

## LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LES SERVICES PUBLICS LOCAUX

*Fabienne Péraldi-Leneuf*  
*Maître de conférences*  
*Chaire Jean Monnet*  
*Institut Droit Dauphine (I2D)*  
*Université Paris Dauphine.*

Le thème des relations entre le droit communautaire et les services publics locaux est très vaste. Nous tenterons ci-dessous d'en retracer les principaux aspects sur la base des lignes directrices qui nous ont été fournies pour l'organisation du colloque. Nous nous plierons de façon très classique à l'exercice du plan en deux parties car il oblige à la synthèse et à la clarté. Nous tenterons d'abord d'apporter des éléments relatifs à la territorialité et à la reconnaissance de la dimension locale par le droit communautaire (I), puis dans un second temps nous nous pencherons sur l'impact du droit communautaire sur les formes de gestion des services publics locaux (II).

### **I- La territorialité: la reconnaissance de la dimension locale par le droit communautaire ?**

#### **A- Le droit communautaire ne connaît pas la notion de « service public local ».**

##### *I- Le droit communautaire ne consacre que la notion de SIEG*

A l'exception de l'article 73 du traité de Rome relatif à la politique des Transports<sup>1</sup>, le terme de service public n'est pas employé dans les textes communautaires fondateurs. Il faut se reporter aux notions de service d'intérêt économique général et de service universel pour cerner la conception communautaire.

Le service d'intérêt économique général est mentionné dans l'article 86§2 du traité CE<sup>2</sup>. Précisé et développé par la Cour de justice au travers d'affaires célèbres<sup>3</sup>, il est devenu une notion essentiellement employée dans le cadre de l'application du droit de la concurrence, permettant aux entreprises chargées d'un tel service de déroger à celles-ci et de le maintenir dans un contexte monopolistique ou d'exclusivité. La notion coïncide néanmoins avec celle de service public appliquée en France en ce qui concerne la nature de la mission dévolue aux entreprises. Celle-ci repose sur la dévolution d'obligations d'intérêt général que sont que l'égalité, l'universalité d'accès ou de distribution. La Commission européenne a contribué à la

---

<sup>1</sup> L'article traite de la compatibilité des «aides qui répondent aux besoins de coordination des transports ou correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».

<sup>2</sup> Article 86: 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 du présent traité, 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 la Communauté.

<sup>3</sup> CJCE, 19 mai 1993, n° C-320-91, "Paul Corbeau", Rec I-2533 ; CJCE, 27 avril 1994, n° C-393/92, "Commune d'Almelo", Rec I-1447).

diffusion de la notion de SIEG. Répondant aux attentes des utilisateurs comme des Etats membres, elle a publié plusieurs communications précisant la notion et son régime juridique<sup>4</sup>.

La formule de « service universel » est d'apparition plus récente. On la découvre dans les réglementations du secteur postal et des télécommunications<sup>5</sup>. Elle correspond à un service de base pouvant être exercé sous un régime monopolistique<sup>6</sup>.

En raison de l'augmentation des revendications nationales relatives à la reconnaissance explicite dans les traités des services publics, le Traité d'Amsterdam est venu ajouter un nouvel article 16 au traité CE, qui consacre le rôle joué par les SIEG dans *"la cohésion sociale et territoriale de l'Union, de la Communauté et de ses Etats membres"*<sup>7</sup>. Il inscrit la notion dans les textes constitutifs, les rattache « *aux valeurs communes* » de l'Union et reconnaît la compétence partagée de la Communauté et des Etats membres en ce qui concerne leurs principes et conditions de fonctionnement. Le traité de Nice conforte cette référence, de même que la Constitution européenne dans l'article III-122. Cependant ce dernier ne mentionne plus « *les valeurs communes de l'Union* », mais des « *services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur* », ce qui n'est pas tout à fait la même chose. De même, il est clairement fait allusion aux « *conditions économiques et financières* » de leur fonctionnement<sup>8</sup>, soulignant de toute évidence l'importance de leur équilibre économique dans l'accomplissement de leur mission, et donc de leur intégration dans l'économie de marché. La Constitution européenne innove toutefois sur deux points: d'une part, l'article III-122 précise pour la première fois qu'une « *loi européenne définit ces principes et ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services* », créant ainsi une base légale à l'existence d'un texte communautaire sur le sujet; d'autre part, les SIEG apparaissent dans l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux (article II-96) comme des services dignes de protection devant garantir l'accès de tous les citoyens auprès d'eux<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Notamment le Livre vert sur les services d'intérêt économique général, n° 96/C du 11 septembre 1996, JOCE n°281 du 26 septembre 1996, ; Communication du 20 septembre 2000 sur les services d'intérêt général, COM (2000) 580 FINAL ; Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003, COM (2003) 270 FINAL; Livre blanc sur les services d'intérêt général 12 mai 2004.

