

## LE SERVICE PUBLIC LOCAL

### **Pierre Subra de Bieusses**

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Paris-X-Nanterre

Abstract de José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

### **Abstract**

El autor analiza los servicios públicos locales desde la perspectiva funcional.

La actividad de servicio público en las colectividades locales en Francia se ha desarrollado el amparo del principio libre administración del artículo 72 de la Constitución Francesa y como consecuencia del derecho comunitario.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado permite considerar actividad de servicio público actividades que sin poder ser consideradas propiamente como tales, juegan un papel importante en el desarrollo de un servicio público.

Para una determinación precisa del estudio, el autor considera que hay que analizar los Servicios Públicos Industriales y Comerciales (en los sucesivos SPIC) desde la perspectiva de tres principios:

- el principio de libre administración de las colectividades locales.
- el de libertad de comercio e industria y
- el de libre concurrencia.

#### El principio de libre administración de las colectividades locales.

Según el Consejo de Estado, el Consejo Municipal y las demás colectividades locales pueden crear y suprimir cuantos servicios afectan a sus competencias, todo ello bajo una doble limitación: a) no impedir el

ejercicio de competencias estatales o de otra colectividad local y b) no interferir en un campo de actividad reservado a la iniciativa privada.

El principio de libre administración implica la libertad de elección del modo de gestión del servicio bien en *régie directe*, delegación unilateral o *régie autonome*. Esta libertad es mayor aún tras la Ley de descentralización de 2 de marzo de 1982.

Consecuencia asimismo del principio de libre administración local es la libre elección de la institución gestora. El profesor Subrá analiza las ventajas e inconvenientes de la Sociedad de Economía Mixta y de las Asociaciones. El Consejo de Estado considera que la defectuosa gestión de una asociación transparente permite investigar la responsabilidad por falta de la propia colectividad local.

En el Derecho francés hay una progresiva limitación de la libre elección de operadores estrictamente privados así como de la discrecionalidad en la adjudicación de contratos de delegación de servicios públicos.

#### En cuanto al principio de libertad de comercio e industria.

El Consejo de Estado ha elevado este principio a la categoría de Principio General del Derecho.

Este principio limita en parte el de libre creación y mantenimiento de SPIC locales, si bien, como escribe Hauriou, el texto constitucional establece la libre concurrencia entre individuos pero no parece reservarla a estos.

La iniciativa pública debe mantener un carácter supletorio o complementario de la iniciativa comercial e industrial privada. Es necesario un delicado equilibrio entre el principio de libre iniciativa pública y los principios de libertad de competencia y de libre concurrencia.

#### El principio de libre concurrencia

Incide en la posibilidad pública de creación de SPIC locales de distinta forma según que no sea necesaria la iniciativa pública, por ser suficiente la privada, (no cabe por tanto iniciativa pública ni choque con el principio de competencia); según que no haya esa iniciativa privada – pero pueda haber – (puede haber iniciativa pública con eventuales matizaciones); o en el supuesto de que abiertamente haya concurrencia de operadores públicos y privados, (en cuyo caso la iniciativa pública se permite, bien para completar o mejorar la iniciativa privada sin eliminarla, bien por el interés

del propio mantenimiento y funcionamiento del servicio, bien por interés financiero del mismo).

El autor analiza unas resoluciones de sumo interés del Consejo de Estado y del Consejo de la Competencia. Según este último la condición de adjudicatario de servicio público debe considerarse como una circunstancia agravante del derecho de la concurrencia.

El profesor Subrá cita para terminar una importante decisión de la Comisión de Competencia de 9 de junio de 1999 según la cual la concurrencia exige un trato sin privilegios que puedan llegar a falsear la competencia entre los distintos operadores del mercado. Para ello es necesario examinar lo que es efectivamente la rentabilidad de las actividades de las régies municipales y lo que es debido a subvenciones. Es, además, conveniente realizar reformas organizativas para separar actividades en monopolio y actividades en competencia.

## LE SERVICE PUBLIC LOCAL

La France connaît deux types d'administration. L'une qui relève de l'Etat et qui est centralisée et pour partie déconcentrée. L'autre qui est décentralisée et confiée par la constitution et par la loi aux collectivités territoriales.

