

CONCOURS D'ENTREE A L'ECOLE DE 2018

TROISIEME CONCOURS

1ère épreuve d'admissibilité

DROIT PUBLIC

(durée : cinq heures – coefficient 4)

Rappel : extrait de l'arrêté du 16 avril 2014 modifié fixant la nature, la durée et le programme des épreuves des concours d'entrée à l'Ecole nationale d'administration

Une épreuve de droit public consistant en la rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier.

Cette épreuve vise à apprécier les connaissances des candidats dans le domaine du droit public général (droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'Union européenne, droit de la Convention européenne des droits de l'homme) ainsi que leur capacité de raisonnement critique et d'analyse juridique.

Il est attendu des candidats qu'ils rédigent une note sur une ou plusieurs questions de droit en examinant les différentes solutions possibles, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, et qu'ils fassent des préconisations opérationnelles.

Les candidats répondent à la commande à partir de leurs connaissances juridiques et, éventuellement, à l'aide d'un dossier composé d'un ensemble de documents (textes normatifs, jurisprudence, extraits de rapports publics, articles de doctrine, etc.) destinés à nourrir leur réflexion. Ce dossier ne dépasse pas vingt-cinq pages.

SUJET

L'articulation entre la place et le rôle des services publics et le principe de liberté concurrentielle fait apparaître des différences entre les traditions juridiques française et communautaire sur un certain nombre de points.

Il vous est demandé, en votre qualité de chargé(e) de mission à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne de rédiger une note analysant les points de divergence et les points de convergence et de vous prononcer sur les différentes options qui s'offrent à la France.

	Documents joints	Pages
1.	« La notion de service d'intérêt économique général », intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, lors du colloque de la Société de législation comparée sur le thème : « les services d'intérêt économique général et le marché intérieur : régimes nationaux et cadre juridique européen », <i>Conseil d'Etat</i> , 14 octobre 2011 (extraits).	1
2.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), extraits.	2 à 5
3.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général (extrait).	6
4.	Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (SIEG), <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , 2012/C 8/02 (extraits).	7 à 12
5.	Avis du Comité économique et social européen (CESE) sur "Les services d'intérêt économique général : quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ?" (avis d'initiative), <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> , 2010/C 128/11.	13 à 17
6.	Collectivités publiques et concurrence, <i>Conseil d'Etat, Rapport public 2002</i> (extrait).	18 à 22
7.	« Aides d'Etat dans le secteur du transport maritime : le Tribunal de l'Union européenne confirme l'incompatibilité de l'aide d'Etat accordée à la SNCM (fr) », Stéphanie Legrand, juin 2017, source : http://lagbd.org consulté le 2/07/2018.	23 à 25

Liste des abréviations :

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

EDF : Electricité de France

HLM : Habitation à loyer modéré

IGN : Institut géographique national

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

SNCF : Société nationale des chemins de fer français

SNCM : Société Nationale Corse-Méditerranée

« La notion de service d'intérêt économique général », intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, lors du colloque de la Société de législation comparée sur le thème : « les services d'intérêt économique général et le marché intérieur : régimes nationaux et cadre juridique européen », *Conseil d'Etat*, 14 octobre 2011 (extraits). Document n° 1

[...]

Si les Etats membres jouissent d'une grande liberté dans la qualification des services d'intérêt économique général et de définition des missions d'intérêt général, l'émergence de la notion de service d'intérêt économique général sur la scène européenne ainsi que le régime juridique qui leur est applicable ont eu des conséquences importantes sur l'organisation et la définition des services publics des Etats membres. Ces conséquences ont été souvent décrites et analysées, qu'il s'agisse de la remise en cause et/ou de la privatisation de grands monopoles nationaux, comme Electricité de France et Gaz de France, ou de l'émergence d'autorités de régulation[38]. Elles ont entraîné un certain nombre de critiques à l'encontre du droit de l'Union.

Mon prédécesseur, le président Denoix de Saint Marc, a souligné à juste titre dans son rapport sur le service public de 1996[39] que le droit de l'Union n'était pourtant nullement incompatible avec l'accomplissement des missions d'intérêt général relevant de la puissance publique.

Je formulerai en conclusion un point de vue convergent qui exprime une conviction et qui vise à susciter le débat. Lorsque l'on définit aujourd'hui le service public, c'est sans aucun doute le critère fonctionnel qu'il convient de mettre au premier plan, car il permet d'établir la distinction entre une prestation purement économique et une mission d'intérêt général, même si celle-ci emporte des conséquences sur un marché[40]. Le droit de l'Union nous invite alors à redécouvrir et revisiter la pensée d'illustres anciens. Pour Duguit, l'Etat était un faisceau de services publics. Influencé par le solidarisme et la sociologie de Durkheim, il assignait aux personnes publiques le but d'assurer l'« interdépendance ou solidarité sociale »[41]. En dépit de l'anachronisme de cette démarche, j'aimerais voir un signe positif dans la claire préférence donnée par le droit de l'Union au critère fonctionnel, qui était premier pour Duguit : en un temps où l'Union européenne est parfois critiquée en ce qu'elle remettrait en cause certaines de nos catégories juridiques et, en particulier, notre conception organique du service public, n'oublions pas que Duguit fondait la légitimité de l'Etat non sur les idées de puissance et de souveraineté, comme les juristes allemands, mais sur les idées de solidarité et d'interdépendance sociale et donc sur la notion de services d'intérêt général. On peut dès lors espérer que la reconnaissance de tels services par le droit de l'Union permettra de mieux assurer et d'affermir la légitimité de cet ordre juridique.

[...]

[38] Voir par exemple S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 2008, p. 35.

[39] R. Denoix de Saint Marc, *Le service public. Rapport au Premier ministre*, La documentation française, Paris, 1996, p. 59 et s.

[40] Voir par exemple CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, précité.

[41] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, 1923, p. 54.

[...]

TITRE II : DISPOSITIONS D'APPLICATION GÉNÉRALE

[...]

Article 12 (ex-article 153, paragraphe 2, TCE)

Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union.

Article 13

Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux.

Article 14 (ex-article 16 TCE)

Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.

Article 15 (ex-article 255 TCE)

1. Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture.
2. Le Parlement européen siège en public, ainsi que le Conseil lorsqu'il délibère et vote sur un projet d'acte législatif.
3. Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés conformément au présent paragraphe.

[...]

TITRE VII : LES RÈGLES COMMUNES SUR LA CONCURRENCE, LA FISCALITÉ ET LE RAPPROCHEMENT DES LÉGISLATIONS

CHAPITRE 1 : LES RÈGLES DE CONCURRENCE

SECTION 1 : LES RÈGLES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

Article 101 (ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Article 102 (ex-article 82 TCE)

Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Article 103 (ex-article 83 TCE)

1. Les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 101 et 102 sont établis par le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

2. Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment :

- a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 101, paragraphe 1, et à l'article 102, par l'institution d'amendes et d'astreintes,
- b) de déterminer les modalités d'application de l'article 101, paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif,

- c) de préciser, le cas échéant, dans les diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 101 et 102,
- d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'application des dispositions visées dans le présent paragraphe,
- e) de définir les rapports entre les législations nationales, d'une part, et, d'autre part, les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article.

Article 104 (ex-article 84 TCE)

Jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 103, les autorités des États membres statuent sur l'admissibilité d'ententes et sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur, en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 101, notamment paragraphe 3, et 102.

Article 105 (ex-article 85 TCE)

1. Sans préjudice de l'article 104, la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 101 et 102. Elle instruit, sur demande d'un État membre ou d'office, et en liaison avec les autorités compétentes des États membres qui lui prêtent leur assistance, les cas d'infraction présumée aux principes précités. Si elle constate qu'il y a eu infraction, elle propose les moyens propres à y mettre fin.
2. S'il n'est pas mis fin aux infractions, la Commission constate l'infraction aux principes par une décision motivée. Elle peut publier sa décision et autoriser les États membres à prendre les mesures nécessaires, dont elle définit les conditions et les modalités pour remédier à la situation.
3. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'accords à l'égard desquelles le Conseil a adopté un règlement ou une directive conformément à l'article 103, paragraphe 2, point b).

Article 106 (ex-article 86 TCE)

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, 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. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

SECTION 2 : LES AIDES ACCORDÉES PAR LES ÉTATS

Article 107 (ex-article 87 TCE)

1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.
2. Sont compatibles avec le marché intérieur :
 - a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
 - b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur :

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,
- e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.

Article 108 (ex-article 88 TCE)

1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur.

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259.

Sur demande d'un État membre, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut décider qu'une aide, instituée ou à instituer par cet État, doit être considérée comme compatible avec le marché intérieur, en dérogation des dispositions de l'article 107 ou des règlements prévus à l'article 109, si des circonstances exceptionnelles justifient une telle décision. Si, à l'égard de cette aide, la Commission a ouvert la procédure prévue au présent paragraphe, premier alinéa, la demande de l'État intéressé adressée au Conseil aura pour effet de suspendre ladite procédure jusqu'à la prise de position du Conseil.

Toutefois, si le Conseil n'a pas pris position dans un délai de trois mois à compter de la demande, la Commission statue.