<sup>5</sup> Livre vert postal de 1992, COM (91) 476 final ; Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive service universel), JOCE n° L108 p. 21 du 24/04/2002.

<sup>6</sup> Il s'agit « *d'un service de base offert à tous dans l'ensemble de la communauté à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard* ».

<sup>7</sup> « *Sans préjudice des articles 77, 90 et 92, 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, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ».

<sup>8</sup> « *Sans préjudice des articles III-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, 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. La loi européenne définit ces principes et ces conditions sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services* ».

<sup>9</sup> Article 36 : *L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.* "

## *2- Le droit communautaire ne distingue pas entre l'intérêt local et national*

En droit français, même si, comme l'a souligné ci-dessus Gérard Quiot, « il n'existe pas une définition en bonne et due forme du service public local », il est possible de déduire de l'alinéa 9 du préambule de 1946<sup>10</sup>, que les services obligatoires, nécessairement pris en charge par les collectivités locales en vertu d'une loi, ne sont pas des services d'intérêt « local », mais « national ». En revanche, les services « facultatifs », qui relèvent de l'opportunité d'intervention des collectivités sont rendus dans un intérêt « local ». Ainsi, comme l'explique G. Quiot, les services publics locaux ne sont tous ceux que la collectivité assure sur son territoire, mais seulement ceux qu'elle peut décider, créer et gérer de façon autonome. Cette dichotomie doctrinale ne présente pas qu'un intérêt théorique. Elle concerne la capacité d'action des collectivités et l'étendue de leurs compétences dans le cadre de la décentralisation et du principe de subsidiarité. Lorsque celles-ci ne sont pas inscrites dans la loi en effet, elles doivent être appréciées au regard de ce principe récemment inscrit dans la Constitution française, selon lequel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »(article 72).

Cette distinction n'a aucune incidence sur l'application du droit communautaire originaire, celui-ci ne faisant pas la différence entre « intérêt local » et « intérêt national ». Les dispositions du traité CE ne s'appliquent en effet d'une façon générique qu'aux « Etats membres », la notion « d'Etat membre » étant entendue comme recouvrant l'ensemble des collectivités publiques nationales ou locales de celui-ci, sans que le droit communautaire n'influe sur le mode d'organisation interne choisi. De ce fait, l'ensemble des articles des traités vise les actes et les comportements des autorités décentralisées, qui peuvent être contrôlés et sanctionnés par le juge dans les mêmes conditions que pour les « actes nationaux ». Cela dit, cette réalité n'empêche pas le droit communautaire de s'intéresser de près aux services publics locaux, dès lors qu'ils constituent des services d'intérêt (économiques) général fournis à l'échelon local.

### **B - Le droit communautaire s'applique aux services d'intérêt général à l'échelon local**

Les services publics locaux sont concernés sous plusieurs angles par le droit communautaire. D'une part, ils sont pris en compte de façon indirecte dans le cadre des politiques sectorielles ou de textes dérivés(1). D'autre part, ils sont pris en compte en raison de leur caractère économique par les dispositions relatives au marché intérieur et au droit de la concurrence (2). L'on verra que le droit de la concurrence notamment imprègne le droit national et donc le droit local et se préoccupe du financement des missions d'intérêt général de faible envergure.

#### *1 : Une prise en compte indirecte de la dimension locale*

---

<sup>10</sup> G. Quiot, « La doctrine et la distinction des services publics nationaux et des services publics locaux ; observations critiques » in « la République et la Cité, université de Nice, édit. 2002, p ; 305

En vertu de l'article 16<sup>11</sup> du traité CE, les Etats sont libres de définir leurs SIEG et donc de conférer un caractère d'intérêt général aux activités pour lesquelles ils le jugent nécessaire. L'on peut déduire de cette disposition, associée au principe de neutralité inscrit dans l'article 295, une reconnaissance de la compétence des Etats dans la définition des services publics et leur organisation, même si un contrôle pourra être opéré par la Cour de justice afin d'éviter que les Etats ne soustraient abusivement leurs services d'intérêt général des règles de concurrence<sup>12</sup>. La Constitution européenne, comme on l'a vu, a ancré solidement la compétence des Etats « *de fournir, de faire exécuter et de financer ces services* ».

Cependant de nombreuses dispositions du droit dérivé peuvent, dans le cadre des dispositions sectorielles, concerner ou avoir des incidences sur l'intérêt local. Il en va par exemple des textes sur les marchés publics et les concessions de service public qui imposent des exigences de transparence et de non discrimination dans l'attribution des marchés ou des concessions<sup>13</sup>.

