

UNIVERSITE DE RENNES 1
Faculté de Droit - Institut d'études judiciaires
EXAMEN d'ENTREE au CRFPA
Session 2012– Lundi 17 septembre
EPREUVE DE CARACTERE PRATIQUE
DROIT PUBLIC ECONOMIQUE (épreuve à option)
(matière à traiter si elle a été choisie lors de la candidature à l'examen)

Sujet :

Veillez commenter les extraits de l'avis de l'Autorité de la concurrence reproduits ci-dessous.

Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011 de l'Autorité de la concurrence relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL)

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la demande d'avis en date du 15 avril 2010 du syndicat professionnel Entreprises

Générales de France (EGF-BTP), enregistrée sous le numéro 10/0042 A ;

Vu le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) ;

Vu la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales

;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants du syndicat EGF-BTP, entendus lors de la séance du 19 octobre 2011 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par courrier du 15 avril 2010, enregistré sous le numéro 10/0042 A, le syndicat professionnel Entreprises générales de France – BTP (EGF-BTP) a transmis à l'Autorité de la concurrence une demande d'avis concernant une proposition de loi dénommée « *Pour le développement des Sociétés publiques locales* » déposée au Sénat le 23 mars 2010.

2. EGF-BTP souhaite que l'Autorité de la concurrence exprime son avis sur la compatibilité de cette proposition de loi avec les règles européennes et françaises de la concurrence et de la commande publique.

3. La proposition de loi, objet de la présente demande d'avis, a été adoptée par le Parlement quelques semaines à peine après la saisine pour avis (loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales).

24

I. Constatations

A. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES FAISANT L'OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

4. La loi du 28 mai 2010, devenue l'article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales, a créé la « *société publique locale* » (ou SPL).

5. La SPL est une société anonyme, dont la totalité du capital social est obligatoirement détenue par au moins deux collectivités territoriales (commune, département ou région) ou leur groupement.

6. L'objet social de la SPL prévu par la loi s'avère particulièrement large, puisqu'il porte sur l'aménagement foncier ou immobilier, l'exploitation de services publics industriels ou commerciaux, ou plus globalement toute activité d'intérêt général. Toutefois, la possibilité pour une collectivité locale d'intervenir en matière d'aménagement par le biais d'une SEM

existait déjà à titre expérimental depuis la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

7. La seule restriction posée consiste dans l'obligation faite à une SPL d'intervenir exclusivement pour le compte et sur le territoire des collectivités actionnaires. Toutefois, il suffira, pour lever cette réserve, d'élargir l'actionnariat à d'autres collectivités, directement ou par l'intermédiaire des adhérents à un groupement actionnaire de la société.

8. Pour exercer ces compétences, la SPL sera amenée à passer des marchés, mais elle pourra aussi se voir confier une délégation de service public (DSP) par les collectivités actionnaires.

9. Sur ce dernier point, la loi étend à la SPL l'exemption de la mise en concurrence préalable pour l'attribution d'une délégation prévue à l'article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales, qui s'appliquait déjà aux entreprises détenant un monopole légal, ainsi qu'aux établissements publics réalisant l'essentiel de leur activité avec la collectivité délégante.

B. LA SAISINE DU SYNDICAT PROFESSIONNEL EGF - BTP

10. Le syndicat Entreprises Générales de France-BTP (EGF-BTP) regroupe les entreprises françaises du bâtiment et des travaux publics, c'est-à-dire selon la définition donnée par le syndicat : « *Les entreprises de construction qui disposent des moyens d'étude, de conception, de coordination, d'exécution, de maintenance et d'exploitation des ouvrages, qui leur permettent de proposer à leurs clients une approche globale de l'acte de construire* ».

».

11. En 2011, 35 entreprises générales de BTP sont adhérentes du syndicat EGF-BTP, en particulier les trois plus importantes d'entre elles (Bouygues, Eiffage, Vinci).

12. EGF-BTP formule trois critiques à l'encontre des dispositions introduites par la loi du 28 mai 2010 relative à la SPL.

13. La loi serait contraire au droit européen de la commande publique, dans la mesure où elle porterait atteinte à la concurrence en remettant en cause les procédures de publicité préalable et de mise en concurrence pour la passation de marchés publics ou de délégations de service public. EGF-BTP souligne notamment que la création du statut de la SPL permettra aux collectivités publiques de contourner l'obligation de mise en concurrence pour la passation de certains marchés publics ou délégations de service public.

14. Cette loi serait également susceptible de remettre en cause la libre concurrence et d'aboutir à la constitution de « *monopoles locaux* » au bénéfice des collectivités territoriales.

15. Enfin, dans un courrier complémentaire ultérieur du 22 juillet 2011, EGF-BTP considère que le financement public des sociétés publiques locales par les collectivités territoriales serait contraire au droit européen des aides d'Etat.