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

4. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article.

Article 109 (ex-article 89 TCE)

Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 et fixer notamment les conditions d'application de l'article 108, paragraphe 3, et les catégories d'aides qui sont dispensées de cette procédure.

[...]

[...]

LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,

SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général,

SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

Article premier

Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment :

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Article 2

Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

[...]

Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (SIEG), *Journal officiel de l'Union européenne*, 2012/C 8/02, (extraits). Document n° 4

1. OBJET ET CHAMP D'APPLICATION DE LA COMMUNICATION

1. Fermement ancrés dans les valeurs communes de l'Union, les services d'intérêt économique général (SIEG) jouent un rôle fondamental dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. L'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives, doivent veiller à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

2. Certains SIEG peuvent être assurés par des entreprises publiques ou privées (...) sans soutien financier spécifique des autorités des États-membres. D'autres services ne peuvent être fournis que si l'autorité concernée offre une compensation financière au prestataire de services. En l'absence de règles spécifiques au niveau de l'Union, les États membres sont généralement libres de déterminer la façon dont il convient d'organiser et de financer leurs SIEG.

3. La présente communication a pour objet de clarifier les notions fondamentales sur lesquelles repose l'application des règles en matière d'aides d'État aux compensations de service public (...). Elle s'intéresse donc principalement aux exigences en matière d'aides d'État qui sont les plus pertinentes pour les compensations de service public.

4. Parallèlement à la présente communication, la Commission envisage d'adopter un règlement de minimis spécifique aux SIEG précisant que certaines mesures de compensation ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107 du traité (...) et elle s'apprête à publier une décision (...) déclarant certains types de compensation de SIEG constituant des aides d'État comme compatibles avec le traité en vertu de l'article 106, paragraphe 2, du traité et les exemptant de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du traité, ainsi qu'un encadrement (...) qui définit les conditions auxquelles doivent satisfaire les aides d'État en faveur des SIEG non couvertes par la décision pour être déclarées compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 106, paragraphe 2, du traité.

5. La présente communication ne porte nullement atteinte à l'application d'autres dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives aux marchés publics et celles résultant du traité et de la législation sectorielle de l'Union. Lorsqu'une autorité publique choisit de confier la prestation d'un service à un tiers, elle est tenue de respecter les dispositions du droit de l'Union régissant les marchés publics, qui découlent des articles 49 à 56 du traité, les directives de l'Union concernant les marchés publics [directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (...) et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (...)] et des règles sectorielles (...). Y compris dans les cas où les directives concernant les marchés publics sont totalement ou partiellement inapplicables (par exemple, pour les concessions de services et marchés de services énumérés à l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE, et notamment différents types de services sociaux), le choix du prestataire peut avoir à respecter les exigences du traité en matière de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle (...).

6. En complément des éléments abordés dans la présente communication, la décision 2012/21/UE et la communication de la Commission relative à l'encadrement de l'UE applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), la Commission répondra aux questions individuelles suscitées par l'application des règles en matière d'aides d'État aux SIEG, et ce notamment par l'intermédiaire de son service d'information interactif concernant les services d'intérêt général, qui est accessible sur le site internet de la Commission (...).

7. La présente communication ne porte nullement atteinte à la jurisprudence correspondante de la Cour de justice de l'Union européenne.

2. DISPOSITIONS GÉNÉRALES RELATIVES À LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

2.1. Notions d'entreprise et d'activité économique

8. Conformément à l'article 107, paragraphe 1, du traité, les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent généralement que lorsque le bénéficiaire est une « entreprise ». La question de savoir si le prestataire d'un service d'intérêt général doit être considéré comme une entreprise est donc fondamentale pour l'application des règles relatives aux aides d'État.

2.1.1. Principes généraux

9. La Cour de justice a, de façon constante, défini les entreprises comme des entités exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de ces entités et de leur mode de financement (...). La question de savoir si une entité particulière constitue une entreprise ou non dépend donc entièrement de la nature de ses activités. Ce principe général emporte les trois conséquences précisées ci-après.

Premièrement, le statut d'une entité en droit interne n'est pas déterminant. À titre d'exemple, une entité qualifiée d'association ou de club sportif en droit interne peut très bien être considérée comme une entreprise au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité. Le seul critère pertinent à cet égard est le fait qu'elle exerce ou non une activité économique.

Deuxièmement, la question de savoir si l'entité a été créée à des fins lucratives ou non ne conditionne pas l'application des règles en matière d'aides d'État en tant que telles. Selon la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal, des entités sans but lucratif peuvent très bien également offrir des biens et des services sur un marché donné (...). Lorsque ce n'est pas le cas, les entités sans but lucratif restent bien entendu entièrement hors du champ d'application du contrôle des aides d'État.

Troisièmement, la qualification d'entreprise est toujours liée à une activité bien précise. Une entité exerçant à la fois des activités économiques et des activités qui ne le sont pas doit être considérée comme une entreprise uniquement en ce qui concerne les premières.

10. Deux entités juridiques distinctes peuvent être jugées former une seule unité économique aux fins de l'application des règles en matière d'aides d'État. Cette unité économique est alors considérée comme l'entreprise en cause. Pour ce faire, la Cour de justice s'intéresse à l'existence de participations de contrôle de l'une des entités dans l'autre ou à l'existence de liens fonctionnels, économiques et organiques entre elles (...). Par contre, une entité ne fournissant pas elle-même des biens ou des services sur un marché n'est pas considérée comme une entreprise du fait de la simple détention de participations, même de contrôle, lorsque cette détention de participations ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi que, le cas échéant, à la perception de dividendes, simples fruits de la propriété d'un bien (...).

11. Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la Cour de justice a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (...).

12. La question de savoir s'il existe un marché pour des services déterminés peut dépendre de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné (...). Les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent que lorsqu'une activité donnée est réalisée dans un environnement commercial. La nature économique de services déterminés peut donc varier d'un État membre à un autre. En outre, la qualification d'un service donné peut varier dans le temps en fonction de choix politiques ou d'une évolution économique. Ce qui ne constitue pas une activité marchande aujourd'hui peut le devenir et inversement.

13. La décision d'une autorité de ne pas permettre à des tiers de fournir un service donné (par exemple, parce qu'elle souhaite le fournir elle-même) ne signifie pas qu'aucune activité économique n'est exercée. En dépit d'une telle fermeture du marché, il est possible de conclure à l'existence d'une activité économique lorsque d'autres opérateurs sont désireux et capables de fournir le service en question sur le marché concerné. Plus généralement, le fait qu'un service donné soit fourni par l'autorité elle-même (...) n'a aucune incidence sur la nature économique de l'activité (...).

14. Étant donné que la distinction entre services économiques et services non économiques est fonction des spécificités politiques et économiques de l'État membre considéré, il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, a priori, jamais de nature économique. Une telle liste n'apporterait pas de véritable sécurité juridique et serait donc d'une utilité limitée. Aussi les points suivants ont-ils plutôt pour objet de clarifier cette distinction en ce qui concerne un certain nombre de domaines importants.

15. Les traités ne définissant pas ce que l'on entend par activité économique, la jurisprudence fixe apparemment des critères différents pour l'application des règles du marché intérieur et pour celle du droit de la concurrence (...).

2.1.2. Exercice de l'autorité publique

16. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que l'article 107 du traité ne s'applique pas lorsque l'État agit « en exerçant l'autorité publique » (4) ou lorsque des autorités émanant de l'État agissent « dans leur qualité d'autorités publiques » (5). Une entité peut être considérée comme agissant en exerçant l'autorité publique lorsque l'activité en question constitue une mission qui relève des fonctions essentielles de l'État ou qui est rattachée à ces fonctions par sa nature, par son objet et par les règles auxquelles elle est soumise (6). En règle générale, à moins que l'État membre concerné ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques. Il en est par exemple ainsi des activités liées :

- a) à l'armée ou à la police ;
- b) à la sécurité et au contrôle de la navigation aérienne (...);
- c) au contrôle et à la sécurité du trafic maritime (...);
- d) à la surveillance antipollution (...); et
- e) à l'organisation, au financement et à l'exécution des peines d'emprisonnement (...).

2.1.3. Sécurité sociale

17. La qualification des régimes de sécurité sociale comme relevant d'une activité économique dépend de la manière dont ils sont établis et structurés. En substance, la Cour de justice et le Tribunal opèrent une distinction entre les régimes fondés sur le principe de solidarité et les régimes économiques.

(4) Arrêt du 16 juin 1987 dans l'affaire C-118/85, Commission/Italie (Recueil 1987, p. 2599, points 7 et 8).

(5) Arrêt du 4 mai 1988 dans l'affaire C-30/87, Bodson/Pompes funèbres des régions libérées (Recueil 1988, p. I-2479, point 18).

(6) Voir, en particulier, l'arrêt du 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, SAT/Eurocontrol (Recueil 1994, p. I-43, point 30).

[...]

2.1.4. Soins de santé

21. Dans l'Union, les systèmes de soins de santé sont très différents d'un État membre à un autre. Le degré de concurrence existant sur le marché entre les différents prestataires de soins de santé dépend en grande partie des spécificités nationales.

