



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Troisième concours

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 15/20

Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne
Le chargé de mission

Bruxelles, le 20 août 2018.

Note à l'attention du Représentant permanent

Objet : Analyse des convergences et divergences entre les traditions juridiques française et communautaire sur l'articulation entre service public et liberté concurrentielle et propositions d'options pour la France

Le quatrième paquet ferroviaire adopté par le Parlement européen et le Conseil de l'UE en 2016 a été transposé par la France au printemps 2018. Ces textes prévoient l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs national avant décembre 2020 pour les grandes lignes. Les oppositions qu'ont suscité les textes de transposition en France témoignent de l'attachement d'une partie de la population à un modèle français de service public. Les divergences entre les conceptions française et communautaire des rapports entre service public et liberté concurrentielle ont également été récemment soulignées par la décision du Tribunal de l'Union européenne du 1^{er} mars 2017 qui considère comme incompatibles avec les traités l'aide apportée par l'Etat français à la SNCM sur la période 2007-2013.

Pourtant, depuis l'adoption du traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, la spécificité des services d'intérêt général est pleinement reconnue par le droit de l'UE, témoignant d'un rapprochement entre les traditions juridiques française et européenne tant pour les services d'intérêt économique général (SIEG) que pour les services non économiques d'intérêt général (SNEIG).

Dans ce contexte, cette note s'attache à :

- Analyser les convergences et les divergences entre les traditions juridiques française et communautaire en matière d'articulation de la spécificité des services publics avec le principe de liberté concurrentielle.
- Proposer une position que la France pourrait prendre lors des prochains débats au Conseil sur ce sujet.

I –	En partie divergentes, les traditions juridiques française et communautaire ont progressivement convergé autour d'une approche fonctionnelle des SIG dans leur rapport au droit de la concurrence
-----	---

A – La conception fonctionnelle des SIEG soumis au droit de la concurrence adoptée par l'UE a contraint le droit français à faire évoluer son articulation entre une conception organique du service public et le principe de liberté du commerce et de l'industrie

1 – La conception fonctionnelle du droit de l'UE reconnaît la spécificité des SIEG mais les soumet aux règles communautaires de la concurrence

Ayant eu pendant longtemps pour objectif principal la réalisation du marché intérieur, le droit de l'UE s'est d'abord concentré sur l'impact économique des activités d'intérêt général. Celles-ci peuvent être de trois sortes : fourniture commerciale de biens et services ; achats de biens et services ; ou affectation du fonctionnement concurrentiel des marchés par l'exercice de prérogatives de puissance publique. Visant à lutter contre les distorsions de concurrence (ententes, abus de position dominante définis aux articles 101 et 102 TFUE) et contre les entraves au commerce intracommunautaire, le droit de l'UE est indifférent au statut de l'entité en charge d'un SIEG. Celle-ci peut être une administration, une entreprise ou une association. Le critère fonctionnel prime sur le critère organique.

L'article 106 TFUE dispose que les règles de concurrence s'appliquent aux SIEG et aux entreprises publiques, à la seule restriction que ces règles ne doivent pas faire échec à l'accomplissement de la mission d'intérêt général.

L'article 107 TFUE précise le régime des aides d'Etat aux entreprises et établit le principe de l'interdiction tout en autorisant des dérogations, notamment pour compenser les missions d'intérêt général confiées aux entités chargées d'un SIEG.

Cette articulation entre SIEG et liberté concurrentielle a été précisée par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt Altmark de 2003. Cette jurisprudence de la CJUE rappelle qu'en l'absence de règles spécifiques établies par l'UE, les Etats membres ont la liberté d'organiser les SIEG. La Cour établit surtout les critères de reconnaissance d'un SIEG permettant de bénéficier d'une application différenciée du droit de la concurrence :

- Un SIEG exerce une "mission particulière" d'intérêt général qu'un opérateur commercial habituel n'assumerait pas spontanément.
- L'exercice d'un SIEG doit nécessairement faire l'objet d'un mandat mentionnant les obligations de service public incombant à l'entité en charge du SIEG et les modalités de leur compensation financière.
- La compensation accordée doit résulter d'une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire.