A ces deux administrations correspondent deux catégories de services publics : les services publics de l'Etat ou nationaux et ceux créés par les collectivités territoriales ou services publics locaux.

Ce sont ces derniers qui nous intéressent ici.

Ils nous intéressent parce qu'ils sont décentralisés et parce que les réformes décentralisatrices des 25 dernières années ont augmenté leur nombre et leur importance.

Pour les étudier (l'observation serait la même pour les services publics nationaux) il convient de raisonner par référence à la notion fonctionnelle du service public, entendu comme une activité d'intérêt général assumée par une personne publique.

Les activités de service public des collectivités territoriales (ou locales), notamment celles des communes, sont nombreuses. A la fois parce que les besoins de prestations des citoyens ont été en augmentant (santé, culture, sport, tourisme, etc.) ; parce que les textes (art 72 de la Constitution) en consacrant le principe de libre administration ont accru leurs possibilités d'intervention ; parce que le désengagement de l'Etat en divers domaines (p ex en matière de télécommunications où il se concentre maintenant sur un rôle de régulation) leur ouvre de nouvelles compétences (p ex dans le domaine des réseaux câblés), parce qu'enfin le droit communautaire a lui aussi certaines incidences (p ex en matière de service de traitement des déchets).

La gamme est donc très large et les situations très variées. Certains services sont en réseaux, d'autres non ; certains sont facultatifs, d'autres non ; l'intérêt général auquel ils correspondent est plus ou moins considérable (cela va, p ex, de la distribution d'eau potable à la gestion de casinos, en passant par des auberges municipales que la carence de l'initiative privée permet de créer).

Il faut aussi ajouter que pour la jurisprudence, la mission de service public local apparaît lorsqu'une collectivité accomplit une activité qui en

elle-même ne s'analyse pas comme une activité de service public, mais qui, replacée dans un contexte plus global, répond à une finalité d'intérêt public qui permet de la qualifier de service public. Ainsi, par exemple, si un casino municipal ne délivre pas à ses clients une prestation de service public ; la création, l'organisation, la gestion de celui-ci se rattachent à une mission de service public dans la mesure où elles jouent un rôle important dans le développement d'une station climatique et balnéaire (v CE 23 mars 2004, Sté Amnéville loisirs, AJDA 2004, p 1135 ; CE 6 juillet 2005, Sté Partouche, req N° 256976).

Certains de ces services publics sont administratifs (services culturels, cantines scolaires, services de stationnement sur la voie publique, gestion des infrastructures routières), mais les plus nombreux sont industriels et commerciaux (S.P.I.C.). Les uns en vertu du Code général des collectivités territoriales (C.G.C.T.) et de divers textes particuliers (abattoirs municipaux, service d'assainissement ; service des pompes funèbres, etc.) ; les autres d'après la jurisprudence. Tel est par exemple le cas du service des ordures ménagères (s'il est financé par une redevance proportionnelle au service rendu) ; de celui de l'eau potable ; des réseaux de chaleur ; des parkings municipaux hors voirie, etc.

Du point de vue des problèmes juridiques qui se sont posés ces dernières années et des solutions appliquées par les textes et la jurisprudence, ce sont ces services industriels et commerciaux (qui se rapprochent du service d'intérêt économique général du droit communautaire, puisque dans les deux cas il y a service marchand et que les uns et les autres sont caractérisés par le fait que la prestation de service s'effectue sur un marché) qui retiennent particulièrement l'attention.

On s'efforcera ici de les examiner sous l'angle de trois principes : le principe de libre administration des collectivités territoriales (I), celui de la liberté de commerce et de l'industrie (II) et celui de libre concurrence (III).

## **I. LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET LES SPIC LOCAUX.**

L'article 72 de la Constitution française de 1958 consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales.