22. Dans certains États membres, les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité. Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services gratuitement à leurs affiliés sur la base d'une couverture universelle (...). La Cour de justice et le Tribunal ont confirmé que lorsqu'une telle structure existe, les organismes en question n'agissent pas en qualité d'entreprises (12).

(12) Arrêt du 4 mars 2003 dans l'affaire T-319/99, FENIN (Recueil 2003, p. II-357, point 39).

23. Lorsque cette structure existe, même les activités qui, en soi, pourraient être de nature économique mais sont exercées dans l'unique but de fournir un autre service non économique ne sont pas de nature économique. Une organisation qui achète des biens — même en grande quantité — aux fins de la prestation

d'un service non économique n'agit pas en qualité d'entreprise par le seul fait qu'elle se comporte en acheteur sur un marché donné (...).

24. Dans de nombreux autres États membres, les hôpitaux et les autres prestataires de soins de santé offrent leurs services contre une rémunération perçue soit directement auprès des patients soit auprès de leur assurance (...). Dans de tels systèmes, un certain degré de concurrence existe entre les hôpitaux en ce qui concerne la prestation des services de soins de santé. En pareil cas, le fait qu'un service médical soit fourni par un hôpital public ne suffit pas pour que l'activité soit qualifiée de non économique.

[...]

2.1.5. Enseignement

26. La jurisprudence de l'Union a établi que l'enseignement public organisé dans le cadre du système d'éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. À cet égard, la Cour de justice a précisé que, « en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, l'État n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population » (1).

27. Selon la même jurisprudence, la nature non économique de l'enseignement public n'est, en principe, pas affectée par le fait que les élèves ou leurs parents sont parfois obligés de payer certaines redevances ou frais de scolarité en vue de contribuer aux frais de fonctionnement du système. [...]. Ces principes peuvent concerner des services d'enseignement public tels que la formation professionnelle (...), les écoles primaires publiques et privées (...) et les écoles maternelles (...), les activités d'enseignement exercées à titre accessoire dans les universités (...) et les cours dispensés dans un établissement d'enseignement supérieur (...).

28. Ces prestations publiques de services d'enseignement doivent être distinguées des services qui sont essentiellement financés par les parents ou les élèves ou encore par des recettes commerciales. À titre d'exemple, les entreprises commerciales qui offrent un enseignement supérieur entièrement financé par les étudiants relèvent assurément de cette dernière catégorie. Dans certains États membres, les établissements publics peuvent également proposer des services d'enseignement qui, en raison de leur nature, de leur structure de financement et de l'existence d'une offre privée concurrente, doivent être considérés comme des activités économiques.

(1) Voir, entre autres, l'arrêt du 11 septembre 2007 dans l'affaire C-318/05, Commission/Allemagne (Recueil 2007, p. I-6957, point 68). Voir également la décision de la Commission du 25 avril 2001 dans l'affaire N 118/00, Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels, et la décision de l'Autorité de surveillance AELE dans l'affaire 681213 — Norvège — Nasjonal digital laeringsarena, 12.10.2011, p. 9.

[...]

2.3. Effet sur le commerce

37. Pour tomber sous le coup de l'article 107 du traité, une compensation de service public doit affecter ou menacer d'affecter les échanges entre États-membres. Un tel effet présuppose généralement l'existence d'un marché ouvert à la concurrence. Par conséquent, si les marchés ont été ouverts à la concurrence, par la législation de l'Union, par la législation nationale ou de facto par l'évolution économique, les règles en matière d'aides d'État s'appliquent. Dans de telles situations, les États-membres conservent leur marge d'appréciation quant à la manière de définir, d'organiser et de financer les SIEG, sous réserve d'un contrôle des aides d'État si une compensation est accordée au prestataire du SIEG, qu'il soit privé ou public (y compris les prestataires internes). Si le marché a été réservé à une seule entreprise (y compris un prestataire interne), la compensation accordée à cette entreprise fait également l'objet d'un contrôle des aides d'État. En réalité, si l'activité économique est ouverte à la concurrence, la décision de fournir le SIEG par des méthodes autres qu'une procédure de marché public qui garantit le moindre coût pour la collectivité peut conduire à des distorsions se traduisant par l'impossibilité faite aux concurrents d'entrer sur le marché ou par la facilité donnée au bénéficiaire de se développer sur d'autres marchés. Des distorsions peuvent aussi survenir sur les

marchés des facteurs de production. Une aide octroyée à une entreprise opérant sur un marché non libéralisé peut entraîner des effets sur les échanges si l'entreprise bénéficiaire est également active sur des marchés libéralisés (...).

[...]

44. Les sections 3.2 à 3.6 abordent les différentes exigences établies dans la jurisprudence Altmark, à savoir la notion de service d'intérêt économique général aux fins de l'article 106 du traité (...), la nécessité d'un mandat (...), l'obligation de définir les paramètres de la compensation (...), les principes relatifs à la nécessité d'éviter toute surcompensation (...) et les principes concernant la sélection du prestataire(...).

3.2. Existence d'un service d'intérêt économique général

45. La notion de service d'intérêt économique général est évolutive et dépend, entre autres choses, des besoins des citoyens, des évolutions techniques et commerciales et des préférences sociales et politiques propres à chaque État-membre. La Cour de justice a établi que les SIEG sont des services qui présentent des caractères spécifiques par rapport à ceux des autres activités de la vie économique (...).

46. En l'absence de réglementation spécifique définissant à l'échelle de l'Union le champ d'existence d'un SIEG, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un SIEG, ainsi qu'en ce qui concerne la compensation à accorder au prestataire de ce service. La compétence de la Commission en la matière se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste en qualifiant un service de SIEG (...) et à apprécier toute aide d'État relevant de la compensation. Lorsque des règles spécifiques existent au niveau de l'Union, celles-ci lient le pouvoir d'appréciation des États membres, sans préjudice de l'appréciation effectuée par la Commission afin de savoir si le SIEG a été correctement défini aux fins du contrôle des aides d'État.

47. La première condition établie par l'arrêt Altmark prévoit la définition de la mission d'un SIEG. Cette exigence coïncide avec celle de l'article 106, paragraphe 2, du traité (...). Il résulte de l'article 106, paragraphe 2, du traité que les entreprises qui assument la gestion de SIEG sont des entreprises chargées d'une «mission particulière» (...). En règle générale, une «mission de service public particulière» implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions (...). Les États membres ou l'Union peuvent soumettre ce type de services à des obligations spécifiques en vertu d'un critère d'intérêt général.

48. La Commission considère ainsi qu'il ne serait pas opportun d'assortir d'obligations de service public spécifiques une activité qui est déjà fournie ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales (...). Quant à la question de savoir si un service peut être fourni par le marché, l'appréciation de la Commission se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste.

[...]

3.3. Mandat

51. Pour que l'article 106, paragraphe 2, du traité puisse s'appliquer, la gestion d'un SIEG doit être confiée à une ou plusieurs entreprises. Les entreprises en cause doivent donc avoir été chargées d'une mission particulière par l'État (...). La première condition établie par l'arrêt Altmark exige également que l'entreprise soit chargée de l'exécution d'obligations de service public. Il en résulte que si l'on veut se conformer à la jurisprudence Altmark, une attribution de service public est nécessaire pour définir les obligations des entreprises en cause et de l'autorité.

52. La mission de service public doit être confiée au moyen d'un acte qui, selon la législation des États membres, peut prendre la forme d'un acte législatif ou réglementaire, ou d'un contrat. Cette mission peut aussi être définie dans plusieurs actes. Dans de tels cas, la Commission a pour habitude d'exiger que l'acte ou la série d'actes précisent au minimum :

- a) le contenu et la durée des obligations de service public ;
- b) l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concernés ;
- c) la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité en cause ;
- d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ; et
- e) les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières.

53. Le fait que le prestataire de services soit associé au processus conduisant à l'attribution de la mission de service public n'implique pas que cette mission ne découle pas d'un acte de la puissance publique, même si le mandat est établi à la demande du prestataire de services (...). Dans certains États membres, il n'est pas rare que les autorités financent des services développés et proposés par le prestataire lui-même. L'autorité doit cependant décider si elle approuve ou non la proposition du prestataire avant de pouvoir lui accorder une compensation. Les éléments à inclure obligatoirement dans le mandat peuvent, au choix, être intégrés directement dans la décision approuvant la proposition du prestataire de services ou faire l'objet d'un acte légal distinct, par exemple un contrat avec le prestataire.

[...]

3.6. Sélection du prestataire de services

62. Selon la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark, la compensation accordée doit, soit résulter d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, soit être établie en prenant comme référence une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires.

3.6.1. Montant de la compensation lorsque le SIEG est attribué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres appropriée

63. Le moyen le plus simple pour les autorités publiques de respecter la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark consiste à organiser une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire conforme à la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (...) et à la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (...), comme énoncé ci-dessous (...). Comme indiqué au point 5, l'organisation d'une telle procédure de marché public est souvent une exigence impérative imposée par les règles en vigueur de l'Union.

