

Colloque Europa

La concurrence non faussée au sein de l'Union: peut-on évoluer vers une concurrence équitable en Europe ?

Table ronde - L'impact de l'ouverture sur les services d'intérêt général: exemples européens croisés

La diversification de la prise en compte des services d'intérêt économique général

Présentation de Stéphane de La Rosa, Professeur de droit public à l'Université de Valenciennes, Chaire Jean Monnet, IDP EA 1384

Le droit économique de l'Union, notamment sous le volet du droit de la concurrence, entretient des relations déjà anciennes avec la problématique de la délivrance des services publics et, plus généralement, de la satisfaction d'activités d'intérêt général. Longtemps, la rencontre entre le droit de la concurrence et l'intérêt général fut présentée comme une confrontation, une opposition entre deux univers juridiques que tout semblait opposait, d'un point de vue axiologique (les valeurs qui sous tendent les ensembles normatifs correspondant) que d'un point de vue matériel (le contenu des normes juridiques).

Depuis plus de deux décennies, un mouvement de rééquilibrage entre le droit de la concurrence et les services d'intérêt général est clairement engagé. La pratique décisionnelle et jurisprudentielle rend compte, cela est connu, d'une conciliation entre les deux. On se contentera de rappeler que les révisions successives du droit primaire ont intégré la spécificité de l'intérêt général ; ce mouvement fut confirmé et amplifié par le Traité de Lisbonne, avec une nouvelle rédaction de l'article 14 TFUE permettant au législateur de l'Union d'adopter des règlements pour établir les principes et les conditions, notamment économiques et financières, qui doivent permettre aux SIEG d'accomplir leurs missions, « 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 » ; un nouveau protocole (n°26) consacré aux SIG tant économiques que non économiques et un article 36 de la Charte des droits fondamentaux relatif à l'accès aux SIEG, ayant désormais la même valeur juridique que les traités.

De son côté, la jurisprudence a tiré les conséquences, à partir des années 90, des potentialités de l'article 106§2 TFUE, en reconnaissant que le droit de l'Union ne fait pas échec à la possibilité de justifier des droits exclusifs pour financer, dans le cadre de la délivrance de SIEG, des activités d'intérêt général qui ne tendent pas naturellement à l'équilibre économique. Tel est la portée, bien connue, des arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almelo*¹.

Néanmoins, si l'on prend la peine de dépasser ces constats désormais bien établis, il apparaît que l'appréciation *in concreto* de la conciliation entre le droit de la concurrence et la

¹ CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c. Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.* 2533 ; CJCE, 27 mars 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec.* 1508.

satisfaction de l'intérêt général soulève de délicates questions méthodologiques ; deux essentiellement :

- D'une part, le **droit de la concurrence est un univers en soi**; il comporte plusieurs branches et les difficultés à résoudre ne sont pas les mêmes selon que sont en cause les interdictions des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) ou le contrôle des aides d'Etat ; dans le premier cas, la problématique se pose essentiellement en terme de champ d'application du droit de l'Union (à travers la notion d'entreprise et la justification de pratiques concurrentielles sur le fondement de l'article 106§2 TFUE²), dans le second cas, elle renvoie à la reconnaissance de dispositifs dérogatoires de financement par les autorités publiques, lesquels ne suivent pas le régime commun du droit des aides d'Etat. La spécificité du mode de financement est désormais au centre des règles qui sont issues de la jurisprudence *Altmark*³ (qui seront étudiées par ailleurs), lesquelles sont à l'origine de régimes complexes de financement, combinant, selon les cas, des financements dans l'hypothèse d'aides de *minimis*, des financements sous forme de compensation lorsque les critères de l'arrêt *Altmark* sont remplis ou encore des financements dérogatoires, susceptibles d'être justifiés sur le fondement de l'article 106§2⁴.

- D'autre part, **la notion même de service d'intérêt général**, objet de la présente table ronde, fait désormais l'objet de nombreuses catégories en droit de l'Union. A partir d'une notion historique, celle de Services d'Intérêt Economique Général⁵ - la seule que reconnaissait le traité de Rome (art. 106§2 TFUE) -, d'autres catégories sont apparues au tournant dans les années 90, celle de service universel, dans le domaine des marchés régulés, celle de services sociaux d'intérêt général, ou encore celle de services non économique d'intérêt général, laquelle recouvre, pour l'essentiel, des activités qui ne sont pas susceptibles d'être qualifiées d'entreprise au sens de la jurisprudence *Höfner* de 1991⁶. Ces différentes catégories ont

² Pour rappel, la formulation de cette disposition, essentielle pour le propos, n'a pas changé depuis 1957: "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 CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec. I-7747

⁴ Telle est la structuration du financement issu du paquet Almunia, comprenant une communication relative à l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de SIEG, un règlement relatif aux aides de *minimis*, ne constituant pas des aides d'Etat (n° 360/2012), une décision 2012/21/UE relative à l'application de l'article 106§2 du TFUE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public.