Il en va également des actes relatifs aux politiques structurelles et régionales, ou des textes qui touchent particulièrement les politiques locales. La dimension locale est prise en considération si elle est l'objet même du texte ou elle est indirectement concernée par le texte en cours d'élaboration. Le rôle ici des instances aux fonctions consultatives comme le Comité des régions créé par le traité de Maastricht en 1992, ou le Conseil des communes et Régions d'Europe, fondé à Genève en 1951, est primordial. Celui des représentants régionaux élus des institutions parlementaires nationales l'est également. Ainsi, l'examen préventif par les Assemblées parlementaires françaises des propositions de textes communautaires, conformément à l'article 88-4 de la Constitution, permet largement la prise en compte de la dimension locale<sup>14</sup>.

En matière de service public, l'on évoquera la récente proposition de résolution adoptée le 16 mai 2006<sup>15</sup> par la délégation du Sénat pour l'Union européenne à propos de la proposition de Règlement relative aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer ou par route dans l'Union européenne. Un premier texte présenté en 2000 s'était vu bloqué depuis 2002 car il était soupçonné de contraindre les collectivités locales à procéder à des appels d'offres pour attribuer les services de transport public (ce qui avait été jugé contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales, consacré par plusieurs constitutions nationales). Une nouvelle proposition de règlement a été rédigée, donnant satisfaction aux élus locaux et aux députés européens, qui reconnaît aux collectivités locales le droit d'attribuer directement, sans mise en concurrence, un contrat de service de

---

<sup>11</sup> *la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ».

<sup>12</sup> Cf *infra*.

<sup>13</sup> Voir les directives 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 - JOUE L 134 du 30/04/2004 ; 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 - JOUE L 134 du 30/04/2004. communication de la Commission concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions COM (2005) 569 FINAL ; Livre vert sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions COM (2004) 327 FINAL

<sup>14</sup> Voir la circulaire du 22 novembre 2005 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution du 22 novembre 2005.

<sup>15</sup> La Commission des affaires économiques du Sénat a adopté la proposition de résolution le 16 mai 2006, sur le rapport de M. Charles Revet.

transport à un « opérateur interne » et exonérant également le transport ferroviaire régional et de longue distance de l'obligation de mise en concurrence<sup>16</sup>.

On le voit, la dimension locale est largement prise en compte du fait de l'évolution de la participation des autorités locales dans le processus d'élaboration du droit communautaire<sup>17</sup>, mais aussi grâce au lobbying actif des collectivités qui régulièrement publient leur position sur les textes comme sur les arrêts de la Cour de justice<sup>18</sup>.

*2 : Une reconnaissance associée au marché intérieur et surtout au renforcement de la concurrence pour les services d'intérêt économique général*

- La distinction entre services « économique » et non « économiques »

Le Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général<sup>19</sup> distingue dans la catégorie des services d'intérêt général les services économiques et non économiques ou non marchands. La notion d'activité économique exclut les activités de solidarité qui ne présentent aucun caractère commercial et qui ne poursuivent aucun but lucratif. Elle concerne les services marchands industriels et commerciaux. Les services non économiques sont à *contrario* les services non marchands, comme les services sociaux (notamment les services de santé, les soins de longue durée), la sécurité sociale, les services de l'emploi et du logement social. Toutefois le critère du caractère marchand ou non est apprécié au cas par cas par le juge communautaire, et de façon large. La Cour considère que même en l'absence de but lucratif, une entité qui poursuit un objectif de solidarité, mais dont le fonctionnement se fait sur le principe de la capitalisation (comme les fonds de pension par exemple) relève du champ d'application du droit communautaire de la concurrence<sup>11</sup>. Ainsi, seules les activités sans but lucratif, à fonction de solidarité et fonctionnant de façon totalement désintéressée peuvent en être exclues<sup>12</sup>.

Compte tenu des difficultés de la distinction et sur demande pressante des Etats membres et de leurs collectivités, la Commission a récemment publié un livre blanc sur les « services sociaux d'intérêt général »<sup>20</sup>, qui tente d'identifier les particularités des services sociaux et de santé d'intérêt général et de clarifier le cadre dans lequel ils fonctionnent et peuvent être modernisés.

Ces développements sont importants pour les « services publics locaux », dès lors, comme on l'a souligné tout à l'heure, qu'en droit français les services sociaux relèvent fréquemment de la compétence des collectivités locales. Le livre blanc de la Commission précise d'ailleurs qu'ils doivent être distingués des autres SIEG en raison de leurs objectifs

<sup>16</sup> Voir infra notre II.

<sup>17</sup> L'on précisera plus loin la position de la délégation du Sénat à propos du concept d'opérateur interne

<sup>18</sup> Voir notamment les prises de position de l'Association Française du Conseil des Communes et Régions d'Europe à propos des arrêts rendus par la Cour de Justice à propos des opérations « in house »

<sup>19</sup> Livre blanc sur les services d'intérêt général COM (2004) 374 final.

<sup>11</sup> La Cour considère comme activité économique « toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché par une entreprise indépendamment du statut de cette dernière et de son mode de financement ». CJCE, 21-09-1999, Albany, aff. C-67/96 et Pavlov, e.a, C-180/98 à C-184/98.