2 – Depuis longtemps soumis au droit de la concurrence, le service public français, caractérisé par une conception organique et des prérogatives de puissance publique, a évolué sous l'influence du droit communautaire.

Le service public français se caractérise par l'importance accordée au critère organique : une personne publique est présumée exercer un service public ; il est également souvent défini par l'exercice de prérogatives de puissance publique comme, par exemple, des pouvoirs de police et la capacité à modifier unilatéralement des stipulations contractuelles. Les services publics administratifs n'exerçant pas d'activité économique ne sont pas soumis au droit de la concurrence. Les services publics industriels et commerciaux lui sont partiellement soumis car ils doivent réaliser la conciliation entre respect de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée comme principe constitutionnel en 1986 et les obligations de service public d'égalité, de continuité et de mutabilité qui leur incombent. Ce régime est donc différent de la conception communautaire des SIEG.

Toutefois, depuis l'arrêt Million et Marais du Conseil d'Etat (1997), l'ensemble des actes des autorités publiques peuvent être contestés pour méconnaissance du droit de la concurrence. Cette jurisprudence est plus contraignante que le droit communautaire. Elle a notamment été appliquée de manière approfondie au contentieux de l'occupation du domaine public.

Surtout, le droit communautaire a fait évoluer la plupart des services publics industriels et commerciaux français. Ceux-ci considérés comme des SIEG ont été libéralisés à partir des années 1990 pour l'énergie, les communications électroniques et les transports afin d'achever le marché intérieur. Les monopoles d'Etat ont été mis en concurrence, et les subventions de service public soumises aux articles 106 et 107 TFUE.

B – Le droit de l'UE a cependant récemment évolué pour reconnaître un rôle plus important aux SIG se rapprochant ainsi de la conception française du service public et permettant une application différenciée du droit de la concurrence.

1 – Le droit de l'UE comprend désormais une base juridique élargie qui reconnaît le rôle spécifique des SIG

L'article 14 TFUE, introduit par le traité d'Amsterdam, crée une base juridique pour l'élaboration d'un régime communautaire des SIEG sans référence à la réalisation du marché intérieur. Cet article dispose que les SIEG font partie des valeurs communes de l'UE et qu'ils jouent un rôle de promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'UE. Les SIEG sont une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres qui doivent garantir leur bon fonctionnement.

Un protocole interprétatif (n° 26) a été ajouté aux traités à l'occasion de l'adoption du traité de Lisbonne, notamment à la demande la France. Ce protocole sur les SIEG explicite l'article 14 TFUE et rappelle : le rôle essentiel et discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales dans l'organisation des SIEG et pour la satisfaction des besoins des utilisateurs ; la nécessité de tenir compte des différentes traditions nationales en matière de SIEG ; et énonce l'exigence d'un niveau de qualité élevé, d'un prix abordable, du respect de l'égalité de traitement des utilisateurs et du principe d'un accès universel.

Le protocole n° 26 consacre également, pour la première fois dans le droit primaire, la notion de service non économique d'intérêt général et la compétence exclusive des Etats-membres sur celui-ci.

La convergence avec la conception française du rapport entre service public et concurrence s'est également réalisée par des décisions de la CJUE, qui, selon le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2002, sont, en matière de réglementation économique, très inspirées par le droit administratif français.

2 – La jurisprudence de la CJUE reconnaît plus facilement le caractère de SIEG et a assoupli sa conciliation avec le droit de la concurrence.

La Cour de Justice a assoupli le régime des SIEG. Elle a ainsi reconnu à la liaison entre le continent et la Corse le caractère de SIEG (CJUE, 1998, Corsica Ferries). Elle a également accepté le principe de subventions publiques versées à un établissement public industriel et commercial permettant à celui-ci de pratiquer des prix plus bas tant que ces subventions ne peuvent être qualifiées d'aides d'Etat (CJUE, 2000, ARGE).

