



Étude juridique portant sur l'organisation et l'exploitation par un acteur public d'un service public de conciergerie

Décembre 2023



Sommaire

INTRODUCTION ————— 04

UN CADRE JURIDIQUE DE L'INTERVENTION PUBLIQUE EN MATIÈRE DE CONCIERGERIE ————— 05

1. Le service de conciergerie et les entités juridiques administratives susceptibles de le prendre en charge	05
1.1. La définition, le contenu et la nature de l'activité de conciergerie	05
1.2. La détermination des acteurs publics susceptibles de prendre en charge cette activité	06
2. Les conditions de fond de création du service public industriel et commercial de conciergerie	07
2.1. L'intérêt public local en l'absence ou tiré de cas de l'insuffisance ou de l'inadaptation du service privé de conciergerie	07
2.2. Sur l'hypothèse de l'intérêt public local suffisant en l'absence de carence d'initiative privée	10
3. La condition de légalité de l'exercice de l'activité de conciergerie : le respect du principe de libre et égale concurrence avec les autres opérateurs	12
4. Analyse et précaution méthodologique du benchmarking sur les offres tarifaires des conciergeries réalisé par Atout France	13
5. Conclusion	14

ANNEXES ————— 15

1. Compléments d'information sur l'activité de cautionnement liée à l'intervention publique en matière de conciergerie	15
2. Références jurisprudentielles	17

INTRODUCTION

Conformément au cahier des charges établi par Atout France en date du 19 juillet 2023, à la proposition du Cabinet ASEA en date du 31 juillet 2023, à la lettre de mission assortie du bon de commande du 20 octobre 2023, ainsi qu'à la réunion de lancement du 24 octobre 2023, la présente étude, porte sur l'analyse exhaustive des conditions et des modalités d'intervention des acteurs publics en matière de conciergerie.

L'enjeu de l'étude est de prévenir tous risques juridiques liés à la création et à l'exploitation d'une telle activité par un acteur public compris au sens large (collectivité, établissement public, SEM/SPL), dans la mesure où celle-ci présente un caractère concurrentiel et pourrait donc être prise en charge par un opérateur économique privé.

Cette analyse a donc pour ambition de circonscrire le cadre juridique déterminant les possibilités et les conditions d'intervention des acteurs publics, et plus précisément ceux intervenant dans la gestion administrative du territoire des stations sélectionnées par Atout France.

Pour la réalisation de la présente de la mission, Atout France a remis au Cabinet ASEA les documents suivants :

- ➔ Benchmarking offre tarifaires des conciergeries privées.
- ➔ Compléments d'informations par courriel en date du 31 octobre 2023.
- ➔ Compléments d'informations par entretien téléphonique en date du 8 novembre 2023 indiquant l'absence de correspondance exacte entre le nombre de sources de données du Benchmarking et le nombre réel d'exploitants.

Les conclusions de la présente étude ont fait l'objet d'une réunion de restitution le 12 décembre 2023.

Par souci de clarté, la présente note exposera en une seule partie le cadre juridique de l'intervention publique en matière de conciergerie et complètera en quelques points la lecture du benchmarking des offres tarifaires transmis.

UN CADRE JURIDIQUE DE L'INTERVENTION PUBLIQUE EN MATIÈRE DE CONCIERGERIE

Le respect de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de la libre et égale concurrence constituent des garanties de valeur constitutionnelle pour les entreprises du secteur privé. Ces dernières peuvent donc être amenées à considérer que l'exploitation d'un service de conciergerie érigé en service public est susceptible de remettre en cause, soit la viabilité même de leur activité, soit de les placer dans une situation de désavantage concurrentiel contraire à l'économie de marché et au droit de la concurrence.

Compte tenu de ce risque, il est indispensable d'inscrire l'action publique envisagée dans un cadre juridique sécurisé. Pour cela, il conviendra tout d'abord de définir la spécificité du service public de conciergerie en station. Il conviendra ensuite de s'assurer que les circonstances de temps et de lieu liées à l'objet de ce service, ainsi qu'au contexte sociologique et géographique de la station de montagne justifient la création d'un tel service. Enfin, lorsque la légalité de la création d'un service par l'Administration est acquise, il sera nécessaire de vérifier que les conditions de gestion ne doivent pas constituer une distorsion de la libre et égale concurrence des opérateurs privés.

1. Le service de conciergerie et les entités juridiques administratives susceptibles de le prendre en charge

Cette première étape de l'analyse doit s'appuyer sur une définition des activités de conciergerie (cf. 1.1). La détermination des prestations comprises dans ce service s'avère nécessaire, dès lors qu'elle permet de cerner les principaux acteurs publics susceptibles d'intervenir en la matière (cf. 1.2).

1.1 La définition, le contenu et la nature de l'activité de conciergerie

De manière générale, l'activité de conciergerie vise à couvrir la gestion de tous les aspects contraignants d'une location en échange d'une commission, ou via le plus souvent un système d'abonnement. **Selon le cahier des charges**

d'Atout France, la « conciergerie type » se définit « *a minima par la remise des clefs et/ou l'accueil, un état des lieux, et un ménage de fin de séjour avec possibilité de location ou de mise à disposition du linge de lit.* » ¹

Ces missions caractérisent des prestations commerciales relevant du secteur de l'hébergement touristique qui pourraient être exercées par n'importe quel opérateur économique privé spécialisé.