En conséquence ces dernières peuvent librement créer des services publics pour la gestion des affaires qui ont un rapport direct avec leur

population et leur territoire. D'autant que, exprimant par là ce qui est considéré comme une clause générale de compétence, le code général des collectivités territoriales dispose que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

Il en résulte que, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, « il appartient au seul conseil municipal de décider de créer ou de supprimer des services publics, d'en fixer les règles générales d'organisation et, de façon générale, de prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services de la commune » (CE 6 janvier 1995, Ville de Paris, Rec CE p 3)

Toujours d'après le Conseil d'Etat, la solution est la même pour les autres collectivités territoriales, par exemple pour le département (CE 6 janvier 1995, Syndicat national des personnels techniques et administratifs. CGT, Rec CE p 5).

Si la compétence de chaque collectivité territoriale est donc certaine, elle ne s'exerce qu'à une double condition :

- ne pas empiéter sur les compétences d'une autre collectivité locale ou sur celles de l'Etat ;
- ne pas intervenir dans un domaine d'activité réservé à l'initiative privée

A partir de là quelles sont les conséquences du principe de libre administration relativement aux services publics locaux ? Nous devons les vérifier, d'abord du point de vue de la liberté de choix du mode de gestion du service public, ensuite de celui de la liberté de choix de son organisme de gestion.

### **Liberté de choix du mode de gestion.**

Selon une présentation retenue par Georges Vedel, la théorie des modes de gestion des services publics pose au préalable la distinction entre la gestion directe (gestion en « *régie directe* » selon la terminologie française) par laquelle la collectivité publique assure elle-même la gestion du service public dont elle est responsable et la gestion indirecte (ou gestion déléguée) par laquelle la collectivité confie la gestion à un organisme doté d'une personnalité propre, tout en conservant la responsabilité finale.

Dans ce second cas, la délégation résulte nécessairement d'un acte juridique qui est soit unilatéral, soit contractuel. Elle implique la désignation

d'un gestionnaire distinct de la collectivité publique et qui peut être soit une personne privée, soit une personne publique.

Nous nous trouvons donc en présence de trois formules : la « *régie directe* », la délégation unilatérale (qui ne peut être faite ni à une personne privée, ni à une autre collectivité publique, mais seulement à un Établissement public. Cette solution est appelée « *régie autonome* » par une loi du 12/07/1999) ; la délégation contractuelle.

Le principe constitutionnel implique donc la liberté de choix entre ces trois formules, à quelques exceptions près cependant, dont les unes résultent des textes, (p ex, pour les Caisses de Crédit Municipal, la loi impose qu'elles revêtent la forme de l'Établissement public) et quelques autres de la jurisprudence qui ne concerne alors que certains services publics administratifs (p ex pas de possibilité de déléguer le service pour l'exercice du pouvoir de police ou pour la surveillance des enfants dans le cadre scolaire).

Parfois la loi elle-même précise les possibilités de choix de la collectivité locale (p ex possibilité de choisir entre la gestion directe et la délégation pour le service public des pompes funèbres), mais le plus souvent la loi ne précise rien ou il n'y a pas de loi (c'est notamment le cas, très fréquemment, lorsque la collectivité locale crée un service public de sa propre initiative en vertu de la clause générale de compétence).

Donc le plus souvent liberté de choix et toujours pour les services publics industriels et commerciaux puisqu'ils ne sont pas concernés par les exceptions jurisprudentielles.

Ce principe de liberté est consacré par la jurisprudence. Par exemple, un arrêt significatif du Conseil d'Etat (CE 18 mars 1988, Loupias et autres, Rec CE, p 668) juge qu'en procédant à une consultation préalable avant de conclure un contrat de délégation de service public, le conseil municipal n'a pas renoncé à sa liberté d'opter ultérieurement entre exploitation en régie directe et délégation et, dans cette dernière hypothèse, entre l'une des quatre formules possibles.

Cette liberté s'exerce d'autant mieux, depuis maintenant vingt cinq ans, que la loi de décentralisation du 2 mars 1982 a supprimé la tutelle que l'Etat exerçait auparavant sur les collectivités locales.

Jusqu'à cette date le préfet avait un pouvoir d'approbation pour tous les SPIC communaux et il avait aussi un pouvoir d'annulation pour illégalité des décisions de l'autorité locale.

Il est vrai qu'à la veille de la loi de décentralisation ce pouvoir avait fini par ne plus s'exercer fréquemment, mais fut-ce de façon virtuelle, la possibilité d'atteinte à la liberté locale n'en continuait pas moins d'exister.