⁵ Les SIEG peuvent être définis comme des services de nature économique qui sont soumis à des obligations de service public dans le cadre d'une mission particulière d'intérêt général.

⁶ Selon la formule bien connu de cet arrêt, est une entreprise au sens du droit de la concurrence, du moins lorsque la question porte sur l'applicabilité de celui-ci, toute entité qui exerce une activité économique, quels que soient son statut et son mode de financement (CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90). Deux grands types d'activités sont susceptibles d'échapper à cette définition, d'une part les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique (jurisprudence *Euro control*, CJCE, 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/12), d'autre part celles d'une nature purement sociale, telles que la gestion de régimes d'assurance obligatoire poursuivant un objectif exclusivement social, fonctionnant selon le principe de solidarité, offrant des prestations d'assurance indépendantes des cotisations (jurisprudence *Poucet et Pistre* ; CJCE, 17 février 1993, *Poucet*, aff. C-159/91).

initialement été dégagées à des fins de clarification terminologique, en tant que telles, elles ne correspondent pas à des régimes juridiques particuliers.

Ces dernières années, la problématique de la prise en compte des services d'intérêt général (entendus au sens large : SNIGE et SIEG) et sa conciliation avec le droit de la concurrence s'est singulièrement complexifié. Des avancées ont sûrement été réalisées pour reconnaître et préserver la spécificité des services publics, mais c'est au prix d'une multiplication de dispositifs ad hoc et d'infléchissements sectoriels dans le champ du droit de la concurrence. Sur ce point, le paysage juridique est plus éclaté qu'ordonné.

Deux champs particuliers permettent de mesurer ces évolutions : la commande publique et les règles applicables aux transports. Dans ces domaines sectoriels, au cœur de l'action quotidienne des collectivités locales, le droit de l'Union est à l'origine de changements importants, pour mieux prendre en compte les SIEG. Ces évolutions correspondent, selon nous, à trois orientations :

- Tout d'abord, il apparaît que la référence aux SIEG est de plus en plus envisagée comme une justification au retrait du droit de la concurrence. Il ne s'agit plus tant de limiter son application (sens de l'arrêt Corbeau), mais plutôt de justifier son inapplication à certaines activités ;
- Ensuite, le recours à la notion de SIEG est également conçu pour justifier la marge de manœuvre des collectivités dans la délivrance de services publics, en d'autres termes, pour limiter l'intrusion du droit de l'Union dans le choix des modes de gestion ;
- Enfin, le SIEG tend à justifier des modes spécifiques de financement, par les collectivités, pour la délivrance de certains services.

I - Les SIEG, fondement d'un retrait du droit de la concurrence

La période récente se caractérise par la mise en avant de la spécificité des SIEG pour justifier, dans certains cas, l'exclusion du droit de la concurrence, et plus généralement, de règles de marchés.

Un exemple significatif peut être tiré de la nouvelle directive 2014/23/UE du 26 février 2014, relative à l'attribution des contrats de concession.

Voici un texte qui a fortement été débattu, voire combattu, au motif qu'il serait trop intrusif pour les Etats membres et qu'il conduirait, en France, à remettre en cause le régime de la délégation de service public issu de la loi Sapin. Le texte définitif, fortement modifié en première lecture par la commission IMCO du Parlement européen, codifie la portée des principes fondamentaux de la commande publique et, notamment, celle du principe de transparence, lors de la conclusion et de l'exécution des contrats de concession⁷.