Les juges du fond considèrent, pour cette raison, que l'activité de conciergerie relève du secteur du tourisme en tant qu'activité commerciale. ²

La prise en charge par l'Administration aura donc pour effet d'ériger cette activité en service public à caractère industriel et commercial (SPIC).

1. Cahier des charges Atout France, page 4

2. Tribunal administratif de Paris, 2^{ème} section – 1^{ère} chambre, 15 novembre 2022, n° 2018909

1.2. La détermination des acteurs publics susceptibles de prendre en charge cette activité

La présente analyse consiste à vérifier la possibilité pour un acteur public de prendre en charge l'activité de conciergerie et à en déterminer les conditions. Cette vérification implique de déterminer quels sont les personnes publiques potentiellement susceptibles d'intervenir.

→ En premier lieu, la commune peut envisager de gérer ce service en régie.

Cette hypothèse est permise par l'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales au titre duquel « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». C'est donc au titre de la clause générale de compétence que la prise en charge d'un service de conciergerie par cette personne publique est envisageable.

S'agissant d'un SPIC, la régie sera a minima dotée de l'autonomie financière et donc d'un budget annexe.

En revanche, certains groupements tels que les établissements publics de coopération intercommunale au titre du bloc de compétences en matière de développement économique sont chargés du « (...) soutien aux activités commerciales d'intérêt communautaire et de promotion du tourisme, dont la création d'offices de tourisme. »³

C'est à ce titre, que cette compétence obligatoire de création de tels offices s'avère particulièrement pertinente.

→ En deuxième lieu, et par conséquent, un office de tourisme pourrait également être chargé de la gestion d'une conciergerie.

L'office de tourisme assure **l'accueil et l'information des touristes** ainsi que la **promotion**

touristique de la commune ou du groupement de communes, en coordination avec le comité départemental et le comité régional du tourisme.

« Il contribue à coordonner les interventions des divers partenaires du développement touristique local. Il peut être chargé, par le conseil municipal, de tout ou partie de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique locale du tourisme et des programmes locaux de développement touristique, notamment dans les domaines de l'élaboration des services touristiques, de l'exploitation d'installations touristiques et de loisirs, des études, de l'animation des loisirs, de l'organisation de fêtes et de manifestations culturelles. L'office de tourisme peut commercialiser des prestations de services touristiques dans les conditions prévues au chapitre unique du titre Ier du livre II. Il peut être consulté sur des projets d'équipements collectifs touristiques. L'office de tourisme soumet son rapport financier annuel au conseil municipal. »⁴

L'office de tourisme peut donc être chargé d'assurer une mission de conciergerie d'autant plus facilement qu'il peut déjà assurer un service de centrale de réservation sur le territoire.

→ En dernier lieu, le recours à un EPIC ou à une société à capitaux publics est également envisageable.

Pour la gestion d'une activité industrielle ou commerciale, la formule **de l'EPIC, de la Société d'économie mixte ou de la SPL** est tout à fait pertinente. Néanmoins, et même si l'EPIC est intéressant, l'intérêt d'organiser un service de conciergerie à l'échelle d'une station ou la volonté de mutualiser les moyens consacrés à ce service peuvent conduire à privilégier à retenir le recours à la société d'économie mixte (SEM) ou à la société publique locale (SPL).

Conformément à l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les communes, les départements, les régions et leurs

3. Article L. 5214-16 2°, L. 5215-20 et L. 5216-5 du Code général des collectivités territoriales

4. Article L. 133-3 du Code du tourisme

groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ». La même disposition ajoute que : « (...) lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. »

De même, conformément à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales, « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes (...) pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Lorsque l'objet de ces sociétés inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires. Ces sociétés exercent leurs activités exclusive-

ment pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Elles peuvent également exercer leurs activités pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle au moins un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce. »

Le choix entre la SEM et la SPL dépendra pour l'essentiel de l'actionnariat envisagé. Dans tous les cas, en tant qu'acte de gestion, le service doit être créé par l'assemblée délibérante de l'organe concerné. C'est à ce titre que le conseil d'administration des SEM ou des SPL, ou les conseils élus des communes seront appelés à intervenir.

Cette décision de création par l'Administration devra être motivée. Bien entendu, c'est sur le plan **des motifs d'intérêt public local** que sera contrôlée la légalité de cette création dans le cadre des contentieux éventuellement engagés par les exploitants privés ou par le contrôle de légalité.

2. Les conditions de fond de création du service public industriel et commercial de conciergerie

Le Conseil d'État oppose les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public **aux activités économiques prises en charge par les personnes publiques indépendamment ou en dehors de telles missions.**

Dès lors qu'une activité économique est prise en charge par une personne publique, elle ne peut être autre chose qu'une activité de service public soumise à ce régime.⁵

Afin de légitimer la création d'un service public, l'intérêt public local doit être prouvé. La jurisprudence autorise l'intervention des collec-

tivités dans le secteur concurrentiel, soit en cas de carence d'initiative privée (cf. 2.1), soit pour d'autres motifs d'intérêt général (c2.2).