<sup>12</sup> CJCE, 17 février 1993, "Poucet et Pistre", n°C-159 et 160/91, Rec. I-637,

<sup>20</sup> COM (2006)177 FINAL à l'exclusion des services sociaux relatifs au logement social, à la garde d'enfants et à l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin, des services de soins de santé, exclus également de la directive sur les services. Ces derniers ont fait l'objet d'une communication spécifique COM(2006)122 final



directement liés à l'accès à des droits sociaux fondamentaux et doivent être assurés au niveau le plus proche des utilisateurs. Ainsi les autorités locales jouent un rôle essentiel dans leur organisation. Pour la Commission, leur décentralisation vers le niveau local ou régional est une condition de leur modernisation.

#### - La soumission des services publics locaux à vocation économique aux dispositions communautaires

Ainsi, la soumission des services publics locaux aux règles du traité dépend de leur caractère économique ou non, sachant comme on l'a souligné plus haut que la tendance est très largement à l'extension du critère d'activité économique. Les règles concernées sont les règles de concurrence et celles relatives à la libre prestation de service et au libre établissement.

En matière de concurrence, en vertu de l'article 86.1 du traité CE, la Cour de justice des communautés européenne a jugé qu'il était interdit aux Etats de créer ou maintenir des situations dans lesquelles les entreprises (publiques ou privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs) sont amenées à abuser de leur position dominante, ou susceptibles de l'être<sup>21</sup>. Seule l'existence d'une mission d'intérêt générale justifiée par sa proportionnalité peut permettre de déroger à ce principe en vertu de l'article 86.2CE. Cette jurisprudence concerne les actes de dévolution de service public par voie légale ou contractuelle, quelles que soient les autorités en cause, nationales ou locales. Concernant ces dernières, les délégations de services publics marchands sous forme de concession sont directement visées. Il appartient donc aux collectivités qui souhaitent constituer des exclusivités de s'assurer de ne pas contrevenir à ces principes.

En matière de libre prestation de service et de libre établissement, ce sont les articles 43 et 49 du traité CE qui s'appliquent. Ils s'opposent à toutes règles nationales (ou locales) discriminatoires ou non discriminatoires qui empêcheraient ou rendraient moins attrayants l'exercice des libertés fondamentales. Les collectivités locales ne peuvent donc, par leurs actes ou comportement empêcher les entreprises étrangères d'assurer un service public local si celui-ci est « ouvert ». Toutefois, la jurisprudence admet des restrictions pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans le domaine social, la communication sur les services sociaux d'intérêt général explique que la poursuite d'objectifs sociaux peut justifier certaines mesures, comme l'obligation d'obtenir une autorisation par exemple.

### **C : Le Conseil de l'Europe et les services publics locaux**

Si l'Union européenne n'a pas encore pris de position explicite sur les services publics locaux, le Conseil de l'Europe en revanche a depuis longtemps statué sur la question. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a reconnu la notion de services publics locaux le 1er avril 1997 et adopté des principes directeurs à ce sujet<sup>22</sup>. Ils affirment que les services publics sont l'une des expressions les plus concrètes de l'autonomie des collectivités locales et un puissant moyen dont celles-ci disposent pour servir l'intérêt général. Leur but est en effet

<sup>21</sup> CJCE, Höffner, 23 avril 1991, Aff. C-41/90

<sup>22</sup> Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n°R (97)7aux Etats membres sur « Les services publics locaux et les droits de leurs usagers », adoptée le 1 avril 1997,lors de la 587 réunion des délégués des ministres.

de « *resserrer les liens entre les habitants, d'éviter le déchirement du tissu social et de maintenir la solidarité dans les communautés locales, grâce à la qualité des biens qu'ils fournissent à la population et en particulier aux catégories défavorisées* ». Ils sont soumis aux principes généraux du service public tels que la continuité, l'égalité et l'adaptabilité. Par ailleurs, les services publics locaux doivent se préoccuper des considérations liées à l'environnement, à l'aménagement du territoire.

Toutefois, en ce qui concerne les modes de gestion, le Conseil de l'Europe, comme l'Union européenne, n'a pas souhaité prendre position sur les modes de gestion publique ou privée des services publics locaux. L'idée néanmoins sous-jacente est que la concurrence entre plusieurs opérateurs est susceptible de mieux couvrir les besoins des usagers.

De grandes possibilités s'offrent donc aux collectivités en matière de création de services publics. Dans les domaines concurrentiels, elles ne peuvent créer un service public que si la prestation correspond à un besoin de la population et si l'initiative privée n'est pas en mesure de répondre à celui-ci, autrement dit si l'intérêt général le justifie. Outre ce cas, une commune ne peut exercer une activité commerciale que si celle-ci est le complément normal et nécessaire d'une activité de service public.