⁷ Par son célèbre arrêt *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, *Rec. I-745*), la Cour a déduit des principes d'égalité et de non discrimination un principe de transparence, qui « consiste à

Parmi les nombreuses questions que soulève ce texte, il apparaît que la référence aux SIEG, du fait d'une référence, dans les motifs du texte, au Protocole 26 et à l'article 14 du TFUE⁸ (après la modification de la proposition de la Commission par le Parlement européen), a permis d'exclure du champ d'application de la directive concession un certain nombre d'activités. Autrement dit, la référence juridique aux SIEG a été conçue comme une source d'exclusion du champ d'application de la directive. Sur ce fondement, deux grandes catégories d'exclusion sont envisagées :

En premier lieu, des **exclusions compte tenu de l'objet même d'une activité**. Outre l'exclusion des services non économiques, laquelle va de soi compte tenu de l'absence de rattachement au droit de l'Union, la négociation a conduit à exclure le domaine de l'eau, tant sous l'angle de l'exploitation d'un réseau que sous celui de la mise à disposition de l'eau potable.

Essentiellement portée par l'Allemagne, dans le cadre d'une initiative citoyenne « right2water »⁹, cette exclusion est entendue très largement puisqu'elle inclut le génie hydraulique, l'irrigation ou le drainage. Concrètement, cela signifie que les concessions, de travaux ou de services, liées à la fourniture d'eau seront déliées du respect des obligations de mise en concurrence et de publicité prévues par la directive (art.). Mais, en retour, cette exclusion soulève un certain nombre d'interrogation, d'une part sur la capacité à "instrumentaliser" la notion de SIEG pour exclure, à la demande de certains Etats (en l'occurrence, l'Allemagne qui a relayé les demandes de nombreuses *Stadtwerke*), des activités sectorielles du champ d'une directive, d'autre part, sur la difficulté à qualifier de SIEG certaines activités. Comme on a pu le souligner, « on perçoit mal quelle spécificité ou complexité particulière justifie une exclusion aussi générale, qui englobe non seulement la distribution, mais aussi l'essentiel de l'assainissement »¹⁰. Que la distribution d'eau soit un SIEG ne pose guère de question. Mais la qualification devient plus douteuse lorsqu'il s'agit de travaux hydrauliques ou de drainage....A travers cette exclusion, on mesure, en tout état de cause, les potentialités de la notion de SIEG, qui peuvent servir à légitimer les attentes de certains acteurs publics ou privés. Surtout, l'exclusion ne résout pas nécessairement un problème juridique de fond : si la délivrance d'eau est exclue des principes fondamentaux de la commande publique, en revanche l'attribution des concessions devra toujours respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication ». Ces principes s'appliquent aux concessions (voir, comme jurisprudence récente, CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, Rec. I-1335 ; CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A SIA, Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions*, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, Rec. I-10983), à la condition que la concession présente un intérêt transfrontalier certain.

⁸ Directive 2014/23/UE, cons. 6 : [La directive] « devrait (...) s'entendre sans préjudice de la compétence des pouvoirs nationaux, régionaux et locaux de fournir, de faire exécuter et de financer des services d'intérêt économique général, conformément à l'article 14 du TFUE et au protocole n° 26

⁹ L'initiative citoyenne européenne permet, sur le fondement de l'article 11 du TUE, à un million de citoyens de l'Union européenne, provenant d'au moins sept Etats membres, d'inviter la Commission européenne à présenter une proposition législative dans des domaines relevant de la compétence de l'Union.

¹⁰ S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », in *AJDA*, 2014, pp. 832-840, spéc. p. 840.

En second lieu, la référence au SIEG a servi, dans la négociation de la directive concession, à justifié un élargissement, **il est vrai relatif, des critères qui régissent la coopération « publique-publique »**. A partir de la filière jurisprudentielle inaugurée par la célèbre décision *Teckal*, la Cour a dégagé un ensemble d'hypothèses au regard desquels le pouvoir adjudicateur peut être dispensé des obligations de concurrence et de publicité contenues dans les directives, et plus généralement, du respect des contraintes procédurales inhérentes aux principes fondamentaux de la commande publique. Issue de documents de travail de la Commission, la catégorie des exceptions « publiques/publiques »¹¹ a une vocation englobante et accueille les situations de *in house* unilatéral, ascendant et descendant, le cas du *in house* conjoint ou encore la coopération intercommunale, reconnue depuis la jurisprudence *Ville de Hambourg*¹².

La reconnaissance de ces exceptions, qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'être déliés des obligations de commande publique, repose sur la prémisse de l'autonomie des collectivités. Le juge de l'Union ne dit pas autre chose lorsqu'il souligne qu'« *(u)ne autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services* »¹³ et qu'« *elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques* »¹⁴, étant précisé que le droit de l'Union « n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière »¹⁵.