2.1. Sur l'intérêt public local tiré de l'absence ou de l'insuffisance ou de l'inadaptation du service privé de conciergerie

→ La carence ou l'absence de service de conciergerie

L'absence, l'insuffisance ou l'inadaptation de l'initiative privée en matière de conciergerie justifie l'intervention de l'Administration et la créa-

5. « ... Dès lors qu'une activité économique est prise en charge par une personne publique, (...) elle ne saurait être autre chose qu'une activité de service public. », J. Petit, PL. Frier, Droit administratif, LGDJ, 2020, p. 262

tion du service de conciergerie-type. La défaillance du secteur privé constitue, en quelque sorte, la « voie royale » ou le « chemin le plus court » pour démontrer l'intérêt public.

Cette affirmation est fondée sur les développements de la jurisprudence administrative « classique » autorisant les services publics entrant dans le secteur concurrentiel, à l'instar du tourisme. Rappelons que la carence tient à l'absence ou à l'insuffisance, **quantitative ou qualitative**, de l'initiative privée pour des besoins de la population.⁶

Ainsi, la définition de la carence recouvre des réalités diverses qui seront explicitées ci-dessous.

→ L'insuffisance « quantitative »

Cette insuffisance est liée à l'absence ou l'insuffisance de prestations empêchant la satisfaction de la demande.

C'est à ce titre qu'en matière d'insuffisance de l'initiative privée, on relève que « *sans provenir d'une carence totale, la défaillance de l'initiative privée peut résulter plus simplement de son insuffisance.* »

La doctrine la plus précise sur ce sujet définit cette carence quantitative comme le cas où « *(...) le juge s'astreint à relever une insuffisance quantitative de l'initiative privée de nature à poser des difficultés pour la satisfaction des besoins de la population.* »⁷

Ainsi, l'initiative privée, à Madagascar, en matière de consultations, d'exams et de soins médicaux, étant insuffisante pour assurer à la population des soins médicaux dont elle peut avoir besoin, un hôpital militaire était fondé à s'acquitter de cette mission.⁸

De même, dans l'affaire Commune de Mercoeur, il a pu être jugé que le besoin d'organisation « *(...) de repas collectifs et de réunions que comportait normalement la vie administrative et sociale d'un chef-lieu de canton* » justifie la présence d'un bar-restaurant qui, de surcroît « *contribue à l'animation de la vie locale* », ce qui, ensemble, correspond à un intérêt public. Or, « *il n'était pas suffisamment pourvu à cet intérêt eu égard au mauvais état d'entretien et aux interruptions de fonctionnement de l'unique hôtel-café-restaurant existant* ». Ainsi, la commune pouvait-elle créer un bar-restaurant sans « *porter illégalement atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.* »⁹

Dans le cas des services de conciergerie cette carence quantitative peut résulter soit de l'absence pure et simple d'acteurs sur le territoire concerné, soit une capacité pour des acteurs privés présents de satisfaire « quantitative-ment » tous les propriétaires.

→ L'insuffisance « qualitative »

L'insuffisance qualitative est relative aux **caractéristiques intrinsèques du service fourni qui ne répondent pas à la demande**. C'est ainsi que si en apparence, la demande au sens économique peut sembler satisfaite du point de vue de l'offre de service, l'exécution de ce service peut ne pas répondre aux attentes des usagers.

À titre d'exemple, le professeur Guylain Clamour illustre ce cas par le fait que « *(...) comme cela ressort déjà de l'arrêt Commune de Mercoeur dans lequel il est fait référence au « mauvais état d'entretien et aux interruptions de fonctionnement » de l'entreprise privée, l'insuffisance de l'initiative privée peut également être appréhendée de manière qualitative. C'est ainsi que, dans l'arrêt Ville de Nanterre, l'offre privée existante en matière de consultations dentaires ne répondait*

6. *Commentaire sous Conseil d'État, 30 mai 1930, Commerce en détail de Nevers, GAJA, 2019, p. 257*

7. *G. Clamour et S. Destours, Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique, Jurisclasseur droit des collectivités territoriales, 2022, § 74*

8. *Conseil d'État, 20 oct. 1965, n° 45849, Grimes et Syndicat des médecins libres patentés Madagascar, Lebon, p. 531*

9. *Conseil d'État, 25 juillet 1986, n° 56334, Commune de Mercoeur, JurisData n° 1986-043150*

pas de manière satisfaisante aux besoins de la population, notamment en considération du caractère excessif de son prix. »¹⁰

Dans le cas qui nous concerne c'est le contenu des prestations proposées par le secteur privé (ou les prix pratiqués) qui pourrait caractériser une carence qualitative des services de conciergerie. Ainsi, le motif de la carence couvre à la fois l'absence de conciergerie au sens strict, mais également le défaut qualitatif des prestations proposées au titre de cette activité.