La Cour de Justice a étendu la non-application des articles 101 à 109 TFUE, et notamment de l'article 107 TFUE relatif aux aides d'Etat, à des SIG ayant un caractère économique inexistant ou faible : activités d'autorité publique telles que la police, l'armée, la navigation aérienne, le système pénal (CJUE, 1987, Commission c./Italie) ; régimes de sécurité sociale fondés sur un principe de solidarité ; système de santé publique financé par l'impôt et des cotisations sociales (CJUE, 2003, FENIN) ; ou encore enseignement scolaire financé et supervisé par l'Etat (CJUE, 2007, Commission c./Allemagne).

II –	La préservation du modèle français de service public rend souhaitable que la France préfère au statu quo la promotion d'une application spécifique du droit de la concurrence aux SIG.
------	--

A – Les améliorations réelles obtenues dans la conciliation entre service public et liberté concurrentielle ne suffisent pas à rendre l'option du statu quo satisfaisante si la France veut préserver son modèle social et de service public

1 – La persistance de divergences d’interprétation du régime des SIEG est source d’insécurité juridique pour les services publics français.

La décision du 1^{er} mars 2017 du Tribunal de l’UE Commission c./France a rejeté l’interprétation française du régime des SIEG et des aides d’Etat concernant la liaison maritime entre la Corse et le continent assurée par la SNCM, délégataire de ce service public. Le Tribunal a confirmé la position de la Commission adoptée en 2013 selon laquelle les subventions d’Etat attribuées à la SNCM pour son "service complémentaire" sont des aides d’Etat tandis que l’Etat français considérait que le service complémentaire n’était pas détachable du service de base. Cette divergence d’interprétation oblige la France à récupérer 220 millions d’euros d’aides versées à la SNCM mettant ainsi en danger l’existence même du service public de transport maritime.

Au delà de ce cas précis, le Conseil économique et social européen (CESE) a estimé, dans un avis adopté en 2009, que le régime d’articulation des SIEG avec le droit de la concurrence était source d’insécurité juridique en ce qui concerne le partage des compétences entre les Etats membres et l’UE mais également pour la détermination du caractère économique ou non du SIG.

2 – Le statu quo ne garantit pas la préservation du modèle français de service public

Si le choix est fait de fixer pour objectif la préservation du modèle français de service public, notamment dans les matières non-économiques, le droit de l’UE actuel n’apporte aucune garantie définitive. Les traités et le protocole n° 26 n’interdisent pas, en effet, une éventuelle mise en concurrence, par l’adoption d’actes de droit dérivé, de l’introduction de la concurrence dans les secteurs de la santé, de la protection sociale ou de l’éducation.

En revanche, si le choix est fait de suivre les recommandations de la version provisoire du rapport du Comité Action Publique 2022 et notamment de faire participer davantage le secteur privé à la production de services publics en France, le droit de l’UE actuel n’y apporte aucun obstacle.

B – La France pourrait continuer à promouvoir au niveau européen une application spécifique du droit de la concurrence aux SIG

1 – La France pourrait proposer que la Commission travaille à l’élaboration d’une directive précisant le régime des SIEG

Dans ses prises de positions publiques comme lors des réunions du COREPER ou du Conseil, auxquelles assistent des représentants de la Commission, la France pourrait suggérer une initiative législative de la Commission, sur la base de l’article 14TFUE, et suivant la procédure législative ordinaire. Cette directive pourrait clarifier le régime des SIEG en levant toute insécurité juridique sur la répartition des compétences entre Etats membres et UE et sur la qualification économique des activités d’intérêt général. Cette directive tiendrait compte de la diversité des traditions juridiques des Etats membres afin de garantir son acceptabilité.

2 – Dans certains domaines, la France pourrait être à l’initiative de la définition de SIG européens.

Des actions déjà menées par l’UE, comme l’exploitation de Galileo ou du Ciel Unique ou encore comme l’extension du Corps européen de gardes frontières prévues par le prochain cadre financier pluriannuel 2021-2027 en cours de négociation, pourraient être officiellement requalifiés en SIG européens. La future défense européenne élaborée en coopération renforcée pourrait également être qualifiée ainsi !

En revanche, la France doit maintenir son opposition à un SIEG européen de l’énergie si elle veut conserver son autonomie en matière de mix énergétique (et donc de nucléaire civil).