Tout l'enjeu, dans la directive concession, mais également, dans les directives marchés publics, était de codifier ces exceptions. L'article 17 de la directive 2014/23/UE apporte, en ce sens, des tempéraments aux critères dégagés par la Cour. Ils se vérifient essentiellement par l'admission, dans la limite de 20%, d'activités commerciales par l'entité (assouplissement du critère lié au fait que l'entité doit exercer « l'essentiel de ses activités » pour le pouvoir adjudicateur) et par la possibilité, quoique très réduite, d'admettre des capitaux privés « sans capacité de contrôle ou de blocage » au sein de l'entité contrôlée par le pouvoir

¹¹ Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public »), 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final.

¹² Respectivement, les célèbres décisions CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, aff. C-107/98, *Rec.* p. I-8121 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, aff. C-324/07, *Rec.* p. I-8457 ; CJCE, 9 juin 2009, *Commission c. RFA*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-4747.

¹³ V. arrêt de la Cour précité dans l'affaire C-26/03, *Stadt Halle et R.P.L. Lochau*.

¹⁴ V. arrêt de la Cour du 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, point 48, *Rec.* p. I-8457. Lire : T. KOTSONIS, « Application of the Teckal Exemption to a Services Concession Contract: Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (C-324/07) », in *Public Procurement Law Review* 2009 pp.73-78.

¹⁵ V. arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, point 47, *Rec.* p. I-4747. Sur cet arrêt : J.-D. DREYFUS et S. RODRIGUES, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE? », *AJDA* 2009 p. 1717-1721 et D. SIMON, « Contrats "in house" », in *Europe* 2009 Août-Sept. Comm. n° 307 p.23-24. V. toutefois déjà l'arrêt de la Cour du 18 déc. 2007, *Commission/Irlande*, C-532/03, *Rec.* 2007 I-11353, dans lequel on peut lire que « la simple existence, entre deux entités publiques, d'un mécanisme de financement concernant de tels services n'implique pas que les prestations de services concernées constituent une passation de marchés publics qu'il y aurait lieu d'apprécier au regard des règles fondamentales du traité » (v. point 37).

adjudicateur¹⁶. Il s'agit là d'une codification qui permet d'exploiter les potentialités ouvertes par la jurisprudence de la Cour, laquelle n'avait pas formellement exclu la possibilité pour l'entité d'exercer une activité commerciale.

En droit français, il est intéressant de constater que la filière jurisprudentielle du in house, et désormais sa codification par le droit dérivé, justifie **la création de nouvelles formes de coopération et un élargissement des catégories de sociétés locales**. Si le droit européen de la commande publique est à l'origine d'une extraordinaire uniformisation des procédures, en raison d'exigences uniformes de publicité et de concurrence, il apparaît, en revanche, comme générateur de nouveaux dispositifs, au profit des collectivités, pour la fourniture et la délivrance de services publics ; évoquons en France, par exemple, l'émergence de nouvelles formes de sociétés (Société publique locale d'aménagement, Société publique Locale, et plus récemment, Société d'économie mixte locale à usage unique¹⁷), ou encore la possibilité pour les collectivités, dans la lignée de la jurisprudence *Ville de Hambourg*, de se doter de services communs indépendamment du transfert de compétences à un EPCI¹⁸.

II - Les SIEG, justification d'une marge de manœuvre au profit des collectivités

La reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des collectivités, ainsi que la réaffirmation de la liberté de choix des autorités publiques de recourir à la concession, sont des arguments qui ont été au centre de la négociation de la directive relative à l'attribution des contrats de concession.

En ce sens, l'article 2 de la directive 2014/23 affirme un principe de « *libre administration des pouvoirs publics* », au terme duquel les autorités « *sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou pour la prestations de services* ». Dans le même sens, l'article 4 souligne que les Etats conservent la liberté de « *définir les services d'intérêt économique général* » ainsi que « *la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux Etats d'Etat* ». Cette insistance est parfaitement justifiée, dès lors que le marché et la concession sont des instruments de commande publique qui répondent à des finalités distinctes, l'un est un acte d'achat, une opération économique, l'autre une modalité de gestion d'une activité d'intérêt général¹⁹.

Cette reconnaissance est cohérente avec la jurisprudence de la Cour ; le juge de l'Union ne dit pas autre chose lorsqu'il souligne qu'« (u)ne autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des

¹⁶ Directive 2014/23/UE, art. 17§1, c).