## **II-LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LA GESTION DES SPL**

Le principe de neutralité, comme on l'a dit, consacre l'indifférence du droit communautaire à l'égard de la propriété publique ou privée, ce qui a pour conséquence que celui-ci en principe n'interfère pas dans le mode de gestion du service. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice a récemment procédé à l'encadrement de l'attribution des services publics locaux. Elle exige le respect des principes de transparence et de publicité (A) et surtout influe sur le choix de l'opérateur public ou privé (B)

### **A- Le droit communautaire sur la fourniture des services d'intérêt généraux à l'échelon local : l'exigence de transparence et de publicité**

Que ce soit à propos des contrats de délégation ou des marchés publics, la Cour de justice exige que les collectivités respectent les principes fondamentaux de transparence et de publicité, déduits du principe d'égalité de traitement et de non discrimination inscrits dans les dispositions du traité et les textes relatifs aux marchés publics.

#### a/ A propos des délégations de service public

La délégation occupe une place particulière dans la gestion des services publics locaux, les collectivités étant soumises à une demande de plus en plus exigeante de la part des usagers. En principe, la délégation est choisie lorsque la collectivité estime devoir avoir recours à une entreprise, soit parce qu'elle ne dispose pas des moyens pour effectuer elle-même ce service, soit parce qu'il s'agit d'un domaine particulièrement technique, et

évidemment dès lors que l'objet du contrat n'entre pas dans la catégorie des marchés publics<sup>23</sup>. Depuis la loi Sapin de 1993, les délégations doivent être soumises à une mise en concurrence<sup>24</sup>. Mais, si l'exigence d'ouverture et de publicité s'inscrit dans la logique de l'attribution des marchés publics, son application est moins évidente à propos des délégations de services publics en droit français, car celles-ci sont soumises à *l'intuitu personae*. Toutefois, cette règle n'a pas vraiment été remise en cause, la collectivité restant maîtresse de l'organisation et du fonctionnement des services délégués.

Le droit communautaire est venu apporter des éléments nouveaux à ce débat, confirmant l'exigence de transparence et de publicité pour toutes les formes d'attribution des services publics. L'intervention communautaire en cette matière est le fruit d'une construction prétorienne car contrairement aux textes communautaires relatifs aux marchés publics, aucune disposition n'y fait référence à propos des délégations contractuelles. La cour de justice l'a donc progressivement consacrée, la déduisant du principe de non discrimination inscrit dans les dispositions du traité CE relatives à la libre prestation de service et au libre établissement<sup>25</sup>.

Dans l'arrêt *Telaustria et Telephonadress*<sup>26</sup>, elle affirme ainsi que le principe de non discrimination implique une obligation de transparence consistant à garantir un degré de publicité adéquat qui doit permettre une mise en concurrence des concessions et le contrôle de l'impartialité des procédures.

Dans l'arrêt *Coname*<sup>27</sup>, elle entérine cette solution à propos des délégations à des entités à capitaux majoritairement publics, restreignant par là même, les critères de définition des opérations internes (*in house*)<sup>28</sup>. A la suite de l'attribution directe d'une concession à la société *Padania* détenue majoritairement par les communes de la province de Crémone, le consortium *Coname* avait attaqué la décision estimant qu'il aurait dû y avoir appel d'offre. La cour a examiné la situation à la lumière des dispositions du traité applicables, soit les articles 43 et 49 CE qui imposent l'interdiction des restrictions et donc des discriminations directes et indirectes en raison de la nationalité, au libre établissement et à la libre prestation de service. Elle a considéré que l'attribution sans transparence de la concession était une « différence de traitement » constituant une discrimination indirecte au détriment de l'entreprise située dans un autre État membre, celle-ci n'ayant aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite. La société publique *Padania* étant en partie ouverte au capital privé, elle ne pouvait être considérée comme une structure pour la gestion interne ("*in-house*") d'un service public pour les municipalités qui la contrôlent. Concernant l'exigence de transparence, la cour a précisé qu'en matière de concession (et donc de délégation selon le droit français), celle-ci n'implique pas nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offres,

*« mais doit être de nature à permettre à une entreprise située dans un autre État membre d'avoir accès aux informations adéquates relatives à celle-ci avant qu'elle*

<sup>23</sup> Il n'est pas dans notre objet ici d'entrer plus avant dans les subtilités relatives à la distinction des délégations de service public et des marchés publics en droit français et communautaire, ce thème méritant à lui seul d'être traité indépendamment. D'autant que le droit communautaire classe certaines concessions de service public dans la catégorie des marchés. L'on peut juste souligner que la juridiction communautaire a opté pour le critère principal de la rémunération substantielle de l'entreprise sur l'usager.

<sup>24</sup> G. Quiot, v. ci-dessus le cas français, p. 9 excepté pour les délégations réalisées au profit d'un établissement public lorsque l'activité déléguée figure dans ses statuts

<sup>25</sup> Voir les affaires *Telaustria*, *Coname*, *parking Brixten* et *Anav*

<sup>26</sup> CJCE, 7 DECEMBRE 2000, AFF. C-324/98, REC. 2001, I, P. 10745.

