



La référence du droit en ligne



**La création des services publics nationaux
et locaux (cours)**

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
I – La création des services publics nationaux.....	4
II – La création des services publics locaux	6
1° temps : une opposition farouche du Conseil d’Etat.....	6
2° temps : de larges possibilités d’intervention reconnues	7
3° temps : l’émergence de l’exigence d’une égale concurrence.....	8

Introduction

Lorsque l'on aborde la question de l'interventionnisme des collectivités publiques au travers de la création de services publics, différentes théories s'affrontent. Certains estiment que ces dernières peuvent, par leurs actions, exercer un effet bénéfique sur la société. Au contraire, pour les tenants des théories libérales, ces interventions doivent être limitées, surtout en matière économique. Il n'est dès lors pas étonnant que le droit applicable en matière de création de services publics reflète l'évolution des idées politiques dominantes au sein de la société française. Du fait de régimes juridiques spécifiques, cette question doit être appréhendée en distinguant la création des services publics nationaux (I) de celle des services publics locaux (II).

En ce qui concerne services publics nationaux, pouvoir législatif et pouvoir réglementaire se disputent traditionnellement la compétence pour créer les créer. Ainsi, alors qu'avant 1958, la compétence de principe appartenait au premier, la situation s'inverse après 1958. Cependant, ce renversement est largement atténué. En effet, si la compétence de principe appartient dorénavant au pouvoir règlementaire, le pouvoir législatif garde de larges compétences, si bien que c'est plus un partage de compétence qui semble se dessiner qu'un véritable monopole du pouvoir exécutif. Quant à la liberté dont disposent ces autorités dans l'exercice de ce pouvoir, elle est fortement encadrée par le Conseil constitutionnel : celui-ci a, ainsi, créé la catégorie des services publics constitutionnels sur lesquels pouvoirs législatifs et règlementaires n'ont aucune prise ; en revanche, en dehors de ces services, législateur et exécutif sont libres d'ériger en service public national les activités qu'ils souhaitent.

S'agissant des services publics locaux, il en existe qui sont obligatoires en vertu de la loi, ce qui implique pour la collectivité l'obligation d'assurer l'accomplissement de ces missions. Mais, l'on trouve aussi des services publics locaux facultatifs que les collectivités locales sont libres de créer, dès lors, bien sur, que ces services relèvent de leurs compétences. C'est à propos de ces derniers services que des difficultés se sont posées. En effet, au début du XX^e siècle se développe ce que l'on a appelé le « socialisme municipal » c'est-à-dire l'intervention des collectivités locales dans le domaine industriel et commercial. Or, ces activités relèvent normalement de l'initiative privée. En effet, il existe un principe fondamental en la matière, celui de la liberté du commerce et de l'industrie qui interdit aux collectivités publiques de concurrencer les entreprises privées. Dès lors, la question à résoudre est celle de la conciliation entre ce principe et le droit pour les collectivités locales de créer des services publics en matière économique, question a fait l'objet d'une appréciation évolutive de la part du Conseil d'Etat.

I – La création des services publics nationaux

Pouvoir législatif et pouvoir réglementaire se disputent traditionnellement la compétence pour créer les services publics nationaux : ainsi, alors qu'avant 1958, la compétence de principe appartenait au premier, la situation s'inverse après 1958, ce renversement étant, cependant, largement atténué. Quant à la liberté dont disposent ces autorités dans l'exercice de ce pouvoir, elle est fortement encadrée par le Conseil constitutionnel.

1 / D'abord, sous les III^e et IV^e République, la création de services publics nationaux relevait du législateur. Ce principe était, cependant, atténué par la reconnaissance de la compétence du pouvoir réglementaire dans diverses hypothèses. Ainsi, ce dernier recouvrait sa compétence lorsque le service public supposait une utilisation du domaine public. Il en allait de même lorsqu'il s'agissait de déterminer les modalités générales d'organisation du service. Enfin, le Conseil d'Etat admettait assez fréquemment la compétence de l'Administration pour créer des services publics.

2 / Sous la V^e République, la situation s'inverse, mais de manière atténuée : en effet, si la compétence de principe appartient dorénavant au pouvoir réglementaire, le pouvoir législatif garde de larges compétences, si bien que c'est plus un partage de compétence qui semble se dessiner qu'un véritable monopole du pouvoir exécutif. Pour comprendre cette situation, il faut se référer au texte constitutionnel. Ainsi, son article 34 énumère de manière limitative les compétences du pouvoir législatif. Or, la compétence pour créer des services publics n'y figure pas. En conséquence, ce qui ne relève pas de la loi relève du pouvoir réglementaire en vertu de l'article 37 de la Constitution. Ce dernier semble donc avoir une compétence de principe en la matière. Mais, ce qu'il importe de retenir est que lorsque la création d'un service public touche une matière réservée au pouvoir législatif, celui-ci retrouve sa compétence : il en va, ainsi, par exemple, quand la création du service met en cause les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ou lorsqu'elle aboutit à la création d'une nouvelle catégorie d'établissement public. Par ailleurs, l'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit explicitement que le législateur est compétent pour fixer les principes fondamentaux de certains grands services publics nationaux, tels que la défense, l'enseignement ou encore la sécurité sociale. Pour conclure, l'on pourrait dire que si le pouvoir législatif était en première ligne avant 1958, c'est dorénavant le pouvoir réglementaire qui occupe ce rôle, mais le législateur garde de larges compétences. Le renversement de situation qu'opère la Constitution de la V^e République est donc dans les faits largement atténué.