64. Même lorsqu'il ne s'agit pas d'une exigence légale, une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire constitue une méthode appropriée pour comparer différentes offres potentielles et fixer la compensation de manière à exclure la présence d'une aide.

65. Sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, une procédure de marché public n'exclut l'existence d'une aide d'État que si elle permet de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au «moindre coût pour la collectivité».

66. En ce qui concerne les caractéristiques de l'appel d'offres, une procédure ouverte (...) conforme aux règles existant en matière de marchés publics est certainement acceptable mais une procédure restreinte (...) peut aussi satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark, sauf si l'on empêche les opérateurs intéressés de soumissionner sans raison valable. Par ailleurs, un dialogue compétitif (...) ou une procédure négociée avec publication (...) confèrent une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peuvent restreindre la participation des opérateurs intéressés. Ils ne peuvent donc être considérés comme suffisants pour satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark que dans des cas exceptionnels. La procédure négociée sans publication d'un avis de marché (...) ne peut garantir la sélection d'un candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité.

[...]

Avis du Comité économique et social européen (CESE) sur "Les services d'intérêt économique général : quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ?" (avis d'initiative), *Journal officiel de l'Union européenne*, 2010/C 128/11. Document n° 5

Le 26 février 2009, conformément à l'article 29, paragraphe 2 de son règlement intérieur, le Comité économique et social européen a décidé d'élaborer un avis d'initiative sur :

*"Les services d'intérêt économique général :
quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ?"*

La section spécialisée "Transports, énergie, infrastructures, société de l'information", chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a adopté son avis le 8 septembre 2009 (rapporteur: M. HENCKS).

Lors de sa 457^e session plénière des 4 et 5 novembre 2009 (séance du 4 novembre 2009), le Comité économique et social européen a adopté le présent avis par 155 voix pour, 1 voix contre et 9 abstentions.

1. Objet de l'avis d'initiative

1.1 Dans son plan d'action «Un Programme pour l'Europe : les propositions de la société civile» (CESE 593/2009), le CESE a souligné l'importance des services d'intérêt général (SIG), inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et tels que définis au Protocole annexé au traité de Lisbonne.

1.2 Ledit protocole sur les SIG constitue une innovation importante du traité de Lisbonne dans la mesure où il couvre l'ensemble des SIG et introduit, pour la première fois dans un traité, la notion de "services non économique d'intérêt général (SNEIG)", par opposition aux "services d'intérêt économique général (SIEG)".

1.3 Le Protocole n'est pas une simple déclaration interprétative des traités et des valeurs communes de l'Union concernant les SIG mais constitue un mode d'emploi à l'adresse de l'Union et des États membres. Il place résolument l'utilisateur, la satisfaction de ses besoins, ses préférences et ses droits au cœur des dispositions et retient des principes communs de niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, d'égalité de traitement et de promotion de l'accès universel.

1.4 Dans le "Programme pour l'Europe" du CESE, celui-ci propose de préparer une initiative communautaire pour engager un véritable débat sur la définition de lignes de conduite concernant les SIG, au vu de leur importance pour la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne dans le contexte de la mondialisation, et compte tenu de l'objectif de promotion d'un accès universel et des droits des utilisateurs prévu par le traité de Lisbonne.

1.5 En effet, le traité de Lisbonne introduit pour la première fois avec l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) une base juridique d'application générale pour le législateur communautaire en matière de SIEG, base juridique distincte de celle relative au marché intérieur qui a fondé les directives sectorielles de libéralisation des SIEG de réseaux (communications électroniques, électricité, gaz, transports publics, postes).

1.6 Ledit article 14 concentre son attention sur les conditions économiques et financières nécessaires au bon accomplissement de la mission particulière impartie aux SIEG en demandant au Conseil et au Parlement européen de légiférer en la matière par voie de règlements.

1.7 Dans l'ordre d'idées de son "Programme pour l'Europe", le CESE se préoccupe dans le présent avis d'initiative de la mise en œuvre de l'article 14 du traité de Lisbonne, et se propose d'étudier la valeur ajoutée et le contenu possibles d'initiatives législatives des institutions européennes pour clarifier les enjeux suivants:

- qui définit les services d'intérêt général, leurs objectifs, missions et responsabilités ? ;
- quelles formes peut prendre cette définition ? ;
- dans quels domaines des SIG communautaires pourraient-ils être nécessaires pour mettre en œuvre les objectifs de l'Union ?

2. Définition, objectifs, missions et responsabilités des SIG

2.1 Le Protocole annexé au traité de Lisbonne introduit pour la première fois la notion de "services non économique d'intérêt général (SNEIG)", alors que jusque-là, dans les traités, il n'était question que de "services d'intérêt économique général (SIEG)".

2.2 Le Protocole sur les SIG annexé au traité de Lisbonne confirme, d'un côté, la compétence exclusive des États membres quant aux SNEIG (toutefois sous réserve du respect des principes généraux du droit communautaire), et de l'autre côté "le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs". Le Protocole n'apporte toutefois pas de précision sur la distinction entre un service économique et un service non économique.

2.3 Depuis le traité d'Amsterdam (1997), il est clairement établi dans le traité CE (article 16) une compétence et une responsabilité partagées de l'Union et des États membres en matière de SIEG, dans la mesure où selon le traité, "la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions".

2.4 Ce partage des compétences est cependant loin d'être aujourd'hui clarifié et cela génère des incertitudes pour tous les acteurs concernés (autorités publiques, prestataires de service, agences de régulation, utilisateurs, société civile) avec un développement important de questions préjudicielles et d'affaires contentieuses devant la Cour de justice des communautés européennes. Sachant que la Cour se prononce au cas par cas, sur la base du droit existant, peu développé en ce qui concerne les SIG/SIEG, et de sa jurisprudence antérieure, les autorités publiques et les collectivités locales apparaissent de plus en plus soumises au droit communautaire de la concurrence, notamment si les activités de service public sont exercées avec d'autres partenaires.

2.5 Or, la référence aux besoins des utilisateurs, particuliers comme professionnels, doit être considérée comme un élément-clé qui devra être respecté, car l'institution de SIEG n'est justifiée que pour autant qu'elle permet la satisfaction de missions d'intérêt général au service des principaux bénéficiaires de ces services.

2.6 La détermination de la nature et de la portée d'une mission SIEG dans des domaines d'action particuliers qui, soit ne relèvent pas de la Communauté, soit sont fondés sur une compétence seulement limitée ou partagée, reste en principe du ressort des États membres.

2.7 Les institutions communautaires, et en particulier la Commission européenne, sont invitées par le Protocole à tenir compte de "la diversité" des SIEG et des "disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes".

2.8 Lors du contrôle par la Commission du respect des règles du traité quant au champ de définition des SIEG par les États membres, elle devra dès lors prendre davantage en compte des logiques publiques et des choix démocratiques de chaque État membre. Le champ, le contenu et les modalités d'exercice de l'appréciation par la Commission de "l'erreur manifeste" sont à adapter en conséquence afin de prévenir, dans la mesure du possible, des conflits et du contentieux.

2.9 Il existe aujourd'hui pour l'ensemble des SIG et SIEG une double incertitude préjudiciable à l'accomplissement de leurs missions quant :

- aux compétences et responsabilités respectives de l'Union et des États membres et des collectivités locales ;
- au caractère économique ou non économique des services, ce qui détermine le corps de normes juridiques dont ils relèvent.

2.10 Il importe donc, comme le stipule l'article 14 du traité de Lisbonne qu'une (ou des) initiative(s) législative(s) vienne(nt) apporter la clarté et les garanties nécessaires tout en tenant compte de la nature et des spécificités des différents types de SIEG (services sociaux, mesures d'insertion dans l'emploi, aides aux

personnes défavorisées ou handicapées, logement social, etc.). Il ne s'agit pas d'uniformiser les SIEG dans toute l'UE, mais de conjuguer unité et diversités; unité de quelques règles communes dans les domaines essentiels, diversités à la fois sectorielles et nationales.

3. Les formes de définition

3.1 Le large pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres quant à la détermination de ce qu'ils considèrent comme un SIEG, ne les dispense pas, lorsqu'ils invoquent l'existence et la nécessité de la protection d'une mission SIEG, de veiller à ce que cette dernière satisfasse certains critères minimaux communs à toute mission SIEG au sens du traité, tels que précisés par la jurisprudence, et de démontrer que ces critères sont bien respectés dans le cas d'espèce.

3.2 Il s'agit notamment de la présence d'un acte officiel national investissant les opérateurs en cause d'une mission SIEG ainsi que du champ et du caractère de cette mission. Cet acte officiel, établi par l'autorité publique compétente, doit avoir une valeur juridique contraignante en droit national : loi, règlement, contrat, convention, etc.

3.3 L'État membre doit indiquer, sur la base des normes communautaires, les missions particulières d'intérêt général pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques du libre marché.

3.4 Inversement, l'absence de preuve par l'État membre de ce que ces critères sont satisfaits, ou leur non-respect, sont susceptibles de constituer une erreur manifeste, appréciation que la Commission est tenue de sanctionner.