¹⁷ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, *JORF* n° 0151 du 2 juillet 2014, codifiée aux articles L. 1541-1 et s. CGCT.

¹⁸ Article L 5211-4-2 CGCT, modifié par la loi MAPAM n° 2014-58 du 27 janvier 2014.

¹⁹ F. Lombard, « La codification du critère de distinction marché/concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A 2014*, n° 18-19, p. 2137 ; également, la contribution dans le présent ouvrage.

entités externes n'appartenant pas à ses services »²⁰ et qu' « elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques »²¹, étant précisé que le droit de l'Union « n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière »²².

Néanmoins, la reconnaissance de cette marge de manœuvre doit être appréciée à sa juste mesure :

- D'une part, la **reconnaissance juridique formelle de la libre administration ne fait pas obstacle au mouvement contemporain de « remunicipalisation »**, déjà étudié par l'équipe de recherche de Limoges. Mais il est permis de se demander **s'il ne s'agit pas d'une reconnaissance « en trompe l'œil »**. En effet, l'effectivité de la marge de la manœuvre des collectivités peut apparaître limitée dès que les collectivités locales, et plus généralement les autorités publiques, sont soumises, par le droit de l'Union, à d'importantes contraintes d'ajustement financières. Je pense ici, pour les Etats de la zone euro, à la procédure mise en place par le *Two Pack*²³, laquelle impose aux Etats un examen ex ante de leur budget par la Commission, pour apprécier leur conformité avec les recommandations budgétaires qui ont été transmises. Dans ce contexte, le recours à la régie peut paraître suspicieux, s'il est juridiquement admis, il doit en revanche démontrer sa viabilité financière et montrer qu'il n'est pas incompatible avec l'ajustement budgétaire, qui vaut pour l'Etat, et, par effet d'entraînement, pour les collectivités²⁴.
- D'autre part, et pour tempérer la première observation, la reconnaissance de la marge de manœuvre des collectivités, sur le fondement des SIEG, se caractérise par la possibilité d'utiliser des clauses sociales/environnementales dans l'attribution des marchés. Autrement, le SIEG est avancé pour **aménager** le régime de l'attribution des concessions, mais également des marchés.

Tel est le sens **du régime des concessions réservées**. L'article 24 de la directive 2014/23/UE énonce en ce sens que « [l]es États membres peuvent réserver le droit de

²⁰ V. arrêt de la Cour précité dans l'affaire C-26/03, *Stadt Halle et R.P.L. Lochau*.

²¹ V. arrêt de la Cour du 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, point 48, *Rec.* p. I-8457. Lire : T. KOTSONIS, « Application of the Teckal Exemption to a Services Concession Contract: Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale (C-324/07) », in *Public Procurement Law Review* 2009 pp.73-78.

²² V. arrêt de la Cour (grande chambre) du 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, point 47, *Rec.* p. I-4747. Sur cet arrêt : J.-D. DREYFUS et S. RODRIGUES, « La coopération intercommunale confortée par la CJCE? », *AJDA* 2009 p. 1717-1721 et D. SIMON, « Contrats "in house" », in *Europe* 2009 Août-Sept. Comm. n° 307 p.23-24. V. toutefois déjà l'arrêt de la Cour du 18 déc. 2007, *Commission/Irlande*, C-532/03, *Rec.* 2007 I-11353, dans lequel on peut lire que « la simple existence, entre deux entités publiques, d'un mécanisme de financement concernant de tels services n'implique pas que les prestations de services concernées constituent une passation de marchés publics qu'il y aurait lieu d'apprécier au regard des règles fondamentales du traité » (v. point 37).

²⁴ En ce sens, le rapport récent de la Cour des comptes, rendu public le 14 octobre 2014, qui souligne que les dépenses des administrations publiques locales représentent 21% de la dépense publique et que le total de leur dépense a augmenté de 100% dans les dix dernières années.

participer aux procédures d'attribution de concession à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir que ces concessions ne peuvent être exploitées que dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés [...] ». Ce régime permet, d'une certaine mesure, de protéger le système des ateliers protégés, désormais de l'économie sociale et solidaire²⁵.