→ **L'admission de l'intervention en cas d'initiative privée présentant un biais tarifaire**

La capacité d'une activité à répondre aux besoins de la population peut être appréciée notamment au vu de la pratique tarifaire. C'est à ce titre que dans différents domaines, le Conseil d'État a admis la création de service publics locaux, alors même que des activités privées de même nature étaient proposées.

Ainsi, le Conseil d'État a pu considérer que la création d'un cabinet dentaire au sein du dispensaire municipal permet « à la population locale, composée en grande majorité de salariés modestes, de ne pas renoncer aux soins dentaires, malgré la carence de l'équipement hospitalier et le nombre insuffisant de praticiens privés, alors surtout que ceux-ci pratiquaient en fait, pour la plupart du moins, des tarifs supérieurs aux tarifs de responsabilité de la sécurité sociale. »¹¹

Dans un autre cas plus en lien avec la matière touristique, le Conseil d'État observe que le camping municipal « pratiquait d'ailleurs des

prix inférieurs à ceux des autres campings. »¹² C'est à ce titre qu'il a pu alors considérer « (...) qu'il résulte de l'instruction que pendant la saison balnéaire, le nombre des estivants désirant camper à Merville-Franceville était chaque année de plus en plus important et que les campings ouverts par des sociétés privées ne comportaient pas des places suffisantes pour faire face à leurs besoins ; que, dans ces conditions, la création du camping municipal dont s'agit, qui pratiquait d'ailleurs des prix inférieurs à ceux des autres campings, répondait tant à la date où elle est intervenue qu'à la date où a été présentée la demande d'indemnité de la Société d'exploitation de camping, à un intérêt public communal et n'était pas de nature à porter une concurrence illégale aux campings privés et notamment à celui appartenant à la société susnommée ; qu'il suit de là que c'est à tort que le Tribunal administratif de Caen, estimant illégale l'initiative prise par la commune de Merville-Franceville, a accueilli la demande d'indemnité de la société dont s'agit et condamné la commune à réparer le préjudice qui serait résulté pour ladite société du fonctionnement du camping municipal. »¹³

Le même raisonnement de prise en compte d'un prix inférieur à celui des exploitants privés se retrouve implicitement dans des décisions plus récentes des juges du fond. Ainsi, dans le cadre de l'exploitation d'un cinéma municipal dont la légalité était contestée au titre de l'absence d'intérêt public local, les juges ont insisté sur le fait que la société exploitante était « (...) tenue de pratiquer des tarifs déterminés par la convention et sensiblement inférieurs à ceux couramment pratiqués. »¹⁴

10. G. Clamour et S. Destours, *Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique*, op. cit., § 74. Voir aussi : Conseil d'État, 20 novembre 1964, Ville Nanterre, Lebon, p. 563

11. Conseil d'État, 20 novembre 1964, Ville Nanterre : Lebon, p. 563, Cité par L. Bahoune, in *Services publics locaux. Règles générales*, *JurisClasseur Administratif - Encyclopédies - Fasc. 126-12*, § 46

12. Conseil d'État, Section, 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, requête numéro 57680, rec. p. 231, *Revue générale du droit on line*, 1964, numéro 9282

13. Ibid

14. Tribunal administratif de Pau, 18 février 2016, n° 1402674. Cette décision a fait l'objet d'un appel et a été confirmée par la Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA de Bordeaux, 4^{ème} chambre - formation à 3, 15 février 2019, 16BX01328, Inédit au recueil Lebon et CAA de Bordeaux, 7^{ème} chambre (formation à 3), 14 novembre 2019, 18BX01404, Inédit au recueil Lebon)

L'objet propre du service public permet aussi de satisfaire d'autres aspects des besoins du public auxquels l'initiative privée n'est pas en mesure de répondre, **notamment en raison de biais tarifaires liés à des prestations d'hôtellerie qui s'avéreraient élitistes.**

En effet, la justification de l'intervention publique est bien de rendre le service accessible à « certaines catégories d'usagers »¹⁵, alors que celles-ci pourraient en être exclues par les prix pratiqués.

En revanche, cette pratique des prix doit rester en adéquation avec les obligations d'équilibre budgétaire du service public industriel et commercial et ne pas donner lieu à une pratique anticoncurrentielle.¹⁶

→ **L'extension de l'admission de l'intervention en raison du service rendu aux particuliers**

Il est incontestable que ce service de conciergerie type, ne serait-ce que par la prestation de consigne des clés, satisfait un besoin de la population et notamment des habitants propriétaires souhaitant mettre leur bien en location.

L'intérêt public local est alors caractérisé en raison de la réponse apportée par le service aux besoins des habitants.¹⁷

De plus, « *l'intérêt public local peut être justifié même si l'activité ne s'adresse pas prioritairement à la population locale comme c'est le cas par exemple pour la création d'un camping municipal.* »¹⁸

C'est ainsi que le juge administratif retient une approche extensive des besoins de la popula-

tion en matière de services touristiques, l'intérêt général s'appréciant non seulement à l'échelle de la population mais également au profit des touristes.¹⁹

2.2. *Sur l'hypothèse de l'intérêt public local suffisant en l'absence de carence d'initiative privée*

Même s'il n'est pas démontré de carence quantitative ou qualitative de l'initiative privée, les pouvoirs publics locaux sont susceptibles d'intervenir pour créer un service de conciergerie s'ils démontrent un intérêt général.