3.5 Un État membre peut choisir de faire accomplir une mission de SIEG par plusieurs opérateurs d'un secteur sans avoir, vis-à-vis de ces derniers, à confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel.

3.6 L'ensemble de ces dispositions ressortent de la jurisprudence de la CJCE, mais ne sont pas clairement établies et consolidées par le droit dérivé, ce qui entraîne des incertitudes juridiques pour les différentes parties prenantes ou du moins est ressenti comme tel par nombre d'entre elles.

3.7 Dans la directive relative aux services dans le marché intérieur, une distinction est faite, en ce qui concerne des services sociaux, entre, d'un côté des prestataires mandatés par l'État et des associations caritatives reconnues comme telles par l'État et de l'autre côté, des prestataires qui ne peuvent se prévaloir d'un mandatement ou d'une reconnaissance officielle.

3.8 Selon son document de travail SEC(2007)1516 (qui n'existe qu'en version anglaise), la Commission considère que le mandat est l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG, indique la mission d'intérêt général de l'entreprise concernée, ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du SIEG.

3.9 Le mandat implique, selon une interprétation de la Commission, une obligation primordiale de prêter ou de mettre à disposition le service, sans distinction et sans prise en compte de la spécificité de la nature du service. Selon les dires de la Commission cette obligation de prestation ne vaut pas pour les associations caritatives reconnues comme telles par l'État sans que pour autant les conditions et la forme requises d'une telle reconnaissance ne soit précisées.

3.10 S'y ajoute que, toujours selon la Commission, un "agrément" accordé par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services ne correspond pas à un mandat et ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés. Or, la notion d'agrément ne se retrouve non plus, ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé.

3.11 On ne peut s'en remettre, là encore, à une clarification au cas par cas, au gré des contentieux et arbitrages, de sorte qu'une initiative législative, en concertation avec les parties concernées, peut apporter clarté et sécurité juridique.

3.12 Une telle clarification, demandée par les parties prenantes concernées, devrait prendre en compte les situations existantes dans les États membres, tenant aux histoires, traditions et modes d'organisation sociale et en garantir la pérennité, dès lors qu'elles sont justifiées par des objectifs d'intérêt général et de qualité de service.

4. Des services communautaires d'intérêt général

4.1 Dans deux récents avis (avis du Comité économique et social européen sur "Les conséquences sociales de l'évolution du binôme transports/énergie", CESE 1293/2008 et sur le "Livre vert - Vers un réseau d'énergie européen sûr, durable et compétitif", CESE 1029/2009. Rapporteuse des deux avis: Mme BATUT), le CESE a estimé que des études devraient être faites sur la faisabilité d'un SIG européen de l'énergie qui pourrait être mis au service de la politique commune de l'énergie.

4.2 Dans son Livre vert "Vers un réseau d'énergie européen sûr, durable et compétitif", la Commission plaide en faveur d'un gestionnaire européen de système de transport de gaz par la création progressive d'une entreprise indépendante qui serait chargée de la gestion d'un réseau unique de transport de gaz dans toute l'UE.

4.3 Force est toutefois de constater que, prises entre diversités nationales et nécessités communes de construire un marché unique européen, les instances européennes et les gouvernements nationaux ou États membres peinent à se familiariser avec l'idée de services communautaires d'intérêt (économique ou non) général. Ainsi l'idée de créer des services européens de l'énergie n'a pas encore trouvé d'accueil favorable auprès des décideurs politiques.

4.4 Toutefois des SIG communautaires sont nécessaires pour poursuivre la construction en commun de l'Europe. De tels services seront l'expression des solidarités européennes pour relever les défis qui se posent pour l'Union dans des domaines essentiels et multinationaux ou transnationaux tels que la sécurité d'approvisionnement en énergie, la sécurisation des ressources en eau, la préservation de la biodiversité, le maintien de la qualité de l'air, la sécurité interne et externe, etc. Ce sont des services qui ne peuvent se réduire à des organisations, à l'échelon national ou local étant entendu que des services de proximité, tels que par exemple, les services sociaux, ou des prestations d'intérêt général exclusivement locales, régionales ou nationales ne sont pas concernés.

4.5 Dans ce contexte le CESE se prononce en faveur de partenariats publics (Union et États membres) et privés pour augmenter la sécurité d'approvisionnement en énergie, et aboutir à un pilotage intégré des réseaux interconnectés d'énergie (gaz, électricité, pétrole) de même que le développement du réseau d'éoliennes en mer et la connexion des parcs éoliens au réseau à terre ce qui pourrait réduire de manière sensible les coûts d'exploitation et d'investissement et inciter davantage à investir dans de nouveaux projets de réseaux.

4.6 Dans le cadre des compétences de chaque État membre, par exemple en matière de mix énergétique, les questions sociales et sociétales posées par la gestion et l'utilisation des ressources naturelles, de l'énergie nucléaire, du changement climatique et de la gestion durable, de la sécurité, dépassent les frontières traditionnelles des États et ne trouveront de réponse satisfaisante que dans une conception européenne de l'intérêt général et de services appropriés.

4.7 Le fait que les États aient la compétence de principe de définir les SIEG n'enlève rien aux compétences de l'UE de définir, à son niveau, des SI(E)G, dès lors que cela apparaît nécessaire pour mettre en œuvre les objectifs de l'Union et proportionné à ces objectifs. Aussi bien le droit primaire que le droit dérivé et la jurisprudence laissent à l'Union la possibilité en tant qu'autorité publique dans les domaines où il y a compétence explicite, voire même limitée ou partagée, de fournir, faire exécuter, organiser et financer ces services dans les mêmes conditions avec les mêmes règles que les États membres.

4.8 L'article 16 du traité CE établit clairement une compétence et une responsabilité partagées entre l'UE et les États membres en précisant que la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives, veillent à ce que les SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

4.9 En effet, les SIEG relèvent d'une série d'objectifs de l'Union européenne (respect des droits fondamentaux, promotion du bien-être des citoyens, justice sociale, cohésion sociale, etc.), indispensables à la société. Il en résulte que l'Union qui a des responsabilités dans la promotion du niveau et de la qualité de vie sur tout le territoire européen, a également certaines responsabilités par rapport aux instruments de mise en œuvre des droits fondamentaux et de la cohésion sociale.

4.10 Les traités définissent clairement les compétences de l'UE, dont certaines, conformément au principe de subsidiarité, peuvent impliquer la création de services, d'organismes, d'agences, ou autres au niveau communautaire (politique des transports, réseaux transeuropéens, protection de l'environnement, protection des consommateurs, cohésions économique, sociale et territoriale de l'Union, sécurité intérieure et extérieure, lutte contre le changement climatique, sécurité d'approvisionnement en énergie, etc.).

4.11 Même si pour certains services comme les agences communautaires, entre autres celles chargées de la sécurité maritime, alimentaire, ferroviaire, ou celle responsable pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, ou encore les services "Ciel unique" ou "Galileo", la référence juridique aux SIG et SIEG n'a pas été faite, ces services répondent de par leur nature à un intérêt général européen.

4.12 Plutôt donc que d'avoir une démarche défensive, les institutions communautaires, sans préjuger du statut des opérateurs, devraient reconnaître l'existence et la nécessité de services communautaires d'intérêt général dans les domaines où l'action de l'UE est plus efficace pour répondre à ses objectifs que l'action de chacun des États membres agissant séparément.

Bruxelles, le 4 novembre 2009.

Le Président
du Comité économique et social européen
Mario SEPI

Considérations générales

1. Les Considérations générales 2002 du Conseil d'Etat qui traitent du thème «collectivités publiques et concurrence», partent d'un constat, sur lequel elles se gardent de porter un jugement : la propagation à la manière d'une onde, du credo de la concurrence^[1], comme un des fondements de l'organisation sociale et de la répartition des activités ; credo au demeurant inscrit dans le traité instituant la Communauté européenne, qui retient le principe d'une politique économique «conduite conformément au respect d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre». Les Considérations se proposent d'analyser ce que cela implique pour les collectivités publiques dans les trois situations dans lesquelles elles peuvent se situer par rapport au marché : producteurs ou fournisseurs de biens et de services, demandeurs de biens et de services, autorités publiques faisant usage de leurs prérogatives de puissance publique dans des conditions susceptibles d'affecter le fonctionnement concurrentiel des marchés.

2. S'agissant de la pratique d'une activité marchande par les personnes publiques, il en est de multiples exemples ; les Considérations parlent d'un «attrait du marché» pour les personnes publiques : ce sont les activités de diversification des grands établissements publics industriels et commerciaux comme EDF (avec la fourniture de prestations de chauffage et d'éclairage), la SNCF (avec son service messagerie), La Poste (avec l'offre de services financiers), le plus souvent au travers de filiales ; mais c'est aussi l'extension des activités confiées à des sociétés d'économie mixte par les collectivités locales pour offrir des services, conduire des opérations d'aménagement, construire des logements ; c'est aussi l'offre de produits ou de services par des établissements publics administratifs ou des services administratifs qui veulent valoriser leur savoir-faire, comme l'IGN, la météorologie nationale, l'INSEE, les services déconcentrés de l'équipement ou de l'agriculture, le service hydrographique ou océanographique de la marine...