<sup>27</sup> CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, Aff. C-231/03

<sup>28</sup> Voir aussi infra.



*soit attribuée, de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession ».*

Il ne s'agit donc nullement d'imposer une procédure spécifique de mise en concurrence, mais simplement de permettre la concurrence.

#### b/ A propos des marchés publics :

Les marchés publics ne sont pas soumis aux règles du traité mais au code des marchés qui impose quant à lui, une mise en concurrence. Néanmoins, la juridiction communautaire a conforté le principe de mise en concurrence par l'exigence constamment réaffirmée du respect du principe de transparence et de publicité, déduit du principe d'égalité de traitement mentionné dans les directives marché publics. La transparence et la publicité sont exigées à propos de l'ensemble des opérations concernées par le marché. On citera plusieurs arrêts importants en la matière.

- Dans l'arrêt Commission c/République française<sup>29</sup>, la cour a jugé que les études et l'assistance au maître d'ouvrage constituent des services au même titre que l'objet principal du marché. L'égalité de traitement entre les différents prestataires de services et le principe de transparence qui en découle, prévu à l'article 3 paragraphe 2, de la directive marché public concernée exigent que l'objet de chaque marché ainsi que les critères de son attribution soient clairement définis.

- Dans l'arrêt Sintesi SPA c/ Autorita per la Vigilanza sui Lavori pubblici<sup>30</sup>, la juridiction communautaire a jugé que les acheteurs publics ne peuvent retenir, pour le choix des offres, le critère unique du prix que si un tel critère est, compte tenu de l'objet et des spécificités du marché en cause, de nature à assurer une concurrence effective. Les règles de passation des marchés doivent permettre de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse sur la base de critères objectifs. En l'espèce, la Cour impose aux pouvoirs adjudicateurs, laissés libres de choisir entre le seul critère du prix et une batterie de critères permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, de faire le choix au cas par cas, en tenant compte des spécificités du marché à passer.

- Dans l'arrêt Commission des Communautés européennes c/République italienne<sup>31</sup>, la juridiction voit dans l'existence d'une publicité préalable permettant la mise en concurrence suffisante, un principe fondamental découlant du Traité lui-même et s'imposant à tous les marchés. Il n'est possible de renoncer à toute publicité préalable que si celle-ci est impossible ou inutile.

#### **B : L'impact du droit communautaire sur le choix de l'opérateur public ou privé**

Comme l'expliquent les auteurs français, « *les personnes publiques ont de tout temps recherché le moyen de passer leur contrat sans mise en concurrence* »<sup>32</sup>. Il s'agit pour elles de conserver la maîtrise totale du service en question. Pourtant, alors que la Cour de justice a dans un premier temps justifié les opérations internes, permettant celles-ci d'être exemptées des règles de transparence et publicité (1), elle a très nettement modéré ses propos depuis (2).

<sup>29</sup> CJCE, 14 octobre 2004, Commission des Communautés européennes c/République française, aff. C-340/02. Voir, aussi arrêts du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, points 51 à 53, et du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I 10745, point 61

<sup>30</sup> CJCE, 7 octobre 2004 - Sintesi SPA c/ Autorita per la Vigilanza sui Lavori pubblici, C-247/02

<sup>31</sup> CJCE, 14 septembre 2004 - Commission des Communautés européennes c/République italienne C-385/02

<sup>32</sup> François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « Repères 5, in Contrats et Marchés publics, n° 5, mai 2006.

*1 : Les opérations in house (interne) sont exemptées des règles communautaires de passation de marché ou de libre circulation*

En principe la réglementation européenne en matière de marchés publics oblige les autorités publiques à procéder à un appel d'offres pour les marchés publics dépassant un seuil financier. Cependant, dans l'arrêt Teckal<sup>33</sup>, la cour de justice a jugé qu'il n'est pas obligatoire de lancer un appel d'offres si les services concernés sont directement gérés par l'autorité publique concernée. L'obligation de procéder à un appel d'offres ne s'applique pas ainsi à une collectivité locale qui confie une tâche à une société qu'elle a fondée elle-même sous deux conditions : - si cette collectivité contrôle la société de façon similaire à ses propres services, et si - la société en question travaille dans la grande majorité des cas pour la collectivité locale qui l'a fondée.

*2 : L'évolution jurisprudentielle des critères du « in house »*

Dans un contexte européen et mondial régi par la concurrence, l'arrêt Teckal a semblé constituer un îlot de résistance. Toutefois, les critères posés par la cour laissaient une grande marge d'interprétation. C'est pourquoi, très rapidement, décevant les collectivités, le juge communautaire a précisé ces derniers de façon restrictive.