En matière de création d'une mission de service public industriel et commercial relative à l'activité touristique, il convient de rappeler que « *désormais, la carence de l'initiative privée n'est qu'un argument parmi d'autres susceptibles de justifier la création d'un service public local. Tout autre motif d'intérêt public local peut être avancé, s'il est considéré comme suffisant : pour intervenir sur un marché, [les personnes publiques] 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 [...].* »²⁰

Il existe plusieurs éléments pouvant caractériser un intérêt général local même en l'absence de carence de l'initiative privée.

→ **En premier lieu**, on relève que l'intérêt public local est caractérisée par la satisfaction d'intérêts des usagers d'un service de la station dont l'activité de conciergerie peut être considérée comme étant **le prolongement.**

15. Cour administrative d'appel de Douai, 2^{ème} chambre - formation à 3, 30 décembre 2016, 14DA01162, Inédit au recueil Lebon

16. Ibid

17. P. Tifine, Service public local. Jcl Administratif, Fasc 575, §. 108

18. CE, 17 avr. 1964, Cne Merville-Franceville : Lebon, p. 231 ; AJDA 1964, I, p. 288 ; AJDA 1964, II, p. 304. Cité par E. Gintrand, P. Baghdasarian, Services publics locaux Principes généraux, Jcl Administratif, Fasc 126, 2022, § 30

19. TA Clermont-Ferrand, 21 oct. 1983, Tay

20. P. Tifine, op. cit, § 108

En effet, l'intérêt public local peut être rempli même en présence d'opérateurs privés. Tel est le cas si l'activité se trouve dans **ledit prolongement** d'une activité déjà exercée.

La jurisprudence en la matière est issue d'une décision du Conseil d'État qui avait jugé qu'un service de station-service pouvait être créé dans la prolongation d'un parc de stationnement géré par la municipalité.²¹

Cet arrêt de principe est tout à fait transposable à notre espèce, puisque dans un arrêt d'Assemblée SNC Armor du 30 décembre 2014, le Conseil d'État a rappelé que « le *prolongement d'une mission de service public est lui-même une activité de service public dès lors qu'elle est exercée par une personne publique, et cela que le service public principal soit obligatoire ou facultatif, administratif ou industriel et commercial. L'activité complémentaire ne doit pas compromettre l'exercice de l'activité principale et elle doit respecter les principes du droit de la concurrence.* »²²

Dès lors, les collectivités qui interviennent déjà dans le secteur de l'hébergement touristique (en cas, par exemple, de gestion de centrales de réservation, etc.) peuvent justifier, à partir de cette activité principale, la création d'une conciergerie.

À titre d'exemple, il a été jugé que la fourniture de prestations touristiques en complément de la gestion d'un palais des congrès par une SEM détenue majoritairement par une commune satisfait un **intérêt public local et ne portait pas une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie.**

Conformément à cette jurisprudence relative à la prise en charge d'une activité touristique, le Conseil d'État a confirmé que « si un tel inté-

rêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché (...). »²³

→ **En second lieu**, un intérêt public local peut être recherché dans la spécificité liée au caractère essentiel du besoin satisfait par ce service.

Si la carence d'initiative privée n'est pas une condition essentielle d'intervention publique dans le secteur économique, les autres motifs d'intérêt public doivent s'appuyer sur la spécificité de la situation locale.

Les jurisprudences qui statuent sur un motif autre que la carence de l'initiative privée sont sensibles au fait que l'intervention publique satisfasse à un besoin essentiel de la population.

Ces besoins sont généralement fondés sur des circonstances spécifiques, à l'instar d'une situation d'insularité justifiant une nouvelle desserte aérienne malgré la présence d'opérateurs déjà existants.

À titre d'exemple, le Conseil d'État a pu considérer que « la bonne desserte aérienne de la Polynésie française, indispensable à ses relations avec le reste du monde et à son développement, constitue un intérêt public local ; qu'en jugeant que l'intérêt public ne pouvait s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique et que seule l'insuffisance de l'initiative privée était susceptible de justifier les délibérations litigieuses, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ; qu'ainsi le **TERRITOIRE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE** est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué. »²⁴

21. Conseil d'État, Section, 18 décembre 1959, Delansorne et autres, requête numéro 22536, rec. p. 692

22. Conseil d'État Assemblée, Société Armor SNC, 30 décembre 2014, n° 355563, Publié au recueil Lebon

23. Conseil d'État, 5 juillet 2010, n° 308564, Syndicat national des agences de voyage, JurisData n° 2010-011127

24. Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, du 18 mai 2005, 254199, mentionné aux tables du recueil Lebon

De mêmes, des besoins d'aides et d'assistance sociale pour personnes âgées ont pu justifier l'intérêt public local, malgré l'absence de carence d'offres similaires.