En supprimant ce pouvoir de tutelle a priori, la loi de 1982 a provoqué une véritable libération de l'initiative locale. Les délibérations prises sont devenues exécutoires de plein droit et elles ne relèvent plus que d'un simple contrôle de légalité à posteriori qui est certes déclenché par le préfet, mais exercé par le juge administratif.

En conséquence, sous réserve du respect de la légalité, le choix entre les divers modes de gestion est un choix pleinement discrétionnaire. Il l'est d'autant plus qu'il résulte de la jurisprudence (p ex arrêt Loupias et autres, précité) qu'en la matière le juge administratif hésite à exercer le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Sur ce point, v les observations du professeur J.C. Douence, in « *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* », ouvrage collectif sous la direction de J. B. Auby et S. Braconnier, Ed LGDJ 2003, pp 131 et ss).

Enfin, dans son exercice concret la liberté de choix se trouve protégée par diverses législations. Par exemple, la sanction, en application du droit de la concurrence, des pratiques anti-concurrentielles aux quelles peuvent se livrer les candidats à une délégation de service public protège la liberté des collectivités locales contre les grandes entreprises naturellement tentées d'abuser de leur position dominante (à cet égard le secteur de la distribution d'eau potable est particulièrement significatif).

### **Liberté de choix de l'institution de gestion.**

La question de la liberté de choix de l'organisme gestionnaire ne se pose évidemment pas dans l'hypothèse de « *la régie directe* » puisque c'est alors la collectivité publique locale qui gère elle-même le service public. Elle ne se pose pas non plus en cas de délégation unilatérale, puisqu'avec cette formule dite de la « *régie autonome* » (L du 12/07/1999), la collectivité locale est obligée de recourir à la formule de l'établissement public.

Elle est en revanche essentielle dans le cas de la délégation contractuelle qui, pour beaucoup de SPIC, est la formule dominante (plus de 50% des communes en matière de distribution d'eau potable).

La liberté doit permettre de choisir librement entre les différents opérateurs privés, stricto sensu, mais également de pouvoir confier la ges-

tion du service public à une société d'économie mixte ou, pour certains d'entre eux, à une association.

En droit français la société d'économie mixte (c'est à dire celle dont le capital est en partie privé et pour partie public, avec, généralement, une part dominante pour celui-ci) a la qualité de personne morale de droit privé. Personne privée particulière cependant, dans la mesure où, parce qu'elle est détentrice d'une partie du capital, la personne publique locale y exerce un contrôle de l'intérieur. De fait, avec le service public confié à une S.E.M., on a une formule intermédiaire entre la « *régie directe* » et la délégation à une entreprise purement privée.

Le régime juridique des S.E.M. locales résulte d'une loi du 7 juillet 1983 dont les dispositions se retrouvent à l'article L.1591 du Code général des collectivités territoriales.

Elles permettent à toutes les collectivités locales (et aux établissements publics de coopération intercommunale – EPCI –) de recourir à ce type particulier de société, à la seule condition de rester dans le cadre de leurs compétences. Elles peuvent donc l'utiliser pour tous leurs services publics, aussi bien administratifs qu'industriels et commerciaux.

Après avoir connu un important succès initial, cette solution est maintenant moins pratiquée, sans doute pour une double raison. D'une part, étant à la fois autorité délégante et actionnaire de la société délégataire, la collectivité locale peut craindre d'être accusée de favoritisme ; d'autre part, la formule est devenue moins intéressante à partir du moment où des règles inspirées de celles du « *code des marchés publics* » ont été appliquées aux « *marchés* » conclus ensuite par les SEM délégataires d'un service public.

Toujours en droit français, l'association est également une personne morale de droit privé.

Les collectivités locales peuvent leur confier la gestion de services publics, y compris industriels et commerciaux, dans la mesure où une association peut parfaitement se livrer à une activité industrielle et commerciale, à la seule condition de ne pas distribuer des bénéfices aux associés.

Confier un service public à une association peut présenter des avantages parce que celle-ci relève de régimes plus favorables que la société commerciale en matière de gestion, de fiscalité, d'aides publiques.

