



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

Moyenne copie

Note : 12/20

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

Fait à Paris, le 20 août 2018

Note à l'attention du directeur

Objet : Différences entre les traditions juridiques française et communautaire sur l'articulation entre la place et le rôle des services publics et le principe de liberté concurrentielle.

La France a ouvert peu à peu les marchés réservés à des opérateurs historiques, à la concurrence, afin de se conformer au droit communautaire.

Toutefois, cette libéralisation est source d'inquiétude pour les agents travaillant dans ces entreprises de service public ou les usagers.

Le qualificatif de service public à la française peut se définir comme une mission d'intérêt général, selon son critère fonctionnel (intervention de Jean-Marc Sauvé).

Les débats ont souvent été réduits à une divergence forte entre une administration française non rétive à la notion de concurrence et le droit communautaire pronant un libéralisme propice à l'économie de marché.

Ces dernières années les deux parties ont pu converger vers une vision commune de ce service public "européen" désigné service d'intérêt économique général. Mais l'arrêt du TUE, 1^{er} mars 2017, France c/Commission, aff. T-366-13 a récemment rappelé les divergences entre le gouvernement français et le droit communautaire, en termes de liberté concurrentielle.

Dans ce contexte, cette note s'attache à :

- présenter les points de divergence et de convergence entre les traditions juridiques française et communautaire concernant les services publics et le principe de liberté concurrentielle (I)
- proposer des options pour respecter le droit communautaire et développer des services publics extra-nationaux (II).

l) Malgré l'évolution du droit communautaire vers des exceptions au principe de liberté concurrentielle, des divergences perdurent entre la France et le droit communautaire sur la notion de service public.

1.1) La consécration des services d'intérêt économique général, récente, assurant une mission d'intérêt général rapproche le droit communautaire du service public français.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a changé le paradigme du principe de liberté concurrentielle. Avant sa ratification, toute activité marchande réalisée par une personne publique était soumise aux règles de la concurrence européenne qui interdisent notamment les entraves à la concurrence, les abus de position dominante et surtout les subventions de l'Etat. Les règles de l'économie de marché pouvaient donc s'appliquer à l'ensemble des entreprises hormis pour les activités du pouvoir régalien.

D'exception dans les traités européens, les services d'intérêt économique général (SIEG) sont devenus une obligation après la ratification du TFUE et son protocole n° 26. L'article 14 du TFUE dispose que les SIEG occupent une place parmi les valeurs communes de l'Union et assurent un rôle dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

Le protocole 26 souligne l'importance des SIEG, car ils répondent aux besoins et droits des utilisateurs, en faisant notamment face aux carences des initiatives privées et en proposant des prix abordables, sources de justice sociale. La consécration de ces SIEG semble donc se rapprocher de la notion de service public. Toutefois, les sociétés assurant un SIEG doivent se conformer au principe de liberté concurrentielle selon les traités (article 106 du TFUE), dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie par l'Etat membre. De fait la mission d'intérêt général du SIEG doit être définie par l'Etat membre.

En ce qui concerne les aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de SIEG, la Commission admet le caractère licite de celles-ci pour les catégories suivantes de services publics français :

- l'exercice de l'autorité publique (fonctions régaliennes)
- la sécurité sociale
- les soins de santé (hôpitaux)
- l'enseignement.

Toutefois ces règles peuvent évoluer car la Commission s'appuie sur des faisceaux d'indices qui peuvent varier d'un Etat à l'autre et selon la jurisprudence des Cours de l'UE.

1.2) En l'absence de réglementation spécifique dans le droit communautaire, le juge s'appuie sur des faisceaux d'indices pour légitimer les dérogations au principe de liberté concurrentielle qui peuvent représenter une divergence avec la tradition juridique française.

La désignation juridique du terme entreprise diverge entre les juridictions française et communautaire. En effet, le juge communautaire ne prend pas en compte le statut d'une entité en droit interne pour prendre sa décision. Si une entité offre des biens et services sur un marché, elle est désignée comme entreprise par le juge communautaire. Par exemple une association ou une société à but non lucratif ne relèveraient pas du statut de l'entreprise en droit interne alors que le juge communautaire pourra les qualifier d'entreprises si elles offrent des biens et services.

Par conséquent une aide accordée par un Etat membre à une association qualifiée d'entreprise pourrait être jugée illicite par le juge communautaire car contraire au principe de liberté concurrentielle.

Les Etats membres disposent d'un large pouvoir pour définir les SIEG en droit interne, car il n'y a pas de réglementation spécifique définissant à l'échelle de l'UE, le champ d'existence d'un SIEG, hormis le TFUE.

La Commission vérifie que l'état membre n'a pas commis d'erreur d'appréciation en qualifiant le service de SIEG et à apprécier toute aide relevant de la compensation. Ce contrôle de la Commission s'appuie sur la jurisprudence

Altmark de la CJCE du 24 juillet 2003 et ses 4 conditions pour légitimer une aide accordée à un SIEG par un Etat membre :

- entité chargée de l'exécution d'obligation de service public
- définir les paramètres de la compensation
- éviter toute surcompensation
- sélection du prestataire après mise en concurrence (appel d'offres ouvert à privilégier selon les règles de la commande publique).

En l'espèce, dans le litige opposant la France à la Commission (TUE, 1^{er} mars 2017, France c/Commission, aff. T - 366/13), le TUE a annulé la délégation de service public signée entre le gouvernement Français et la SNCM, car le service dit « complémentaire » ne correspond pas à l'exécution d'obligation de service public (1^{er} critère de la jurisprudence Altmark) contrairement aux arguments du gouvernement qui avançait trois principaux arguments, le caractère indissociable des prestations, qui forment un « ensemble », elles sont complémentaires et peuvent être considérées comme un SIEG.

Le TUE a eu une lecture différente car ces prestations peuvent être appréhendées séparément suivant le contrat et il faut que le service du SIEG en cause, réponde à un besoin réel de service public, ce qui n'était pas le cas pour le service complémentaire (navette Corse-Toulon) qui pouvait être réalisé par le service de base (navette Corse-Marseille)

II) Des changements en droit interne et des précisions réglementaires au niveau communautaire pourraient remédier à ces divergences de lecture du TFUE.

2.1) Un projet de loi pourrait préciser les quatre conditions retenues par le droit communautaire à respecter pour créer un SIEG en droit interne.

Les Etats membres ont une grande liberté pour définir un SIEG et notamment les conditions de sa création.

Pour éviter des contentieux similaires à l'arrêt TUE du 1^{er} mars 2017 cité précédemment, un projet de loi pourrait être déposé pour retranscrire en droit interne les quatre conditions de l'arrêt de la jurisprudence Altmark.

Le Conseil d'Etat qui sera entendu pourra utilement compléter le texte pour le rendre conforme au droit communautaire.

Toutefois, au niveau politique, ce projet pourrait créer de nombreux débats et rejets de l'opposition et de l'opinion publique qui restent très attachés au service public.

2.2) La mise en œuvre d'une directive européenne pourrait utilement préciser les conditions de l'aide d'un Etat membre à une société assurant un SIEG.

La Commission pourrait proposer une directive pour préciser la portée du TFUE concernant les aides à accorder aux sociétés en charge d'un SIEG.

Cette directive permettrait de rendre réglementaire les quatre principes prétoriens dégagés par la CJUE.

La directive doit être privilégiée au règlement car des disparités importantes demeurent entre les états membres concernant la structure économique et la notion de mission d'intérêt générale. Par conséquent, les états membres pourraient adapter cette directive aux spécificités de leur économie en la transposant en droit interne.