Il ressort ainsi de l'arrêt du Conseil d'État du 3 mars 2010, Département de la Corrèze « (...) 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. »

Dans le cas du service de conciergerie, les besoins en hébergements touristiques, les contraintes géographiques, la saisonnalité de l'activité économique, et les conditions d'accès aux stations sont autant de spécificités qui renforcent la création d'un service public y compris en l'absence de carence de l'initiative privée.

En d'autres termes, quand bien même l'offre privée s'avérerait suffisante, cette spécificité du service dispensé peut justifier à lui seul l'intérêt public local, dès lors qu'il améliore la satisfaction du besoin essentiel d'hébergement en milieu isolé et participe à une certaine sécurisation des usagers des stations. Pour autant, et dans ce cas, il convient d'assurer, dans le cadre de la gestion de cette activité, qu'aucune distorsion existe entre le service public industriel et commercial et le droit à la libre et égale concurrence des opérateurs privés gérant une activité comparable.

3. La condition de légalité de l'exercice de l'activité de conciergerie : le respect du principe de libre et égale concurrence avec les autres opérateurs

Le droit de la concurrence conditionne les modalités d'exercice par les acteurs publics appelés à prendre une activité économique concurrentielle en charge qu'il s'agisse des personnes publiques ²⁵, ou des SEM ²⁶, ou des SPL ²⁷.

Dès lors que l'exercice des activités de conciergerie est comparable aux modalités d'exercice par les opérateurs privés, il convient de s'assurer de l'absence d'avantages liés au statut de service public.

Selon le « Benchmarking offres tarifaires », il est confirmé la présence d'exploitants privés proposant cette conciergerie type.

Afin de prévenir tout litige du fait de l'intervention de l'Administration, il convient de rappeler les

éléments à prendre en compte afin d'assurer la libre et égale concurrence.

Les éléments garantissant l'absence d'atteintes à la libre et égale concurrence sont les suivants :

- Un acteur public ne peut en aucun cas user de ses prérogatives de puissance publique pour favoriser l'exploitation du service géré au détriment des concurrents.
- En matière de financement, le principe de libre et égale concurrence implique nécessairement que le service soit géré dans les mêmes conditions que les opérateurs privés.

Dès lors, conformément à l'article L. 2224-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les budgets des services publics à caractère indus-

25. Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, CE, 5 juill. 2010, n° 308564, Syndicat national des agences de voyage : JurisData n° 2010-011127

26. Article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales

27. Article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales

triel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses. »

L'article L.2224-2 du CGCT impose également une séparation comptable avec le budget général de la commune en charge de ce service public. Le même souci se répercute également pour les établissements publics locaux ou sociétés qui prendraient en charge cette activité sans bénéficier de financement extérieur.

Enfin, en tant que service public industriel et commercial, il ressort des dispositions des articles 206-1 et 1654 du Code général des impôts que ces activités sont soumises aux impôts commerciaux dans les mêmes conditions que les entreprises.

4. Analyse et précaution méthodologique du benchmarking sur les offres tarifaires des conciergeries réalisé par Atout France

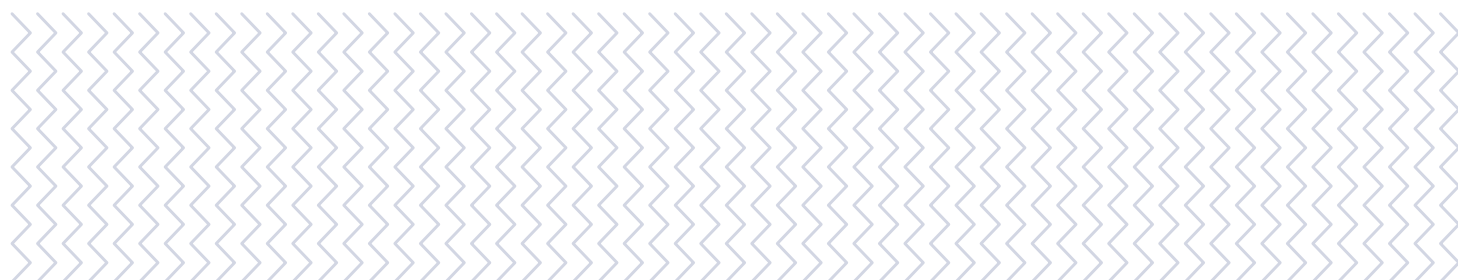
Il ressort de la conversation téléphonique du 8 novembre 2023 qu'un constat général de non-satisfaction de la demande serait partagé par la plupart des sites.

Dès lors, et indépendamment de ses qualités intrinsèques, le document de benchmarking n'apparaît pas comme un outil suffisamment exhaustif pour mesurer le déséquilibre réel entre l'offre et la demande relatif au service de conciergerie proposé. Cette étude permet d'apporter un regard sur les tarifs et offres de services pour certaines destinations, pour lesquelles il a été possible de recueillir des données.

Cette analyse a également pour intérêt d'avoir une vision comparative des différentes offres et ainsi approcher la question d'un éventuel biais tarifaire.