L'aménagement **se vérifie également pour les services sociaux**, dans la mesure où toute concession portant sur ces services et dont la valeur est supérieure ou égale au seuil défini par la Directive (500.000 euros), le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne sera tenu qu'à la publication d'un avis de pré-information au début de la procédure et d'un avis d'attribution de concession, à l'issue de la procédure. Cet aménagement est d'autant plus notable qu'il s'inscrit dans le cadre du cadre européen volontaire pour la qualité des services sociaux (ci-après « CVQSS »). Ce document recense les principes et critères qu'un service social doit respecter pour répondre aux besoins et aux attentes de l'utilisateur des services et propose des éléments méthodologiques que les autorités publiques pourraient utiliser afin de mettre au point, au niveau approprié, des outils spécifiques (normes, indicateurs) pour la définition, la mesure et l'évaluation de la qualité des services sociaux.

III - Les SIEG, support de dispositifs spécifiques de financement

Beaucoup sera sans dit, lors de la conférence, sur le paquet *Almunia*, lequel, dans la continuité du paquet Monti Kroes, tire les conséquences de l'arrêt Altmark **pour reconnaître des dispositifs de financement d'activité d'intérêt général, dérogatoires au droit commun des Etats d'Etat**. Le point sur lequel nous souhaiterions nous concentrer est la mise en place de dispositifs de financement *ad hoc*, pour certains secteurs d'activités, qui ne s'inscrivent pas dans le régime global issu du paquet Altmark.

Un exemple probant peut être tiré à partir de l'étude du secteur ferroviaire et des règles spécifiques issues du règlement dit OSP, Obligations de Services Publics²⁶. Adopté en 2007 et entré en vigueur en décembre 2009²⁷, le règlement relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (dit règlement OSP)²⁸ a renouvelé et clarifié le

²⁵ Le droit français du travail ne fait pas référence en tant que telle à la qualification d'entreprise sociale mais parle de « *structures d'insertion par l'activité économique* » (v. art. L. 5132-4 du Code du travail et circulaire DGEFP n°2008-21 du 10 déc. 2008 relative aux nouvelles modalités de conventionnement des structures de l'insertion par l'activité économique).

²⁶

²⁷ Le contentieux antérieur du financement des services publics continue de relever du règlement initial, ainsi que l'a rappelé le Tribunal, Trib. UE, 20 mars 2013, *Jorgen Andersen c. Commission*, aff. T-92/11; comm. L. Gard, *RTDE* 2014, p. 203.

²⁸ Règlement CE n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements CEE n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil. Sur ce règlement, v. P. Vieu, « A propos de l'intégration de l'Europe des

cadre dans lequel les Etats peuvent financer les dessertes ferroviaires de voyageurs.

Ce règlement établit une double *lex specialis*, tant par rapport au droit des aides d'Etat que par rapport aux règles relatives à l'attribution des marchés publics. En effet, le règlement OSP codifie et intègre à certains modes de transports les critères issus de la célèbre jurisprudence *Altmark*²⁹, laquelle est à l'origine de l'introduction des règles relatives à la compensation de service public.

Par dérogation aux règles générales régissant les aides d'Etats (art. 107 TFUE), les autorités organisatrices de transport peuvent octroyer à un opérateur une compensation définie dans le cadre de contrats de service public, définis à l'avance de manière objective pour éviter toute surcompensation³⁰. L'attribution de la compensation peut bénéficier à un opérateur, titulaire de droits exclusifs, au terme d'une procédure dérogatoire par rapport aux règles issues des directives relatives aux marchés publics³¹.

Si le principe posé par le règlement est celui d'une attribution par voie de concurrence, sa mise en œuvre est largement écartée, soit lorsque l'autorité organisatrice recourt à un opérateur dédié, éligible aux critères du *in house*, soit pour des contrats de faible montant, soit encore, et surtout, pour les « contrats de service public par chemin de fer »³². Dans ce cas, les Etats peuvent continuer à attribuer directement, sans concurrence, les contrats de services publics.

Cette dérogation appelle deux remarques :

En premier lieu, elle apparaît comme étant essentielle, **dans la mesure où elle permet aux Etats de maintenir et de légitimer les situations de monopole au profit de l'opérateur historique**. En France, elle est mise en avant pour justifier le monopole de la SNCF, dans la desserte de TER, sur le fondement de la loi dite LOTI. En France, en l'état du droit, dans le cadre de la loi dite « LOTI » (Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982), l'organisation des liaisons ferroviaires inscrites au plan régional des transports doit faire l'objet de conventions passées obligatoirement avec la SNCF. En retour, le maintien du monopole tranche par rapport aux autres marchés ouverts à la concurrence, il permet en outre le maintien de stratégies industrielles nationales pas nécessairement compatibles avec la définition d'une politique économique à l'ensemble de l'Union.