Des interrogations sont souvent formulées quant aux conditions de la pratique par les personnes publiques de ces activités marchandes, au regard des règles de la concurrence.

Sur ce point, les Considérations générales montrent qu'il ne doit pas y avoir d'ambiguïté : lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché, les personnes publiques sont soumises, dans les mêmes conditions que les personnes privées, aux exigences du droit de la concurrence, c'est-à-dire qu'elles doivent s'interdire toute pratique anticoncurrentielle à l'égard de leurs concurrents, et notamment tout abus de position dominante, par exemple en utilisant leur position de gestionnaire de service public dans leur activité concurrentielle. En témoignent les multiples avis ou décisions du Conseil de la concurrence et notamment les décisions par lesquelles il a sanctionné de telles pratiques anticoncurrentielles ; ainsi celles d'EDF et de sa filiale Citelium sur le marché de l'éclairage et des illuminations, celles d'une régie municipale des pompes funèbres, celles de la Française des Jeux... Et les Considérations relèvent que la notion d'activité économique au sens du droit de la concurrence va très loin et ne permet d'exclure que les activités proprement régaliennes comme les activités de police ou les activités de solidarité sociale obligatoire.

Les Considérations soulignent que la circonstance qu'en cas de pratiques indissociables d'un acte administratif, le droit français confie le contrôle de celles-ci, non aux autorités de droit commun de la concurrence, mais au juge administratif, n'entraîne aucune soustraction des personnes publiques aux obligations pesant sur elles de respect des règles de la concurrence, dès lors que le juge administratif a su intégrer le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité dont il fait application.

La pleine soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence a pu conduire à s'interroger sur le point de savoir si, au total, il ne fallait pas de ce fait laisser les personnes publiques intervenir librement sur

¹ Cette confiance dans la concurrence repose sur le postulat que, dans la majorité des cas, la concurrence assure à la fois le degré le plus élevé d'efficacité économique et une allocation équitable des ressources productives, ce qui exige le respect de trois principes : liberté d'accès au marché, pluralité des acteurs suffisante pour qu'aucun d'entre eux ne puisse dominer le marché ou se libérer de ses disciplines, autonomie de décision pour chaque opérateur.

le marché, sans autre considération que le respect de ces règles, c'est-à-dire en quelque sorte banaliser la pratique d'activités économiques par les personnes publiques et notamment ne plus leur opposer les principes de spécialité et de liberté du commerce et de l'industrie, qui ont constitué depuis plus d'un siècle des garde-fous constamment mis en œuvre. Les Considérations notent que telle n'est pas l'orientation retenue par le Conseil d'Etat au contentieux, même si un avis contentieux, l'avis «Jean-Louis Bernard Consultants», a pu entraîner quelques doutes du côté de la doctrine ; elles insistent au contraire fermement sur la nécessité d'une réelle légitimité de l'intervention des collectivités publiques, légitimité qui ne doit certes pas être regardée frileusement, car dans de nombreux cas, les personnes publiques disposent d'atouts qu'il serait anti-économique de ne pas exploiter, mais qui doit rester une des boussoles pour l'intervention économique des collectivités publiques.

Les Considérations générales s'efforcent ensuite d'analyser de près ce qu'implique concrètement et opérationnellement pour les personnes publiques de ne pas porter atteinte à la libre concurrence.

Elles font, sur ce point, une observation préalable qui permet d'éviter les malentendus ou les comparaisons tatillonnes et indéfinies sur les conditions d'intervention réciproque des personnes publiques et des personnes privées ; elle consiste dans le rappel que le droit de la concurrence n'implique nullement que les intervenants sur le marché se trouvent dans une situation identique ou en tous points comparable ; il exige simplement que chacun n'utilise que des atouts ou mérites régulièrement acquis. La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu le 7 décembre 2000 une décision très éclairante en ce sens (décision ARGE, C 94/99) à propos d'un établissement public bénéficiant de subventions, ce qui lui permettait de proposer des prix inférieurs à ses concurrents ; la Cour de justice a estimé que cette intervention sur le marché était possible dès lors que les subventions intervenaient régulièrement, c'est-à-dire ne constituaient pas des aides d'Etat interdites.

Cette observation préalable permet de ramener à sa juste proportion le problème des avantages tirés par les personnes publiques, en termes de concurrence, de leur nature juridique. Les Considérations générales procèdent pour autant à une analyse détaillée de ces avantages de façon à en montrer la portée réelle : régime fiscal, absence d'exécution forcée, inapplication des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, possibilité de recours à l'état exécutoire, prescription quadriennale... Dans le même temps, elles signalent les contraintes spécifiques inhérentes aux personnes publiques, comme leur soumission au droit de la commande publique, c'est-à-dire à des procédures souvent lourdes et longues pour passer leurs marchés publics, y compris lorsqu'elles veulent faire appel à une de leurs filiales ; leurs obligations de service public en termes de continuité, d'égalité et de mutabilité ; leur moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs...

Les Considérations insistent néanmoins sur la nécessité impérieuse pour les personnes publiques d'être en mesure de prouver que leur intervention sur un marché ne procède d'aucune pratique anticoncurrentielle et en particulier qu'elles n'utilisent pas les moyens dont elles disposent au titre de la gestion du service public pour leurs activités concurrentielles. Les Considérations générales préconisent, comme le Conseil de la concurrence, une double orientation : au minimum une séparation comptable des activités concurrentielles et des activités de service public, et si possible, la filialisation, formule qui a l'avantage de répondre à une vraie logique de responsabilité et de faire basculer l'intervention économique de la collectivité publique dans le droit commun financier, juridique et social.

3. Le deuxième type de situation dans lequel peuvent se trouver les personnes publiques au regard de la concurrence est celui de demandeur de biens et de services sur le marché, soit qu'elles passent une commande de travaux, de services ou de fournitures pour elles-mêmes, soit qu'elles recherchent un partenaire à qui confier la gestion du service public. Sans entrer dans le détail, on soulignera simplement que les collectivités publiques sont soumises à des obligations particulières de publicité et de mise en concurrence, sur la base du Code des marchés publics et des directives communautaires pour ce qui est des marchés publics et, sur la base de la loi Sapin pour ce qui est des délégations de service public.

Les Considérations générales inventorient trois grands problèmes en la matière :

- Le premier a trait à la multiplication des situations contractuelles où la règle de droit applicable à la passation ou à la modification du contrat est incertaine ; en particulier dans les cas de partenariat public-privé, comme les conventions d'aménagement urbain ou les conventions de mobilier urbain. Il en résulte une réelle insécurité. Les Considérations générales relèvent que la réponse à cette situation ne peut être purement jurisprudentielle et insistent de ce fait sur la nécessité de procéder aux adaptations

réglementaires nécessaires ; elles soulignent l'intérêt qu'il y aurait à ce que le droit de la commande publique puisse évoluer plus aisément et prendre ainsi en compte les nouvelles situations susceptibles de se présenter.

- Le deuxième problème a trait à la question de savoir si le droit de la commande publique permet bien aux collectivités publiques de tirer tout le bénéfice possible du fonctionnement concurrentiel des marchés. Les Considérations générales relèvent la difficulté de trouver un bon équilibre entre exigences de régularité qui conduisent à encadrer strictement la passation des marchés et exigences d'efficacité économique qui conduisent à laisser aux cocontractants publics les marges dont ils ont besoin pour profiter des opportunités. Elles relèvent que si le Code des marchés de 2001 a marqué un incontestable progrès, le balancier continue à pencher du côté de la régularité formelle, peut-être en raison de la sanction pénale qui s'attache aux manquements aux règles de passation des marchés et au régime de cette répression pénale à caractère largement objectif. Mais elles soulignent que la refonte en cours des directives européennes va constituer une nouvelle occasion en France de remettre l'ouvrage sur le chantier.
- Le troisième problème, le plus sensible aux collectivités publiques, notamment aux collectivités territoriales, tient aux marges de manœuvre dont elles disposent pour recourir librement, sans formalités préalables, aux outils dont elles se sont dotées : organismes HLM pour conduire la politique de logement social, sociétés d'économie mixte pour réaliser leurs opérations d'aménagement, gérer leurs équipements ou organiser des manifestations, office du tourisme, syndicats intercommunaux, associations même... Les Considérations générales notent les faibles marges de libre choix de ces outils, accordées par le droit communautaire et la jurisprudence. Elles s'efforcent dès lors de formuler un message en direction des autorités publiques, notamment communautaires. Ce message consiste à dire que soit les outils créés par la collectivité réalisent eux-mêmes les prestations demandées par celle-ci et sont dès lors des opérateurs sur le marché, et dans ce cas, il n'y a pas de raison particulière que le choix de ces opérateurs échappe aux règles de la concurrence, car le recours qui y est alors fait prive les opérateurs concurrents de la possibilité de faire valoir leurs propres mérites ; soit ces outils sont de simples relais de la collectivité et font appel eux-mêmes ensuite à des opérateurs privés pour réaliser la prestation attendue, et dans ce cas, le choix de cet outil doit être regardé comme une simple organisation de la sphère publique. Les autorités communautaires ont commencé à entrer dans ce raisonnement, mais leur comportement témoigne de beaucoup de prudence. Il y a là un chantier important pour l'avenir.

