

SESSION 2010

Mercredi 22 septembre 2010

9H A 12H - Amphi. MONTPERRIN

3^{EME} EPREUVE ECRITE DE CARACTERE PRATIQUE

DROIT PUBLIC DES ACTIVITES ECONOMIQUES

Commentez l'extrait reproduit ci-dessous du rapport du Conseil d'Etat sur « *Les établissements publics* », La documentation française, 2010

« 2. Le droit de la concurrence ne remet pas en cause l'existence des établissements publics.

« Tout d'abord, il convient de relever qu'une grande partie des interrogations auxquelles le droit de la concurrence a soumis les établissements publics concerne en réalité uniquement les activités marchandes que ces derniers sont susceptibles de mener. En effet, le droit communautaire se fonde sur la distinction cardinale entre les services marchands et les services non marchands pour déterminer le champ d'application du principe de libre concurrence. Rappelons à cet égard que ce qui caractérise la notion d'activité économique, c'est le fait d'offrir à titre onéreux des biens ou des services sur un marché (CJCE, 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, C-35/96, point 36).

« La jurisprudence communautaire est en effet attachée non à la forme juridique de l'entité, mais à la nature des activités que celle-ci mène. (.....) Le Conseil d'Etat, par sa décision d'Assemblée, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, a expressément consacré l'existence d'activités de service public auxquelles les règles du marché sont inopposables. Il a retenu, par la même occasion, une conception relativement large de cette sanctuarisation en relevant qu'une activité d'appui juridique à l'Etat dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat n'était que la mise en œuvre d'une mission d'intérêt général consistant à veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité.

(.....)

« En outre, il convient de relativiser le risque que les relations entre l'Etat et ses établissements publics tombent de façon systématique sous le coup d'une qualification d'aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité CE. D'une part, la jurisprudence communautaire a identifié des hypothèses dans lesquelles peuvent échapper à la qualification d'aide d'Etat les compensations de charges de service public, sous certaines conditions (CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00) dont il reste à préciser davantage l'application. D'autre part, la jurisprudence communautaire n'a, à la différence de la Commission, jamais reconnu, jusqu'à présent, l'existence d'une aide d'Etat à partir d'éléments uniquement statutaires. (.....) On relèvera que l'existence même d'une garantie donnée par l'Etat aux établissements publics est très contestable. En droit interne, la LOLF exige désormais clairement que les garanties consenties par l'Etat le soient explicitement. Et à supposer même que l'on veuille considérer qu'il existe une telle garantie, resteraient encore deux possibilités pour échapper à la qualification d'aide d'Etat. Tout d'abord, il pourrait être envisagé de supprimer le caractère illimité de cette garantie. Ensuite, il est difficile d'imaginer qu'une telle garantie ne soit pas « valorisable » ; il suffirait alors que l'Etat exige une rémunération en contrepartie du service rendu. Le problème, s'il existe, est donc moins juridique qu'économique ».