En second lieu, **cette dérogation est au cœur du débat dans le cadre de la négociation du 4^{ème} paquet ferroviaire, censé parachever la réalisation d'un espace ferroviaire unique**. De fait, l'ouverture à la concurrence soulève, en matière ferroviaire, des contraintes particulières ; contraintes techniques inhérentes à l'ampleur des infrastructures et au coût de leur entretien ; contraintes juridiques liées aux différentes formes de discrimination qui

transports », *RTDE* 2010, p. 297 ; D. Broussolle, « Les transports urbains et la concurrence », *AJDA* 2009, mai 2009, p. 1038.

²⁹ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00, *Rec. I-7747*

³⁰ Règlement (CE) n° 1370/2007, art. 4.

³¹ A savoir les directives 2004/17 (secteurs exclus), 2004/18 (secteurs classiques), désormais remplacées par les directives 2004/23 (concessions), 2004/24 (secteurs classiques), 2004/25 (secteurs exclus).

³² Règlement (CE) n° 1370/2007, art. 5§6.

peuvent survenir sur ce marché³³ ; contraintes sociales eu égard au poids de la main d'œuvre et à la nécessité d'en assurer la formation.

Dans cette perspective, la dérogation envisagée pour le financement est prévue pour durer dix ans, donc arrivant à échéance en 201. Si le Parlement a admis, en première lecture, le principe d'une attribution par concurrence du transport public par chemin de fer, celle-ci a été repoussée en 2022 et devra s'inscrire dans le cadre de plans locaux de transports qui définiront des critères précis d'efficience et de politique tarifaire³⁴. Lors d'un débat qui s'est tenu au Conseil, le 8 octobre dernier, la plupart des Etats ont souligné leur souhait de garder la possibilité d'attribuer directement des contrats de services publics, et que la définition de ces contrats devait inclure à la fois des lignes qui sont rentables et d'autres qui ne le sont pas. Quelque soit l'issue de la négociation du quatrième paquet, il est certain que le marché ferroviaire européen, qui est une partie intégrante d'un espace ferroviaire unique, ne se réalisera qu'au prix d'un maintien de nombreuses dérogations et spécificités. En tout logique, il faut croire que ce secteur fera l'objet d'une approche ad hoc, sur le fondement de la spécificité des SIEG, il est encore trop tôt s'il s'agira d'un retrait du droit de la concurrence à ce secteur ou d'un aménagement des règles issues des aides d'Etat.

Idées conclusives

- Une relation de plus en plus complexe entre les SIEG et le droit de l'Union. La référence au SIEG justifie une pluralité de régimes, notamment en droit de la commande publique. Mais la relation entre les deux n'est pas toujours pleinement assurée, il est, à cet égard, symptomatique de constater que le projet présenté par la Commission, sur la directive concession, ne contenait aucune référence aux SIEG et n'envisageait la concession que sous l'angle des règles relatives aux marchés publics. C'est là l'expression du maintien, au sein de la Commission, d'une idéologie économique qui privilégie le libéralisme et qui n'envisage la prise en compte des services d'intérêt général que dans un cadre dérogatoire.
- En matière de SIEG, le droit de l'Union, sur le fondement des dispositifs préalablement décrits, laisse essentiellement aux collectivités une liberté d'agir, tel est le sens de la coopération publique ou encore (mais pour combien de temps ?) du régime particulier de conventions OSP dans le cadre des transports ferroviaires. Cette liberté d'agir n'a de sens et ne peut acquérir une consistance qu'à la condition que les collectivités s'en saisissent, en d'autres termes, elle suppose un véritable travail d'appropriation.

³³ Le risque d'un traitement discriminatoire des nouveaux opérateurs qui sollicitent l'accès à un sillon est important en matière ferroviaire. Ce risque est particulièrement élevé, compte tenu de la contrainte technique sur ce marché. De nombreuses raisons peuvent être de nature à refuser ou à retarder l'accès à un sillon : saturation du marché, complexité du calcul de la redevance, distinction subtile entre « sillons normaux » et « sillons de dernière minute ».

³⁴ Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture à la concurrence du marché des services de transport de voyageurs par chemin de fer, 26 février 2014, 2013/0028 (COD).