Cela explique le développement important de cette formule, d'autant plus important que les collectivités locales peuvent participer à des associations ou même les créer (v, en ce sens, avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat du 11 mai 1958. V. aussi Rapport public du Conseil d'Etat de l'année 2000, « *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* »). Toutefois, si elle est intéressante elle n'est pas non plus sans inconvénients, lorsqu'il apparaît que la collectivité publique a en réalité créé une association fictive. Cela conduit de façon évidemment irrégulière, à ce qu'en réalité l'association gère de l'argent public. Ces situations ont suscité des critiques de la Cour des Comptes à l'occasion de ses rapports annuels et aussi du juge administratif. On observe, par exemple, que par un arrêt Département de la Dordogne du 5 décembre 2005 (req N° 259748), le Conseil d'Etat considère que « *la mauvaise gestion d'une association transparente permet de rechercher la responsabilité pour faute de la collectivité territoriale* ».

Remarquons enfin que lorsqu'en vertu de sa liberté la collectivité locale décide de s'orienter vers le choix d'un opérateur purement privé, l'exercice de cette liberté est aujourd'hui plus encadré qu'il ne l'était par le passé.

Dans notre pays il avait été traditionnellement admis qu'en matière de contrats de délégation de service public, le principe de l'intuitu personae impliquait que le pouvoir de choix de la personne publique soit le plus discrétionnaire possible. Il en résultait que contrairement aux « *marchés publics* », la conclusion de ces contrats n'était soumise à aucunes règles de concurrence ni même de publicité.

Cela est désormais révolu depuis la loi du 29 janvier 1993 dite loi « *anti-corruption* ».

Il résulte de l'article 38 de ce texte que la passation des contrats de délégation de service public est maintenant soumise à « *une obligation de publicité permettant la présentation de plusieurs offres de concurrents* », après quoi la collectivité publique engage librement les négociations avec une ou plusieurs entreprises candidates.

La liberté et l'« *intuitu personae* » demeurent donc, mais ils sont encadrés par l'obligation de se soumettre à une procédure de publicité préalable dont les règles qui ont été établies par d'autres articles de la loi de 1993 figurent dans le Code général des collectivités territoriales.

## II. LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE ET LES SPIC LOCAUX.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie résulte d'un vieux texte, le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

Selon notre Conseil Constitutionnel (décision du 16 janvier 1982) il n'a pas valeur constitutionnelle, mais depuis un célèbre arrêt Daudignac du 22 juin 1951 (Rec CE, p 362), le Conseil d'Etat le range dans la catégorie des Principes généraux du droit (pour un arrêt plus récent, v CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p 427) et il lui consacre par ailleurs une abondante jurisprudence, depuis longtemps établie, et qu'il persiste à appliquer dans un contexte pourtant sensiblement modifié.

### L'interprétation jurisprudentielle du principe.

D'après le décret de 1791, ce principe visait seulement à supprimer les obstacles que le système corporatif d'Ancien Régime opposait au libre exercice des activités économiques et des professions. Ce qui est alors fondé c'est la liberté d'entreprendre, mais, comme le relève Hauriou (Précis de droit administratif, 1901, 4<sup>ème</sup> ed, p 36), « ce texte qui accorde sans conteste la liberté commerciale aux individus ... ne semble pas la leur réserver ».

Tel ne va pourtant pas être le sentiment de la jurisprudence. Le Conseil d'Etat va interpréter en effet le décret comme affirmant, non seulement le principe de la liberté de commerce et de l'industrie pour les personnes privées, mais encore le droit pour ces personnes de ne pas être concurrencées dans l'exercice de leur activité professionnelle par les personnes publiques. Cela le conduit à annuler, avec un célèbre arrêt de 1930 (CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec CE, p 583), des décisions communales de création de services publics. Créations jugées irrégulières, parce que des activités de type industriel et commercial « restent en général réservées à l'initiative privée », de sorte que les conseils municipaux « ne peuvent les ériger en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière », c'est à dire, « s'il n'y a pas d'autre moyen, au moment et à l'endroit dont il s'agit, de donner une satisfaction aux besoins de la collectivité ». En d'autres termes, si pour une activité donnée (dans l'affaire jugée en 1930 il s'agissait d'un service de ravitaillement destiné à la vente directe au public) l'initiative privée n'est pas défailante,

la collectivité locale ne peut légalement créer un service public ayant pour objet cette même activité.