En effet, il est difficile d'établir une économétrie permettant de mesurer au cas par cas ce déséquilibre entre l'offre et la demande, et qui serait de nature à justifier la carence. Ainsi, malgré la marge d'incertitude liée au nombre de sources de données disponible du benchmarking, c'est-à-dire au nombre de prestataires, cette comparaison garde un certain intérêt. En effet, le fait que les sources d'information soient restreintes, conforte l'idée d'une carence en termes de visibilité de l'offre de conciergerie.

Sur le plan pratique les difficultés rencontrées lors de l'élaboration du benchmarking pour trouver des sources de données a pour conséquence la difficulté identique pour les usagers à trouver un prestataire, ce qui dans une certaine mesure, est tout à fait assimilable à de la carence quantitative.



5. CONCLUSION

La création et la gestion d'un service de conciergerie par des acteurs publics nécessitent un acte juridique propre de leurs assemblées délibérantes respectives (Assemblée délibérante pour la collectivité communale, Conseil d'administration pour les autres structures).

La prise en charge de cette activité peut également se faire via la création d'une structure, ou l'élargissement des compétences d'une structure préexistante. Cet élargissement devra donner lieu à un acte juridique de même nature.

Les différents motifs liés à la justification d'un intérêt public suffisant en matière de carence d'initiative privée, de prolongement d'une activité connexe, ou de satisfaction de besoins essentiels en matière de tourisme de montagne permettent de justifier la création d'un tel service public.

La consécration de cette activité de conciergerie en service public fait qu'indépendamment de la nature juridique de la structure qui la gère, ce gestionnaire disposera d'éléments structurels et fonctionnels dont ne jouissent pas d'autres opérateurs déjà présents (financement public, émission de titres exécutoires, biens insaisissables etc.).²⁸

En revanche, aucune prérogative exorbitante ne doit être mobilisée pour une telle activité de manière que l'exploitation de la conciergerie type agisse en conformité avec le droit de la concurrence.

L'intervention de l'Administration dans l'activité économique de conciergerie peut solliciter une défiance de la part d'acteurs de l'immobilier en place prétendant être en mesure d'assurer la satisfaction de la demande sans avoir à subir une concurrence supplémentaire d'un acteur public.

Il n'apparaît pas possible pour certaines stations largement couvertes par des acteurs privés de considérer qu'une intervention puisse être envisageable sur le seul argument de la carence de l'initiative privée.

Cela invite à la vigilance, en raison d'une éventuelle insuffisance de détermination de la satisfaction de la demande par l'offre. La présente étude invite donc à une attention toute particulière sur la réalité des effectifs de conciergerie et de la demande, qui pourrait nécessiter une étude complémentaire pour justifier les carences quantitatives.

Pour rappel, l'enjeu étant la possibilité de justifier la création d'un tel service en différentes solutions et de permettre le rejet du recours éventuellement contre ladite décision administrative de création.

Aldo SEVINO
Avocat Associé

28. Voir à ce propos, B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2020, p. 915

ANNEXES

1. Compléments d'information sur l'activité de cautionnement liée à l'intervention publique en matière de conciergerie

À la suite de nos échanges, il a été apporté par courriel du 22 novembre un complément en matière de caution pouvant être pratiquée par les collectivités ou leurs « bras armés » que sont les offices de tourisme.

La loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, dite « loi HOGUET », qui régit l'activité d'agent immobilier s'applique en effet aux cas suivants : ²⁹

« (...) aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives à :

1. L'achat, la vente, la recherche, l'échange, la location ou sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé d'immeubles bâtis ou non bâtis.
(...)
6. La gestion immobilière.
(...)
8. La conclusion de tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé régi par les articles L. 121-60 et suivants du code de la consommation.
(...) »

Étant précisé que pour l'application de la loi :

1. « Est considérée comme relevant de l'activité de gestion immobilière la location ou la sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé, d'immeubles bâtis ou non bâtis lorsqu'elle constitue l'accessoire d'un mandat de gestion. »
2. « Est considérée comme une location saisonnière pour l'application de la présente loi la location d'un immeuble conclue pour une durée maximale et non renouvelable de quatre-vingt-dix jours consécutifs. »

Lorsque ces locations font intervenir un intermédiaire, leurs conditions de conclusion sont précisées par un décret en Conseil d'Etat. » ³⁰

En revanche, la loi ne s'applique pas « aux titulaires d'une licence d'agent de voyages, en vertu de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, pour la conclusion de tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé régi par les articles L. 121-60 et suivants du code de la consommation. » ³¹ Dès lors, les offices de tourisme ou les collectivités titulaire d'un agrément Atout France seront dispensés du respect des dispositions de la loi HOGUET sous réserve de la constitution d'une caution bancaire couvrant la restitution des fonds/cautions.

Reste les cas des collectivités territoriales ne disposant pas de l'agrément Atout France.