3 / Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser les règles régissant la création des services publics. Ainsi, celui-ci a consacré la catégorie des services publics constitutionnels qui regroupe les services publics dont l'existence découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle. Dès lors, les pouvoirs du législateur et de l'exécutif sont, ici, nuls puisque l'existence de ces services publics s'impose de par le texte constitutionnel lui-même. Et, par voie de conséquence, de tels services ne peuvent être supprimés que par le pouvoir constituant. Le contenu de cette catégorie juridique demeure, cependant, marqué par de nombreuses incertitudes. En effet, le juge constitutionnel n'a pas donné la liste de ces services. Or, s'il ne fait pas de doute que les

services régaliens de l'Etat, tels que la police ou la justice, relèvent de cette catégorie, des questions peuvent se poser s'agissant des services publics créés pour assurer l'application des droits reconnus, notamment, par le préambule de la Constitution de 1946. En dehors de ces services, législateur et exécutif sont libres d'ériger en service public national les activités qu'ils souhaitent : la reconnaissance de l'existence d'un tel service ne relève donc que de leur volonté.

II – La création des services publics locaux

S'il existe des services publics locaux obligatoires en vertu de la loi, ce qui implique pour la collectivité l'obligation d'assurer l'accomplissement de ces missions, l'on trouve aussi des services publics locaux facultatifs que les collectivités locales sont libres de créer, dès lors, bien sur, que ces services relèvent de leurs compétences. C'est à propos de ces derniers services que des difficultés se sont posées. En effet, au début du XX^e siècle se développe ce que l'on a appelé le « socialisme municipal » c'est-à-dire l'intervention des collectivités locales dans le domaine industriel et commercial. Or, ces activités relèvent normalement de l'initiative privée. En effet, il existe un principe fondamental en la matière, celui de la liberté du commerce et de l'industrie qui interdit aux collectivités publiques de concurrencer les entreprises privées. Dès lors, la question à résoudre est celle de la conciliation entre ce principe et le droit pour les collectivités locales de créer des services publics en matière économique, question a fait l'objet d'une appréciation évolutive de la part du Conseil d'Etat.

1^o temps : une opposition farouche du Conseil d'Etat

Marqué par l'idéologie libérale en matière économique, le Conseil d'Etat s'oppose farouchement, au départ, à la création de tels services publics. Il n'admet la légalité de telles interventions des collectivités locales qu'en cas de circonstances exceptionnelles. Face à ce refus catégorique, le Gouvernement va tenter d'inciter le juge administratif à faire évoluer sa position : en effet, un décret-loi de 1926 élargit les possibilités de création de services à caractère économique offertes aux communes. Mais, le juge administratif suprême maintient sa position en considérant que ce décret n'a pas étendu les pouvoirs des communes en la matière (CE, 30/05/1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers). Pour autant, ce dernier arrêt contient en germe des possibilités d'évolution : en effet, il substitue à la notion de circonstances exceptionnelles celle plus souple de circonstances particulières de temps et de lieu. Si dans les années qui suivent, le Conseil d'Etat fait une application restrictive de cette condition, il va peu à peu assouplir ses positions.

2° temps : de larges possibilités d'intervention reconnues

Du fait de la crise des années 1930, des nécessités de la reconstruction au lendemain de la Libération et plus généralement de l'évolution des idées, le juge administratif va interpréter de manière de plus en plus souples les conditions validant les interventions économiques des collectivités locales. Ainsi, ces dernières ne sont possibles que si existe un intérêt public, apprécié en fonction des circonstances particulières de temps et de lieu, ce dernier étant caractérisé par la réunion de deux conditions : la carence de l'initiative privée et l'existence d'un besoin local. Ces sont ces deux conditions qui vont être appréciées de manière de plus en plus souple par le Conseil d'Etat. Ainsi, s'agissant de la carence de l'initiative privée, il peut s'agir d'une absence pure et simple, mais aussi d'une insuffisance qualitative ou quantitative. Quant à l'existence d'un besoin local, cette notion a fini par recouper des activités aussi diverses que le logement, la distribution de l'eau, les transports ou même les loisirs. Ce besoin peut, par ailleurs, être actuel ou futur. Si ces solutions sont toujours valables à l'heure actuelle, l'appréciation de la question des interventions économiques des collectivités publiques va faire, en 2006, l'objet d'un renouveau.

3° temps : l'émergence de l'exigence d'une égale concurrence

La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat va être complétée de manière significative par la prise en compte du droit de la concurrence (CE, ass., 31/05/2006, Ordre des avocats au barreau). Ainsi, si le juge administratif exige toujours l'existence d'un intérêt public pour justifier l'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il prend en compte désormais, en plus, les exigences tenant au droit de la concurrence, le but étant de garantir une égalité des conditions d'intervention entre les personnes publiques et les personnes privées. En effet, la Haute juridiction relève qu' « une telle intervention ne doit pas se réaliser selon des modalités tels 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 ». Cela signifie que lorsqu'une personne publique intervient dans le domaine économique, elle doit le faire en respectant les règles garantissant le libre jeu de la concurrence. Autrement dit, elle ne doit pas user de sa position particulière pour bénéficier d'avantages tels qu'elle se trouverait placée dans une situation plus favorable que celle des opérateurs privés. Au final, les exigences anciennes tenant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'ont pas disparu, elles ont simplement été complétées par les impératifs propres au principe d'égale concurrence.