Par la suite cette jurisprudence connaîtra des assouplissements progressifs.

N'exigeant plus la défaillance de l'initiative privée, le juge administratif admet la légalité de la création d'un service public local en cas de simple insuffisance quantitative ou qualitative de celle-ci (CE 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, Rec CE, p 563). Parfois même il considère comme possible de satisfaire aux besoins d'un service public non commercial par des activités à caractère commercial (p ex création de restaurants économiques au titre de l'assistance aux indigents, CE 19 février 1943, Ricordel, Rec CE, p 43).

Il n'en reste pas moins que le principe demeure qu'en l'absence de circonstances particulières l'initiative privée ne doit pas être concurrencée par celle des personnes publiques et donc des collectivités locales. Celles-ci ne disposent toujours pas de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui limite évidemment leurs possibilités de créer des services publics industriels et commerciaux.

### **La persistance de la jurisprudence traditionnelle.**

On peut d'abord remarquer que la persistance de cette politique jurisprudentielle n'est plus tout à fait en adéquation avec le contexte juridique contemporain.

D'une part, elle n'est pas conforme à l'article 295 du Traité de l'Union Européenne qui, en disposant qu'il « *ne présume en rien du régime de propriété dans les Etats membres* », manifeste qu'à la différence de certains droits nationaux et notamment du droit français, le droit communautaire ne s'attache pas à la distinction entre personnes publiques et personnes privées.

D'autre part, elle n'est pas non plus conforme à certaines orientations récentes exprimées par le Conseil d'Etat lui-même. Au cours de l'année 2000, cette Haute Assemblée fut saisie à deux reprises de la question de savoir s'il était possible pour une personne publique de répondre à un appel d'offres pour une délégation de service public (un EPIC avait été admis à présenter une offre dans le cadre d'une procédure de délégation d'un

service public d'eau potable) et pour l'attribution d'un « *marché public* » (un EPAD avait obtenu un marché pour le renouvellement d'un système d'information géographique).

Dans les deux cas, par un arrêt pour le premier (CE 16 octobre 2000, Cie Méditerranéenne d'exploitation des services des eaux, RFDA 2001, p 106) et par un avis pour le second (CE 8 novembre 2000, Société Jean Louis Bernard Consultants, Rec CE, p 492), la réponse a été la même, à savoir qu' « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate de l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de DSP* ».

S'il y a là une incontestable mise en cause du principe tel qu'il était traditionnellement entendu, puisque dans ces deux affaires il est admis que les personnes publiques puissent venir concurrencer les opérateurs privés, il faut cependant remarquer que pour se prononcer comme il l'a fait, le Conseil d'Etat n'a pas vraiment raisonné par référence au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais plutôt par référence au droit de la concurrence.

C'est sans doute ce qui explique que depuis lors la jurisprudence classique a continué de s'appliquer. Contrairement à ce qu'avaient pensé certains commentateurs des deux décisions de l'année 2000, le Conseil d'Etat n'a pas substitué le principe de libre concurrence à celui de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ainsi par exemple, par un arrêt du 10 janvier 2006, la Cour Administrative d'Appel de Marseille juge que « *la commercialisation par un office de tourisme de voyages ou de séjours ne peut être autorisée que si l'intérêt général l'exige, lorsque l'initiative privée est dans ce domaine inexistante ou insuffisante* ».

Peu après, par un important arrêt du 31 mai 2006 (Ordre des avocats au barreau de Paris, AJDA 2006, p 1592), le Conseil d'Etat considère que si les personnes publiques « *entendent prendre en charge des activités économiques, 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 ... pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans les limites de leur compétence, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter, notamment, de la carence de l'initiative privée* ».

Il est donc clair que la conception traditionnelle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie continue d'inspirer la jurisprudence.

Ce qui est nouveau c'est que maintenant son application doit se combiner avec l'application conjointe du principe de libre concurrence. Comme le précise l'avis Société Jean Louis Bernard consultants, précité, lorsque l'intervention des personnes publiques peut être admise, *«elle ne doit pas se réaliser selon 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»*.