29. Article 1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

30. Article 1-1 de la loi précitée

31. Article 2 de la loi précitée

Alors que, par principe, l'intermédiation en matière de locations saisonnières est régie par la loi de 1970 applicable aux professionnels de l'immobilier et à leurs agents commerciaux, nécessitant un mandat conforme à celle-ci, l'article 48 de la loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne introduit un nouvel article 4-2 à la loi du 2 janvier 1970 prévoyant que, par dérogation à la loi de 1970, en vue du logement des travailleurs saisonniers, les organismes agréés qui exercent les activités d'intermédiation locative et de gestion locative sociale peuvent habilitier, pour certaines missions relevant de la loi Hoguet, des personnels d'une collectivité territoriale.

Ces missions devant être précisées par un décret pris en Conseil d'État.

Le décret n° 2019-179 du 7 mars 2019 insère, après l'article 9 du décret du 20 juillet 1972 portant application de la loi Hoguet, un nouvel article 9-1 précisant les missions confiées aux personnels des collectivités territoriales. Ainsi, désormais, un organisme agréé exerçant des activités d'intermédiation locative et de gestion locative sociale peut habilitier les personnels d'une collectivité territoriale en vue du logement des travailleurs saisonniers à :

- ➔ rechercher des logements en vue de leur location ou de leur sous-location à des travailleurs saisonniers ,
- ➔ s'entremettre entre le propriétaire d'un logement, d'une part, et un travailleur saisonnier ou l'employeur d'un travailleur saisonnier, d'autre part, pour faciliter la conclusion d'un contrat de location d'un logement destiné au travailleur saisonnier,
- ➔ s'entremettre entre un employeur et son employé travailleur saisonnier, pour faciliter la conclusion d'un contrat de sous-location d'un logement destiné au travailleur saisonnier.

Le nouveau dispositif est entré en vigueur le lendemain de sa publication, soit le 10 mars 2019.

En dehors de ce cas particulier, les collectivités territoriales devraient détenir une carte d'agent immobilier si elles souhaitent assurer une gestion locative.

En revanche, il est possible d'exercer une activité de conciergerie sans carte loi Hoguet lorsque la collectivité :

- ➔ Ne gère pas le bail de location ,
- ➔ Ne reçoit de loyers.

Pour cela, il faut que les annonces soient publiées au nom du propriétaire du bien (et non celui de la collectivité). Les flux d'argent (montants payés par les voyageurs) doivent également être ceux du propriétaire (et non de la collectivité). Sans carte professionnelle, la collectivité ne peut pas non plus prendre des réservations sur son site.



2. Références jurisprudentielles

Annexe 1 : Tribunal administratif de Paris, 2^{ème} section – 1^{ère} chambre, 15 novembre 2022, n° 2018909

Annexe 2 : Conseil d'État, 30 mai 1930, Commerce en détail de Nevers, GAJA, 2019, p. 257

Annexe 3 : Conseil d'État, 20 novembre 1964, Ville Nanterre : Lebon, p. 563

Annexe 4 : Conseil d'État, Section, 17 avril 1964, Commune de Merville-Franceville, requête numéro 57680, rec. p. 231, Revue générale du droit on line, 1964, numéro 9282

Annexe 5 : Conseil d'État, 20 octobre 1965, n° 45849, Grimes et Syndicat des médecins libres patentés Madagascar, Lebon, p. 531

Annexe 6 : Conseil d'État, 25 juillet 1986, n° 56334, Commune de Mercoeur, JurisData n° 1986-043150

Annexe 7 : Tribunal administratif de Pau, 18 février 2016, n° 1402674

Annexe 8 : Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4^{ème} chambre – formation à 3, 15 février 2019, 16BX01328, Inédit au recueil Lebon

Annexe 9 : Cour administrative d'appel de Bordeaux, 7^{ème} chambre (formation à 3), 14 novembre 2019, 18BX01404, Inédit au recueil Lebon

Annexe 10 : Cour administrative d'appel de Douai, 2^{ème} chambre – formation à 3, 30 décembre 2016, 14DA01162, Inédit au recueil Lebon

Annexe 11 : Conseil d'État, 25 juillet 1986, n° 56334, Commune de Mercoeur, JurisData n° 1986-043150

Annexe 12 : Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, 21 octobre 1983, Tay, AJDA 1984, p. 166

Annexe 13 : Conseil d'État, Section, 18 décembre 1959, Delansorme et autres, requête numéro 22536, rec. p. 692

Annexe 14 : Conseil d'État Assemblée, Société Armor SNC, 30 décembre 2014, n° 355563, Publié au recueil Lebon

Annexe 15 : Conseil d'État, 5 juillet 2010, n° 308564, Syndicat national des agences de voyage, JurisData n° 2010-011127

Annexe 16 : Conseil d'État, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, du 18 mai 2005, n° 254199, mentionné aux tables du recueil Lebon

Annexe 17 : Conseil d'État, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 03/03/2010, 306911. 275531, Publié au recueil Lebon

Annexe 18 : Conseil d'État, 5 juillet 2010, n° 308564, Syndicat national des agences de voyage : JurisData n° 2010-011127

Annexe 19 : Conseil d'État, 25 juillet 1986, n° 56334, Commune de Mercoeur, JurisData n° 1986-043150

Etude mise en page par Atout France pour diffusion dans le cadre du programme
France Tourisme Ingénierie « Rénovation des stations »

#ActivateurDeTourismes