4. Le troisième grand type de situation des collectivités publiques au regard de la concurrence est celui où la personne publique intervient comme autorité publique en charge de l'intérêt public et la question posée est de savoir dans quelle mesure les prérogatives de l'autorité publique sont affectées par l'obligation de ne pas affecter le fonctionnement concurrentiel des marchés. Cette question ne se pose évidemment que parce que le Conseil d'Etat a admis depuis 1997, allant en cela, dans le contrôle de la collectivité publique, au-delà du contrôle opéré par le juge communautaire, que l'ensemble des actes des autorités publiques pouvaient être contestés pour méconnaissance du droit de la concurrence.

Les Considérations examinent la question posée pour ce qui est des prérogatives de puissance publique en matière de création de services publics, de réglementation économique, de gestion du domaine et de police administrative.

Elles relèvent :

- Pour ce qui est de la création de services publics, l'incontestable évolution des positions européennes et notamment de la Cour de Justice des Communautés européennes, même si certains a priori, au moins du côté de la Commission, demeurent. D'exception dans le traité, les services d'intérêt économique général (SIEG) sont en effet devenus une obligation. L'exception, c'est celle prévue à l'article 86 § 2 CE, qui n'admet de dérogations aux règles de la concurrence pour ces services que dans la stricte mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission. L'obligation, c'est celle dorénavant posée, depuis le traité d'Amsterdam, à l'article 16 CE selon lequel, « eu égard à la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et les Etats membres... veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission ». La jurisprudence de la CJCE a, de son côté, évolué et reconnaît plus facilement l'existence de ces services, qu'il s'agisse des éléments permettant de les justifier (notamment l'intérêt d'une offre de services

universelle et continue, comme le montrent par exemple les décisions *Corsica Ferries* du 18 juin 1998 ou *Ferring* du 22 novembre 2001), qu'il s'agisse des moyens leur permettant de fonctionner, grâce à une définition large de leurs droits exclusifs, comme le montre la décision du 25 octobre 2001 *Ambulanz Glöckner*, ou grâce aux prérogatives qui leur sont octroyées, comme le montre la décision du 21 septembre 1999, *Albany*.

- Pour ce qui est de la réglementation économique, la remarquable émergence d'une jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, très emprunte du droit administratif français, pour reconnaître aux Etats des marges d'action lorsque des raisons impérieuses d'intérêt général le justifient ; c'est sur cette base que le Conseil d'Etat a pu admettre par exemple la légalité de l'instauration d'un quota de chansons françaises imposé aux différentes radios émettant en France.
- Et pour ce qui est des prérogatives de police administrative et de gestion du domaine, elles rappellent qu'il y a longtemps que les autorités administratives et le juge sont habitués à concilier les différentes exigences à prendre en compte, y compris des exigences très proches de celles posées par le droit de la concurrence ; elles font valoir que de ce fait, au moins pour les actes réglementaires des autorités publiques et en tout cas pour les actes de police, le contrôle devrait pouvoir intervenir pour l'essentiel en faisant l'économie de l'approche complexe par le détour de l'analyse micro-économique du droit de la concurrence. Elles soulignent inversement que compte tenu de l'importance économique du domaine public, les décisions individuelles d'autorisation d'occupation de ce domaine devraient dorénavant être prises en veillant strictement à ne pas méconnaître les impératifs de la concurrence, c'est-à-dire selon une procédure assurant la publicité et garantissant un égal accès à ces autorisations.

5. Les conclusions auxquelles les Considérations aboutissent sont doubles :

Tout d'abord, elles conduisent à s'inscrire en faux contre deux idées reçues : la première est que les administrations françaises seraient foncièrement rétives à la notion de concurrence et mèneraient un combat d'arrière-garde contre un mode d'organisation sociale où, du fait de la concurrence, l'Etat n'a plus le monopole de la définition de l'intérêt général. Les administrations publiques ont en effet pris conscience de leur ancrage dans le système d'économie de marché et en ont largement tiré les conséquences. Les Considérations s'interrogent sur ce qui dès lors peut conduire à cette idée préconçue ; elles ne peuvent pas ne pas relever que c'est en large partie parce que bien des administrations ne s'appliquent pas en interne les exigences de performance qui sont au cœur du ressort de la concurrence et parce qu'elles n'ont pas totalement mesuré qu'elles se trouvaient elles-mêmes entraînées dans une concurrence à une échelle presque mondiale entre sphères publiques des divers pays, par exemple en matière d'enseignement supérieur, même si *Edufrance* a été créée par le Ministère de l'époque comme une «*vitrine française*» «*du commerce mondialisé de l'esprit*».

La seconde idée préconçue est que la construction européenne serait exclusivement organisée dans l'optique de promouvoir la concurrence et que les autorités communautaires, arc-boutées sur l'idée de construire envers et contre tout le grand marché, seraient imperméables à d'autres finalités de l'organisation sociale et notamment au rôle des services publics, au point de mettre ceux-ci en péril. Or il est incontestable que les autorités communautaires sont devenues de plus en plus conscientes des exigences d'un intérêt général qui ne saurait toujours trouver son compte dans le seul libre jeu de la concurrence sur le marché.

Une des raisons de cette seconde idée préconçue tient sans doute dans une ambiguïté de plus en plus flagrante du traité et qui fait l'objet de la deuxième grande conclusion : le fait que le traité ne connaît et ne comporte de développements que pour ce qui est des services d'intérêt économique général et est muet sur les services d'intérêt général au sens global du terme. Cette situation s'explique en partie par le choix initial de parier sur l'économie marchande comme ressort de la construction de l'Europe. Il reste que si l'on prend du recul, la distinction au sein des services d'intérêt général, entre services marchands et services non marchands est largement artificielle, compte tenu de l'unité des principes applicables et du fondement même de tels services.

Les Considérations générales soulignent dans ces conditions que si l'on veut sortir de l'ambiguïté, et si l'on veut donner toute sa portée à l'affirmation de la Commission contenue dans sa communication de septembre 2001 sur les services d'intérêt économique général, selon laquelle ces services d'intérêt général constituent un élément clé du modèle européen de société et sont une valeur commune de l'Europe, il convient de mettre en chantier une stratégie européenne appréhendant les services d'intérêt général dans leur ensemble et allant

bien au-delà de la simple conciliation entre service public et concurrence. C'est une large part de l'architecture des traités et de la réglementation communautaire et, par-delà, de la construction européenne qui doit être repensée sur la base d'une vision globale de ce que doivent être des services d'intérêt général aptes à répondre aux besoins fondamentaux des peuples d'Europe pour les temps à venir, ce qui suppose, à l'échelon communautaire, des autorités publiques capables de développer ces services publics du XXIème siècle . Il n'y a pas là qu'un vœu pieux ; dans sa communication au Conseil européen de Laeken de décembre dernier, la Commission a proposé une révision du traité et l'inclusion, parmi les actions que la Communauté doit conduire, énumérées à l'article 3 CE, de « *la promotion des services d'intérêt général* ».

Contributions

- François BURDEAU, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)
"Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire"
- Michel GLAIS, professeur à l'université de Rennes I
"Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence"
- Koen LENEARTS, juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes, professeur de droit européen (Leuven)
"Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire"
- Michael RONELLENFITSCH, professeur à l'Université Eberhard-Karls de Tübingen
"Le contrôle de la concurrence dans le domaine des transports en commun interurbains conduira à un nouveau règlement"
- Jean-Marc THOUVENIN, professeur à l'université de Nanterre (Paris X)
"Droit international et droit de la concurrence"

« Aides d'Etat dans le secteur du transport maritime : le Tribunal de l'Union européenne confirme l'incompatibilité de l'aide d'Etat accordée à la SNCM (fr) », Stéphanie Legrand, juin 2017, source : <http://lagbd.org> consulté le 2/07/2018.

Observations sous l'arrêt TUE., 1er mars 2017, France c/ Commission, aff. T-366/13

Le Tribunal de l'Union européenne donne suite à un contentieux nourri opposant la République française à la Commission européenne au sujet des compensations financières versées à la SNCM au titre de la délégation de service public de desserte maritime entre Marseille et la Corse pour la période 2007 - 2013. Cet arrêt de stricte application de la jurisprudence en matière d'aides d'Etat marque une nouvelle étape complexe pour la SNCM, déjà affaiblie^[1] par un redressement judiciaire mis en place en novembre 2014, sa condamnation à une amende par l'Autorité de la Concurrence au titre d'un abus de position dominante collective avec la CMN^[2], ou encore l'annulation de la délégation de service public pour la période de 2014 à 2024 par le tribunal administratif de Bastia^[3] suite à une plainte différente déposée par Corsica Ferries.