### **III. Le principe de libre concurrence et les SPIC locaux.**

Sous l'angle du principe de libre concurrence et de son incidence sur les conditions de création des SPIC locaux on doit distinguer entre les trois hypothèses suivantes :

- Si l'on est dans un contexte où il n'y a pas carence, ni même insuffisance de l'initiative privée, la liberté de commerce et de l'industrie empêche la collectivité publique locale d'exercer l'activité économique et donc de créer le SPIC. Puisqu'elle ne peut avoir d'activité économique, la question de lui appliquer le droit de la concurrence ne se pose pas.
- A l'inverse, s'il y a carence de l'initiative privée, l'activité économique publique est justifiée, mais comme il n'y a pas d'opérateurs privés sur le marché, la question de l'application du droit de la concurrence ne se pose pas non plus.
- Reste une troisième hypothèse qui est celle où la personne publique se trouve en concurrence avec les opérateurs privés.

C'est d'abord le cas lorsque sur un marché donné il n'y a pas carence de l'initiative privée, mais simplement insuffisance (quantitative ou qualitative) de celle-ci.

C'est encore le cas dans un certain nombre de situations particulières où, sans qu'il n'y ait de défaillance de l'activité privée, l'initiative publique se trouve cependant justifiée :

- par exemple lorsque l'activité économique publique permet d'améliorer les prestations fournies aux usagers. Cette hypothèse est d'ailleurs parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui, dans la très célèbre affaire Corbeau (CJCE 19/05/93),

a estimé qu'une personne publique peut librement prolonger son activité de service public pour atteindre une meilleure efficacité ;

- Par exemple encore lorsque l'accroissement de l'activité économique publique se trouve justifié par l'intérêt financier du service (v p ex, CE 23 mai 2003, Communauté de commune Artois-Lys, req N° 249995) ;
- Par exemple encore lorsque l'exercice de cette activité se trouve justifié par l'idée de complément normal du service public (v CE 10 mai 1996, SARL La Roustane, Rec CE, p 168).

Dans tous ces cas le service public industriel et commercial local est en concurrence avec des opérateurs privés. Le droit de la concurrence doit donc s'appliquer.

A première vue cela conduit à envisager aussi bien le droit national de la concurrence (qui en France est issu d'une ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et que l'on retrouve notamment aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code du commerce), que le droit communautaire, puisqu'en vertu de l'article 86 du Traité, « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ... sont soumises aux règles de concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec ... à la mission qui leur a été impartie* ».

En réalité, étant donné que l'application des règles communautaires est subordonnée à la condition d'affectation du droit intra-communautaire, elles ont rarement l'occasion de s'appliquer aux interventions des collectivités locales.

C'est donc essentiellement le droit national qui nous intéresse ici.

L'application de ce droit de la concurrence aux SPIC est impliquée par les dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 que l'on retrouve à l'article L. 410 du Code du commerce.

Elle a pour conséquence que l'opérateur public (c'est à dire la collectivité locale) ne peut pas participer à des ententes qui auraient pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et qu'il ne peut abuser d'une position dominante.

S'agissant des ententes, nous pouvons prendre comme exemple une affaire qui a donné lieu à une décision du Conseil de la concurrence (équivalent français du Tribunal de la competencia español) en date du 19 février 1991 (v Rapport Conseil concurrence 1991, p 36).

Le marché pertinent concerné était celui des activités d'enseignement du ski. Une autorité municipale avait refusé à des moniteurs indépendants des avantages (priorité et gratuité pour l'utilisation des installations) qu'elle avait accordés à d'autres moniteurs qui appartenaient à l'école de ski français. Le Conseil de la concurrence a sanctionné cette façon de faire en considérant qu'elle résultait d'une entente entre l'autorité municipale, l'École de ski français et le syndicat national des moniteurs de cette école. Entente qui « *avait eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'enseignement du ski du Grand-Bornand ...* ».