II. Discussion

(...)

20. Dans le cadre de la demande d'avis du syndicat EGP-BTP, les questions à traiter portent en conséquence sur les points suivants :

- l'analyse de l'exonération de mise en concurrence préalable pour les délégations de service public au profit des sociétés publiques locales ;
- les règles applicables en matière de marchés passés par les SPL ;
- les règles relatives au droit des aides d'Etat concernant le financement des SPL et les compensations de service public qui leur sont attribuées par les collectivités territoriales.

A. L'EXONÉRATION DE LA MISE EN CONCURRENCE PRÉALABLE POUR LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC PRÉVUE AU PROFIT DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

(...)

27. L'enjeu concurrentiel apparaît significatif, au vu de l'étendue des compétences statutairement possibles pour une SPL selon la loi, ainsi que du champ très vaste et diversifié

des activités assurées aujourd'hui sous le régime de la délégation de service public. Les transports publics, le chauffage urbain, l'assainissement et la distribution de l'eau, la collecte et le traitement des déchets, la restauration collective, le stationnement ou les pompes funèbres peuvent être cités à titre d'exemples non limitatifs.

28. La création des SPL introduit donc une nouvelle catégorie d'opérateurs aux caractéristiques particulières, avec un impact réel sur les conditions du jeu de la concurrence sur les marchés concernés.

(...)

36. Cependant, la Cour a admis par son arrêt « *ville de Halle* » du 11 janvier 2005, la possibilité de déroger à l'appel obligatoire à la concurrence pour la commande publique dans le cas des « prestations intégrées » (dénommées activités « *in-house* »), c'est-à-dire lorsque la prestation est réalisée par une entité juridiquement distincte des services de la collectivité, mais qui est placée sous le seul contrôle de celle-ci : « *L'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur (...), dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent* ».

37. Cette jurisprudence procède de l'idée qu'il n'est pas nécessaire d'obliger une collectivité à mettre en oeuvre des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats avec une entité tierce, dès lors que cette entité constitue en pratique un simple prolongement administratif de la collectivité concernée.

38. Cette conclusion reste toutefois subordonnée à la réunion, dans chaque cas d'espèce, de trois conditions posées par la jurisprudence, tenant : à la détention intégrale de l'entité par la collectivité de rattachement, à l'exercice de son activité au profit quasi-exclusif de cette dernière, et au contrôle de son fonctionnement.

(...)

42. Enfin, la jurisprudence demande que la collectivité exerce un contrôle sur l'entité qui soit analogue à celui exercé sur ses services internes. La collectivité doit pouvoir fixer la politique suivie par l'entité et vérifier les choix de gestion effectués : « *Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société.* » (Arrêt Carbotermo du 11 mai 2006).

43. Si on se réfère aux caractéristiques des SPL fixées par la loi du 28 mai 2010, il apparaît que les SPL seront intégralement détenues par des personnes publiques et qu'elles pourront agir uniquement pour le compte de ces collectivités actionnaires. Les deux premiers critères posés par la jurisprudence sont donc bien inscrits dans la loi.

44. Pour ce qui est du troisième critère portant sur le contrôle analogue, une SPL se distingue d'un service interne d'une collectivité par le fait d'être dotée d'une personnalité morale propre. L'examen de la réalité du contrôle réalisé par la collectivité doit donc être privilégié plutôt que l'existence de modalités de contrôle identiques à celles existant sur un service interne.

45. Sur ce point, la loi du 28 mai 2010 renvoie au cadre juridique général de la société anonyme pour définir la nature et l'étendue du contrôle de la collectivité sur la SPL. Ce sera donc aux statuts, qui seront fixés pour chaque SPL au moment de sa création, de mettre en

place les moyens d'un contrôle adéquat, afin de satisfaire la condition du « *contrôle analogue* » posée par la jurisprudence.

46. Une attention particulière est en conséquence attendue de la part des collectivités de rattachement de la SPL concernant l'étendue de leur pouvoir de contrôle sur cette société.

Les modalités prévues devront concerner notamment la définition de l'objet social de la société, la désignation des dirigeants, la fixation de la stratégie, le contrôle des résultats obtenus. Ces différentes modalités n'ont aucunement une valeur exhaustive et ne sont citées que pour expliciter la portée du « *contrôle analogue* » devant être mis en place par la collectivité publique sur la SPL.

B. SUR LES RÈGLES EN MATIÈRE DE MISE EN CONCURRENCE POUR LES MARCHÉS PASSÉS PAR LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

(...)