Pour rappel, la procédure de mise en concurrence de cette délégation de service public fut houleuse : quatre offres ont été déposées en réponse à l'appel d'offres lancé par l'Office des transports de la Corse pour la délégation de service public de desserte maritime entre Marseille et les ports de Corse pour la période du 1er juillet 2007 au 31 décembre 2013 mais la procédure a été annulée par le Conseil d'Etat^[4]. Deux offres ont été déposées suite à un nouvel avis d'appel à la concurrence, une offre commune de la SNCM et de la Compagnie Méridionale de Navigation (CMN) constituées en un groupement momentané ainsi qu'une offre de Corsica Ferries.

Une nouvelle fois, la procédure fut troublée puisque le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, saisi par Corsica Ferries, a annulé la phase de négociation de la procédure de passation par ordonnance du 27 avril 2007. A la suite d'une nouvelle phase de négociations avec le groupement SNCM - CMN et Corsica Ferries, l'Office des transports de la Corse a rejeté l'offre de cette dernière, la délégation a donc été attribuée au groupement SNCM-CMN.

La Commission européenne fut alors saisie d'une plainte déposée par Corsica Ferries au sujet d'aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur, dont la SNCM et la CMN bénéficieraient grâce à la délégation de service public. Par décision attendue du 2 mai 2013^[5], la Commission européenne a considéré que les compensations financières versées à la SNCM et à la CMN pour le service dit « de base », fourni tout au long de l'année étaient compatibles avec le marché intérieur alors que les compensations financières versées à la SNCM pour le service dit « complémentaire », fourni pendant les périodes de pointe de trafic ne l'étaient pas.

La France a alors introduit un recours en annulation de cette décision en vertu de l'article 263 du TFUE. Le Tribunal de l'Union européenne rejette le recours de la France et confirme la position de la Commission, autrement dit que les compensations financières versées à la SNCM pour le service « complémentaire » sont des aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur. Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal précise d'abord que l'aide ne remplit pas le premier critère cumulatif de la jurisprudence Altmark^[6] c'est à dire que la SNCM n'est pas effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public (I). Il explique ensuite que l'aide ne remplit par le quatrième critère cumulatif^[7] de la jurisprudence Altmark dans la mesure où l'entreprise n'a pas été choisie dans le cadre d'une procédure permettant de sélectionner le candidat capable de fournir les services en cause au moindre coût par la Collectivité (II).

I - L'échec de la démonstration par la République française de l'existence d'obligations de service public dans le cadre du « service complémentaire ».

La République française avançait trois principaux arguments à l'encontre de la décision de la Commission : d'abord, les deux services fournis dans le cadre du contrat sont complémentaires et ne peuvent être appréhendés séparément ; ensuite ils forment un « ensemble » qui doit être considéré comme un service d'intérêt économique général qui fait état d'obligations de service public clairement définies et en tout état de cause, dans le cas où le service dit « complémentaire » devrait être appréhendé séparément du service dit « de base », il doit également être considéré comme un service d'intérêt économique général.

Le Tribunal confirme pourtant la distinction opérée par la Cour entre le service dit « de base » et le service dit « complémentaire ». Ils doivent être appréhendés séparément car ils diffèrent en termes de couverture des lignes, de types de transport, mais aussi parce que le cahier des charges du contrat de délégation de service public les distingue en fixant séparément les capacités minimales globales par périodes pour chacun des services.

Le Tribunal reprend ensuite la jurisprudence Altmark et considère que « pour qu'une entreprise chargée de cabotage maritime puisse être chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et donc d'obligations de service public, il faut que le service en cause réponde à un besoin réel de service public, démontré par l'insuffisance des services réguliers de transport dans une situation de libre concurrence et également que le périmètre du service soit nécessaire et proportionné ». Pour le Tribunal, dans la mesure où les services de transport maritime fournis sur la liaison Marseille - Corse dans le cadre du service de base et ceux fournis sur une ligne distincte, celle reliant Toulon - Corse étaient, du point de vue de la demande substituables entre eux, l'inclusion du service complémentaire dans le périmètre du service d'intérêt économique général couvert par la délégation de service public n'était ni nécessaire ni proportionné. Ce service ne pouvait correspondre à un besoin réel de service public dans la mesure où la combinaison des capacités offertes par la ligne Toulon - Corse et par le service de base pouvait répondre à la demande. Le Tribunal opère ainsi une stricte appréciation de la notion de « besoin réel de service public ».

Le Tribunal confirme la position de la Commission qui estimait que l'inclusion du service complémentaire dans le périmètre du SIEG ne répondait pas à un besoin réel de service public. Les compensations financières versées au titre du service complémentaire ne répondent par conséquent pas au premier critère cumulatif issu de la jurisprudence Altmark.

II - L'échec de la démonstration par la République française de la passation d'une procédure permettant de sélectionner le candidat capable de fournir les services au moindre coût par la Collectivité.

La République française soutient à ce titre que la procédure de passation du contrat a permis d'assurer une concurrence effective entre les opérateurs et par conséquent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le Tribunal réfute cet argument et remet en cause les conditions dans laquelle la procédure a été effectuée. Il estime en effet « qu'il ressort d'un faisceau d'indices convergents que la procédure d'appel d'offres suivie en l'espèce n'a manifestement pas entraîné une concurrence réelle et ouverte suffisante, permettant de sélectionner le candidat capable de fournir les services de transport maritime en cause au moindre coût pour la Collectivité ».

Pour justifier sa position, le Tribunal avance notamment l'avantage concurrentiel que détient la SNCM du fait de sa qualité d'opérateur historique qui aurait permis de l'avantager durant la

passation. La SNCM était en effet l'héritière de la Compagnie générale transatlantique en Méditerranée créée en 1855.

Il estime également que la brièveté des délais pour l'attribution de la délégation de service public a pu empêcher des candidats de présenter leur offre, ce qui peut expliquer la présentation de seulement deux offres. La délibération accordant le contrat au groupement a été signée le 7 juin 2007 pour un début de contrat fixé au 1^{er} juillet 2007. Si les délais sont certes restreints, c'est également le cas pour de nombreuses délégations de service public qui sont fréquemment attribuées dans des délais limités. Par conséquent, les opérateurs économiques et les administrations devront désormais prendre en compte le fait que ces délais puissent être utilisés pour contester la concurrence réelle et ouverte d'une procédure de passation.

Enfin, le Tribunal met en cause le rejet de l'offre de Corsica Ferries, seule autre offre déposée, qui s'est fondé sur la base « de critères de sélection et non d'attribution »: selon les motifs du rejet, l'entreprise Corsica Ferries n'était pas en mesure de fixer de manière ferme et définitive la date à laquelle elle serait capable d'exploiter la délégation de service public et ne répondait pas à la condition d'âge maximal des navires prescrite par le règlement particulier d'appel d'offres. Par cette fine distinction entre « critères de sélection et non d'attribution », le Tribunal dénonce le rejet de l'offre de Corsica Ferries opéré « sans même qu'intervienne une comparaison des mérites propres des offres en présence pour tenir celle qui était économiquement la plus avantageuse ».

En conséquence, le Tribunal ne considère pas que la procédure de passation de la délégation de service public a permis de sélectionner le candidat capable de fournir le service en cause au moindre coût pour la Collectivité de Corse. Les compensations financières versées à la SNCM dans le cadre du service dit « complémentaire » ne correspondent pas au quatrième critère de la jurisprudence Altmark.

Le Tribunal confirme ainsi la position première de la Commission européenne et rejette le recours introduit par la France. Dans un deuxième arrêt rendu simultanément^[8], le Tribunal confirme que la France devra récupérer l'aide de 220 millions d'euros que la Commission avait identifiée dans sa décision du 2 mai 2013 et qui avait donné lieu à une condamnation de la France par la Cour de justice de l'Union européenne^[9] pour manquement de l'Etat à son obligation de récupérer dans le délai imparti l'aide en question. La France avait à l'époque refusé de forcer la main à la SNCM, de peur de provoquer sa liquidation judiciaire^[10]. Le remboursement de cette aide est désormais inévitable et sera une nouvelle étape compliquée pour la SNCM, aujourd'hui devenue Corsica Linea.

Références

1. Cour des comptes, Rapport public annuel, février 2016
2. Décision de l'autorité de la concurrence, n° 09 - D - 10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent
3. TA Bastia 7 avril 2015, n° 1300938 confirmé par CAA Marseille 4 juillet 2016 n° 15MA02336
4. CE 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, n° 298618
5. Décision 2013/435/UE de la Commission du 2 mai 2013 concernant l'aide d'État SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) mise à exécution par la France en faveur de la Société Nationale Corse Méditerranée et la Compagnie Méridionale de Navigation et notifiée sous le numéro C(2013) 1926
6. CJCE 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsi- dium Magdeburg, aff. C - 280/00
7. Pastor J - M, La délégation de service public de desserte de la Corse était bien une aide d'Etat, AJDA 2017 p. 436
8. TUE 1er mars 2017, SNCM c/ Commission, aff. T - 454/13
9. CJUE 9 juillet 2015, Commission c/ France, aff. C - 63/14,
10. CJUE, Communiqué de presse n°82/15, 9 juillet 2015