Dans l'arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle<sup>34</sup>, il consacre l'exclusion des opérations « internes », des entités détenues, même pour une part minime, par une entreprise privée. L'attribution d'un marché public de services à une entreprise dont le capital est partiellement privé, indépendamment du pourcentage de participation, n'est donc pas exemptée des règles communautaires de passation des marchés. Le Conseil des Communes et Régions d'Europe a sévèrement critiqué la décision de la Cour de Justice, estimant qu'elle favorisait le marché au détriment de la démocratie et de l'autonomie locales. Par ailleurs, la décision mettrait en cause des accords « intercommunaux » conclus de longue date, aux termes desquels des associations de collectivités locales collaborent pour offrir conjointement des services locaux à l'ensemble des zones qu'elles gèrent. De plus, la cour aurait rendu *un verdict plutôt idéologique qui ne prend en compte que la suprématie de la concurrence du secteur privé*.

Toutefois, la Cour a confirmé sa solution à plusieurs reprises.

D'abord dans l'arrêt Coname en matière de concession de service public, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, dans lequel la Cour exige que l'intégralité du capital soit détenu par la collectivité publique, et non seulement partiellement. Puis dans l'arrêt Commission c/Autriche<sup>35</sup>, où elle exclut les entités dont le capital pourrait simplement être ouvert à des actionnaires privés une fois le contrat conclu. Puis également dans l'arrêt Parking Brixten<sup>36</sup> où elle a estimé que la société publique délégataire jouissait d'une large autonomie, ce qui lui permettait de réaliser des opérations sans l'assentiment de l'assemblée des associés. Elle en a déduit, que malgré la détention du capital intégral, la commune n'exerçait pas un contrôle identique à celui qu'elle exerçait sur ses propres services. Dès lors, pour la Cour, la non publication d'un appel d'offre est incompatible avec la législation communautaire.

<sup>33</sup> CJCE, 18 novembre 1999, Teckal C-107/98, rec. I p 8121

<sup>34</sup> CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle c/l'Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage Trea Leuna, Aff. C-26/03.

<sup>35</sup> CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-29-04, Commission c/Autriche

<sup>36</sup> CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, parking Brixen

Enfin, la récente décision du 6 avril 2006, ANAV<sup>37</sup>, dans laquelle la cour de justice reprend et affine l'ensemble des conditions. Elle rappelle qu'en vertu des articles 43 à 49 du traité, le principe de non discrimination impose une obligation de transparence et de publicité qui permet l'ouverture des concessions des services à la concurrence. Elle précise que cette obligation concerne également les entreprises publiques au titre de l'article 86§1, excepté si le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire est analogue à celui que l'autorité publique exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité publique qui la détient. Ces conditions sont toutefois d'interprétation stricte. Enfin, la cour indique que si le capital devait être ouvert à des actionnaires privés pendant la durée du contrat, cela porterait atteinte aux objectifs communautaires définis dans les arrêts précédents et notamment Stadt Halle et Coname.

Sans aucun doute les collectivités locales perdent une marge de manœuvre non négligeable dans leur compétence d'attribution des marchés et délégations. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas vraiment surprenante. Les solutions du juge sont conformes aux règles et à la philosophie communautaire relative à la réalisation du marché intérieur et à la libre concurrence. Presque totalement exemptes de contrôle jusqu'à présent, les autorités locales sont fermement incitées désormais à jouer le jeu du marché, dès lors que des capitaux privés entrent dans la fourniture des services publics locaux. L'inconvénient majeur réside certainement dans le bon déroulement des procédures et des contraintes administratives qui y sont attachées, l'idéal étant que le législateur communautaire intervienne.

Le secteur des services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route nous fournit justement un exemple récent. Le Conseil a adopté en effet le 10 juin dernier une proposition de règlement de la Commission sur ce thème, après plusieurs années de discussion. La proposition, s'inspirant de la jurisprudence exposée plus haut, simplifie le processus d'attribution des services publics en limitant le dispositif à deux modes d'attribution seulement : l'appel d'offre et l'attribution directe, permettant celle-ci pour le transport régional ou de longue distance. Ainsi, comme l'explique la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne<sup>38</sup>, ces dispositions pourraient avoir pour effet d'autoriser les régions à conserver le monopole de la gestion des TER.