C. SUR LA COMPATIBILITÉ DU RÉGIME DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES AVEC LES RÈGLES EUROPÉENNES EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

59. Concernant la SPL créée par loi du 28 mai 2010, la question de l'existence d'une aide publique pourrait se poser à deux stades :

- au moment de la création d'une SPL, les collectivités publiques assurant la dotation en capital de la société ;

27

- ou lors du financement d'opérations confiées à une SPL par la collectivité de rattachement, en particulier dans le cadre d'une délégation de service public qui serait confiée à la SPL.

(...)

61. Dans le cadre du présent avis, les différents critères d'analyse que la Commission est susceptible d'utiliser dans le cadre de l'examen des relations financières entre collectivités territoriales et SPL peuvent être rappelés.

62. Ces critères constituent autant de points de vigilance que les collectivités publiques devront observer, lorsqu'elles décident de créer des SPL et de leur confier des missions de service public.

1. LE CADRE GÉNÉRAL RELATIF À L'EXAMEN DES AIDES D'ÉTAT PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

(...)

2. LE CADRE PARTICULIER DE L'EXAMEN DES AIDES D'ÉTAT RELATIVES AUX SERVICES ÉCONOMIQUES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

71. Le droit des aides d'État prévoit des procédures particulières quand sont en cause des entreprises chargées de services d'intérêt économique général (SIEG).

a) Les SPL seront susceptibles de réaliser ou d'exploiter des services économiques d'intérêt général (SIEG)

72. La loi 2010-559 dispose que les SPL « *sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ».

73. Ainsi, il apparaît que les SPL seront susceptibles d'exercer toute activité d'intérêt général.

74. En droit communautaire, la notion d'activité d'intérêt général correspond à celle de service d'intérêt économique général (SIEG). Cette notion de SIEG est utilisée aux articles 14 et 106, paragraphe 2 TFUE mais elle n'est pas définie dans le TFUE ni dans le droit dérivé. Dans la pratique de l'Union, elle se réfère généralement aux services de nature économique que les autorités publiques des États membres, que ce soit au niveau national, régional ou local, soumettent à des obligations spécifiques de service public.

75. Les autorités publiques des États membres disposent d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG et quant à leurs formes de financement. Ces dernières incluent ainsi des subventions, des avantages fiscaux, un droit exclusif ou spécial. Les seules limites à cette marge de manœuvre sont celles posées par le droit de l'Union et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

76. Ainsi, dans les secteurs qui ont été harmonisés au niveau de l'Union (par exemple, les secteurs des télécom, de l'énergie, des postes ou du transport ferroviaire), et où des objectifs d'intérêt général ont été pris en compte, la marge de manœuvre des États membres ne peut être utilisée que dans le cadre des règles de cette harmonisation.

28

77. De même, la liberté des États membres dans la définition des SIEG est soumise au contrôle de l'erreur manifeste par la Commission et les juridictions de l'Union. En d'autres termes, la Commission et la Cour de justice sont susceptibles de remettre en cause des aides versées à des entreprises qui, de toute évidence, ne remplissent aucune mission de service public. Dans son arrêt « *Merci convenzionali porto di Genova* » du 10 décembre 1991, la Cour de justice a ainsi mentionné que des opérations portuaires (embarquement, débarquement, transbordement de marchandises) ne revêtaient pas nécessairement un intérêt économique général, contrairement à ce qu'affirmait le gouvernement italien.

78. En conséquence, et même si les autorités publiques bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG, les collectivités publiques doivent prêter attention à ces deux limites posées par le droit communautaire lorsqu'elles définissent l'objet social d'une SPL.

b) Les entreprises chargées d'un SIEG doivent respecter les règles de concurrence du TFUE (et notamment les règles relatives aux aides d'État)

(...)

c) La Cour de justice a néanmoins mentionné que les articles 107 et 108 TFUE n'étaient pas applicables aux compensations de service public, sous certaines conditions

81. Dans son arrêt « *Altmark* » du 24 juillet 2003, la Cour de justice mentionne que « *dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92, [devenu l'article 107], paragraphe 1, du traité.* ».

82. La Cour pose, dans le même arrêt, quatre conditions pour qu'une telle compensation des charges de service public soit compatible avec les règles européennes de concurrence :

- les obligations de service public imposées doivent être expressément prévues et clairement définies ;
- les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- la compensation ne peut pas dépasser la couverture, en tout ou partie, des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, au vu des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exploitant ;
- et, en l'absence de mise en concurrence préalable pour le choix de l'exploitant, le montant de la compensation doit être fixé par rapport aux coûts que supporterait une entreprise moyenne bien gérée.

83. Lorsque ces quatre conditions sont satisfaites, la compensation de service public n'est pas considérée comme une aide d'État au titre de l'article 107 du traité et n'a pas à faire l'objet d'une notification préalable à la Commission.

84. La forme juridique de l'intervenant est en revanche indifférente pour le droit européen, conformément à la règle de l'article 345 du traité.

29

85. Si l'une des conditions de l'arrêt *Altmark* n'est pas remplie, la compensation de service public devra alors être examinée au titre de l'article 107, paragraphe 1 TFUE pour déterminer si elle doit être qualifiée d'aide d'État.

86. Dans le cas présent, l'attribution d'une délégation par une collectivité à une SPL qui lui est rattachée ne donnera pas lieu à un appel à la concurrence, en application de l'article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales, tel que modifié par la loi du 28 mai 2010. Ainsi, la quatrième condition de l'arrêt *Altmark* devra être examinée pour toute compensation financière attribuée à une SPL.

87. En pratique, il pourrait être difficile pour certaines collectivités (notamment pour les communes de petite taille) de contrôler que la compensation financière attribuée à une SPL est bien fixée par rapport aux coûts que supporterait une entreprise moyenne bien gérée. Il est ainsi possible que certaines compensations de service public attribuées à des SPL ne puissent prouver leur conformité au quatrième critère *Altmark* et qu'elles doivent donc être analysées à la lumière des critères mentionnés à l'article 107, paragraphe 1 TFUE.

d) La Commission européenne a précisé les conditions selon lesquelles les compensations de service public qui remplissent les critères de l'article 107, paragraphe 1 peuvent être considérées comme compatibles avec le TFUE

88. S'il apparaît que la compensation de service public est une aide d'État (c'est-à-dire si elle remplit les conditions mentionnées à l'article 107, paragraphe 1 TFUE), il devra ensuite être analysé si cette aide d'État est compatible avec le TFUE.

89. En 2005, la Commission européenne a précisé dans une décision¹ et un encadrement les conditions selon lesquelles une aide d'État relative à une compensation de service public est compatible avec le TFUE. Ces conditions sont proches de celles posées par la jurisprudence *Altmark*.

(...)

e) La Commission a également précisé les conditions selon lesquelles ces compensations de service public devront faire l'objet d'une notification à la Commission

92. La règle générale est que les aides d'état doivent être directement notifiées à la Commission Européenne par l'État Membre.

93. Néanmoins, certaines aides n'ont pas à être notifiées à la Commission Européenne. Le contrôle de ces aides est confié à chaque État membre qui doit procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les conditions mentionnées précédemment de compatibilité de l'aide avec le Traité sont bien remplies. La Commission Européenne a demandé que chaque État membre établisse, tous les trois ans, un rapport qui présente la mise en œuvre de ce contrôle par les États membres.

¹ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2 TCE (nouvel article 106, paragraphe 2 TFUE) aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG.

² Encadrement communautaire du 29 novembre 2005 relatif aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public.

94. La décision de 2005 mentionne les critères selon lesquels l'aide d'Etat n'aura pas à être notifiée à la Commission Européenne.

(...)

III. Conclusion

96. Les questions posées par le syndicat EGF-BTP dans sa demande d'avis à l'Autorité appellent les remarques suivantes.

97. A titre liminaire, l'existence de différents modes de gestion des services publics à la disposition des collectivités conduit à recommander à celles-ci une analyse préalable des coûts et des avantages respectifs des différentes solutions possibles avant de faire un choix en faveur de l'une ou l'autre. Une telle démarche est propice à la fois au jeu de la concurrence et à l'objectif d'amélioration du service obtenu.

98. Concernant la compatibilité du régime des SPL avec le droit de la commande publique, le principe posé par la Cour de justice européenne est que tout contrat à titre onéreux conclu par une collectivité publique doit être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. La jurisprudence de la Cour admet qu'il soit dérogé à ce principe dans le cas des prestations « *in house* », sous trois conditions : le capital de l'entité tierce est intégralement public, l'entité exerce l'essentiel de son activité pour le compte des collectivités actionnaires et elle fait l'objet d'un contrôle de la collectivité qui est analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Il apparaît que les caractéristiques conférées par la loi aux SPL satisfont les deux premières conditions. En revanche, l'exigence d'un « contrôle analogue » sur la SPL à celui existant sur une structure interne à la collectivité appelle une vigilance particulière de la part des collectivités de rattachement lors de la définition et de l'application des statuts de leur SPL.

99. Enfin, il est recommandé aux collectivités publiques d'être particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent des compensations financières à des SPL exerçant une activité économique dans la mesure où ces transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'état. A la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice et de la pratique décisionnelle de la Commission Européenne, il est recommandé que chaque compensation financière fasse l'objet d'un mandat qui décrit précisément les missions de service public confiées à la SPL, les paramètres de calcul, de contrôle régulier et de révision éventuelle de la compensation financière, ainsi que les modalités de remboursement à la collectivité publique des possibles surcompensations financières.