L'autorité municipale avait essayé d'invoquer le bénéfice de l'article L.420-4 du Code de commerce (mêmes dispositions à l'article 81-3 du Traité) qui prévoit une exemption pour « *bonnes ententes* », c'est à dire celles qui contribuent au progrès économique, mais le Conseil de la concurrence a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce et il a donc sanctionné.

Pour ce qui est de l'abus de position dominante, nous pouvons relever une autre décision du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1997 relative à la « *régie municipale* » (c'est à dire à la gestion directe par la commune) des pompes funèbres de Marseille. Cette régie municipale qui détenait le monopole pour l'ensemble de la ville exerçait à la fois des prestations qui relevaient du monopole et des prestations hors monopole qui lui étaient évidemment facilitées par sa position dominante. Considérées comme constitutives d'un abus de position dominante, de telles pratiques sont prohibées par l'article L.420-2 du Code de commerce. Le Conseil de la concurrence a donc sanctionné la Ville de Marseille.(v Rapport Conseil concurrence 1997, p 889).

Ces deux illustrations nous montrent que pour l'application du droit de la concurrence aux collectivités locales, c'est le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, qui est compétent, alors qu'ensuite c'est la Cour d'Appel de Paris, juridiction de l'ordre judiciaire, qui peut être saisie des recours dirigés contre ses décisions (sauf dans les cas où les collectivités locales assurent leur mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, car c'est alors le juge administratif qui applique le droit de la concurrence).

Le droit de la concurrence doit être respecté, aussi bien lorsque la collectivité exerce directement la mission de service public industriel et commercial (et donc une activité économique) que lorsqu'elle la délègue

à un autre opérateur. Dans une affaire relative à un service public de pompes funèbres qui a donné lieu à un arrêt célèbre du Conseil d'Etat (CE 3 novembre 1997, Million et Marais, Rec CE, p 393), celui-ci n'a pas sanctionné un abus de position dominante de la part de la collectivité locale, mais censuré le fait qu'elle avait placé son délégataire en situation d'abus automatique de position dominante.

On peut également préciser que d'après le Conseil de la concurrence (v décision du 13 février 2001, Sté TransmontagneBOCC2001, p 201) la qualité de délégataire de service public est considéré comme une circonstance aggravante en cas de violation du droit de la concurrence.

Cela étant, on sait aussi qu'il est traditionnellement admis que l'on puisse, à certaines conditions, déroger à l'application du droit de la concurrence. Par rapport à notre sujet nous pouvons par exemple relever une décision de la Cour de Justice (CJCE 23 mai 2000, Aff FFADC/Kobenhavns Kommune, Rec CJCE I, p 3743) qui, dans une affaire où les échanges intra-communautaires étaient affectés, a considéré qu'en application de l'article 86-2, le droit de collecter les déchets pouvait être confié à un nombre limité d'entreprises pour permettre une meilleure protection de l'environnement local.

Avant d'en terminer (sans conclure, pour éviter de trop dépasser le temps qui nous était imparti), relevons enfin, brièvement, que l'application du droit de la concurrence a aussi des incidences sur le statut des opérateurs publics.

Par un avis du 9 juin 1999, le Conseil de la concurrence a précisé que *« le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques, mais il faut qu'aucun opérateur ne bénéficie de facilités que les autres ne pourraient obtenir et qui lui permettraient de fausser le jeu de la concurrence »*. (on peut remarquer que cet avis ne fait qu'anticiper celui, déjà cité, rendu par le Conseil d'Etat le 8 novembre 2000 et qui se prononce dans le même sens).

Pour éviter qu'il en soit ainsi le Conseil de la concurrence indique la nécessité de certaines adaptations, sur le plan financier et administratif.

En matière financière, il conviendrait, précise-t-il, que les « régies municipales » disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions

accordées à chacune de celles-ci, en distinguant les activités qui entrent en concurrence avec des entreprises privées et celles qui n'y entrent pas.

Sur le plan administratif il serait souhaitable de réaliser des séparations de caractère organisationnel entre activités sous monopole et activités concurrentielles.

Le temps qui m'était imparti étant maintenant déjà dépassé, je vais, comme je viens de l'annoncer, en terminer sans plus attendre en me dispensant de conclure et en vous remerciant simplement de la patience avec laquelle vous m'avez écouté jusqu'ici.