### **C- Le droit communautaire et le financement des SPL: les aides publiques et les compensations de SP**

L'un des problèmes majeur concernant la légitimité des services publics locaux au regard du droit communautaire est leur mode de financement. En effet, depuis toujours, les collectivités publiques ont apporté leur soutien financier aux entreprises chargées de ces services. Or, celui-ci peut s'apparenter à une aide d'Etat, contraire à l'article 88 du traité, sachant que le financement des services publics (locaux comme nationaux) peut prendre des formes diverses : apport en capital, fiscalité. Dans le premier cas, les aides peuvent être acceptables si elles correspondent à celles « faites par un investisseur privé dans les conditions du marché ». Dans le deuxième cas, lorsqu'il s'agit de compensations, les entreprises chargées d'un SIEG invoquent la nécessité de l'accomplissement de leur mission pour justifier les aides. La Cour de justice a donc posé, dans un arrêt Altmark de 2003<sup>39</sup>, les

<sup>37</sup> CJCE, 6 avril 2006, aff. C- 410/04 ANAV

<sup>38</sup> Rapport déposé le 8 mars sur la proposition révisée de règlement du Conseil (Com 2005) 319 FINAL

<sup>39</sup> arrêt du 24 juillet 2003

conditions de leur légitimité. Les aides accordées aux entreprises qui ont la charge d'un service public sont admissibles si :

- le bénéficiaire de l'aide a été chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies
- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente
- la compensation ne doit pas dépasser les coûts occasionnés par les obligations de service public, déduction faite des recettes et en tenant compte d'un bénéfice raisonnable et
- lorsque la gestion du service public n'a pas été confiée par appel d'offre, le niveau de la compensation doit être déterminé par référence aux coûts qu'une entreprise moyenne et bien gérée aurait encourus pour fournir les services en cause.

Toutefois, l'application concrète de ces principes n'est pas si simple. La Commission a donc adopté une série de mesures en juillet 2005<sup>40</sup> visant clarifier les critères qui permettent à une aide d'échapper à la qualification d'aide d'Etat, et, en cas de qualification d'aide d'Etat, les critères qui lui permettraient d'être néanmoins acceptée par la Commission, au regard de l'article 86.2 du traité.

L'une des mesures adoptées<sup>41</sup> constitue justement une réforme du régime des aides d'Etat concernant les aides de « petite dimension », qui sont celles attribuées par les collectivités locales. Elle permet aux Etats et aux collectivités locales de ne plus notifier à la Commission les aides inférieures à 30 millions d'euros à condition que leurs bénéficiaires réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 100 millions d'euros. Les aides accordées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social bénéficieront de cette exemption de notification, quel que soit leur montant. Cette réforme est déterminante pour les autorités locales. Le financement des services publics locaux bénéficie ainsi d'une présomption de légitimité au droit communautaire dans tous les secteurs (transport régional, éducation, santé, poste, hôpitaux).

Les services sociaux d'intérêt général sont particulièrement affectés également. La communication de la Commission du 22 avril<sup>42</sup> rappelle que la décision sur les aides leur est applicable dès lors que les compensations ne dépassent pas le seuil autorisé et qu'elles se sont vues « attribuer par un acte légal, de façon à authentifier leur mission d'intérêt général ». Selon la communication, « *il s'agit d'inciter les Etats à expliciter les missions qu'ils confient aux services sociaux, conduisant ainsi à une transparence utile à tous, aux services comme à leurs usagers* »

## **Conclusion : quel modèle de régulation concernant la dimension locale ?**

Le droit communautaire n'exerce aucune influence sur le modèle de régulation. Celle-ci est assurée de façon totalement autonome en amont par les collectivités et en aval par les

---

<sup>40</sup> « Paquet » aides d'Etat du 13 juillet : une directive de la commission modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ; une décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ; un encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public (DGCOMP/II/D[2005]179).

<sup>41</sup> Décision de la Commission concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2.

<sup>42</sup> Com (2006) 177 FINAL, du 26 avril 2006

autorités nationales de concurrence. En amont certaines collectivités délèguent à des tiers le soin de mettre en place un contrôle interne. De nombreuses voix se font entendre toutefois pour la mise en place d'une Haute Autorité des services publics locaux. Cette structure indépendante serait financée par une contribution des collectivités locales. Un Conseil national des services publics locaux redéfini dans sa mission et dans sa composition pourrait jouer un rôle complémentaire à la Haute Autorité.

En aval, le contrôle de la gestion des services publics est assuré par les autorités de concurrence qui interviennent à tous les niveaux de la vie du contrat : au niveau de la passation, au niveau de l'exécution des contrats de délégation de SP et de la fin du contrat. Au niveau de la passation, les autorités de concurrence sont amenées à se pencher sur le respect notamment des règles de publicité et de transparence. Il peut s'agir du juge du plein contentieux (référé pré-contractuel, juge du contrat) du juge de l'excès de pouvoir (pour les actes détachables réglementaires et le déféré préfectoral) ou des autorités chargées du respect des règles de la concurrence : conseil de la concurrence et cour d'appel de Paris. Dans le cas d'un marché communautaire, la cour de justice peut-être saisie par la Commission européenne ou les juridictions internes dans le cadre conformément à la réforme du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité<sup>43</sup>. Ces questions mériteraient à elles seules de nombreux développements, qui dépasseraient le cadre de cette présentation. Elles prouvent néanmoins que le droit communautaire prend une part de plus en plus importante, voire essentielle dans le droit des services publics locaux.

---

<sup>43</sup> JOCEn∞L1 du 4janv. 2003, p.1.