure de police est de réglementer l'activité en cause en vue d'un objectif qui doit être concilié avec cette liberté et c'est le cœur de cette liberté qui est atteint. Ce contrôle d'adéquation n'apparaît pas lorsque c'est l'autre aspect de cette liberté qui est en jeu, le principe de non-concurrence ou de non-intervention par des opérateurs publics illustré par la jurisprudence que nous avons citée. Il n'y serait pas incongru : l'intervention si elle n'a pas pour objet de réglementer l'activité a certainement pour effet de l'affecter dans des proportions plus ou moins grandes, qu'il serait possible de comparer à l'intensité ou à la force de l'intérêt public qui s'attache à elle. Est-il plus approprié de créer un service public que de subventionner sous certaines conditions l'activité privée, de créer un service universel ou restreint à des catégories pour lesquelles l'intérêt public de l'intervention est particulièrement fort ? Mais dans ses conclusions sur l'arrêt de section du 23 décembre 1970, Commune de Montmagny (req. n° 79410, Lebon 788), le président Kahn, commentant l'arrêt Ville de Nanterre qui avait jugé légale la création d'un cabinet dentaire par cette commune, disait : « il est bien évident que le cabinet municipal fait tort aux intérêts des chirurgiens-dentistes et que l'atteinte qui leur est portée n'est licite qu'en raison de la primauté qu'on reconnaît aux intérêts collectifs ». C'est bien de primauté de principe qu'il s'agit et non d'une primauté relative vers laquelle tendrait un contrôle d'adéquation. En l'état de la jurisprudence, nous pensons donc que vous devez en rester à cette idée.

## **Document 17 : CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne**

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que, par un avis d'appel

public à la concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics en date du 5 septembre

2008, l'Etat a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché, divisé en sept lots, ayant pour objet les prélèvements et analyses du contrôle sanitaire des eaux pour les directions départementales des affaires sanitaires et sociales du Nord et du Pas-de-Calais, services de l'Etat ; que l'Institut Pasteur de Lille s'est vu attribuer les lots n°s 1, 2, 5 et 7 de ce marché et que son offre a été rejetée pour les lots n°s 3, 4 et 6 ; que le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lille, saisi par cet institut, a, par une ordonnance du 31 décembre 2008, annulé la procédure de passation des lots n°s 3, 4 et 6 du marché ; que le DEPARTEMENT DE L' AISNE et le MINISTRE DE LA SANTE ET DES SPORTS se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ;

Considérant que, pour annuler la procédure de passation des lots n° 3, 4 et 6 du marché relatif aux prélèvements et analyses du contrôle sanitaire des eaux pour les directions départementales de l'action sanitaire et sociale du Nord et du Pas-de-Calais, le juge des référés du tribunal administratif de Lille s'est fondé sur ce que le DEPARTEMENT DE L' AISNE, dont la candidature de son

Laboratoire départemental d'analyse et de recherche avait été retenue pour l'attribution de ces lots, ne justifiait pas d'un intérêt public local à réaliser des prestations d'analyse des eaux sur le territoire des départements du Nord et du Pas-de-Calais.

Considérant que, **dès lors qu'il ne s'agit pas de la prise en charge par le DEPARTEMENT DE L' AISNE d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par des services de l'Etat, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit en subordonnant la légalité de cette candidature à l'existence d'un intérêt public ;**

[,,]

Considérant en troisième lieu, [,,] ; que la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public ;

## **Document 18 : CE, 30 décembre 2014, Société Armor SNC.**

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de la Vendée a lancé en 2006 une procédure de passation d'un marché public portant sur le dragage de l'estuaire du Lay ; que ce marché a été attribué au département de la Charente-Maritime ; que la société Armor SNC, candidate évincée, a demandé l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres et de celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché ; que la société Armor SNC, aux droits de laquelle est venue la société Entreprises Morillon Corvol Courbot, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 novembre 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé le jugement du tribunal administratif de Nantes rejetant cette demande ;

2. Considérant qu'hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'État, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local ; que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, **ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens**

**dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ; qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence ;** qu'en particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficiaire, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ; que ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel ;

3. Considérant qu'en ne recherchant pas, pour écarter le moyen tiré de ce que le département de la Charente-Maritime ne pouvait légalement déposer une offre dans le cadre d'un marché public exécuté en dehors de ses limites territoriales sans se prévaloir d'un intérêt public local, si la candidature de ce département constituait le prolongement de l'une de ses missions de service public, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ;