



Département des Sciences juridiques

L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux en France et en Italie : le cas des transports publics

Magali Dreyfus

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Florence, janvier 2010

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des Sciences juridiques

L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux en France et en Italie : le cas des transports publics

Magali DREYFUS

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Professeur Jacques Ziller, Institut universitaire européen (Directeur de thèse IUE / extérieur)

Professeur Luis Miguel Poiaras Maduro, Institut universitaire européen

Professeur Gérard Marcou, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1

Professeur Guido Corso, Università degli Studi, Roma Tre

© 2009, Magali DREYFUS

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord au directeur de cette thèse, Monsieur le Professeur Jacques Ziller, pour m'avoir fait confiance et pour m'avoir guidée, encouragée, conseillée, tout en me laissant une grande liberté, dans ma recherche. Ses qualités scientifiques et humaines m'ont permis d'affronter mon travail avec intérêt et sérénité.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Gérard Marcou pour sa disponibilité et la gentillesse qu'il a manifestées à mon égard durant cette thèse, pour tous ses conseils et pour m'avoir accordé sa confiance en m'intégrant dans plusieurs activités et réseaux du GRALE et de l'Université Paris 1. Je lui exprime également ma gratitude pour m'avoir fait l'honneur de participer au Jury de soutenance.

Monsieur le Professeur Guido Corso et Monsieur le Professeur Miguel Poiars Maduro me font le très grand honneur de participer au Jury de soutenance ; je les en remercie sincèrement.

Je tiens aussi à mentionner le plaisir que j'ai eu à travailler au sein de la Direction-Générale Transport et Energie à la Commission européenne et je remercie ici particulièrement Thomas Avanzata, Flor Diaz-Pulido et Michaela Strohschneider. Leur expérience de praticien et leurs conseils en général sont toujours très enrichissants.

L'aboutissement de cette thèse a aussi été encouragé par des discussions avec des collègues et Professeurs de disciplines variées notamment à travers des groupes de travail et conférences. Je ne citerai pas de noms ici, pour ne pas en oublier certains, mais je les remercie.

Je voudrais de plus louer le travail du personnel administratif de l'IUE, notamment du département de droit et je remercie en particulier Annick Bulckaen et Alison Tuck pour leur assistance et leur efficacité à toute épreuve.

Merci infiniment et de tout mon cœur à mes parents et Enrico, pour leurs encouragements, leur amour et leur aide. Vos regards sur le monde m'enrichissent et me font aller de l'avant.

Je remercie également tous les amis qui m'ont soutenue et apporté tant de joie pendant ces années inoubliables de doctorat à l'IUE. Je tiens à saluer en particulier : Achim, Amélie, Arnaud, Charles-Henry, Chiara, Claire, Eleni, Ernesto, Fausto, François, Giovanni, Gwen, Lidia, Michelle, Mouloud, Tobias, Sonia. Je pense aussi à mes fidèles amis demeurés « au pays » : Emmanuelle, Nadia, Raphaël, Roméo et les Madrilènes, entre autres.

Enfin je veux dire à mes trois petits frères qu'ils sont une source intarissable de joie et je les encourage à croquer la vie à pleines dents.

« Victime d'une double infirmité,
tout ce que j'aperçois me blesse,
et je me reproche sans relâche
de ne pas regarder assez. »

Claude LEVI-STRAUSS, *Tristes Tropiques*

ABREVIATIONS

AO	Autorité organisatrice
AOTU	Autorité organisatrice de transports urbains
CDF	Charte des droits fondamentaux
CF	Constitution française
CI	Constitution italienne
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CMP	Code des marchés publics
CGCT	Code général des collectivités territoriales
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica
LCI	Liberté du commerce et de l'industrie
PDU	Plan de déplacements urbains
PMU	Piano di mobilità urbana (plan de mobilité urbaine)
PTU	Périmètre des transports urbains

SIG	Service d'intérêt général
SIEG	Service d'intérêt économique général
SIGNE	Service d'intérêt général non économique
SPA	Service public administratif
SPIC	Service public industriel et commercial
SSIG	Service social d'intérêt général
TECE	Traité établissant une constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
TUEL	Testo unico sugli enti locali

INTRODUCTION GENERALE

Le rapport entre services publics locaux et droit communautaire semble à première vue antagoniste. Tout d'abord, il confronte deux niveaux de gouvernement qui dans une approche institutionnelle multi-niveaux se trouvent aux deux extrêmes d'une pyramide. La Communauté européenne, une, au sommet de cette figure est la source du droit communautaire qui s'impose aux autorités inférieures. Les collectivités locales et notamment les communes, multiples et variées, dans le cadre de leur Etat, sont responsables des services publics locaux et règlent les affaires de leur communauté dans la limite de leur territoire. La légitimité de la première se fonde avant tout sur l'engagement des Etats membres à travers les Traités et sur son action dans le domaine économique auprès des opérateurs et consommateurs. Les pouvoirs du Parlement européen dont les membres sont élus au suffrage universel, sont limités ce qui réduit la portée de sa représentativité. Les secondes sont beaucoup plus proches des citoyens qui élisent leurs représentants. Elles ont un caractère démocratique fort et le spectre de leur action va des activités économiques aux missions sociales essentielles. Les deux niveaux ont donc une vocation différente. C'est d'ailleurs cette divergence qui fait apparaître un deuxième élément de contrariété. Les services publics locaux poursuivent des missions sociales (ce qui n'exclut pas qu'ils puissent être également d'ordre économique), qui tendent à établir une certaine solidarité entre les éléments de la communauté locale à travers la poursuite de l'intérêt général. L'action communautaire intervient avant tout dans le domaine économique et s'apprécie par le prisme du marché. Par extension, ce sont schématiquement deux idéologies qui s'opposent : le socialisme et le libéralisme, avec les valeurs qu'on leur associe (équité et cohésion pour la première, liberté individuelle et propriété privée pour la seconde). Ce sont également deux disciplines : la sociologie d'une part, l'économie d'autre part. Le droit leur permet de converger. En dépit de ces apparentes contrariétés, pendant longtemps la question du rapport entre services publics locaux et droit communautaire ne s'est pas posée. Ces deux sphères évoluaient indépendamment. Les situations locales n'étaient pas considérées par le Traité CE car leur impact sur le marché commun semblait peu significatif. Mais avec la libéralisation des services initiée à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix, la Cour de justice et la Commission

ont pu constater que la non-application des normes communautaires au niveau local pouvait en fait affecter le marché intérieur. En effet, les règles de libre circulation et de libre concurrence se heurtaient à des marchés locaux de services fermés, caractéristiques d'un grand nombre de communes. Dès lors, la nécessité d'assurer la bonne application des normes communautaires par les collectivités locales et d'ouvrir à la concurrence ces activités s'est affirmée. Ainsi les services publics locaux constituent à la fois le point de rencontre entre l'action des collectivités locales et la Communauté européenne, mais aussi le syncrétisme entre les notions de service public et de concurrence.

Concurrence et service public relèvent donc d'une dialectique avec laquelle la Commission a dû composer : de son côté de par sa vocation, elle soutient avant tout, la première, mais pour répondre aux inquiétudes des Etats par rapport à l'ouverture de leurs marchés et aux transformations de leurs services publics, elle a introduit des mesures de garanties du service public (période de transition, service universel, obligations de service public, contrats de service public) à la disposition des autorités publiques.

A cet égard, les transports publics offrent une bonne illustration de cette dialectique. Par opposition aux transports privés, ils sont accessibles à tous. Ils ont un intérêt commercial certain puisque les opérateurs peuvent espérer réaliser des bénéfices à travers l'exploitation du service. Cependant leur caractère de service public est également prégnant et de nombreuses obligations de service public (sur la régularité, la fréquence, la capacité, les tarifs et la qualité) sont imposées aux opérateurs par les collectivités responsables. Ces sujétions sont d'ailleurs si nombreuses qu'elles engendrent de manière quasi systématique des pertes que les autorités publiques prennent en charge. Or ces interventions locales ne sont pas toujours compatibles avec les règles de concurrence et de libre circulation des services, développées par la Communauté européenne.

Au vu de cette intégration communautaire croissante qui se déploie jusqu'au niveau local, il nous paraît intéressant d'étudier l'impact de ces développements sur les services publics locaux. L'introduction des normes communautaires et notamment les principes d'égalité de traitement et de transparence semble en effet modifier la forme de l'action des collectivités locales. Les services publics locaux paraissent évoluer de manière accélérée depuis précisément la réception

accrue des mesures européennes. Mais bien que ces normes portent essentiellement sur la forme ne modifient-elles pas également le fond de cette action c'est-à-dire les objectifs du service public et le rôle des collectivités locales? Elles auraient ainsi un impact matériel et institutionnel sur les services locaux.

Il paraît donc pertinent au vu de cette évolution d'étudier comment se concilient la sphère locale, faite de pratiques anciennes et répondant à des besoins et considérations sociales immédiats des communautés, avec la sphère européenne qui tend à régler les activités économiques de l'ensemble du marché commun.

Avant d'aborder ces questions, il est utile de revenir sur le cadre communautaire relatif aux services publics locaux (I) afin de mieux cerner les questions que soulèvent la relation entre droit communautaire et service public local (II). La pertinence du choix des transports publics (III) et des services publics locaux français et italiens (IV) pour répondre à ces interrogations, sera ensuite expliquée.

I – Le cadre communautaire des services publics locaux

L'introduction du droit communautaire dans les services publics locaux s'est faite relativement récemment. Elle correspond à la période de libéralisation des services qui a débuté avec les directives sur les procédures de marchés publics dans les années 70 et qui s'est intensifiée à la fin des années quatre-vingt dans les Etats membres de l'époque. Des raisons internes mais aussi la pression de la Communauté européenne ont motivé ce processus. Pour ce qui est des motifs propres aux Etats, il s'agit principalement de la volonté de contrôler les dépenses publiques dans un contexte où nombre d'entre eux traversaient une crise des finances publiques qui suscitaient des réformes administratives¹ afin de rendre les services plus efficaces et de mieux répondre aux besoins des usagers. Du côté européen, en 1985 la Commission a publié le Livre blanc sur l'achèvement du Marché Intérieur² où elle proclame son objectif de « *fusionner les dix, et bientôt douze, marchés nationaux de la Communauté, pour les transformer en un immense marché* ».

¹ Ces réformes sont inspirées très fortement dans les pays anglo-saxon par les théories de *New Public Management* dont on retrouve la marque dans nombre de principes et mesures communautaires.

² COM(85) 310, Milan 28-29 juin 1985, « *L'achèvement du Marché intérieur* ».

unique ». Pour cela les institutions européennes devaient travailler à l'élimination des barrières physiques, techniques et fiscales. Dès lors, un processus de désagrégation des monopoles nationaux a été entamé, qui selon les secteurs est aujourd'hui plus ou moins abouti. Ce sont désormais les marchés locaux qui connaissent ce phénomène³ et cela provoque certaines résistances de la part des élus⁴.

La production de normes européennes concernant les services publics locaux se fait par ailleurs de plus en plus fréquemment. L'activité législative croissante et l'extension des compétences de la Communauté européenne ont amené les collectivités locales à connaître toujours plus souvent du droit communautaire dans leur action ; soit que ce droit soit transposé par l'Etat et donc appliqué par l'intermédiaire d'une norme nationale, soit qu'il s'applique directement lorsqu'il s'agit de certaines dispositions du Traité, d'un règlement ou d'une directive non transposée claire, précise et inconditionnelle. En parallèle, les processus de décentralisation interne, tels que la réforme de 2003-2004 en France et celle de 2001 en Italie confèrent de nouvelles responsabilités aux collectivités territoriales les amenant ainsi mettre en œuvre de plus en plus souvent le droit communautaire. Elles doivent ainsi mettre en œuvre les règles européennes qui tendent à éliminer les protectionnismes locaux, d'ouvrir à la concurrence ces marchés et d'assurer la libre circulation des services.

Cette relation apparaît cependant aux yeux de nombreux commentateurs inéquitable, du fait du manque de droits associés aux devoirs que génère le droit communautaire. Il convient donc de revenir sur le cadre juridique formel des relations entre la Communauté européenne et les collectivités locales.

- Communauté européennes et collectivités territoriales

Traditionnellement, les Etats membres sont les premiers destinataires du Traité puisqu'ils ont

³ Du moins la question apparaît elle plus souvent sur le devant de la scène car en réalité dès 1992, le Conseil d'Etat dans son rapport annuel avait pointé les « *interférences importantes* » entre le droit communautaire et celui des collectivités locales, Conseil d'Etat, « Le droit communautaire », *Rapport public 1992*, Paris, La Documentation française, 1993.

⁴ Cf. Par exemple la déclaration de Penny CLARKE, cadre responsable des administrations locales et régionales à la FSESP (Fédération syndicale européenne des services publics), « *Défendre les services publics locaux en Europe – Une directive-cadre pour les services publics* », colloque PES, Paris, 15 décembre 2006.

seuls la capacité d'engager la volonté de leurs populations et que leurs représentants sont les uniques signataires des accords. L'article 10 du Traité CE rappelle que ce sont eux qui sont en charge d' « assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. ». Dès lors ce sont également les seuls responsables en cas de manquement à leurs obligations, quand bien même la violation serait commise par une autorité locale. La Cour de justice a ainsi statué qu' « Il incombe à chacun des États membres de s'assurer que les particuliers obtiennent réparation du préjudice que leur cause le non-respect du droit communautaire, quelle que soit l'autorité publique auteur de cette violation et quelle que soit celle à laquelle incombe en principe, selon le droit de l'État membre concerné, la charge de cette réparation. Un État membre ne saurait, dès lors, invoquer la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités qui existent dans son ordre juridique interne pour s'exonérer de sa responsabilité à ce titre. »⁵. Ainsi dans le cadre d'un litige opposant la Commission à la France pour non respect des procédures d'attribution des marchés publics par un département, la Cour de justice a pu condamner cet Etat en manquement⁶. La notion d' « Etat membre » dans les normes communautaires et la jurisprudence de la Cour de justice comprend donc, comme en droit international public, celle de collectivité locale.

Ensuite, les normes de droit interne déterminent comment l'Etat obtient réparation du préjudice provoqué par l'action ou la carence des collectivités locales (par exemple, action récursoire en Autriche, inscription en dépenses obligatoires au budget des communes en France). Mais c'est surtout au niveau de la prévention que les autorités centrales interviennent à travers divers instruments qui vont du contrôle de légalité des actes locaux (France) au pouvoir de substitution (Autriche, Allemagne). En tout cas, le droit communautaire prime et a effet direct dans l'ordre juridique interne des Etats membres⁷. Il s'impose donc immédiatement aux autorités locales.

Dans l'autre sens, la relation apparaît également déséquilibrée. En effet, les collectivités locales

⁵ CJCE, 1er juin 1999, *Klaus Konle*, C302/97, point 62, rec. p. I-3099.

⁶ CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/France*, C-16/98, rec. p. I-8315 : application des règles du traité CE relatives aux marchés publics à propos de travaux d'électrification et d'éclairage public dans le département de la Vendée.

⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, Rec., p. 1141 et s. : le droit communautaire s'impose aux Etats membres comme aux individus. La primauté du droit communautaire est justifiée par la nécessité de l'appliquer de manière uniforme (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, Rec. P-1125), ce qui a pour conséquence que les normes nationales contraires sont inapplicables, CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, C-106/77, Rec. P 629.

ne disposent pas d'une capacité égale à celle des Etats membres pour contester les actes communautaires illégaux. Le recours en annulation est ouvert aux Etats membres, aux institutions communautaires et aux personnes physiques ou morales. Ces dernières doivent cependant, au contraire des premières, démontrer un intérêt à agir pour introduire un recours. Pour les collectivités locales, deux conditions s'imposent : démontrer la détention de la personnalité morale en vertu de la législation nationale et être destinataire de l'acte ou être directement et individuellement concerné. Ces deux éléments sont rarement réunis et les autorités locales se trouvent donc très limitées dans leur possibilité de contestation de l'action communautaire.

Enfin, la participation des collectivités locales au processus législatif communautaire est également réduite. Elles agissent principalement à travers deux organes : le Parlement européen et le Comité des régions. Pour ce qui est du Parlement, les collectivités agissent en pratiquant le lobbying auprès des députés. Cet activisme peut se révéler fructueux comme le montre l'exemple du règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs ; mais ce n'est pas toujours le cas. De plus, cette institution ne représente pas les collectivités locales mais rassemble plutôt la voix des différents acteurs de la société civile, des professionnels et de la vie locale. Le Comité des régions est au contraire spécialement dévoué à la représentation des intérêts de toutes les collectivités locales et régionales confondues, du Land au département, de la région à la commune, etc. Cependant le Comité des régions n'a qu'une fonction consultative, sur un nombre restreint de politiques : réseaux transeuropéens, cohésion économique et sociale, santé, éducation, culture dans un premier temps, puis politique de l'emploi, politique sociale, transports, environnement formation professionnelle, depuis le Traité d'Amsterdam. Enfin il faut mentionner le Conseil où se réunissent les représentants des Etats qui eux-mêmes suite aux débats nationaux rapportent la position de leurs autorités décentralisées.

Les collectivités locales sont donc tenues d'appliquer des normes qu'elles n'ont pas eu la possibilité de négocier mais surtout qu'elles ne peuvent pas contester en cas de litige. De ce fait, des commentateurs ont pu désigner les collectivités locales dans leurs rapports à la Communauté européenne, comme des « *sujets de second rang* »⁸ ou des « *quasi-sujets* »⁹.

8 Albert MABILEAU, dir. *A la recherche du local*, Paris, L'Harmattan, 1993

9 Emmanuel AUBER, « Les collectivités locales, "quasi-sujets" de droit communautaire ? », *Petites Affiches* 2008, n°72, p.3-6.

Cet état de la relation entre Communauté européenne et collectivités locales est en pleine évolution. Le droit européen n'est pas sourd aux revendications des collectivités locales sur la question du respect de leur autonomie et sur le poids de leurs obligations communautaires. La cause des autorités locales se fait de plus en plus entendre au rythme des réformes. L'introduction du principe de subsidiarité dans le Traité CE (jusqu'alors cantonné au domaine de l'environnement suite à son introduction dans l'Acte unique européen de 1986) et la création du Comité des régions, par le Traité de Maastricht de 1992 en sont une première illustration. Ensuite le Traité établissant une constitution pour l'Europe de 2004 introduisit plusieurs mesures favorables aux collectivités locales, qui ont été reprises par le Traité de Lisbonne. Ce dernier texte de 2007 contient ainsi de nombreuses dispositions favorables aux collectivités locales. Il renforce les pouvoirs du Comité des régions en lui conférant, comme en 2004, un recours contre les actes communautaires violant le principe de subsidiarité devant la Cour de justice. Dans ce contexte les parlements nationaux sont aussi impliqués dans la défense de la subsidiarité, au moyen d'un droit de saisine de la Cour de justice, par l'intermédiaire de leur gouvernement. Le deuxième protocole annexé au Traité de Lisbonne, est consacré aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, ce qui leur confère une portée majeure. Dans cette perspective, la mesure la plus remarquable est que la subsidiarité n'est plus seulement envisagée pour les rapports entre les institutions communautaires et les Etats nationaux mais elle est élargie et se réfère également aux collectivités locales. Enfin, l'article 1 paragraphe 5 du nouveau texte reconnaît pour la première fois dans le droit primaire, l'autonomie locale et régionale : « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». Cependant si l'Union européenne reconnaît ici expressément les compétences dévolues aux collectivités, la portée de cet article dépend largement de la valeur que chaque Etat confère à ces principes.

A cet égard, la France n'a ratifié que récemment la Charte européenne de l'autonomie locale¹⁰, rédigée par le Conseil de l'Europe, qu'elle avait pourtant signé dès 1985. Un projet de loi déposé en 2004 a été adopté par le Sénat le 17 janvier 2006 et a été adopté le 30 juin 2006 par les

¹⁰ Décret-loi n°2007-679 du 3 mai 2007, J.O. 5 mai 2007 p 7932.

députés. Mais l'Italie a été plus rapide et l'a ratifiée dès 1991¹¹. L'autonomie y est définie comme le « *droit et [...] la capacité effective des collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques* ». Toutefois, bien avant la Charte, les constitutions nationales de ces deux Etats comprenaient des mesures permettant de protéger l'autonomie locale¹².

Le Traité de Lisbonne introduit également la cohésion territoriale au rang des principes de la Communauté. Enfin, indirectement, les mesures élargissant les pouvoirs du Parlement européen dans le cadre de la procédure de codécision sur des domaines où les collectivités locales ont de nombreuses responsabilités et la reconnaissance du rôle essentiel des autorités régionales et locales dans la fourniture des SIEG, contribuent à la revalorisation des pouvoirs locaux dans l'Union européenne.

- Communauté européenne et service public

L'actualité constitutionnelle récente de l'Union européenne est donc plutôt positive pour les collectivités locales et leur place dans la pyramide institutionnelle communautaire est en pleine transformation.

Cette revalorisation des collectivités locales peut d'ailleurs être mise en parallèle avec l'émergence et le développement d'une conception positive des services publics. La prise en compte des situations locales signifie une considération plus poussée des intérêts des services publics et vice-versa. Comme nous le verrons, le droit communautaire a longtemps été indifférent aux services publics, abordés seulement sous leur aspect de service. C'est seulement dans les années quatre-vingt-dix que la Cour de justice et la Commission se sont penchées sur les SIEG, notion présente à l'article 86 § 2 du Traité et qui dans une certaine mesure correspond aux services publics dans leur acception générale.

¹¹ La Charte a été ratifiée par l'Italie le 11 mai 1990 et est entrée en vigueur le 1er septembre suivant.

¹² Art. 72 CF et art. 5 CI. La valeur juridique de la Charte est cependant discutée. Bien qu'il existe une procédure de traitement des requêtes de violation de l'autonomie locale, ce système est essentiellement politique et en limite la portée. Cf. Corneliu-Livu POPESCU, « Les requêtes devant le Conseil de l'Europe alléguant des violations de la Charte européenne de l'autonomie locale », *AJDA*, 29 décembre 2008, p2429.

En encadrant l'intervention des Etats dans l'économie, le droit communautaire affecte les services publics à plusieurs titres. Le droit communautaire tend à l'établissement d'un marché commun organisé autour de quatre libertés : la libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux et des services. Cette quatrième liberté est celle qui concerne au premier chef les services publics. La bonne application de ces normes a amené la jurisprudence à dégager plusieurs principes fondamentaux qui s'imposent aux autorités publiques : la transparence, la non-discrimination et l'égalité de traitement. Ces principes sont par ailleurs repris et développés en droit dérivé. Ainsi les directives européennes sur les marchés publics prévoient une série de mécanismes procéduraux pour les achats publics qui assurent leur respect. La publication des offres et la mise en concurrence en sont les principaux instruments. L'égalité de traitement et l'ouverture des marchés légitiment aussi la règle de l'incompatibilité des aides d'Etat avec la Marché commun, tel que l'article 88 Traité CE la formule. A travers toutes ces normes, le régime des services publics se trouve encadré par la Communauté européenne. Les décisions des autorités nationales, régionales et locales en matière de subventions aux entreprises locales, de délégation des services, de définition des obligations des opérateurs locaux doivent en conséquent respecter les principes communautaires. Or cet encadrement tend à modifier les pratiques locales.

Pourtant le droit communautaire est en principe neutre pour ce qui est du caractère privé ou public des entreprises à travers lesquelles les Etats membres interviennent dans le secteur économique. L'article 295 du Traité CE dispose que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Cela signifie donc en matière de service public que l'opérateur à qui est déléguée la gestion du service peut être public ou privé. Cette neutralité permet au droit communautaire de dépasser la diversité des situations et de s'imposer partout. De plus, le principe de neutralité semble avoir développé récemment un avatar à travers le principe de respect de la diversité. Ainsi, le Protocole n°9 du Traité de Lisbonne dispose que cette diversité des SIEG fait partie des valeurs communes de l'Union européenne¹³. En tout cas, l'article 295 Traité CE vise à proclamer la neutralité idéologique des institutions communautaires quant aux modes de gestion des activités économiques. L'article 86 Traité CE établit clairement

¹³ Art. 1 Protocole n°9 du Traité de Lisbonne : « *Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment:[...] - la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes* »

que les entreprises publiques et privées font l'objet du même traitement¹⁴. Les articles 295 et 86 du Traité signifient donc que le droit communautaire encadre uniquement les modalités d'exécution du service public et non le statut du gestionnaire.

Le droit communautaire semble donc à l'aube d'une nouvelle époque où autonomie locale, service public et diversité de gestion sont des valeurs promues par les institutions. Le rapport entre droit communautaire et service public local s'intensifie et se transforme. Il est nécessaire pour apprécier ce phénomène d'observer comment jusqu'à présent ces deux éléments se sont confrontés et influencés.

II – Problématique

Nous nous interrogerons sur l'impact que le droit communautaire a effectivement sur les services publics locaux. Une première problématique porte sur les conséquences de l'intervention communautaire dans le domaine économique au niveau local. Les principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement que la Communauté européenne promeut et les règles qui les mettent en œuvre (publicité, appel d'offres, aides d'Etat) harmonisent les procédures de délégation des services publics. Se dégage-t-il alors un modèle uniforme privilégié de gestion des activités d'intérêt général ? Dans quelle mesure un tel modèle, s'il existe, correspond et est compatible avec les pratiques locales dont la diversité des modes d'intervention est à la mesure du nombre de collectivités locales en Europe¹⁵ ? Les collectivités locales adaptent-elles leur gestion des services publics aux règles européennes ? De quelle marge de liberté disposent-elles pour s'en écarter ?

De ces questions découle une autre problématique, plus politique que la première. Elle reprend l'interrogation classique, « la forme détermine-t-elle le fond ? ». A travers l'ensemble des normes de procédure imposées par le droit communautaire pour mettre en œuvre les principes de

¹⁴ Art. 86 Traité CE : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus. »

¹⁵ On comptabilise près de 92 000 collectivités locales en Europe en incluant les régions. Chiffres 2008 Dexia et CCRE (Conseil des communes et régions d'Europe).

transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, la substance des activités ne se trouve-t-elle pas prédéterminée ôtant ainsi tout pouvoir aux collectivités pour définir des politiques propres et motivées par les circonstances et l'intérêt locaux ? Ainsi par exemple en matière de transports, le droit communautaire tend en effet à réguler de façon de plus en plus détaillée les contrats ainsi que leurs modes et critères d'attribution. Dès lors, quelle marge de manœuvre laisse l'encadrement communautaire aux autorités politiques pour agir et définir des politiques propres en la matière? Comment garantir l'intérêt général et l'adapter aux circonstances locales dans un cadre formel? Les procédures imposées n'affectent-elles pas institutionnellement et matériellement les services publics locaux ?

La crainte et la plainte de nombre de collectivités locales est justement que ces normes communautaires laissent peu d'espace pour la politique et l'appréciation des circonstances, privant ainsi les collectivités locales de leur autonomie, pourtant garantie dans un certain nombre d'Etats membres par la Constitution. Le droit communautaire reconnaît toute liberté aux Etats au niveau des procédures et institutions pour satisfaire les buts qu'il impose. Tant que l'effet utile des règles communautaires est garanti, la Communauté s'en tient au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres¹⁶. Cependant il apparaît qu'à travers l'application des règles communautaires, les collectivités locales perdent la capacité effective de gérer leurs affaires propres. La menace de sanctions par les juges pour le non respect de leurs obligations ou l'extrême détail des règles applicables, les contraignent en pratique à suivre certaines pratiques plutôt que d'autres. Le développement du concept de SIEG et de la réglementation communautaire dans ce domaine accroît ce phénomène. A travers les conditions d'exercice du service imposées aux opérateurs, la Communauté européenne peut se substituer dans une certaine mesure aux élus locaux.

Il existe donc ici un problème de conciliation entre le principe de l'autonomie locale inscrit dans la constitution de plusieurs Etats membres et le droit communautaire, neutre en principe mais qui

¹⁶ « Sous cette réserve, le droit communautaire n'impose aux États membres aucune modification de la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités publiques qui existent sur leur territoire. Dès lors que les modalités procédurales existant dans l'ordre interne permettent une protection effective des droits que les particuliers tirent de l'ordre communautaire sans qu'il soit plus difficile de faire valoir ces droits que ceux qu'ils tiennent de l'ordre juridique interne, les exigences communautaires se trouvent satisfaites. » CJCE, 1er juin 1999, Klaus Konle, C302/97, point 63, rec. p. I-3099.

à travers son activité réglementaire affecte les structures et pratiques traditionnelles d'organisation des services publics locaux. Le conflit est a priori simple à résoudre puisque le droit communautaire sous toutes ses formes prime sur le droit national¹⁷, y compris sur les normes constitutionnelles¹⁸. Cependant cela pose certainement un problème de légitimité politique et d'efficacité. Il s'agit de reconnaître le rôle d'exécutant mais aussi le caractère éminemment démocratique des collectivités locales. L'efficacité de l'action communautaire est d'ailleurs conditionnée par cette reconnaissance puisque les collectivités sont des acteurs fondamentaux dans la bonne mise en œuvre des normes adoptées par les institutions. La coopération des Etats apparaît également essentielle puisqu'elle permet le contrôle de la bonne application de ces normes au niveau local. Il est donc nécessaire de définir un système de gouvernance multiniveaux qui permettrait de concilier deux principes a priori antagonistes : la neutralité communautaire et l'autonomie locale. Une telle définition permettrait de neutraliser les critiques sur le potentiel impact du droit communautaire au niveau local et sur les transformations qu'il entraîne.

Une première option est d'associer plus amplement les collectivités locales au processus législatif donnant ainsi un caractère plus légitime aux règles adoptées et favorisant leur bonne application.

Une seconde option est de prendre en compte le rôle des autorités décentralisées et de renforcer la subsidiarité. Or ce mouvement, comme nous l'avons vu, a déjà débuté. La nouvelle mission des institutions européennes sera donc de trouver le juste équilibre entre le principe de subsidiarité et les principes de libre circulation des services et libre concurrence, sur lesquels sont fondés la plupart des obligations imposées aux collectivités locales.

Il paraît alors d'autant plus utile de mesurer le réel impact du droit communautaire au niveau local. Les services publics sont l'une des meilleures expressions de l'autonomie des collectivités locales, ce qui justifie de se concentrer sur leur cas¹⁹. Dans le cadre des responsabilités que leur attribue la loi ou la constitution, elles peuvent prendre les décisions qui leur paraissent les plus adaptées aux besoins locaux. Les services publics locaux peuvent aussi être le fait d'un droit

¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, Rec., p. 1141 et s.

¹⁸ CJCE, 22 juin 1965, Ordonnance *San Michele/Haute Autorité*, n° 9/65, Rec. 1967 p1125.

¹⁹ Cf. Recommandation N° R (97) 7 sur les services publics locaux du Conseil de l'Europe : « *Les services publics locaux sont une des dimensions essentielles de l'autonomie locale, dont ils permettent l'affirmation concrète et mesurent le développement réel* ».

général à agir sur les affaires locales telle que l'autorise en France la clause générale de compétence²⁰ ou de compétences en partie énumérées par le législateur comme en Italie. Les collectivités locales peuvent déterminer comment sera organisé le service, qui le mettra en œuvre (elle-même, un organisme qui lui est attaché, un tiers) et dans quel cadre contractuel.

L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux peut dès lors s'apprécier au niveau du service, dans les transformations de son organisation, au niveau de la collectivité elle-même dans l'exercice de ses compétences et l'influence dont elle dispose, mais aussi dans les rapports entre collectivités. La réorganisation des services passent parfois par la nécessité de confier à des entités plus grandes la gestion du service, ce qui favorise ainsi la délégation à des groupements de communes voire à la collectivité supérieure. La question de la coordination des compétences se pose aussi. Ainsi par exemple en Italie la compétence législative de l'Etat en matière de concurrence se heurte parfois à la compétence législative de la région et l'activité de cette dernière ôte quelquefois des moyens d'action aux collectivités inférieures.

Ainsi pour résumer, l'impact consiste en l'effet produit par l'intégration du droit communautaire dans les Etats sur les services publics locaux.

Trois catégories d'impact peuvent être distinguées :

²⁰ L'existence de cette clause est néanmoins discutée en doctrine. Pour un article en contestant la pertinence : J.-P. PASTOREL, « Collectivités territoriales et clause générale de compétence », RDP, 2007, p. 51. De même le rapport LAMBERT de novembre 2007 sur les rapports entre Etat et les collectivités territoriales propose de la supprimer au profit de l'attribution de compétences spéciales. Cf. Gilles LE CHATELIER, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 9 février 2009, p186.

Impact nul ou renversé	<p>Le droit communautaire n'a aucune influence sur le schéma classique d'organisation des services publics locaux.</p> <p>Cette absence d'effet peut être le fait de la préexistence en droit national de normes correspondantes aux nouvelles mesures communautaires. Elles ont alors parfois même été source d'inspiration pour les institutions européennes et les ont influencées.</p>
Impact moyen	<p>Le droit communautaire suscite une réforme nationale qui est également portée par des dynamiques internes.</p> <p>Le droit communautaire est d'ailleurs parfois l'objet d'une instrumentalisation par les réformateurs qui y voient un moyen d'éviter les oppositions que les nouvelles normes pourraient provoquer. Il peut aussi être instrumentalisé par les collectivités territoriales pour justifier des mesures que le droit national ne reconnaît ou n'autorise pas encore.</p>
Impact fort	<p>Le droit communautaire bouleverse l'organisation traditionnelle des services publics locaux en introduisant de nouvelles règles et formes juridiques, inappliquées jusqu'alors.</p> <p>Ces normes suscitent souvent une certaine résistance ou sont difficiles à insérer dans le système en place et sont de ce fait mises en œuvre en général après une condamnation de la Cour de justice ou une mise en demeure de la Commission.</p>

L'impact varie certainement d'un secteur à l'autre ainsi qu'en fonction de l'Etat en cause. Les observations méritent donc d'être appréciées dans leurs contextes.

Pour mesurer l'impact du droit communautaire sur les services publics locaux, nous nous concentrerons sur deux Etats : la France et l'Italie, et un secteur : les transports publics de voyageurs.

Par ailleurs, notre attention portera particulièrement sur le cas des communes, unité décentralisée la plus ancienne et la plus petite. Ces caractéristiques en font un noyau de la démocratie du fait de leur proximité aux citoyens. En Europe, les communes ont joui assez tôt d'une certaine autonomie, légitimée par leur organisation démocratique, un conseil élu et un exécutif dont le chef est élu par le Conseil municipal (France) ou directement par les citoyens (pour les communes de plus de 15 000 habitants en Italie). Leurs compétences sont étendues et couvrent tous les domaines touchant au bien être de la population sauf si une réserve légale les a confiées à une autre collectivité.

III – Le choix des transports publics de voyageurs

Les transports ont la particularité d'être une compétence de la Communauté européenne qui sur la base de l'article 71 du Traité CE est responsable de la mise en place d'une politique commune dans ce secteur. Cette politique commune échappe au droit commun de la libre prestation des services de l'article 51 Traité CE. Il s'agit d'une compétence concurrente, partagée avec les Etats membres. C'est le seul service public pour lequel les institutions communautaires ont une telle autorité. Dans les autres services de réseau, elles sont intervenues par la méthode de l'harmonisation communautaire sur la base de l'article 95 du Traité. Mais l'importance du secteur des transports pour la Communauté est évidente, notamment pour la garantie de la libre circulation des personnes, des marchandises et des services. En dépit de cette compétence expresse, cette politique commune a connu des blocages : bien que les Etats aient accepté lors de la signature du Traité CE de partager leur pouvoir sur cette question, la politique commune est restée pendant longtemps bloquée au Conseil²¹. Aujourd'hui la politique commune est une réalité. De grandes avancées ont été réalisées et sont en cours : réseaux transeuropéens, libéralisation des secteurs aériens et maritimes, droits des usagers, à tel point qu'on évoque un véritable « droit européen à la mobilité »²².

²¹ Cf. infra notamment le recours du Parlement européen devant la Cour de justice contre le Conseil en 1981.

²² Cf. Maurizio MARESCA, « The access to the Service of general interest (SGIs), fundamental right of European Law and the growing rôle of users' rights », Working paper, 10th International Consumer Law Conference, *Privatisation, De(Re)regulation and the Consumer Interest*, Lima, May 4-5 2005.

D'un point de vue sémantique, il est l'unique domaine dans lequel les institutions emploient l'expression « service public »²³. C'est avant tout dans le Traité qu'elle apparaît, à l'article 73 qui évoque les « *servitudes inhérentes à la notion de service public* ». Elle se trouve ensuite dans le règlement n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable et dans le règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transports par chemin de fer et par route. L'intérêt public est évident. Les transports assurent la cohésion sociale, économique et territoriale de la communauté permettant à chacun de se rencontrer et de produire ensemble. Il s'agit d'un service essentiel fourni collectivement aux individus pour le bien général. Le caractère particulier de service public est donc pleinement reconnu à l'activité et de fait l'article 73 pose une dérogation aux règles générales du Traité (puisque'il autorise le versement de subventions publiques) justement pour prendre en considération cette particularité. Cette disposition ainsi que tout le titre consacré aux transports, s'applique aux transports terrestres c'est-à-dire les transports par chemin de fer, par route et par voie terrestre.

Cela nous amène donc à exclure de l'étude, les transports aériens et maritimes. La part de responsabilités des collectivités locales y est limitée alors que pour les transports ferroviaires et terrestres, les régions et les autorités locales inférieures ont un rôle fondamental.

Par ailleurs, les transports publics territoriaux contribuent de manière importante au débat général sur les SIEG notamment car les collectivités publiques y agissent comme entrepreneur et régulateur.

Parmi les mesures qui existaient déjà dans le domaine terrestre, figurait le Règlement n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, qui fera l'objet d'une étude approfondie en première partie. Ce texte concrétise la notion d' « *obligations de service public* » inspirée par l'article 73 du Traité CE.

²³ Si l'on exclut la référence exceptionnelle faite dans le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres annexé au Traité d'Amsterdam : « *Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion* »

Cette une première contribution importante à la théorie générale des SIEG. En effet, la Cour de justice n'utilise pas d'autre élément pour identifier un SIEG. De même, la notion a été ensuite étendue à d'autres secteurs tels que l'électricité et le gaz. Les discussions qui ont accompagné l'adoption du règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transports par chemin de fer et par route, ont également soulevé toute une série de discussions qui se retrouvent dans le débat général sur les SIEG (contrats de service public, procédure de délégation des services, gestion « in-house ») De même, l'arrêt *Altmark* qui règle la question du financement des services publics concernait un service de transports publics local de voyageurs. Aussi le secteur des transports publics apparaît très intéressant pour la contribution qu'il apporte à l'appréciation de la question plus générale des SIG et de leur régime.

Le caractère de service public des transports publics est d'ailleurs largement admis par les institutions communautaires. Au premier considérant du règlement n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n°1191/69, le législateur communautaire reconnaît explicitement « *l'intérêt public spécifique des services de transport* » lequel « *peut justifier que la notion de service public s'applique dans ce domaine* ». Cette assertion résume bien l'intérêt que la question des transports publics locaux de voyageurs peut avoir pour la problématique plus générale du rapport entre droit communautaire des services d'intérêt général et droit local du service public.

Souvent les transports publics de voyageurs constituent une compétence locale et selon le territoire desservi, communale. Nombre de communes européennes ont traditionnellement la responsabilité de ce service qui doit permettre aux usagers de se rendre à leur foyer, à leur travail ou sur les lieux publics ou de commerce. En revanche pour les déplacements interurbains ou sur un territoire plus étendu la collectivité compétente varie d'un Etat à l'autre. Les compétences des autres collectivités sont souvent le fruit d'une dévolution législative par l'Etat central aux échelons intermédiaires à des fins d'organisation du territoire. Le mode de transport peut alors être déterminant dans la division des responsabilités.

Le service de transports publics a été qualifié de SIEG par la Cour de justice²⁴ et par conséquent,

²⁴ On peut le déduire par exemple du très fameux arrêt *Altmark* de 2003 (CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*

les règles du Traité s'appliquent aux autorités responsables. Parmi les questions soulevées dans ce secteur, se trouvent celle des aides d'Etat, car ce service, qui connaît des investissements lourds, de nombreuses obligations de service public et de faibles revenus, ne peut se maintenir sans subvention publique. L'une des caractéristiques majeures du service de transports publics de voyageurs est en effet son caractère déficitaire. Le prix perçu sur les usagers ne permet pas de couvrir les coûts du service, spécialement lorsqu'il s'agit par exemple de transporter un petit nombre de personnes d'une zone rurale isolée à un centre ville. Dès lors, il n'est pas possible de laisser le jeu du marché se faire car cela entraînerait une raréfaction des lignes, des fréquences et une hausse des tarifs. Seules les heures et dessertes les plus denses seraient assurées. L'intervention de l'autorité publique est nécessaire pour couvrir ce déficit. Ainsi l'opérateur peut dans une certaine mesure assurer la continuité du service, l'égalité des usagers en pratiquant des tarifs favorables aux populations les plus défavorisées et l'adaptation de l'activité aux circonstances locales par le biais d'investissements.

Il est donc difficile de concilier les exigences du service public et les principes communautaires de libre jeu du marché et concurrence équitable. La principale violation concerne les règles sur les aides d'Etat et c'est d'ailleurs dans ce domaine que le législateur communautaire a initié son action²⁵. Les transports publics locaux se caractérisent également par leur caractère monopolistique justement pour compenser le déficit du service. L'autre question essentielle au regard du droit communautaire est donc l'assurance du respect de règles équitables et transparentes d'attribution du contrat.

Les transports publics constituent donc une illustration très pertinente de la tension entre service public et concurrence. Cette question anime et traverse tous les débats sur les services d'intérêt général.

Les particularités du service ont amené les institutions communautaires à adopter un système original pour les prendre en compte et maintenir un équilibre entre le service public et la libéralisation du marché. Ni tout-à-fait ouvert, ni tout à fait fermé, le marché fait en fait l'objet de

GmbH, C-280/00, Rec. I-7747).

²⁵ Décision du Conseil de 1965, puis règlements 1191/69, 1107/70.

concurrence pour soi, mais non en son sein. La concurrence pour le marché est apparue comme le meilleur moyen de concilier les intérêts en jeu et correspond en fait au système pratiqué par nombre d'Etats (en France notamment). En plus de la concurrence pour le marché, les interventions des autorités publiques sont strictement encadrées par des mesures de transparence au premier rang desquelles se trouve le principe de contractualisation.

Souhaitant étudier plus particulièrement la gestion du service par les communes, notre étude n'abordera pas directement les règles concernant le transport ferroviaire, qui atteignent les régions. Les paquets ferroviaires ne feront donc pas partis du champ d'étude si ce n'est à titre comparatif quand nécessaire.

Le transport de marchandises ne sera également pas traité. Il a fait l'objet de normes particulières et s'est libéralisé plus tôt. Si le règlement n°1191 de 1969 portait sur le transport de marchandises comme sur les voyageurs, le dernier règlement n°1370 de 2007 qui concerne les transports publics locaux, les exclut.

Le développement de la politique commune des transports

Pour bien évaluer l'impact des normes que nous étudierons, c'est-à-dire les règlements n°1191/69, n°1893/91 et n°1370/2007, il convient de les situer dans le contexte historique de la politique commune de transports. Celle-ci a connu des débuts difficiles. Après-guerre les transports par route et ferroviaires apparaissent comme des facteurs déterminants des stratégies économiques et défensive nationales. Les Etats sont donc peu enclins à harmoniser leurs règles et faire avancer la politique commune.

Paradoxalement, bien que dès 1957, la politique commune des transports soit désignée comme l'une des actions à mener par la Communauté (art. 3 f), le législateur communautaire n'a adopté qu'un premier ensemble de règles au tournant des années 70, puis a largement abandonné la matière. De ce fait la politique de libéralisation des transports terrestres a connu un long développement et le processus ne fut relancé qu'en 1985 suite à la condamnation du Conseil par la Cour de justice, pour carence. Aujourd'hui une véritable politique commune des transports a

été mise en place à travers l'harmonisation des règles relatives au service et la constitution de réseaux transeuropéens (titre XV du traité).

Dans les années 60-70 la route connaît un vive essor et concentre l'essentiel de l'action de la Communauté. L'objectif se fixe sur le transport de marchandises dont le marché doit être libéralisé. Ensuite, l'accès au marché international du transport de voyageurs a été libéralisé par le règlement (CEE) n° 684/92 du Conseil, du 16 mars 1992, établissant des règles communes pour les transports internationaux de voyageurs effectués par autocars et autobus²⁶.

Les transports par chemin de fer sont une bonne illustration des principes et objectifs que la Communauté européenne cherche à promouvoir dans sa politique commune sur les transports. Les initiatives législatives communautaires visant à encourager une certaine indépendance commerciale des chemins de fer, du moins au plan de la comptabilité, remontent aux années 1970²⁷. En 1985, l'application de la directive relative à la transparence a été étendue de manière à englober les entreprises des secteurs ferroviaire, routier et fluvial, ce qui a imposé, entre autres, une transparence accrue dans la comptabilité des entreprises ferroviaires²⁸. Cependant, la véritable libéralisation du secteur a commencé en 1991 avec l'adoption de la directive 91/440/CEE²⁹ du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires. Cette directive visait à rendre le réseau ferroviaire plus efficace et à l'intégrer dans un marché concurrentiel. Elle prévoyait l'indépendance de gestion des entreprises du secteur, la séparation comptable de l'exploitation et de l'infrastructure (et, facultativement, la séparation gestionnaire), une amélioration de la structure financière des chemins de fer grâce à une réduction de leur endettement historique, et l'octroi obligatoire de droits d'accès et de transit aux regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires et aux entreprises de chemin de fer engagées dans le transport combiné de marchandises. Mais il s'avéra que certaines dispositions des directives

²⁶ JO L 74 du 20.3.1992, p. 1.

²⁷ Décision du Conseil, du 20 mai 1975, relative à l'assainissement de la situation des entreprises de chemin de fer et à l'harmonisation des règles régissant les relations financières entre ces entreprises et les États (JO L 152 du 12.6.1975, p. 3).

²⁸ Directive 85/413/CEE de la Commission, du 24 juillet 1985, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 229 du 28.8.1985, p. 20).

²⁹ JO L 237 du 24.8.1991, p.25.

ferroviaires du Conseil étaient trop vagues pour être efficaces. En particulier, elles n'assuraient pas aux entreprises ferroviaires de pouvoir réellement faire usage des droits d'accès créés par la directive 91/440/CEE. Après des études approfondies, la Commission a réagi en élaborant une série de propositions qui renforcent certains des éléments de la directive, étendent le régime des licences à toutes les entreprises ferroviaires de la Communauté et établissent des règles et des procédures claires pour la fixation des redevances et la répartition des capacités. Cet ensemble, connu sous le nom de «paquet Infrastructure»³⁰, a été adoptées en février 2001³¹. Un second paquet ferroviaire a été établi principalement sur la base de la directive 2001/12³². Les transports de voyageurs demeurent exclus. Cette norme reprend le principe de séparation entre activités de gestion de l'infrastructure et activités de transport. La gestion de l'infrastructure est confiée à une entité distincte et impose la création d'organismes autonomes pour gérer les problèmes d'accès au réseau ou de non discrimination face aux redevances d'utilisation d'infrastructures. Enfin un troisième paquet a été récemment adopté. Il est constitué de trois mesures : le Règlement (CE) no 1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires qui fixe des standards minimums de qualité pour les passagers de toutes les lignes ainsi que des droits particuliers pour les voyageurs longue distance, la Directive 2007/58/CE modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, qui ouvre les droits d'accès pour les services de transports internationaux ferroviaires de passagers y compris le cabotage avant 2010 et la Directive 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la certification des conducteurs de train assurant la conduite de locomotives et de trains sur le système ferroviaire dans la Communauté³³ pour faciliter la circulation sur le réseau. Ces normes visent à revitaliser le secteur ferroviaire et à aborder la question des usagers de ce mode de transport.

³⁰ [15] COM(98) 480 final adopté par la Commission le 22 juillet 1998, JO C321 p.6 du 20.10.1998, et proposition modifiée COM(99)616 final adopté par la Commission le 25 novembre 1999 ; proposition de directive du Conseil modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires ; proposition de directive du Conseil modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires ; proposition de directive du Conseil concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

³¹ Directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE

³² JOUE L 75 15 mars 2002, et aussi directives 2001/13 et 2001/14 complémentaires.

³³ JOUE L 315 3 décembre 2007

Aucune de ces normes ne concernait les transports locaux mais à travers les règles sur le transport ferroviaire, un certain nombre de principes se sont développés dans le secteur plus général des transports publics. Cependant la difficulté à les introduire au niveau local où les transports sont par ailleurs essentiellement routiers a amené les institutions communautaires à considérer leur cas particulier. Nous verrons ainsi qu'en 2000, la Commission avança une proposition visant à réglementer ce secteur. Elle suscita de vives réactions et ce n'est qu'en 2007 qu'un compromis fut atteint et que le règlement n°1370/2007, sur lequel nous concentrerons notre étude ; fut finalement adopté.

Les transports publics, un modèle de gouvernement multi-niveaux

La politique communautaire des transports apparaît de plus comme un modèle de gouvernement ou (selon la terminologie courante) de « gouvernance » pour l'Union européenne, du fait de la pluralité des intérêts en présence.

En effet, il est notable que la première relation a considéré et géré est celle des institutions entre elles. Les rapports ont parfois été conflictuels. Vu la frilosité des Etats membres, le Parlement européen a ainsi poursuivi le Conseil devant la Cour de justice pour sa carence. Il s'est fondé sur l'article 232 du Traité qui autorise les Etats membres et institutions de la Communauté à saisir la Cour de justice lorsque le Parlement, le Conseil ou la Commission s'abstiennent de statuer. Il est nécessaire pour cela de caractériser une obligation d'agir, c'est-à-dire d'identifier une obligation d'adopter un acte (compétence liée). En l'espèce, il s'agissait de voir si les dispositions du Titre V du Traité avaient ce caractère contraignant. Dans son arrêt du 22 mai 1985³⁴, la CJCE se prononce de manière nuancée. Pour ce qui concerne, la politique commune des transports l'obligation d'en fixer le cadre est assez lâche et le Conseil ne peut être condamné pour carence en ce domaine. En revanche pour ce qui est de la libre prestation des services dans ce secteur, principe fondamental du droit communautaire, l'obligation est clairement posée par le Traité à l'article 51. La Cour a donc condamné le Conseil pour ne pas avoir mis en œuvre de principe dans le domaine des transports internationaux et pour ne pas avoir fixé les conditions requises pour permettre l'admission des transporteurs non résidents aux transports nationaux dans un État

³⁴ CJCE, *Parlement européen c. Conseil*, aff. 13/83, Rec. 1513

membre. La Cour a observé que ces mesures auraient dû être prises au 31 décembre 1969 et a demandé au Conseil de les adopter dans un délai raisonnable. L'effet direct des articles 49 et 50 n'est cependant pas reconnu et doit faire l'objet d'une norme spécifique du Conseil dans le cadre établi pour la politique des transports, par le Traité. Les juges ont par la même occasion rappelé l'objectif fondamental de libéralisation de ce secteur. Dans la même veine, les propositions insatisfaisantes de la Commission, ont amené le Parlement européen et le Conseil à en bloqué l'avancée.

La seconde relation, entremêlée à la première est celle de la Commission avec les Etats, à travers le Conseil. Comme vu, à plusieurs reprises les Etats ont freiné l'adoption des textes qui affectaient leur propre système de transports.

Enfin à travers le Parlement européen, lors des discussions sur le règlement n°1370/2007, les collectivités territoriales ont largement fait entendre leur voix, faisant reculer la Commission sur nombre de points avancés dans ses propositions de 2000 et 2002. Lors de ces négociations, les opérateurs et nombre d'acteurs de la société civile (usagers, associations de protection de l'environnement, syndicats) ont également contribué à la révision des premiers projets. Les enjeux sensibles du secteur ont donc suscité entre les institutions elles-mêmes et avec les Etats membres, des tensions. Elles ne parlent pas toutes d'une même voix, ce qui illustre la variété des intérêts en présence : institutions, opérateurs, collectivités locales, usagers.

Le règlement n°1370 de 2007 est donc l'occasion d'étudier de plus près le rapport entre le droit communautaire et le droit local, dans une perspective institutionnelle et matérielle.

Les transports publics locaux, un secteur pilote pour l'ouverture des marchés locaux

Les transports publics ont par ailleurs constitué un secteur pilote tant au niveau des Etats qu'au niveau de la Communauté européenne.

En Italie, la réforme des services publics locaux a débuté par la révision du cadre législatif du secteur des transports publics (introduction de l'appel d'offres, contractualisation, division comptable...) ³⁵. La réforme des transports publics locaux a donc accompagné la refonte du cadre général. Cette précocité a même amené le législateur à pousser la libéralisation du secteur plus loin que ne le fait le législateur communautaire dans le nouveau règlement n°1370/2007.

Au niveau de la Communauté européenne, les transports publics constituent une première tentative de libéralisation directe d'un service public local. Au départ, les transports publics locaux sont exclus du règlement n°1191/69. Cette exclusion constitue cependant une démarche remarquable puisqu'elle considère et met en lumière le cas spécial des services publics locaux. Le lien entre le droit communautaire et le droit local est posé. De plus, le caractère progressif et extensible de la libéralisation des marchés suggère que l'exception n'est pas vouée à perdurer. Lors de la révision du règlement en 1991, la dérogation est maintenue mais dans une moindre mesure puisque les transports urbains, suburbains et régionaux sont en principe soumis au règlement mais les Etats membres peuvent les écarter de son application. Nous aborderons ces questions dans le chapitre 1 du Titre II. Enfin en 2000 lors de la nouvelle proposition de révision du règlement n°1191/69, les transports publics locaux ne font plus du tout l'objet d'un traitement particulier. Ils sont subordonnés au même régime que tous les transports terrestres en matière d'aides d'Etat et de procédure d'attribution des contrats. Ce pas en avant a été mal accueilli. Les collectivités locales ont opposé leur autonomie aux mesures, il est vrai, très détaillées que la Commission souhaitait imposées. Ce n'est qu'après sept ans de négociations et le recul de la Commission sur plusieurs points qu'un accord a été trouvé ³⁶. Nous verrons ces questions dans le titre IV de notre étude.

Les transports publics locaux, un secteur d'actualité

³⁵ Decreto Legislativo 19 novembre 1997, n. 422 , « Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59 », GU n. 287 del 10 dicembre 1997.

³⁶ 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, JO 03/12/07.

Au niveau communautaire, plusieurs normes majeures concernant les transports ont été adoptées récemment.

Ainsi, le règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, a été adopté le 23 octobre 2007 après sept ans de procédure législative.

Le même jour le règlement n° 1371/2007 qui complète le troisième paquet ferroviaire a également été adopté. A la manière du règlement du 11 février 2004 dans le transport aérien³⁷, il fixe les droits des passagers des transports ferroviaires en cas de retard, annulation ou accidents pendant l'utilisation des services. Il est l'un des trois documents composant le troisième paquet ferroviaire adopté en 2007 et soutient l'émergence d'un droit à la mobilité européen.

En ce qui concerne la terminologie, nous emploierons trois expressions pour désigner le même service :

- transports collectifs locaux
- transports publics locaux
- transports urbains

La première met en exergue les destinataires du service, à savoir les usagers d'une collectivité ce qui met ainsi en valeur le caractère public du service. La seconde insiste sur la délimitation territoriale du service. Il s'agit des services infra-étatiques. La troisième qui s'insère en quelque sorte dans la seconde fait référence à un territoire précis, plus limité que le territoire local (elle concerne les agglomérations principalement) et qui implique des problématiques et politiques qui dépasse la simple question du service public de transport. Sur ce point, nous verrons que les législateurs français et italien n'ont pas suivi la même approche puisque le premier se réfère aux transports urbains pour désigner les transports collectifs communaux alors que le second s'en tient à la plus vaste expression de transports publics locaux. En dépit de cette différence d'approche nous nous intéresserons en particulier aux transports urbains car ce service public de compétence communale au départ a progressivement suscité toute l'attention des législateurs

³⁷ Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, JOUE L 46 du 17.02.2004.

nationaux et du législateur communautaire depuis récemment³⁸.

IV – Le cadre institutionnel des services publics locaux : l'organisation administrative en France et en Italie

Notre choix d'étude s'est porté sur les cas français et italien pour des raisons linguistiques et pratiques dans un premier temps. La comparaison s'est dans un second temps révélée tout à fait pertinente.

Ces deux Etats connaissent deux types de décentralisation très différentes et riches en enseignements. Nous verrons que dans un Etat très décentralisé comme l'Italie l'expansion du droit communautaire a renforcé un phénomène interne latent de confiscation des tâches nationales en faveur de l'échelon régional ; la revalorisation du rôle des régions semble sensiblement affecter par ailleurs la place et le rôle des communes dont les fonctions administratives et le pouvoir réglementaire doivent ainsi se conformer aux orientations de deux échelons majeurs de gouvernement. En France, l'organisation administrative s'est largement développée autour de la commune et le phénomène constaté est ici plus celui du développement de la coopération intercommunale pour faire face aux obligations de plus en plus techniques d'origine nationale et communautaire, notamment car les régions n'ont jamais été un échelon majeur de l'organisation administrative. Les régions françaises bénéficient cependant elles aussi d'un transfert de responsabilités d'origine communautaire.

De plus, la France et l'Italie ont deux conceptions également très divergentes du service public. D'un point de vue conceptuel, la position italienne paraît plus proche de l'approche des institutions communautaires vis-à-vis des SIEG que la conception valorisante française. Cependant sur un plan organisationnel, nous verrons que le caractère protecteur de la notion de service public n'a pas empêché la France au niveau local de correspondre en grande partie aux

³⁸ Cf. le livre vert de la Commission européenne sur la mobilité urbaine du 25 septembre 2007 – COM(2007)551.

modèles promus par les institutions communautaires alors que l'Italie s'est vu contrainte à des grandes vagues de réformes pour satisfaire aux exigences européennes de libre concurrence et de libre prestation des services.

Dans ce travail, nous emploierons pour nous référer aux communes, à leurs groupements, aux départements et provinces, ainsi qu'aux régions l'expression de « *collectivités territoriales* », consacrée depuis la réforme constitutionnelle française de 2003. En revanche lorsque les régions ne sont pas concernées nous nous en tiendrons aux termes plus classiques de « *collectivités locales* », qui sont par ailleurs fidèles à la terminologie italienne d' « *enti locali* »³⁹.

En France, « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer* » (art. 72 Constitution). Toutes les catégories de collectivités sont donc placées sur un même niveau constitutionnel et ne se distinguent pas. En Italie, « *la République se compose des Communes, des Provinces, des Villes Métropolitaines, des Régions et de l'État. Les Communes, les Provinces, les Villes Métropolitaines et les Régions sont des entités autonomes* » (art. 114 CI). Cependant les régions sont une entité qui n'entre pas dans la catégorie des collectivités locales. Ainsi l'article 123 CI, établit le Conseil des autonomies locales, organe de consultation qui réunit la région et les collectivités locales. Il s'agit donc bien de deux catégories distinctes mais toutes jouissent du principe de l'autonomie locale. Par ailleurs, les régions disposent du pouvoir législatif général et peuvent ainsi statuer sur l'organisation des collectivités inférieures.

La France et l'Italie sont toutefois deux Etats unitaires c'est-à-dire qu'un pouvoir unique organise la vie de tous les citoyens et les lois ainsi que le système judiciaire sont identiques sur tout le territoire. Cependant il convient de tempérer cette approche dans la mesure où l'Italie a établi et renforcé un régime d'autonomie régionale⁴⁰, également désigné comme « *régionalisation politique* », dans lequel les régions ont un pouvoir législatif et une autonomie variable d'un

³⁹ La version traduite de la Constitution italienne disponible sur le site de la Cour constitutionnelle italienne, retient d'ailleurs pour traduire cette expression, la dénomination « collectivités locales ».

⁴⁰ Gérard MARCOU, « La régionalisation en Europe : situation perspectives d'évolution dans les Etats membres de l'Union européenne et dans les Etats d'Europe centrale et orientale candidats à l'adhésion », *Rapport pour le Parlement européen*, avril 2000, REGI 108 rév.1, 160 pages.

territoire à l'autre. La France s'apparente pour sa part à un Etat où un processus de décentralisation régionale a été mise en œuvre depuis les années soixante et consacré dans les années quatre-vingt. Les collectivités territoriales ont la personnalité morale et jouissent d'une certaine autonomie sans toutefois dépasser le simple pouvoir réglementaire. En 2004, l'article un de la Constitution française a été modifié pour rendre compte de cette organisation. Il dispose que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi [...]. Son organisation est décentralisée* ».

Dans les deux Etats, l'organisation administrative a été marquée par la décentralisation.

En France, les communes jouent un rôle prépondérant dans l'administration du territoire depuis la révolution et dès cette époque ont disposé d'une compétence générale sur les affaires propres à leurs communautés. Les départements sont également apparus à cette date mais n'ont réellement gagné leur autonomie qu'à la fin du dix-neuvième siècle avec la loi du 18 août 1871. Peu après la grande loi municipale du 5 avril 1884 consacra les acquis révolutionnaires⁴¹ et établit un régime uniforme pour toutes les communes de France, en dépit de leurs disparités et sur le modèle de celui défini pour les départements dans la loi de 1871 (un organe délibérant, un organe exécutif et un chef de l'exécutif également représentant de l'Etat). Par la suite, la Constitution de 1946 rappela le caractère unitaire de l'Etat français mais reconnut également les collectivités territoriales et consacre le principe de leur libre administration⁴². Les articles 1⁴³ et 72⁴⁴ de la Constitution de la Vème République, du 4 octobre 1958 ont ensuite repris ces dispositions. Depuis lors, plusieurs actes législatifs et une révision constitutionnelle ont poussé plus loin le processus de décentralisation. Tout d'abord, la loi⁴⁵ dite « Defferre » de 1982 a fait des régions des collectivités territoriales à part entière alors que jusqu'alors elles étaient des unités territoriales

⁴¹ Notamment le principe de libre administration, art. 61 : « *Le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune.* ».

⁴² Art. 85 Constitution du 27 octobre 1946 : « *La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes et départements, les territoires d'outre-mer.* » et art. 87 « *Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel.* »

⁴³ Art. 1 de la Constitution de 1958 avant révision : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens* ».

⁴⁴ Art. 72 de la Constitution de 1958 avant révision : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi. Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi* ».

⁴⁵ Loi n° 82-213 du 2 Mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JORF du 3 mars 1982 page 730.

servant de base à l'action déconcentrée de l'Etat, à travers le préfet de région. Ces nouvelles collectivités reçurent un certain nombre de missions relatives à l'action sociale et culturelle, le développement économique et l'urbanisme. La loi « Deferre » a également mis en œuvre le principe de la libre administration des collectivités territoriales à travers diverses mesures. Elle supprima en effet les tutelles d'une collectivité sur l'autre et fit disparaître le pouvoir préfectoral de contrôle de légalité a priori des actes locaux par le préfet. La loi transféra un certain nombre de compétences de l'Etat aux collectivités ainsi que des compensations financières sous forme de dotations. Cependant l'autonomie réglementaire et financière n'était pas encore tout à fait reconnue ce qui contrecarrait la portée du principe de libre administration. De fait, de nombreuses lois ont été adoptées pour améliorer et poursuivre la décentralisation. En 1999 notamment, la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale⁴⁶ a permis aux nombreuses petites communes de se regrouper pour exercer leurs fonctions. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003⁴⁷ a consacré les différentes avancées législatives. L'organisation décentralisée de la République est reconnue à l'article un de la Constitution. D'autres mesures plus novatrices sont introduites à l'article 72 telles que le droit à l'expérimentation qui rompt avec l'uniformité du régime local (art. 72 alinéa 4), le principe de subsidiarité (art. 72 alinéa 2), l'autonomie financière (art. 72-2). Par ailleurs la réforme consacre l'interdiction des tutelles (art. 72 alinéa 5) ainsi que le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales conformément aux orientations du Conseil constitutionnel (art. 72 alinéa 2, qui appliquait la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le statut de la Corse). En 2004 une nouvelle norme de rang législatif a transféré un certain nombre de compétences de l'Etat aux collectivités territoriales. La tendance en France a donc été à un renforcement du processus de décentralisation et une reconnaissance accrue de l'autonomie locale. Une nouvelle réforme est d'ailleurs en projet. Le Comité « BALLADUR » pour la réforme des collectivités locales institué par le gouvernement FILLON en 2008 a présenté une série de propositions qui prévoient notamment la fusion de certains départements et régions, la simplification et l'achèvement de l'intercommunalité, la suppression de la clause générale de compétence pour les régions et départements et son maintien pour les communes. Cette réforme a pour objectif principale d'améliorer l'activité administrative en éliminant les enchevêtrements de compétences

⁴⁶ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

⁴⁷ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n°75 du 29 mars 2003 page 5568.

et en prenant compte des caractéristiques territoriales, sociales et économiques des différentes collectivités.

L'Italie est devenue un Etat unitaire entre 1861 et 1870. La Constitution ratifiée en décembre 1947 consacre l'autonomie locale et reconnaît un certain pouvoir législatif aux régions. Cette reconnaissance a été largement motivée par la volonté de tirer un trait sur le souvenir de l'Etat autoritaire fasciste centralisé. 20 régions sont reconnues dont cinq ont un statut particulier. Ce n'est cependant que dans les années 70 que la plupart des statuts régionaux seront adoptés. Bien qu'elles aient des compétences législatives, les régions ne participent toutefois pas formellement au pouvoir législatif national, ce qui distingue l'Italie d'un Etat fédéral. En 1990, l'autonomie statutaire des collectivités locales a été introduite ainsi qu'une redistribution des compétences. Puis des réformes électorales (élection directe des maires dans les villes de plus de 15 000 habitants en 1993) ainsi que de secteurs ont aussi modifié l'organisation administrative dans les années 90. Un processus important de décentralisation administrative a par la suite été mis en œuvre à travers la loi n°59 de 1997 dite « Bassanini ». Il résulte de la volonté de réformer l'Etat et l'administration dont la dette publique et l'inefficacité administrative sont dénoncées. Près de 40% des charges administratives sont transférées aux collectivités territoriales et aux régions. Il s'en suivra une série de transfert de ressources pour renforcer leur autonomie. La révision constitutionnelle de 2001 (loi constitutionnelle du 18 octobre 2001) a consacré ces transformations et pousse plus loin la décentralisation. Elle accorde notamment une autonomie accrue aux régions. Le nouveau titre V réunit les mesures relatives aux autorités régionales et locales et reprend la plupart des principes déjà introduit en 1946 et ensuite par le législateur. L'article 117⁴⁸ confère aux régions la compétence générale en matière législative. L'Etat conserve

⁴⁸ Art. 117 CI : « *Le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales. L'État a le pouvoir exclusif de légiférer dans les matières suivantes:*

- a) politique étrangère et relations internationales de l'État; relations de l'État avec l'Union européenne; droit d'asile et statut juridique des ressortissants d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne;*
- b) immigration;*
- c) relations entre la République et les confessions religieuses;*
- d) défense et forces armées; sécurité de l'État; armes, munitions et explosifs;*
- e) monnaie, protection de l'épargne et marchés financiers; protection de la concurrence; système de change; système fiscal et comptable de l'État; péréquation des ressources financières;*
- f) organes de l'État et lois électorales respectives; référendums d'État; élection du Parlement européen;*
- g) ordre et organisation administrative de l'État et des établissements publics nationaux; h) ordre public et sécurité, à l'exclusion de la police administrative locale;*
- i) citoyenneté, état civil et registres de l'état civil;*
- l) juridiction et règles de procédure; loi civile et loi pénale; justice administrative;*

une compétence exclusive dans un certain nombre de matières limitativement énumérées (relations internationales, immigration, défense, monnaie, etc) et une compétence concurrente dans des secteurs là aussi listés (commerce extérieur, éducation scolaire, formation professionnelle, etc). Le Titre V réaffirme qu'il existe trois niveaux de collectivités territoriales : les régions, les provinces et les communes, qui n'ont pas de lien de hiérarchie entre elles. Par ailleurs, l'Etat déploie désormais son administration territoriale au niveau des provinces dans les préfectures. Dans les faits, il y a une grande disparité économique entre les régions du Nord et du Sud de l'Italie. De plus, le nombre important de communes a comme en France amené le législateur à intervenir. Cependant plutôt que de favoriser le regroupement, la réforme de 1990 a stabilisé leur nombre au moyen d'une disposition imposant qu'un seuil minimum de 10 000 habitants soit atteint pour la création d'une commune. De plus, depuis la réforme de 2001, la Constitution reconnaît une nouvelle autorité locale, les villes métropolitaines pour les grandes agglomérations qui ont à la fois la qualité de commune et de province. Aucune n'a encore été

m) fixation des niveaux essentiels des prestations se rapportant aux droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'ensemble du territoire national;

n) normes générales en matière d'éducation;

o) sécurité sociale;

p) législation électorale, organes directeurs et fonctions fondamentales des Communes, des Provinces et des Villes Métropolitaines;

q) douanes, protection des frontières nationales et prophylaxie internationale;

r) poids, mesures et temps légal; coordination des informations, coordination statistique et informatique des données de l'administration étatique, régionale et locale; oeuvres de l'esprit;

s) protection de l'environnement, de l'écosystème et du patrimoine culturel.

Les matières suivantes font l'objet de législation concurrente: les relations internationales et avec l'Union européenne des Régions; le commerce extérieur; la protection et la sécurité du travail; l'éducation scolaire, sans préjudice pour l'autonomie des établissements scolaires et à l'exclusion de l'éducation et de la formation professionnelle; les métiers; la recherche scientifique et technologique et le soutien à l'innovation pour les secteurs productifs; la protection de la santé; l'alimentation; les activités sportives; la protection civile; l'aménagement du territoire; les ports et les aéroports civils; les grands réseaux de transport et de navigation; le système des communications; la production, le transport et la distribution nationale de l'énergie; la prévoyance complémentaire et supplémentaire; l'harmonisation des budgets publics et la coordination des finances publiques et du système fiscal; la mise en valeur des biens culturels et environnementaux et la promotion et l'organisation d'activités culturelles; les caisses d'épargne, les caisses rurales, les établissements bancaires à caractère régional; les établissements de crédit foncier et agricole à caractère régional. Dans les matières faisant l'objet de législation concurrente le pouvoir législatif échoit aux Régions, sous réserve de la fixation des principes fondamentaux, qui relève de la législation de l'État.

Dans toutes les matières qui ne sont pas expressément réservées à la législation de l'État, le pouvoir législatif échoit aux Régions. Les Régions et les Provinces autonomes de Trente et de Bolzano, dans les domaines relevant de leur compétence, participent aux décisions visant à la formation des actes normatifs communautaires et assurent l'application et la mise en oeuvre des accords internationaux et des actes de l'Union européenne, dans le respect des règles de procédure établies par les lois de l'État, auquel il incombe de régler les modes d'exercice du pouvoir de substitution en cas de manquement de la part des Régions et des Provinces autonomes. Le pouvoir réglementaire échoit à l'État dans les matières de législation exclusive, mais l'État peut déléguer cette dernière aux Régions. Le pouvoir réglementaire échoit aux Régions dans toutes les autres matières. Il appartient aux Communes, aux Provinces et aux Villes Métropolitaines le pouvoir réglementaire ayant trait à l'organisation et à l'exécution des fonctions qui leur sont attribuées. Les lois régionales enlèvent tout obstacle empêchant une complète égalité des chances entre les hommes et les femmes dans la vie sociale, culturelle et économique et encouragent la parité entre les femmes et les hommes dans l'accès aux charges électives. La loi régionale ratifie les ententes de la Région avec d'autres Régions pour un meilleur exercice de ses fonctions; dans ce but des organes communs peuvent également être établis. Dans les matières relevant de sa compétence, la Région peut conclure des accords avec des États et des ententes avec des collectivités locales à l'intérieur d'un autre État, dans les cas prévus et selon les formes réglées par les lois de l'État. »

formellement instituée.

Certaines initiatives visent à pousser plus loin la décentralisation en Italie mais n'ont pas abouti jusqu'à présent. Ainsi en 2005 deux propositions ont cherché à transférer les secteurs de la santé et de l'éducation aux régions. Mais ces deux projets ont été rejetés par référendum. Par ailleurs la Haute Commission sur le fédéralisme fiscal créée en 2003 a été supprimée en 2007⁴⁹.

49 Cf. En annexe I les textes fondamentaux et principales étapes de la réforme de l'organisation des collectivités locales.

Tableau comparatif des l'organisation administrative

France	Italie*
<p>675 417 km² dont 543 965 en France métropolitaine</p> <p>63 213 894 habitants dont 60 656 178 en France métropolitaine</p>	<p>301.328,45 km²</p> <p>57.110.144 habitants</p>
<p>Régions : 22 + 4 Outre-mer</p> <p>art. 72 § CF : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions... »</p>	<p>20 régions (art. 131 CI.) instaurées dans les années soixante-dix</p> <p>Dont 5 régions à statut spécial (art.116 CI.) plus autonomes : le Frioul-Vénétie Julienne, la Sardaigne, la Sicile, le Trentin-Haut Adige/Südtirol et la Vallée d'Aoste</p>
<p>Départements : 100</p> <p>art. 72 §1 CF : « Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions... »</p>	<p>Provinces : 103</p> <p>Dont 2 provinces autonomes Trente et Bolzano (art. 131 CI.).</p>
<p>Communes : 36 683</p> <p>art. 72 §1 CF.</p>	<p>Communes : 8 101</p> <p>Dont Rome capitale dont le statut est fixé par une loi de l'Etat (art. 114 CI.)</p>
<p>Autres collectivités territoriales (art.72 § 1 CF) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Les collectivités à statut particulier - Les collectivités d'outre-mer régies par l'art.74 - Tout autre collectivité territoriale créée par la loi 	<p>Autres collectivités territoriales :</p> <p>Les villes métropolitaines, leur institution est renvoyée à une loi ordinaire. Turin, Milan, Venise, Gênes, Bologne, Florence, Rome, Bari, sont concernées.</p> <p>De plus, les lois de l'Etat permettent la création de communautés de montagne, de consortiums locaux, d'unions de communes, ...</p>

* Chiffres Istat de 2001 et Rapport Dexia sur *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne - Organisation, compétences et finances*, décembre 2008.

Dans la répartition de leurs compétences, l'Italie et la France sont assez similaires quant aux matières confiées aux communes et départements. Les communes sont polyvalentes et mènent autant d'activités économiques que sociales. L'action sociale et l'environnement priment aux niveaux des départements et provinces. En revanche au niveau des régions, le pouvoir législatif dont elles disposent en Italie en fait des autorités nettement plus puissantes que les régions françaises, collectivité récente et jusqu'à présent secondaire. Les régions italiennes ont des compétences très variées ; les régions françaises gèrent surtout des services de nature sociale, éducative et culturelle ou environnementale. Toutefois nous verrons que dans les deux cas elles bénéficient d'un transfert de responsabilités suscité par la réception du droit communautaire⁵⁰.

Quant à l'organisation interne des collectivités locales, elle est relativement similaire dans les deux Etats à la différence notable que dans les grandes villes italiennes, le maire est élu au suffrage universel direct, ce qui renforce sa légitimité et son poids politique. Les maires ainsi élus sont en position favorable pour défendre l'autonomie des communes dans les organes de coordination des collectivités locales, en particulier vis-à-vis des régions.

50 Cf. L'annexe 2 Tableau comparatif des compétences majeures des collectivités territoriales.

Tableau comparatif de l'organisation interne des collectivités territoriales

	France	Italie
Régions	<p><i>Assemblée élue</i> Conseil régional SUD 6 ans</p> <p><i>Chef de l'Exécutif</i> Président du Conseil régional</p> <p><i>Exécutif</i> Président du Conseil régional et commission permanente élue par l'Assemblée pour 6 ans</p>	<p><i>Assemblée élue :</i> Conseil régional, 5 ans (4 ans dans les régions à statut spécial), Elus pour 80% au SUD et 20% sur la liste du Président</p> <p><i>Chef de l'Exécutif :</i> Président (<i>presidente</i>) et 6 à 12 assesseurs</p> <p><i>Exécutif :</i> Junte (<i>giunta regionale</i>)</p>
Départements/Province	<p><i>Assemblée élue</i> Conseil général SUD 6 ans, renouvelé tous les 3 ans</p> <p><i>Chef de l'Exécutif</i> Président du Conseil général</p> <p><i>Exécutif</i> Président du Conseil général et commission permanente élue par l'Assemblée pour 3 ans</p>	<p><i>Assemblée élue :</i> Conseil provincial, 5 ans SUD</p> <p><i>Chef de l'Exécutif :</i> Président (<i>presidente</i>), SUD depuis 1993</p> <p><i>Exécutif :</i> Junte (<i>giunta provinciale</i>) élue par le Conseil</p>
Communes	<p><i>Assemblée élue</i> Conseil municipal SUD 6 ans</p> <p><i>Chef de l'Exécutif</i> Maire</p> <p><i>Exécutif</i> Maire et adjoints élus par l'assemblée</p>	<p><i>Assemblée élue :</i> Conseil municipal, 5 ans, SUD</p> <p><i>Chef de l'Exécutif :</i> Maire (<i>sindaco</i>), SUD depuis 1993 pour les communes de + de 15 000 habitants</p> <p>Représentant de l'Etat</p> <p><i>Exécutif :</i> Junte (<i>giunta</i>), nommée pour 5 ans par le Maire</p>

V – Plan

Pour observer l'impact du droit communautaire sur les services publics locaux, il convient d'étudier l'état de ce rapport avant et après l'établissement d'un contact permanent entre ces deux éléments, c'est-à-dire au moment de la mise en place d'une véritable relation et l'apparition d'une influence entre l'un et l'autre. Ce moment peut varier légèrement d'un secteur à l'autre et d'un Etat à l'autre. De plus, il s'agit d'un long processus. Il est par conséquent difficile de fixer une date précise pour définir les périodes qui encadrent la naissance de la relation et l'apparition d'une certaine influence du droit communautaire sur les services publics locaux.

Dès lors, la première partie porte sur la période du développement de la notion et du régime des SIEG en droit communautaire avant que les marchés locaux soient véritablement pris en compte ou affectés. En ce qui concerne le droit communautaire, cette période s'étend jusqu'en 2004, date du livre blanc sur les SIG qui est l'aboutissement de réflexions engagées par la Commission dans les années 90 (Titre 1). Pour ce qui tient aux transports (Titre 2), nous avons fixé la rupture à la fin des années 90 après la grande réforme italienne des transports publics locaux en 1997 et au moment du lancement du projet de réforme du règlement n°1191/69 à Bruxelles. L'objectif est dans les deux cas de procéder à l'ouverture des marchés locaux de transports.

La seconde partie analyse les développements récents du droit communautaire sur les SIG dans leur ensemble et la reconnaissance parallèle du rôle des collectivités locales dans ce domaine. En droit communautaire général cela se traduit par une définition de plus en plus avancée des SIG, qui viennent s'ajouter comme une catégorie juridique à part entière, aux côtés des SIEG (Titre 1). En ce qui concerne les transports publics, l'évolution du régime illustre l'intensité accrue du rapport entre les institutions communautaires et les collectivités locales, et amène à la création d'un véritable service public local européen ou « eurolocal » (Titre 2).

PARTIE I – L’indifférence du droit communautaire aux services publics locaux

Le contexte dans lequel ont évolué le droit communautaire et les services publics locaux jusqu’au tournant des années 2000 a été assez stable. Durant cette longue période il est difficile d’établir une relation entre les deux éléments. Au niveau européen, il n’y a pas de prise en compte évidente du cas particulier des services publics locaux à part dans quelques disciplines de secteur et notamment, modestement dans la réglementation portant sur les transports publics. L’œuvre d’ouverture des marchés s’opère avant tout dans le contexte national. Au niveau local, le droit communautaire s’impose de manière traditionnelle c’est-à-dire avant tout à travers les normes nationales qui reprennent les exigences de Bruxelles. Toutefois il est certain en vertu du principe de primauté et d’effet direct du droit communautaire⁵¹ que les collectivités locales sont en principe concernées par toute norme européenne, en dehors même d’une intervention étatique. Ce phénomène est significatif en matière de commande publique et d’aides d’Etat. Mais les compétences locales ne sont pas souvent directement affectées par les normes européennes et la vigilance de Bruxelles à leur égard est moins grande que pour les Etats. Les collectivités locales échappent souvent aux contrôles communautaires de la bonne application du droit et ne sont pas, en tout état de cause, directement responsables devant les institutions de la Communauté européenne.

Cette première période correspond donc à une relative indifférence du droit communautaire par rapport aux activités de services publics locaux. Bien que marquée par beaucoup de développements concernant les services publics en général, elle ne connaît pas de discussion spécifiquement intéressante pour le niveau local. Il ne semble pas y avoir d’échange entre la sphère locale et la sphère européenne. Cependant l’indifférence du droit communautaire porte sur l’expression « service public local » dans son entier. En effet les « services publics » sont reconnus et en particulier les « services » dans leur sens économique.

⁵¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, *Rec.*, p. 1141 et s. ; CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expéditie Onderneming Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, *Rec.*, p. 3 et s.

Nous posons donc le postulat que dans cette première phase le droit communautaire a un impact neutre sur les services publics locaux ce qui se traduit par une relation d'indifférence. Toutefois il est intéressant de voir que les deux sphères ne se méconnaissent pas car c'est sur cette base que la relation va s'intensifier comme nous le verrons en seconde partie. Quels sont dès lors ces nœuds où le droit communautaire frôle les services publics locaux sans les affecter pour autant? Et quelles sont les règles établies en la matière dans les Etats et la Communauté européenne ?

Le titre un tend à montrer les points de rencontre entre droit communautaire et services publics locaux dans le cadre général des SIG qui consistent essentiellement en des SIEG dans cette première partie. Le titre deux poursuit le même objectif mais dans le secteur particulier des transports publics.

Titre I – Une reconnaissance des services publics locaux limitée au cadre national

Le droit communautaire intervient en matière économique et par là même s'impose aux collectivités locales lorsqu'elles créent ou gèrent une activité d'intérêt général de cette nature. Mais comme nous le verrons, le droit communautaire a pendant longtemps ignoré la notion de « service public » et s'est en fait développé autour de la notion de « service » tout court. La législation européenne appréhende donc les services publics locaux d'abord à travers cette approche économique.

Ainsi, les services publics sont concernés sous deux angles. Tout d'abord le droit communautaire les saisit en tant qu'activités économiques. Ceci entraîne l'application des normes liées aux services qui s'adressent aux Etats membres, notamment les principes de droit d'établissement et de libre prestation, ainsi que les mesures concernant la libre concurrence destinées aux entreprises. De plus, les services publics sont particulièrement affectés par la réglementation en matière de commande publique, c'est-à-dire essentiellement les marchés publics mais également de plus en plus, les concessions. Toute délégation contractuelle d'une activité de service public doit respecter les principes posés par la jurisprudence et la législation communautaires.

Ensuite les services publics sont abordés juridiquement. Le fait que le droit communautaire ait ignoré la notion de « service public » pendant longtemps signifie qu'il ne s'en est pas emparé pour la théoriser ou la mettre en œuvre, mais non qu'il ne la connaissait pas.

En effet, le Traité dans sa version originale y fait au moins deux références : dans le titre relatif aux transports, de manière évidente, à l'article 73 sur les servitudes inhérentes à la notion de service public, puis à l'article 86 § 2, situé dans le chapitre sur la concurrence qui se réfère aux services d'intérêt économique général. Enfin depuis le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999, le nouvel article 16 du Traité CE mentionne également les SIEG.

Ces notions ont pris de la substance et se sont imposées dans les discussions politiques dans les années 90. A mesure que la Communauté européenne libéralise les services, elle développe et introduit en parallèle ces notions qui contribuent à légitimer son action et à apaiser les réactions. La Cour de justice est à l'origine de ce mouvement à travers l'usage qu'elle a fait de l'article 86 § 2 pour des affaires où des concurrents contestaient les droits exclusifs accordés aux opérateurs de service public.

La sensibilité de la question est perceptible dans le grand nombre d'arrêts et de documents publiés sur le thème des SIG et de leur régime, suscitant de nombreux articles de doctrine et par là même une conceptualisation de la notion. Ces développements se heurtent cependant à des concepts et régimes nationaux parfois bien différents des vues européennes. Quelles sont donc dès lors ces démarches de Bruxelles qui concernent les services publics et par là même les collectivités locales, sans pour autant affecter leurs propres activités? Quelles sont les points communs aux deux sphères et les points d'achoppement qui pourraient susciter des conflits?

Il est nécessaire pour répondre à ces questions d'aborder le niveau communautaire (chapitre 1) puis le niveau national (chapitre 2).

Chapitre I – La reconnaissance des services publics en droit communautaire, sans considération de leur caractère local

Pour aborder le droit communautaire dans la perspective des services publics locaux, il faut décomposer cette dernière expression. Le droit communautaire du fait de sa vocation économique, s'intéresse tout d'abord aux services. Cependant la réglementation de ces activités a amené les institutions européennes à s'interroger sur les services publics, à travers des notions propres au droit communautaire, telles que les « SIEG » et les « SIG ». La première expression est la plus commune et la plus ancienne car elle traite d'activités économiques inscrites dans les Traités. La seconde est apparue plus tardivement suite aux efforts de définition de la Commission. Cette nouvelle approche a été suscitée par la libéralisation des grands services en réseau : télécommunications, transports, électricité et gaz. Ceux-ci, gérés pas des entreprises publiques ou privées nationales ont longtemps bénéficié d'avantages particuliers et notamment, le plus souvent, de droits exclusifs car ils constituaient des services fondamentaux aux yeux des citoyens et pour le bon fonctionnement des activités des Etats. En France, il s'agit de services publics constitutionnels ou nationaux pour lesquels le Préambule de 1946 de la Constitution de la Cinquième république prévoit une réserve publique. En Italie, l'article 43 de la Constitution dispose que ces « services publics essentiels » peuvent être expropriés au profit de l'Etat. Ces régimes spéciaux accompagnant les services publics sont apparus comme incompatibles avec la philosophie de transparence et de libre concurrence du droit communautaire. Cependant la réalité des contraintes qui accompagnent ces services n'a pas échappé aux juges de Luxembourg qui redécouvrant l'article 86 § 2 du Traité CE ont permis de développer un régime particulier pour les activités qui comportent une mission d'intérêt général et qui ne peuvent résister au jeu du marché. Aussi dans un deuxième temps, après avoir agi sur les activités de service, les institutions communautaires ont posé un cadre pour les activités de service public. Paradoxalement le régime s'est développé avant la notion car ce sont les juges qui ont mis en avant la notion de SIEG. Puis la Commission, pressée par les demandes de clarification et les réactions défensives des Etats membres a débuté un travail de définition. Le caractère local éventuel des services n'est cependant pas pris en compte ou visé par ces normes.

Les deux sections de ce chapitre portent donc sur les notions de « SIEG » et de « SIG » (1) en droit communautaire et sur leur régime (2).

Section I – La définition d’une notion communautaire de service public

L'attitude défensive de certains Etats à l'égard de leurs services publics face à la libéralisation des services en réseau a suscité le débat et provoqué l'émergence d'un concept de service public au niveau européen. C'est à travers la définition d'un régime particulier pour les services publics que la notion s'est établie. Elle est cependant dans cette première période abordée essentiellement par la négative, comme une exception au droit commun du Traité CE. De fait, le droit communautaire a vocation à s'appliquer aux activités économiques et dans ce cadre, il aborde les services publics locaux avant tout comme des activités de services (§1). C'est cependant à travers les mesures portant sur la concurrence qu'une notion communautaire de service public a émergé, à savoir celle de SIEG (§2).

§ 1 – La notion de « services » dans les règles portant sur le marché intérieur

Le droit communautaire responsable de l'établissement d'un marché commun (art. 2 Traité CE), affecte l'action des Etats en encadrant leurs interventions dans l'économie. Il doit garantir la libre circulation des services dans le cadre du marché intérieur (art. 3 c Traité CE) et pour cela adopte des normes auxquelles doivent se conformer les autorités étatiques. Les services de réseau ont longtemps fait l'objet d'une protection particulière des Etats qui considéraient leur caractère stratégique d'un point de vue économique mais aussi politique en ce qu'ils garantissaient une certaine indépendance. Dans ce contexte les services en réseau faisaient souvent l'objet d'un monopole confié à une entreprise sur laquelle l'Etat possédait un certain pouvoir d'influence pouvant ainsi en user comme d'un instrument d'exécution de ses propres politiques. A cet égard deux principes fondamentaux introduits par le droit communautaire vont bouleverser les schémas traditionnels. Il s'agit du droit d'établissement et de la libre prestation des services. Il convient donc de revenir sur la notion de service (A) puis à ses deux principes corollaires (B).

A – Les « services » en droit communautaire, une notion bien établie

La notion de services est fondamentale en droit communautaire puisqu'elle permet de définir la portée de l'une des quatre libertés fondamentales de cet ordre juridique telles que le droit primaire les a établies. L'article 50 du Traité CE dispose en effet que : « *Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment:*

- a) *des activités de caractère industriel;*
- b) *des activités de caractère commercial;*
- c) *des activités artisanales;*
- d) *les activités des professions libérales. »*

A partir de l'énoncé des activités, le caractère économique des services apparaît clairement. Aucune mention de l'aspect social ou une référence à l'intérêt général de ces activités n'est évoquée. De plus, il s'agit d'une définition par la négative. Les autres catégories l'absorbent. Cependant la notion n'est pas reléguée au second rang du droit communautaire, au contraire. Elle fonde l'un des domaines d'action majeurs de cet ordre avec une législation nombreuse et développée. La Cour de justice s'est donc tôt penchée sur la notion pour préciser la définition du Traité.

Tout d'abord, elle s'est arrêtée sur la question de la rémunération. Il faut alors vérifier qu'il existe bien une rémunération pour le service fourni. Ainsi dans une université publique, il n'y a pas de contrepartie du service rendu par l'étudiant lorsque c'est la collectivité qui prend en charge les frais scolaires⁵². En revanche dans un établissement d'enseignement privé où les droits d'entrée correspondent au service fourni il existe bien un service soumis aux règles du Traité CE⁵³.

La rémunération ne doit pas être nécessairement payée par le destinataire du service⁵⁴. Il n'y a pas non plus de montant minimum pour caractériser une rémunération. Une simple indemnité de subsistance à un stagiaire constitue par exemple une rémunération⁵⁵. Les activités fournies à titre

⁵² CJCE, 27 septembre 1988, *Etat belge c/Humbel*, C-263/86, Rec. 5365.

⁵³ CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth c/Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92, Rec. I-6447.

⁵⁴ CJCE, 5 octobre 1988, *Steynmann*, C-196/87, Rec. 6159.

⁵⁵ CJCE, 17 mars 2005, *Kraneman*, C-109/04, Rec. I-02421.

gratuit sont en principe exclues du champ d'application des règles communautaires⁵⁶.

Cependant l'idée de rémunération n'est pas propre aux services et concerne toute activité marchande. De plus, les quatre catégories de services mentionnées couvrent quasiment tout le champ économique du droit communautaire. Cette approche n'est donc pas suffisante. Dès lors, le critère de la subordination apparaît essentiel.

En effet la Cour de justice observe l'existence ou non d'un lien de subordination. Il faut établir que le prestataire et le destinataire sont des acteurs économiques indépendants qui entretiennent une relation commerciale. Cependant un opérateur peut mener en parallèle des activités marchandes ou non marchandes, le droit communautaire s'applique alors selon l'activité considérée.

Il est donc possible de retenir que les services se caractérisent donc parce qu'ils consistent en « *une opération consistant à fournir un bien immatériel en dehors de tout lien de subordination entre l'offrant (le prestataire) et le destinataire (le maître d'œuvre).* »⁵⁷

Au delà du Traité, c'est à travers l'application des règles sur le droit d'établissement et la libre prestation des services que la notion de services a été précisée par la Cour.

B – Les règles fondamentales associées à la notion de « service »

Le droit communautaire tend à constituer un marché intérieur entre les Etats membres, où les entraves à la libre circulation des biens, des personnes, des capitaux et des services seraient abolies (art. 3 T CE). Ce principe est réaffirmé à l'article 14 § 2 du Traité qui dispose que le marché intérieur comporte « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des [...] services est assurée selon les dispositions du présent Traité ». Dans ce contexte, les deux principes directeurs de la politique communautaire en matière de services, sont le droit

⁵⁶ CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA cl Ministère de l'agriculture et de la pêche*, C-244/94 Rec. I-4013.

⁵⁷ Marc Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Academia Eds, janvier 2003 : Lorsqu'il existe un lien de subordination la personne est salariée et l'activité ne peut être qualifiée de service. CJCE, 17 mars 2005, *Kraneman* : « la Cour considère qu'il est un travailleur salarié au sens du droit communautaire essentiellement car il est subordonné à un employeur qui se trouve être son maître de stage »;

d'établissement et la libre prestation des services.

La suppression des entraves à la libre circulation des services a amené la Cour de justice à se prononcer de manière répétée, établissant ainsi une jurisprudence détaillée qui permet de mieux percevoir la notion de service (1). Toutefois, les juges ont également considéré des exceptions à ces principes, au nom notamment de l'intérêt général (2).

1. LA SUPPRESSION DES ENTRAVES A LA LIBRE CIRCULATION DES SERVICES

Le droit d'établissement est traité aux articles 43 à 48 du Traité CE et la libre prestation aux articles 49 à 55 du traité. L'application de ces principes est cependant résiduelle. En effet, comme l'indique l'article 50, elles ne sont appliquées qu'après vérification qu'il ne s'agit pas d'activités ayant trait à la libre circulation des personnes, des marchandises ou des capitaux. Par ailleurs l'article 51 précise que les services de transports doivent être réglementés sur la base du titre qui leur est consacré dans le Traité. Les principes ici étudiés ne s'appliquent donc pas directement aux transports publics locaux. Par contre, les destinataires de ces règles sont les Etats membres ce qui inclut les autorités centrales et locales.

Ces normes ont des liens étroits avec les mesures du Traité portant sur la concurrence (art. 81 à 89). En effet, les premières assurent l'ouverture du marché et la possibilité pour les opérateurs de le pénétrer. Cependant pour s'assurer que les entreprises sur ce marché n'en ferment pas l'accès, les normes de concurrence doivent le réguler.

Comme l'indique la définition de la notion de service, les principes du droit d'établissement et de libre prestation des services s'appliquent à des agents économiques. Ces agents sont indépendants dans le cas du droit d'établissement mais pour la libre prestation, il peut s'agir de personnes ayant une activité salariée.

L'activité en cause doit être de nature économique, condition de l'applicabilité des règles du Traité. Les activités industrielles, commerciales, artisanales ou les professions libérales bénéficient d'une présomption en leur faveur sur la base de l'article 50. Sans que l'activité

recherchée génère nécessairement le profit⁵⁸, elle doit en tout cas garantir l'indépendance économique des prestataires, ce qui se traduit en général par une rémunération.

Le droit d'établissement consiste en « *l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée* »⁵⁹. Le critère déterminant est donc la résidence sur le territoire de l'Etat où le service est fourni.

La libre prestation au contraire concerne des activités prêtées à titre temporaire dans un autre Etat membre. L'article 50 dispose que « *Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants.* » Son application exige par ailleurs la présence d'un élément d'extranéité. Ils s'appliquent aux ressortissants des Etats membres qui exercent leur mission dans un autre Etat membre. Cette extranéité peut donc résulter, du déplacement du fournisseur du service, du déplacement du destinataire⁶⁰, du déplacement des deux agents ou du déplacement du service lui même⁶¹. Cette condition fait souvent défaut dans le cas particulier des services publics locaux. Or la Cour de justice a précisé explicitement que lorsque les caractéristiques d'un service se cantonnent à l'intérieur d'un Etat ou qu'il n'y a qu'une simple probabilité que le service franchisse une frontière, il n'existe pas alors de lien de rattachement suffisant avec le droit communautaire⁶² et les principes associés à la libre prestation ne s'imposent pas.

Ces deux règles ont tout d'abord visé à garantir la non discrimination entre les prestataires de nationalité différente et en particulier l'application du principe du traitement national. Ainsi un prestataire qui s'installait dans un nouveau pays de l'Union européenne devait pouvoir bénéficier des mêmes droits, qu'un opérateur national. Pour le droit d'établissement cela signifie concrètement que l'entreprise doit pouvoir accéder à l'activité et l'exercer dans les mêmes conditions qu'un prestataire national. Pour la libre prestation, l'égalité de traitement s'applique

⁵⁸ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, C-36/74, Rec. 1405.

⁵⁹ CJCE, 25 juillet 1991, *Factortame and Others*, C-221/89 Rec. I-3905, paragraphe 20.

⁶⁰ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, C-286/92 et C-26/83, Rec.377; CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ Italie*, C-120/88, Rec. I-621.

⁶¹ CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, C-186/87, Rec. 195 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, Rec. I-13031.

⁶² CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979.

également au bénéficiaire du service. Ainsi il ne doit pas être lié par des conditions de résidence ou d'établissement stable pour pouvoir en profiter⁶³.

Dans un premier temps, seules les discriminations directes étaient censurées par la Cour. Puis elle a étendu son contrôle aux discriminations indirectes⁶⁴.

Cette interdiction des discriminations fondées sur la nationalité a été ensuite étendue par la Cour de justice à tout type d'entrave ou de restriction au droit d'établissement⁶⁵ et à la libre prestation⁶⁶. Il y a restriction dès qu'une personne se trouve dans une situation désavantageuse en comparaison avec d'autres personnes originaires de l'Etat d'accueil⁶⁷. Ce désavantage peut consister par exemple en un refus d'immatriculation d'une succursale d'entreprise étrangère ayant son siège dans un autre Etat de l'Union⁶⁸.

Le problème a été particulièrement aigu concernant les professions libérales et les exigences de diplôme qu'imposaient les Etats membres. La Commission a donc été amenée à adopter des directives de reconnaissance mutuelle sur la base desquelles se fondent désormais la jurisprudence de la Cour de justice en la matière⁶⁹.

La tendance jurisprudentielle a donc été une extension de la portée du droit d'établissement et de la libre prestation. Ces règles s'imposent aux collectivités locales dans leurs rapports avec les opérateurs étrangers qui résident ou fournissent provisoirement un service sur leur territoire. Toutefois, l'élément d'extranéité peut manquer à la règle de libre prestation car l'activité dans la majeure partie des cas demeure dans le cadre national. Elles ne peuvent donc opposer des

⁶³ Respectivement, CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c. Allemagne*, C-205/84, Rec. 3755 et CJCE, 25 octobre 2001, *Commission c. Allemagne*, C-493/99, Rec. I-8163.

⁶⁴ CJCE, 23 février 1994, *Scholz*, C-419/92, Rec. I-505.

⁶⁵ CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden Württemberg*, C-19/92, Rec. I-1663 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Rec., 1995, p. I-4165.

⁶⁶ CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, Rec. I-4007.

⁶⁷ CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, C-255/97, Rec. I-2835.

⁶⁸ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec. I-01459, paragraphe 19.

⁶⁹ Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JO n° L 019 du 24/01/1989 p. 0016 - 0023 ; Directive 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE, JO n° L 209 du 24/07/1992 p. 0025 - 0045 ; Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise JO n° L 077 du 14/03/1998 p. 0036 - 0043.

circonstances ou pratiques locales pour restreindre l'accès au marché à un acteur économique. Ainsi une taxe sur les antennes paraboliques entraîne une entrave à « *l'exercice des activités des opérateurs actifs dans le domaine de la transmission par satellite en imposant à la réception d'émissions transmises par de tels opérateurs une charge qui ne pèse pas sur celle d'émissions diffusées par les câblodistributeurs nationaux* »⁷⁰.

Cependant l'application de ces règles a concerné avant tout les services de réseaux d'envergure nationale où les opérateurs économiques pouvaient espérer poursuivre une activité lucrative. Les comportements des Etats et non des collectivités territoriales dont les marchés demeuraient dans une certaine mesure à l'écart, étaient les plus surveillés.

Enfin il faut noter que ces règles constituent la base juridique des normes relatives aux marchés publics et par extension aux concessions. Dans ce contexte, elles s'appliquent avec plus de force et détails aux collectivités territoriales, notamment car elles sont transposées en droit national ce qui favorise leur bonne application et un éventuel contrôle du juge.

2. LES EXCEPTIONS A LA LIBRE CIRCULATION ET LA PRISE EN CONSIDERATION DE L'INTERET GENERAL

Les règles du marché intérieur comportent des exceptions en vu de protéger l'intérêt général. Cependant elles ne permettent pas d'élaborer une notion qui soit dans le sillage de celle de service public telle qu'elle se rencontre dans les Etats membres.

Les exceptions sont issues du droit primaire et de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

S'agissant du Traité CE, l'article 45 exempte de l'application des règles relatives aux services. Il s'agit des missions relevant de l'autorité publique⁷¹ c'est-à-dire « *qui comportent une*

⁷⁰ CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, Rec. I-9445, paragraphe 34 ; il semble cependant que la Cour de justice ait infléchi son approche et qu'elle admette les taxes dont les conséquences pécuniaires sont mineures, CJCE, 17 février 2005, *Viacom Outdoor Srl*, C-134/03, rec. I-1167.

⁷¹ Art. 45 Traité CE : « *Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique.* »

participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques et qui supposent de ce fait, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité ». Sur cette base, les Etats peuvent réserver aux bénéficiaires d'agents nationaux, certains emplois de l'administration publique. Cela se traduit pour ces emplois par un régime professionnel exorbitant du droit commun. L'article 45 établissant une exception aux règles du Traité CE, il est d'application restrictive⁷².

La seconde exception du Traité se trouve à l'article 46 § 1. Elle autorise expressément les Etats à pratiquer des discriminations fondées sur la nationalité. En effet l'article autorise l'application de mesure particulière aux ressortissants étrangers, lorsque des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique⁷³ le justifient. Cependant pour que cette exception s'applique, les Etats doivent démontrer l'existence d'une « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »⁷⁴. En l'espèce, les activités exercées par les entreprises de sécurité privée n'apparaissent pas préjudiciables et ne devraient pas être soumises à un régime d'autorisation fondée sur la nationalité, d'autant plus que des contrôles et des sanctions « *peuvent être prises à l'encontre de toute entreprise établie dans un État membre, quel que soit le lieu de résidence de ses dirigeants* ».

Ces deux exceptions textuelles s'appliquent au principe du droit d'établissement mais aussi à la libre prestation sur la base de l'article 55 du Traité CE⁷⁵. Elles font l'objet d'un contrôle de proportionnalité au cas par cas.

Ces exceptions textuelles n'ont pas couverts tous les cas de figure présentés à la Cour de justice. Les juges ont donc reconnu une nouvelle exemption dont la portée s'avère plus large que celle du

⁷² CJCE, 27 novembre 1991, *Bleis*, C-4/91, Rec. 5627.

⁷³ Art. 46 § 1 : « *Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.* »

⁷⁴ CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, Rec. I-6717, paragraphe 47.

⁷⁵ Art. 55 Traité CE : « *Les dispositions des articles 45 à 48 inclus sont applicables à la matière régie par le présent chapitre.* »

Traité CE. Il s'agit des « *raisons impérieuse d'intérêt général* ». Pour l'appliquer, certaines conditions doivent cependant être réunies. Dans ce cas, les mesures adoptées doivent être appliquées de façon non-discriminatoire, être propre à garantir l'objectif poursuivi et ne pas excéder ce qui est nécessaire à sa réalisation⁷⁶.

Le juge adopte donc ici une approche casuistique. La Cour de justice a ainsi accueilli des justifications fondées sur la sécurité routière⁷⁷, l'efficacité des contrôles fiscaux⁷⁸, ou encore la protection de l'ordre social⁷⁹.

Les exceptions du Traité et celles dégagées par la Cour de justice couvrent donc des activités que l'on peut qualifier de régaliennes. Ce sont des missions fondamentales de l'Etat qui constituent des services publics dans nombre d'Etats membres. Ils sont les services publics qui représentent le noyau dur des compétences des autorités publiques. Les collectivités territoriales si elles se voient confier certaines de ces missions peuvent donc elles aussi bénéficier de ces exceptions.

Cependant ces dérogations à la réglementation générale sur les services ne suffisent pas à définir une catégorie de service public en tant que telle. Il ne s'agit pas d'une notion positive à laquelle s'appliquerait un corps de règles particulier qui pourrait contrebalancer les règles de la liberté d'établissement et de la libre prestation dans un rapport égalitaire. Le droit communautaire apparaît donc dans ce contexte ignorer une quelconque notion de service public et a fortiori de service public local.

§ 2 – La notion de « SIEG » développée à partir des normes relatives à la libre concurrence

Bien que le droit communautaire se concentre essentiellement sur les activités de service au sens économique du terme, la notion de service public n'est pas ignorée. Le Traité de Rome de 1957

⁷⁶ CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Rec. I-4165.

⁷⁷ CJCE, 15 décembre 2005, *Nadin*, C-151 et 152/04, Rec. I-11203.

⁷⁸ CJCE, 15 mai 1997, *Futura et Singer*, C-1250/95, Rec. I-2471.

⁷⁹ CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec. I-7289.

contient deux références au concept.

La première se trouve dans le chapitre sur la politique commune des transports à l'article 73. Le texte dispose que « *Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ». Certes les SIEG ne sont pas nommément désignés mais les « *servitudes inhérentes à la notion de service public* » qui deviendront en droit dérivé les « *obligations de service public* »⁸⁰ participent du même concept. Il s'agit de l'élément matériel qui caractérise les SIEG. Cette référence est ici employée dans un contexte bien précis, celui du régime des aides d'Etat dans le secteur des transports. Ce secteur se caractérise par de très fortes subventions publiques susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence, ce qui a amené le législateur européen à aborder très tôt ce thème⁸¹.

Les SIEG sont ensuite nommément désignés dans ce qui constitue le cœur du Traité à savoir les règles de concurrence. L'article 86 paragraphe 2⁸² du Traité CE établit en effet un régime particulier pour les entreprises en charge d'un SIEG en permettant d'écarter l'application des règles de concurrence.

Enfin un troisième article, inséré dans le Traité plus tardivement, par le Traité d'Amsterdam de 1997 aborde aussi le thème des SIEG. L'article 16⁸³ consacre en effet ces services en affirmant leur importance tant au niveau des valeurs de l'Union européenne que pour le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale dans les différents Etats.

⁸⁰ Cf. Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 156 du 28/06/1969 p. 0001 – 0007.

⁸¹ Cf. le chapitre I du Titre II.

⁸² Art. 86 § 2 Traité CE : « *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.* »

⁸³ Art. 16 Traité CE : « *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, 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 États 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.* »

Dans tous les cas, ces trois articles ont une portée importante, qu'elle soit juridique (deux dérogations aux règles du Traité) ou symbolique (art. 16). Cependant ni les Traités, ni la législation secondaire, ni les arrêts de la Cour de justice ne fournissent de définition. En dépit des nombreuses communications de la Commission et de l'importante jurisprudence en la matière, les SIEG ne se définissent que par les critères dégagés par les juges communautaires dans leur jurisprudence sur l'article 86 § 2. Simultanément les juges ont au fil des arrêts défini le régime applicable à ces services. L'usage récurrent de la notion par la Cour de justice a ensuite amené les institutions communautaires à se pencher sur la difficile tâche de définition de la notion.

A – La notion de « SIEG » dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes

Dans les années 90, le contexte politique européen favorise l'usage de l'article 86§2 par le Cour de justice. La construction du marché commun à cette époque s'étend à de nouveaux domaines dont les préoccupations apparaissent moins économiques et plus sociales. Ainsi l'Acte unique en 1986 a élargi les compétences de la Communauté à des domaines tels que l'environnement ou la recherche et le développement. Puis le Traité de Maastricht ajoute en 1992 d'autres champs d'action comme la protection de la santé, l'éducation, la culture, l'emploi.

En parallèle, il convient d'apaiser les réactions d'hostilité à la libéralisation des services dans les Etats où la notion de service public à une forte portée⁸⁴.

La Cour de justice a trouvé dans l'article 86 paragraphe 2 du Traité qui traite des services d'intérêt économique général, l'instrument juridique pour concilier le jeu du marché et les exigences de l'intérêt général.

⁸⁴ Voir par exemple pour la France, les rencontres du 4ème forum social européen « Libéralisation et privatisation des biens publics: le démantèlement des services publics, des politiques de protection sociale, effets sur l'emploi », 4 mai 2006 ou le livre de Gilles Savary qui fait un bilan sur la question d'un éventuel démantèlement des services publics : « *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?* », La Tour d'Aigues, Editions de l'Aube, Paris, 2005.

L'application de l'article 86§2 au niveau local peut se déduire de l'arrêt *Bodson*⁸⁵. La Cour de justice y rappelle que l'article 86 § 1 s'applique autant aux autorités nationales que locales dans leurs rapports avec les entreprises auxquelles elles attribuent des droits exclusifs ou spéciaux. Par analogie, l'article 86 § 2 concernent donc également les collectivités locales.

1. UNE NOTION FONDEE SUR DES ELEMENTS DEGAGEES PAR LA CJ

L'article 86 se trouve au chapitre portant sur les règles de concurrence et plus précisément à la section sur les règles applicables aux entreprises. Cette article s'adresse en fait aux Etats membres ; il fait partie des normes de « concurrence publique »⁸⁶. Il prend en compte les interventions économiques des Etats à travers des entreprises. L'objectif de l'article 86 est de concilier l'intérêt des Etats à utiliser des entreprises comme un instrument de leurs politiques publiques avec l'intérêt de la Communauté de voir respecter les règles en matière de concurrence afin de préserver l'unité du marché commun⁸⁷.

L'article 86 § 1 définit un régime particulier pour les entreprises jouissant de droits exclusifs et spéciaux dans la mesure où il garantit leur existence pourvu que les règles de libre circulation et de concurrence soient respectées⁸⁸. Il définit donc ainsi le cadre du secteur public dans l'économie.

Cependant le paragraphe deux prévoit la possibilité de déroger à ces règles : « *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.* »⁸⁹. Cette dérogation est elle-

⁸⁵ C.J.C.E., 4 mai 1988, *Bodson*, C-30/87, Rec. 2479.

⁸⁶ Louis DUBOIS, Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris : Montchrestien, 3^{ème} éd., 2003.

⁸⁷ Cf. CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, Rec. I-1223, point 12.

⁸⁸ Art. 86 § 1 : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.* »

⁸⁹ Cette proposition concerne également les monopoles fiscaux, c'est-à-dire un monopole qui a pour objectif de

même limitée : « *Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* »

Les SIEG doivent donc être abordés comme un cas très particulier et être définis de manière stricte car ils constituent une exception aux règles générales du Traité⁹⁰.

Jusque dans les années 90, l'usage de cet article avait été jusqu'alors assez rare même si plusieurs activités avaient dès les années 70 été qualifiées de SIEG⁹¹ sans que pour autant soit appliquée l'exception aux règles du Traité. Mais ni le Traité, ni ces quelques affaires ne fournissent de définition de la notion de SIEG. Les juges communautaires ont donc agi de manière pragmatique et plus qu'une définition, ont fourni des éléments d'identification qui permettent de reconnaître les SIEG.

Au moins quatre éléments sont à prendre en considération pour identifier un SIEG : une entreprise, une activité économique, une investiture par un acte officiel et une mission d'intérêt général. Les deux premiers éléments sont redondants.

Le prérequis pour considérer l'application de l'article 86 § 2, est l'identification d'une activité économique, ce qui constitue peut être l'élément le plus délicat à appréhender. Cet exercice peut être très simple notamment lorsque la vocation économique d'une activité est communément admise. C'est le cas notamment pour les services en réseau (transports, énergie, télécommunication). Pour d'autres la question est plus délicate (services de santé et sociaux). C'est un prérequis cependant car comme nous l'avons vu le droit communautaire s'applique aux activités économiques.

fournir des revenus à l'Etat par l'exploitation exclusive d'une activité déterminée, par exemple, en France et en Italie, le monopole des tabacs. Il est néanmoins admis que l'article 86 § 2 ne peut pratiquement pas trouver à s'appliquer dans ces cas car il ne pourrait souffrir le contrôle de proportionnalité. D'autres moyens moins préjudiciables à la concurrence sont souvent possibles.

⁹⁰ CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM et NV Fonior*, C-27-73. Rec. 51.

⁹¹ La première étant l'exploitation d'un port fluvial assurant le débouché le plus important d'un Etat, CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère Luxembourgeois de l'Intérieur et Madeleine Muller*, C-10/71, Rec. 723.

La notion d'entreprise elle-même fait référence au caractère économique de l'activité. Dans l'arrêt *Höfner*, les juges ont en effet déclaré que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique* »⁹². Les SIEG sont donc de par leur nature économique, soumis aux règles du Traité relatives à la liberté de circulation et à la liberté d'établissement des services, aux règles de concurrence et aux règles sur les aides d'Etat. L'article 86 § 2 semble donc exclure a priori les services purement sociaux et les activités de puissance publique du champ d'application de ces règles. Nous verrons cependant que cette exclusion n'est pas systématique.

Plus spécifiquement, pour ce qui concerne la nature d'entreprise, le caractère public ou privé de l'opérateur n'importe pas. Cette approche est fondée sur l'article 295 du Traité CE, qui garantit la neutralité du droit communautaire pour ce qui est de la propriété des entreprises. Il laisse aux Etats membres libre choix dans la définition du mode de gestion de leurs activités économiques. Toutefois pour qu'un SIEG soit identifié, il doit être possible d'établir un lien particulier entre cette entreprise et l'autorité publique. Pour cela, la Cour de justice se fonde sur l'acte officiel qui investit le délégataire de sa mission.

Le mode de financement n'est pas non plus un critère de définition. Une entreprise est « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »⁹³. Un SIEG peut donc être une entreprise publique ou une entité ayant dans son capital une personne publique.

Dans ce contexte, la notion d'activité économique s'entend largement en droit communautaire puisqu'elle vise toute activité qui est « *prestée normalement contre rémunération* » et qui vise « *à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »⁹⁴.

La Cour de justice a précisé que la poursuite d'un but lucratif dans l'exercice de l'activité n'est pas déterminante dans la qualification de SIEG. Ce qui compte est la corrélation entre l'activité

⁹² CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979, § 21.

⁹³ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90, Rec. I-1979, § 21.

⁹⁴ CJCE, 16 juin 1987, *Commission/Italie*, C-118/85, Rec. p. 2599.

fournie et le niveau de recettes perçues: une activité financée selon un principe de solidarité peut échapper à la qualification d'activité économique, alors que la même activité sera considérée comme économique si elle est financée par des recettes proportionnées aux prestations fournies.

Une fois le caractère économique de l'activité caractérisé et l'entreprise identifiée, d'autres éléments doivent être examinés pour pouvoir appliquer l'article 86 § 2 du Traité CE.

Concernant l'acte d'investiture, la Cour affirme qu'il faut un acte formel de la puissance publique qui confie la mission d'intérêt général à l'entreprise⁹⁵. Les juges communautaires ont validé plusieurs types d'actes tels qu'une loi (*Corbeau*), un acte réglementaire, ou même un contrat de concession (*Almelo*). Il doit traduire « des rapports étroits » entre l'opérateur et la personne publique⁹⁶. Une simple autorisation n'est pas suffisante car il ne s'agit pas d'une véritable délégation d'activité⁹⁷.

Enfin l'entreprise doit être investie d'une mission d'intérêt général. Ce critère est le plus difficile à apprécier. Il relève largement de la sphère politique : ce sont les autorités publiques qui au vu des circonstances locales et des besoins des citoyens, définissent l'intérêt général. La Cour de justice reconnaît d'ailleurs, sur la base du principe de neutralité communautaire, que cette responsabilité relève des Etats membres. Elle se limite donc au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Plus généralement, la Cour de justice a une approche pragmatique de l'intérêt général qu'elle recherche dans les sujétions imposées aux opérateurs. Dans sa décision *Corbeau* de 1993⁹⁸, les juges pointent explicitement les obligations qui pèsent sur la Régie des postes (collecte, transport et distribution du courrier à un prix plafonné au profit de tous les usagers et sur tout le territoire) comme signe de l'existence d'un SIEG. Les charges doivent pesées sur l'entreprise et être liées à l'objet de l'activité considérée.

⁹⁵ CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère Luxembourgeois de l'Intérieur et Madeleine Muller*, C-10/71, Rec. 723; ou CJCE, 21 mars 1974, *BRT c/ SABAM et NV Fonior*, C-27-73. Rec. 51.

⁹⁶ CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & grus*, C-209/98, Rec. p. I-3743.

, aff. C-209/98, Rec. I-3743.

⁹⁷ Décision 81/1030/CEE de la Commission, du 29 octobre 1981, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne

⁹⁸ Point 15 CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

Les activités ayant été reconnues comme des SIEG sont désormais nombreuses et variées : le service postal de base⁹⁹, la production d'émission de radiotélévision¹⁰⁰, l'exploitation de lignes aériennes non rentables pour assurer la cohésion sociale¹⁰¹, etc. Plus particulièrement plusieurs services à caractère local dans nombre d'Etats membres se sont vus reconnaître la qualité de SIEG : la distribution d'eau potable¹⁰², la distribution d'électricité¹⁰³, la distribution de gaz¹⁰⁴, le service de collecte et d'élimination des déchets¹⁰⁵, les transports publics locaux¹⁰⁶.

Un grand nombre d'activités locales sont en définitive concernées par cette jurisprudence. L'usage d'entreprises auxquelles sont attribués des privilèges en l'échange des charges particulières qu'elles supportent est une réalité fortement ancrée dans la pratique¹⁰⁷.

2. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 86 § 2

Une fois le SIEG identifié, il demeure deux conditions à remplir pour appliquer l'article 86 § 2. Les juges doivent tout d'abord effectuer un contrôle de proportionnalité. Ensuite ils mesurent l'effet éventuel sur le commerce entre les Etats membres.

a. Le contrôle de proportionnalité

Pour ce qui est du contrôle de proportionnalité, la question est de savoir si l'article 86 § 2 assure la neutralité du Traité entre les valeurs du marché et les activités ayant un caractère d'intérêt général, ou s'il favorise l'une des deux approches. Pour certains auteurs, il y a eu d'abord une longue période favorable aux règles de la concurrence puis après les arrêts *Corbeau* et *Almelo*, un rééquilibrage en faveur des SIEG. Pour d'autres, il faut voir dans cette évolution, une simple

⁹⁹ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

¹⁰⁰ CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, Rec. 409.

¹⁰¹ CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed*, C-66/86, Rec. I-803.

¹⁰² CJCE, 8 novembre 1983 *NV IAZ Belgium c/Commission*, C-96/82, Rec. 3369.

¹⁰³ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. I.1477.

¹⁰⁴ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, C-159/94, Rec. I-5815.

¹⁰⁵ CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & grus*, C-209/98, Rec. p. I-3743.

¹⁰⁶ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Rec. I-7747.

¹⁰⁷ Cf. Chapitre deux de ce titre.

transformation de l'approche des juges vis à vis de l'article 86 § 2¹⁰⁸ dans un sens plus sophistiqué.

S'agissant d'une exception aux règles du Traité, l'article 86 § 2 doit être apprécié de manière restrictive. La Cour de justice mesure donc la proportionnalité des moyens engagés pour réaliser la mission d'intérêt général par rapport à l'atteinte à la concurrence qu'ils engendrent. Les juges pratiquent deux types de test. En principe, il incombe aux Etats de démontrer qu'ils ont employé les mesures les moins préjudiciables à la concurrence pour permettre à l'entreprise en charge d'une activité d'intérêt économique général de réaliser sa mission. Il s'agit du test de proportionnalité « de la mesure la moins restrictive », le plus sévère pour les Etats. Le second test est celui de l'erreur manifeste. Il ne s'applique que dans les cas où la Communauté a pu sur la base de sa compétence, légiférer. C'est le cas dans de nombreuses activités de réseau, déjà fortement harmonisées. Le test est alors plus léger et toute mesure adoptée par l'Etat est généralement acceptable¹⁰⁹.

Dans la pratique la Cour de justice se range en général du côté des Etats à moins que les mesures adoptées soient manifestement disproportionnées. Par contre, dans le cas où des règles d'harmonisation dans ce domaine ont permis à la Communauté d'occuper le terrain en s'emparant de cette compétence¹¹⁰ et d'établir ainsi des standards minimums (télécommunications, énergie, postes, transports), la Cour de justice se fait plus sévère.

Ainsi dans l'arrêt *Air Inter*¹¹¹, le Tribunal de première instance a rappelé qu'il incombe aux Etats de démontrer qu'aucun autre moyen, moins nuisible à la concurrence et à la libre circulation des services ne pouvait être employé. Dans cette affaire, la compagnie aérienne TAP contestait à Air Inter son monopole sur certaines lignes intérieures françaises. Air Inter de son côté arguait que ses droits exclusifs étaient nécessaires afin de compenser les lignes aériennes non rentables

¹⁰⁸ Julio BAQUERO CRUZ, "Beyond competition: Services of general interest and European Community law", *EU Law and the welfare state, in search of solidarity*, Grainne de Burca ed., Oxford University Press, 2005, p 187.

¹⁰⁹ CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, C-331/88, Rec. I-4023.

¹¹⁰ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre Pays-Bas*, C-157/94, Rec. I-5699, *Commission contre Italie*, C-158/94 et *Commission contre République française*, C-159/94, Rec. I-5815 sur les monopoles de l'électricité aux Pays-Bas, en France et en Italie ; en l'espèce la Commission a manqué à son devoir de définir la nature de l'intérêt communautaire en cause.

¹¹¹ TPI, 19 juin 1997, *Air Inter*, T-260/94, Rec. II-997.

maintenues au nom du principe de la cohésion territoriale. Les juges communautaires rejetèrent cette argumentation du fait de l'absence de preuves apportées par l'Etat : aucune analyse économique ne supportait son argumentation, et il n'était pas non plus démontré qu'un système alternatif n'aurait pas pu poursuivre le but d'intérêt général. Or dans ce secteur, il existait une norme communautaire, le règlement n° 2408/92 qui prévoyait que les lignes non rentables seraient subventionnées par un fonds étatique et non par des droits exclusifs. Il y avait donc un moyen alternatif pour garantir la cohésion territoriale. En conséquence, le Tribunal de premier instance a rejeté l'argumentation d'Air Inter, favorisant ainsi par ailleurs, l'application du droit dérivé c'est-à-dire des normes de secteur sur l'application du droit primaire, soit l'article 86 § 2 Traité CE.

Un arrêt de 2005 de la Cour de justice va également dans ce sens¹¹². Au Pays-Bas l'autorité nationale de gestion du réseau électrique avait maintenu certains droits exclusifs pour l'importation d'électricité au bénéfice de l'opérateur historique, sur la base de contrats à long terme que l'autorité estimait devoir porter à terme. Cette exclusivité était conforme à l'article 86 § 2. Cependant bien que la Cour de justice admit que cette restriction poursuivait un but légitime, elle donna néanmoins priorité à la politique de libéralisation communautaire dans ce secteur et appliqua les directives relatives à l'ouverture du marché de l'électricité.

L'article 86 § 2 semble par conséquent trouver une limite à sa portée dans les secteurs déjà régulés par des normes communautaires. Cette approche conforte l'idée que le contrôle de proportionnalité est plus sévère dans les secteurs où la Communauté est intervenue. La charge de la preuve, c'est-à-dire la démonstration de l'emploi de mesures les plus neutres pour la concurrence, repose alors sur les Etats.

Pour les secteurs non réglementés par le droit communautaire, l'étendue de la portée de l'exception a profité d'une évolution favorable à mesure que de plus en plus de SIEG étaient reconnus.

Dans un premier temps, il est apparu que seules les restrictions indispensables à la réalisation de

¹¹² CJCE, 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water*, C-17/03, Rec. I-4983, point 79.

la mission d'intérêt général ou l'incompatibilité des interdictions liées aux règles de concurrence avec la bonne mise en œuvre de la mission de SIEG pouvaient justifiées l'application de l'article 86 § 2¹¹³. Le contrôle de proportionnalité qu'effectuent les juges n'est pas développé dans ces arrêts. Tout au plus, l'Etat membre devait démontrer avoir adopté la mesure la moins préjudiciable à la concurrence¹¹⁴. De ce fait, l'article 86 § 2 a peu trouvé à s'appliquer. Mais la question des droits exclusifs s'est posée fréquemment et il est vite apparu qu'une approche plus flexible était nécessaire pour soutenir les entreprises en charge d'une mission d'intérêt général dans ses diverses expressions (fourniture en gaz et électricité, protection de la santé, garantie de service universel...). En effet, les tenants de cette position justifiaient les monopoles par le fait qu'autrement, les opérateurs concurrents pourraient intervenir sur les branches rentables du marché et ainsi laisser les sections déficitaires à l'opérateur historique qui se verrait contraint d'augmenter ses tarifs ou son déficit, pour maintenir le niveau de service traditionnel. Cette théorie dite de l'écrémage ou « cherry-picking » en anglais à trouver grâce aux yeux de la Cour de justice dans l'arrêt *Corbeau*¹¹⁵, qui marque le début d'une approche plus favorable à la dérogation aux règles du Traité pour les SIEG et l'acte de naissance de la jurisprudence sur l'article 86 § 2 du Traité CE.

Dans cette affaire, Monsieur Corbeau, un citoyen belge a mis en place un service de distribution de courrier à des prix un peu inférieurs à ceux de la Poste, mais surtout d'une qualité supérieure (délais de livraison notamment). La Régie des postes a de son côté l'obligation de fournir un service de distribution de courrier sur tout le territoire à des prix fixés et plafonnés par un acte réglementaire. En échange, elle bénéficie d'un monopole légal. Elle a donc poursuivi Monsieur Corbeau sur la base de ce droit exclusif et au motif que le service de Monsieur Corbeau, agissant sur la partie rentable du marché, la privait de ses profits et de la possibilité de compenser les activités déficitaires. La Cour belge a présenté un recours préjudiciel auprès de la Cour de justice pour savoir si la législation belge était compatible avec les articles 82 et 86 du Traité CE. Pour la première fois, les juges communautaires ont accueilli l'argument de l'écrémage. Ils ont donc conclu que les secteurs rentables peuvent être exclus de la concurrence dans la mesure où ils

¹¹³ CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, Rec. 409 ; CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed*, C-66/86, Rec. I-803 ; CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979.

¹¹⁴ CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, C-72/83, Rec. 2727: l'attribution d'aides d'Etat pour financer le service affecte moins la concurrence que les droits exclusifs.

¹¹⁵ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

permettent à l'opérateur de faire des compensations entre activités bénéficiaires et non bénéficiaires, et ainsi de maintenir l'équilibre économique du service. Ils rappellent toutefois que les restrictions ne concernent pas les activités dissociables du marché qui offre des services spécifiques, répondant à des besoins particuliers et que le service traditionnel ne fournit pas¹¹⁶.

Par la suite, l'arrêt *Commune d'Almelo*¹¹⁷ a confirmé cette approche plus flexible et admis que l'article 86 § 2 puisse s'appliquer à des droits exclusifs d'origine contractuelle. En l'espèce, plusieurs entreprises de distribution d'énergie néerlandaises se trouvaient dans l'impossibilité d'importer de l'électricité à partir d'autres Etats membres, car les contrats de distribution contenaient une clause d'achat exclusive auprès d'une entreprise régionale de distribution d'électricité. Ceci affectait les échanges entre Etats membres et provoquait un abus de position dominante de l'entreprise régionale. Cependant la Cour de justice a souhaité maintenir l'interprétation flexible de l'article 86 § 2 et invita les juges nationaux à mesurer dans l'appréciation des restrictions nécessaires à la réalisation de la mission d'intérêt général, les coûts des obligations de service public mais aussi l'impact que la réglementation nationale ou locale pouvait avoir sur l'activité¹¹⁸.

En adoptant la théorie de l'écrémage, la Cour de justice fait preuve de flexibilité. La dérogation aux règles du Traité n'a pas à être indispensable, il suffit qu'elle soit nécessaire à l'équilibre économique du service. L'Etat membre peut s'en tenir à une démonstration minimum, la Cour de

¹¹⁶ « 17 A l'effet de cet examen, il faut partir de la prémisse que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables. 18 En effet, autoriser des entrepreneurs particuliers de faire concurrence au titulaire des droits exclusifs dans les secteurs de leur choix correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par les titulaires des droits exclusifs, étant donné que, à la différence de ces derniers, ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables. 19 L'exclusion de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas ».

¹¹⁷ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. I.1477.

¹¹⁸ « Toutefois, l'application de ladite clause échappe à cette double interdiction, en application de l'article 90, paragraphe 2, du traité, dans la mesure où la restriction à la concurrence qu'elle opère est nécessaire pour permettre à l'entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général. A cet égard, le juge national, à qui il appartient d'apprécier cette nécessité, doit tenir compte des conditions économiques dans lesquelles l'entreprise, du fait des contraintes qui pèsent sur elle, se trouve placée, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise. »

justice s'en tenant au test de l'erreur manifeste d'appréciation. De plus, les juges se font l'écho des nouvelles préoccupations du droit communautaire en donnant ici du poids à l'argument environnemental.

Cette approche flexible est celle qui prévaut encore aujourd'hui. Cependant les juges sont prudents dans la vérification des conditions de sa mise en œuvre. Dans une décision de 2001, *Ambulanz Glöckner*, la CJCE introduit un nouvel aspect à prendre en compte inspiré d'un autre de ses arrêts, l'arrêt *Höfner* rendu dans le cadre de l'article 86 § 1 cependant. L'affaire *Ambulanz Glöckner* concerne un service de transport de malades pour lequel une entreprise s'est vue attribuée un droit exclusif couvrant le transport urgent et non urgent de patients. Ce dernier segment est potentiellement rentable, aussi des entreprises concurrentes souhaitaient que le service soit ouvert à la concurrence. La Cour de justice, dans la droite ligne de *Corbeau* et *Almelo*, rappelle que les deux activités sont liées et l'exclusivité sur les services non urgents sert à couvrir la section non bénéficiaire et assurer l'équilibre économique de l'activité. Elle ajoute cependant un nouvel élément d'analyse : l'exclusivité est contestable si le service de transport ne satisfait pas les besoins des usagers. Dès lors, la carence de l'entreprise responsable de la mission d'intérêt économique général entraîne la violation des articles 82 et 86 § 1 du Traité mais aussi l'impossibilité d'appliquer l'article 86 § 2¹¹⁹. Tout comme le Conseil d'Etat français admet dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie que les collectivités publiques interviennent en cas de carence de l'initiative privée, les juges de Luxembourg opèrent le même raisonnement dans l'autre sens, c'est-à-dire pour autoriser des personnes privées à intervenir sur un marché réservé à un seul opérateur par la personne publique.

Cet arrêt contribue donc à encadrer le régime de l'article 86 § 2 que la Cour de justice avait assoupli. L'efficacité du service apparaît comme une nouvelle condition de l'attribution de droits exclusifs. L'existence de privilèges doit donc faire l'objet d'une justification poussée de la part des Etats membres.

Cependant la Commission peut participer à l'analyse des cas lorsque ceux-ci sont présentés

¹¹⁹ CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. I-8089, §62 : « Toutefois, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 188 de ses conclusions, ce n'est que s'il était établi que les organisations sanitaires chargées de la gestion du service d'aide médicale d'urgence n'étaient manifestement pas en mesure de satisfaire en permanence la demande de transport médical d'urgence et de transport de malades que la justification de l'extension de leurs droits exclusifs, tirée de la mission d'intérêt général, ne pourrait être admise. »

devant la Cour de justice et mettent en cause des aides d'Etat. Ainsi dans l'arrêt *FFSA*¹²⁰, la Commission a fourni une analyse économique des coûts de service et avantages reçus par la Poste française pour considérer que les exemptions dont elle bénéficiait étaient compatibles avec les articles 86 et 87 du Traité CE.

b. L'effet sur les échanges entre Etats membres

La dernière condition que les juges communautaires doivent examiner pour appliquer l'article 86 § 2 est l'effet éventuel, contraire à l'intérêt de la communauté, causé par la dérogation aux règles de concurrence sur le développement des échanges commerce entre les Etats membres. La notion d'affectation du commerce entre Etat membres, mentionnée aux articles 81 et 82 du Traité CE notamment, c'est-à-dire dans le cadre des normes sur la concurrence, a fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour de justice et d'une Communication de la Commission¹²¹ qui peuvent éclairer la signification de cette dernière condition de l'article 86 § 2. Par « échanges » il faut entendre toutes les activités économiques ayant un caractère international. C'est l'incidence sur ces activités qui est évaluée. Il suffit qu'une mesure, au vu des éléments de faits et de droit à la disposition des juges, ait potentiellement une influence directe ou indirecte sur les échanges pour être suspecte. Enfin cette influence doit être sensible. Mais cette évaluation doit se faire au cas par cas et il n'existe pas de seuils prédéfinis. Cette disposition n'exclut pas que les services publics locaux puissent avoir un effet sur le marché intérieur. Ainsi il est tout à fait envisageable qu'un prestataire de service local abuse de sa position dominante lorsqu'il dispose d'un monopole. Or cet abus peut affecter l'ensemble du marché commun même s'il porte sur un service public local. Ainsi nombre de ports ou aéroports bien qu'ayant une accise territoriale limitée représente une part substantielle des échanges du marché commun.

En définitive, cette disposition clarifie la portée du contrôle de proportionnalité. Le juge doit mettre en balance l'intérêt communautaire avec l'intérêt national ou local. Ces intérêts ne sont cependant pas faciles à mesurer et il peut être difficile d'effectuer un contrôle objectif. En

¹²⁰ CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA cl Ministère de l'agriculture et de la pêche*, C-244/94, Rec. I-4013.

¹²¹ Communication de la Commission du 27 avril 2004 — Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOCE C 101, 27.04.2004.

principe, la Commission doit démontrer comment l'intérêt communautaire est affecté¹²².

B – Le développement de la notion de « SIEG » et l'émergence des « SIG dans les documents politiques

L'émergence de nouvelles valeurs dans la sphère communautaire, l'inclusion de nouvelles compétences (par exemple, le Traité de Maastricht introduit des chapitres sur l'emploi ou l'environnement), l'œuvre de la Cour de justice qui s'est emparée de l'article 86 §2 et les réactions protectionnistes des Etats membres et de leurs opinions publiques face à la libéralisation des monopoles nationaux, ont porté la Commission à intervenir sur la question des services publics.

La Cour de justice a abordé par la négative la notion de SIEG puisqu'elle se définit comme une dérogation aux règles générales du Traité CE. La Commission a cherché pour sa part à définir positivement ce concept, en opérant cependant un élargissement de la notion à travers l'introduction des « SIG ».

Les expressions qui entrent dans la sphère de la notion de SIG sont nombreuses. Le droit fondamental communautaire ne traite, à l'origine, que des « SIEG » (art. 86 § 2) et des « servitudes inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports » (art. 73 Traité CE). Le droit dérivé mentionne les « obligations de service public » (secteur des transports, de l'électricité et du gaz) ainsi que le « service universel » (secteur des télécommunications). Elles relèvent de domaines et d'actes variés, ce qui leur confère une valeur hiérarchique également variable.

A partir de 1996, après l'échec de la proposition française pour une Charte européenne des services publics, la Commission n'a eu de cesse de préciser sa position – et ainsi de rassurer les Etats membres - quant à la question des SIEG dans divers documents. Elle a promu une nouvelle

¹²² L'avocat général Van Gerven a suggéré, dans ses conclusions dans l'affaire CJCE, 10 décembre 1991, *Port de Gênes*, C-179/90, Rec. 5889, que l'effet direct de l'article 86 § 2 portait sur la première proposition et que donc les juges nationaux devaient apprécier la proportionnalité par rapport au contexte national alors que la Commission serait compétente pour observer si l'intérêt communautaire a été violé. La Cour de justice n'a pas accueilli cette interprétation.

expression, les « SIG ». Ceux-ci ont une portée plus large que les SIEG en ce qu'ils couvrent les activités de service public marchandes (SIEG) mais aussi non marchandes. Pas moins de huit documents, spécifiant la position de la Commission et des indications méthodologiques destinées aux Etats membres ont été publiés entre 1996, date de la première communication sur les SIG et 2007, date de la dernière¹²³. Parmi ces documents, le livre vert sur les SIG de 2003 est un texte particulièrement important. Il constitue en fait une consultation publique qui a permis aux institutions européennes, nationales et locales d'exprimer leurs attentes et craintes vis-à-vis d'une politique communautaire dans le domaine des services publics.

1. LA NOTION DE SIG DANS LES DOCUMENTS DE LA COMMISSION

La Commission européenne a largement contribué au travail de la doctrine en résumant dans des documents visant à clarifier la notion de SIEG, la jurisprudence de la Cour de justice. Mais cette œuvre n'a pas été réalisée de manière totalement neutre. Bruxelles a en effet promu la figure des « SIG », plus large que celle des « SIEG » et ainsi donné une impulsion politique à sa démarche puisque les SIG abordent des thèmes sociaux qui se rattachent à un modèle de société européenne. C'est ainsi que d'un travail de clarification juridique quant à la notion et au régime des SIG (a), la Commission a ensuite lancé à leur propos un projet de norme horizontale (b).

a. La question de la définition des SIG

Dès sa Communication de 1996, la Commission, constatant les disparités terminologiques entre

¹²³ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe JO C 281 du 26.9.1996 _ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 du 20.9.2000, JO C 17 du 19.1.2001 _ Report to the Laeken European Council – Services of General Interest, COM(2001) 598 final, 17.10.2001 _ communication de la Commission - Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général, COM(2002) 331 final du 18.6.2002 _ Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 du 21.5.2003 _ Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004. Dans cette première partie, nous arrêterons notre étude des documents de la Commission au livre blanc de 2004 qui marque l'aboutissement du processus initié en 1996 en ce qu'il résume l'opinion des différents acteurs et fournit la définition reconnue au niveau communautaire .

Nous aborderons la Communication de la Commission « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne » du 26 avril 2006, COM(2006) 177 final, et la Communication a Commission a adopté le 20 novembre 2007 une communication intitulée « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen ». [COM(2007) 725] ainsi que les discussions sur la révision des Traités dans la seconde partie car elles introduisent de nouveaux concepts relatifs aux SIEG, signe de l'évolution et de la mise en valeur de la notion.

les Etats membres, a consacré la notion de « SIG ». Elle pouvait ainsi éviter l'expression très connotée dans certains Etats, de « service public » et éviter les ambiguïtés relatives au terme « public » qui se réfère tantôt aux destinataires du service, tantôt au statut de l'opérateur. L'expression « SIG » est donc issue du « droit mou » produit par la Commission, laquelle retient que l'expression ne se trouve pas dans le Traité mais qu'elle découle dans la pratique communautaire de celle de « SIEG » qui elle se situe à l'article 86 § 2 du Traité CE. La notion de « SIEG » a un sens plus réduit que celle de « SIG ». En effet ces derniers couvrent « *les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* ». Dès lors logiquement, les SIEG sont les « *services de nature économique que les États membres ou la Communauté, mettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général.* »¹²⁴.

Toute la difficulté tient à définir ce qui est marchand et ce qui ne l'est pas. La Commission emploie ces expressions comme synonymes d'« économique ». Pour le droit communautaire en principe, tous les services ont potentiellement une valeur marchande. Dès lors suite à la grande consultation publique lancée par la Commission sur le thème des « SIG » plusieurs organismes ont proposé des solutions.

Dans son avis sur le Livre vert¹²⁵, le Comité des régions a proposé l'établissement d'une liste qui fixerait les services non marchands afin de clarifier les services qui demeureraient en toutes circonstances en dehors de la sphère d'action communautaire. Cette mesure radicale a toujours été rejetée par la Commission au motif que la définition des SIG est dynamique et varie au gré des circonstances locales et progrès sociaux, économiques voire technologiques¹²⁶. Elle peut également ainsi s'assurer qu'aucune activité n'est hors de son champ de compétence, définitivement.

Le Parlement européen a de son côté avancé une liste de critères qui pourraient permettre

¹²⁴ Définitions extraites du Livre Blanc sur les SIG, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004, p 23.

¹²⁵ Avis du Comité des régions sur le Livre vert de la Commission sur les SIG, n°2004/C80/20, JOUE C 80 du 30 mars 2003.

¹²⁶ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe JO C 281 du 26.9.1996 § 3 : « *La conception, l'étendue et les modes d'organisation des services d'intérêt général varient néanmoins d'un Etat membre à l'autre ou d'un secteur à l'autre, en fonction notamment de traditions ou de techniques différentes* ».

d'identifier ce qui constitue une activité marchande. Il proposait d'observer la finalité commerciale ou non de l'activité, la part du financement public, la poursuite d'un but lucratif, la garantie de droits sociaux, la contribution à la participation à la vie sociale et à l'intégration sociale.

Le principe de l'établissement d'une liste de critères définissant les activités marchandes plutôt qu'une liste d'activités considérées comme SIEG est partagée par la doctrine¹²⁷ qui propose la prise en compte d'autres éléments tels que : l'existence ou non d'un marché concurrentiel, la rentabilité du service, le caractère onéreux ou non des prestations, l'existence de subventions publiques, l'existence d'un besoin fondamental des populations, l'impact de la gestion locale sur les échanges communautaires, la présence de bénévoles, le caractère de contrepartie ou non de la rémunération, la permanence de ces éléments dans la durée, la contribution à la cohésion sociale, la nécessité d'un contrôle démocratique, la contribution à l'aménagement du territoire et au développement durable, la mise en œuvre du principe de solidarité.

Aucune de ces suggestions n'a pour l'instant été retenue par la Commission même si en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice elle prend en compte indirectement ces éléments. Mais sur le plan des définitions, l'œuvre de la Commission se caractérise par sa stabilité. La définition des SIG et des SIEG dans le livre blanc de 2004 reprend celle déjà présentée en 1996, dans la première communication.

Une ambiguïté demeure cependant car l'expression de SIG est employée parfois par opposition au SIEG et parfois comme terme générique. Lorsqu'elle s'oppose aux SIEG, elle couvre les services publics non soumis au droit communautaire. Dans sa Communication de 2000, la Commission mentionne dans ce cadre l'éducation nationale et les services liés aux régimes de base de sécurité sociale obligatoire¹²⁸. Dans le Livre blanc de 2004, elle ne donne plus d'exemple et ne revient pas sur sa définition. En revanche elle dégage une nouvelle catégorie les services sociaux (c'est-à-dire les soins de longue durée, la sécurité sociale, les services d'emploi et de logement social) et

¹²⁷ Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, p 41.

¹²⁸ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 du 20.9.2000, JO C 17 du 19.1.2001, paragraphe 29.

de santé dont le caractère économique ou pas et leur soumission au droit de la concurrence devra être établi¹²⁹. Pour le reste, concernant le régime et notamment la compensation des obligations de service public, la Commission renvoie à la jurisprudence de la Cour de justice.

La Commission souligne par ailleurs le rôle des collectivités locales dans la définition, l'organisation, le financement et le contrôle des SIG. Elle rappelle également l'importance de clarifier le régime applicable pour ces entités subnationales.

En définitive, la définition des SIG se compose de trois éléments : un lien organique entre l'opérateur et l'autorité publique à travers l'acte d'investissement qui détermine la mission d'intérêt général, une mission d'intérêt général c'est-à-dire un élément fonctionnel et enfin, un aspect matériel, les obligations de service public. Ces trois éléments se retrouvent dans les définitions du service public des Etats membres.

En tout état de cause, la prise en compte et l'étude de la notion par la Commission a une valeur symbolique importante tant elle démontre une volonté politique de donner une existence juridique propre à la figure des services publics dans le droit de la Communauté européenne.

b. L'adoption d'une norme horizontale sur les SIG

Ces efforts de définition à travers les différentes communications ont accru le poids politique des SIG. En parallèle les normes de secteurs concernant les grands services publics se sont multipliées (communications électroniques, services postaux, électricité, gaz, eau, transports, radiodiffusion)¹³⁰. Dans ce contexte, la volonté d'adopter une norme transversale à tous les secteurs qui harmoniserait les grands principes qui leur sont relatifs s'est faite de plus en plus prégnante, notamment de la part de certains Etats membres.

Dans son rapport au Conseil de Laeken sur les SIG en 2001, la Commission annonça son intention « *d'examiner la suggestion de consolider et de spécifier dans une directive-cadre les*

¹²⁹ Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004, p 14.

¹³⁰ Cf. Annexe III du Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004, p 28.

principes relatifs aux services d'intérêt général qui sous-tendent l'article 16 du traité ». Cette volonté fut soutenue immédiatement par le Parlement européen et le Comité économique et social. Cependant la consultation publique organisée sur le livre vert relatif aux SIG de 2003 a mis au jour des positions variées et divergentes au sein du Conseil et du Parlement européen. Les parties favorables à une directive-cadre soutiennent qu'une telle norme permettrait de renforcer la sécurité juridique en clarifiant les principes et le régime qui s'appliquent aux services publics sur tout le territoire européen. Les opposants craignent que le cadre ne s'en trouve figé et inadapté aux évolutions des activités. Ils appréhendent également une attitude trop directive de Bruxelles qui nierait la diversité des situations et censurerait les pratiques locales. La Commission a dès lors suspendue son activité sur ce point et proposa de s'en remettre à la base légale que le Traité établissant une constitution pour l'Europe devait intégrer à l'article III-122¹³¹. Suite à l'échec de ce projet, le traité révisé de Lisbonne a repris cette norme. Aussi le sort d'une directive-cadre sur les SIG ou de toute autre norme horizontale en la matière, dépend désormais de la reprise du processus d'adoption du Traité. Une norme horizontale devrait en tout cas être très générale afin de couvrir la diversité des situations européennes, notamment au niveau local. Dans cette attente, la Commission continue son approche sectorielle.

c. La promotion politique des SIEG

Au niveau du droit « mou », la Commission est donc parvenue à fournir une définition des SIG assez large pouvant correspondre dans une certaine mesure à la variété des notions de service public dans les différents Etats membres, sans traiter en particulier des services publics organisés par les collectivités locales. Dans ce cadre, alors que la Commission a multiplié les documents de réflexion sur les SIG, deux mesures ont symboliquement et politiquement rehaussé la valeur des SIEG dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit de l'article 16 du Traité CE (A) et de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux (B).

1 - L'article 16 du Traité CE

Bien que favorable aux SIEG, l'usage de l'article 86 § 2 par la Cour de justice n'a pas satisfait tous

¹³¹ cf. Partie II p 270

les défenseurs du service public. La critique porte essentiellement sur la priorité que le Traité donnerait aux règles de concurrence et de libre circulation vis-à-vis des SIEG. De fait le droit communautaire ne traite en principe que de questions économiques or, comme nous l'avons vu, à travers la définition de l'intérêt général, les SIEG ont un caractère social et politique certain. Dans les Etats, ce sont en principe les organes politiques qui déterminent le poids qui doit être alloué aux SIEG face aux règles du libre marché. Cependant en droit communautaire ce sont les juges qui interviennent, dans le cadre de la mission qui est la leur, à savoir la bonne application des règles du Traité et en particulier des règles de concurrence et du marché intérieur. Pour certains auteurs, il y a donc une opposition fondamentale entre le droit des Etats membres où les valeurs du marché et sociales ont une valeur équivalente et le droit de la Communauté européenne où les valeurs marchandes dominant¹³².

Dans ce contexte, le Traité d'Amsterdam de 1997 introduisit l'article 16, dans le Traité de la Communauté européenne. Cette mesure tend à contrebalancer les valeurs du marché et à promouvoir en droit communautaire les aspects non marchands des activités de service. L'article dispose que : « *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, 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 États 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.* » Les SIEG sont donc ainsi promus au rang de valeur de l'Union européenne. Leur rôle particulier en faveur de l'intérêt général des Etats membres mais aussi de l'Union, est reconnu. Symboliquement la mesure est forte.

Cependant sa portée est d'emblée limitée par la Déclaration 13 du Traité d'Amsterdam qui précise que l'article 16 doit être apprécié en fonction de la jurisprudence de la Cour de justice¹³³. Cela

¹³² Fritz SCHARPF, « The European social model », 40 JCMS (2002) 645, voir 647 et 665, Julio BAQUERO CRUZ, « Beyond competition: Services of general interest and European Community law », *EU Law and the welfare state, in search of solidarity*, Grainne de Burca ed., Oxford University Press, 2005, p 174.

¹³³ Déclaration n°13 : « *Les dispositions de l'article 7 D (nouvel article 16) du traité instituant la Communauté européenne relatives aux services publics sont mises en oeuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité*

revient à établir un statu quo et à affirmer le rôle fondamental tant il est teinté de politique des juges communautaires sur la question des SIEG. Cette approche semble confirmée par le texte lui-même qui commence par faire une réserve à l'égard des autres articles du Traité qui traitent des SIEG.

Les commentateurs ont des vues divergentes sur l'impact de ce nouvel article. Pour certains, il est une simple réponse aux craintes des Etats membres face aux mouvements de libéralisation et de privatisation¹³⁴. Tony PROSSER est plus optimiste et y voit la création d'une obligation pour la Communauté de faciliter la mise en œuvre des SIEG et même d'une constitutionnalisation du concept de SIEG en droit communautaire¹³⁵. Pour SZYSZYSCAK¹³⁶ c'est un pas de plus dans la définition d'un système institutionnel où les SIEG et leurs valeurs sont défendus sur des marchés compétitifs. Enfin pour Maurizio MARESCA¹³⁷, l'article 16 constituerait bien une obligation pour l'Union européenne et les Etats membres, ainsi qu'une base pour mener des actions en responsabilité et demander des dommages et intérêts au cas où les SIEG ne seraient pas assurés. La Communauté européenne pourrait ainsi être poursuivie devant la Cour de justice si dans les mesures qu'elle adopte, certaines vont à l'encontre des objectifs de l'article 16.

2 - L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux

Peu de temps après, une autre mesure renforce la portée symbolique des SIEG. La Charte des droits fondamentaux (CDF) a été signée et proclamée le 7 décembre 2000 lors du sommet de Nice. Cette déclaration codifie les droits fondamentaux dégagés par la Cour de justice sur la base des traditions nationales. Le chapitre sur la solidarité contient l'article 36 qui dispose « *Accès aux services d'intérêt économique général : L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services*

de ces services. »

¹³⁴ FLYNN dans Erika SZYSZCZAK, *The regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p219 _ De même, le Sénat français qualifie ainsi l'article 16 de « consolation », Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'union européenne sur les SIG en Europe, rapporteur Hubert HAENEL, novembre 2000.

¹³⁵ Tony PROSSER, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, April 1005.

¹³⁶ Erika Szyszczak, *The regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

¹³⁷ Maurizio Maresca, « The access to the Service of general interest (SGIs), fundamental right of European Law and the growing rôle of users' rights », Working paper, 10th International Consumer Law Conference, « Privatisation, De(Re)regulation and the Consumer Interest », Lima, May 4-5 2005

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. » La portée de cette mesure est modeste et purement déclaratoire. Elle ne crée pas de nouveaux droits. Cependant le droit d'accès aux SIEG est énoncé. Au niveau communautaire, on peut l'associer aisément aux services libéralisés, il est notamment un élément du service universel. Pour Maurizio MARESCA¹³⁸ cet article confirme cependant la création d'un droit fondamental d'accès aux SIEG déjà établi par l'article 16 du Traité CE. De fait, si les SIEG ont pour but de promouvoir la cohésion sociale et territoriale, le droit d'accès apparaît comme l'arme juridique pour s'assurer que cette mission de cohésion est satisfaite. Les individus sont donc en droit d'attendre que les Etats membres et l'Union européenne adoptent les mesures réglementaires nécessaires pour rendre effectif l'accès aux SIEG. Dans ce contexte la réforme des traités pourrait avoir des conséquences juridiques majeures. En effet en 2004 le Traité établissant une constitution pour l'Europe (TECE) dans sa deuxième partie puis le Traité de Lisbonne de 2007¹³⁹ en annexe sous forme de déclaration, confèrent une valeur juridique contraignante à la CDF en la plaçant au même niveau que les Traités constitutifs dans la hiérarchie des normes communautaires. La question d'un droit d'accès aux SIEG et de la responsabilité de la Communauté à cet égard devrait donc resurgir.

Conclusion de la section

En pratique, la valeur juridique des articles 16 du Traité CE et 36 de la CDF reste pourtant secondaire. Elles n'ont fait l'objet d'aucune application par la Cour de justice et le nombre de références à ces articles 16 du traité CE et 36 de la CDF est minime. Ainsi les deux mesures ont été mentionnées une première fois dans le cadre de la Cour de justice, dans les conclusions de l'avocat général Jacobs sous l'affaire *Gemo* (point 124)¹⁴⁰. Il a fallu attendre ensuite le récent arrêt *BUPA* du Tribunal de première instance pour répertorier une deuxième mention¹⁴¹.

¹³⁸ *Ibidem*

¹³⁹ Traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, JO C 310 du 16 décembre 2004 ; Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 306 du 17 décembre 2007.

¹⁴⁰ Point 124 des conclusions de l'avocat général Jacobs sous CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, Rec. I-13769.

¹⁴¹ TPICE, 12 février 2008, *BUPA contre Commission*, T-289/03, paragraphe 167.

Cependant pour certains auteurs, les défenseurs du service public ont gagné très peu avec ces deux articles, s'ils ont même gagné quelque chose¹⁴². Toutefois la valeur du symbole est forte et la catégorie juridique des SIEG en sort renforcée. C'est un premier pas dans une affirmation positive de la catégorie. Mais le concept plus général de SIG développé par la Commission n'est pas, lui, consacré au niveau supérieur de la hiérarchie des normes communautaires.

L'étude de la notion de SIEG porte à aborder le régime dans la mesure où elle s'est fortement construite à travers les arrêts de la jurisprudence sur l'article 86 § 2 du Traité CE. Cependant comme les SIEG sont avant tout des activités économiques pour le droit communautaire, ils sont également encadrés par un ensemble de règles secondaires qui traitent des services en général. Les règles du marché intérieur sur la délégation des activités de services et sur la concurrence sont particulièrement pertinentes pour les autorités en charge d'organiser les services publics.

Section II – La particularité des SIEG illustrée par leur régime

Il peut paraître artificiel de distinguer notion et régime des SIEG, tant la notion s'est en fait élaborée à partir du régime que les juges communautaires leur ont appliqué et notamment à partir de l'exception aux règles de la concurrence et du marché intérieur comprise à l'article 86 §2 du Traité CE.

Comme pour l'étude de la notion de « SIEG », il faut ici spécifier en premier lieu les règles portant sur les services en général (§1) puis en second lieu, les normes concernant la libre concurrence (§2).

§ 1 – Les règles du marché intérieur régissant la délégation des services publics

Le régime des activités de service en général est vaste et relève souvent d'une réglementation de secteur. Dans la perspective des services publics et de leur régime, il y a néanmoins un domaine qui suscite controverse et un grand nombre d'arrêts. Il s'agit des règles encadrant la délégation des services publics. Les Etats membres ont souvent adopté auparavant un cadre national, cependant

¹⁴² Wolf SAUTER, Harm SCHEPEL, « 'State' and 'Market' in the competition and free movement case law of the EU courts, TILEC Discussion paper, DP 2007-024, august 2007 _ <http://ssrn.com/abstract=1010075>, p 146.

l'activité de la Communauté en la matière a été très intense et a amené les autorités nationales à réviser ou compléter leur législation. Au niveau local, les collectivités sont directement concernées par ces normes et sont amenées à les appliquer de plus en plus fréquemment à mesure que les marchés de service s'ouvrent.

Le droit communautaire à cet égard régit deux champs : les marchés publics et les concessions. L'importance économique de ces secteurs a encouragé l'intervention communautaire¹⁴³. Les marchés publics sont en droit communautaire « *des contrats conclus à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive* »¹⁴⁴. Les concessions se distinguent des marchés publics par le transfert de la responsabilité d'exploitation qu'elles impliquent et qui permet à l'opérateur de percevoir des droits sur les usagers. Les marchés publics sont réglementés par du « droit dur ». Les premières directives ont été adoptées dans les années 70 puis révisées dans les années 90¹⁴⁵ et enfin dans les années 2000. Elles se fondent sur les articles du Traité relatifs au droit d'établissement (art. 47 T CE), à la libre prestation (art. 55 T CE) et à l'harmonisation des législations (art. 95). En effet, l'objectif des règles de droit communautaire en matière de marchés publics est la libre circulation des services et des marchandises ainsi que la libre concurrence dans les Etats membres¹⁴⁶. Au cours de ces révisions, les principes de base sont demeurés inchangés mais les modalités de passation des marchés se sont modernisées, par exemple avec l'introduction de procédures électroniques. Pour les concessions, il s'agit pour l'instant de « droit mou » mais la Commission a été très active dans les années 2000 dans la

¹⁴³ Selon le site internet de l'Union européenne, Europa, la commande publique dans l'UE – c'est à dire les commandes de fournitures, de services et de travaux par le secteur public – a représenté 16% du PIB de l'UE ou encore 1500 milliards d'euros en 2002.

¹⁴⁴ Art 1. Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 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 30/04/04 p 114.

¹⁴⁵ Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1); directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199 du 9.8.1993, p. 1); directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199 du 9.8.1993, p. 84).

¹⁴⁶ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. I-1, point 44.

définition de principes directeurs qui ont vocation à être retranscrits dans des directives.

A – Les marchés publics

La plupart des services publics locaux font l'objet d'une délégation. Ce mécanisme est organisé par les normes nationales mais aussi communautaires. En matière de marchés publics, sur la base de l'article 95 du traité CE, les directives qui ont été adoptées encadrent les procédures d'attribution des contrats et les possibilités de recours. Cependant les pouvoirs adjudicateurs locaux peuvent y échapper soit en application de la règle de *minimis*, soit parce que les contrats en cause ne constituent pas des marchés publics mais plutôt des concessions, au sens communautaire.

Pour ce qui est des marchés publics, ils portent traditionnellement sur les fournitures, les travaux et les services, ces derniers étant définis de manière résiduelle comme « marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II. »¹⁴⁷.

1. PERSONNES CONCERNEES

L'application des directives de marchés publics est subordonnée à la qualité de « pouvoir adjudicateur » de la partie voulant contracter un marché. L'article 1 § 9 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que : « *Sont considérés comme "pouvoirs adjudicateurs": l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.* »

Les collectivités locales et leurs groupements sont donc expressément visés par les directives de

¹⁴⁷ Art. 1 § 2 -d e de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 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 30/04/04.

marchés publics. De même, la définition proposée par la réglementation à la jurisprudence communautaire concernant les organismes de droit public, soumet de nombreux organismes créés par les collectivités pour gérer une fonction particulière, à ces mêmes règles. C'est notamment vrai pour les établissements publics. Les critères qui définissent les organismes de droit public sont inscrits à l'article 1 (b) de la directive 93/37. Pour recevoir cette qualification, l'établissement doit être spécifiquement créé pour la poursuite d'un but d'intérêt général, sans qu'il n'ait un caractère industriel ou commercial. Il doit avoir la personnalité morale et doit être financé dans sa majeure partie par l'Etat, la région ou les collectivités locales, ou avoir un conseil d'administration ou de vigilance qui a plus de la moitié de ses membres nommés par les autorités publiques.

Un grand nombre de services publics locaux se trouvent ainsi dans le champ d'application du droit des marchés publics.

2. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Les marchés publics doivent respecter les principes fondamentaux du droit communautaire tels que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de libre circulation des marchandises, de libre prestation des services et du droit d'établissement.

Pour cela les directives « marchés publics » imposent une série d'obligations procédurales aux organismes publics.

La transparence passe par la publicité des offres destinées aux entreprises. Des avis sont publiés dans le JOUE conformément à un modèle uniforme pour informer du projet de passation de marché. Une fois les marchés attribués, il faut également publier le résultat de la procédure de passation.

La transparence est également garantie à travers des procédures de mise en concurrence des entreprises candidates. De rares exceptions permettent d'y déroger à la faveur d'une procédure négociée (par exemple si une procédure normale a échoué du fait de l'absence d'offre ou d'une urgence impérieuse). Les procédures peuvent être « ouvertes » à n'importe quelle entreprise

intéressée ou «restreintes», lorsque seul un nombre limité d'opérateurs est invité à participer à la compétition. Afin de permettre aux participants intéressés d'obtenir les informations nécessaires dès délais minimum sont fixés pour la présentation des offres.

Quant à l'attribution du marché elle-même, elle est également très réglementée par les directives. Des critères financiers, fiscaux, professionnels et des conditions de conformité avec la législation de la sécurité sociale permettent d'exclure certains participants des procédures.

Il existe en particulier deux critères d'attribution : le critère du prix le plus bas et le critère de l'offre économique la plus avantageuse. Dans ce second cas, plusieurs aspects sont pris en compte : le prix, les délais d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le service après vente. Ces éléments doivent être pondérés selon un système qui doit être exposé par avance dans l'avis de marché ou le cahier des charges. La Cour de justice a admis que d'autres critères puissent être pris en compte dès lors qu'ils sont publiés, liés à l'objet du marché et qu'ils respectent le principe de non-discrimination. Dès lors tout critère ajouté, social ou environnemental par exemple, ne doit pas servir à favoriser un candidat¹⁴⁸. Ainsi dans une affaire portant sur un marché d'exploitation de lignes de bus¹⁴⁹, les juges retiennent que des critères écologiques, liés au niveau d'émission d'oxyde azotique et au niveau sonore, pouvaient déterminer l'offre économique la plus avantageuse.

Ces procédures font l'objet d'un contrôle sévère par la Commission et la CJCE. Ce contrôle se fonde sur les informations qu'ont l'obligation de fournir les pouvoirs adjudicateurs aux entreprises et à la Commission. Tout refus de candidature doit être motivé. De plus les Etats ont l'obligation de prévoir des recours efficaces et rapides pour toute personne ayant intérêt à l'attribution du marché et qui constate une violation du droit communautaire. En pratique ces recours sont destinés aux candidats écartés.

¹⁴⁸ CJCE, 10 avril 2003, *Commission c/ Allemagne*, C20/01 Rec. P I 36/09.

¹⁴⁹ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C513/99, Rec. I-7445.

B – Les concessions

Les directives des marchés publics ne portent pas en principe sur les concessions mais la définition de ces dernières et de leur régime ne peut se faire que dans la perspective des marchés publics. La Cour de justice et la Commission tendent en effet à étendre aux concessions les principes que le droit communautaire impose aux marchés publics, notamment en matière de non discrimination, de transparence et d'égalité de traitement. Cette démarche peut sembler paradoxale dans la mesure où la différence entre marchés publics et concessions est admise par les institutions. Mais telle a été leur intention dès l'origine. De fait la directive sur les marchés publics de travaux concerne également les concessions pour ce qui est des règles de la sélection et des critères d'attribution du service. Si la directive sur les marchés publics de services ne porte pas sur les concessions c'est à cause de la résistance des Etats membres et notamment de la France, résistance motivée par des traditions fortement ancrées qui laissent cours à un choix du cocontractant sur la base de *l'intuitu personae*.

Cependant la Cour de justice a spécifié dans l'un de ses arrêts que bien que les concessions ne soient pas soumises au droit des marchés publics, leurs procédures d'attribution doivent respecter les principes fondamentaux du droit communautaire à commencer par le principe de non-discrimination¹⁵⁰.

Les concessions ont fait l'objet d'une Communication de la Commission en 2000¹⁵¹. Ce texte rappelle qu'il n'existe pas de définition dans le Traité et que le droit dérivé ne définit que les concessions de travaux¹⁵² lesquelles sont soumises aux mesures indiquées par la directive 93/37.

¹⁵⁰ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612.

¹⁵¹ Communication de la Commission 29 avril 2000, JOCE n°C 121 du 29 avril 2000, p2-13.

¹⁵² Art 1. d) Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : « *La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a) [définition des marchés publics : « les «marchés publics de travaux» sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur »], à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».*

Les concessions de service n'ont pas été définies par la directive 92/50¹⁵³ et sont exclues du champ d'application de cette norme. La Commission pour définir la concession de services, s'inspire donc de la définition de la concession pour les travaux publics, de la jurisprudence de la Cour de justice et de *l'opinio juris*.

Il est notable qu'au sein de la Cour, comme le rappelle la Commission dans sa Communication sur les concessions de 2000, certains avocats généraux¹⁵⁴ ont donné des définitions sur l'objet de la concession de services et insistent dans cette perspective sur le caractère d'intérêt général de l'activité en cause et sur la responsabilité des autorités publiques. L'avocat général La Pergola déclare que « *la concession de services en droit communautaire exige aussi que le service en question revête un intérêt général du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique.* »¹⁵⁵

Dès lors, la Communication dispose qu'« *une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'utilisateur* ». Elle se caractérise donc par un transfert de la responsabilité d'exploitation. Il s'agit en conséquence d'une véritable délégation d'autorité. Lorsque celle-ci est caractérisée, la Cour de justice reconnaît qu'il s'agit d'une concession et écarte l'application des directives de marchés publics. Elle « *porte normalement sur des activités qui, de par leur nature, leur objet et les règles auxquelles sont soumises, sont susceptibles de relever de la responsabilité de l'État et qui peuvent faire l'objet de droits exclusifs ou spéciaux* »¹⁵⁶.

C'est à l'occasion de la révision des directives marchés publics de 2004 que le législateur

¹⁵³ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JO L 209 du 24.7.1992.

¹⁵⁴ Conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire de la CJCE, 10 novembre 1998, *Arnhem et Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, Rec. I-06821. Conclusions de l'avocat général Alber dans l'affaire CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN Srl contre commune d'Ischia*, C-108/98, Rec. I-5219.

¹⁵⁵ Pour l'Avocat général cette définition n'est cependant pas convaincante et très contraignante l'intérêt général étant apprécié au niveau national, certains contrats pourront se voir reconnaître la qualité de concession dans certains Etats et non dans d'autres : « *En d'autres termes, il ne devrait selon nous exister aucun obstacle d'ordre qualitatif s'agissant des types de services qu'une entité adjudicatrice peut légitimement vouloir confier par l'intermédiaire d'une concession, même si, très probablement, la plupart des services concédés dans ce cadre seront d'intérêt général* », conclusions sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, Rec. I-10745.

¹⁵⁶ Communication de la Commission 29 avril 2000, JOCE n°C 121 du 29 avril 2000, § 2-2 p 3.

communautaire a fourni pour la première fois une définition des concessions de service, en « droit dur »¹⁵⁷. L'article 1 §4 dispose que : « *La "concession de services" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.* » Cette définition confirme donc que le transfert de la responsabilité d'exploitation est le critère majeur. Elle soulève cependant une interrogation. En effet, la Communication de 2000 reconnaissait que certains actes unilatéraux pouvaient constituer des concessions¹⁵⁸. Il y a donc une certaine contradiction entre la directive de 2004 et la Communication de 2000 de la Commission. Il faut donc pour réconcilier les deux approches voir dans l'exigence du consentement du tiers, l'élément qui confère à l'acte un caractère quasi contractuel.

La Cour de justice s'est penchée sur le critère d'exploitation pour le consacrer comme élément distinctif des marchés publics. Dans l'arrêt *Arnhem et Rheden*¹⁵⁹, les juges refusèrent la qualification de concession à un contrat de ramassage d'ordures ménagères car la contrepartie de l'opérateur était un prix et non un droit d'exploitation du service. Lorsque le droit d'exploitation est assorti d'un prix, la part que chacun des modes de rémunération représente doit permettre de qualifier justement le contrat. Une appréciation au cas par cas est nécessaire. L'Avocat Général Fennelly sous l'affaire *Telaustria* parle de « proportion significative » du produit d'exploitation.

Les concessions de service ne font pas l'objet de normes de droit dérivé. Elles relèvent donc en principe des Etats membres et de leur législation. Cependant la Cour de justice a affirmé que bien que les concessions ne soient pas soumises aux directives « marchés publics », elles sont néanmoins tenues de « respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier »¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 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 30/04/04

¹⁵⁸ Communication de la Commission 29 avril 2000, JOCE n°C 121 du 29 avril 2000 § 2-4 : « *En effet, qu'il soit contractuel ou unilatéral, tout acte étatique fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, est à apprécier au regard des règles et des principes du traité et tout spécialement de celles des articles 43 à 55 (ex-articles 52 à 66).* »

¹⁵⁹ CJCE, 10 novembre 1998, *Arnhem et Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, Rec. I-06821.

¹⁶⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, Rec. I-10745, point 60.

Les grandes orientations du droit communautaire applicable aux concessions ont été posées dans l'arrêt *Telaustria*. Ainsi les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination imposent une obligation de transparence sur les collectivités locales qui consiste en la garantie d'un degré de publicité adéquat permettant d'ouvrir le marché et de contrôler l'impartialité des pouvoirs adjudicateurs¹⁶¹. Plusieurs formes de publicité sont possibles à travers internet ou les journaux officiels européens et nationaux. Ainsi les entreprises intéressées sur le territoire d'un autre Etat membre doivent être mises en mesure de manifester leur intérêt¹⁶². Cependant l'obligation de transparence n'implique pas nécessairement l'organisation d'un appel d'offres¹⁶³.

Ainsi pour la Cour de justice, sur la base de l'article 86 § 1, les Etats membres ne peuvent maintenir une norme nationale qui permet l'attribution de concession de service public sans mise en concurrence, dès lors que les articles 43 ou 49 du traité ou encore les principes généraux du droit seraient violés¹⁶⁴. A contrario il est donc possible de maintenir une attribution sans appel d'offres dès lors que les principes fondamentaux sont respectés.

Cependant la transparence requiert que l'objet de chaque marché et les critères de son attribution soient clairement définis¹⁶⁵. En pratique, l'appel d'offres est donc le moyen le plus sûr de respecter ces exigences. Dans ce contexte, les juges communautaires condamnent l'attribution des concessions de service public sans mise en concurrence si la transparence, la non-discrimination et l'égalité de traitement ne sont pas respectées¹⁶⁶.

Ces obligations valent pour les situations purement internes à un Etat, comme pour toute situation où une autorité publique confie la prestation d'activités à un tiers¹⁶⁷.

Cette délégation du droit d'exploitation s'accompagne d'un transfert du risque. Dans certaines affaires, ce critère s'est avéré l'indice déterminant pour qualifier un contrat de concession plutôt que de marché public. Le risque est économique et tient à l'insécurité sur le montant de la

¹⁶¹ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612.

¹⁶² CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec.I-7287, point 21.

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612, point 12.

¹⁶⁵ CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/France*, C-340/02, Rec. I-9845, point 34.

¹⁶⁶ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612, point 50 ; CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec.I-7287, point 16 ; CJCE, 6 avril 2006, *Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)*, C-410/04, Rec. I-3303, point 22.

¹⁶⁷ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612, points 55 et 61.

rémunération et du profit qui seront réalisés. L'arrêt *Lottomatica* illustre ce critère¹⁶⁸. Une entreprise avait été chargée de fournir un système électronique du jeu du loto en Italie. Cependant celui-ci n'avait pas pour tâche de gérer l'organisation du jeu mais simplement de mettre en place la machine. La Cour de justice en conclut qu'il s'agissait d'un marché soumis à la *directive 77/62, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures* et non d'une concession car «*l'introduction du système d'automatisation litigieux n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu du loto*» et qu'il était «*constant que le marché en cause port[ait] sur la fourniture d'un système d'automatisation intégré, comprenant, notamment, la fourniture de certains biens à l'administration*»¹⁶⁹.

Le droit d'exploitation associé au transfert du risque permet donc d'identifier certainement l'existence d'une concession.

Les principes qui s'appliquent aux concessions en premier lieu sont donc ceux non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité¹⁷⁰. Ainsi les Etats membres doivent respecter toutes les interdictions qui découlent du Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation¹⁷¹. Dans ce cadre, les seuls motifs légaux autorisant à déroger à ces interdictions sont ceux prévus aux articles 45 et 55 Traité CE.

Dans sa Communication de 2000, la Commission a précisé ces principes. Le principe d'égalité de traitement prohibe toute discrimination directe ou indirecte. Cela implique que les conditions d'accès à un marché soient connues au préalable et non discriminatoires. Pour cela la

¹⁶⁸ CJCE, 26 avril 1994, *Lottomatica (Commission c. Italie)*, C-272/91, Rec. I-1409. L'affaire *Lottomatica* est un exemple de censure par la Cour de justice pour absence de transfert de risque. Dans cette affaire, l'Italie n'avait pas respecté les procédures de passation des marchés publics lors de la conclusion d'un contrat d'automatisation du jeu de loto. L'opérateur était chargé de fournir les moyens techniques de fonctionnement du service mais ne gérait pas l'organisation du service. Cela équivalait donc à la simple fourniture d'un service informatisé à l'administration et non au transfert d'une activité de la responsabilité de l'Etat. Dès lors le contrat devait être requalifié en marché public.

¹⁶⁹ *Ibidem*, point 24

¹⁷⁰ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02 - JOCE n° C 121 du 29/04/2000, p 5.

¹⁷¹ CJCE, 9 juillet 1987, *CEJ et Bellini*, C- 27/86, 28/86 et 29/86, Rec. 87.

Commission recommande aux autorités publiques d'organiser une mise en concurrence¹⁷². Le cahier des charges constitue dans ce cadre l'instrument privilégié pour assurer la transparence des exigences de l'autorité publique et pour une appréciation objective des offres. La publicité des offres est un autre moyen pour assurer la transparence. La reconnaissance mutuelle, elle implique que l'Etat destinataire de la concession reconnaisse les spécifications techniques, professionnelles et autres retenues par l'Etat d'origine. Quant à la proportionnalité consiste à s'assurer que les mesures prises et les exigences posées pour la fourniture d'un service soit nécessaires et appropriées à l'objectif poursuivi. Enfin les exceptions à ces principes, elles doivent strictement être appréciées, comme pour les marchés publics.

Les contrats publics en général font donc l'objet d'une réglementation détaillée par le droit communautaire. Les collectivités locales sont directement destinataires de ces mesures notamment lorsqu'elles délèguent la gestion de leurs services publics à un tiers. Sans toucher au fond et à la définition de l'intérêt général, les exigences de transparence imposent cependant aux collectivités de justifier dans une certaine mesure de leur choix, ce qui peut paraître une atteinte à leur autonomie. De plus, la charge d'obligations procédurales est lourde pour les plus petites collectivités qui n'ont pas toujours l'expertise juridique nécessaire pour s'y tenir. De ce fait, les institutions de contrôle de ces opérations (juges, autorités indépendantes, etc) se voient attribuer un droit de regard important sur les activités de la collectivité. De plus, en parallèle, les opérateurs économiques privés qui constituent souvent de grands groupes, se trouvent renforcés dans leurs positions vis-à-vis des collectivités locales grâce à leur connaissance du marché et de leur expertise en matière économique. Les collectivités locales se trouvent dans une position quasi de « sujétion » à leur égard¹⁷³.

En définitive, à travers la réglementation des contrats publics, il apparaît que le droit communautaire n'est pas indifférent aux collectivités locales et qu'au contraire, la spécificité de leurs activités, et leur éventuel effet sur les échanges entre Etats membres, sont pris en compte. Le législateur européen dans le cadre de la commande publique a donc tôt (les premières

¹⁷² Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02 - JOCE n° C 121 du 29/04/2000, point 3.1.

¹⁷³ François SOUTY, *Les collectivités locales et le droit de la concurrence - Efficacité économique, réglementation et services publics locaux* 2003, Paris: Dexia Editions & Imprimeries nationales Editions, p 92.

directives marchés publics datent des années 70) influé sur le droit local. D'un Etat à l'autre, selon les traditions de délégation des services, cet impact est plus ou moins important. Des dynamiques nationales ont également favorisé l'adoption de ces mesures. Cependant, comme nous le verrons en seconde partie avec l'élaboration du règlement sur le transport de passagers, l'encadrement des contrats des collectivités territoriales est parfois perçue comme une atteinte à l'autonomie locale, surtout lorsque les normes sont très détaillées.

§ 2 – Les règles de la concurrence régissant l'activité des entreprises en charge d'un « SIEG »

Le second corps de règles auquel les SIEG sont soumis est celui des normes de concurrence. L'objectif est que les entreprises en charge d'un service public ne bénéficient pas de droit spéciaux ou exclusifs qui leur confèrent un avantage compétitif sur les autres opérateurs. De tels privilèges sont néanmoins admis, nous l'avons vu, s'ils sont utiles et proportionnels par rapport à la mission d'intérêt général à satisfaire.

Ces normes ne visent pas expressément les collectivités locales. Toutefois à partir des critères d'identification des SIEG dégagés par la Cour de justice, elles se trouvent soumises aux règles de la concurrence dans leurs activités économiques de service public. Ce régime a largement été défini par les juges de Luxembourg (A) mais aussi par la Commission dans certains de ses documents de travail (B).

A – Les développements de la jurisprudence quant au régime des SIEG

La détermination des critères pertinents à l'identification des SIEG n'a pas suffi à saisir toutes les questions soulevées par l'article 86 § 2 du Traité CE. Le problème le plus difficile et qui soulève le plus de critiques est celui de la définition de ce qui est économique ou pas (1) ; ensuite la portée même de cet article est questionnée (2).

1. DEFINIR CE QUI EST ECONOMIQUE ET CE QUI NE L'EST PAS

Les premières décisions de la Cour de justice relatives à l'article 86 § 2 du Traité CE et soulevant la question de l'existence d'une activité économique sont assez peu précises et retiennent en fait une acception large de ce qui est économique.

Deux types de services ont amené la Cour de justice à préciser sa position : les services à caractère principalement social et les activités correspondant à l'exercice de la puissance publique.

Dans l'arrêt *Höfner*¹⁷⁴, les juges devaient déterminer si une agence fédérale allemande pour l'emploi assurait ou non une activité économique. L'argument de l'Allemagne consistait à soutenir que ce type d'activités avait toujours été pris en charge par des personnes publiques. La Cour de justice rejeta ce moyen estimant que cette responsabilité publique ne suffisait pas à en faire une activité non économique. A contrario, le raisonnement de la Cour semblait donc signifier que toute activité pouvant être prise en charge par une personne privée serait économique. Cette acception extrêmement large de l'activité économique posait une présomption forte de l'application des règles du Traité.

Cependant dans le cadre de l'exercice de la puissance publique, un arrêt de 1994¹⁷⁵ de la Cour de justice a adopté une méthode plus sophistiquée que celle appliquée dans l'arrêt *Höfner* pour apprécier l'existence d'une activité économique. Il s'agissait de savoir si l'organisation Eurocontrol, en charge du contrôle de la navigation aérienne entre ses Etats fondateurs avait ou non une mission de nature marchande. Les juges observèrent trois éléments : la nature des activités en cause, leur but et les règles auxquelles elles étaient soumises. En l'espèce la Cour reconnut que l'activité avait un intérêt public en ce qu'elle contribuait à la sécurité de la navigation aérienne. Les redevances prélevées sur les compagnies bénéficiant des services d'Eurocontrol n'étaient que la contrepartie de ces services et étaient déterminées largement par les Etats membres. Cet arrêt invite donc à considérer plusieurs critères et la situation dans son ensemble pour déterminer s'il existe une activité économique ou non. En l'occurrence, les juges

¹⁷⁴ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec. I-1979.

¹⁷⁵ CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft et Eurocontrol*, C-364/92, Rec. I-43.

admirent que « les prérogatives relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, [...] sont typiquement des prérogatives de puissance publique » et que de ce fait, de « telles activités ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence ».

Cette jurisprudence a été étendue à des activités variées telles que l'activité administrative de contrôle des débits de tabac¹⁷⁶, ou les missions de police aéroportuaire¹⁷⁷, etc. Il s'agit pour l'essentiel des missions traditionnellement régaliennes ayant trait à la défense, la police, la justice ou la fiscalité. Cependant les juges ont aussi retenu parfois une acception souple des prérogatives typiquement de puissance publique. C'est ainsi qu'un organisme chargé de la surveillance antipollution d'un port s'est vu reconnaître ce caractère¹⁷⁸. Mais cet arrêt demeure isolé, pour l'instant.

La Commission a repris l'approche des juges dans sa Communication de 2000 sur les SIG. Elle déclare que « *les questions qui relèvent intrinsèquement de la prérogative de l'Etat (telles que la sécurité intérieure et extérieure, l'administration de la justice, la conduite des relations extérieures et les autres domaines d'exercice de la puissance publique) sont exclues de l'application des règles relatives à la concurrence et au marché intérieur* »¹⁷⁹.

Cependant à mesure que des services éminemment sociaux se présentaient aux juges, l'appréciation du caractère économique des activités était de plus en plus ardue.

L'enseignement secondaire a permis aux juges de définir leur position. La Cour de justice devait établir si ces activités pouvaient être qualifiées de service. Elle a retenu qu'il n'y avait pas d'activité économique sous certaines conditions. Ainsi lorsque l'Etat réalise sa mission dans le domaine éducatif envers sa population, sans rechercher le profit, et lorsque les cours sont financés principalement par des ressources financières publiques et non par les parents d'élèves, l'activité est purement sociale. Pour les juges, la rémunération du service ne constitue pas une contrepartie économique. En conséquence il n'y avait pas d'activité économique et les règles du

¹⁷⁶ CJCE, 14 décembre 1995, *Procédure pénale c/Banchero*, C-387/93, Rec I-4663.

¹⁷⁷ TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris*, T-128/98, Rec. II-2939.

¹⁷⁸ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, Rec. I-1547.

¹⁷⁹ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 du 20.9.2000, JO C 17 du 19.1.2001, § 28.

traité ne s'appliquaient pas¹⁸⁰.

Par la suite la Cour s'est penchée sur la question de la qualification d'activité économique pour les organismes de sécurité sociale. L'arrêt *Poucet et Pistre*¹⁸¹ a fixé les critères d'exclusion de la qualification d'activité économique, dans une affaire traitant des régimes français d'assurance-maladie, de maternité et d'assurance vieillesse. Les juges ont conclu dans cette affaire que les organismes en charge des régimes de sécurité sociale, fondés sur le principe de solidarité, ne constitue pas des entreprises. La caractérisation de ce dernier principe est délicate. Les juges de Luxembourg se sont donc efforcés de fournir un certain nombre d'éléments pour appliquer la méthode du faisceau d'indices, où aucun critère n'est en lui même suffisant mais où il devient pertinent dans un contexte où d'autres éléments vont dans le même sens.

Les critères dégagés dans *Poucet et Pistre* consistent en ce que le régime : assure à l'ensemble des personnes qui relèvent d'une couverture de risques maladie-vieillesse- décès et invalidité, indépendamment de leur conditions de fortune ou de santé au moment de l'affiliation et de leur contribution, une protection sociale minimum ; permette une redistribution entre les plus nantis et les personnes qui seraient privés de la couverture nécessaire ; tende à ce que les cotisations des travailleurs en activité financent les pensions des retraités ; permette l'octroi de droits de pension sans contrepartie de cotisation et non-proportionnels aux cotisations versées; implique une certaine solidarité entre les régimes de sécurité social excédentaires et ceux déficitaires.

Dans une autre décision portant sur les fonds de pension, la présence de certains de ces critères de solidarité n'a pas suffi à qualifier l'organisme d'entreprise car le financement était fondé sur la capitalisation et le régime n'était pas obligatoire¹⁸².

Par la suite, la Cour de justice a étendu cette liste d'indice dans l'arrêt *Cisal*¹⁸³ sur le régime italien d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, ainsi que dans

¹⁸⁰ CJCE, 27 septembre 1988, *Etat Belge/Humbel*, 263/86, Rec. 5365 _ a contrario, un enseignement professionnel dispensé contre rémunération des élèves est un service au sens du Traité, CJCE, 28 octobre 1999, *Skatteministeriet et Bent Vestergaard*, C-55/98, Rec. I-7641.

¹⁸¹ CJCE, 17 février 1993, *Poucet, Pistre* C-159 et 160/91, Rec. I-637.

¹⁸² CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. I-5751.

¹⁸³ CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas et Istituto nazionale par l'assicuarzione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, C-218/00, Rec. I-717 _ CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493.

l'arrêt *AOK* sur le régime légal allemand d'assurance-maladie. Sur la base de ces décisions, d'autres critères contribuent au principe de solidarité : le caractère obligatoire du système de protection sociale, la possibilité de verser des prestations indépendamment du fait que les cotisations dues ont été ou non honorées et sans lien de proportionnalité avec le montant de ces dernières, le financement du régime par des cotisations dont le taux n'est pas systématiquement proportionnel au risque assuré, le contrôle de l'Etat sur la gestion du régime et la fixation du montant des cotisations, même si une certaine concurrence est admise entre différentes caisses du moment que, dans l'intérêt du bon fonctionnement du système dans son ensemble, cela permet de garantir la gestion la plus efficace et la moins coûteuse possible.

Toute la difficulté de ces décisions est de déterminer quand l'aspect économique l'emporte sur l'aspect non économique. Les juges de Luxembourg adoptent donc la méthode du faisceau d'indices pour apprécier l'activité dans son contexte et autant que faire se peut au plus près de la réalité. Cette jurisprudence consacre donc une approche au cas par cas qui finalement charge les juges nationaux de la tâche d'évaluation des critères et de la décision d'application ou non du droit communautaire.

En tout état de cause, les éléments non économiques ont un rôle à jouer puisque si l'identification du SIEG est admise, l'article 86 § 2 les prendra en compte pour l'application de la dérogation aux règles du Traité.

2. LA PORTEE DE L'ARTICLE 86 §2

La portée et l'effet direct de l'article 86 § 2 ont suscité quelques hésitations de la part des juges de Luxembourg.

L'article 86 § 2 dispose expressément (« *aux règles du présent Traité notamment [...]* ») qu'il trouve à s'appliquer non seulement aux règles de concurrence destinées aux entreprises, c'est-à-dire principalement les articles 81 et 82 du Traité CE, mais aussi à toutes les règles qui traitent de mesures d'Etat susceptibles d'être contraires au Traité, c'est-à-dire article 86 § 1 combiné avec les

articles 28, 31, 43, 49, 82 ou les normes sur les aides d'Etat, article 87 à 89 du Traité CE¹⁸⁴.

Le droit communautaire prohibe en effet les pratiques restrictives, qui amènent les entreprises à se concerter pour se partager un marché et en restreindre l'accès aux concurrents. Il s'agit en particulier des ententes et des concentrations (art. 81). Le droit communautaire condamne également l'abus de position dominante. C'est une situation dans laquelle un opérateur profite de sa position de puissance sur un marché pour restreindre ou empêcher la concurrence sur ce même marché. Elle est sanctionnée par l'article 82 du Traité. Enfin, les articles 87 à 89 du Traité interdisent les aides d'Etat c'est-à-dire les interventions des Etats dans l'économie au moyen de ressources publiques.

Les services publics locaux sont particulièrement enclins à violer les normes sur l'abus de position dominante et sur les aides d'Etat. Les droits exclusifs dont bénéficient le plus souvent les opérateurs locaux dans la fourniture du service provoquent presque automatiquement un abus. De plus, les collectivités territoriales ont tendance à soutenir ces acteurs avec lesquels elles entretiennent la plupart du temps des rapports étroits, sans toujours s'assurer de respecter le cadre communautaire.

Cette portée souligne le caractère autonome de cet article qui ne peut être lu uniquement dans le contexte du chapitre sur les règles de concurrence. L'autonomie de l'article 86 § 2 a d'ailleurs porté les juges à lui reconnaître un effet direct.

Cet effet direct a longtemps été incertain. Les premières décisions de la Cour de justice

¹⁸⁴ Les juges ont néanmoins montré parfois quelques réticences à cette large portée. CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, C-72/83, Rec. 2727, § 19 : « *A cet égard, il convient de constater que le premier paragraphe de l'article 90 dispose que les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du Traité. Le deuxième paragraphe de cet article a pour objet de préciser les limites dans lesquelles notamment les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du Traité. Ce paragraphe n'exempte cependant pas l'Etat membre qui a chargé une entreprise d'une telle gestion de l'interdiction de prendre en faveur de cette entreprise et afin d'éprouver son activité, des mesures qui entravent, contrairement à l'article 30 du traité, les importations des autres Etats membres.* »

semblaient le dénier¹⁸⁵. Cependant dès l'arrêt *Sacchi* de 1974 la Cour affirme clairement que : « *même dans le cadre de l'article 90 (nouvel article 86) les interdictions de l'article 86 (nouvel article 82) ont un effet direct et engendrent, pour les justiciables, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder* »¹⁸⁶.

L'effet direct de l'article 86§2 a été confirmé dans les années 90 par l'affirmation du rôle des juges nationaux dans l'appréciation de la proportionnalité : les juges doivent en effet déterminer l'étendue de l'exception aux règles du Traité nécessaire à la poursuite de la mission d'intérêt général et s'assurer qu'elle ne porte pas excessivement atteinte à la concurrence. Ce rôle des juges nationaux est certainement bénéfique dans le cadre des services publics locaux car plus proches des réalités, ils peuvent mieux apprécier l'intérêt local.

B – Les principes codifiés dans les documents de la Commission

Dès ses premières communications, la Commission a dégagé un certain nombre de principes communs à tous les SIG.

En 1996, la Commission identifie au moins quatre principes de fonctionnement communs aux SIG : la continuité, l'égalité d'accès, l'universalité et la transparence. La continuité tend à éviter une interruption préjudiciable aux usagers des services. L'égalité d'accès a pour objectif de garantir à tous sans discrimination fondée sur la situation géographique ou économique et sociale, la possibilité d'user du service. L'universalité doit permettre une couverture totale ou quasi-totale de la population. Enfin la transparence vise à permettre aux citoyens d'accéder à l'information qu'ils requièrent sur le service. Ces principes sont directement inspirés du droit des Etats membres qui pour la plupart garantissent un ou plusieurs de ces mêmes principes pour leurs services publics.

Ces principes ont été en quelque sorte constitutionnalisés par le Traité d'Amsterdam dont la déclaration n°13 qui interprète le nouvel article 16 du Traité CE, proclame que son appréciation doit se faire dans le respect de la jurisprudence de la Cour de justice et particulièrement en ce qui

¹⁸⁵ CJCE, 14 juillet 1971, *Ministère Luxembourgeois de l'Intérieur et Madeleine Muller*, C-10/71, Rec. 723, §14-15 ; CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huiles de graissage, dit « Inter-. Huiles »*, C-175/82, Rec. 555, § 15.

¹⁸⁶ CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, Rec. 409.

concerne les principes d'égalité de traitement, de continuité et de qualité du service.

Par la suite dans le livre vert de 2003, certaines obligations attachées aux SIG sont identifiées : pour des secteurs tels que la poste, les télécommunications ou l'électricité il s'agit du service universel, c'est-à-dire l'accès pour tous sur l'ensemble du territoire à certains services d'une qualité donnée et à un prix abordable, ainsi que la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire, la protection des consommateurs et utilisateurs. Le livre blanc de 2004 met également en exergue les principes de diversité et de subsidiarité, lesquels étaient déjà avancés dans la communication de 1996. Le premier impose le respect des différents types de service, de leur importance selon les contextes économiques et sociaux, et des conditions dans lesquels ils sont fournis. Le second reconnaît l'importance de la fourniture des services à un niveau proche des citoyens et de ce fait, le rôle des Etats membres et de leurs autorités décentralisées.

La subsidiarité signifie que la Commission respecte le rôle essentiel que jouent les Etats et les collectivités territoriales dans le domaine des SIG. Dès 1996¹⁸⁷, la Commission affirme la liberté des Etats membres dans la gestion des SIEG. Elle supporte « *la liberté des Etats membres pour définir les missions d'intérêt général, octroyer les droits spéciaux ou exclusifs nécessaires pour assurer ces missions aux entreprises qui en sont chargées, régler leur gestion, et veiller le cas échéant à leur financement, conformément à l'article 90 (nouvel article 86) du Traité* ».

Ainsi qu'elle l'indique dans le Livre blanc de 2004, ce principe a amené le législateur européen à intervenir uniquement dans les activités où agissent de grandes industries de réseau ayant un impact sur les échanges communautaires. Les Etats membres conservent par ailleurs toujours la possibilité d'adapter au cadre national propre les mesures communautaires.

Conclusion sur la section

Pour ce qui est du régime des SIEG en droit communautaire, les juges n'ont cessé de le préciser à mesure que de nouveaux cas se présentaient à eux. Les services publics locaux n'ont pas fait l'objet d'un traitement particulier. Cependant la reconnaissance de l'effet direct de l'article 86 § 2 implique son application au niveau local c'est-à-dire la soumission des services publics locaux aux règles du Traité et en même temps la possibilité pour les collectivités locales d'invoquer la

¹⁸⁷ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO C 281 du 26.9.1996, p 3.

dérogation qu'il contient.

En revanche, lorsque les services publics locaux sont saisis comme activités de service pures, ils sont sujets aux normes réglementant les procédures d'attribution des contrats publics. Les collectivités locales sont alors directement visées par le législateur européen. Dans ce contexte, la relation entre droit communautaire et services publics locaux est donc intense. De plus, la tendance à l'extension de ces normes aux concessions est déjà en marche, sous l'impulsion de la Cour de justice. A mesure que ces prescriptions vont être intégrées en droit national et local, la question de la liberté des collectivités locales dans le choix de leur partenaire se fera plus prégnante et posera la question de l'influence du droit communautaire sur le pouvoir discrétionnaire de ces autorités dans la délégation des services publics d'autant plus que la subsidiarité n'est pas un principe affirmé envers le niveau local à l'époque.

Conclusion sur le chapitre

Dans cette première phase, le droit communautaire reste relativement indifférent au cas des services publics locaux. La notion de « service public » n'est toutefois pas ignorée et l'expression de « SIEG » est valorisée par les juges qui en définissent le régime. Son acception et sa portée demeurent néanmoins restreinte du fait de son caractère dérogatoire aux règles du Traité. En revanche à travers ses communications, la Commission lui confère une substance politique, à tel point qu'avec le concours des Etats membres, les SIEG sont introduits dans le droit primaire comme valeur commune (art. 16 Traité CE). Ce symbole est fort même si la portée juridique de l'article 16 et de l'article 36 de la CDF est discutée. Cependant ces développements n'ont aucun impact au niveau national ou local. Les services publics locaux ne sont pas considérés dans leur particularité. Les collectivités locales sont abordées comme des acheteurs par la réglementation sur la commande publique mais cette approche encadre strictement leurs choix et ainsi leur liberté de définir leurs partenaires dans la gestion des services publics. Les principes de subsidiarité et de diversité sont mentionnés par la Commission mais non promus par les juges. Ils ne peuvent donc contrebalancer les obligations imposées par les directives marchés publics ou les principes généraux du droit qui s'appliquent également aux concessions.

Dans cette première phase finalement, l'impact du droit national sur le droit communautaire est plus évident que l'inverse. Le concept de SIEG et les normes qui l'encadrent s'inspirent du droit des Etats membres. Ainsi l'application d'un régime exorbitant du droit commun à ces activités est une caractéristique dans tous les Etats. Cependant dans le détail, les règles diffèrent, du fait notamment de la valeur que la notion de « service public » y trouve, comme nous le verrons dans le chapitre II. Il est néanmoins intéressant de souligner les efforts européens de conceptualisation de la notion, au niveau des organes politiques. Les principes nationaux inspirent le régime qu'appliquent les juges de Luxembourg (transparence, continuité, égalité...). Il y a donc une influence du droit national sur le droit communautaire et par là même du droit local dans la mesure où celui-ci a largement inspiré les développements sur la question au sein des Etats.

Chapitre II – La tradition des services publics locaux en droit national français et italien

Au contraire du droit communautaire où les SEIG et les SIG se sont développés tardivement à travers les décisions de la Cour de justice et les documents de la Commission, les services publics locaux ont eu assez tôt une existence juridique significative en France et en Italie. Leur émergence a largement correspondu à l'époque de la construction du droit administratif contemporain et de l'intervention croissante des autorités publiques dans l'économie et les affaires sociales pour répondre notamment à l'urbanisation. Ce développement ancien des services publics locaux a favorisé l'enracinement de pratiques que le droit national a prescrit ou entériné et qui aujourd'hui se confrontent aux règles communautaires sur les services. Dès lors, ces normes sont-elles compatibles et quels sont les points d'achoppement qui ont déjà été révélés ou corrigés ?

Les services publics locaux se caractérisent par leur diversité. Ils couvrent des collectivités et des activités variées. La définition même de « service public » peut changer d'un domaine du droit à l'autre. De ce fait, à des fins comparatives, il convient d'admettre une définition assez générale qui puisse faire référence à un maximum de situations. Nous retiendrons donc que les services publics locaux sont les activités d'intérêt général dont la responsabilité incombe aux collectivités territoriales.

Cependant il est nécessaire de revenir sur l'origine et la portée de la notion en droit français et italien et de souligner les similarités et les différences afin de bien mesurer l'impact du droit communautaire sur ces systèmes, là où ils convergent et divergent.

De même, cela nous permettra de voir si ces développements ont eu quelque influence au niveau de la construction du droit communautaire.

Le droit français et italien ne déconstruisent pas comme le droit communautaire l'expression

« service public local ». En France la notion s'aborde à travers celle plus globale de « service public ». En Italie, elle est approchée de manière immédiate par référence aux trois termes. Dans cette perspective, pour observer la compatibilité des régimes nationaux et européens, il convient de revenir sur la notion de « service public» (section 1) et sur son régime (section 2).

Section I – La notion de service public local en droit français et italien

Le droit français et le droit italien n'offrent pas, a priori, deux modèles aussi divergents que le droit d'un Etat décentralisé et d'un Etat fédéral, par exemple. La pertinence d'une comparaison entre les services publics locaux dans ces deux pays peut donc sembler limitée. Pourtant, il s'avère que bien que les systèmes juridiques soient assez proches, les deux approches de la question sont très différentes. En France, le service public a constitué le fondement de l'intervention de l'Etat et a permis ainsi son action dans tous les domaines de la vie publique. Le juge y a associé une série de privilèges : juridiction particulière, régime exorbitant du droit commun, prérogatives de puissance publique. En Italie, le service public est un concept juridique sectoriel qui n'a bénéficié d'un traitement particulier que dans le cadre, précisément, du domaine concerné. De même au niveau local, la notion est traitée de manière spéciale. La notion de « service public local » a émergé à la même époque dans les deux pays mais l'auteur, l'évolution, l'utilité et la portée de la notion divergent.

Il est donc intéressant d'observer comment chaque Etat définit la notion (A) et quelle en est sa portée (B) afin d'observer comment chacun de ces Etats appréhende le droit communautaire des services publics. Cette comparaison nous permettra d'évaluer comment s'intègre le droit communautaire dans les droits nationaux et comment ceux-ci, l'ont influencé.

§ 1– Définition de la notion de service public local

Le droit français ne fournit pas de définition formelle de l'expression « service public local ». Pour aborder cette notion, il faut donc mettre de côté le qualificatif de « local » qui fait référence au niveau institutionnel de la collectivité organisatrice et se concentrer sur les termes de « service public ». Ceci nous amène à étudier l'une des notions juridiques les plus discutées par la

doctrine¹⁸⁸. Mais nous verrons qu'en dépit de ces nombreuses sources et du caractère unitaire de la notion, l'élaboration d'une définition juridique est délicate et demeure à certains égards insatisfaisante.

En Italie, la notion de service public local a une importance majeure dans la mesure où c'est dans ces termes que la figure du « service public » a pénétré le droit italien. Cependant la notion s'est développée de manière fragmentée ce qui a rendu la tâche de définition des plus difficiles.

A - Le « local » absorbé dans la notion de service public en droit français

L'élaboration de la notion de service public s'est faite sur plus d'un siècle puisqu'elle a émergé à la fin du XIX^{ème} siècle et suscite encore aujourd'hui le plus grand intérêt des juges et de la doctrine¹⁸⁹. Elle trouve son origine notamment dans le mouvement du socialisme municipal, courant politique et social qui refusait de gouverner au niveau national pour se concentrer sur le niveau local. Il impliquait la prise en charge directe d'un grand nombre de services par les communes ce qui favorisa les régies. De nombreuses actions éducatives, sociales et culturelles étaient également assurées par la collectivité ce qui a amené les services publics locaux à se développer sur un large spectre d'activités. L'élaboration de la notion de service public local étant largement prétorienne (1), elle a été déterminée à partir des cas présentés aux juges et se caractérise ainsi par son hétérogénéité (2).

1. L'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Il est communément admis que la naissance du service public remonte à l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits du 8 février 1873¹⁹⁰. Le rôle qu'a joué la doctrine en s'emparant de cette décision et de la notion de service public n'est cependant pas à sous-estimer et il convient pour bien saisir l'origine du concept, dans faire état.

¹⁸⁸ Laetitia JANICOT, 'L'identification du service public géré par une personne privée', n°1, *RFDA*, Janvier-Février 2008, p 69.

¹⁸⁹ Nous verrons en deuxième partie à travers les arrêts récents du Conseil d'Etat et les multiples commentaires qui les ont accompagné, le dynamisme de cette notion dont a pourtant souvent stigmatisée la « crise ». Cf. infra p.

¹⁹⁰ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 61.

Dans cette affaire, une enfant avait été blessée par un wagonnet des manufactures de tabac, monopole d'Etat, et son père avait demandé réparation sur la base de l'article 1382 du code civil auprès des juges de l'ordre judiciaire. Le conflit fut élevé et présenté au Tribunal des conflits qui décida que les litiges impliquant la responsabilité de l'Etat dans l'exercice d'un service public ne relevaient pas des tribunaux ordinaires. Cette décision est fondée sur la loi des 16 et 24 août 1790 qui sépare les ordres judiciaire et administratif afin d'empêcher que les juges des tribunaux judiciaires ne troublent l'action de l'administration laquelle agit comme puissance publique au nom de l'intérêt général. Dans ce contexte, le Tribunal des conflits considéra que la bonne exécution des services publics nécessitait l'application de règles exorbitantes du droit commun, sous le contrôle du juge administratif. Tous les litiges liés à la responsabilité de l'Etat dans le cadre de ses missions relevaient dès lors de l'ordre administratif.

Par la suite, plusieurs arrêts ont repris le critère du service public pour étendre l'application du droit administratif et la compétence du juge administratif à d'autres activités publiques ainsi qu'à d'autres personnes publiques confirmant ainsi le succès de ce critère auprès des juges.

Le critère du service public est notamment appliqué à l'activité des collectivités locales. A l'époque cela concerne avant tout les communes qui depuis la loi de 1884 dispose d'une compétence générale pour régler les affaires de la collectivité¹⁹¹. Le premier arrêt concernant les collectivités territoriales porte sur les relations d'un agent public, chef du service de la voirie avec la ville qui l'emploie¹⁹². Puis une série de trois grands arrêts confirment cette approche. Le premier a trait au litige qui oppose un chasseur de vipères au département de Saône-et-Loire lequel s'était engagé à verser des primes aux personnes exerçant cette activité. Il met donc en cause la responsabilité contractuelle du département pour laquelle le recours gracieux auprès de la préfecture a été refusé et qui suite à cet arrêt passe dans la sphère de juridiction administrative, après que le Conseil d'Etat se soit déclaré compétent pour juger de cette affaire¹⁹³. Le second arrêt qui étend aux services publics locaux la compétence du juge administratif, met en cause de la ville de Clermont, gestionnaire de l'asile départemental d'où s'était échappé un patient qui

¹⁹¹ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, JORF du 6 avril 1884, p 1557.

¹⁹² CE, 13 décembre 1899, *Cadot*, Rec. 1148.

¹⁹³ CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec. 94.

provoqua des dommages à un habitant de la commune¹⁹⁴. Ainsi les conflits relatifs à la responsabilité quasi-délictuelle des collectivités locales, entrent dans le champ de la juridiction administrative. Enfin, un troisième arrêt¹⁹⁵ porte sur l'exécution d'un contrat aux termes duquel la ville de Montpellier avait confié au requérant la charge des chiens errants. La compétence administrative est donc retenue, ici encore, pour la responsabilité contractuelle de l'administration, aux dépens des tribunaux judiciaires. La particularité de cette décision tient cependant à ce qu'elle se réfère directement à la notion de service public: « *en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu dès lors pour but d'assurer un service public* ». Auparavant il n'y avait pas eu de mention explicite du service public sinon dans les conclusions des commissaires du gouvernement¹⁹⁶. Il faut donc voir ici une sorte d'aboutissement et de consécration du service public dans la jurisprudence administrative. Il est notable par ailleurs que ce sont des affaires locales qui ont été présentées devant les juges et leur ont permis de développer leur jurisprudence. La notion de service public en droit français doit donc énormément aux services publics locaux.

Par ailleurs, cette évolution doit beaucoup aux commissaires du gouvernement du Conseil d'Etat. Le commissaire de gouvernement Romieu notamment, dans les conclusions présentées sous l'arrêt *Terrier* déclare que « *tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, ... constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative* »¹⁹⁷. Pour sa part, le commissaire Georges Teissier fait du service public le principe général de la compétence des juridictions administratives afin de statuer sur les demandes d'indemnités dirigées contre l'Etat. Après relecture de l'arrêt *Blanco*, il écrit que « *la formule est absolument générale : elle vise toute action en responsabilité dirigée contre l'Etat, quelle que soit la cause du dommage, que ce dommage, provienne d'un acte administratif, du fonctionnement d'un service public et même de la*

¹⁹⁴ TC, 29 février 1908, *Feutry*, Rec.208.

¹⁹⁵ CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. 193.

¹⁹⁶ L'exemple le plus éloquent étant l'arrêt *Blanco*.

¹⁹⁷ Conclusions Romieu sur C.E. 6 février 1903, *Terrier*, Rec. 94.

gestion d'une industrie monopolisée »¹⁹⁸. A travers ces deux commissaires et les arrêts qu'ils commentent, la fusion du contentieux des collectivités locales avec celui de l'Etat est par ailleurs réalisée. En effet jusqu'alors, les affaires de service public local étaient souvent confiées au juge judiciaire car seules les activités liées à l'exercice de l'autorité locale relevaient de la sphère administrative¹⁹⁹. Enfin pour le commissaire Pichat, « il suffit qu'un contrat de louage de service ait pour objet l'exécution d'un service public pour relever de la compétence administrative »²⁰⁰. Ils émettent cependant quelques réserves. Pour Romieu, l'administration peut décider d'agir dans les conditions du droit privé. Pour Teissier, l'emprise, la voie de fait ou une loi spéciale peuvent contrecarrer le critère du service public et imposer la compétence judiciaire.

Dans ce contexte, les anciens critères de répartition des compétences juridictionnelles disparaissent. Ainsi les notions d'actes d'autorité ou de pouvoir de commandement tombent sous le contrôle du juge administratif et celles d'activités de gestion sous le contrôle des tribunaux judiciaires.

Les positions des commissaires de gouvernement ont inspiré la doctrine qui mena plus loin encore l'élaboration de la notion de service public au point de lui donner une couleur politique, quasi idéologique²⁰¹.

Pour ce qui est des services publics locaux, ils sont donc incidemment inclus dans la jurisprudence qui porte sur le service public. Les collectivités locales sont en tant que personnes publiques assimilées à l'Etat et il n'y a pas de considération particulière de l'activité qu'elles mènent à leur échelle.

¹⁹⁸ Conclusions sur l'arrêt TC, 29 février 1908, *Feutry*, rec. 208 ; G. Bigot, "Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif", n°1, *RFDA*, janvier-février 2008, pp 1-6.

¹⁹⁹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Domat droit public, Paris : Montchrestien, 14 éd., 1998, p 763.

²⁰⁰ Conclusions du Commissaire du gouvernement, Pichat sur C.E., 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. 193.

²⁰¹ Cf. *Infra* p 134

2. UNE NOTION DE SERVICE PUBLIC HETEROGENE ET ENGLOBANTE

Bien que la notion soit d'origine jurisprudentielle et par là même construite au cas par cas, elle n'en demeure pas moins unitaire au sens où sa logique et sa cohérence sont telles qu'elle couvre une grande variété de phénomènes juridiques. Elle comprend par exemple, comme nous l'avons vu les activités nationales comme locales.

En plus des services publics locaux et par contraste des services publics nationaux qui se distinguent en fonction de l'autorité responsable du service, il convient d'évoquer les catégories des services publics constitutionnels ainsi que les services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux, car celles-ci ont des conséquences quant au régime applicable.

a. Des activités variées et un régime variable

Les juges administratifs après avoir fait émergé le concept de service public dans leurs arrêts, encouragés dans cette tâche par les commissaires du gouvernement et la doctrine, poursuivirent l'élaboration de la notion, mais dans un sens contraire aux attentes des défenseurs du service public.

Le dilemme de la qualification des activités des personnes publiques assimilables à celles d'une entreprise privée apparut très tôt. Cette question renvoie dans une certaine mesure à la distinction qui opérait avant l'émergence du critère de service public à savoir, celle des actes d'autorité et des activités de gestion. De fait, la libre concurrence est un principe fondamental du droit français depuis le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. Les interventions économiques des personnes publiques doivent donc être encadrées et surtout exercées dans les conditions qui s'appliquent à n'importe quel opérateur privé.

Dans cette perspective, à plusieurs reprises et dès 1911²⁰², sous l'influence du Commissaire du gouvernement Blum, le Conseil d'Etat refusa de statuer sur des affaires relatives à des services publics mettant en cause des actions commerciales de l'administration qu'il estimait relever du droit privé²⁰³. Cependant dans ces hypothèses, la personne publique ne faisait pas usage de prérogatives de puissance publique et seule une partie de l'activité était concernée.

Finalement, l'arrêt du Tribunal des conflits de 1921²⁰⁴ consacra cette approche et lui attribue une portée étendue. Dans cet arrêt, la Société de l'Ouest africain se plaignait d'avoir été affectée par un accident survenu au bac d'Eloka en Côte-d'Ivoire. Elle assignait donc le lieutenant-gouverneur de la colonie devant les tribunaux civils. Ce dernier éleva le conflit et le Tribunal des conflits fut saisi. Après avoir exclu la qualification d'ouvrage public, le juge observa que l'activité de la colonie consistait à exploiter un service de transports, contre rémunération, dans les conditions ordinaires d'exploitation d'un service industriel. Le Tribunal des conflits en conclut qu'en l'absence d'un texte spécial confiant la compétence au juge administratif, le litige devait être confié aux tribunaux judiciaires. Depuis lors, lorsque un service public fonctionne entièrement dans des conditions analogues à celles d'une entreprise privée alors tous les litiges qu'il suscite, relève de la compétence de l'ordre judiciaire.

Ces services publics opérant dans le secteur privé, sous un régime de droit privé et placés sous la juridiction des tribunaux judiciaires constituent la catégorie des services publics industriels et commerciaux (SPIC). En plus d'agir à la manière d'entreprises, ces activités peuvent poursuivre dans le cadre du service public, un but lucratif. Par opposition, les services publics administratifs (SPA) restent en principe dans le secteur public, sous un régime droit administratif et ne recherchent pas le profit.

²⁰² Le Commissaire de gouvernement Romieu cité par Blum en 1911 avait en réalité déjà semé le doute en déclarant sous l'arrêt *Terrier* que les personnes publiques peuvent dans certains cas dans l'intérêt du service public passer des contrats dans les conditions du droit commun. De même, auparavant en 1910 le Tribunal des conflits avait estimé qu'un contrat passé par l'autorité militaire pour loger des réservistes de par sa nature et ses effets rentrait dans la catégorie des contrats de droit civil, TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'Assurances le Soleil*, Rec.446.

²⁰³ CE, 3 février 1911, *Commune du Mesle-sur-Sarthe*, Recueil Sirey, 1913-III-108 ; CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. 909.

²⁰⁴ Tribunal des conflits - 22 janvier 1921- *Société commerciale de l'Ouest africain* - Rec. Lebon p. 91

Pendant longtemps la distinction entre SPIC et SPA se résumait donc à gestion privée et gestion publique. Cependant cette approche organique a perdu sa valeur à mesure que les personnes publiques se sont vues reconnaître la possibilité de gérer elle-même des activités économiques et à l'inverse, que des personnes privées ont commencé à gérer des activités administratives. Le juge a donc dû définir comment procéder pour qualifier les activités. L'arrêt *Union syndicale des industries aéronautiques* de 1956 établit que les juges devront procéder au moyen de la méthode du faisceau d'indices qui fixe trois critères pour reconnaître les SPIC : l'objet du service, l'origine de ses ressources et les modalités de fonctionnement. Tous ces éléments doivent correspondre à ceux d'une entreprise privée. Si l'un de ces critères peut être apprécié dans les deux sens, le juge s'inspire alors du contexte pour trancher²⁰⁵. Pour ce qui est de l'objet, il consiste en des opérations de production, de distribution ou d'échanges. Les ressources d'un SPIC sont la contrepartie du service rendu, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un prix perçu sur les usagers et non de subventions ou recettes fiscales²⁰⁶. Enfin tout service rendu à perte ou à titre gratuit est certainement administratif. La gestion en régie ne constitue qu'une présomption de caractère administratif qui doit être appréciée en perspective avec les autres indices²⁰⁷. Les monopoles légaux bien que manifestant l'usage de prérogatives de puissance publique, n'ont pas non plus été reconnus comme critère absolu de caractère administratif²⁰⁸. Dans tous les cas, si l'un de ces critères manque, le service est administratif²⁰⁹. Enfin le juge cède toujours devant le législateur qui procure parfois lui-même la qualification juridique du service²¹⁰.

²⁰⁵ Ainsi la gestion par l'Aéroport de Paris des installations d'embarquement et débarquement des voyageurs a un caractère administratif car ces installations sont des ouvrages publics. TC, 15 mars 1999, *Mme Pristupa*, Rec. 444 au sujet de la recherche de responsabilité suite à un accident lors du débarquement.

²⁰⁶ Il doit y avoir une correspondance entre le service et le prix payé, ce qui se traduit, comme le précise René CHAPUS, par la nécessité que les redevances soient justifiées par le service : CE, 20 mars 2000 *GISTI*, sur une redevance à la charge de demandeurs de titres de séjour dès lors que ce contrôle a « essentiellement pour objet la protection de la santé publique ». Le montant doit également être proportionné au coût du service : CE, 27 février 1998, *Commune de Sassenay*, Rec. 777 où les juges déclarent que le principe de proportionnalité applicable aux redevances pour services rendus interdit les exonérations non liées à ce service. René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Domat droit public, Paris : Montchrestien, 14^e éd., 1998, §770.

²⁰⁷ Sur un SPIC géré en régie CE Sect., 14 juin 1963, *Epoux Hébert*, Rec. 364.

²⁰⁸ Ainsi les monopoles de fait sont des SPIC, TC, 22 février 1960, *Société Pétronaphte*, Rec. 867 alors que les monopoles légaux tendent à être considérés comme des services publics administratifs. TC, 4 juillet 1934, *Roty*.

²⁰⁹ CE, 9 janvier 1981, *Bouvet*, Rec. 4, sur le service des monnaies et médailles, monopole légal de l'Etat

²¹⁰ Principe rappelé dernièrement dans CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (Aprei)*, req. n° 264541.

La division SPA-SPIC est donc importante puisqu'elle détermine le droit applicable. Elle se retrouve au niveau local. Cependant elle perturbe les théories développées par les juristes de l'Ecole du service public²¹¹ qui associent service public et droit administratif, même s'il ressort de ces arrêts qu'en dépit des différences d'objet et de régime, l'activité demeure un service public. La définition de cette notion dépasse donc l'aspect matériel du service public, c'est-à-dire le régime applicable. S'il constitue un indice, il n'est pas essentiel²¹².

b. La distinction entre services publics constitutionnels et les autres services publics

En dépit de son fort développement et du travail des juges, la notion de service public n'a jamais été définie dans un texte législatif. Cependant elle trouve après la seconde guerre mondiale une consécration constitutionnelle.

Le Préambule de la Constitution de 1946 comprend en effet un alinéa sur les services publics. Il dispose que : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.* » (al.9 Préambule.46) Cette disposition traite donc du régime du service public et non de sa définition.

Néanmoins elle a une portée importante. Sur cette base, le Conseil Constitutionnel²¹³ affirme que certains services publics nationaux découlent de principes ou de règles à valeur constitutionnelle. L'« existence et le fonctionnement » de ces services publics sont exigés par la Constitution. Ils ne peuvent être pris en charge que par une personne publique, ou par des personnes privées si celles-ci demeurent sous la tutelle de l'Etat, ou encore par des entreprises publiques dont l'Etat détient une participation majoritaire. Le Conseil ne précise pas à quels

²¹¹ Cf. infra p 105

²¹² Il convient par ailleurs de rappeler l'existence d'une éphémère catégorie de services publics sociaux. Ceux-ci émergèrent à la suite de l'arrêt du TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Lebon p 614, pour les services publics à objet social mais organisés comme des entreprises. Ils relevaient donc de la compétence des tribunaux judiciaires. Mais dans l'arrêt *Gambini* (TC, 4 juillet 1983, *Gambini*, Lebon p 540) ces mêmes juges ont supprimé la catégorie qui n'avait pas trouvé de succès auprès des juges.

²¹³ Conseil constitutionnel, 86-207, DC, 25-26 juin 1986, loi d'habilitation du gouvernement l'autorisant à opérer la privatisation des entreprises publiques par voie d'ordonnances

services il se réfère. Sa jurisprudence a permis cependant d'exclure certains services de cette catégorie. Ainsi, le service public du crédit ou le service public de la télévision par voie hertzienne ne sont pas des services publics constitutionnels²¹⁴. Cependant dans la décision, le Conseil constitutionnel souligne clairement la distinction entre « *service public constitutionnel* » et « *service public national* ». Cette dernière catégorie peut en effet être instituée par une loi ou un règlement et peut être confiée ou transférée au secteur privé sans enfreindre la Constitution.

Il résulte donc de cette jurisprudence que le caractère subjectif du service public est mis au premier plan. Ainsi les services publics les plus importants, c'est-à-dire ceux dont la garantie juridique est la plus forte, sont marqués par la prépondérance de la personne publique dans la gestion de l'activité.

L'élément subjectif (ou organique c'est-à-dire la présence de la personne publique) du service public est fondamental dans la définition du concept. Toutefois l'activité peut être rattachée à une personne publique, directement ou indirectement. Dans le premier cas, la personne publique assure par ses propres moyens l'activité (gestion directe). Dans le second cas, l'activité peut être gérée par une personne privée mais un certain nombre d'éléments la rattache à la personne publique (contrat de délégation, contrôle public sur la gestion, nomination des dirigeants par la personne publique, prérogatives de puissance publique), c'est la gestion indirecte. La concession qui faisait encore figure d'exception au début du siècle et qui s'est largement développée par la suite, en est la meilleure illustration. Pour résumer, le service public apparaît alors comme « *une manifestation d'autorité publique dans le cadre de la gestion d'une activité* »²¹⁵.

Mais pour certains auteurs, le critère organique n'est pas le plus significatif. De fait, la plupart des services publics (non constitutionnels) sont reconnus comme tels alors même que leur gestion est confiée au secteur privé. Dans ce cadre, l'élément le plus important est celui-là même qui justifie que l'activité soit assurée par une autorité publique, à savoir l'intérêt général. Si certains services

²¹⁴ Conseil constitutionnel, 87-232, DC 7 janvier 1988, loi sur la mutualisation du crédit agricole ; Conseil constitutionnel, 86-217, DC, 18 septembre 1986, loi sur la liberté de communication.

²¹⁵ Anne-Elisabeth VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004, p129.

publics se voient reconnaître une valeur constitutionnelle c'est précisément car ils relèvent éminemment de l'intérêt général. Or, l'Etat ou la collectivité publique apparaissent comme les personnes les plus à même de satisfaire l'intérêt collectif transcendant les intérêts particuliers²¹⁶. Intérêt général et présence d'une personne publique sont donc liés intrinsèquement et constituent les deux éléments essentiels du service public.

c. La conception unitaire du service public et sa définition

Ainsi, la Constitution se réfère aux « services publics nationaux » (dimension territoriale), le Conseil constitutionnel aux « services publics constitutionnels » (place dans la hiérarchie des normes), le juge administratif aux « service public administratif » et « service public industriel et commercial » (nature de l'activité). Tous ces phénomènes demeurent néanmoins des services publics. La notion couvre donc une grande variété de situations, ce qui lui confère un caractère unitaire.

Concrètement l'unité de la notion se traduit juridiquement par des règles applicables à tous les services publics. Il s'agit notamment des lois du service public, dites « lois de Rolland », du nom de l'auteur qui a synthétisé ces règles lesquelles consistent en trois grands principes. Le principe d'égalité tend à empêcher les discriminations à l'égard des usagers du service. Le principe de continuité oblige un fonctionnement permanent du service. Enfin, le principe d'adaptabilité doit garantir l'ajustement du service aux progrès techniques et à l'évolution des besoins des usagers.

Toutefois, puisque le régime applicable ou la personne en charge de fournir le service ne sont pas des critères déterminants dans la qualification de service public, l'élément qui apparaît dès lors comme le lien entre ces diverses activités est le but d'intérêt général qui leur est assigné. La jurisprudence administrative est constante sur ce point, c'est un élément essentiel²¹⁷. Ainsi, l'absence de but d'intérêt général, prive toute activité du caractère de service public²¹⁸. Cependant

²¹⁶ C'est vrai pour la conception volontariste de l'intérêt général qui prévaut en France.

²¹⁷ CE, 25 mai 1925, *Décatoire*, Rec, 535.

²¹⁸ CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec. 466 au sujet des courses hippiques.

la définition de l'intérêt général n'est pas des plus aisées, le concept est lui-même dynamique et varie en fonction du contexte historique, géographique, social, économique ou autre. De fait, il est impossible de dresser une liste exhaustive des activités relevant de l'intérêt général et pouvant être ainsi qualifiées de service public. Il faut adopter une approche casuistique. La variété des activités qui ont été admises est surprenante : du service d'enlèvement des ordures ménagères²¹⁹ à l'organisation d'une compétition par une fédération sportive²²⁰, de l'exploitation du Palais des festivals et des congrès de Cannes²²¹ à l'organisation d'une grande parade de jazz²²². Dès lors la notion d'intérêt général si elle est fondamentale pour la doctrine²²³, demeure en pratique d'une utilité limitée pour les juges²²⁴ qui finalement pour identifier un service public recherche des éléments concrets d'identification tels que les prérogatives de puissance publique. C'est à partir d'un faisceau d'indices que les juges décident de la nature d'une activité.

Ils examinent trois critères. Un critère matériel qui consiste à observer l'application d'un régime spécial consistant en l'application du droit administratif. Cet élément n'est cependant pas déterminant. Un critère organique qui se réalise lorsqu'il existe un lien particulier entre l'activité et la personne publique, si elle même n'assure pas directement le service. Enfin, un critère fonctionnel qui est le but d'intérêt général que poursuit l'activité. Ces deux derniers éléments sont cumulatifs et absolument nécessaires à la qualification de service public.

Cependant ces éléments d'identification ne fournissent pas à proprement parlé de définition du service public. Ils sont utiles pour les juges qui ont une démarche pragmatique mais insatisfaisants pour la doctrine. Aucun texte légal ne fournit de définition. Certains justifient cette absence par le caractère nécessairement évolutif du concept et le « *besoin d'une certaine plasticité* »²²⁵. Une mention constitutionnelle comme législative, fournissant une définition aurait

²¹⁹ CE, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, Rec. 1237.

²²⁰ CE, sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises de sport*, req. n° 89828.

²²¹ TC, 19 décembre 1988, *Ponce*, requête n° 02541.

²²² CE, 2 juin 1995, *Ville de Nice*, Rec. 685.

²²³ Cf. infra idéologie du service public, p 134.

²²⁴ « le critère de l'intérêt général, trop vague pour être d'une quelconque utilité », Jacques CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF 1979, p 48.

²²⁵ Marceau LONG in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le*

en effet risqué de figer la notion dans une acception impropre à contenir toute la variété d'activités que le concept de service public contient et l'aurait également figée dans le temps. D'autres constatent simplement que la doctrine et la jurisprudence ont à un certain moment pris des positions divergentes qui ont empêché toute « théorie totalisante » de la notion²²⁶ et par là même une définition définitive. D'autres auteurs ont simplement considéré que le service public n'était pas une institution juridique²²⁷. Il correspondrait plutôt à un ensemble de règles de droit public que le juge appliquerait quand il l'estime opportun.

Aussi faudrait-il se pencher sur ce qui constitue l'« éthique du service public »²²⁸ et sur l'idée d'« intérêt général » pour saisir l'essence de la notion et sa définition ontologique. Pour notre part, dans la perspective d'une étude comparée des services publics locaux face aux normes communautaires, nous retiendrons la définition proposée par René CHAPUS est pour sa simplicité et sa clarté, des plus satisfaisantes : « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »²²⁹. Dès lors le service public local correspond à l'activité d'intérêt général dont la responsabilité relève d'une collectivité locale, ce qui pour la France signifie commune, département ou région. Dans la pratique, la majeure partie des services publics locaux relèvent des communes qui gèrent les affaires de leur communauté²³⁰.

Bien que le « local » soit absorbé, les services publics locaux ont joué un rôle important dans les premières années de construction de la notion de service public qui recouvre en France une grande variété de situations et a ainsi un caractère englobant. L'approche italienne diverge.

droit des États de l'Union européenne, Paris : l'Harmattan, 2001, p32.

²²⁶ Gilles J.GUGLIELMI, *Une introduction au droit du service public*, Paris, L.G.D.J. (coll. Systèmes), nov. 1994, p 4 qui intitule son chapitre un de la première partie sur la notion de service public « *L'impossible définition du service public* ».

²²⁷ B.Chenot, 'L'existentialisme et le droit', *RF sc. Pol.* 1953, p 57.

²²⁸ Anne-Elisabeth VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004.

²²⁹ René CHAPUS, op. cité, p569 _ D'autres définitions du même acabit ont été proposées par d'éminents auteurs. Pour Gugliemi « Pour qu'une activité soit un service public, il est nécessaire 1°) qu'il existe un lien particulier entre cette activité et une personne publique; 2°) que cette activité ait un but d'intérêt général. » mais il précise qu'il ne s'agit ici que des éléments d'identification et non d'une définition du service public.

²³⁰ Voir les compétences dans l'introduction générale p. 34.

B - Le « local », source de la notion de service public en droit italien

Les services publics locaux sont reconnus en tant que tel en droit italien. L'émergence de la notion de service public leur est directement liée et pour l'étudier, la doctrine renvoie en premier lieu à la loi de 1903 sur la municipalisation des services publics locaux. Toutefois le service public est multiple en Italie et la notion varie en fonction du domaine concerné. Il n'existe donc pas de notion englobante ce qui porte à relativiser les concepts.

1. L'ORIGINE LEGISLATIVE DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

En Italie ce n'est pas le juge mais le législateur qui a suscité l'émergence de la notion de service public à peu près à l'époque de l'arrêt *Blanco*. La loi n°103 du 29 mars 1903²³¹ sur la municipalisation²³² des services publics locaux, dite « loi Giolitti » du nom du ministre de l'intérieur de l'époque, autorise les communes à prendre en charge directement un certain nombre d'activités, qu'elle énumère et qui constituent des services publics. La liste (art.1) mentionne les activités de distribution d'eau, l'éclairage public, les égouts, la construction et l'exploitation de tramways, la construction et l'exploitation de réseaux téléphoniques, l'établissement de pharmacies, la salubrité publique, la gestion des déchets, la gestion des transports publics²³³ entre autres. Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant la loi ne définit pas la notion de « service public local ». En fait, toute activité que la commune décide d'assurer se voit reconnaître le caractère de service public local. Aucune distinction n'est faite quant à la nature de l'activité. La collectivité locale peut s'engager dans un service à caractère social tout autant que commercial ou industriel. Plusieurs éléments donnent à l'activité son caractère public. Ainsi la décision de

²³¹ Loi du 29 mars 1903 sur la municipalisation des services, G.U. 3 avril 1903.

²³² Par municipalisation, il faudra retenir le sens italien de « municipalizzazione » qui signifie la prise en charge d'une activité directement par la collectivité locale.

²³³ La liste comprend la distribution d'eau, l'éclairage public, les égouts, la construction et l'exploitation de tramways, la construction et l'exploitation de réseaux téléphoniques, l'établissement de pharmacies, la salubrité publique, la gestion des déchets, la gestion des transports publics, les pompes funèbres, la construction des moulins et des fours, la construction et l'exploitation des services d'équarrissage, la construction et l'exploitation des marchés, la construction et l'exploitation des bains publics, la fabrique et la vente de glace, la construction et l'accueil dans des foyers nocturnes, la production et la distribution d'électricité, le séchage et le stockage du maïs, l'établissement et la vente de produits fruitiers, l'affichage public.

prendre la responsabilité d'un service incombe au conseil municipal au cours d'une délibération qui autorise les électeurs à s'exprimer au moyen d'un référendum. Dans certains secteurs, si la loi le prévoit, la commune peut également gérer les services sous forme de monopole. La loi GIOLITTI fixe d'ailleurs les modes de gestion à disposition des communes pour exercer leurs activités. Il s'agit de l'*azienda speciale* qui est un établissement public sans personnalité morale et à caractère industriel et commercial (art. 2), de la concession (art.25) ou de la régie (art.16).

Sur cette base, le service public local est une activité de prestation, destinée à la population locale et assurée directement ou en concession par la collectivité locale (cette dernière forme étant cependant l'exception au début du siècle).

Plusieurs motifs ont été avancés pour justifier l'adoption de cette loi. Tout d'abord, à l'époque la carence du secteur privé était patente dans certaines activités et il convenait alors de donner les moyens aux collectivités publiques de répondre aux besoins des populations locales. Ensuite, c'était un moyen pour l'Etat de contrôler et d'encadrer l'action des communes au moment même où celui-ci essayait d'asseoir son pouvoir auprès des pouvoirs locaux et de renforcer l'unité du pays, unifié peu de temps auparavant, en 1861.

La norme correspond aussi à une époque de renouveau où le libéralisme est quelque peu mis de côté pour laisser place à une plus grande intervention de l'Etat. Ainsi la loi générale de 1903 sur les services publics locaux fut précédée et accompagnée d'autres normes de secteurs qui traitent également de la matière des services publics. En 1885, l'Etat a réglementé les services télégraphiques, en 1905 les services ferroviaires, en 1907 les services téléphoniques, puis s'en suivent jusqu'à la fin des années 30 une série de normes sectorielles portant sur les services publics²³⁴. Toutefois ces normes n'apportent pas grand chose à la définition de la notion de service public si ce n'est qu'elles illustrent bien que la question doit être abordée de manière sectorielle en Italie. Chaque loi définit un régime particulier pour le service en question.

²³⁴ Loi du 28 juin 1885, n°3200 concernant l'impianto graduale del servizio telegrafico nei comuni capoluoghi di mandamento e nei comuni di frontiera che ne difettano ; loi du 22 avril 1905 n. 137 (GU n. 095 del 22/04/1905) portant des mesures provisoires pour l'exercice de l'état des chemins de fer non concédés à des entreprises privées ; loi du 24 mars 1907, n. 111, pour l'extension et l'amélioration des services postaux, télégraphiques et téléphoniques, G.U. n. 77 del 01/04/07.

Dans ce cadre les services publics locaux sont une catégorie particulière soumise à un régime qui leur est propre. Ce cadre législatif est demeuré en vigueur pendant près de quatre-vingt ans et de ce fait a largement inspiré la doctrine qui se penchait sur la notion de service public.

Toutefois en 1990, le contexte économique, marqué par les initiatives européennes de libéralisation incite le législateur à réformer le régime des services publics locaux qui s'avère limité par le cadre de 1903, lequel ne proposait que trois modes de gestion, tous à caractère public. La loi n°142 de 1990²³⁵ propose donc de nouvelles solutions et avance une définition des services publics locaux. La première mesure majeure est l'introduction de nouveaux modes de gestion à caractère privé. En vertu de l'article 22 alinéa e), les collectivités locales peuvent désormais gérer leurs services au moyen de sociétés par actions (services publics administratifs) ou de sociétés à responsabilité limitée (SARL) lorsque les caractéristiques du territoire ou la présence de partenaires privés rendent cette forme de gestion opportune. La seconde innovation importante est la formulation pour la première fois par le législateur, d'une définition des services publics locaux. L'article 22 dispose que « *les communes et les provinces, dans le champ de leurs compétences respectives, prennent en charge la gestion des services publics qui ont pour objet la production de biens et d'activités participant à la réalisation de fins sociales et à promouvoir le développement économique et civil des communautés locales* ». Le caractère économique des services publics est au cœur de la définition. Juridiquement elle reste néanmoins insatisfaisante et apporte peu à la tentative de définition générale de la notion de service public. Elle met l'accent comme la loi de 1903 sur l'élément organique du service public, même si dès lors la gestion privée est admise. Les services publics locaux sont les activités prises en charge par les communes et les provinces. Mais la loi de 1990 met sur le même plan la réalisation des fins sociales et la promotion du développement économique et civil de la collectivité. L'aspect économique du service public est donc fondamental et se retrouve dans toutes les autres acceptations de la notion.

²³⁵ Loi n°142 du 8 juin 1990 portant organisation des autonomies locales, GURI n°135, 12/06/90.

2. UNE NOTION DE SERVICE PUBLIC FRAGMENTEE

Les prémices posées par la loi de 1903 à la notion de service public ne connaissent aucun succès particulier. La notion de service public local reste cantonnée au domaine de la loi GIOLITTI. En revanche, l'expression « service public » s'exporte dans d'autres secteurs où elle acquiert un sens totalement différent.

a. Le service public dans son acception pénale

Le droit pénal italien a dès le dix-neuvième siècle²³⁶ fait une distinction entre fonction publique et service public à travers la responsabilité des personnes publiques. Le code pénal de 1930 réaffirme cette approche. D'une part, l'article 357 se réfère au fonctionnaire public qui exerce une activité législative, judiciaire ou administrative. Pour la doctrine²³⁷, il s'agit plus précisément de toute fonction qui se concrétise dans l'usage de la puissance publique à travers des prérogatives de puissance publique ou à travers des actes réglementaires qui manifestent la volonté de l'administration publique. D'autre part, l'article 358 porte sur les délits relatifs aux personnes en charge d'un service public. Il dispose que les services publics sont des activités de prestation et qu'elles sont, comme celles de la fonction publique, réglées par des normes de droit public. La différence tient à ce qu'il n'est pas fait usage de prérogatives de puissance publique. Il s'agit donc d'une définition résiduelle où le service public couvre toutes les activités qui ne concernent pas la fonction publique.

Cette acception pénale est cependant circonscrite à ce domaine. Les deux articles précisent en effet que les définitions ne sont valides « *qu'au regard de la loi pénale* ». Elles n'ont donc pas vocation à s'étendre à d'autres champs d'activités ou à jeter les bases d'une définition unitaire.

²³⁶ La première mention remonte au code pénal de 1889 qui distingue le délit d'injure commis contre les personnes en charge d'un service public (art.396) et la notion de fonctionnaire public (art. 207). Paolo SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p259.

²³⁷ Domenico STORACE, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna : Il Mulino, 2000, p 109.

Par conséquent, il apparaît déjà en 1930 que le service public est une notion fragmentée en fonction du domaine en cause.

b. Les « services publics essentiels » dans la Constitution italienne

La notion de service public est, tout comme en France, consacrée dans la Constitution d'après-guerre, dans le titre dédié aux rapports économiques. Trois articles (art. 41, 42 et 43) constituent ce que la doctrine nomme la « constitution économique » italienne²³⁸ laquelle garantit les droits de propriété et la liberté d'entreprise et en fixe également les limites.

L'article 41 CI qui garantit la liberté d'entreprendre dispose que : « *L'initiative économique privée est libre. Elle ne peut s'exercer en s'opposant à l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine. La loi détermine les programmes et les contrôles opportuns pour que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée vers des fins sociales* ». La sécurité, la liberté, la dignité humaine en tant que droits fondamentaux constituent les limites classiques de la liberté d'entreprendre et se retrouvent épars dans tout le texte de la Constitution italienne. L'utilité sociale est un concept plus original, inspiré du courant catholique des constituants mais le texte ne le définit pas. Il faut le mettre en perspective avec les « fins sociales » évoquées à la fin de l'article. En effet, le Parlement est souverain pour encadrer l'activité économique qu'elle soit privée ou publique, s'il estime que certains buts sociaux doivent être poursuivis. L'intérêt de la collectivité est donc mis en avant pour justifier l'intervention publique dans l'économie.

Cette disposition doit être lue en combinaison avec l'article 43 de la Constitution. Dans une même approche, l'article dispose que « *Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originellement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'Etat, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général* »

²³⁸ Cf. notamment S. Cassese « La nuova. Costituzione economica »

prééminent ».

Cette mesure pose donc une nouvelle limite à la liberté d'entreprendre lorsque les « buts d'utilité générale » et des « services publics essentiels » sont en jeu. La première expression renvoie aux termes généraux employés dans l'article 41 CI. La seconde en revanche pose question. Là encore le texte ne fournit pas de définition. Or la notion de service public étant incertaine en droit italien, sa présence au sommet de la hiérarchie des normes, surprend. Elle permet cependant de mieux appréhender ce que le droit italien désigne comme service public.

A première vue, cette approche assimile les services publics essentiels à des activités économiques puisqu'elle se réfère avant tout aux entreprises. Or le code civil italien définit l'entrepreneur comme la personne « *qui exerce professionnellement une activité économique organisée [...] afin de produire ou d'échanger des biens ou des services* » (art. 2082 Codice civile). Dans ce contexte, les services publics seraient des activités économiques poursuivant, entre autres, un but d'intérêt général. Concrètement, l'article fait donc référence aux grandes activités de réseau du type transports ou production d'électricité ou de gaz. De fait, les décisions majeures de la Cour constitutionnelle, relatives à l'article 43 CI, portent sur la réserve à l'ENI (Enti nazionale idrocarburi _ société nationale des hydrocarbures) des gisements d'hydrocarbures pour la recherche et leur entretien (Loi n°136/1953), sur la nationalisation de la production, du transport et de la distribution d'électricité (Loi n°1463/1962) ou encore sur la création du monopole public radiotélévisé²³⁹.

La Cour constitutionnelle a fait un large usage de l'article 43²⁴⁰ dans les années soixante-dix et quatre-vingt, c'est-à-dire après les opérations de nationalisation. La libéralisation des services de réseau semblent cependant avoir signé la fin de son succès et dans les années quatre-vingt-dix, le nombre d'affaire impliquant l'article 43 CI a diminué de plus de la moitié. Par ailleurs dans la plupart des cas l'article est combiné à l'article 41 CI. Les deux mesures ont une approche

²³⁹ A. Di Capua - S. Panizza - E. Stradella, I servizi pubblici e l'articolo 43 della Costituzione in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Massera, 2004, p 61.

²⁴⁰ De 1959 à 2004, la Cour constitutionnelle a abordé près de 82 fois l'article 43. *Ibidem*

sensiblement différente des services puisque l'article 41 se caractérise par une parité entre l'Etat et les acteurs économiques privés alors que dans l'article 43 fait référence à une intervention autoritaire de l'Etat en tant que puissance publique. Néanmoins les activités économiques qui peuvent faire l'objet de programmes ou contrôles de l'Etat à des fins sociales semblent correspondre aux services publics essentiels de l'article 43.

La question du rapport entre cet article 43 et la loi de municipalisation des services publics locaux a par ailleurs été posée²⁴¹. Pour certains auteurs, la réserve législative instaurée par la Constitution signifierait que seuls les services publics locaux faisant l'objet d'une loi de l'Etat pourraient justifier la prise en charge par la Conseil communal d'un service public local. Le nombre de services publics locaux s'en trouverait d'autant limité. Mais cela irait à l'encontre de l'esprit de la loi de 1903 qui établit une liste non exhaustive des services publics locaux et conditionne leur existence à la prise en charge de l'activité par la commune. Pour MERUSI les références à « *l'utilité générale* » et au « *caractère d'intérêt général prééminent* » amènent à contester cette interprétation. Il faut donc admettre que l'expression de « *services publics essentiels* » se réfère aux services publics d'envergure nationale et de force constitutionnelle, comme le Préambule de 46 de la Constitution française. La notion de service public en apparaît d'autant plus fragmentée dans sa définition comme dans son régime.

L'interprétation de la notion de « services publics essentiels » a divisé la doctrine en deux grands courants. Le premier retient une acception juridique et y voit « *les activités assujetties aux contrôles de l'administration publique, contrôles qui seraient les indices de leur importance publique, et constitueraient la condition de la réserve originaire* ». Le second aborde la notion dans une perspective économique, et retient « *en harmonie avec les critères d'interprétation de l'expression « sources d'énergie », [que] la notion de service public essentiel n'a aucune qualité juridique, mais _ en tant que condition d'application de l'article 43 de la Constitution _ devrait être déduite de l'emploi de l'expression qu'en fait la science économique* »²⁴².

²⁴¹ Fabio MERUSI, Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza. Diritto amministrativo, 2004(1): p 55.

²⁴² Sabino CASSESE, « Les services publics en Italie », in Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), *Europe, concurrence et service public*, Paris : Masson, 1995, p 112.

Par la suite, l'expression « services publics essentiels » a été reprise dans une norme de rang législatif qui semble faire prévaloir la conception subjective de la notion. La loi n° 146 du 12 juin 1990²⁴³ sur l'organisation du droit de grève dans les services publics essentiels fournit notamment une longue liste d'activités correspondant à cette catégorie de services (art.2). Toutes ont un lien très fort avec les personnes publiques et la plupart sont gérées directement par elles : services de santé, services sociaux, instruction publique, etc. Cependant l'article inclut dans le champ d'application de la loi les activités gérées en concessions et la liste mentionne certaines activités qui sont souvent déléguées telles que les transports publics ou la gestion des déchets. Ces hypothèses admettent donc le principe qu'une personne privée puisse gérer un service public essentiel. La conception objective ne serait donc pas juste en droit italien. Cependant le raisonnement trouve sa limite dans l'article un de la loi qui dispose, comme pour la loi pénale de 1930, que la liste des services publics essentiels ne vaut que pour la présente loi. Les services publics essentiels dans la loi sur l'organisation du droit grève constitue donc une catégorie ad hoc, qui ne vaut ni pour interpréter les dispositions de la constitution, ni pour le débat général sur la notion de service public.

Cependant la Charte des services publics²⁴⁴ adoptée par une directive du Président du Conseil du 27 janvier 1994, pour définir les services publics relance le débat. Elle se réfère à cette norme sur le droit de grève et ajoute explicitement l'énergie électrique, l'eau et le gaz, services qui sont visés par le texte constitutionnel.

Dès lors la définition des services publics essentiels dans la Constitution italienne reste incertaine. Il s'agit cependant certainement d'une activité économique dont le but l'intérêt général tient autant à l'accès de la majeure partie des citoyens à ces services qu'au bon fonctionnement de l'économie nationale. Son élément caractéristique semble être la présence de la personne publique à travers l'expropriation ou les lois de programmes ou les contrôles. Sur ce plan, elle apparaît

²⁴³ Loi n.146 du 12 juin 1990, G.U. n°137, 14/06/90.

²⁴⁴ Directive du Président du Conseil des ministres, Normes sur l'exécution des services publics, G.U. 22 février 1994, n. 43.

d'ailleurs proche de la notion de services publics constitutionnels en droit français qui exige que toute activité constituant un service public national ou un monopole de fait doive devenir la propriété de la collectivité.

Ce dernier aspect a fait l'objet de nombreux débats en doctrine qui pose la question de savoir si au vu des articles 41 et 43 de la Constitution italienne, il convient de retenir une vision organique du service public ou pas, et en tout cas, si cette vision correspond à une définition générale du service public ou bien est limité à la notion de services publics essentiels.

c. Les autres expressions d'inspiration communautaire

Enfin il convient de noter qu'au début des années 90 le législateur italien s'est peu à peu approprié le vocabulaire communautaire, signe d'une approche similaire éminemment économique et peut être de son attachement relatif à la notion de service public ou simplement de la faible portée de la notion dans l'ordre national.

Ainsi dans la loi n°287 de 1990²⁴⁵ sur la protection de la concurrence, le législateur transpose en droit national, en référence à l'article 86 du Traité CE, l'expression « servizi di interesse economico generale ». Par la suite, alors que les services sont libéralisés, le législateur remplace l'expression de services publics par celle de « service d'utilité publique »²⁴⁶ pour les secteurs de l'énergie et des télécommunications, s'inspirant du champ lexical de la régulation communautaire.

Le contexte communautaire a donc participé à l'évolution de la terminologie liée aux services publics mais non à sa définition. Le caractère économique de ces prestations y apparaît de manière plus évidente. Elle rejoint toutefois l'approche traditionnelle italienne et ne pose pas dès lors de problème de compatibilité juridique ou de contestation doctrinale²⁴⁷.

²⁴⁵ Loi 287/90 Normes sur la protection de la concurrence, « Norme a tutela della concorrenza », in G.U., 13 octobre 1990, n. 240.

²⁴⁶ Loi du 14 novembre 1995, n. 481, Normes sur la concurrence et la régulation des services d'utilité publique. Institution de l'Autorité de régulation des services d'utilité publique. « Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, » in G.U. 18 novembre 1995, n. 270.

²⁴⁷ La littérature italienne sur le thème des SIEG est beaucoup plus limitée que celle que l'on peut trouver en France,

3. UNE DEFINITION RELATIVE

En Italie, la mention de la notion de service public dans différents domaines du droit a amené la doctrine à rechercher une définition qui pourrait couvrir tous ces aspects, a posteriori. La logique n'est donc pas la même que celle française où le postulat était l'unité de la notion et où il était nécessaire pour les auteurs d'en justifier la diversification par la suite ou en tout cas l'extension à des champs a priori non couverts par la notion unitaire.

Pour tenter de définir la notion de service public, la doctrine italienne prend appui sur les lois qui y font référence. Elles couvrent comme nous l'avons vu des domaines très divers : les services publics locaux, les délits commis contre des agents publics en droit pénal, les services essentiels voués à être nationalisés ou encadrés par l'Etat, le droit de grève. Dans les différentes normes qui y font référence, il n'y a que la seconde loi générale sur les services publics locaux de 1990 qui procure une véritable définition du service public. La jurisprudence pour sa part n'a joué qu'un rôle secondaire dans la construction de la notion.

Dans ce contexte les auteurs ont longtemps débattu sur le sens donné à cette expression. Comme en France, la question qui se trouve au cœur des discussions porte sur le caractère subjectif ou bien objectif de la notion.

Dans un premier temps, sur la base de l'analyse de la loi de 1903 sur la municipalisation des services publics locaux, la notion ne se distingue pas tant de celle défendue à la même époque par l'Ecole du service public en France, avant l'arrêt du Tribunal des conflits, *Bac d'Eloka*. Elle a un caractère unitaire puisque des activités industrielles et commerciales autant que administratives sont qualifiées de « service public local » dès lors que la commune les prend en charge. Comme le souligne une majeure partie de la doctrine²⁴⁸, la notion a alors un caractère organique puisque

démontrant ainsi un intérêt mineur justifié par une conception du service public moins étoffée, importante et prégnante.

²⁴⁸ Paolo SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p

la prise en charge par la collectivité locale est l'élément déterminant. Cependant d'autres auteurs²⁴⁹ y voient en réalité les germes d'une approche objective. Pour Nicoletta RANGONE, l'énumération des activités pouvant être assumées par la collectivité sous-entend que les activités de service public préexistent à l'intervention de l'autorité publique. Pour notre part, la première thèse paraît la plus juste puisque la qualification de service public est sujette à la gestion directe de la collectivité (la liste des activités n'étant pas exhaustive), c'est donc bien la personne responsable qui est le critère déterminant, et a contrario une activité n'est pas un service public si elle n'est pas assumée par la commune. L'énumération des services peut être simplement justifiée par le fait que ce sont des activités qui furent traditionnellement investies par les communes. Nous retiendrons donc qu'à l'époque en Italie le service public est une conception subjective. Toutefois à la différence de la notion française, la notion de service public ne détermine ni l'application du droit public ni la compétence du juge administratif.

La définition résiduelle du code pénal est limitée à ce champ du droit. Aussi la doctrine ne peut s'en inspirer. Cependant le fait que le service public soit assimilé à une activité où les personnes publiques sont privées de l'usage des prérogatives de puissance publique semble affaiblir la vision organique. La personne en charge du service redevient un sujet neutre et le caractère subjectif s'efface. Cette définition propre au domaine pénal effrite le concept unitaire que paraît promouvoir la loi « GIOLITTI ».

Par la suite la doctrine n'a pu que faire le constat cependant que certaines activités *« du point de vue subjectif sont des activités privées, et qui tiennent le nom, non la qualité, de public de la tradition ou de l'usage commun, dans la perspective de leur fonction, mais qui toutefois, en tant qu'activités privées, sont sujettes à un régime public particulier »*²⁵⁰.

Dans ce cadre et avec l'adoption de la Constitution de 1948, la doctrine opère un revirement et définit le service public de manière objective. Tout d'abord l'article 43 admet qu'il existe des

260.

²⁴⁹ Nicoletta RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna : Il Mulino, Coll. Studi e ricerche, 1994.

²⁵⁰ De Valles, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1930, p. 396.

services publics non essentiels qui ne peuvent pas faire l'objet d'une réserve ou d'une expropriation et qui donc demeurent dans les mains de personnes privées. L'article même évoque les réserves au profit de personnes non publiques à savoir « *des communautés de travailleurs ou d'usagers* ». Quand bien même un service public est-il essentiel, l'expropriation n'est pas systématique, il faut une loi. Ensuite l'article 41 reconnaît explicitement que des activités économiques puissent être encadrées par l'Etat car elles présentent un intérêt général.

Dans ce cadre, la conception objective du service public prit le pas sur celle subjective à travers la consécration de l'approche fonctionnelle. Ainsi, pour Umberto POTOSCHNIG²⁵¹, le premier théoricien majeur de la doctrine objective du service public, trois éléments peuvent être dégagés à partir du texte constitutionnel. Tout d'abord, il s'agit d'une activité économique. Ensuite, l'activité en cause poursuit un but d'intérêt général. Enfin, elle est encadrée par la loi qui fixe les pouvoirs de programmation et de contrôle de l'Etat. Ce dernier aspect maintient donc un caractère organique à la définition sans exclure la prise en charge de l'activité par une personne privée.

Par la suite, un autre courant de la doctrine a mis en avant la « *doverosità* » c'est-à-dire l'obligation de la collectivité de poursuivre l'intérêt général comme critère du service public. Ce sont toutes « *les activités qui doivent être fournies pour satisfaire les intérêts de la collectivité* »²⁵². L'élément discriminant est donc l'intérêt général ce qui se concilie avec la vision objective du service public et légitime que des personnes privées prennent en charge de telles activités. Le caractère économique de l'activité y est rangé à un second plan. Dans cette optique, la collectivité publique dispose d'un pouvoir de conformation qui permet de fixer le niveau des prestations nécessaires à la satisfaction de la population concernée.

Les nombreuses lois successives et limitées dans leur champ d'application n'ont pas permis à la

²⁵¹ Cf. le résumé de Massimo CAPANTINI, "I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive", in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario* - di Alberto Massera (a cura di) - Pisa, PLUS, 2004, p 8 et Paolo SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p 286.

²⁵² Vincenzo CERULLI IRELLI in AMANTE, E., A. BERTANI, and A. FACCON, I servizi sociali negli enti locali. Enti locali e pubblica amministrazione. 2007, Napoli: Sistemi editoriali, p 7.

doctrine d'apporter une définition plus précise. Face à cette fragmentation du service public, la simple distinction entre conception subjective et objective s'est elle même diluée. L'incertitude est telle que pour certains auteurs²⁵³, le service public n'est en réalité qu'une notion éminemment contingente, dépendante des circonstances sociales.

Dès lors comme en France, la doctrine ne peut s'accorder sur une définition juridique du service public en droit italien. Alors qu'en France la difficulté résidait dans l'incorporation dans un concept prédéfini d'une multitude de situations, en Italie, le problème est, à partir d'une variété d'objets de constituer une définition unitaire.

Il faut donc se résoudre à admettre une définition fondée sur les éléments d'identification du service public. Pietro VIRGA en cite quatre²⁵⁴. Il s'agit d'une activité exercée dans les conditions analogues à celles d'une entreprise, dans un but d'intérêt public et où le prestataire a l'obligation de garantir l'accès à ses services à tous ceux qui en font la demande, dans le respect du principe de continuité. Sur le premier point, le caractère d'entreprise permet de distinguer le service public de la fonction publique laquelle ne s'exerce pas à parité avec les personnes privées dans des conditions de concurrence. Le deuxième point, renvoie à la « doverosità », le gestionnaire du service doit avant tout poursuivre un but d'intérêt général. Il peut poursuivre un but lucratif mais celui-ci ne doit pas l'emporter sur l'intérêt public. Le troisième élément tient à l'obligation de contracter qui pèse sur l'opérateur. Enfin le dernier élément doit assurer à la population que ses besoins soient satisfaits en permanence.

Le caractère public du service tient donc à trois aspects²⁵⁵. Tout d'abord ce sont les personnes publiques qui sont les responsables du service sur la base de leur compétence générale pour les affaires de leur ressort ou de par la loi. Ensuite, le caractère public tient aux buts de l'activité qui

²⁵³ Fabio. MERUSI, Servizio pubblico, in Noviss. Dig., vol. XVII, Torino, Utet, 1970, p. 215 cité par Massimo CAPANTINI, I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive, in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario* - di Alberto Massera (a cura di) – Pisa, PLUS, 2004.

²⁵⁴ Pietro VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1998, 299 ss.

²⁵⁵ Giuseppe CAIA, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, L. Mazzarolli ed altri (a cura di), Bologna, 2005, 131 ss.

est la satisfaction des besoins de la collectivité. Enfin, l'existence d'un mode de gestion particulier destiné à servir aux mieux les besoins révèle également l'aspect public de l'activité.

De nouveaux développements sur la définition du service public et des services publics locaux sont à attendre du décret-législatif n°80 du 31 mars 1998²⁵⁶. L'article 33 confie en effet toute la compétence relative aux affaires traitant de services publics aux juges administratifs sans, là encore, ne fournir de définition. Le travail de définition devient donc du ressort des juges²⁵⁷. Or nous avons vu en France que la doctrine est insatisfaite de la définition pragmatique dégagée par la jurisprudence et qui se fonde sur des critères d'identification. En Italie une telle opération serait néanmoins utile car la notion est pour l'instant confinée à des secteurs particuliers.

En définitive la mesure portant sur les services publics ayant la portée la plus grande est l'article 43 de la Constitution. Le service public est défini avant tout comme l'objet d'une entreprise. L'approche italienne du service public est donc imprégnée de science économique²⁵⁸ même si les services à but non lucratifs, les services sociaux trouvent aussi reconnaissance dans des normes sectorielles. « *Il n'y a pas dans l'ordre juridique italien une notion juridique de service public* », c'est une notion « économique », dont ni le contenu ni le régime ne sont « unitaires » ; c'est la notion de « *funzione pubblica* » qui exprime l'activité juridique de l'Etat²⁵⁹.

La notion de service public local n'a pas de conséquence en tant que telle sur l'ordre juridique italien dans son ensemble. Elle entraîne néanmoins l'application d'un régime particulier pour les activités locales qu'elle vise. En France c'est la notion plus générale de « service public » qui a des conséquences juridiques sur les services locaux en termes de droit applicable et juge compétent. Dès lors tout impact communautaire sur la notion de service public affecte

²⁵⁶ Decreto legislativo du 31 mars 1998, n°80 : nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n° 59, G.U. 08.04.1998 N.82 Suppl. Ord.

²⁵⁷ Cf. *Infra*

²⁵⁸ Car l'entrepreneur en Italie est celui qui « exerce professionnellement une activité économique organisée à des fins de production ou d'échange de biens ou de services ». (art.2082 Code civil italien)

²⁵⁹ Gérard MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p 378.

directement en France les services publics locaux.

§ 2 – Portée de la notion de service public local

La portée de la notion de service public local en France et en Italie diffère. En France elle est très importante même si elle est parfois contestée. Les longues discussions françaises sur la définition du service public sont à la fois la cause et la conséquence de sa signification juridique et politique. C'est cependant le « service public » dans son ensemble qui est visé et non le « service public local » qui renvoie simplement à l'acteur responsable d'organiser le service. De fait le législateur français contrairement à son homologue italien n'a jamais défini de régime général propre à tous les services publics locaux. Cependant certaines normes sectorielles ou certaines mesures propres aux collectivités locales ne commandent que les services publics locaux et non les services publics nationaux. C'est le cas par exemple pour les aides publiques locales (art. 1511-1 CGCT). En ce sens, l'identification du service public local a son importance. En Italie la notion de service public local implique en soi un régime particulier et donc possède une portée juridique certaine. Celle-ci se limite cependant aux activités prises en charge par les collectivités locales. Plus généralement la notion de service public est secondaire bien qu'elle connaisse un certain renouveau. Dans les deux Etats, deux aspects sont à observer, la portée idéologique et la portée juridique de ces concepts.

A - Le service public, concept essentiel du droit français

La notion de service public remplit trois fonctions dans le droit public français : elle détermine le régime applicable, le juge compétent et porte en elle, pour ses plus ardents promoteurs, une certaine conception de l'Etat.

1. LA PORTEE JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC

Comme nous l'avons vu, l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits invite à appliquer aux activités de service public, un régime spécial de droit administratif. Il établit de plus le lien entre ce droit et la

compétence du juge administratif.

Avec le critère du « service public », la distinction traditionnelle entre actes de gestion et actes d'autorité est abandonnée. Deux courants se forment alors. L'un d'eux baptisé par le doyen HAURIOU « l'Ecole du service public » est dirigé par Léon DUGUIT, doyen de la faculté de droit de Bordeaux. Il rassemble entre autres Gaston JEZE, André de LABAUDERRE, Louis ROLLAND. L'autre courant défend le critère de la puissance publique et est nommé par opposition au premier, l'Ecole de la puissance publique. Il est mené par le doyen de la faculté de droit de Toulouse, Maurice HAURIOU.

Pour l'Ecole du service public, la disparition des anciens critères de juridiction n'est que légitime puisque dans les deux cas, la collectivité publique agit dans un but d'intérêt général et donc doit relever d'un régime spécial unique à savoir le droit administratif. Cependant l'autre pan de la doctrine attaché au critère de la puissance publique pour l'application du droit administratif, ne partage pas cette vision. Pour ces derniers, ce critère précède celui de service public. Ils mettent notamment en cause l'interprétation faite de l'arrêt *Blanco*. De fait, ce courant s'est développé dans un Etat autoritaire où le droit administratif servait essentiellement à assujettir les citoyens tout en attribuant à l'Etat à un large éventail de prérogatives pour affirmer son pouvoir.

Mais la notion de service public a l'avantage d'étendre le champ du droit administratif ainsi que le champ d'action des juridictions administratives. La tendance était alors inverse. Avec le critère d'actes d'autorité, seul un nombre limité d'agissements de l'administration, ceux liés à l'exercice de la souveraineté première de l'Etat (défense, police, justice), étaient placés sous le contrôle du juge administratif. Les tribunaux judiciaires concentraient donc la plupart des litiges. Dans ce contexte, le critère de service public, assez vague pour être vaste, redonne de la substance à cet ordre administratif créé en 1790²⁶⁰ et qui n'a pas encore vraiment connu sa gloire judiciaire.

Ceci explique son succès auprès des juges administratifs. Ils ont pu de cette manière assoir leur pouvoir et élargir leurs compétences. Ainsi l'arrêt *Blanco* concerne une affaire mettant en cause la

²⁶⁰ Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790.

responsabilité de l'Etat mais rapidement le critère du service public fut étendu à d'autres personnes publiques, telles que les collectivités locales²⁶¹. La catégorie des contrats administratifs s'en trouve élargie. Les contrats des autorités publiques passèrent dès lors du statut de contrat civil à celui de contrat administratif lorsqu'ils ont pour objet l'exécution d'un service public²⁶².

L'extension de la compétence du juge administratif est également due à une interprétation généreuse de l'intérêt à agir des requérants. A cet égard, l'arrêt majeur est la décision *Croix-de-Seguey-Tivoli* de 1906. A l'origine de cette affaire se trouvait une plainte d'une association de contribuables menée par Léon Duguit lui-même. La compagnie des tramways de Bordeaux avait supprimé la ligne couvrant la zone de Tivoli. Les contribuables souhaitaient le rétablissement de la ligne. La question présentée aux juges était de savoir si les usagers d'un service public pouvaient contester au moyen du recours pour excès de pouvoir (REP), l'application d'une mesure réglementaire. Le Conseil d'Etat répondit par l'affirmative et permit ainsi aux intérêts collectifs d'être présentés devant sa juridiction. Il obtenait ainsi également un élargissement de sa compétence à travers l'extension de la recevabilité du REP²⁶³.

Du côté des défenseurs du critère de la puissance publique, les auteurs ne nient pas l'importance du service public dans la détermination du droit applicable et du juge compétent. Cependant ils refusent d'y voir un critère absolu²⁶⁴.

Le Conseil d'Etat a ainsi ramené très rapidement un grand nombre de litiges sous la coupe de la juridiction administrative. Fort de cette extension de son contrôle, il n'est pas étonnant qu'il admette la compétence des juges judiciaires lorsqu'il est saisi d'un litige qu'il considère relever

²⁶¹ Dans leurs relations à leurs agents ou pour engager leur responsabilité extra-contractuelle, respectivement, CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec.1148, concl. Jagerschmidt, S 1892.3.17, note Hauriou et TC, 29 février 1908, *Feutry*, Rec.208, concl. Teissier, S 1908.3.97.

²⁶² CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec.193, concl. Pichat, RDP 1910.249, note Jèze, S 1911.3.17, note Hauriou

²⁶³ Auparavant le recours d'un contribuable contre une décision administrative ayant des répercussions financières sur les finances de sa commune avait déjà été admise.

²⁶⁴ Jacques CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF 1979, p 7.

du droit commun²⁶⁵. Mais paradoxalement, ce faisant il revigore le critère de puissance publique puisque c'est dans les cas où l'administration agit comme une entreprise privée, c'est-à-dire comme un particulier privé de prérogatives de puissance publique, qu'il se dessaisit des affaires. Ainsi dans l'affaire, *Société des granits porphyroïques des Vosges* en 1912, le Commissaire du gouvernement Blum convainc le Conseil d'Etat de revenir à une distinction entre gestion publique et gestion privée. Dans cette affaire, un marché avait été conclu entre la ville de Lille et la Société des granits porphyroïques des Vosges, pour la fourniture et la livraison de pavés. La Société contestait les pénalités imposées par la Ville pour cause de retard dans la livraison. Le juge administratif estima cependant que le litige ne relevait pas de sa juridiction car le marché ne portait pas sur des travaux et mettait en cause une activité ayant « *pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers* ».

Dans cette démarche, la jurisprudence administrative s'est donc peu à peu détachée d'une partie de la doctrine qui de son côté s'attachait à une notion englobante de service public impliquant l'application du droit administratif et la compétence du juge administratif systématiquement.

Cette divergence s'explique par la différence d'approche entre les juges et la doctrine. Pour les premiers, la notion de service public désigne avant tout un type d'intervention de l'administration et à ce titre a des conséquences juridiques qui vont permettre de la reconnaître. Pour les seconds, elle est une théorie de l'Etat, qui relève plus de la science politique que du droit et qui s'accommode mal de la pratique juridique.

Le contentieux des services publics locaux est donc selon la nature de SPA ou de SPIC de l'activité en cause, soumis au contrôle du juge administratif ou du juge judiciaire²⁶⁶.

2. LA PORTEE IDEOLOGIQUE DU SERVICE PUBLIC

Le service public a donc été précédé historiquement par la notion de puissance publique qui

²⁶⁵ Cf. paragraphe sur les SPIC p 110

²⁶⁶ Hormis les litiges liés au comptable public et au directeur de l'établissement public.

servait l'Etat autoritaire du XIXème siècle. Cependant à la fin de ce siècle, le développement du libéralisme politique et l'émergence des pouvoirs locaux qui diluent le rôle de l'Etat, changent les mentalités. Le droit administratif apparaît alors comme un moyen de contenir l'Etat. Dès lors la doctrine se scinde entre partisans de la puissance publique comme notion fondamentale du droit administratif et les promoteurs du service public.

Léon DUGUIT, qui est le chef de file de ces derniers, a élaborée au tournant du siècle une théorie de l'Etat qu'il veut réaliste. Son idée majeure est que le droit gît en dehors de l'Etat. A ce titre, ce dernier possède des droits et des devoirs que lui confère la loi, laquelle résulte d'une notion sociologique, la solidarité sociale. Le droit est en fait un phénomène objectif où la règle se forme lorsqu'est atteint un consensus entre les membres de la société afin de sanctionner l'application de cette norme. Dans ce contexte, le service public est un « service d'intérêt collectif qui fonde le lien social ».

L'auteur rejette l'idée de souveraineté de l'Etat et nie la théorie subjectiviste qui lui attribue la personnalité juridique ainsi que des droits subjectifs lesquels se traduisent par l'exercice de prérogatives de puissance publique. La puissance publique ne serait qu'une fiction servant à légitimer l'action de gouvernants. Pour DUGUIT, « *ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont pas un droit subjectif de puissance publique; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics et à contrôler le fonctionnement* »²⁶⁷. L'Etat ne dispose de prérogatives spéciales que dans le but d'assurer le maintien de la solidarité sociale, en satisfaisant les besoins de la collectivité. Il n'est rien sinon « *une coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernants* »²⁶⁸. Le droit administratif encadre ces actions.

L'approche de DUGUIT relève donc avant tout de la philosophie politique et de la sociologie. Il propose une nouvelle vision de l'Etat, objective ou réaliste qui se fonde sur l'observation sociologique. L'idée de gouvernants dominateurs dont le pouvoir émanerait d'une source métaphysique est définitivement éradiquée. La nature du droit public s'en trouve transformée.

²⁶⁷ Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

²⁶⁸ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.1 Théorie générale de l'Etat, Paris, Fontemoing, 1911, p. 98-99.

Cependant DUGUIT ne fournit pas d'éléments pour apprécier ce en quoi consiste la solidarité sociale et les normes qu'elle produit. Celle-ci serait spontanée, ce qui finalement redonne une grande marge d'appréciation à ceux censé l'apprécier et la servir, à savoir les gouvernants. Leur légitimité pourrait même apparaître renforcée. Ainsi il est difficile d'appréhender juridiquement la théorie du guiste. Il ne crée pas de concept juridique et de fait la notion paraît « *insaisissable en droit* »²⁶⁹. Ce sont d'autres juristes comme Gaston JEZE qui essaieront de donner une substance juridique à la notion de service public, en insistant notamment sur l'élément organique de sa définition. Cependant comme nous l'avons vu, le Conseil d'Etat ne suit pas cette voie et par ses décisions remet largement en cause les théories de l'Ecole de Bordeaux, tout en empêchant de définir solidement le service public.

Cependant la référence au service public est pérenne.

La catégorie des services publics constitutionnels²⁷⁰ est une illustration de la portée qu'a eue sur le système français la théorie du guiste. La notion se trouve là concrétisée juridiquement par une mention au niveau le plus haut de la hiérarchie des normes internes.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat en fait encore usage et a fondé sur sa base, un certain nombre de catégories juridiques du droit administratif. Ainsi la qualification d'agent public²⁷¹, de travaux publics²⁷², de contrat administratif²⁷³, de domaine public²⁷⁴ passent par l'identification d'une activité de service public. Il apparaît donc que si les juges administratifs n'ont pas été sensibles à la théorie globalisante qui entourait le développement de la notion de service public, du moins ont-ils usé du flou entourant sa définition pour asseoir leurs compétences sans jamais s'interdire pour autant de se référer au critère de la puissance publique pour identifier un service public et appliquer le droit administratif.

²⁶⁹ Anne-Elisabeth VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004. p 9

²⁷⁰ Cf supra p 112.

²⁷¹ CE, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Rec.342.

²⁷² TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. 617.

²⁷³ CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin contre Consorts Grimouard*, Rec.610.

²⁷⁴ CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, Rec.374.

B - Le service public, concept secondaire du droit italien

De nature avant tout économique, la notion de service public a eu une portée limitée en droit public italien. Par ailleurs, elle varie d'un secteur à l'autre et il semble plus juste de parler des services publics en droit italien plutôt que du service public. Cette notion semble cependant revigorée à la suite de l'intervention du législateur en matière juridictionnelle.

1. LA PORTEE JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC

En France, la portée juridique de la notion de service public consiste essentiellement en l'application du droit public et la conséquente compétence des juges de l'ordre administratif. Il n'existe pas de telle logique en droit italien.

Le système juridictionnel italien connaît un ordre judiciaire et un ordre administratif. Dans un premier temps, tout comme en France, la division des compétences se fait sur la base des actes de gestion et des actes de puissance publique. Ensuite la distinction entre les règles concernant des rapports juridiques puis les règles concernant l'action administrative prévalut²⁷⁵. Cependant à la fin du dix-neuvième siècle, le législateur italien penche pour le modèle de l'unité de juridiction et envisage de supprimer l'ordre administratif. Ainsi la loi n°2248, annexe E du 20 mars 1865 confie aux tribunaux judiciaires toutes les questions relatives aux droits subjectifs c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives reconnues par le droit objectif dont une personne peut se prévaloir sur une chose ou une personne. Cependant le juge judiciaire n'a pas le pouvoir d'annuler les actes administratifs illégaux, il peut seulement les écarter. Dès lors, une grande partie du contentieux des activités administratives est soustraite à tout contrôle juridictionnel.

Pour combler cette lacune, une nouvelle loi est adoptée en 1889²⁷⁶ qui crée la quatrième Section

²⁷⁵ Paolo SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p 270.

²⁷⁶ Loi n°592 du 31 mars 1889 istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato

du Conseil d'Etat laquelle est compétente pour annuler les actes administratifs affectés de vices d'incompétence, de violation des règles de droit et d'excès de pouvoir. Le juge administratif italien est donc compétent pour opérer un contrôle objectif sur les actes et ne connaît pas des situations juridiques particulières (au contraire du juge français). La doctrine souligna cependant que ce travail d'annulation des actes illégaux contribuait directement à la garantie de l'intérêt général et par là même aux intérêts des individus. Deux catégories furent donc dégagées : la catégorie des droits subjectifs protégés par le juge judiciaire et la catégorie des intérêts légitimes sous le contrôle du juge administratif. En pratique ce dernier eut à connaître de « *toute contestation portant sur le mauvais exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'administration publique* »²⁷⁷.

Dans ce cadre, le critère déterminant pour l'application du droit public est celui de la puissance publique. Si un service public implique des prérogatives de puissance publique alors il relève de la compétence du juge administratif car celui-ci est compétent pour les actes de puissance publique. Finalement, la distinction opérée par le droit pénal entre fonction publique et service public se retrouve de manière informelle pour répartir les litiges entre les deux ordres de juridiction. Le service public peut être part de la fonction publique quand des pouvoirs de la puissance publique sont utilisés et ainsi être couvert par la juridiction du juge administratif ou bien être qualifié de service public et relevé des tribunaux judiciaires. Le service apparaît alors comme l'intervention de l'Etat dans des secteurs économiques ou productifs sans exercice de prérogatives de puissance publique²⁷⁸. Dans cette perspective, la notion apparaît plus économique que juridique.

Par la suite plusieurs normes ont modifié la répartition des matières entre les deux ordres de juridiction. Le juge administratif a bénéficié du transfert de bloc de compétences²⁷⁹ c'est-à-dire du contentieux exclusif sur certaines matières où il connaît des intérêts légitimes et des droits subjectifs.

²⁷⁷ Paolo SABBIONI, Op. Cité, p271

²⁷⁸ Renato ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, Giuffrè, 1956, pag. 37 ss.

²⁷⁹ Transfert autorisé par le décret-législatif n°2840 du 30 décembre 1923.

La loi n°1034 du 6 décembre 1971 en instituant les Tribunaux administratifs de première instance dans les régions leur a conféré la compétence exclusive sur les recours contre les actes visant les concessions de biens et de services publics sous réserve de la compétence judiciaire pour les litiges concernant les indemnités, les redevances et les autres rémunérations.

De même, la loi n° 481 de 1995 réserve à la juridiction administrative, les recours contre les actes des organismes indépendants de régulation des services publics. Une grande partie du contentieux du service public a donc peu à peu été confiée au juge administratif.

Le législateur est allé plus loin encore avec le décret législatif n°80 du 30 mars 1998. Véritable arrêt *Blanco* de la législation italienne, l'article 33 de ce décret-législatif établit l'exclusivité de juridiction du juge administratif pour les recours « *en matière de services publics, y compris ceux afférents à la surveillance du crédit, aux assurances et au marché immobilier, aux services pharmaceutiques, aux transports, aux télécommunications et aux services inclus dans la loi du 14 novembre 1995, n°481*²⁸⁰ ».

Cet article est une petite révolution qui redimensionne la portée de la notion de service public en droit italien. Désormais le service public apparaît synonyme de droit public et de compétence du juge administratif, tout comme il le fut en France au début du siècle. Comme nous l'avons vu, dans les faits, les litiges sur les services publics relevaient déjà la plupart du temps de juge administratif et du droit administratif. Cependant avec cette norme, le concept acquiert un caractère unitaire. Désormais la question de la définition du service public apparaît fondamentale ; or le décret-législatif est muet sur ce point (hormis pour les services explicitement mentionnés).

Ce sont dès lors les juges, les premiers intéressés et confrontés à ce problème. La Cour de

²⁸⁰ La loi n°481 du 15 novembre 1995 porte sur les normes organisant la concurrence et la régulation des services d'utilité publique. Elle institue également l'Autorité de régulation des services d'utilité publique. Cette norme fait donc émerger une nouvelle expression en référence aux services publics. Cette expression est inspirée par la science économique et se réfère aux services en réseau dont l'activité est régulée directement par une autorité publique qui garantit l'intérêt public. La loi concerne essentiellement les services d'électricité, de gaz et de télécommunications.

cassation et le Conseil d'Etat retinrent des approches différentes, la première ayant une interprétation restrictive de la notion de service public alors que le second en a une vision plus ample. Ce dernier en effet, libre de déterminer l'étendue de sa compétence, accueille tout litige fondé sur une action des personnes publiques dans le cadre d'un service public²⁸¹. La Cour de cassation exclut quant à elle la qualification de service public lorsque la personne publique responsable du service n'a qu'un pouvoir de simple contrôle, de vigilance ou d'autorisation. Pour qu'il y ait service public, le prestataire public ou privé, doit être lié aux pouvoirs publics et soumis à un régime dérogatoire au droit commun²⁸². Puis, un courant jurisprudentiel étendit la compétence du juge administratif aux conflits entre prestataire du service et usager, lorsque le premier était une personne publique. Cette situation apparut comme une interprétation abusive pour certains commentateurs et pour la Cour de cassation²⁸³. Face à ces positions divergentes, il était difficile de trancher. Une décision de 2004 de la Cour constitutionnelle a permis de trancher entre ces deux positions.

La Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi n°80 de 1998²⁸⁴. Ce fut pour elle l'occasion de revenir sur la définition du service public. Cependant elle n'a pas abordé directement la question mais néanmoins elle censura les deux premiers paragraphes de l'article 33. Le litige portait sur la constitutionnalité de l'article 33 au regard de l'article 103 CI qui dispose que « *Le Conseil d'État et les autres organes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection à l'encontre de l'administration publique des intérêts légitimes et également, dans des matières particulières déterminées par la loi, des droits subjectifs* ». Or pour la Cour cet article ne donne pas une entière discrétion au législateur pour définir la compétence de la juridiction administrative. Il peut seulement lui attribuer quelques « matières particulières ». Le critère des intérêts légitimes et des droits subjectifs demeurent la division fondamentale, et une attribution par matière telle que l'a faite le législateur avec la notion de service public, doit rester exceptionnelle et toujours liée à la

²⁸¹ Consiglio di Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in Foro it., 2000, I, 365.

²⁸² Corte di Cassazione, sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032, in Foro it., 2002, I, 1842,

²⁸³ Leopoldo COEN, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, Forum di Quaderni costituzionali, <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/14/46/>, p 1 et 2.

²⁸⁴ Corte costituzionale, Sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

protection des intérêts légitimes. Dans ce cadre, la simple présence d'une personne publique ou d'un intérêt public ne sont pas suffisants pour justifier une attribution à la juridiction administrative.

En effet, les juges constitutionnels ont décidé que la compétence du juge administratif en matière de service public devait être limitée aux activités qui impliquaient l'usage des pouvoirs discrétionnaires de puissance publique. Elle réaffirme donc l'ancien critère de juridiction de la puissance publique/fonction publique et vient freiner l'expansion opérée par le juge administratif. Tout comme en droit français donc, l'usage du critère unique du service public n'a pas été probant et il a été nécessaire de le combiner avec le critère traditionnel de puissance publique.

Finalement, le nouvel article 33 du décret-législatif n°80 de 1998 a été censuré en partie et sa nouvelle version dispose que le juge administratif est compétent pour « *les litiges en matière de services publics relatifs à des concessions de services publics, à l'exception de ceux concernant les indemnités, les redevances et autres paiements, ou relatifs aux procédures adoptées par l'administration publique ou par le gestionnaire d'un service public dans l'une des procédures administratives de la loi du 7 août 1990, n.241, ou encore relatifs à la délégation d'un service public, et à la surveillance et au contrôle sur le gestionnaire, ainsi que ceux afférents à la surveillance du crédit, sur les assurances et sur le marché mobilier, au service pharmaceutique, aux transports, aux télécommunications et aux services inclus dans la loi du 14 novembre 1995, n°481* »²⁸⁵. Concrètement cela signifie pour les services publics locaux italiens que comme en France, le contentieux est partagé entre les deux ordres de juridiction. Il est a priori sous le contrôle du juge administratif mais de nombreuses exceptions inscrites par la Cour constitutionnelle à l'article 33 modifié du décret-législatif n°80 de 1998, réduisent la portée du principe (selon le secteur concerné et l'objet du litige). Tous les aspects contractuels ou commerciaux du service demeurent dans les mains du juge judiciaire. La compétence et le droit applicable doivent donc être déterminés au cas par cas.

²⁸⁵ Corte costituzionale, Sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

2. LA PORTEE IDEOLOGIQUE DU SERVICE PUBLIC

En Italie, la notion de service public n'a qu'une portée secondaire en matière juridique. Certains n'y voient d'ailleurs qu'une notion économique²⁸⁶. La multitude de références légales, son manque d'unité, les hésitations de la doctrine font qu'elle n'a jamais eu une quelconque portée idéologique.

En particulier, elle ne fonde aucune théorie de l'Etat. La théorie de la souveraineté de l'Etat a supporté toute la construction du droit public italien. L'Etat y trouve la justification de sa personnalité juridique ainsi que de sa puissance. Le postulat est donc exactement celui que DUGUIT contestait. La seule limite à la puissance publique est dans ce cadre, la réalisation des buts de l'Etat qui consistent justement à maintenir le droit dans les sphères publique et privée. Les buts sociaux ne sont dans ce contexte que des objectifs secondaires et ce sont les buts juridiques, et en particulier le maintien de la légalité, qui priment.

Quelques auteurs estiment néanmoins que le service public a eu un certain rôle idéologique tout en soulignant son caractère mineur en comparaison avec la portée du concept en France. Pour certains²⁸⁷, la légitimation des pouvoirs publics est peu à peu passé de la fonction de régulation juridique à celle de prestation. Pour SAGGI, « *l'Etat italien du dix-neuvième siècle tente en effet de distraire l'attention de son aspect autoritaire* »²⁸⁸ et les pouvoirs publics s'affichent comme étant obligés de satisfaire les besoins de la population. Ce sont seulement les transformations provoquées par l'intégration du droit communautaire, notamment la multiplication des services publics fournis par des personnes privées qui ont déplacé le débat à la question de l'efficacité du marché à servir des fins sociales.

Cependant la majeure partie de la doctrine ne lui reconnaît pas ce rôle et ne l'évoque même pas. C'est dans une perspective comparative que les auteurs s'y réfèrent. De fait le service public est

²⁸⁶ Paolo SABBIONI, Gérard MARCOU, op. Cité.

²⁸⁷ Domenico STORACE, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna : Il Mulino, 2000, p 108.

²⁸⁸ Cf. p 403.

né comme local au début du vingtième siècle, ce qui peut être en a limité la portée idéologique. L'Etat encore récent devait affirmer ses pouvoirs et son autorité. Le service public n'est donc apparu que comme une des manifestations des activités de prestation des personnes publiques. Dans ce cadre, le service public « *n'a aucune fonction de légitimation de l'Etat* »²⁸⁹ et demeure au vu des diverses normes qui le mentionnent, une notion descriptive et à caractère économique.

La notion de service public local a néanmoins son importance. Chaque nouveau gouvernement se penche en effet sur la réforme de ces services. L'étude de leur régime en est une bonne démonstration.

Conclusion sur la section

La notion de « service public local » existe en droit italien et a eu un impact sur le développement de la notion de « service public ». En France, seule cette dernière expression a véritablement été consacrée par les juges et le législateur. Elle connut un grand succès doctrinal et judiciaire avec des conséquences majeures sur l'ordre juridique en général. En Italie, au contraire, les services publics locaux n'ont d'existence que dans ce champ d'action. Dans les deux Etats, la notion de service public couvre différentes formes d'activités, certaines à but social, d'autres commerciales, des services réseau ou à la personne. Mais alors qu'en France le service public englobe toutes ces réalités, en Italie, une terminologie particulière désigne chaque phénomène. Quant à la portée de la notion, en France, elle fut d'abord très importante au début du vingtième siècle avant de céder quelque peu de nouveau devant son concept concurrent en droit administratif, la « puissance publique ». En Italie, c'est l'inverse qui s'est produit. Le droit communautaire a contribué à revivifier les débats sur le thème des services publics. Enfin au niveau juridictionnel, les compétences du juge administratif en droit français ont eu tendance à se limiter alors qu'en Italie au contraire, il a vu ses pouvoirs s'étendre en ce domaine. Finalement, si les points de départ et l'évolution de la notion étaient très divergents dans un premier temps, il semble que l'appréciation et l'importance de la notion convergent désormais, peut être sous l'influence européenne qui agirait comme un pendule, s'inspirant des droits nationaux et les redistribuant en harmonisant

²⁸⁹ Paolo SABBIONI, op. Cité, p 273.

dans les Etats membres les aspects retenus les plus adéquats.

Pour résumé, les grandes lignes de la notion et de la portée :

	Notion	Portée	Tendance sur la première période
France	Hétérogène (activités commerciales et sociales, nationale/constitutionnelle et locale) et englobante (le même régime de droit administratif et le même juge)	Importante, application du droit administratif, compétence du juge administratif, signification politique voire idéologique	Faible Décroissance Remise en cause de la notion de service public, revalorisation du critère de la puissance publique
Italie	Hétérogène (pénale, locale, constitutionnelle, économique) et sectorielle (le droit applicable selon la loi concernée et le juge des intérêts légitimes ou droits subjectifs)	Limitée au secteur, détermine le régime applicable	Faible Croissance Importance juridictionnelle nouvelle qui promeut la notion, multiplication des termes se référant aux services publics

Section II – Le régime des services publics locaux en France et en Italie

La mise en place des services publics locaux date du début du siècle et à cet égard, le régime juridique qui s'y applique est ancien. Toutefois il évolue continuellement pour s'adapter aux réalités économiques et sociales. Cette évolution s'est faite de manière mesurée jusque dans les années 90, date à laquelle le droit communautaire avec la mise en place du marché commun a pénétré plus largement les ordres juridiques nationaux. Les conséquences de cette intrusion varient d'un Etat à l'autre. Des dynamiques internes sont également à prendre en compte. Quelles sont dès lors ces transformations et dans quelles mesures le droit communautaire en a-t-il été le déclencheur ? En Italie, le régime se caractérise par une très grande stabilité jusque dans les années 90, période à laquelle dans une activité frénétique, le législateur italien opère une véritable révolution dans le régime des services publics locaux. En France au contraire, le juge adapte le cadre normatif aux conjonctures politiques et économiques sans véritable bouleversement dans le régime appliqué.

Nous verrons que comme pour l'émergence de la notion de service public, les bases pour la mise en place de services publics locaux sont tout à fait opposées (§1) et ce qui se traduit dans une certaine mesure, dans l'organisation traditionnelle des services (§2).

§1 – La mise en place des services publics locaux

Il est intéressant de voir qu'exactement à la même époque, au début du vingtième siècle, la France et l'Italie adoptent des approches apparemment opposées pour régler l'intervention des collectivités locales dans les activités économiques. L'autorité qui détermine cet encadrement diffère également. Comme pour la question de la notion du service public, c'est le juge administratif en France et le législateur en Italie qui posent les principes fondateurs du régime.

Ainsi au départ, le juge français a posé le postulat que les collectivités publiques ne peuvent pas faire concurrence à l'initiative privée (1) alors que le législateur italien fournit au contraire aux collectivités locales un blanc-seing pour intervenir dans la sphère économique (2).

A - La liberté du commerce et de l'industrie comme limite à l'intervention publique en France

Dans la limite des compétences qui leurs sont attribuées, les collectivités locales sont en principe libres de créer des services publics²⁹⁰. Dès lors que des besoins collectifs apparaissent les autorités locales peuvent prendre l'initiative de mettre en place un service qui y réponde et déterminent le mode de gestion le plus adapté à les satisfaire²⁹¹. Cependant cette liberté est encadrée lorsque les autorités locales souhaitent agir dans le domaine économique.

En effet, leur intervention est conditionnée par le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe est consacré dans l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 dite « loi d'Allarde » et inspiré par la liberté d'entreprendre inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce principe se situe donc à la cime de la hiérarchie des normes. Le Conseil d'Etat place la liberté du commerce et de l'industrie dans la catégorie des libertés publiques, ce qui lui confère une valeur au moins législative²⁹². Il est d'une importance particulière pour les collectivités locales et est de ce fait mentionné dans la loi de décentralisation du 2 mars 1982 (art. 5, 48 et 66). Cependant il a été également consacré par le Conseil constitutionnel²⁹³. Le principe a donc en droit français une place fondamentale et est dénommé dans le secteur public, « liberté du commerce et de l'industrie », ce qui correspond à la liberté d'entreprendre dans le secteur privé²⁹⁴.

Dans un premier temps, au niveau local, l'application de ce principe a été très sévère pour les collectivités désireuses de créer un service public.

²⁹⁰ Il existe également des services publics obligatoires. Il s'agit en fait des dépenses nécessairement inscrites au budget de la commune. Parmi les dépenses obligatoires, on peut citer : le service d'assainissement des eaux usées, l'entretien de la voirie communale, les services d'hygiène, de santé et de salubrité publiques...(art. L2321-2 CGCT)

²⁹¹ Décision discrétionnaire du conseil élu CE

²⁹² CE Sect., 28 octobre 1960, *de Laboulaye*, Rec. 570.

²⁹³ DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, 132, J.O. 17 janvier 1982.

²⁹⁴ Pour une partie de la doctrine, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie doivent être distinguées. Cf. Jean-François SESTIER, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », paru en 2002 aux *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques Moreau*, *Economica* 2002, p. 404.

Dès 1901 le Conseil d'Etat censure dans l'arrêt *Casanova*, la décision du conseil municipal de rémunérer un médecin pour les besoins de la collectivité, au motif que seules des « *circonstances exceptionnelles* » peuvent autoriser la commune à agir dans ce domaine²⁹⁵. Il faut identifier un besoin de la population pour pouvoir envisager des dépenses budgétaires. Or en l'espèce ce besoin n'est pas caractérisé du fait de la présence sur le terrain communal de deux autres médecins. Avec cette censure, le juge administratif protège l'initiative privée. L'action de la commune sur le marché diminue en effet d'autant, la part des autres intervenants, ce qui heurte leur liberté. Le Conseil d'Etat refuse que les collectivités locales puissent contrecarrer l'activité des personnes privées. Ainsi pendant près de trente ans, la liberté du commerce et de l'industrie se traduit par une quasi interdiction d'intervention dans la sphère économique pour les collectivités locales.

Cette position radicale a cependant été assouplie dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* de 1930. Le principe demeure que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée* » mais les juges tolèrent que les collectivités locales interviennent dans une activité économique lorsque « *en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public* » le justifie²⁹⁶. Le Conseil d'Etat adopte ainsi une position plus clémentine et tolère que les circonstances de l'intervention publique ne soient que « particulières ». La jurisprudence successive clarifie ce point. Les circonstances sont « particulières » lorsque l'initiative privée est insuffisante ou fait défaut. Cette carence est appréciée quantitativement ou qualitativement²⁹⁷. Dans ce cas, il se crée en effet un besoin auquel la collectivité peut répondre par la création d'un service, sans faire concurrence à des entreprises privées.

Présenté comme un assouplissement ou un ajustement à la réalité, cette jurisprudence va cependant s'avérer pour les élus, une véritable autorisation. L'appréciation de la carence ou de l'insuffisance de l'opérateur privé a en fait été très large et permis de développer l'action des

²⁹⁵ Des arrêts ultérieurs reconnaissent le caractère exceptionnel des circonstances en cas de guerre. CE, 28 juin 1918, *Heyriès*. Rec. 651.

²⁹⁶ CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583.

²⁹⁷ Voir par exemple l'affaire du cabinet dentaire de la ville de Nanterre légalement créé car les dentistes privés pratiquaient des tarifs prohibitifs pour les patients. CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. 562.

collectivités locales dans un large éventail d'activités dont la légitimité a pu être discutée²⁹⁸, (création d'un terrain de camping, ouverture d'un cabinet dentaire, théâtre²⁹⁹).

De plus, le juge administratif a finalement parfois admis l'intervention publique, sans que pour autant l'initiative privée ne fasse défaut.

Ainsi plusieurs arrêts admettent la création de services publics qui constituent le prolongement ou le complément naturel d'un service existant, notamment pour assurer l'équilibre financier du service³⁰⁰. Par la suite, la question s'est aussi posée de savoir si les établissements publics pouvaient exercer des activités allant au-delà de l'objet pour lequel elles ont été créées. Dans un avis du 7 juillet 1994 à propos d'EDF-GDF, le Conseil d'Etat réaffirme le principe de spécialité et l'interdiction d'agir au delà de la mission assignée. Toutefois par la théorie du prolongement, il tolère que l'entreprise puisse se livrer à d'autres activités dans la mesure où elles sont à la fois « *d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public* »³⁰¹.

Il existe également des activités industrielles et commerciales éminemment publiques qui justifient que la collectivité intervienne ; par exemple la diffusion commerciale de bases de données juridiques³⁰².

De même lorsque la gestion du service est liée à l'exploitation du domaine public, comme c'est le cas dans les transports collectifs qui utilisent la voie publique, la constitution d'un monopole pour l'exploitation du service est jugée légale alors même que l'initiative privée peut y satisfaire³⁰³.

Les collectivités peuvent également produire les prestations dont elles ont besoin pour leur fonctionnement bien qu'elles fassent ainsi concurrence aux entreprises privées³⁰⁴.

²⁹⁸ René CHAPUS écrit sur ce sujet, avec circonspection, qu' « *on remarquera que la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée font l'objet d'appréciations non exemptes d'un certain raffinement* ».

²⁹⁹ Respectivement, CE Sect. 17 avril 1964 *Commune de Merville-Franceville*, Rec. 231 ; CE, Sect. 20 novembre 1964 *Ville de Nanterre*, Rec. 563 ; CE Sect., 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie*, Rec. 363.

³⁰⁰ CE, 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec. 692. La jurisprudence communautaire admet également la mise en place de services accessoires pour permettre l'équilibre financier global de l'organisme en charge du SIEG: CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

³⁰¹ CE, Sect. Des travaux publics, Avis, 7 juillet 1994, *Diversification des activités d'EDF/GDF*, Grands avis du Conseil d'Etat n° 42.

³⁰² CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, AJDA, 1998, pp. 362-367.

³⁰³ CE. Sect. 2 juin 1972 *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, AJDA, 1972, 647.

³⁰⁴ CE Sect., 20 juin 1930, *Bourrageas et Moullot*, Rec. 659, où les agents d'une commune procèdent eux-mêmes aux travaux d'imprimerie nécessaires au fonctionnement des services. Cette jurisprudence rejoint celle de la Cour de

Apparemment très restrictive dans sa première acception, la liberté du commerce et de l'industrie et la protection de l'activité économique privée qu'elle implique, n'a en réalité pas empêché le développement d'un secteur public très actif dans le domaine économique³⁰⁵. Ce développement a amené le législateur à intervenir dans un certain nombre de domaines, notamment le financement des services et l'attribution des contrats, pour encadrer l'intervention publique.

B - La municipalisation comme réserve d'intervention publique en Italie

La nécessité d'encadrer l'intervention économique des collectivités locales est apparue en Italie en même temps qu'en France, au tout début du vingtième siècle. Il a semblé alors nécessaire de légitimer et de contrôler l'action des collectivités territoriales dans le domaine économique et social.

La première norme adoptée en la matière est la loi n° 103 du 29 mars 1903, intitulée loi sur la prise en charge directe des services publics par les communes, dite loi « Giolitti », loi « Montemartini » ou encore loi sur la « municipalisation ». De fait, la commune est à l'époque la collectivité publique la plus active sur le terrain économique.

La loi entérine un phénomène encouragé par le législateur de prise en charge des services collectifs par la commune suite au constat des effets négatifs provoqués par les monopoles légaux privés (loi n° 561 de 1896 qui oblige les collectivités à attribuer l'exploitation des tramways à des entreprises privées) ou au constat de l'existence d'un monopole naturel (les caractéristiques du service obligeant à confier l'activité en concession à un gestionnaire unique). L'objectif des parlementaires était de briser les monopoles privés car il était impossible pour les autorités publiques de contrôler l'évolution économique du service et par là même de protéger les usagers du service. La municipalisation permet donc à la commune d'assumer la responsabilité du service et d'en organiser la gestion à travers l'un de ses organes, lui permettant ainsi d'avoir un

justice sur les opérations internes ou « in-house ». Les conditions posées par la Cour de justice sont cependant strictes et il convient de procéder à une analyse au cas par cas. Cf. infra partie sur « in-house ».

³⁰⁵ Il est notable que le Conseil d'Etat français a toléré les interventions économiques bien avant toute idée de décentralisation, celle-ci ayant été initiée par la loi du 2 mars 1982. Il paraît donc impossible d'associer décentralisation et intervention publique économique ou à l'inverse centralisation et libre concurrence.

contrôle total sur le service³⁰⁶. Une liste non exhaustive de 19 services mentionne les activités qui doivent être municipalisées si la collectivité décide de les prendre en charge. La loi donne donc compétence au Conseil municipal pour déterminer ce qui est un service public local et ce qui ne l'est pas, accordant ainsi un grand pouvoir discrétionnaire à la collectivité.

La loi «GIOLITTI» fut bien accueillie chez les socialistes qui y voyaient un début de collectivisation des biens mais aussi chez les libéraux hostiles aux monopoles privés. Cette solution a rencontré un tel succès politique qu'après-guerre elle fut consacrée constitutionnellement dans l'article 43 CI³⁰⁷ pour des services d'envergure nationale. En Italie, à la différence de la France, le principe est donc celui d'une réserve de l'intervention publique dans les activités d'intérêt général. Cette approche est répétée au plus haut de la hiérarchie des normes.

Par ailleurs au cœur du système de 1903, la loi prévoit pour la gestion des services publics locaux, un nouvel instrument, l'«azienda speciale» ou «municipalizzate». Cette entité est un organe distinct des services administratifs avec un budget propre qui a une autonomie administrative mais non la personnalité juridique. Les communes ont fait un large usage de cet instrument et son succès ne s'est démenti qu'avec la disparition de cette forme de gestion lors des réformes des années 90.

Les principales mesures de la loi de 1903 ont par la suite été codifiées dans le Texte unique de 1925³⁰⁸ qui pose par ailleurs les modalités du passage de la concession à la gestion directe (indemnisation, transfert des équipements...) ainsi que la possibilité inverse, l'attribution d'un service en concession. Le décret de 1925 étend également la réglementation aux provinces. Ce régime, bien qu'ayant suscité de nombreuses critiques et provoqué des pratiques marginales dans

³⁰⁶ Un autre aspect du débat parlementaire concerne la définition du marché des services publics locaux. En 1903, le législateur ne fait référence qu'aux communes mais dès 1925, les provinces sont aussi mentionnées. Entre temps, il est apparu que le système mis en place en 1903 n'est efficace qu'au niveau des communes de grande ou moyenne taille. Pour les plus petites communes, il est matériellement et financièrement impossible de réaliser les ouvrages et d'exploiter les services. La position de la province a donc été reconsidérée, son territoire étant plus propre à constituer un marché pertinent. cf. Fabio MERUSI, Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza. *Diritto amministrativo*, 2004(1): p. 37-57.

³⁰⁷ Cf. supra p 121

³⁰⁸ Décret-royal n° 2578 du 15 octobre 1925, approbation du texte unique de la loi sur la prise en charge directe des services publics par les communes et les provinces.

les communes comme la constitution de sociétés par actions pour gérer les services, alors que cette possibilité n'était pas encore prévue par la loi, est resté en place jusqu'aux années 1990 date à laquelle les pouvoirs publics ont entamé une profonde réforme de l'Etat.

Le régime des services publics locaux dans les deux Etats est fondé sur un postulat différent. En France, l'Etat est fort et les pouvoirs publics possèdent des prérogatives de puissance publique qu'il convient d'encadrer pour pas qu'elles n'affectent pas l'initiative privée ; en Italie, l'Etat est en construction, il cherche à s'appuyer sur les collectivités locales en leur attribuant plus de pouvoirs tout en les encadrant et ainsi en les contrôlant. Cependant l'évolution du droit et l'influence communautaire vont dès les années quatre-vingt-dix avoir tendance à converger, à travers l'admission en Italie de modes de gestion privés.

§2 – L'organisation traditionnelle des services publics locaux

L'organisation traditionnelle correspond au régime qui a réglementé les services publics locaux du début du siècle au tournant du vingt-et-unième siècle, date à laquelle au niveau communautaire des textes de la Commission et les décisions de la Cour de justice ont étoffé le concept. A partir de cette organisation, il est possible de mesurer les transformations. La stabilité des normes durant cette période ou une partie de celle-ci, permet de dresser un tableau de la façon dont sont organisées ces activités à l'époque. Ce tableau est important dans une perspective communautaire car des éléments de la gestion locale ont inspirés les juges et les institutions dans la définition du droit des services d'intérêt général.

Trois points méritent d'être étudiés en particulier : les modes de gestion (A), le financement du service (B) et les contrats et leur attribution (C). Ce sont sur ces questions que le droit communautaire a le plus d'influence et elles nourrissent une partie de l'activité de la Cour de justice.

A - Les modes de gestion

La France et l'Italie règlent différemment les modalités de gestion qui s'offrent aux collectivités locales. Comme nous l'avons vu, la notion de service public procède en Italie essentiellement du législateur alors qu'en France elle est d'origine prétorienne. Cette différence d'approche se retrouve pour la détermination des modes de gestion à la disposition des collectivités. En Italie, le législateur fixe les modes de gestion que peuvent mettre en œuvre les collectivités. En France sauf rares interventions législatives (par exemple dans la Loi sur l'organisation des transports intérieurs (LOTI), où le législateur rappelle que le service des transports publics peut être géré en régie ou être délégué), les autorités locales usent des formes de gestion traditionnelles typifiées par le juge administratif.

Au delà ou dans le cadre de ces interventions, le choix du mode de gestion par les collectivités locales est en principe discrétionnaire. En France, le juge administratif rappelle régulièrement qu'il s'agit d'une question d'opportunité sur lequel le contrôle juridictionnel ne porte pas³⁰⁹. En Italie l'affirmation constitutionnelle de l'autonomie locale (art. 114 CI) et l'attribution de la compétence des fonctions administratives propres aux collectivités locales (art.118 CI) posent aussi le principe du choix discrétionnaire des autorités locales. Cependant il est notable que la loi encadre ces décisions en proposant une liste limitée de modes de gestion.

Deux voies s'offrent aux collectivités locales en matière de gestion des services publics. La gestion directe au moyen des ressources en personnel, financières, techniques de la commune. La gestion indirecte qui délègue, plus ou moins intensément, à un tiers, personne privée ou publique, la gestion de l'activité. La délégation ne décharge cependant pas les autorités locales de leur compétence.

³⁰⁹ CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec. 137.

1. LA GESTION PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE

En France, la régie directe demeure le mode le plus commun de gestion des services publics locaux. Elle est néanmoins d'usage assez circonscrit dans la mesure où elle concerne les plus petites communes et dans la majeure partie des cas, des services publics administratifs.

Les formes de gestion publique sont la régie, elle-même directe ou indirecte ainsi que la régie personnalisée et la régie intéressée. La régie consiste en l'utilisation des moyens de la collectivité, en personnel et financiers, pour la gestion du service. Dans une régie directe le service ne se distingue pas des autres services administratifs ; dans la régie indirecte, une certaine autonomie financière et administrative est attribuée au service sans pour autant que l'autonomie juridique lui soit conférée. Cette autonomie se traduit notamment par un budget annexe qui doit être équilibré lorsque le service a un caractère industriel ou commercial (art. L.2224-1 et L.2224-2 CGCT). La régie personnalisée (art. L.2221-10 et R.2221-1 CGCT) est une forme plus particulière de gestion indirecte publique. En fait la collectivité crée un établissement public, ayant la personnalité juridique pour gérer une activité d'intérêt général. Il dispose de l'autonomie financière et d'organes de gestion propre mais reste toutefois sous la tutelle administrative et financière de la collectivité qui l'a créé. Il ne peut par ailleurs agir que dans le cadre de la mission qui lui a été assignée (principe de spécialité). Il est également lié par la règle du budget équilibré. Enfin, dans la régie intéressée, la collectivité demeure le prestataire de service mais la gestion interne est confiée à un tiers qui est rémunéré en fonction des résultats de la gestion. Le risque financier qu'il supporte concerne donc l'évolution des charges (économies réalisées) ou de ses propres performances (gains de productivité).

En Italie, la loi Giolitti de 1903 a fixé les modes de gestion que les communes peuvent adopter pour les services qu'elles décident de prendre en charge. Les options mises à la disposition des communes sont au nombre de trois : l'établissement public (« azienda speciale »), la régie directe (« gestione in economia »), la concession. Mais en principe la commune « doit [...] constituer un azienda speciale, distincte de l'administration ordinaire de la commune, avec des budgets et des comptes séparés » (art. 2). Cette figure originale vise à mêler gestion publique et privée. Pour les

services de faible importance, une seule « azienda » peut gérer plusieurs activités. L'« azienda » demeure sous la tutelle de la commune qui l'établit. De fait elle ne dispose pas comme l'établissement public français de la personnalité juridique mais d'une large autonomie. Toutefois un lien étroit est maintenu avec le Conseil municipal. Ainsi le directeur est nommé par les conseillers municipaux suite à un concours public (art. 4) de même que la Commission chargée de fixer le budget de l'azienda (art. 5). Le trésorier communal gère les comptes (séparés) de l'établissement public (art. 8).

La gestion en régie (« in economia ») est réservée aux services de très petite importance et qui n'ont pas un caractère industriel prévalant (art. 16). L'assemblée provinciale ainsi qu'un quart des électeurs locaux peuvent demander l'annulation de la délibération communale qui irait à l'encontre de ces règles et la contraindre à opter pour l'une des formes de gestion mentionnée par la loi ou à conclure un marché. Cette mesure a cependant été supprimée par le arrêté-royal du 30 décembre 1923.

Dans la pratique, les « aziende » se sont révélées assez détachées des collectivités locales dans leur objet politique et ont souvent agi comme de véritables entreprises. Ce phénomène a amené le législateur à une première réforme globale du régime des services publics locaux. Les formes de gestion étant figées dans la norme de 1903, elles n'ont pu s'adapter à leurs propres évolutions, conservant des formes qui ne correspondaient pas à la réalité de leur action. Par ailleurs, la fragmentation de la notion et la division du contentieux des services publics entre les deux ordres de juridiction n'ont pas permis au régime d'évoluer. L'intervention législative de 1990 est donc apparue tout à fait nécessaire, d'autant plus que le cadre communautaire poussait également le système italien à se transformer pour faire plus de place à la concurrence. La loi n° 142 de 1990³¹⁰ apporte des correctifs importants au régime des services publics locaux. Les trois modes de gestion prévus par la loi de 1903 sont maintenus. Cependant la possibilité de gérer les services en régie est strictement limitée³¹¹ aux activités de petite dimension ou ayant des caractéristiques ne leur permettant pas d'être gérées d'une autre manière. Quant à l'« azienda speciale », elle est

³¹⁰ Legge 8 giugno 1990, n. 142. «Ordinamento delle autonomie locali.», G.U. 12 giugno 1990, n. 135, S.O.

³¹¹ Art 22 « a) *in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda* ».

dotée de la personnalité juridique et voit son autonomie renforcée, ce qui consacre le caractère d'entreprise qu'elle avait peu à peu acquis. Elle devient ainsi un véritable établissement public tel qu'ils existent en France. De fait le législateur indique explicitement que les « aziende » ont vocation à gérer des services à caractère économique ou d'entreprise. Enfin la loi crée la figure de l'« institution » pour les services sociaux privés de caractère d'entreprise. Il s'agit d'un organisme instrumental qui dispose de la simple autonomie de gestion et reste donc très étroitement lié à la collectivité locale.

2. LA GESTION PAR UNE PERSONNE PRIVEE

En France, la gestion indirecte impliquant une personne privée est la forme privilégiée de gestion pour les services à caractère industriel ou commercial. La gestion déléguée est dans la très grande majeure partie des cas réglée par un contrat de délégation de service public. Cependant des autorisations ou agréments peuvent aussi confier à un tiers, personne privée, la gestion d'un service public³¹².

Le mode traditionnel de délégation du service est la concession. Elle apparaît dès le dix-neuvième siècle pour les chemins de fer³¹³ et les transports publics locaux et s'est imposée comme la forme la plus prisée de délégation d'activité. Elle permet en effet de satisfaire le libéralisme économique tout en préservant l'influence de la personne publique qui veille sur les besoins d'intérêt général. Elle consiste à confier contractuellement pour une durée déterminée à une personne extérieure librement choisie, l'exécution d'un service, à ses risques. Le concessionnaire peut être amené à réaliser les ouvrages qui permettront l'exploitation du service. Les contrats sont généralement alors d'une durée assez longue. Le concessionnaire se rémunère au moyen des redevances perçues sur les usagers.

Il existe d'autres formes de gestion déléguée.

L'affermage consiste à confier un équipement public à un délégataire, le fermier, qui à la charge de le gérer et de l'exploiter. Les infrastructures restent donc la propriété et sous la responsabilité

³¹² Par exemple, les placements de mineurs délinquants dans des organismes privés, CE, 19 décembre 1969, *Etablissement Delannoy*, Rec. 595.

³¹³ Loi du 11 juin 1842, relative à l'établissement des grandes lignes de chemins de fer.

de la collectivité publique. Le fermier se rémunère sur les tarifs payés par les usagers auxquels il soustrait la somme de la redevance versée à la collectivité pour l'usage de ses biens.

La gérance consiste à confier le fonctionnement du service à un tiers tout en conservant la responsabilité financière puisque le gérant est rémunéré par une somme forfaitaire indépendante des risques d'exploitation, payée par la collectivité.

Enfin, la loi du 2 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales permet aux collectivités territoriales de créer des sociétés à des fins d'intérêt général (art. L 1521-1 CGCT). Il s'agit d'une société anonyme dont le capital est majoritairement détenu par une ou plusieurs personnes publiques (l'Etat, une collectivité territoriale, ou tout autre établissement public). Cette participation majoritaire publique est plafonnée à 85% du capital depuis la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales³¹⁴. Au moins une personne privée doit participer au capital de la SEM, sachant qu'il peut s'agir d'une autre SEM. La collectivité dispose d'au moins un représentant et de la moitié des voix au conseil d'administration.

Les entreprises publiques en général peuvent avoir un statut privé ou public. Ce qui les définit, c'est qu'elle exerce une activité économique sous l'influence dominante de la personne publique qui les contrôle.

En Italie, la concession à une entreprise privée, « *all'industria privata* », est également un mode de gestion indirecte reconnu depuis longtemps (art 27 L n°103 1903, art. 26 arrêté-royal n°2578 du 15 octobre 1925). Elle correspond à la concession du système français. L'attribution du service et le choix du concessionnaire a longtemps eu lieu sans procédure compétitive par une simple négociation bilatérale entre l'opérateur et la collectivité territoriale responsable du service et non après une procédure d'appel d'offres comme le prévoyait pourtant la loi³¹⁵. Lorsque la commune préfère néanmoins concéder le service elle doit alors se réserver dans le contrat de concession la possibilité de reprendre en mains l'activité dans des conditions aussi favorables économiquement

³¹⁴ Loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, JO n° 2 du 3 janvier 2002.

³¹⁵ Décret royal n°1175 de 1931, art. 267 qui intervient suite à la codification de la loi de 1903 en Texte unique sur les municipalisations, décret-royal n°2578 de 1925. L'article 267 prévoyait que les concessions devaient être attribuées suite à un appel d'offres public sauf si « *des circonstances spéciales en rapport à la nature des services* » pouvaient justifier la négociation privée.

que celles prévues par la loi n° 103 (art. 27).

Pour les communes italiennes, si la prise en charge du service relève de leur pouvoir de décision (« *i communi possono assumere* », art. 1 loi n° 103 du 29 mars 1903), le choix du mode de gestion est circonscrit à ceux que le législateur national envisage (« *nei modi stabiliti dalla presente legge* », art. 1 loi n° 103 du 29 mars 1903), soit en régie, à travers un « *azienda speciale* » ou en concession jusqu'en dans les années 90. La réforme organisée par la loi n°142 de 1990 confirme le caractère en principe résiduel de la concession (la faveur ayant été donnée à l'« *azienda speciale* »). En effet l'usage de la concession est réservé à « *des raisons techniques, économiques ou d'opportunité sociale* » (art. 22 § 3 b). Le législateur introduit par ailleurs pour la première fois la possibilité de gestion en société mixte des services publics. Ainsi les services publics peuvent être attribués directement à des « *sociétés par actions ou à responsabilité limitée principalement à capital public local souscrit par l'organisme qui assure le service public ou avec sa participation et, si cela s'avère opportun en raison de la nature ou de l'étendue du territoire couvert par le service, avec la participation de plusieurs opérateurs publics ou privés* ». La portée de cette option est ensuite étendue en 1992³¹⁶ avec la suppression de l'exigence du caractère majoritairement public du capital de la société. Le législateur prévoit alors qu'il faudra faire tenir compte des « *principes de la réglementation communautaire* » dans le choix de l'associé privé. De ce fait en 1996, le caractère minoritaire de la participation publique (minimum 20%) est complété par l'exigence de choisir à travers un appel d'offres, le partenaire privé (décret d'application n°533/ 1996). Dès lors, le modèle de la gestion directe, à travers l'« *azienda speciale* » connaît un net recul. Le droit communautaire et les exigences de concurrence qu'il comporte, conforte le législateur dans la promotion du modèle de la société pour la gestion des services publics locaux, comme meilleur instrument pour agir sur les marchés. De nouvelles réformes interviennent en 1997 notamment sur la base de la loi n°127 de 1997 qui tend à la simplification de l'action administrative et des procédures de décision et de contrôle³¹⁷. Elles sont motivées par un nombre insuffisant de passage d'« *azienda* » à la forme de société. Ces mesures

³¹⁶ Loi du 23 décembre 1992 n°498/1992 « *Interventi urgenti in materia di finanza pubblica* ».

³¹⁷ Loi du 15 mai 1997, n. 127, « *Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo* », G.U. n. 113 del 17 maggio 1997.

facilitent encore le passage de l' « *azienda speciale* » à la forme sociétaire puisqu'un simple acte unilatéral permet cette transformation et la collectivité locale demeure actionnaire unique pour deux ans (art.17, alinéa 51, loi n°127/97). En dépit de ces initiatives, en pratique les « *aziende speciali* » n'ont pas disparu. Dans ce contexte, la nouvelle norme encourage la transformation des « *aziende speciali* » en société par actions. Ainsi la collectivité locale qui gère l'*azienda* peut par un simple acte unilatéral transformer celle-ci en société par actions dont elle peut devenir l'actionnaire unique pour une période de deux ans si elle le souhaite. Cette procédure simplifiée de transformation des « *azienda* » signe la fin du principe de l' « *azienda* » au profit de celui de la société, du moins pour les services à caractère économique.

En définitive la loi de 1990 prend acte des réalités et légalise des situations déjà établies. Elle introduit des éléments nouveaux, importants pour la réflexion sur les services publics en général. Tout d'abord, la création de sociétés par action est une petite révolution puisqu'elle autorise la collectivité à agir sous forme privée et admet donc que les services publics locaux puissent relever du secteur privé. La conception organique du service public est ainsi remise en cause. Ensuite elle admet et introduit une distinction entre services économiques et services non économiques. C'est la première fois que le droit italien la reconnaît. A chaque catégorie, des formes spécialisées de gestion sont associées avec pour les services sociaux des modes d'organisation qui restent dans le giron de la collectivité. Cette tendance se retrouve en droit communautaire.

Par ailleurs, l'approche législative italienne laisse peu de marge à l'autonomie des communes. Si cet encadrement est explicable dans le contexte du début du siècle, lorsque l'Etat cherchait à bâtir son unité, elle apparaît obsolète après l'adoption de la Constitution italienne de 1947 et a fortiori après la réforme de 2000, qui consacrent l'autonomie locale (art. 5 et 114 CI). En France, le législateur est resté neutre et a laissé toute autonomie quant à la forme de la gestion des services. En revanche, il encadre strictement le financement des services.

B – Le financement des services publics locaux

En France comme en Italie, le financement des services est assuré par les ressources de la collectivité à travers son budget et par les revenus du service qui consistent essentiellement dans le prix acquitté par les usagers.

Cependant le financement se trouve réglementé et conditionné par quelques règles budgétaires.

Ainsi en France, les collectivités territoriales sont obligées de prévoir dans leur budget une somme qui permettra de mettre en place un service public dans un domaine particulier. Ces services sont donc des services publics obligatoires. Cette catégorie comprend 32 types de dépenses et notamment le service de collecte et d'élimination des déchets, l'assainissement des eaux usées, la salubrité publique (art. L 2321-2 CGCT).

Sous réserve du principe de la liberté du commerce et de l'industrie³¹⁸ et des règles d'aménagement du territoire, la loi du 2 mars 1982 (art. 5, 48 66) a organisé la possibilité pour les collectivités territoriales d'intervenir en matière économique et sociale. Elles peuvent accorder des aides directes (primes à la création d'entreprises, bonifications d'intérêts, prêts ou avances à des conditions favorables) ou indirectes (garantie d'emprunts et cautionnements, vente ou location dans des conditions favorables d'immeubles) (art. L 1511-1 & s CGCT).

Ces aides peuvent être accordées pour trois motifs:

- pour le développement économique, la région a alors une compétence générale et les autres collectivités agissent à titre complémentaire,
- pour le maintien de services en milieu rural,
- pour aider des entreprises en difficulté.

Le caractère particulier des SPIC a amené le législateur à encadrer leur financement plus

³¹⁸ CE Sect., 15 octobre 1965, *Cie l'Abeille*, Rec. 516 ; TA Grenoble, 27 janvier 1988, *Ruphy*, JCP 1989, II, 21265, sur l'annulation d'une garantie d'emprunt accordée par la commune à une société en vue d'opérations hôtelière. Dans l'arrêt *Casanova*, le juge a justement affaire à une aide publique qui soutient l'activité privée. En 1901, le juge est formel cela est interdit sauf en cas de « *circonstances exceptionnelles* ». C.E., 29 mars 1901, *Casanova*. Rec. 333.

sévèrement que pour les services publics administratifs. Les assemblées locales en intervenant en matière économique engagent financièrement la collectivité. Ainsi l'article L.2224-1 du CGCT dispose que le budget des SPIC doit être équilibré en recettes et en dépenses. De plus, le second paragraphe interdit que les communes prennent en charge sur leur budget propre les dépenses de ces services sauf « *Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement* » (art.L 2224-2 CGCT). La loi autorise donc la commune à financer un service sur lequel sont grevées des obligations de service public. Elle tient également compte des obligations tarifaires puisque la norme prévoit deux autres exceptions, en cas d'investissements lourds qui pourraient augmenter les tarifs ou suite à la suppression de la prise en charge communale après une période de réglementation des prix. La décision de prendre en charge les coûts du service doit être motivée et inclure les règles de calcul et modalités de versement des dépenses, ainsi que l'exercice auquel elle se rapporte. Un certain nombre de circulaires ont été adoptées par le Ministère de l'économie et du budget pour mettre à jour les collectivités locales sur leurs obligations liées au droit communautaire et national, concernant les aides locales aux entreprises en charge d'un service public.

En Italie, deux des trois formes de gestion à la disposition des communes pour gérer les services, sont directs. Dès lors, pour la gestion en régie et l'« azienda speciale », c'est la commune qui finance sur son budget propre le service. Dans le cas de l'« azienda », les bénéfices sont dévolus à l'amélioration et au développement du service et servent aussi à réduire les tarifs des services. Ensuite selon les secteurs (transports, eau, déchets) des modalités particulières ont été fixées par les différentes normes. Il faut donc se reporter à ces disciplines pour savoir quelles sont les règles financières en vigueur.

L'élaboration des contrats doit aussi permettre une étude précise des coûts du service en fonction des standards de qualité fixés. La politique tarifaire doit assurer que les coûts de l'activité sont couverts par les revenus du service.

C - Les contrats locaux et leur attribution

Les collectivités locales délèguent en principe les services au moyen d'un contrat qui détermine le cahier des charges définissant les obligations de l'opérateur, le mode de financement du service, la rémunération du délégataire et la prise de risques financiers. Les autorités publiques ont longtemps eu la plus grande discrétion pour sélectionner leur cocontractant. Cela faisait partie de leur liberté de définir des politiques publiques locales. Cependant des abus ont été constatés (aides publiques injustifiées ou excessives, corruption ou favoritisme, ...). A ces phénomènes s'ajouta la crise des finances publiques, ce qui amena les pouvoirs publics à édicter des normes encadrant l'attribution des contrats.

En France, l'assemblée délibérante de la collectivité donne pouvoir à l'autorité exécutive pour signer le contrat. Ensuite les contrats de marché public, concession ou affermage sont transmis au préfet qui peut saisir le tribunal administratif s'il a un doute sur la légalité de ces documents. Les collectivités locales disposent de deux types principaux de contrat³¹⁹ pour confier la gestion du service à un tiers : le marché public et la délégation de service public.

Le marché public est un type de contrat qui se retrouve tout autant au niveau des Etats que des collectivités territoriales. L'article 1 du code des marchés publics actuel les définit comme « *les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Les pouvoirs adjudicateurs sont « *1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables*

³¹⁹ Enfin, le contrat de partenariat a été institué dans le cadre de l'introduction de la figure des PPP (partenariats public-privé) afin de moderniser la gestion publique, par l'ordonnance du 17 juin 2004. La collectivité publique peut y recourir pour confier à une entreprise la mission de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou équipements publics et services concourants aux missions de service public dans un cadre de longue durée contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Cependant son usage est limité au cas d'urgence ou à la complexité du projet. Il s'agit donc d'un contrat exceptionnel.

aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux. ».

Des seuils communautaires imposent le respect de procédures détaillées fixées par des directives européennes. En deçà de ces seuils (200 000€ pour les collectivités territoriales), les marchés publics sont attribués suite à une procédure simplifiée dans laquelle après publicité et mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur se détermine à la suite de négociations avec les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes (art. 32 et 57). Le code des marchés publics existe depuis 1964 mais a été abrogé par le décret du 7 mars 2001 et révisé à plusieurs reprises suite aux interventions de la Communauté européenne. Par ailleurs, le code des marchés publics a été réformé pour harmoniser les procédures au niveau national et local, cependant quelques différences demeurent: les EPIC locaux sont soumis aux règles du Code (pas les nationaux) ; le rôle de la commission d'appel d'offres diffère car elle a le pouvoir de décider qui gagne le marché ; les seuils et procédures qui y sont associées varient également, ainsi la procédure « adaptée » ne vaut que pour les marchés inférieurs à 230 000€, pour les marchés de services entre 90 000 et 210 000€ les collectivités territoriales doivent publier un avis d'appel public à la concurrence dans le bulletin officiel et au dessus de ces seuils, également au journal officiel de l' Union européenne alors qu'en dessous, elles ont libre choix pour déterminer quelle mesure de publicité adoptée (art. 40 CMP).

La délégation de service public est un contrat principalement utilisé au niveau local. Une procédure particulière encadre la conclusion depuis la loi du 29 janvier 1993³²⁰ dite loi « Sapin ». Cette loi avait été adoptée suite à des scandales de corruption. L'objectif premier de cette norme est donc d'introduire la transparence dans les procédures de délégation de service public. Ce type de contrat se caractérise par son objet une activité de service public et le mode de rémunération du délégataire qui est « *substantiellement assuré par les résultats de l'exploitation* »³²¹. Ce dernier élément est déterminant. Le législateur a repris les critères dégagés par la jurisprudence et a posé en 2001 la première définition légale de la délégation de service public. Il s'agit d' « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion*

³²⁰ La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO n° 25 du 30/01/1993.

³²¹ CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec. 137.

d'un service public à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée à la gestion du service »³²².

La procédure d'attribution des délégations de service public qui reprend la loi « Sapin » de 1993 (art. 42 à 47 pour les collectivités territoriales), est inscrite aux articles L 1411-1 et du Code général des collectivités territoriales. La personne publique doit assurer la publicité du projet par un avis adéquat puis établir une liste des candidats admis à présenter des offres. Elle est ensuite libre de choisir le délégataire. Une procédure allégée est prévue pour les petites délégations.

La conclusion des contrats avec les SEM a aussi fait l'objet de discussions. Jusque dans les années 1990, les contrats passés par les sociétés d'économie mixte avec des personnes publiques étaient exempts de toute procédure de publicité ou de mise en concurrence ; les personnes publiques devaient cependant procéder à une mise en concurrence pour la passation de contrats avec des opérateurs privés. Cette application du droit commun des délégations de service public aux sociétés d'économie mixte a concrétisé l'introduction des règles de la concurrence dans les relations contractuelles des personnes publiques avec les sociétés d'économie mixte sous l'influence du droit communautaire. L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dite « Sapin » relative aux délégations de service public excluait initialement de son champ d'application les sociétés dont le capital était directement ou indirectement détenu par la personne publique délégante. Cependant, le Conseil constitutionnel a censuré cette dérogation pour rupture d'égalité car elle ne se justifiait ni par la nature de l'activité des sociétés d'économie mixte ni par leur caractère statutaire³²³.

La soumission des sociétés d'économie mixte au droit des marchés publics est, cependant, plus récente. Elle résulte d'un effort du juge administratif qui a considéré, dès le début des années 2000 que les sociétés d'économie mixte devaient être considérées comme tout fournisseur potentiel lorsqu'elles offrent des prestations de services aux personnes publiques³²⁴.

³²² La loi n° 2001-168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier (dite loi *MURCEF*), JO du 12 décembre 2001, p. 19703, art. 3.

³²³ DC n°92-316 du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

³²⁴ CE, 30 décembre 2002, *Préfet des Côtes d'Armor*, Rec. 137.

En revanche lorsque le service est géré directement par la collectivité (régie directe ou indirecte) ou par un établissement public (régie personnalisée), le service est attribué directement par un acte réglementaire de la commune.

En Italie, les modalités d'attribution des concessions ont longtemps été réglées par l'article 267 du arrêté-royal n°1175 de 1931. Cet article prévoit que les concessions doivent être précédées d'une procédure d'adjudication publique, procédure à laquelle en principe toute personne intéressée peut participer et où l'offre la meilleure est sélectionnée par l'autorité locale. Des procédures d'appels d'offres restreints sont cependant possibles. Plusieurs entreprises sont alors invitées et le contrat est attribué à qui propose le chiffre le plus proche de celui prédéterminé et tenu secret par les autorités. Il est enfin possible d'organiser une procédure de gré à gré lorsque « *des circonstances spéciales en rapport à la nature des services* » le requerraient.

Dans les faits, les collectivités territoriales recourent dans la grande majorité des cas aux procédures de gré à gré. La doctrine analyse ce recours généralisé à ce qui devait être une exception comme le résultat de la référence à des circonstances « spéciales » et non « exceptionnelles ». La pratique a démontré, comme en France, que les collectivités locales ont fait un large usage de l'ambiguïté de l'expression.

Ce système a fonctionné jusque dans les années 2000 et hormis le décret d'application de la loi n°498/1992 et le décret royal inappliqué sous cet aspect de 1927, le principe de mise en concurrence ne trouvait pas d'expression législative, notamment pour ce qui est du régime général des services publics locaux. La plupart des contrats était donc attribuée directement en dépit de l'existence d'une norme qui pour la jurisprudence posait le principe de la mise en concurrence. Ainsi le Conseil d'Etat a rappelé à plusieurs reprises que l'article 3 du décret royal du 18 novembre 1923, n. 2440 sur l'administration du patrimoine et la compatibilité de l'Etat, impose à toutes les collectivités locales et pas seulement à l'Etat la règle de la mise en concurrence lorsque les autorités publiques ont une activité contractuelle³²⁵. De fait, le texte unique de 1934 sur les communes et provinces reprenait les grandes lignes du décret. Le décret royal de 1923 prévoit que pour tout contrat qui entraîne une dépense de l'Etat, une mise en concurrence ou une adjudication de gré à gré à la discrétion de l'administration doit être organisée (art.3). Cependant

³²⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889

seules des circonstances exceptionnelles autorisent une procédure de gré a gré (art. 6). Ce principe est repris pour les communes en ce qui concerne l'aliénation, la location, l'acquisition d'ouvrages publics (art. 87 décret royal n° 383 du 3 mars 1934)³²⁶. La loi n°142 de 1990 qui réforme le régime général des services publics locaux suggère également l'organisation de procédures d'appel d'offres pour l'attribution des contrats publics dans la mesure où l'article 56 § 2 dispose que : « *Les collectivités locales respectent les procédures prévues par la législation de la Communauté européenne transposée ou en tout cas de vigueur dans l'ordre juridique italien* »³²⁷. En dépit de ces mesures, la limitation par le législateur des modes de gestion à la disposition des collectivités locales pour l'exécution des services publics locaux impose concrètement une mise en concurrence uniquement pour le choix du partenaire privé lors de la constitution d'une société par actions à capital public minoritaire. Les contrats doivent cependant être précédés d'une délibération du Conseil municipal qui assure le respect de la transparence en indiquant l'objectif poursuivi par l'activité en cause, l'objet du contrat, sa forme et les clauses essentielles, les modalités de gestion du cocontractant étant considérées les normes en vigueur pour les contrats de l'administration étatique (art. 56 § 1). C'est donc à travers l'exigence du respect des normes communautaires que le principe de l'appel d'offres s'applique (art. 56 § 1) mais ce renvoi en limite l'efficacité. Les collectivités locales exécutent en effet bien mieux les normes transposées en droit national. Le travail de contrôle des juges administratifs s'en trouve donc accru.

Il faut par ailleurs se référer aux normes de secteurs qui peuvent prévoir une procédure particulière : la loi « GALLI » pour les services hydriques (loi n°365/94), le décret législatif « RONCHI » pour la gestion des déchets (d.lgs. n°22/97) , les décrets-législatifs sur l'énergie électrique (d.lgs. 79/99) et le gaz (D.lgs. 164/2000), le décret-législatif sur les transports publics locaux (d.lgs 422/97), par exemple.

Les lois régionales peuvent aussi prévoir certaines mesures qui influent sur la procédure.

Les juges administratifs imposaient par ailleurs le respect des principes du droit communautaire.

³²⁶ G.U. n. 065 del 17/03/1934 Approvazione del testo unico della legge comunale e provinciale

³²⁷ Article repris dans le TU 2000 art. 192 « 2. *Gli enti locali si attengono alle procedure previste dalla normativa della Comunità economica europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano* ».

Pour ce qui est des marchés publics situés au dessus des seuils des directives communautaires et donc soumises à celles-ci, plusieurs normes transposaient les mesures ce qui en rendait la visibilité et par conséquent l'application limitée. Trois décrets législatifs³²⁸ transposaient les quatre directives travaux, services, fournitures et secteurs spéciaux.

Enfin, avec le développement de la jurisprudence communautaire sur ces questions, en France comme en Italie, les principes généraux de transparence, de non discrimination, de parité de traitement et de proportionnalité s'appliquent en principe à l'attribution des contrats³²⁹.

³²⁸ Decreto-legislativo °358/1992, Decreto-legislativo n°157/1995, Decreto-legislativo n°158/1995.

³²⁹ Notamment CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria* C-324/98.

	Gestion publique	Gestion privée
France	Régie directe et indirecte Établissement public Régie intéressée Entreprise publique sous forme d'EPIC	Concession Affermage Gérance Entreprise publique sous forme de société SEM
Italie	Gestion en économie pour les services de faible importance (1903) Azienda speciale, en principe (1903) Institution (1990)	Concession, exceptionnelle (1903) S.P.A. et S.A.R.L. (1990)

Conclusion de la section

En France et en Italie, le régime traditionnel des services publics locaux est assez différent l'un de l'autre dans la mesure où les postulats de départ s'opposent.

La France, marquée par les théories du libéralisme économique protège au début du vingtième siècle, l'initiative privée. Cela se traduit par une limitation de l'intervention des collectivités publiques dans la sphère économique. Au contraire en Italie, les circonstances politiques de l'époque incitent à favoriser la prise en charge des services publics par les communes. Celle-ci est également encadrée par la liste des modes de gestion envisageables établie par le législateur.

L'évolution des services publics locaux mènent cependant à un rapprochement des régimes. En France, l'appréciation souple des conditions de l'intervention des personnes publiques par le juge, permet aux collectivités locales d'agir fréquemment. Dans ce contexte, le recours à la délégation et aux personnes privées est très répandu, en particulier pour les activités à caractère économique.

La distinction entre SPA et SPIC permet par ailleurs d'appliquer un régime différent à ces deux types d'activités et donne ainsi les moyens aux collectivités territoriales d'agir en toute légalité.

En Italie, les collectivités locales même dans le cadre d'activités économiques ont dû adopter des formes publiques d'intervention. Cependant les « azienda » ont été portées progressivement à agir comme des entreprises. La réforme de 1990 a donc entériné et réglementé la pratique.

En conséquence dans les deux Etats, il existe une intervention importante des collectivités locales dans les activités de prestations. Le nombre de services publics locaux est important y compris pour les services économiques. Dans ce contexte, les collectivités ont adopté des méthodes du privé (comme la constitution de société) ou bien délégué leurs activités à un tiers.

Il en résulte qu'au même moment dans les années quatre-vingt-dix, la nécessité d'établir des procédures de sélection transparentes et équitables des cocontractants et d'assurer une juste concurrence entre personnes publiques et personnes privées s'est faite plus forte.

L'influence du droit communautaire paraît ici importante. Il a en effet imposé tôt des procédures particulières dans ce domaine à travers la réglementation sur la commande publique et les aides d'Etat notamment. Toutefois, des dynamiques internes (crise des finances publiques, inefficacité administrative, insatisfaction des usagers, scandales de corruption) ont également largement participé à ce mouvement.

D'un point de vue national, les communes françaises paraissent finalement plus libres dans leurs choix gestionnaires pour leurs services que les communes italiennes qui doivent nécessairement s'en remettre aux options posées par le législateur. En revanche le juge administratif français effectue un contrôle plus poussé que les juges italiens sur l'activité des collectivités locales.

Conclusion du chapitre

La notion de « service public local » existe en tant que telle seulement en Italie où il existe même une définition législative depuis 1990. En France, il faut passer par celle de « service public » et l'autorité en charge de l'activité détermine s'il a ou pas un caractère local. Ces expériences locales ont cependant contribué à la définition de la notion et du régime.

La notion et le régime des services publics locaux tels qu'ils apparaissent dans cette première période correspondent en réalité à une phase de définition des missions de l'Etat au sens générique, partagé entre libéralisme économique et Etat-providence.

Par ailleurs, les acteurs en France et en Italie diffèrent. Le juge administratif français a joué un rôle fondamental dans la définition des services publics alors que cette tâche est largement l'œuvre du législateur en Italie. Cela a abouti à un régime rigide dans la péninsule avec des autorités locales finalement très encadrées par l'Etat et dans cette mesure moins autonomes qu'en France alors que le pays est plus décentralisé que cette dernière. La construction prétorienne du droit administratif français a permis une évolution souple des normes et de s'adapter aux changements économiques et gestionnaire des années 90. Deux causes ont provoqué ces changements : une crise des finances publiques, des scandales financiers et des constats d'inefficacité des services et l'intervention communautaire dans la construction du marché commun. Dans ce contexte, en France aucune grande réforme de fond n'a finalement été nécessaire alors que des mesures radicales ont dû être adoptées par le législateur italien. Nous verrons dans la deuxième période que ce radicalisme suscite incompréhension et résistances et amène en fait à une multiplication des actions législatives et ainsi à une certaine instabilité juridique. Le transfert du contentieux au juge administratif italien va peut être cependant changer la donne et permettre une bonne application du droit des services publics locaux et une évolution souple.

La notion et le régime sont deux aspects strictement liés et on constate dans les deux pays une tendance à reléguer au second rang l'élément organique du service public (bien qu'il demeure). La doctrine retient une conception objective car les collectivités publiques agissent de plus en plus comme des acteurs privés et car les missions d'intérêt général sont très souvent prises en charge par des personnes privées. Cette évolution est conforme aux développements du droit communautaire qui retient également une définition objective des services publics qui devrait permettre une meilleure réception de ces règles.

Conclusion du Titre

Dans cette première période le droit communautaire ne connaît pas des services publics locaux en particulier. Mais comme nous l'avons vu dans les Etats membres même, cette notion n'est pas toujours essentielle. En revanche le « service public » est abordé par la Communauté européenne. Jusque dans les années 90, le droit communautaire demeure relativement indifférent. Seules les directives marchés publics qui introduisent des principes de non discrimination et d'égalité de traitement dans la commande publique, ont réellement un impact sur les services publics y compris locaux car elles s'appliquent aux délégations de service public. Et finalement sur ce point, l'étude de la notion et du régime des services publics locaux montre que ce n'est pas nécessairement là où la notion est la plus prégnante que l'effet est le plus fort. Au contraire en France au niveau local la création de services publics et la délégation étaient déjà bien encadrées et il n'a fallu que quelques ajustements pour satisfaire aux exigences du droit communautaire. En Italie il a fallu engager de véritables réformes nationales qui aujourd'hui encore comme nous le verrons ont des difficultés à s'imposer. Toutefois, c'est à travers les politiques de libéralisation que les juges de Luxembourg et par la suite la Commission vont montrer un grand intérêt pour la question. Les mesures de libéralisation s'accompagnent de garanties pour les Etats, notamment pour la France où le service public est une institution fondamentale. A travers les documents publiés par la Commission et la révision du Traité, les SIG et surtout les SIEG s'affirment comme une institution du droit communautaire. Mais à cette époque, sa portée est encore incertaine.

L'impact du droit communautaire est particulièrement important dans les secteurs libéralisés. Ainsi dans les années 80 et 90, les télécommunications, l'audiovisuel (dir. 89/552/EC), les chemins de fer (dir.91/440/EEC), l'électricité (dir.96/92/EEC), le gaz (dir.98/30/EC) et le service postal (dir.97/67/EC) ont été ouverts à la concurrence, démantelant ainsi les monopoles nationaux. Chaque Etat a transposé dans des normes nationales, ces mesures. Il faut donc pour ces secteurs se référer aux dispositions nationales pertinentes pour observer l'influence de Bruxelles.

Sur le plan général, du fait de l'indifférence des débuts, le lien entre le service public en droit national et droit communautaire est difficile à identifier. Dans cette première phase, ce serait plutôt le niveau européen qui s'inspirerait des institutions nationales. Le droit communautaire dans son mode d'identification des services publics et leur définition est influencé par les pratiques des Etats membres, notamment de la France, où la notion est forte. Ainsi les juges recherchent des obligations de service public, un lien organique et une mission d'intérêt général ce qui correspond au triptyque français du service public (éléments fonctionnel, matériel, organique).

Mais la Communauté agit dans un cadre économique et de ce fait se concentre sur l'aspect économique de ces services et non social comme dans certains Etats membres. De ce point de vue la définition italienne semble plus conforme car la doctrine voit dans les services publics avant tout une prestation économique.

Dans ce contexte, les juges de Luxembourg ont eu une démarche pragmatique pour tenter de couvrir les diverses définitions nationales. Ainsi en dépit de la charge politique et idéologique de la notion en France, il n'existe pas d'incompatibilité entre l'approche communautaire et française. La Communauté européenne, comme la France et l'Italie applique un régime particulier à ce type de services. Cependant s'il est une exception en droit communautaire, il est un système propre qui influence tout l'ordre juridique en France et un système à la portée plus limitée en Italie.

C'est donc les règles sur les marchés publics et dans une moindre mesure les concessions et les principes de non-discrimination, transparence et égalité de traitement promus par le droit communautaire qui a, en dépit des seuils d'application, le plus d'effet sur les services publics locaux dans cette première période. Mais il existe des règles similaires en droit national en France, adoptées pour assainir la vie économique. En Italie, les règles des marchés publics ne trouvent pas tellement à s'appliquer au niveau local du fait de la prédominance de la gestion directe publique. A partir de 1990 avec l'introduction de la forme sociétaire des mécanismes d'appels d'offres ces principes se sont cependant dans le choix du partenaire privé, le législateur s'inspirant ainsi directement des principes du droit communautaire.

Dans cette phase, le droit communautaire tend donc plus à encadrer le service qu'à le promouvoir. En France, nombre des normes existent déjà. Elles sont néanmoins insuffisantes et des ajustements législatifs ont dû être adoptés (par exemple avec la loi « SAPIN »). De ce fait, l'impact dans cette première période est assez faible. En Italie, la crise des dépenses publiques apparaît plus forte pendant cette période et presse les gouvernants à engager des réformes. Dès lors, les interventions du législateur sont nombreuses et profondes. Toute l'organisation des services publics locaux est repensée et suit sur certains points, très fidèlement, le droit communautaire (par exemple dans les expressions employées). L'impact est donc fort. Enfin le droit communautaire apparaît à bien des égards (méthode d'identification des SIEG ; régime dérogatoire, principes de fonctionnement) inspiré par les droits nationaux. Le mouvement a donc largement été pendulaire avec une influence réciproque. Il en résulte un certain rapprochement des conceptions de service public (dans un sens objectif) et une harmonisation des modèles de gestion. Dans ce cadre, la question de la libre administration des collectivités locales se fait de plus en plus prégnante.

Tableau pour la première période : Impact du droit communautaire sur les services publics locaux en France et en Italie

	Notion	Régime	Impact
France	<p>- Définition du service public influente sur tout l'ordre juridique</p> <p><i>« Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »</i></p> <p>R. CHAPUS</p>	<p>- LCI et principes communautaires de la commande publique déjà présents</p>	Impact faible
Italie	<p>- Définition de secteur : <i>« services publics qui ont pour objet la production de biens et d'activités participant à la réalisation de fins sociales et à promouvoir le développement économique et civil des communautés locales »</i></p> <p>art. 22 L n°142/90</p>	<p>- Réception des principes communautaires de la commande publique lors de l'introduction des formes sociétaires (1990)</p>	Impact fort sur le régime à partir de 1990
CE	<p>- Les juges donnent des critères d'identification</p> <p>- La Commission donne des définitions de « droit mou » : les SI sont <i>« les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public »</i>.</p> <p>Les SIEG sont les <i>« services de nature économique que les États membres ou la Communauté, mettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. »</i></p>	<p>- Règles de la commande publique : transparence, non-discrimination, égalité de traitement</p> <p>- art. 86§2</p> <p>- disciplines de secteur</p>	Inspiré par les droits nationaux

Titre 2 – L'intégration progressive des transports publics locaux dans la politique commune communautaire

Ce titre est consacré à l'observation des régimes communautaire et locaux de transports publics de passagers. Comme nous l'avons vu en introduction, le secteur des transports publics est une illustration très pertinente de la question des rapports entre intérêt général et marché et entre compétence de la Communauté européenne et des collectivités locales. La tension entre « service public » et « marché » et les règles qui l'encadrent c'est-à-dire au niveau européen, les normes sur la concurrence et sur la libre prestation des services et le droit d'établissement, s'est très tôt trouvée au cœur de la politique commune. Toute l'œuvre normative communautaire tend à annihiler cette confrontation dans des mesures de compromis qui garantissent les services publics tout en supportant avant tout la libéralisation des marchés et la libre concurrence. Cette tension se retrouve dans les Etats membres mais sans parti-pris ou peut être dans un sens plus favorable au service public dans le cas français.

Il convient donc de s'interroger sur la manière dont le droit communautaire a abordé ces deux enjeux dans les transports publics locaux. Quel équilibre a été établi, s'il a bien été recherché? Quelles priorités sont mises en avant? Quels instruments soutiennent ces objectifs? Puis comment les Etats membres de leur côté gèrent cette tension? Comment ont-ils reçu le droit communautaire? Avec quelles conséquences pour leur propre système? Finalement quel est l'impact du droit communautaire dans le secteur des transports publics locaux au cours de cette première période?

Pour répondre à ces questions, nous étudierons dans le premier chapitre le régime communautaire des transports publics locaux (Chapitre 1) puis les régimes nationaux (Chapitre 2).

Chapitre I – La libéralisation tardive des transports publics locaux en droit communautaire

Les transports sont un secteur clef des politiques publiques car le bon fonctionnement des activités économiques en général dépend largement de leur efficacité. Aussi dans la perspective de la constitution d'un marché commun, il était indispensable de doter la Communauté européenne d'une politique commune de transport. Dès 1957, l'article 70 (ancien article 74) du Traité CE pose le principe de cette politique commune et l'article 71 (ancien article 75) du Traité CE fixe la procédure d'adoption des normes en la matière.

Cependant les institutions communautaires doivent compter avec les Etats, jaloux de leur compétence dans ce domaine et peu enclins au départ à s'entendre sur la détermination d'une politique européenne.

De fait, les activités de transport sont extrêmement réglementées (tarifs, statut du personnel, régime administratif). Cette réglementation très poussée a conduit à la constitution de systèmes très divers dont deux modèles se dégagent cependant. Un modèle dirigiste qui subordonne largement la politique des transports à la politique économique nationale générale et un modèle plus libéral qui laisse les entreprises commerciales déterminer l'offre de transports. Le droit communautaire a donc dû composer avec ces orientations.

Comment concilier cependant libéralisation et contrôle des pouvoirs publics sur la mission d'intérêt général? Quels instruments permettent de trouver un équilibre entre ces deux aspirations?

Dans cette perspective, les premières mesures communautaires en matière de transport et notamment le Règlement n°1191/69 sont révolutionnaires. Poser le principe de la suppression des obligations de service public alors que toutes les entreprises de chemin de fer sont nationalisées et fonctionnent selon ce régime est un vrai bouleversement économique et juridique. Mais si dans les principes, les mesures sont très marquantes, l'application qui en a été faite n'a pas toujours été celle escomptée et vingt ans plus tard la révision du règlement est apparue nécessaire pour assurer une meilleure application de cette norme et prendre en compte de nouveaux aspects des

politiques communautaires qui contribuent à étoffer le service public tout en préservant la liberté des Etats.

Pour comprendre l'évolution de la position des institutions communautaires et des Etats membres, il convient d'observer tout d'abord le règlement du Conseil, du 26 juin 1969 en matière d'obligations inhérentes à notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable dans sa version originale (Section 1) puis sa révision en 1991 (Section 2).

Section I : Le règlement du Conseil n°1191/69 du 26 juin 1969, première tentative de conciliation entre les enjeux de la libéralisation et du service public dans le domaine des transports

Le règlement n°1191/69 est un événement à son époque car il aborde directement pour la première fois l'ouverture d'un marché extrêmement fermé dans les Etats membres. Toutefois le contexte dans lequel il est adopté et les nombreuses autres normes communautaires qui l'accompagnent montrent une réelle volonté des Etats, à travers le Conseil qui statue à la majorité qualifiée, d'entamer cette réforme. Dans un souci d'équilibre, le règlement n°1191/1969 tend toutefois à légitimer l'action des pouvoirs publics dans ce secteur notamment sous l'angle du service public, en en fixant le cadre légal.

De plus, ce règlement expose pour la première fois en droit communautaire le concept d'obligations de service public, ce qui lui confère un statut particulier pour la théorie générale sur les S.I.E.G. L'approche est paradoxale : négative dans le principe qui porte le règlement, à savoir la suppression des obligations de service public mais positive au sens où les obligations de service public sont reconnues, définies et tolérées, dans une certaine mesure. Le Règlement met en application l'article 73 du Traité CE (ancien article 77) qui dispose : « *Sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service*

public ». Le règlement est adopté sur la base de deux articles du Traité CE³³⁰. Il s'agit donc avant tout d'une norme d'encadrement des aides d'Etat. En posant le principe de la suppression des obligations de service public, l'objectif est de rétablir la liberté commerciale des entreprises et d'assurer une juste concurrence.

Comment dès lors, dans ce contexte, le dispositif permet-il de compenser les obligations de service public? Comment est abordée cette dernière notion et quel est le poids que lui accordent ces normes au moment de procéder à l'ouverture des marchés?

Le règlement connaît donc de la notion de service public (§ 1) et l'aborde pour mieux réaliser l'objectif européen majeur dans ce domaine à cette époque : la libéralisation des chemins de fer (§2).

§ 1 – Une première application normative de la notion de service public en droit communautaire

Si la notion de service public était bien présente en droit primaire depuis 1957, il n'existe pas cependant jusqu'en 1969 de norme dérivée qui développe cette notion. Dans cette perspective, le Règlement n°1191/69 contient une approche originale de la notion de service public car pour la première fois dans une norme contraignante de droit communautaire³³¹, est scellée une définition de la notion de service public (1). L'originalité tient également au champ d'application du Règlement qui considère, tout en les excluant, les services publics locaux. (2)

A - La définition du service public par le prisme de la concurrence

Tout en scellant une définition positive de la notion de service public, officiellement reconnue, définie et inscrite dans une norme dérivée, le Règlement n°1191/69 conserve une approche

³³⁰ L'article 75 pour la politique des transports et l'article 94 pour les aides d'Etat.

³³¹ Il y a eu auparavant la décision du Conseil de 1965 mais celle-ci était une norme programmatique qui contenait des mesures relevant de différents domaines de la politique communautaire. Cf. infra

négalive de la notion car il l'aborde par le prisme de la concurrence. Le service public est en effet défini par les charges qu'il entraîne et qui faussent les règles de la concurrence car elles affectent la situation financière de l'entreprise qui les supporte. La terminologie retenue, et qui pénétrera tout le droit communautaire, est sans équivoque, il s'agit d' « obligations de service public ». Cette expression fait référence à celle de « *servitudes inhérentes à la notion de service public* » inscrite à l'article 73 du Traité CE. Le règlement pose ainsi les bases sur lesquelles les juges de Luxembourg s'appuieront au moment d'identifier les SIEG. C'est en effet sur le fondement des obligations de service public que de telles activités sont reconnues³³².

Il est vrai que l'expression « obligations de service public » est apparue dans une première norme de droit dérivé en 1965, la décision du Conseil relative à l'harmonisation de certaines dispositions ayant une incidence sur la concurrence dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable³³³. Cependant la décision ne comporte aucune définition.

En revanche, l'article 2 paragraphe 1 du Règlement n°1191/69 procure la définition suivante : « *Par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions.* »

Le service public apparaît donc antinomique à toute activité commerciale, ce qui implicitement souligne que les obligations sont imposées par voie d'autorité sans qu'il soit besoin de rappeler ce lien et d'évoquer une question plus politique. Un élément organique peut donc déjà être dégagé de cette définition.

Cette définition générale constitue la base qui permet de développer plus en détail les obligations propres au service de transports et que le Règlement n°1191/69 compte au nombre de trois : l'obligation d'exploiter, l'obligation de transporter et l'obligation tarifaire, respectivement définies aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 2³³⁴.

³³² CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

³³³ J.O. 88 du 24.05.1965, p1500.

³³⁴ Art. 2 : « 2. *Les obligations de service public au sens du paragraphe 1 comprennent l'obligation d'exploiter, l'obligation de transporter et l'obligation tarifaire.* 3. *Est considérée au sens du présent règlement comme obligation d'exploiter, l'obligation pour les entreprises de transport de prendre, pour les lignes ou installations dont l'exploitation leur a été confiée par concession ou autorisation équivalente, toutes les mesures en vue de garantir un service de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité et de capacité. Sont également visées*

La définition générale posée à l'article 2 est en fait l'œuvre du Comité économique et social telle qu'elle apparaît dans son avis adopté le 27 mars 1968³³⁵. Elle est inspirée par les propositions de la Commission et de l'Assemblée.

Le Comité économique et social (CES), dont la consultation est obligatoire, s'intéresse tout particulièrement dans son avis à la notion de service public³³⁶. Le Comité insiste sur le caractère évolutif de la notion et envisage l'apparition de nouvelles obligations de service public dans le futur. En conséquence, il lui semble nécessaire d'inclure une définition générale des obligations de service public, ce qu'il fait à l'article 2 paragraphe 1. Le Comité proposa d'introduire la même disposition pour une autre proposition de règlement de la Commission, au sujet des aides accordées aux entreprises de transport par chemin de fer, par route et par voie navigable, mais sans succès³³⁷. Le Comité économique et social a repris l'expression «*si elle considérait son propre intérêt commercial*» mentionnée une fois dans la première proposition du Conseil, dans sa définition de l'obligation tarifaire, et deux fois dans celle de l'Assemblée, lorsqu'elle définit l'obligation tarifaire et l'obligation de transporter. La mention d'une définition générale des obligations de service public fut donc le fruit du travail du Comité économique et social, qui peut encore aujourd'hui s'en enorgueillir tant elle a fait ses preuves et est désormais une notion phare de la politique des transports communautaires³³⁸ et de la théorie des services d'intérêt économique général. La définition nous place cependant dans un contexte économique c'est-à-

l'obligation d'assurer l'exploitation de services complémentaires, ainsi que l'obligation d'entretenir en bon état des lignes, du matériel, pour autant qu'il est excédentaire par rapport à l'ensemble du réseau, et des installations après la suppression des services de transport. 4. Est considérée au sens du présent règlement comme obligation de transporter; l'obligation pour les entreprises de transport d'accepter et d'effectuer tout transport de voyageurs ou de marchandises à des prix et conditions de transport déterminés. 5. Est considérée au sens du présent règlement comme obligation tarifaire, l'obligation pour les entreprises de transport d'appliquer des prix fixés ou homologués par voie d'autorité contraires à l'intérêt commercial de l'entreprise et résultant soit de l'imposition, soit du refus de modification de mesures tarifaires particulières, notamment pour certaines catégories de voyageurs, certaines catégories de produits ou pour certaines relations.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux obligations découlant de mesures générales de politique des prix s'appliquant à l'ensemble des activités économiques ou de mesures prises en matière de prix et conditions généraux de transport en vue de l'organisation du marché des transports ou d'une partie de celui-ci. »

³³⁵ Pour la proposition de la Commission, voir J.O. N°248 du 13.10.67, p12. Pour l'avis du Comité économique et social, J.O. N°49 du 17.05.1968, p15. Pour la résolution portant avis du Parlement : J.O. N° C 27 du 28.03.68, p18.

³³⁶ Il pose notamment la question de la traduction de la notion de « service public » par « Gemeinwirtschaftlichkeit » en allemand et critique cette terminologie qui limite la portée de la notion aux obligations liées à l'exploitation des chemins de fer.

³³⁷ Règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. J.O. L n° 130 du 15.6.1970 p 1. (Cf. infra)

³³⁸ Le nouveau règlement sur les transports publics de passager en reprend les grandes lignes, cf. Partie II p 371

dire dans la perspective de l'entreprise.

Plus concrètement, pour apprécier les obligations de service public auxquelles le Règlement se réfère, il faut revenir au détail des trois types d'obligations mentionnées.

L'obligation d'exploiter consiste à exercer le service dans le cadre de normes qui fixent des conditions de continuité (c'est à dire la garantie d'un service minimum), de régularité (c'est-à-dire que les usagers doivent pouvoir avoir accès à un service de transport dans un laps de temps déterminé) et de capacité (c'est-à-dire que l'ensemble des personnes qui souhaitent se déplacer dans des circonstances normales doivent pouvoir user du service de transports collectifs). La proposition du Conseil contenait en 1967 un critère supplémentaire de sécurité, retenu par le Parlement et le Comité économique et social, mais finalement absent dans le texte final. De plus, le Comité économique et social qui dans son avis insiste sur la nécessité de poser des exigences de qualité, propose deux autres critères : la fréquence et le confort. Là encore ces requêtes ne sont pas admises. Cependant le CES a fait montre là encore de son caractère de précurseur. Plus tard, en effet de telles considérations fortement tournées vers la satisfaction de l'utilisateur seront considérées³³⁹.

L'obligation d'exploiter inclut aussi les services complémentaires ce qu'avait pourtant rejeté le Parlement. L'obligation d'entretien des infrastructures fait, elle, l'unanimité.

La deuxième catégorie d'obligations de service public, l'obligation de transporter, pose moins de problèmes et les institutions s'entendent sur la définition. Il s'agit d'accepter de transporter les passagers à un prix et dans des conditions déterminées. En effet, les législateurs nationaux ont souvent contraint les entreprises de transport à la publication de grilles tarifaires qui permettent aux usagers du service de savoir par avance le prix qu'ils devront payer pour user du service. La détermination des prix et conditions par l'entreprise est libre, mais n'empêche pas qu'ils puissent être soumis à homologation ou approbation par le Ministre. C'est ce qui la distingue de l'obligation tarifaire (cf. infra). Cela souligne bien ici encore que c'est l'autorité publique, par voie autoritaire, qui fixe le cadre de l'activité. L'entreprise voit sa liberté commerciale limitée. D'ailleurs dans son avis sur la proposition, le Parlement suggéra un ajout intéressant puisqu'il

³³⁹ Voir les débats p 371 sur l'adoption du nouveau règlement sur les transports publics de passager.

précise qu'il y a une obligation de transporter lorsque les conditions fixées par voie d'autorité sont « *contraires à l'intérêt commercial de l'entreprise* », c'est-à-dire pour l'essentiel non rentables. Le Comité économique et social dans sa proposition de définition générale a donc en réalité retenu un critère qui pour le Parlement, ne valait que pour l'obligation de transporter. Il est pourtant vrai que l'intérêt commercial est tout aussi mis en cause dans l'obligation d'exploiter. En effet, l'exploitation de services complémentaires, par exemple sur des lignes à faible densité de population, est presque systématiquement non rentable.

Enfin la dernière catégorie d'obligations de service public propre aux transports, est celle des contraintes tarifaires. La définition retenue, celle de l'imposition de tarifs particuliers pour certaines catégories de voyageurs, de produits ou de relations, varie nettement par rapport à la proposition originale de la Commission³⁴⁰. En effet, celle-ci dans son premier projet proposait une définition plus vaste qui comprenait en plus de « *l'obligation d'appliquer des mesures tarifaires particulières* », notamment celle « *de respecter dans les tarifs une péréquation dans l'espace et dans le temps ou de l'égalité de traitement des usagers* ». Le principe de la péréquation sur un espace vise à assurer que le service soit desservi sur tout le territoire, au même prix et pour le même service, et ce quel qu'en soit le coût de production. C'est une notion très importante en droit administratif français des services publics et également pour l'aménagement du territoire. La péréquation dans le temps vise à éviter par exemple, les modulations tarifaires qui permettent aux entreprises d'augmenter leurs tarifs aux heures de pointe, ce qui peut être discriminant pour les travailleurs se déplaçant en transports collectifs. Enfin, le projet comportait une troisième obligation tarifaire, celle « *d'appliquer un niveau général des tarifs, notamment à la suite du refus de demande de majoration ou de réduction, sauf si cette imposition découle des mesures de politique des prix s'appliquant à l'ensemble des activités économiques* »³⁴¹. Cette mesure évoquait principalement les plafonds qui limitent le prix du titre de transport. Le point commun de tous ces critères est que l'entreprise n'a pas entière liberté dans la détermination de ses tarifs. Elle tient compte de directives posées par l'Etat.

Ces deux derniers aspects de la proposition originale n'ont cependant pas été retenus dans la

³⁴⁰ Proposition de la Commission, J.O. n°248 du 13.10.67.

³⁴¹ Art. 2 parag. 4 de la proposition.

définition finale de l'obligation tarifaire. La définition retenue est donc plus simple.

Par ailleurs la proposition envisage, dans son article 10 paragraphe 4 sur les tarifs dans le transport de voyageurs, d'indiquer les prix et les conditions de transport imposés, dans l'intérêt d'une ou plusieurs catégories sociales particulières. Il s'agit des tarifs réduits accordés aux employés, aux étudiants, aux familles nombreuses, aux handicapés, aux retraités, etc. Mais ces précisions ne furent pas non plus incluses dans le texte final qui s'en tient à la définition mentionnée.

L'arrêt *NV Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat* du 27 novembre 1973³⁴² est par ailleurs le premier à fournir une interprétation du Règlement n°1191/69. Dans cette affaire, la S.A. des chemins de fer néerlandais s'opposait au ministre des transports sur la qualification d'une norme nationale qui imposait aux entreprises de chemin de fer de soumettre les tarifs de transport, de personnes et de marchandises à l'approbation du ministre des transports. Pour la requérante, conformément au Règlement n°1191/69, cette norme instituait une obligation tarifaire qui devrait être supprimée à la demande de l'entreprise, dès lors qu'elle comportait pour l'entreprise des désavantages économiques. Mais le ministre réfutait cette qualification et ne statuait pas sur la demande de suppression. L'affaire fut donc portée devant les tribunaux administratifs et finalement présentée à la Cour de justice saisie à titre préjudicielle sur l'interprétation des articles 2, 4, 5 et 10 du Règlement du Conseil n° 1191/69. La Cour décida alors qu'il n'était pas suffisant que les tarifs soient fixés ou homologués par voie d'autorité, (ce qui peut constituer une obligation de transporter) pour constater une obligation tarifaire. Il fallait un autre élément car le règlement impose une « *double condition, cumulative* » : les tarifs en cause doivent concerner « *des catégories déterminées de voyageurs ou de produits, ou de relations déterminées et [être] contraires pour le surplus, à l'intérêt commercial de l'entreprise* ». Ces éléments n'étant pas caractérisés par les juges, l'existence d'une obligation tarifaire n'est pas retenue.

Le Règlement aborde donc la notion du service public par le prisme de la concurrence puisqu'il

³⁴² CJCE, 27 novembre 1973, *NV Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, affaire C-36/73, Rec.1299.

l'oppose à l'intérêt commercial de l'entreprise. Cet intérêt apparaît comme la valeur primordiale dans le duel service public – intérêt de l'entreprise puisqu'il constitue le référent. Par ailleurs, le Règlement a une approche matérielle, car il s'arrête sur les éléments du régime de service public, ce qui correspond à l'approche de la Cour de justice plus de vingt ans plus tard pour reconnaître un SIEG³⁴³. Enfin, les obligations de service public sont définies de manière extrêmement technique, en référence au secteur des transports ; c'est donc la seule définition générale de l'article 2 paragraphe 1 qui contribuera réellement à la théorie des services publics en droit communautaire général.

B - La reconnaissance de la particularité des services publics locaux

Le champ d'application du Règlement n°1191/69 est indiqué à l'article 19³⁴⁴, avant-dernière mesure du texte. Au paragraphe un, l'article désigne nommément les destinataires du texte, à savoir les entreprises de chemin de fer nationalisées des six Etats membres de l'époque. A cette date, ces entreprises gèrent la quasi totalité des chemins de fer dans leurs Etats respectifs. La concurrence est très faible ou inexistante. Ce sont des entreprises publiques qui entretiennent des relations étroites avec les autorités nationales et notamment le ministère des transports. Elles sont donc investies de nombreuses missions qui servent les objectifs et les politiques gouvernementales. Dans ce contexte, elles assurent un certain nombre d'obligations de service public qui font l'objet en contrepartie d'avantages, tels que des subventions ou des droits exclusifs. C'est cette relation intriquée que vise le Règlement et ce marché que le Conseil souhaite libéraliser.

³⁴³ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

³⁴⁴ Art. 19 : « 1. En ce qui concerne les entreprises ferroviaires, le présent règlement est applicable, pour leur activité de transport par chemin de fer, aux entreprises ci-après: - Société nationale des chemins de fer belges (S.N.C.B.)/Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) - Deutsche Bundesbahn (DB) - Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) - Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato (FS) - Société nationale des chemins de fer luxembourgeois (C.F.L.) - Naamloze Vennootschap Nederlandse Spoorwegen (NS). 2. En ce qui concerne les entreprises des autres modes de transport, il n'est pas applicable aux entreprises effectuant principalement des transports de caractère local ou régional. 3. Dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, le Conseil décide, sur la base des principes et objectifs énoncés à la section II de sa décision du 13 mai 1965, des actions à entreprendre en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public pour les prestations de transport qui ne relèvent pas du présent règlement. »

Dans le domaine ferroviaire, dès lors que les entreprises mentionnées sont en charge du service de transport, le règlement s'applique au niveau national comme au niveau local.

En revanche pour les autres modes de transport, le paragraphe deux exclut explicitement du champ d'application du Règlement, les entreprises en charge d'un service local ou régional. Cette exclusion n'est cependant que provisoire puisque dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur du Règlement, le Conseil doit sur la base des objectifs et principes évoqués dans sa décision de 1965³⁴⁵, aborder la question des obligations de service public dans les transports qui échappent au champ d'application du Règlement de 1969. Cette exemption est le fruit de la volonté du Conseil de mener une action progressive mais aussi d'une prise de conscience des difficultés techniques qui pourraient résulter de l'application du règlement aux transports locaux et régionaux.

Dans son premier projet, la Commission est beaucoup plus elliptique quant au champ d'application du Règlement n°1191/69³⁴⁶. Sans mentionner aucun destinataire, elle se borne à exclure, pour une période de trois ans les « *obligations de service public imposées aux entreprises de transport par les autorités communales* ». Cette proposition était donc plus précise dans la désignation du service public local, en signifiant précisément l'autorité en charge faisant montre ainsi, d'une caractéristique propre aux Etats membres de l'époque, qui consiste en la prise en charge par les communes du transport local. Cette exception circonscrite laissait au Règlement un champ d'application beaucoup plus ample puisque de fait s'y retrouvait inclus tous les transports régionaux et supra-communaux.

Quant au Comité économique et social, il soulève dans son avis une question qui ne trouvera écho que près de vingt ans plus tard, lors de la révision du règlement de 1969 : celle des transports urbains et suburbains³⁴⁷. Il invite à considérer les transports urbains et suburbains comme une réalité distincte de celle des transports en général. Cette réalité est évidente de nos jours et a pris tout son poids avec le livre vert de la Commission du 25 septembre 2007 qui vise

³⁴⁵ Cf. infra

³⁴⁶ Art. 21 Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 156 du 28/06/1969.

³⁴⁷ Avis du Comité économique et social, J.O. n°49 du 17.05.1968, p17.

justement, cinquante ans après, à donner une réponse à ce contexte si particulier. Dans son avis le Comité invite à garder à l'esprit la particularité des transports urbains et suburbains et suggère, plutôt que de les inclure dans le champ du règlement n°1191/69, d'adopter dans les cinq ans un règlement particulier à leur sujet. Mais cette proposition fut abandonnée.

Cependant l'élargissement du champ d'application n'eut pas lieu avant 1991. Conformément à l'article 19§3 du règlement n°1191/69 dans les trois ans qui suivirent et selon les principes et objectifs de la décision de 1965, à savoir la suppression des obligations de service public ou leur compensation, un règlement du Conseil fut proposé par la Commission pour compléter la norme de 1969. La proposition date du 7 décembre 1972³⁴⁸ et son objet principal est de réviser le champ d'application de 1969.

Cette proposition est l'occasion pour la Commission de faire un premier bilan de l'application du Règlement n°1191/69. Elle constate que « *pour les entreprises concernées les effets sont positifs* ». Néanmoins le Règlement n'atteint pas complètement son objectif puisque d'une part, le champ d'application limité de la norme laisse subsister certaines obligations de service public, et d'autre part, paradoxalement, il fausse la concurrence au détriment des entreprises et services non couverts par le Règlement. De plus, si le Règlement (CEE) n°1107/70³⁴⁹ à chercher à apporter une réponse à ces dernières, là encore il ne corrige que partiellement le problème puisque les aides qu'il prévoit ne sont pas obligatoires. La nouvelle proposition vise donc à remédier à ces lacunes. Pour cela, elle étend le champ d'application du règlement ce qui permet d'inclure les entreprises dont la situation est comparable à celle des opérateurs couverts par le Règlement n°1191/69. De plus, la proposition vise principalement à intégrer trois types de prestataires : les entreprises de chemin de fer autres que les entreprises nationales, les services de remplacement qui substituent à la technique ferroviaire une autre technique moins déficitaire, certains transports par route et par voie navigable non encore couverts. Dans le premier cas, il s'agit des entreprises de chemin de fer raccordées au réseau national et qui effectuent donc par rapport à celui-ci, un service de transport complémentaire, ou les entreprises qui sont sur certaines lignes en

³⁴⁸ COM(72) 1516 final, proposition du 7 décembre 1972 complétant le Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable.

³⁴⁹ Cf.infra p195.

concurrence avec des entreprises couvertes par le règlement. Dans le second cas, l'objectif est de ne pas pénaliser les entreprises de chemin de fer qui font l'effort de recourir à des techniques moins coûteuses et donc de valoriser les solutions les plus économiques pour la collectivité. Enfin pour le troisième cas, il s'agit de tous les transports n'ayant pas un caractère local ou régional et ceux qui tout en ayant cette caractéristique, sont en concurrence avec des entreprises relevant du règlement et n'ayant pas de moyen dans leurs contrats de compenser les charges qui pèsent sur elles, du fait de leurs obligations de service public.

La proposition permet donc de garantir une égalité de traitement des entreprises en charge d'obligations de service public, tout en laissant de côté la majorité des transports locaux et régionaux.

Par ailleurs, la proposition ne pose pas de critère territorial, puisqu'il souligne qu'il ne faut pas sous-estimer l'importance économique des entreprises opérant sur des réseaux plus restreints, mais un critère concurrentiel.

Cette proposition soulève également la question du risque lié à la surcompensation, c'est-à-dire la compensation des obligations de service public dans un sens trop favorable aux opérateurs, ce qui rompt l'égalité dans le jeu de la concurrence entre opérateurs.

Le Comité économique et social dans son avis du 23 mai 1973³⁵⁰ exprime sa satisfaction quant à la proposition de la Commission et y voit même un « *deuxième pas déterminant* ». Cependant il émet plusieurs observations. Le Comité souligne tout d'abord la nécessité de préciser la notion de « chemin de fer » laquelle varie selon les Etats membres et qui peut mener à l'exclusion du champ d'application du règlement des entreprises de réseaux tels que les métropolitains, créant ainsi des distorsions de concurrence à leur égard, alors même qu'elles effectuent dans le cadre d'obligations de service public des « *prestations plus importantes quantitativement et qualitativement que celles des chemins de fer plus petits à vocation locale, auxquelles doit cependant sans aucun doute s'appliquer la désignation « entreprise de chemin de fer* » ». Le Comité cite notamment à l'appui de son argument le cas de la RATP à Paris. L'avis appelle aussi la Commission à contraindre les Etats à désigner nommément les autorités compétentes en charge de la compensation des obligations de service public car l'extension du champ d'application des

³⁵⁰ J.O. n°C 86 du 16.10.73, p1.

règlements n°1191/69 et 1192/69 devrait aller bien au delà des relations financières entre Etat et entreprise nationale et concernera donc d'autres collectivités. Enfin, le Comité maintient sa demande d'un traitement rapide et particulier des transports à caractère local et régional. En tout cas, le Comité appelle le Conseil à un examen rapide des propositions³⁵¹.

Cependant le texte ne fut jamais adopté et finalement retiré le 23 janvier 1987. Il n'y eut pas non plus de texte publié sur le cas particulier des transports publics locaux.

§ 2 – Un régime conforme aux objectifs politiques du droit communautaire de l'époque

Bien que le règlement n°1191/69 soit original pour ses développements sur la question des obligations de service public, il demeure dans ses objectifs marqué par le contexte politique européen de l'époque. Il met en œuvre la volonté politique de supprimer les barrières nationales qui entravent la libéralisation des services (A). Il s'appuie pour cela sur plusieurs autres mesures adoptées à l'époque qui contribue à ce dessein (B).

A - La libéralisation des services de transport au cœur du dispositif du Règlement n° 1191/69

Trois principes sont au cœur du Règlement n° 1191/69:

- le principe de suppression des obligations de service public en matière de transports (art. 1 paragraphe 1) sauf dans le cas où leur maintien est indispensable pour garantir des services de transport suffisants (art. 1 §2) et dans le domaine du transport de voyageurs pour les prix et conditions imposés par voie d'autorité dans l'intérêt d'une catégorie sociale particulière (art.1 §3);
- le principe de compensation des charges découlant du maintien des obligations de service

³⁵¹ Le Comité économique et social invite également la Commission à régler le cas d' « *entreprise de chemin de fer d'intérêt général dans une région insulaire* » qui ne peut remplir matériellement les conditions de raccordement et donc bénéficier de l'application du futur règlement.

- public (art. 1 §4);
- le principe d'harmonisation des méthodes de compensation des charges (art.1 §4).

Pour ce qui est du premier principe, la suppression des obligations de service public, les Etats ont formellement l'obligation de le mettre en œuvre mais il est possible d'y déroger. Les Etats doivent supprimer les obligations de service public de leur propre chef comme le laisse entendre l'article 1 paragraphe 1. En revanche, les entreprises en charge du service ont le droit de demander la suppression des obligations (art. 4). Elles ne peuvent faire cette demande que si l'obligation entraîne pour elles un désavantage économique. La proposition du Parlement prévoyait aussi, un droit d'initiative de la part des entreprises concurrentes pour demander la suppression des obligations de service public supportées par les autres entreprises. Cependant la mesure ne fut pas retenue par peur d'un nombre exagéré de demandes et sans doute aussi de la difficulté d'une entreprise concurrente à démontrer le désavantage économique.

Le Règlement fixe la méthode permettant de calculer ce désavantage dans le cas d'obligations de transporter ou d'exploiter ainsi que pour les obligations tarifaires (art. 5). Dans le premier cas, il y a désavantage économique lorsque « *la diminution des charges susceptible d'être réalisée par la suppression totale ou partielle de cette obligation est supérieure à la diminution des recettes* ». Dans le second cas, le désavantage économique est caractérisé quand « *la différence entre les recettes et les charges de trafic soumis à l'obligation est inférieure à la différence entre les recettes et les charges du trafic résultant d'une gestion commerciale tenant compte des coûts des prestations soumises à cette obligation ainsi que de la situation du marché* ». Cette opération est assez complexe et rend les demandes des entreprises difficiles à présenter. Elle est également assez approximative puisqu'elle se fonde sur des estimations et des projections sur ce qu'auraient été les résultats commerciaux du service si l'entreprise n'avait pas eu à supporter les charges liées aux obligations de service public. La méthode n'était donc pas tout à fait satisfaisante et explique en partie la faible application du règlement.

L'autorité compétente demeure libre de refuser une demande de suppression d'obligations de

service public si elle estime que le désavantage économique n'est pas caractérisé³⁵². Pour l'apprécier, l'autorité peut prendre en considération l'ensemble de la situation économique de l'entreprise et les méthodes de gestion qu'elle applique. Les compensations ne couvrent donc pas des pertes temporaires mais bien des déficits structurels. Dans ce cadre l'article 7 du Règlement prévoit la possibilité pour l'autorité compétente d'assortir une décision de maintien d'obligations de service public de « *conditions destinées à améliorer le rendement des prestations* ». L'autorité est également libre de refuser la suppression d'une obligation de service public quand bien même le désavantage économique serait caractérisé. Ainsi dans l'affaire *Kainuun Liikenne Oy et Oy Pohjolan Liikenne Ab*³⁵³, deux entreprises de transport de voyageurs par autobus demandèrent à l'administration départementale la suppression d'une partie de la ligne qu'elles exploitaient, au motif que celle-ci n'était pas rentable économiquement. La juridiction locale confirma l'existence de ce désavantage économique. Elle se tourna cependant vers la Cour de justice pour savoir si cette existence contraignait l'administration départementale à accepter cette requête de suppression. A cette question, la Cour de justice répondit par la négative, en précisant que les Etats étaient toujours libres de refuser la suppression d'une obligation de service public dans la mesure où cette exigence est nécessaire à la fourniture de services de transport suffisants (art. 1 § 3 et 4). Dès lors, les autorités, dans le respect de l'article 3 qui indique comment apprécier cette notion, sont libres de prendre la décision de maintenir les obligations de service public.

Le règlement indique également que si les autorités ne répondent pas à une demande de suppression alors l'obligation est réputée supprimée dans un délai d'un an ou six mois selon le type d'obligation en cause (art. 6). Par ailleurs, l'Etat membre doit expressément communiquer à la Commission et aux autres Etats (art. 8), toute suppression d'obligation qui affecterait le commerce ou le trafic entre Etats membres. Enfin, une décision de suppression peut prévoir un service de remplacement qui tout en assurant le service de transport n'entraînerait cependant pas les charges supportées auparavant (art.7). Ce service de remplacement peut être proposé par l'entreprise dans sa demande de suppression des obligations de service public (art. 5). Il doit

³⁵² CJCE, 27 novembre 1973, *NV Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat*, C-36/73, Rec.1299.

³⁵³ CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy et Oy Pohjolan Liikenne Ab*, C-412/96, Rec. 5141.

permettre d'améliorer la situation financière de l'entreprise et en principe être rentable.

Les autorités compétentes des Etats membres peuvent cependant décider du maintien des obligations de service public lorsque cela est nécessaire pour assurer la fourniture d'un service de transport suffisant. Lorsque cette solution est retenue les autorités doivent s'assurer que, si plusieurs solutions garantissent dans des conditions analogues un service suffisant, c'est la solution la moins coûteuse pour la collectivité qui doit être adoptée (art. 3 §1). L'autorité peut aussi assortir sa décision de mesures permettant d'assurer un meilleur rendement du service affecté par l'obligation (art. 7).

Le règlement ne définit pas la notion de « *fourniture de service de transport suffisants* ». Il indique cependant trois critères d'appréciation (art. 3 §2) : l'intérêt général, les possibilités de recours à d'autres techniques qui pourraient satisfaire les besoins du service et les prix et conditions de transport pouvant être offerts aux voyageurs. Mis à part l'intérêt général, vaste notion, les critères sont plutôt économiques. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Nederlandse spoorwegen / minister Verkeer en Waterstaat*, l'avocat général MAYRAS renvoie, pour apprécier s'il existe une fourniture de services de transport suffisants, à « *la situation du marché des transports, à l'état respectif de l'offre et de la demande et aux besoins collectifs de la collectivité nationale* »³⁵⁴. Le contexte économique semble donc primer sur les besoins de la collectivité. La suffisance des services a une acception quantitative plus que qualitative. Au contraire dans son avis le Comité économique et social invite à prendre en compte en plus de la quantité, des critères de qualité et de sécurité. Il précise que pour la qualité des transports de voyageurs, il faut s'attacher à la sécurité, au confort, à la fréquence et à la régularité ce qui fait preuve d'un avant-gardisme puisque ces mêmes aspects ont été repris trente ans plus tard dans le règlement sur les transports de passagers de 2007.

Quant à la Commission, il est intéressant de voir que sa première proposition de règlement développe la notion d'intérêt général, mettant en lumière les aspects qu'elle entend protéger. La

³⁵⁴ Recueil de jurisprudence de la CJCE, 1973, vol. 2, p 1315-1328. Voir aussi le deuxième considérant du règlement n)1191/69. Cette insuffisance rappelle l'« *insuffisance* » à laquelle le juge administratif français se réfère quand il applique la liberté du commerce et de l'industrie.

proposition de 1967 prévoit que la « *fourniture des services de transport suffisants s'apprécie en fonction: a) de l'intérêt général, et notamment des exigences d'une politique économique régionale appropriée, des besoins des régions sous-développées ainsi que des problèmes des régions gravement affectées par des circonstances politiques* ». Par ces critères, ainsi que ceux avancés par l'avocat général MAYRAS, il est visible que l'intérêt général tel que l'entend la Commission ne porte pas ici et à cette époque, sur les besoins de l'utilisateur. Il s'agit plutôt de protéger les intérêts de la collectivité, ici régionale, dans une perspective économique. Le service public est donc ici entendu comme arme économique plutôt que comme service au public.

Le Règlement prévoit aussi la possibilité d'imposer de nouvelles obligations de service public (art. 14) mais à la condition qu'elles soient absolument nécessaires pour garantir la fourniture de services de transports suffisants. Les décisions d'imposition doivent alors comprendre une compensation qui couvre les charges découlant de cette nouvelle obligation. La caractérisation du désavantage économique et le calcul de la compensation se font selon les méthodes communes établies par le règlement.

Car en effet, du principe de suppression des obligations de service public, émane le second principe, celui de compensation des charges des obligations de service public lorsque celles-ci sont maintenues. Le règlement pose donc une dérogation sectorielle à l'interdiction des aides d'Etat³⁵⁵. Ce principe est également inspiré de la Décision du Conseil de 1965. L'idée sous-jacente est que, si une juste compensation est attribuée à l'entreprise pour couvrir les frais liés aux obligations qu'elle supporte, alors elle est replacée dans une position concurrentielle égale aux autres entreprises de transport. Le droit à compensation naît à la date de la décision de maintien de l'obligation. Le montant doit correspondre à l'importance des désavantages économiques. La compensation consiste donc en une subvention qui équivaut à la différence du montant des charges entre une entreprise qui est en charge d'une obligation de service public et une autre qui en est exemptée. Par ailleurs, pour éviter tout abus, la compensation doit être déterminée de manière claire à l'avance. L'article 13 prévoit que la compensation est fixée pour au moins un an et qu'elle est accompagnée d'une liste des facteurs pouvant donner lieu à correction. La correction

³⁵⁵ Point 85 de TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, dit « *Combus* » T-157/01, Rec. II-917.

des montants est effectuée chaque année.

Les articles 10 à 13 du Règlement fixent les méthodes communes de compensation et mettent en œuvre ainsi le principe d'harmonisation du règlement. Pour le calcul des charges de l'entreprise, son activité dans son ensemble est considérée. Pour le calcul de la compensation, les autorités prennent en compte les répercussions que la suppression aura sur l'ensemble de l'activité de l'entreprise. De plus, en vertu de l'article 5 paragraphe 1 alinéa 3, si les obligations d'exploiter ou de transporter portent sur plusieurs catégories de trafic et que les obligations sont supprimées pour l'une d'entre elles, alors dans le calcul du montant des charges, il convient de ventiler les coûts globaux à toutes les catégories de trafic entre ces différents services. En effet, si comme le dit l'avocat général MAYRAS, les coûts globaux étaient tous reportés sur le service où les obligations sont maintenues, alors le service où elles ont été supprimées serait indirectement subventionné, ce qui fausserait la concurrence pour les entreprises concurrentes sur ce secteur. Là encore les méthodes adoptées sont relativement complexes et approximatives ce qui nuit à leur efficacité. Si l'on s'en tient à l'article 12 par exemple, il faut « *pour la détermination des coûts qui résultent du maintien des obligations* », tenir compte « *d'une gestion efficace de l'entreprise et d'une fourniture de services de transport d'une qualité adéquate* ». Ces deux éléments, une « *gestion efficace* » et une « *qualité adéquate* », sont des critères très flous et circonstanciels qui entrent mal dans un calcul mathématique aussi précis que celui fixé aux articles 10 et 11. De plus, la référence à la qualité paraît incongrue dans la mesure où elle a été refusée dans tous les autres articles.

Comme nous l'avons vu, le règlement a été adopté sur la base de deux articles du Traité CE. L'article 71 (ancien article 75) et l'article 89 (ancien article 94). Le premier article fixe la procédure d'adoption des normes en matière de transports au cœur de laquelle se trouve le Conseil qui statue à l'unanimité dans un premier temps, jusqu'à la fin de la seconde étape c'est-à-dire huit ans, puis à la majorité qualifiée dans un second temps. Le second article fixe quant à lui la procédure d'adoption des règles en matière d'aides d'Etat dont le Conseil est encore l'acteur principal. Dans ce contexte, l'harmonisation que tend à réaliser le règlement n° 1191/69 est en fait une harmonisation financière, servie par des techniques mathématiques, afin d'assurer un

encadrement des aides d'Etat. La part accordée au service public de transport en tant que tel est secondaire. La Communauté européenne adopte donc ici une vision économique du service et renvoie à un second rang la mission d'intérêt général.

Par ailleurs l'harmonisation de ces règles a une conséquence importante puisqu'il dispense les Etats de la procédure d'information préalable auprès de la Commission, prévue par l'article 93 paragraphe 3 pour l'octroi d'aides d'Etat. Cependant les Etats doivent communiquer les compensations accordées pour les charges afférentes aux obligations de service public (art.17). Dans son arrêt *Combus*, le Tribunal a précisé comment apprécier cette dispense³⁵⁶. La dérogation sectorielle à l'interdiction des aides d'Etat « *ne laisse à la Commission aucune marge d'appréciation quant à l'autorisation des aides couvertes par cette dérogation* ». Les Etats membres disposent donc ici d'une large autonomie dans les limites du cadre fixé par le règlement. En conséquence, du fait de ce régime particulièrement favorable, le Tribunal rappelle que la jurisprudence exige une interprétation restrictive de ce régime. Dès lors, seules les aides « *qui sont directement et exclusivement nécessaires à l'accomplissement du service public de transport en tant que tel* » doivent bénéficier de la dérogation posée dans le règlement. En conséquence, les déficits liés à une mauvaise gestion de l'entreprise et les subventions y conséquentes tombent dans le champ d'application du Traité sur les aides d'Etat (article 87). Dans le cas de *Combus*, l'entreprise a bénéficié de subventions de la part de l'autorité publique qui compensaient des déficits occasionnés par une présentation d'offres de prix trop bas en vue de remporter les appels d'offre. Le Tribunal censure donc la position de la Commission qui fait entrer ces aides dans le champ de la dérogation posée par le règlement n°1191/69.

Le règlement est extrêmement détaillé. Il ne couvre pourtant pas tous les cas d'aides aux transports et doit être apprécié dans son contexte normatif.

³⁵⁶ Point 85 de TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, dit « *Combus* » T-157/01, Rec. II-917.

B - La libéralisation des services de transport au cœur du contexte normatif

Pour bien comprendre la portée du Règlement n°1191/69, il convient de le replacer dans le contexte normatif de l'époque, passé, présent et futur.

Pour ce qui est du contexte passé, comme l'indique le deuxième visa du Règlement n°1191/69, la décision du Conseil du 13 mai 1965 relative à l'harmonisation de certaines dispositions ayant une incidence sur la concurrence dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable³⁵⁷, est à son origine. L'économie générale de la norme de 1969 s'y retrouve complètement. L'objectif d'harmonisation est inscrit dans le titre de la décision et repris au premier considérant. L'article 5 reprend les principes du Règlement n°1191/69. Il pose le principe de la suppression des obligations de service public sauf au cas où elles seraient indispensables « *pour garantir la fourniture de services de transport suffisants* ». Il reprend son corollaire, la compensation des charges selon des méthodes communes au cas où les obligations seraient maintenues, au paragraphe 2. Dans leurs avis le Comité économique et social et le Parlement³⁵⁸ souhaitaient ajouter les obligations entraînées par les traités C.E.C.A. et C.E.E mais cela ne fut finalement pas retenu dans le texte final. Il est notable cependant que le Parlement dans son avis sur la décision du Conseil insiste pour inclure au futur article 5 la mention d'une future définition de la notion de service public qui serait posée par les institutions « *selon la procédure de l'article 75 (nouvel article 71) du traité* », lequel fixe la procédure décisionnelle de la politique communautaire des transports. Enfin, la Décision de 1965 constitue un précédent important car son article 6 fournit une première définition de l'obligation tarifaire très proche de celle que retiendra finalement le Règlement n°1191/69³⁵⁹. Cette décision constitue la base des textes relatifs aux obligations de service public adoptés par la suite. L'article 15 invite d'ailleurs la Commission à faire des « *propositions en vue de la modifier ou de la compléter en fonction de*

³⁵⁷ Décision 65/271/CEE du Conseil, du 13 mai 1965, relative à l'harmonisation de certaines dispositions ayant une incidence sur la concurrence dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, J.O. N°88 du 24.05.1965, p.1500.

³⁵⁸ Respectivement, J.O. n° 168 du 27.10.1964 p.2637 et J.O. n° 81 du 27.05.1964 p.1279.

³⁵⁹ Art. 6: « *A partir du 1er juillet 1967, les charges qui découlent pour les transports de l'application aux transports de voyageurs de prix et conditions de transport imposés par un Etat membre dans l'intérêt d'une ou de plusieurs catégories sociales particulières, devront faire l'objet de compensations déterminées selon des méthodes communes* »

l'établissement du marché commun et du développement de la politique commune des transports ». De fait, on retrouve la décision dans les visas de trois des règlements étudiés dans cette section, numéros 1191/69, 1192/69 et 1107/70.

Avant de les aborder, il convient de mentionner un règlement qui a précédé le règlement 1191/69. Il s'agit du règlement du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable³⁶⁰. Adopté sur la base des anciens articles 75 et 87 du Traité CE (nouveaux articles 71 et 83), il tend à abolir les pratiques restrictives (décisions d'association, accords et pratiques concertés) dans ce secteur dans le but de garantir sur le marché européen, une concurrence et des échanges commerciaux non faussés. Le règlement pose un certain nombre d'exceptions motivées par des raisons techniques ou pour éviter un trop grand morcellement du secteur. Des motifs de qualité quand ces accords *« contribue(nt) à améliorer la qualité des services de transport ou à promouvoir, sur les marchés qui sont soumis à de fortes fluctuations dans le temps de l'offre et de la demande, une meilleure continuité et stabilité dans la satisfaction des besoins de transport, ou à augmenter la productivité des entreprises ou à promouvoir le progrès technique ou économique du service »*, peuvent aussi permettre d'écarter l'interdiction³⁶¹. Le considérant 10 rappelle que le texte s'applique également aux entreprises publiques et aux SIEG.

Pour ce qui est du contexte du Règlement n° 1191/69 au moment de son adoption, le Règlement n° 1192/69 relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer a été adopté le même jour. Ce règlement s'applique aux six mêmes entreprises de chemin de fer mentionnées à l'article 19 du Règlement n°1191/69 et pose le principe de la normalisation de leurs comptes, c'est-à-dire de la détermination des charges et avantages qui pèsent sur elles *« par rapport à la situation dans laquelle elles se trouveraient si elles étaient dans les mêmes conditions que les entreprises des autres modes de transport »*. Sont évidemment

³⁶⁰ Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil, du 19 juillet 1968, portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO n° L 175 du 23.07.1968.

³⁶¹ Le règlement de 1968 a été plusieurs fois modifiés et finalement codifié par le règlement Règlement (CE) n o 169/2009 du Conseil du 26 février 2009 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) JO n° L 061 du 05/03/2009 p. 0001 – 0005.

exclues de cette opération les obligations de service public couvertes par le règlement n°1191/69. Concrètement, ces charges ou avantages consistent essentiellement dans les mesures du personnel imposées par l'Etat et dépenses sociales liées aux régimes spéciaux des salariés de ces entreprises (art. 4)³⁶². Le règlement fixe les méthodes communes de calcul du montant des compensations selon une grille de catégorie de charges et la procédure à suivre pour la normalisation des comptes. Comme pour les aides compensatoires d'obligations de service public au sens du Règlement n°1191/69, ces compensations ne font pas l'objet d'une notification auprès de la Commission au sens de l'article 93 paragraphe 3 du Traité CE. L'objectif est ici encore d'éliminer les disparités (imposition de charges ou octroi d'avantages) qui faussent la concurrence entre opérateurs et le service public ici au sens organique.

Enfin près d'un an après l'adoption des règlements n°1191/69 et 1192/69, le Conseil adopte le 4 juin 1970 un règlement relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable³⁶³. Dans ses visas le Règlement se réfère également à la décision du Conseil de 1965 et notamment à son article 9 qui dispose que la Commission devra faire des propositions en vue de l'application de l'article 77 du traité (nouvel article 73) qui pose

³⁶² Si l'on reprend les catégories posées aux différentes annexes au règlement, ces charges consistent en : *Annexe I : Indemnités imposées aux entreprises de chemin de fer et prises en charge par l'Etat pour l'économie en général, y compris les autres modes de transport; Annexe II : Dépenses de caractère social, supportées au titre des allocations familiales par les entreprises de chemin de fer, différentes de celles qu'elles supporteraient si elles devaient cotiser dans les mêmes conditions que les entreprises des autres modes de transport; Annexe III: Charges de retraite et pensions supportées par les entreprises de chemin de fer dans des conditions différentes de celles en vigueur pour les autres modes de transport; Annexe IV: Prise en charge par les entreprises de chemin de fer des dépenses relatives aux installations de croisement; Annexe V : Obligation de recruter du personnel excédant les besoins de l'entreprise; Annexe VI : Majoration des rémunérations imposée par le gouvernement d'un Etat membre avec effet rétroactif, sauf dans le cas où la majoration des rémunérations ne constitue qu'une adaptation des rémunérations payées par les entreprises de chemin de fer aux rémunérations payées par les autres modes de transport; Annexe VII : Retard imposé par les autorités compétentes dans le renouvellement et l'entretien; Annexe VIII : Charges de reconstruction ou de remplacement à la suite de dommages de guerre, supportées par l'entreprise de chemin de fer et qui auraient dû incomber à l'Etat; Annexe IX : Obligation de maintenir du personnel excédant les besoins de l'entreprise; Annexe X : Mesures en faveur du personnel, imposées par l'Etat, à titre de reconnaissance nationale dans des conditions différentes de celles en vigueur pour les entreprises des autres modes de transport; Annexe XI : Indemnités en faveur du personnel imposées aux entreprises de chemin de fer et non aux entreprises des autres modes de transport; Annexe XII : Dépenses de caractère social, supportées, notamment, au titre des soins de santé par les entreprises de chemin de fer, différentes de celles qu'elles supporteraient si elles devaient cotiser dans les mêmes conditions que les entreprises des autres modes de transport; Annexe XIII: Charges résultant du maintien, imposé par l'Etat, d'ateliers ou autres établissements dans des conditions non conformes à une gestion commerciale de l'entreprise de chemin de fer; Annexe XIV : Conditions imposées par les marchés publics de travaux et de fournitures; Annexe XV : Charges financières résultant du défaut de normalisation dans le passé.*

³⁶³ Règlement du Conseil n° 1107/70, J.O. N° L 130 du 15.06.1970.

le principe de la compatibilité des aides allouées en compensation des obligations de service public dans les services de transport. Le Règlement vise à couvrir les cas d'aides accordées pour des mesures de coordination ou d'obligations de service public qui ne sont pas réglementées par les règlements n° 1191/69 et 1192/69 (art.3). Sont par ailleurs exclus (art.4) les versements liés à l'harmonisation progressive des relations financières entre Etats et entreprises de chemin de fer (art. 8 Décision 1965). L'article 3 du Règlement précise quelles mesures de coordination et de remboursement de servitudes inhérentes à la notion de service public sont concernées par le règlement jusqu'à l'entrée en vigueur des autres normes les concernant : il s'agit des obligations tarifaires et des versements faits à des entreprises exclus du champ d'application du règlement. Pour le Comité économique et social, il s'agit en fait des obligations tarifaires non mentionnées dans l'article 2 du règlement n°1191/69 et les entreprises et activités exclues du champ d'application du Règlement n°1191/69. En pratique cela signifierait que les transports locaux et régionaux justement exclus de cette norme tombent sous le coup du Règlement n° 1107/70. Les aides doivent donc être par conséquent, conformément à l'article 93 paragraphe 3 du traité, notifiées par les Etats à la Commission lors de leur établissement ou de leur modification.

Mais la Cour de justice a eu l'occasion de clarifier ce point et a refusé toute application autonome de l'article 73 du Traité CE. Dans l'arrêt *Altmark* au paragraphe 108³⁶⁴ : « pour autant que le règlement n°1191/69 n'est pas applicable en l'occurrence et que les subventions en cause au principal tombent sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du traité, le règlement n° 1107/70 énonce, de manière exhaustive, les conditions dans lesquelles les autorités des Etats membres peuvent accorder des aides au titre de l'article 77 du Traité ». Dès lors, le bénéfice de l'article 77 du Traité (nouvel article 73) n'est pas invocable directement, mais uniquement dans les cas visés par le droit dérivé.

Tous ces règlements mettent en œuvre l'article 73 du Traité CE. Se distinguant en cela de l'article 87, paragraphe 3, point c, du traité, la notion de coordination qui apparaît dans l'article 73 signifie plus que faciliter le développement d'un certain secteur industriel. Elle implique une certaine forme de planification par l'État.

³⁶⁴ CJCE *Altmark* ; Tribunal deuxième chambre élargie, arrêt *Combus*, du 16 mars 2004, T-157/01, point 100.

Le Règlement n°1191/69 est entré en vigueur le premier juillet 1969. Cependant il n'a quasiment pas été appliqué. Les mesures se sont révélées trop complexes. La contribution à la théorie générale des services d'intérêt économique général tient à l'identification d'un régime contraignant « *inhérent* » à la notion de service public. Le service public est par essence une contrainte qui porte sur l'intensité (« *dans la mesure* ») ou sur les formes (« *dans les mêmes conditions* ») de l'activité. Ni le juge administratif français, ni le législateur italien n'ont mis en valeur cet aspect, se concentrant plutôt sur les pouvoirs exorbitants de la personne publique. Le règlement n°1191/69 change de point de mire en définissant le service public par rapport à celui qui en subit les contraintes alors que ce n'est pas naturellement sa mission. La Commission a donc entrepris de le réformer.

Section II - Le développement de la portée du Règlement n°1191/69 lors de la révision de 1991

La proposition de révision du Règlement n°1191/69 est présentée par la Commission le 1er décembre 1989³⁶⁵. Les visas et les considérants indiquent l'adoption d'une nouvelle perspective pour approcher le service.

En effet, la base juridique du Règlement comme l'indique le premier visa est l'unique article 75 du Traité CE. Cet article définit la procédure d'adoption des normes pour la politique commune des transports. Dans le Règlement n° 1191/69 lui était associé l'article 94 sur la procédure législative en matière d'aides d'Etat. Cette omission est surprenante mais s'explique par le fait, comme nous le verrons, que l'objet du règlement n'est pas de revenir sur la question de la compensation des obligations de service public et sur les méthodes de calcul de cette compensation, mais plutôt de poser le principe de la contractualisation (§2) des obligations de service public et d'élargir le champ d'application du Règlement (§1). Ainsi le dernier considérant du Règlement n° 1893/91 dispose qu'il est « *nécessaire de modifier le règlement (CEE) n° 1191/69 [...] pour adapter son champ d'application et pour établir les règles générales applicables aux contrats de service public* ».

³⁶⁵ J.O. N° C 34 du 14.02.1990, p11.

§ 1 – L'élargissement du champ d'application du principe de suppression des obligations de service public

Le règlement n°1893/91 commence par réaffirmer le principe de la suppression des obligations de service public, mais introduit de suite une nuance à travers une nouvelle formule qui précise que « *l'intérêt public spécifique des services de transport peut justifier que la notion de service public s'applique dans ce domaine* » (considérant 1). Les transports bénéficient donc d'une sorte de présomption de service public qui amène les institutions à tenter de les encadrer, une nouvelle fois.

La notion de service public en question n'est pas discutée par le Parlement ou le Comité économique et social, comme ce fut le cas pour le règlement en 1969. Il ne faut en fait entendre plus que ce qu'indique le nouvel article 14 du Règlement n° 1191/69 à savoir que le service public consiste à « *fournir au public des services de transport suffisants* », ce qui renvoie aux termes de 1969. L'usager, c'est-à-dire le « public » est nommément désigné, ce qui n'était pas le cas dans la version de 1969 qui se référait à la collectivité. Il n'y a pas de nouveauté dans la définition des obligations de service public mais néanmoins la formulation replace symboliquement, le public, les usagers, au cœur de la problématique du service. La suppression des obligations de service public reste donc l'orientation principale mais le Conseil admet la nécessité de considérer le caractère particulier et particulièrement prégnant de service public, dans le domaine des transports.

Ainsi le troisième considérant admet que « *pour la fourniture de certains services ou dans l'intérêt de certaines catégories sociales de voyageurs, les Etats membres puissent conserver la possibilité de maintenir ou d'imposer certaines obligations de service public* ». La proposition de la Commission était ici plus précise et plus radicale. Elle prônait la suppression pure et simple des obligations de service public excepté pour les transports urbains, suburbains et régionaux. Le Conseil a retenu néanmoins une formulation moins précise et plus large.

Cependant le principe de suppression des obligations de service public concerne désormais un grand nombre d'entreprises.

Le texte finalement adopté par le Conseil sur la question du nouveau champ d'application du Règlement n° 1191/69 est très différent de celui proposé par la Commission. Il est tout à la fois plus permissif et plus précis.

Tout comme l'ancien article 1 du Règlement n°1191/69, le nouvel article 1 contient tous les principes qui sont par la suite développés dans le texte : suppression des obligations de service public (art. 1§3), contractualisation des prestations de service public (art. 1 §4), maintien ou imposition de nouvelles obligations de service public pour certains types de transport (art. 1 §5 et 6). Cependant il est notable que le champ d'application du règlement est désormais placé en début de texte et non à la toute fin comme dans la version de 1969. Le premier article paragraphe 1 dispose « *Le présent règlement s'applique aux entreprises de transport qui exploitent des services dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Les États membres peuvent exclure du champ d'application du présent règlement les entreprises dont l'activité est limitée exclusivement à l'exploitation de services urbains, suburbains ou régionaux* ».

Cette disposition est porteuse d'une grande nouveauté. En effet, l'option d'écarter les services urbains, suburbains ou régionaux du champ d'application du Règlement signifie a contrario que le règlement s'applique a priori à tous les types de transport. C'est une grande différence par rapport au règlement n°1191/69 dans sa version originale qui écartait de son champ d'application en son article 19 les transports locaux et régionaux des entreprises autres que de chemin de fer. Par cette amplification, le Conseil satisfait avec près de vingt ans de retard, les exigences de ce même article 19 qui stipulait en son paragraphe 3 que dans les trois ans le Conseil devait décider des actions à entreprendre pour les transports soumis à des servitudes inhérentes à la notion de service public mais exclus du champ d'application du règlement de 1969.

Le caractère particulier des transports urbains, suburbains ou régionaux a justifié l'exclusion dont

ils ont fait l'objet. Les institutions n'ont jusqu'alors pas souhaité pousser l'harmonisation et la libéralisation jusqu'aux marchés locaux. Les conditions de ces services sont de fait très particulières. C'est une activité quasi systématiquement déficitaire, où les redevances des usagers ne suffisent pas à garantir des transports suffisants, et qui fait donc presque toujours l'objet de subventions publiques. La Cour de justice l'affirme également : « *l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux* » dépend « *nécessairement de subventions publiques* »³⁶⁶.

De plus, pendant longtemps s'est posée la question de l'incidence des ces activités locales sur les échanges dans le marché intérieur. Ainsi le Comité économique et social dans son avis sur la proposition de la Commission de 1968 appelait à la rédaction d'un Règlement particulier pour les transports urbains et suburbains au motif qu'ils n'avaient pas « *d'incidence communautaire en matière de concurrence* »³⁶⁷. Mais la Commission, comme le laisse entendre le règlement dans sa version de 1969 a toujours eu pour but ultime de libéraliser les transports locaux.

La Cour de justice a d'ailleurs par la suite contesté l'idée de la non incidence des services publics locaux et déclaré dans plusieurs arrêts et notamment dans l'arrêt *Altmark* que : « *il n'est nullement exclu qu'une subvention publique accordée à une entreprise qui ne fournit que des services de transport local ou régional et ne fournit pas de services de transport en dehors de son Etat d'origine puisse, néanmoins, avoir une incidence sur les échanges entre Etats membres* »³⁶⁸.

Les institutions ont par ailleurs révisé leur terminologie. En 1969, elles désignaient ces services par « transports locaux et régionaux ». En 1991, la terminologie est celle qu'avait proposée le Comité économique et social dans son avis sur le règlement de 1969, à savoir « transports urbains ». Cette terminologie rend compte des réalités économiques et sociales du territoire alors que la première était purement géographique. Cependant l'esprit du texte et la mention dans le Règlement de 1969 des « transports locaux », indiquent que dans une certaine mesure « transports locaux » et « transports urbains » sont assimilables. C'est d'autant plus probable que la Commission dans sa proposition avait suggéré de maintenir l'article 19 du règlement de 1969

³⁶⁶ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec. I-7747, paragraphe 64 et dispositif paragraphe 1.

³⁶⁷ Avis du Comité économique et social, J.O. n°49 du 17.05.1968, p17, paragraphe 6 des observations générales, page 17.

³⁶⁸ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec. I-7747, Paragraphe 77

qui mentionnait les « transports locaux ». L'article fut finalement supprimé et en conséquence le champ d'application du nouveau règlement 1191/69 se trouve uniquement à l'article 1.

Il est donc possible pour les Etats membres d'écarter les transports urbains, suburbains et régionaux de l'application du règlement n° 1191/69 révisé. Seuls deux Etats, l'Allemagne et l'Autriche, retinrent cette option. Dans un tel cas, ces services relèvent alors du droit commun de la Communauté c'est-à-dire plus particulièrement des mesures de droit de la concurrence et notamment des articles 86-2 et 93-3 du traité CE.

La majeure partie des Etats a cependant choisi d'appliquer le Règlement n° 1191/69 révisé à leurs services urbains, suburbains ou régionaux. Dès lors, ces services peuvent bénéficier de l'exemption de l'obligation de suppression des obligations de service public. En effet l'article 1 paragraphe 5 dispose: « *Toutefois, les autorités compétentes des États membres peuvent maintenir ou imposer les obligations de service public visées à l'article 2 pour les services urbains, suburbains et régionaux de transport de voyageurs* ». Dans un tel cas, conformément à la philosophie du règlement 1191/69 ces obligations de service public font l'objet d'une compensation selon les méthodes communes énoncées par le règlement. De plus, si l'entreprise en charge du service soumis à des obligations de service public réalise d'autres activités non concernées par ces contraintes, une division comptable est nécessaire et aucun transfert financier n'est possible entre les différentes activités (il y aurait sinon un risque de subvention illégale et par la même risque de fausser la concurrence). Cette séparation comptable introduit plus de transparence dans le calcul de la compensation et permet d'éliminer les dispositions qui prévoyaient un calcul de la compensation en répercutant la conséquence de cette suppression sur l'ensemble de l'activité de l'entreprise (art. 1 paragraphes 2 et 3). Le Parlement était sur ce point encore plus pragmatique et reconnaissait l'absolue nécessité de soumettre les opérateurs à des obligations de service public. Pour la Commission cela ne paraît pas nécessaire³⁶⁹. En tout état

³⁶⁹ Résolution portant avis du Parlement : J.O. N° C 27 du 28.03.68, p18 : « *Toutes fois les Etats membres doivent, pour garantir une offre adéquate en termes de transports publics, continuer de soumettre des services urbains, suburbains ou régionaux à l'imposition des obligations de service public visées au paragraphe 1.* » Par rapport à la proposition de la Commission, J.O. N°248 du 13.10.67, p12 : « *...les Etats membres peuvent continuer de soumettre des services urbains, suburbains ou régionaux à l'imposition d'obligations de service public ...* »

de cause, ceci signifie bien la volonté des institutions communautaires de ne pas atteindre et libéraliser encore les marchés locaux. Les réalités locales invitent en effet les autorités publiques à intervenir en définissant des objectifs de service et en procurant des subventions, pour permettre un égal accès au service, une péréquation géographique, etc.

Dans le cadre de la célèbre affaire *Altmark*, la question s'est posée de savoir si des services urbains, suburbains ou régionaux pouvaient faire l'objet d'une exclusion partielle du champ d'application du règlement n°1191/69 révisé. L'Allemagne avait en effet exclu ses services urbains, suburbains ou régionaux de l'application du règlement jusqu'au 31 décembre 1995. Depuis le 31 janvier 1996, le législateur distinguait deux types de services : les services rentables économiquement appelés « en autonomie financière » et les services dépendant des subventions publiques exploités selon les modalités du service public. La loi prévoyait donc que cette dernière catégorie de service était soumise à l'application du règlement n°1191/69 révisé. L'entreprise *Altmark* avait bénéficié du régime « en autonomie financière » et s'était vu attribuée des licences d'exploitation de transport par autobus. L'entreprise concurrente contestait l'attribution des ces licences au motif que *Altmark* n'était pas une entreprise économiquement saine puisqu'elle avait besoin de subventions publiques pour exécuter les licences litigieuses et que ces aides étaient contraires au droit communautaire. Dans ce contexte, la Cour administrative allemande demanda si il était possible de ne soumettre que partiellement à l'application du règlement les services urbains, suburbains ou régionaux. Suivant les conclusions de l'Avocat général LEGER, la Cour de justice a estimé qu'une limitation de la dérogation va dans le sens des objectifs du règlement et est donc tout à fait légale à la condition que le principe de sécurité juridique soit respecté. Or les juges communautaires émirent quelques doutes sur ce point, la distinction entre régime en autonomie financière et en service public n'étant pas claire, vu qu'une entreprise prétendument autonome pouvait bénéficier de subventions publiques.

Bien que le maintien du principe de suppression des obligations de service public soit réaffirmé et le champ d'application élargi, la mesure phare du nouveau règlement est la création du « contrat de service public ».

§ 2– Le principe de contractualisation

Comme l'indique le Comité économique et social dans son avis du 4 juillet 1990 sur la proposition de la Commission³⁷⁰, « *le Règlement (CEE) n°1191/69 n'a été appliqué ni de la même manière, ni intégralement par tous les Etats membres dans le passé.* » Dans une large majorité les Etats ont maintenu les obligations de service public et les subventions ce qui dans un marché de plus en plus ouvert nuisait à la concurrence. La Commission proposa alors une nouvelle technique : le contrat du service public. L'objectif est ainsi de garantir la transparence et la liberté commerciale de l'entreprise.

Dans cette perspective, le deuxième considérant du règlement révisé pose le « *principe de l'autonomie commerciale* » des entreprises de transport. Cette autonomie engage l'Etat à négocier et fixer les prestations du service de transport dans un contrat. La règle du contrat pour toute activité de service public est par conséquent, ici, posée.

L'article 1 paragraphe 4 dispose en effet : « *Pour garantir des transports suffisants, compte tenu notamment des facteurs sociaux, environnementaux et d'aménagement du territoire, ou en vue d'offrir des conditions tarifaires déterminées en faveur de certaines catégories de voyageurs, les autorités compétentes des Etats membres peuvent conclure des contrats de service public avec une entreprise de transport.* » Cette disposition est intéressante à plus d'un titre. Tout d'abord parce qu'elle reprend la formulation qui permettait de soustraire les services au principe de suppression des obligations de service public dans la version originale du règlement n°1191/69. La garantie de transports suffisants n'est plus un motif pour écarter l'application de la norme, seuls les services urbains, suburbains ou régionaux peuvent bénéficier de l'exception. Cela signifie que désormais après plus de vingt ans, les circonstances politiques, économiques, territoriales permettent à plusieurs opérateurs de proposer des services et donc d'ouvrir le marché à la concurrence. Aussi par souci de transparence et en vue de respecter la liberté commerciale de l'entreprise, il est nécessaire que les prestations soient négociées et fixées dans un contrat.

³⁷⁰ J.O. N° C 225, 10.9.90, p27.

Ensuite l'article indique des critères permettant de déterminer ce qu'il faut entendre par « *transports suffisants* ». Ceux-ci reflètent les nouveaux enjeux des politiques publiques de l'époque et s'écartent dans une certaine mesure des critères d'appréciation que fixait le règlement en 1969. Seul le critère des conditions tarifaires pour certaines catégories de voyageurs est maintenu. Pour le reste, l'environnement, la cohésion sociale et territoriale apparaissent et là encore marquent un changement d'époque, en introduisant de nouvelles préoccupations qui pénètrent peu à peu toutes les politiques publiques.

Il apparaît donc qu'en 1969 pour garantir la fourniture de services de transport suffisants une décision d'autorité de la collectivité compétente était nécessaire car les prestations ne pouvaient être offertes spontanément par les entreprises dans les circonstances de l'époque, lesquelles se traduisaient par l'existence d'un opérateur unique sur le réseau. Fin des années 1980, les circonstances ont changé, les technologies se sont perfectionnées et les priorités ont évolué. Dans ce contexte, avec l'avancée du marché commun, les opérateurs potentiels se sont multipliés. Il devient donc nécessaire de garantir une juste concurrence et son corollaire la transparence des relations entre autorités publiques et entreprises.

Enfin le troisième critère, celui des « *conditions tarifaires favorables à certains voyageurs* », qui fait partie de la catégorie de l'obligation tarifaire, peut continuer de bénéficier de l'exemption au principe de suppression des obligations de service public et du coup également éviter la contractualisation comme c'est le cas pour les services urbains, suburbains ou régionaux.

La première formulation du principe de la contractualisation des prestations à l'article 1 était plus vague. La proposition prévoyait un contrat si « *cela se révèle nécessaire pour assurer un transport correct sur une ligne ou dans une aire géographique* »³⁷¹. La notion de service public était donc ici à peine évoquée et constituait un pas en arrière par rapport à la version de 1969. En effet, le mot « *correct* » par rapport à celui de « *suffisant* » abaisse le niveau d'attente. Le mot « *suffisant* » implique la considération d'un besoin, de nécessités pour l'utilisateur ou pour une activité. Au contraire, le mot « *correct* », semble correspondre à un service minimum qui assure la marche de l'activité de transport mais sans considération des nécessités réelles. Le Parlement

³⁷¹ Art. 1 §1 de la proposition de la Commission, J.O. n°248 du 13.10.67, p12.

avait lui suggéré de corriger le texte de la Commission en préférant au mot « *correct* » celui d'« *approprié* », qui relève également de la logique d'évaluation des besoins, et en stipulant que le service devait répondre à « *des critères sociaux et environnementaux* »³⁷². Cette suggestion du Parlement fut donc, comme nous l'avons vu, en partie reprise par le texte final. Par ailleurs cette mesure proposée fait fi de toute référence à la qualité du service puisque c'est le réseau à travers « *la ligne et l'aire géographique* » qui est pris en compte. La définition du Conseil, plus large, permet de ranger plus de critères dans le contrat.

De fait, la définition de la Commission dans sa proposition à l'article 1 paragraphe 4 allait dans ce sens. L'article disposait « *On entend par « contrat de service public », un contrat [...] dans le but de fournir au public un service adéquat, tout en respectant l'autonomie et les intérêts commerciaux de l'entreprise de transport* ». Le service public était donc abordé par le public, entendu comme les usagers et leurs besoins. Le mot « *adéquat* » pouvait être substitué par « *suffisant* ». Mais cet objectif de satisfaction des nécessités du public était largement contrebalancé par celui de défendre la liberté et les intérêts des entreprises. La version finalement adoptée se limite donc ici à reprendre celle posée pour le nouvel article 1 paragraphe 4.

Dans sa proposition la position plus réservée³⁷³ de la Commission par rapport aux autres institutions est visible. La reconnaissance du service public apparaît comme un moindre mal au regard des obligations de service public. La vision de la Commission de l'époque diffère de celle des Etats membres (et dans une certaine mesure de la société civile à travers le Parlement) qui à travers le vote du Conseil sont venus redonner du poids à la notion de service public comme service poursuivant des objectifs d'intérêt général.

En revanche sur les clauses des contrats de service public, les positions des institutions convergent. Le nouvel article 14 fixe les clauses optionnelles et obligatoires des contrats. Parmi les dispositions obligatoires figurent l'inscription des caractéristiques des services offerts, et notamment les normes de continuité, de régularité, de capacité et de qualité ; le prix des

³⁷² Amendement 49 de la résolution du Parlement, J.O. n° C 27 du 28.03.68, p18.

³⁷³ « *Si cela se révèle nécessaire...* » Art. 1 §1 de la proposition de la Commission, J.O. n°248 du 13.10.67, p12.

prestations du contrat ; la durée de validité du contrat ; les sanctions en cas de non-respect du contrat. Les clauses facultatives se réfèrent aux services de transport répondant à des normes fixées de continuité, de régularité, de capacité et de qualité, aux services de transport complémentaires, aux services de transport à des prix et des conditions déterminés, notamment pour certaines catégories de voyageurs ou pour certaines relations, et aux adaptations des services aux besoins effectifs. Nombre d'aspects qui avait été proposés auparavant lors de l'adoption du règlement de 1969, notamment par le Conseil économique et social sont donc ici finalement réintroduits. Les ajouts montrent l'évolution de la position des institutions communautaires vis-à-vis du service public en général.

Le principe de contractualisation a fait l'objet d'une interprétation par le tribunal des Communautés européennes dans l'arrêt *Combus*³⁷⁴. Dans cette affaire, une fédération professionnelle regroupant la quasi totalité des entreprises de transport régional en commun par autobus au Danemark s'est adressée à la Commission pour dénoncer l'attribution d'aides d'Etat à la société Combus en charge du service de transport en commun par autobus après avoir remporté des appels d'offres. Cependant après examen la Commission décide de ne pas soulever d'objections à ces aides, au motif notamment que ces sommes sont couvertes par le Règlement n° 1191/69 et par l'article 73 du Traité CE sur le remboursement des servitudes inhérentes à la notion de service public. La fédération déposa une requête pour attaquer cette décision.

Le Tribunal est en désaccord avec le raisonnement de la Commission. Pour les juges le règlement de 1991 introduit une nette distinction entre les obligations de service public et les contrats de service public. Seule la version allemande du Règlement prête à confusion en ce qu'elle se réfère aux « *contrats relatifs à des services de transport « sur la base d'obligations de service public »* ». Mais cette version procède selon le tribunal, d'une erreur manifeste de rédaction. L'esprit du règlement n° 1191/69 tel que révisé en 1991 est d'encadrer deux types de situations : le régime contractuel et le régime exceptionnel des obligations de service public. C'est uniquement dans ce dernier cas qu'il y a lieu de se référer aux compensations de service public telles que définies par le Règlement n° 1191/69 à la section IV, articles 10 à 13. Mais dans le cas de marchés attribués après appel d'offres comme dans le cas d'espèce, c'est l'article 14 définissant

³⁷⁴ TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, dit « *Combus* » T-157/01, Rec. II-917.

les contrats de service public qui s'applique. Celui-ci prévoit l'inclusion dans le contrat, des conditions de fourniture du service et du prix des prestations, c'est-à-dire que les caractéristiques et la rémunération du service par l'autorité adjudicatrice sont négociées et acceptées, lorsque l'entreprise participe à la procédure de compétition. Dès lors, les contrats sont les « *seuls points de rattachement valables, pour déterminer les paiements susceptibles d'être autorisés en tant que financement du service de transport* ». Si des modifications sont nécessaires pour faire face à des situations nouvelles, il faut alors appliquer les mesures de l'article 14 paragraphe 2 qui prévoient la possibilité d'établir des avenants aux contrats. Pour le Tribunal, Combust ne supporte donc pas d'obligations de service public et ne peut par conséquent faire l'objet d'aides couvertes par le régime de compensation du Règlement n° 1191/69.

Mais le règlement omet un important chapitre relatif aux contrats de service public : leur mode d'attribution. La question n'est pas soulevée réellement dans les débats car les Etats membres ne sont pas encore prêts à l'aborder et que les directives marchés publics couvrent une grande part de l'activité. Cependant la Commission entend bien à terme y revenir et dès 2000 dans sa première proposition de révision du règlement, elle introduit des règles à cet effet.

Conclusion du chapitre

Par rapport au règlement dans sa version de 1969, le nouveau règlement 1191/69 maintient donc le principe de la suppression des obligations de service public. Il simplifie la compréhension des normes dans la mesure où il n'est plus nécessaire de se référer à d'autres règlements complémentaires (tels que les règlements n°1192/69 ou n°1107 de 1970). De nouveau, il existe des exceptions au principe de suppression des obligations de service public mais elles sont différentes. Les autorités publiques ne peuvent maintenir ou imposer de nouvelles obligations de service public que dans le cas des services urbains, suburbains ou régionaux, si les Etats décident de les écarter de l'application du règlement, et dans le cas d'obligation tarifaire en faveur d'une ou plusieurs catégories sociales particulières.

La garantie de transports suffisants ne constitue plus une exception au principe de suppression des obligations de service public comme en 1969 : elle est poursuivie à travers des contrats de

service public. Avec l'instrument du contrat, les institutions communautaires s'assurent de la transparence dans la relation entre autorités publiques et entreprises délégataires. Cet outil est certainement plus simple à utiliser pour un certain nombre de collectivités territoriales qui ont déjà traditionnellement développé une activité contractuelle dans ce domaine. Dans quelques Etats, cela constitue toutefois une pratique nouvelle (notamment là où les opérateurs locaux sont de la propriété de la collectivité et gérés directement par elle). Il est aussi plus facile de contrôler d'éventuelles pratiques contraires au droit de la concurrence ou à la liberté de circulation des services.

Le Règlement n°1191/69 est intéressant car il considère très tôt la particularité du service public ainsi que le cas des services publics locaux, dans le secteur des transports. L'approche de ces deux éléments a évolué. En 1969, la notion de service public apparaît essentiellement économique et les transports publics locaux sont majoritairement exclus du champ d'application du règlement. En 1991, les institutions font moins cas du local au sens où en principe les activités sont incluses dans le processus de libéralisation mais les mesures protectrices du service public (à travers l'enrichissement de la notion de transports suffisants notamment avec des considérations environnementales, de cohésion économique et sociale ; les clauses obligatoires et facultatives des contrats ; un recentrage sur le public à l'article 14) sont plus développées. L'évolution du droit communautaire en matière de transports publics locaux à cette époque s'oriente donc vers une plus grande harmonisation entre Etats mais aussi entre les différents niveaux de gouvernements, tout en rééquilibrant l'œuvre de libéralisation par l'établissement de mesures de sauvegarde pour le service public dont le concept est de plus en plus étoffé et s'affirme toujours plus. A travers l'instrument du contrat de service public, la Commission propose un modèle original de libéralisation où la régulation tient une part essentielle. Il trouve cependant des difficultés à s'appliquer dans les formes prescrites, du fait de systèmes locaux bien ancrés où la gestion publique est importante et les contrats parfois inexistantes. Dès 2000, les propositions de révision du Règlement n°1191/69 vont tendre à renforcer la libéralisation et la régulation du service.

Chapitre II – Les transports publics locaux en France et en Italie

L'organisation des transports publics locaux en France et en Italie diffère en dépit d'un cadre général assez similaire. En effet, la France et l'Italie sont deux Etats où l'initiative du service incombe à l'autorité publique³⁷⁵. Cependant les modalités de gestion diffèrent : la France a traditionnellement fait usage du contrat alors qu'en Italie son utilisation a longtemps été limitée. Or cette différence détermine la conformité au régime privilégié par les institutions communautaires qui promeuvent libéralisation et harmonisation et qui placent au centre du système, le contrat de service public. La France a depuis longtemps pratiqué la délégation des services publics et instauré un régime exhaustif qui correspond dans une certaine mesure au modèle imposé par le règlement. En Italie, la délégation sous le mode de concession existe mais les services publics locaux sont principalement fournis en régie à travers des délégations internes qui ne font pas l'objet de publicité.

Il en résulte que deux attitudes radicalement différentes caractérisent l'action du législateur, en France et en Italie, en matière de transports publics locaux. En Italie en effet, la dimension historique que prend cette description est fondamentale tant, suite à diverses réformes, le législateur a véritablement révolutionné l'organisation de l'activité, notamment dans le but de satisfaire aux exigences communautaires. En France au contraire l'évolution a été plus douce, le législateur a procédé par touches pour améliorer le service mais finalement le schéma de l'organisation actuelle est dans ses grandes lignes relativement similaire à celui connu il y a près de trente ans.

Pour observer ce service à l'aune des développements du droit communautaire à la même époque en matière de SIEG, il convient de regarder si la dialectique libéralisation-service public se retrouve dans les Etats membres. Ont-ils un modèle de gestion favorable à l'un ou l'autre de ces deux éléments? Quels instruments le supportent? Cela permettra de voir sa compatibilité avec les normes et le dessein communautaires.

³⁷⁵ Cf. sur la typologie des marchés de transports publics locaux en Europe : www.tis.pt/proj/maretope/maretope.html.

Le service des transports publics locaux tel qu'il est organisé aujourd'hui est le fruit d'une double dynamique d'origine différente : une dynamique interne de décentralisation des compétences et de réorganisation territoriale des services (I) et une dynamique d'origine européenne tendant à la libéralisation des services (II).

Section I – Le service public des transports collectifs locaux

L'organisation du service aujourd'hui connue, est le fruit d'une longue tradition, avec des cultures de gestion bien ancrées, qui correspondent au régime général des services publics locaux et qu'il est difficile de transformer sans susciter de vives réactions de la part des autorités locales. Les approches française et italienne sont relativement différentes dans la mesure où les transports publics français ont été réglementé par le législateur dès le début du vingtième siècle alors qu'en Italie c'est le régime général des services publics locaux qui a prévalu jusqu'au début des années quatre-vingt.

Quelle est donc dans ce contexte la relation entre autorités responsables et service public? Se trouve-t-on face à une définition éminemment organique de ce dernier ?

Pour étudier ces services, il faut observer leur organisation institutionnelle dans cette première partie qui va jusqu'aux années 2000 (§1), puis comment les autorités organisatrices s'acquittent de leur mission de définition du service public (§2).

§1 – Un service local : l'organisation institutionnelle du service

Le service des transports publics est apparu et s'est développé en Europe à deux niveaux : national pour les grandes liaisons et communal pour les trajets locaux. Il en résulte que la comparaison est assez simple au premier abord puisque ce sont des collectivités de même niveau qui organisent le service. Cependant lors de la réorganisation des services qui a eu lieu dans les deux Etats au début des années quatre-vingt, les législateurs ont suivi deux voies différentes. La France, Etat centralisé a maintenu un rôle important aux autorités nationales dans l'organisation du service, sur la base d'un schéma pyramidal. En Italie, Etat à autonomies régionales, c'est ce

dernier niveau intermédiaire qui s'est vu attribuer la plupart des compétences. Comment dans ce cadre se répartissent les compétences entre les autorités publiques et comment coordonnent-elles leur action ?

La grande variété d'acteurs dans le domaine des transports publics (A) impose une coordination à travers l'instrument essentiel de la planification (B).

A – La variété des autorités compétentes selon les territoires et les modes de transports

Il y a deux variables à prendre en compte pour déterminer l'autorité compétente en matière de gestion des transports publics : le territoire et la mode de gestion. Ce sont des constantes dans les Etats membres. Toutefois le nœud du système varie. L'autorité qui distribue les fonds, fixe les orientations politiques et contrôle la bonne gestion du service n'est pas toujours la même. Ainsi en France bien que le système soit décentralisé, l'Etat demeure le cadre dans lequel les politiques doivent être pensées (1). En Italie le cadre s'est transformé au gré des décentralisations pour passer de l'Etat à la région (2). La tendance dans cette première période est cependant dans les deux Etats à une plus forte responsabilisation des collectivités locales.

1. FRANCE : UN SYSTEME DE TRANSPORT LOCAL INSCRIT DANS LE CADRE NATIONAL

En France, les transports de voyageurs relèvent de la responsabilité des pouvoirs publics ce qui implique l'Etat, les régions, les départements et les communes. Ces collectivités sont qualifiées « d'autorités organisatrices » (AO). Elles prennent les grandes décisions en matière de définition du service public (notamment les dessertes, la tarification, les normes de qualité du service et l'information des usagers), de financement et d'organisation. Dans cette organisation décentralisée du service (a), le cas des transports urbains fait l'objet d'un traitement particulier par le législateur (b).

a. L'organisation décentralisée du service

En France, la constitution ne se réfère pas à la matière des transports. L'intervention du législateur national en la matière se justifie par l'article 34 de la Constitution qui dispose que la loi détermine « *de la libre administration des collectivités «territoriales», de leurs compétences et de leurs ressources* ». Le caractère éminemment local du service de transports publics est donc reconnu au sommet de la hiérarchie des normes.

Le système des transports locaux a longtemps été très centralisé. Les décisions de création ou de modification des lignes étaient prises par les représentants de l'Etat. A la fin des années soixante-dix cependant, les collectivités locales se sont organisées pour faire entendre leur voix (création du GART-Groupement des autorités responsables de transport en 1980). A la même époque fut adoptée, la loi-cadre relative aux transports publics d'intérêt local du 19 juin 1979, dite TPIL, qui se substituait à la loi VFIL de 1913³⁷⁶. Cette nouvelle loi de 1979 définit la notion d'autorité organisatrice (AO) qui désigne les collectivités et groupements en charge des services de transports publics. L'article 4 impose au choix trois types de modes de gestion : la régie dont les modalités de fonctionnement sont fixées en Conseil d'Etat, la concession et un cahier des charges comprenant une convention dont les clauses obligatoires sont fixées en Conseil d'Etat, le contrat conclu avec la SNCF pour une ou plusieurs lignes d'intérêt local. Complétée par un décret de 1980³⁷⁷, quatre types de contrat sont en fait à la disposition des collectivités : la gestion aux risques et périls, la gestion avec garantie de recettes, la gestion à prix forfaitaire et la gérance. Si la collectivité respecte ces contrats types, elle peut se dégager d'une certaine tutelle administrative. L'article 6 par ailleurs contraint les AO qui sur la base de la loi de 1913 aurait délégué un service de transports publics par voie ferrée sans lien contractuel, à formaliser la relation dans un contrat. Les droits patrimoniaux sont maintenus et les collectivités ne peuvent pas choisir leur opérateur sauf en cas de création de service. La loi de 1979 a concerné

³⁷⁶ Loi du 31 juillet 1913 relative aux voies ferrées d'intérêt local, JO 8 septembre 1913, p8022 et décret du 26 juin 1915 réglementant les voies ferrées d'intérêt local, JORF, 2 juillet 1915, p4462 ; Loi n°79-475 relative aux transports publics d'intérêt local, JO 20 juin 1979, p 1455.

³⁷⁷ Décret n°81-238 du 10 mars 1981 portant approbation de conventions types, d'un règlement intérieur type des régies, ainsi que des cahiers des charges types pour l'exploitation des services de transports publics d'intérêt local.

principalement les transports interurbains. Elle ressert les liens entre collectivités et transporteurs ce qui accroît la volonté d'autonomie des premières, dans un contexte encore centralisé et l'absence de concurrence.

Avec cette loi, l'AO a la responsabilité :

- de la décision de créer, modifier ou supprimer des services,
- le choix du mode d'exploitation,
- la conduite de la politique de la tarification.

Très rapidement la loi de 1979 a été révisée par une nouvelle loi sur les transports qui visa à organiser l'ensemble du système national mais la plupart de ses principes furent maintenus.

La loi d'organisation des transports intérieurs dite « la LOTI », du 30 décembre 1982³⁷⁸, est la loi-cadre qui organise aujourd'hui encore les transports en France. Elle a été révisée à plusieurs reprises mais reste dans ses grandes lignes fidèles au texte original. Elle dispose que les services peuvent être gérés en régie ou délégué contractuellement pour une durée déterminée à un tiers (art. 7 II)³⁷⁹. Dans ce dernier cas, selon le mode de rémunération, le contrat constitue un marché public ou une délégation de service public et doit respecter les règles procédurales associées à chacun d'entre eux. Récemment, deux normes l'ont complétée : la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie (LAURE) du 30 décembre 1996 et la loi solidarité et renouvellement urbains (SRU) du 13 décembre 2000³⁸⁰.

L'organisation des transports publics en France se distingue par une différence de régime entre la région capitale d'Ile-de-France (2) et la province (1).

³⁷⁸ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, publiée au JORF du 31 décembre 1982. Elle a été plusieurs fois modifiée et la version consolidée date du 7 mars 2007. Décret n°85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, JORF 23/08/85.

³⁷⁹ Art. 7 II LOTI « *L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre parties afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le transport public de personnes.* »

³⁸⁰ D'autres lois périphériques ont une influence sur l'organisation des transports publics : la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire du 25 juin 1999, n°99533, JORF n°148 29/06/99 (LOADDT) qui modifie la loi pour l'aménagement et le développement du territoire du (LOADT) 4 février 1995 et a loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale n°99-586 du 12 juillet 1999.

1 - L'organisation des transports publics en province

La LOTI a posé le principe que pour chaque échelle du service correspond une « *autorité organisatrice de transports* » particulière. Sans définir l'expression, elle désigne les collectivités qui se voient attribuer cette qualité. Il en résulte un schéma quelque peu complexe où le mode de transport en cause joue un rôle déterminant.

Les transports ferroviaires dont l'infrastructure est confiée à Réseau ferré de France (RFF) et l'exploitation du service à la Société nationale des chemins de fer français (SNCF)³⁸¹ relèvent en grande partie de l'Etat, autorité de tutelle de ces entreprises. Mais les trains régionaux sont sous la responsabilité des régions depuis le 1er janvier 2002 (art 21-1 LOTI) lesquelles assurent le renouvellement du matériel roulant tout en laissant l'exploitation du service à la SNCF dans le cadre d'une convention (art. 21-4 LOTI). Le financement est assuré par la région qui reçoit une dotation de l'Etat. L'Etat est en définitive l'acteur majeur du transport par rail.

Les transports autres que ferrés, d'intérêt régional, c'est-à-dire les services routiers réguliers, relèvent des régions.

Les liaisons interurbaines par chemin de fer (art 18 LOTI) ou par autocars, les lignes régulières et les transports scolaires sur le territoire départemental (art. 29 LOTI) sont gérées par le département.

Les transports urbains sont du ressort des communes, les plus souvent regroupées en intercommunalités et parfois en coopération avec les départements (syndicats mixtes).

Enfin, la région Ile-de-France fait l'objet d'un traitement particulier du fait de son originalité : c'est en effet la plus grande aire urbaine de France, le réseau y est très dense et le nombre de déplacements très important. Le STIF (Syndicat des Transports d'Ile-de-France), dans lequel la Région est majoritaire et où les Départements et la Ville de Paris sont représentés, est l'autorité organisatrice des transports. Le STIF passe convention pour l'exploitation des services avec la

³⁸¹ Cette division entre infrastructure et exploitation du service date de 1997. La loi 97-135 a créé Réseau Ferré de France (RFF) qui devient propriétaire et gestionnaire des infrastructures ferroviaires de l'Etat gérées jusque là par la SNCF, laquelle exploite le service. Cette division des tâches fut motivée par la réglementation communautaire et notamment la Directive 91/440/EEC puis le "premier paquet ferroviaire" de 2001.

RATP (Régie Autonome des Transports Parisiens) et la SNCF (Transilien) ainsi que quelques opérateurs privés regroupés dans l'Organisation professionnelle des transports d'Ile-de-France (OPTILE).

2- L'organisation des transports publics en Ile-de-France

L'organisation des transports en Ile-de-France fait l'objet d'un régime particulier. Elle se fonde principalement sur le décret de 1949 relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers, ainsi que sur une ordonnance de janvier 1959. L'AO est un syndicat, le Syndicat des transports d'Ile-de-France (STIF) qui réunit l'Etat, les départements et la région Ile-de-France. Le STIF a la qualité d'établissement public national ce qui signifie qu'il a un régime de droit public. Auparavant, il associait à parité l'Etat et l'ensemble formé par la région et les huit départements. Le Conseil d'administration était présidé par le Préfet de Paris et les représentants étatiques formaient la majeure partie du Conseil d'administration. Avec la décentralisation, une réforme majeure de l'organisation des transports publics en Ile-de-France est mise en œuvre. La loi du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, consacre : le retrait de l'État du Conseil d'administration du STIF, la participation désormais majoritaire de la Région, l'extension des compétences du STIF, et des modalités simplifiées et élargies de délégation par le STIF de certaines de ses compétences à des collectivités locales ou à des groupements de collectivités locales. Le Conseil d'administration est donc désormais composé de 15 représentants de la région, de 5 représentants de la ville de Paris, d'un représentant pour chaque département ainsi que d'un représentant de la Chambre de commerce et de l'industrie, et un représentant des présidents des EPCI. Il est présidé par le président de la région.

Il existe 3 grands opérateurs : la RATP principalement pour le métro, la SNCF pour le RER et 89 opérateurs regroupés en une association, « Optile », pour l'exploitation de près de 1000 lignes de bus.

Le STIF rencontre quelques problèmes. L'organisation des transports publics amène à prendre en compte des territoires qui ne correspondent pas nécessairement aux territoires institutionnels ce

qui provoque un éparpillement des compétences et requiert une coordination importante entre les autorités. Par ailleurs, la politique des transports publics doit être coordonnée avec la politique de circulation (stationnement, partage de la voirie) ce qui pose problème si plusieurs autorités sont compétentes pour ces différentes fonctions.

b. Le traitement particulier des transports urbains

Le législateur français se penche en particulier sur le régime des transports urbains. Il existe en 2003, 228 autorités organisatrices de transports urbains (AOTU). La forme juridique des autorités organisatrices de transports urbains varie de la simple commune à des syndicats mixtes regroupant les communes et la collectivité supérieure, le département.

1 - Le regroupement des autorités

Entre ces deux extrêmes, il existe aussi plusieurs formes de regroupement de communes en établissement public de coopération intercommunale (EPCI) qui assument la responsabilité du service de transports urbains. Mis à part le syndicat mixte, il s'agit des syndicats de communes (qui constituent la forme la plus répandue de regroupement de communes, toutes vocations confondues en France), des communautés de communes, des communautés d'agglomération, des communautés urbaines et des syndicats d'agglomération nouvelle.

La plupart du temps les EPCI ne se limitent pas à gérer les transports urbains qui demeurent pour la plupart une compétence facultative. Seules les communautés urbaines et communautés d'agglomération ont pour compétence obligatoire l'organisation des transports urbains. Cela s'explique par les très fortes concentrations de population qu'elles représentent. Les premières ont été créées par la loi du 31 décembre 1966. Une communauté urbaine peut être formée dès lors que les communes sont contiguës et qu'elles dépassent 20 000 habitants. Leur mode de constitution a été révisé par la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, dite loi « Chevènement » ; il faut désormais réunir 500 000 habitants sur un périmètre d'un seul tenant et sans enclave. La compétence transports urbains de voyageurs entre dans une liste qui comprend dix autres compétences obligatoires (planification et

maîtrise de l'urbanisme ; eau ; assainissement ; ordures ménagères ; voirie et signalisation...). Quant aux communautés d'agglomération, instituées par la loi du 12 juillet 1999, elles s'adressent aux communes en zone agglomérée qui sur un périmètre d'un seul tenant, sans enclave réunissent 50 000 habitants dont 15 000 dans la ville centre. Dans ce contexte le besoin de coopération dans l'organisation des transports est flagrant, ce qui légitime l'imposition légale de cette mission. Cependant il est notable que la structure des EPCI ne répond pas toujours aux besoins d'un espace en matière de transports. Il leur est donc possible de déléguer la mission à un syndicat mixte par exemple.

2 - La compétence

Les collectivités territoriales dans le respect de leur droit à la libre administration sont en charge des transports sur leur territoire. Cette compétence est fixée par la loi de 1982 sur les transports intérieurs en son article 5³⁸².

Le caractère particulier du milieu urbain avec des besoins de mobilité qui lui sont propres mais qui varient d'une ville à l'autre a poussé le législateur à multiplier et à contraindre les AO à utiliser des instruments de planification. A travers ces plans, les autorités organisatrices développent de véritables politiques propres de transports.

Dans ce contexte, la première mission qui s'impose à une AOTU est celle de la détermination du territoire sur lequel l'autorité exerce ces pouvoirs. Elles sont donc chargées de définir un « *périmètre des transports urbains* » (PTU). Ce périmètre correspond au territoire de la commune ou de l'établissement public ayant reçu mission d'organiser les transports publics de personnes. Il peut aussi consister en un territoire regroupant plusieurs communes adjacentes ayant décidé d'unir leur compétence en la matière. L'opération de délimitation du territoire se fait sous observation du représentant de l'Etat (art. 27 LOTI). L'existence du PTU est indissociable de la

³⁸² Art. 5: « *Le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens. [...] L'exécution de ces missions est assurée par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics en liaison avec les entreprises privées ou publiques qui en sont chargées ou qui y participent en vertu des dispositions de la présente loi.* » Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, publiée au JORF du 31 décembre 1982.

qualité d'AOTU. Pour les communautés d'agglomération et les communautés urbaines, la détermination du PTU se fait automatiquement lors de leur institution. Dans les agglomérations de plus de 100 000 habitants, le PTU doit être accompagné d'une série d'outils destinés à faciliter la prise de décision en matière de mobilité (art. 27-1 LOTI). Notamment, l'autorité organisatrice doit mettre en place un « *compte de déplacements* » qui doit faire apparaître les coûts pour les usagers et ceux pour la collectivité des différentes pratiques de déplacement.

Une fois le territoire déterminé, les AOTU ont la responsabilité du financement des infrastructures et de l'exploitation du service dans une perspective de satisfaction des usagers mais aussi d'efficacité économique.

En définitive, depuis la loi sur les transports intérieurs de 1982 il n'y a pas eu de changement radical mais une série de réformes administratives qui ont complété et adapté les normes originaires. Ces réformes traduisent l'évolution du service de transports publics. Les autorités cherchent à rendre plus efficace la gestion du service de transports collectifs, notamment par le renforcement de l'intercommunalité dans les zones urbaines et ce dans un cadre politique plus large qui tend à déterminer les territoires pertinents sur lesquels il convient de coordonner plusieurs politiques : aménagement du territoire, environnement, urbanisme, habitat, mobilité et assurer un développement durable. Dans ce contexte, la planification est un instrument essentiel de la mise en œuvre de ces politiques.

2. ITALIE : UN SYSTEME DE TRANSPORT A L'ORGANISATION MOUVANTE

L'organisation institutionnelle actuelle du service des transports publics locaux est le produit d'une évolution longue et mouvementée qui porte aussi bien sur le secteur que sur l'organisation administrative générale du pays. Depuis les années 70, la matière a suscité l'intérêt du législateur qui a, par une série de lois, de lois de délégations, de décrets-lois et en parallèle à une réforme constitutionnelle, transféré la matière des transports publics locaux des mains de l'Etat à celle de la région.

a. L'organisation des transports publics : une évolution de la décentralisation au profit des régions

Jusqu'en 1981, les transports publics locaux étaient régis par le régime général des services publics locaux tels qu'établi dans la loi de 1903 et le texte unique de 1925. Le type de gestion était ainsi essentiellement public avec la forme la plus répandue des « aziende speciali ». D'un point de vue de la politique de transports en général, plusieurs mesures éparses avaient cependant cherché à améliorer le système en conférant peu à peu certaines missions aux régions. En 1976 un Plan général des transports³⁸³ énonce que des plans régionaux sont le meilleur moyen d'assurer une politique efficace de mobilité. Le livre blanc sur les transports en Italie de 1977³⁸⁴ reprend cette orientation.

A l'époque la Constitution en son article 117 confie aux régions la compétence exclusive pour les lignes de tramways et les transports routiers d'intérêt régional. Elles possèdent par ailleurs les fonctions administratives que leur délègue l'Etat en matière de transports. Ces fonctions sont cependant formellement transférées seulement en 1972 avec le décret n°5 du 14 janvier³⁸⁵. Plusieurs lois régionales ont mis en œuvre cette responsabilité. En parallèle, les provinces et communes se sont vues confier certaines fonctions administratives de l'Etat en matière de bus et tramways³⁸⁶. Enfin en 1977³⁸⁷, un décret confie aux régions la compétence administrative pour les lignes ferroviaires en concession ou d'importance secondaire. Mais il s'agit d'une simple délégation de l'Etat et non d'un transfert comme le prévoyait pourtant l'article 118 CI.

Finalement, le besoin d'une loi-cadre permettant de donner à l'organisation du service une certaine cohérence et de pousser plus loin la décentralisation a mené à l'adoption de la loi de 1981.

³⁸³ Piano Generale dei Trasporti, 1976

³⁸⁴ Ministero dei Trasporti, *Libro bianco : I trasporti in Italia*, Roma, 1977.

³⁸⁵ Decreto del Presidente della Repubblica (DPR). n° 5 del 14 gennaio 1972 sul “trasferimento alle Regioni a Statuto ordinario delle funzioni amministrative in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale e di navigazione e porti lacuali e del relativo personale ed uffici”.

³⁸⁶ D.P.R. 28 giugno 1955 n° 771, GU n° 199 p.3092, 30/08/1955 “Decentramento dei servizi del Ministero dei trasporti”.

³⁸⁷ D.P.R. 24 luglio 1977 n° 616, G.U: 29/08/77 n°234.

Le texte de base est la loi cadre n° 151 pour l'organisation, la restructuration et l'amélioration des transports publics locaux du 10 avril 1981³⁸⁸. Auparavant comme nous l'avons vu, des normes sectorielles ponctuelles³⁸⁹ sont intervenues pour mettre en œuvre certaines mesures de la Constitution et notamment les anciens articles 117 et 118, qui confiaient aux régions le pouvoir de légiférer en matière de tramways et de transports routiers réguliers ainsi que, en vertu du principe du parallélisme des compétences législatives et administratives, les compétences administratives correspondantes et celles que lui déléguaient l'Etat³⁹⁰. La loi de 1981 a une portée beaucoup plus large dans la mesure où elle adopte une approche globale à la question des transports publics locaux et clarifie le rôle imparti aux régions. La loi cadre de 1981 place au cœur de l'action régionale la planification et pose un certain nombre de principes ainsi que des instruments afin d'y satisfaire.

Dans ce contexte, il convient de délimiter le territoire d'action de la collectivité. Ainsi les régions ont la responsabilité de la définition des bassins de trafic que la loi définit comme « *l'unité territoriale dans les limites de laquelle est mis en œuvre un système de transport public intégré et coordonné en rapport avec les besoins de mobilité et plus particulièrement aux exigences des travailleurs, des transports scolaires et touristiques* ». Les régions ont pour tâche de déterminer les orientations en matière d'organisation du service, de fixer les critères de programmation et les directives pour l'élaboration des plans de bassin de trafic par les collectivités locales, de promouvoir une conception unitaire du service incluant les transports urbains, et de favoriser la coopération entre collectivités locales pour l'exercice de leurs fonctions administratives en matière de transports (art. 2). Ainsi les régions, bien qu'en principe toujours limitées dans leur pouvoir législatif aux matières fixées par la constitution et déléguées par les décrets présidentiels, acquièrent en pratique un large pouvoir de programmation qui couvre tous les types de transports afin d'organiser un service intégré.

³⁸⁸ Legge 10 aprile 1981, n. 151. “Legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali. Istituzione del Fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio e per gli investimenti nel settore”, G.U. 24 aprile 1981, n. 113.

³⁸⁹ Cf. notamment les décrets du Président n°5 du 14 janvier 1972 et n°616 du 24 juillet 1977 lesquels mettent en œuvre la loi de délégation sur l'organisation régionale et l'organisation de l'administration publique, et plus particulièrement les articles 84 et suivant sur la délégation de fonctions administratives en matière de transports.

³⁹⁰ Avec le décret n° 616 du 24 juillet 1977, les régions acquièrent les compétences administratives pour les lignes ferroviaires en concession, ou gérées par un « *commissariat gouvernemental* ».

Cependant la loi de 1981 ne prévoit rien pour les communes et il faut se reporter au décret présidentiel n°771 du 28 juin 1955 pour constater que les communes, bénéficiant d'une délégation de l'Etat, sont compétentes pour attribuer les concessions des transports urbains et suburbains. Plus précisément, il s'agit des services d'autobus qui desservent les centres habités d'une commune ainsi que les transports effectués en leur sein ou entre elles, du fait de la continuité d'habitat qui les unie. Pour le reste, sur la base de la loi de municipalisation de 1903, les communes peuvent prendre en charge les transports urbains.

Avec le transfert de fonctions programmatrices confiées aux régions, la loi de 1981 apparaît comme un premier pas dans l'élaboration d'une politique régionale propre des transports publics locaux et marque comme en France à la même époque, la volonté du pouvoir central de décentraliser les fonctions relatives aux transports publics.

b. La réforme des transports publics locaux exercice de la réforme administrative générale

Les « transports urbains » ne font pas l'objet d'un traitement particulier en droit italien et ce sont les « transports publics locaux » qui accompagnent la réforme générale de l'administration, concentrée sur les régions. La loi n° 151 de 1981 a été en effet complétée et réformée par un décret-législatif qui constitue aujourd'hui la norme de référence en matière de transports publics locaux : le décret-législatif n° 422 du 19 novembre 1997. Ce décret-législatif met en œuvre la volonté du législateur de renforcer le « fédéralisme administratif » et par là même de moderniser la gestion des activités de service public, ce qui se traduit par deux grands types de mesures : les mesures de déconcentration qui appliquent le principe de subsidiarité afin de répondre aux exigences locales et les mesures libéralisant le service afin d'en améliorer la qualité et l'efficacité³⁹¹. Ce décret-législatif applique la loi de délégation n° 59 votée par le Parlement le 15 mars 1997 sur la base de l'article 76 de la Constitution et qui engage la réforme administrative de l'Etat. Cette réforme reprend en fait une délégation d'une loi de 1995³⁹² qui n'avait pas été mise en

³⁹¹ Pour les mesures de libéralisation dans le décret-législatif n°422/97, voir infra p 248.

³⁹² Loi du 28 décembre 1995, n°549 qui dispose que doivent être transférées à la région toutes « les fonctions en matière de transports d'intérêt régional ou local, effectués selon n'importe quel mode, y compris les services ferroviaires en concession ou gérés par un « *commissariat gouvernemental* », ainsi que les services locaux assurés par Ferrovie dello Stato ».

œuvre par le gouvernement.

La loi « Bassanini » n°59 de 1997 dispose que sont conférées aux régions et aux collectivités locales « *toutes les fonctions et tâches administratives relatives à la gestion des intérêts et à la promotion du développement de leurs communautés respectives, ainsi que toutes les fonctions et tâches administratives situées sur leurs territoires respectifs, exercés par un organe de l'Etat* » (art. 1 paragraphe 2). Cette loi pose une série de principes qui guident la réforme de l'administration et qui sont mis en œuvre pour la première fois dans le service de transports publics, ce qui en fait un domaine précurseur et expérimental. Parmi ces principes figurent en tête, le principe de subsidiarité (art. 4 §3 lettre a), suivis des principes de complétude, d'efficacité, de coopération entre collectivités, de responsabilité, d'homogénéité, d'adéquation, de différenciation, de couverture financière des fonctions transférées, d'autonomie et de responsabilité des collectivités locales (art. 4). Par ailleurs, l'article 4 paragraphe 4 est consacré spécialement aux transports publics locaux. Il dispose que toutes les fonctions administratives et de programmation sont déléguées aux régions et que celles-ci ont également le devoir de définir, quantitativement et qualitativement, en concertation avec les collectivités territoriales, les services minimums³⁹³ dont le coût relève des budgets régionaux. Cet article pose aussi le principe de la contractualisation entre autorités compétentes et opérateurs, à travers des contrats conformes aux dispositions relatives aux contrats de service public prévus dans les articles 2 et 3 du règlement n° 1191/69, qui assurent l'équilibre financier du service et la couverture entre recettes et coûts du service, et plus précisément, qui garantissent avant le premier janvier 2000 un rapport d'au moins 0,35 entre les recettes de trafic et les coûts d'exploitation. Les régions doivent favoriser le démantèlement des monopoles dans la gestion des transports urbains et suburbains, et introduire des règles de concurrence pour l'attribution des services. Enfin, elles doivent conclure des contrats de service ferroviaire régionaux qui se substituent à ceux conclus entre l'Etat et Ferrovie dello Stato³⁹⁴, avant le premier janvier 2000.

³⁹³ La France a adopté en août 2007 une loi sur les services minimums, la loi sur "*le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*", qui entrera en vigueur le 1er janvier 2008. Cependant son impact sur le rôle des régions est nettement moindre qu'en Italie.

³⁹⁴ Opérateur national historique des transports ferroviaires.

Dans ce cadre, le décret-législatif 422/97 a procédé au transfert aux régions et collectivités locales de toutes les fonctions administratives relatives au service public de transport d'intérêt régional ou local (art. 5), ainsi que, pour les régions, toutes les tâches de programmation du service de transport public local autres que celles déjà attribuées par la Constitution (art. 6 §1) et celles relatives aux services ferroviaires d'intérêt régional et local non concédés (art.8) ou concédés à Ferrovie dello Stato (art. 9), et les services maritimes et aériens d'intérêt régional (art. 10) .

Parallèlement les régions confèrent aux collectivités locales toutes les fonctions et tâches régionales en la matière au sens de l'ancien article 117 de la Constitution lorsque celles-ci ne requiert pas d'être exercées au niveau régional, ce qui s'ajoute aux fonctions déjà acquises sur délégation de l'Etat conformément aux articles 3 et 4 et des régions selon les articles 8,9,10 et 11.

Ainsi les régions ne voient plus leurs pouvoirs normatifs limités aux modes de transport cités par la Constitution. Les compétences de la région en matière de transport ne sont plus déterminées de manière modale mais territorialement.

Seuls demeurent compétences de l'Etat, les domaines mentionnés aux articles 3 et 4 portant respectivement sur les « *transports publics d'intérêt national* » et les « *compétences de l'Etat dans le transport public régional et local* » en matière de sécurité, de réduction de la pollution et d'accords internationaux sur les services transfrontaliers.

Cependant, ces transferts ne sont pas cohérents avec le cadre constitutionnel de l'époque qui limite à la matière des tramways et transports routiers non réguliers, la compétence régionale. Après la réforme, les régions gèrent de fait toutes la matière et il ne leur manque finalement que le pouvoir législatif formel. La révision constitutionnelle de 2001 permet en conséquence d'entériner une situation de fait.

La loi constitutionnelle réforme³⁹⁵ le Titre V portant sur « *les régions, les provinces et les*

³⁹⁵ Loi constitutionnelle n°3 du 18 octobre 2001 portant modification au titre V de la seconde partie de la Constitution, G.U. n°248 du 24 octobre 2001.

communes » de la Constitution. La plupart des principes fixés par la loi n°59 de 1997 se trouvent constitutionnalisés et notamment les principes de subsidiarité, de différenciation et d'adéquation (art 118). L'article 117 sur les compétences législatives est complètement transformé. Les compétences exclusives de l'Etat sont énumérées, ce qui limite la sphère législative étatique et laisse la compétence générale aux régions. Celles-ci sont titulaires de la compétence législative concurrente (l'Etat fixe les grands principes et les régions adoptent les lois d'application) et de la compétence résiduelle pour « *toutes les matières qui ne sont pas expressément réservées à l'Etat* ». Or l'Etat ne se voit attribué aucune compétence exclusive en matière de transports ; en revanche les ports et aéroports civils ainsi que les grands réseaux de transport et de navigation relève de la législation concurrente. Il en résulte que toute la matière des transports publics locaux relève désormais du pouvoir législatif exclusif de la région. Le pouvoir réglementaire relatifs aux transports est de la compétence de l'Etat seulement dans les domaines qui lui appartiennent exclusivement. Pour le reste le pouvoir réglementaire appartient en principe aux régions et aux collectivités locales dans le cadre des fonctions dont elles ont la charge (art.117). Toutes les fonctions administratives relèvent des communes sauf si leur exercice requiert leur organisation à un niveau supérieur (art.118). Ces transferts s'accompagnent de l'autonomie financière qui doit permettre aux régions et collectivités locales de financer leurs activités (art. 119).

La révision constitutionnelle a donc consacré la réforme initiée par la loi Bassanini et permis une adéquation entre le cadre législatif et constitutionnel qui régit la matière des transports publics locaux.

Depuis les 30 dernières années, un processus de décentralisation a été mis en œuvre par le législateur italien qui place les régions au cœur de l'organisation du service. En théorie, ce système pourrait donner lieu à l'existence de 20 schémas d'organisation différents. La planification apparaît dans ce cadre comme l'instrument qui permet de concilier les responsabilités des différents acteurs dans la politique de transports et d'assurer une certaine uniformité au niveau national.

B – La planification comme moyen de coordination

Malgré une répartition des compétences différentes liée à l'organisation administrative de ces Etats, le législateur invite dans les deux cas, les collectivités locales à utiliser l'instrument de la planification pour la mise en œuvre du service, afin de pouvoir confronter et coordonner les activités et intérêts des différentes collectivités. Dans les deux Etats les collectivités locales et en particulier les communes sont donc en charge de l'élaboration de plans de mobilité. Il s'agit des plans de déplacements urbains en France (1) et des plans urbains de mobilité en Italie (2).

1. LES PLANS DE DEPLACEMENTS URBAINS EN FRANCE

La politique des transports s'illustre par la recherche d'un modèle d'organisation qui implique tous les acteurs. Autour du principe de planification, la LOTI affirme la nécessité d'élaborer et de mettre en œuvre la politique globale des transports dans le respect des principes de subsidiarité et de participation³⁹⁶. Ainsi des plans sont établis au niveau de la région, du département et de la commune.

Pour les transports urbains, une fois le territoire d'action déterminé, la loi d'orientation des transports intérieurs de 1982 invite les collectivités à élaborer et mettre en œuvre un instrument complémentaire au PTU, le plan de déplacements urbains (PDU) (art. 28 LOTI). Il est obligatoire pour les PTU situés dans des agglomérations de plus de 100 000 habitants. Ce plan fixe les principes généraux de la politique de l'autorité organisatrice en matière de mobilité (organisation des transports, stationnement, circulation). Le plan doit suivre les objectifs de la politique globale des transports et notamment depuis la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie (LAURE) du 30 décembre 1996 assurer « *un équilibre durable entre les besoins en matière de mobilité et de facilité d'accès, d'une part, et la protection de l'environnement et de la santé, d'autre part.* » Aussi les mesures que doivent contenir les plans portent sur l'amélioration de la sécurité des

³⁹⁶ Cf. art. 4 de la LOTI « *L'élaboration et la mise en oeuvre de la politique globale des transports sont assurées conjointement par l'Etat et les collectivités territoriales concernées dans le cadre d'une planification décentralisée, contractuelle et démocratique, avec la participation des représentants de tous les intéressés.* »

déplacements, la diminution du trafic automobile, le développement des transports collectifs, le partage intermodal du réseau principal de voirie d'agglomération, l'organisation et la tarification du stationnement, le transport et la livraison des marchandises, l'encouragement des entreprises à développer un plan de mobilité pour leur personnel et la mise en place d'une tarification intégrée pour l'ensemble des déplacements (art. 28-1 LOTI). Le plan est élaboré par l'autorité organisatrice mais l'Etat, les régions et les départements en leur qualité d'AO y sont également associés. Les usagers, les personnes à mobilité réduite, les associations de professionnelles peuvent être entendus à leur demande (art. 28-2 LOTI). En Ile-de-France, le STIF est en charge de son élaboration (art. 28-4 LOTI).

Ce dispositif de planification a été complété par la loi solidarité et renouvellement urbains (SRU) du 13 décembre 2000 qui institue les schémas de cohérence territoriale (SCOT) au niveau de l'agglomération et les plans locaux d'urbanisme (PLU) au niveau de la commune. Ces trois types de plans doivent être compatibles entre eux. Les SCOT ayant la primauté juridique sur les PDU et ceux-ci primant sur les PLU.

Le PDU couvre la majeure partie des tâches assignées aux AO responsables du service public de transports urbains telles que définies à l'article 5 de la LOTI (cf. supra). Ainsi pour résumer, l'AOTU a pour mission d'organiser et de réglementer les transports publics urbains, c'est-à-dire de fixer les fréquences, les dessertes, les tarifs, le mode d'exploitation du service et l'éventuel délégataire du service; de gérer, entretenir et rénover, les infrastructures liées à ce service; d'informer les usagers et de promouvoir le service.

2. LES PLANS URBAINS DE MOBILITE EN ITALIE

A travers la planification, le législateur italien a pour objectif de réaliser une coordination entre les politiques de développement économique, d'aménagement du territoire et d'organisation d'un service des transports intégré. Aussi dans le respect du Plan national des transports, les régions sont chargées de l'élaboration de plans régionaux et de l'adoption de programmes pluriannuels d'intervention pour les investissements et l'exploitation du service.

Pour ce qui concerne les transports urbains en particulier, le Plan général des transports et de la logistique adopté par l'Etat en janvier 2001 crée un nouvel instrument à l'usage des collectivités locales ayant une population supérieure à 100 000 habitants : le Plan urbain de mobilité (PUM). Ce plan doit permettre de définir un système de mobilité sur le territoire urbain. Il laisse totale liberté aux communes et à leurs groupements pour déterminer les interventions infrastructurelles, technologiques, gestionnaires et d'organisation qui permettront d'améliorer les services. Dans ce cadre, l'Etat assume un rôle de co-financeur des interventions qui atteindront des objectifs précis et quantitativement prédéterminés. Les objectifs que doivent poursuivre les plans sont la satisfaction des besoins de mobilité, le respect des objectifs du Protocole de Kyoto, la sécurité du transport, la qualité du service et la viabilité économique du transport. Pour ce financement, l'Etat définit un plan pluriannuel qui s'ajoute aux transferts de fonds aux régions.

Outre le financement de l'Etat et des régions, les transports publics sont financés par le budget des collectivités territoriales, les taxes locales, les fonds européens, les tarifs tirés du stationnement routiers, les gains de productivité des entreprises opérantes.

Ces plans doivent être coordonnées avec les autres plans du milieu urbain et respecter le Plan régional des transports. Ce prérequis est particulièrement nécessaire du fait de l'approbation du PUM par la région avant la présentation du plan à l'Etat pour l'obtention des financements.

§ 2– La mission des autorités organisatrices : l'organisation du service public

Si l'on compare les définitions du service public de transport en France et en Italie en gardant à l'esprit que la définition italienne traite des transports publics locaux en particulier, il apparaît que les législateurs ont adopté des approches différentes. La loi française pose les missions et objectifs du service qui sont ceux de la collectivité alors que la loi italienne détermine quels sont en pratique et obligatoirement, les éléments du service public. Par ailleurs, la perspective est différente. En France, le service s'inscrit dans un organisme pyramidal et apparaît comme la plus petite section d'une activité d'envergure nationale (A) alors qu'en Italie, la décentralisation s'est faite vers le niveau de gouvernement intermédiaire, c'est-à-dire les régions (B).

A – Les transports publics locaux français, un service local d'envergure nationale

Toutes les autorités organisatrices ont la responsabilité du service public de transports publics. La loi fournit une définition des transports publics. Il s'agit de « *tous les transports de personnes ou de marchandises, à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées* » (art.5 LOTI). Cette définition très simple met l'accent sur la fonction du service à savoir satisfaire les besoins de la collectivité en termes de transport de personnes ou de marchandises. Si la population de référence des autorités est clairement celle de leur territoire, le service fait cependant partie d'un système centré autour des valeurs de la communauté nationale.

Les collectivités locales sont responsables de l'organisation du service des transports publics sur leur territoire (art. 5)³⁹⁷, dans le cadre des objectifs et principes fixés par le législateur. Les objectifs consistent à « *satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques, sociales et environnementales les plus avantageuses pour la collectivité. Il [le système] concourt à l'unité et à la solidarité nationales, à la défense du pays, au développement économique et social, à l'aménagement équilibré et au développement durable du territoire ainsi qu'à l'expansion des échanges internationaux, notamment européens* ». Les transports en commun constituent la priorité de la politique de transports de l'Etat (art. 3-1, 4). De plus, l'article 3 dispose que « *La politique globale des transports de personnes et de marchandises assure le développement harmonieux et complémentaire des divers modes de transports individuels et collectifs, en tenant compte de leurs avantages et inconvénients en matière de développement régional, d'aménagement urbain, de protection de l'environnement, de défense, d'utilisation rationnelle de l'énergie, de sécurité et de leur spécificité. Elle tient compte des coûts économiques réels à la création, à l'entretien et à l'usage des infrastructures, équipements et matériels de transport et des coûts sociaux et environnementaux, monétaires et non monétaires, supportés par*

³⁹⁷ Art. 5 LOTI : « *Le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens. [...] L'exécution de ces missions est assurée par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics en liaison avec les entreprises privées ou publiques qui en sont chargées ou qui y participent en vertu des dispositions de la présente loi.* »

les usagers et les tiers. Elle établit les bases d'une concurrence loyale entre les modes de transport et entre les entreprises, notamment en harmonisant leurs conditions d'exploitation et d'utilisation. » Et encore au dernier paragraphe, « *Elle contribue au développement et à l'amélioration de la politique européenne des transports.* »

Ces mesures sont enrichies par l'affirmation du droit aux transports (art.2) ce qui oblige les collectivités à garantir « *des conditions raisonnables d'accès, de qualité et de prix ainsi que de coût pour la collectivité* ».

Dans ce contexte, les missions de service public qui incombent aux autorités locales sont la réalisation et la gestion des infrastructures et équipements affectés au transport et leur mise à disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ; la réglementation des activités de transport, le contrôle de l'application de ces normes ainsi que l'organisation des transports pour la défense; le développement de l'information sur le système ; le développement de la recherche pour faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ; l'organisation de l'activité. Ces missions sont celles traditionnellement dévolues aux collectivités publiques. Le législateur a cependant ici fixé un cadre détaillé de valeurs auxquelles doivent se référer les collectivités dans la mise en œuvre du service. L'intérêt local doit s'exercer dans le respect des valeurs propres à défendre l'intérêt général national. Pour le reste les normes laissent aux collectivités locales une totale liberté pour définir concrètement les obligations du service qui seront éventuellement déléguées à l'exploitant final. Les transports publics locaux apparaissent comme un élément du système établi au niveau étatique.

Mais la mission de service public n'incombe pas seulement aux autorités publiques. Le législateur reconnaît la part de responsabilité des entreprises privées ou publiques délégataires du service. Bien que leur rôle soit secondaire, la mention législative de cette fonction pose une obligation de coopération (« *en liaison avec* » (art.5)) sur les collectivités locales. Le service public acquiert ainsi une dimension essentiellement fonctionnelle.

Il en résulte que le service des transports publics implique une série d'acteurs : Etat, collectivités

locales et entreprises, qui poursuivent des buts propres à leurs communautés (en particulier la satisfaction des usagers) et des objectifs nationaux et européens. L'action des collectivités locales et leur liberté dans la détermination d'une politique propre sur leur territoire est donc encadrée par ce cadre supra-local.

B – Les transports publics locaux en Italie, le rôle clef des régions

La définition italienne du service des transports publics locaux est plus détaillée que la définition française qui se borne à définir les transports publics. Elle indique quels sont les éléments qui constituent le service public que la collectivité territoriale doit prendre en compte. Déjà la loi cadre n°151 de 1981 définissait les transports publics de manière très précise comme « *les services destinés normalement au transport collectif de personnes et de choses effectués de manière continue ou périodique avec des itinéraires, des horaires, des fréquences et des tarifs prédéterminés ainsi qu'une offre indifférenciée, à l'exclusion de ceux de compétence de l'Etat* » (art. 1). Les transports non réguliers (taxis, voitures de location avec chauffeur...), les transports réguliers ferroviaires et les transports de compétence étatique sont alors exclus de la définition.

La définition posée³⁹⁸ par le décret-législatif n°422/97 ajoute deux éléments à celle de 1981. Tout d'abord elle définit les transports publics locaux comme un système de mobilité qui comprend l'ensemble des modes de transport : terrestres, maritimes, fluviaux, lagunaires, sur lac et aériens. Ensuite, la norme introduit un élément territorial puisque ce sont les transports effectués « *sur le territoire [...] régional ou infrarégional* ». La définition est donc plus globale et plus précise à la fois que celle de 1981. Surtout cette définition pose de manière très concrète la façon dont les transports publics doivent être organisés (« *de manière continue ou périodique* ») et les obligations de service public qui caractérisent le service sont expressément mentionnées (fréquences, itinéraires, horaires...) et servent à les définir de la même manière que dans le Règlement n°1191/69.

³⁹⁸ « 2. Sono servizi pubblici di trasporto regionale e locale i servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'articolo 3; essi comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale. »

Avec la réforme de 1997, les régions acquièrent un rôle majeur dans la définition du service public. Elles deviennent responsables pour toutes les missions de programmation (art.6) pour leurs propres services et ceux des collectivités inférieures. Ainsi les autorités régionales définissent les lignes directrices pour la planification des transports locaux notamment pour les plans de bassin qui relèvent de la responsabilité des provinces et des villes métropolitaines (art. 14-2). Elles mêmes tiennent compte des plans locaux finalement adoptés dans la rédaction des plans régionaux, mais ne sont pas liées. Les régions rédigent par ailleurs des programmes triennaux de service qui indiquent, le réseau et l'organisation des services, l'intégration modale et tarifaire de l'activité, les ressources destinées à l'exploitation du service et aux investissements, les modalités de détermination des tarifs, les modalités d'exécution et de révision des contrats de service public, le système de contrôle du service, les critères pour la réduction de la congestion et de la pollution (art. 14-3).

Enfin, elles exercent la fonction fondamentale de définition des services minimums. Ce concept au départ étranger au droit administratif italien paraît par le droit communautaire et le concept de service universel qui s'applique dans certains secteurs³⁹⁹. L'article 16 les définit comme les services « *qualitativement et quantitativement suffisants à satisfaire la demande de mobilité des citoyens et dont les coûts sont à la charge du budget des régions* ». En évoquant des services « suffisants » la norme reprend ici la formule utilisée par la législation communautaire dans le règlement n°1191/69.

La collectivité en charge du service doit donc évaluer les besoins des usagers pour déterminer le niveau de service exigé. Cette évaluation se fait selon les orientations définies par le législateur. Il s'agit de l'intégration entre les réseaux de transport, des transports scolaire et professionnel, de la facilité d'accès aux divers services administratifs sociaux et sanitaires au moyen des transports publics, des exigences de réduction de la congestion et de la pollution. Ces services sont financés par le fonds régional.

En particulier, les régions doivent définir des quantités et standards de qualité des services de

³⁹⁹ Le service universel est un concept communautaire qui tend à assurer la disponibilité d'un ensemble minimal de services de bonne qualité accessibles à tous les utilisateurs à un prix abordable, sans distorsion de concurrence. Il est effectif dans le secteur des télécommunications (Dir. 2002/22/CE) ou de la poste (Dir. 2002/39/CE).

transports publics locaux pour satisfaire les exigences essentielles de mobilité des habitants. Deux critères inspirés par le règlement n°1191/69 révisé doivent guider le choix des régions. Tout d'abord, il convient de recourir aux techniques de transport les plus adaptées pour satisfaire les exigences et notamment celles des personnes à mobilité réduite. Ensuite la solution ayant le moindre coût pour la collectivité doit être privilégiée en tenant compte notamment des éléments externes comme la congestion du trafic ou la pollution. Le législateur fait ici expressément mention de la législation communautaire, ce qui souligne à quel point l'Etat italien dans sa réforme du secteur des transports, s'inspire des normes européennes. En fixant les quantités et standards de qualité les régions sont au cœur du processus de définition du service public. Les collectivités locales sont donc largement dépossédées de leur compétence de définition du service public. Si la structure pyramidale a dans une certaine mesure été supprimée pour favoriser la subsidiarité dans les rapports Etat-régions, la configuration demeure hiérarchique dans les relations régions-collectivités locales et certainement défavorable à l'autonomie de ces dernières, vu que le contrôle est également plus proche.

De leur côté, les collectivités locales, en accord avec la région, peuvent instituer des services supplémentaires financés sur leurs propres budgets. Les obligations de service public qui en découlent sont fixées, avec leur compensation, dans des contrats de service public (art. 16 c).

Par ailleurs, deux autres articles du décret reprennent les dispositions du règlement n°1191/69. L'article 17 sur les obligations de service public prévoit que les régions, les provinces et les communes définissent ces obligations ainsi que leur compensation selon les méthodes définies par l'article 2 du règlement. De plus, ces obligations de service public doivent être fixées dans un contrat de service public conformément au règlement et à l'article 19 du décret-législatif n°422/97. Ces contrats doivent contenir un certain nombre d'indications (durée de validité du contrat, caractéristiques du service, la structure des tarifs, normes de qualité...) lesquelles correspondent dans la majeure partie à celles fixées par le règlement n°1191/69 révisé.

La définition des niveaux de qualité semble l'opération la plus délicate et la plus politique pour les autorités locales. Le législateur national adopte cependant une approche très technique,

puisque les standards minimums de qualité doivent être définis « *en termes d'âge, de manutention, de confort et propreté des véhicules, et de régularité des courses* » (art. 19 §3 c).

En définitive, nombre des mesures du décret 422/97 correspondent à une transposition du Règlement n°1191 alors même que par nature les règlements sont d'application directe et priment sur le droit national. Cela traduit probablement l'une des difficultés de l'harmonisation des marchés locaux à savoir que les collectivités territoriales en dépit de leur obligation de mettre en œuvre le droit communautaire d'application direct⁴⁰⁰, ne procèdent pas toujours à la mise en œuvre des normes communautaires. L'intervention du législateur national contrecarre ce phénomène, la contrainte juridique étant alors plus marquée pour les juges et autorités locales.

Conclusion sur la section

La mission qui est au cœur de l'autonomie des collectivités territoriales consiste à identifier les besoins de la population locale et à déterminer les caractéristiques du service. Les normes nationales et européennes incitent à la définition d'un service universel ou minimum qui se compose principalement d'obligations de service public relatives à la continuité, la régularité, la fréquence et l'accessibilité des services. Dans ce contexte la loi française, la LOTI détermine très précisément les éléments constitutifs de l'intérêt général qui est considéré avant tout au niveau national. Les transports publics locaux constituent une pièce d'un système dont le territoire de référence est celui de l'Etat. Les collectivités locales sont guidées sur les valeurs lesquelles doivent être les mêmes partout en France. Au delà de ça, elles sont en principe autonomes pour choisir les modalités d'organisation du service dans la limite du régime concurrentiel imposé.

En Italie à l'inverse l'organisation est minutieusement réglée, les obligations de service public sont énumérées. La situation des collectivités locales est ambiguë. Clairement, les régions ont accru leurs pouvoirs et acquis une grande autorité sur les collectivités inférieures, ce qui constitue un grand pas dans la subsidiarité entre Etat et régions. L'influence de la Communauté européenne est également patente et contribue à la réforme du service. Mais les collectivités locales infrarégionales, à savoir la commune et la province, se trouvent encadrées dans leur action par

⁴⁰⁰ CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*. C-103/88, Rec. 1839..

une triple allégeance envers la Communauté européenne, l'Etat et la région. L'autonomie locale semble de ce point de vue affectée sensiblement.

Toutefois en France comme en Italie, il appert que les normes tendent à définir une sorte de service universel autour de plusieurs aspects : le prix, l'accès et la qualité notamment. L'influence communautaire et en particulier celle des discussions lors de l'adoption du règlement n°1191/69 et de sa révision paraît évidente. Ainsi les obligations de service public sont établies à un niveau toujours plus élevé, supranational et mises en œuvre par les collectivités locales. Entre ces deux niveaux, l'Etat et les régions posent également des exigences qui contrecarrent d'autant l'autonomie des collectivités. Le manque de ressources financières limite aussi la possibilité de dégager des politiques propres.

Section II – La libéralisation du service des transports publics locaux

La libéralisation du service des transports publics locaux s'est faite de manière très différente en France et en Italie. Le processus a commencé tôt en France où les collectivités locales, dans le cadre du régime général, ont tôt été habilitées à déléguer l'activité à des personnes privées et à ce titre usent du contrat depuis longtemps. En Italie, c'est à partir des années quatre-vingt-dix avec la volonté du gouvernement d'une grande réforme administrative que les organismes de la gestion publique ont été révisés pour faire place à de nouvelles formes de gestion et ainsi faire entrer de nouveaux opérateurs. Quelles sont dès lors les différences et similitudes de ces modèles et comment s'agencent-ils avec le droit communautaire?

La Communauté européenne pour sa part a abordé la libéralisation des transports publics à travers le prisme des aides d'Etat tout d'abord, ce qui nous amène à étudier le financement du service dans les Etats (§1) ; puis la révision du règlement n°1191/69 a affirmé le principe de la contractualisation, il convient donc d'observer également les contrats en droit français et italien (§2).

§1 – La recherche du meilleur financement

Le droit communautaire prohibe les aides d'Etat afin d'assurer une concurrence plus juste entre

les entreprises opérant sur les marchés européens. En matière de transports publics, nous l'avons vu, le Règlement 1191/69 révisé encadre strictement les aides financières accordées par les autorités responsables des transports publics aux entreprises exploitant le service. Mais le déficit chronique qui caractérise les transports publics locaux se traduit par des aides publiques conséquentes. Cependant les réformes administratives et la volonté de réduire les dépenses budgétaires des collectivités qui ont mis en avant la nécessité d'améliorer l'efficacité économique des services publics ont amené les différents acteurs à proposer d'autres solutions et à contrôler les dépenses engagées. Les usagers et les collectivités publiques responsables sont les principaux financeurs ; toutefois l'accent est mis sur les premiers en France (A) et sur les seconds en Italie (B).

A – En France, un système fondé essentiellement sur les usagers du service

Le financement des transports publics français est original. Bien que le service constitue un SPIC, il n'est pas assujéti à l'obligation d'équilibre entre les recettes et les dépenses (art. 7-III de la LOTI). Le financement est assuré par les bénéficiaires du service et en premier lieu en principe par les usagers (art. 7 LOTI). Toutefois, un financement complémentaire peut être accordé par les collectivités publiques. Enfin, un instrument original a été mis en place. Il consiste à faire participer au financement des transports les employeurs, à travers une taxe : le versement transport. Comme pour l'organisation institutionnelle du service, le régime diffère entre la province et l'Ile-de-France.

Pour ce qui est du financement par les voyageurs, il consiste en un tarif payé par l'utilisateur pour jouir du service. En principe, les autorités organisatrices bénéficient de la plus grande autonomie en la matière afin de pouvoir élaborer une politique des transports qui prenne aussi en compte les aspects économiques et sociaux locaux. Cependant la LOTI prévoit une réserve en faveur d'une intervention de l'Etat dans le cadre de la politique générale des prix⁴⁰¹. Or cette politique est

⁴⁰¹ Art. 7 III : « Le financement des services de transport public régulier de personnes défini par l'autorité organisatrice est assuré par les usagers, le cas échéant par les collectivités publiques et, en vertu de dispositions législatives particulières, les autres bénéficiaires publics ou privés qui, sans être usagers des services, en retirent un avantage direct ou indirect.

encadrée par le principe de la liberté des prix et de la concurrence et l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui contient en son article 1 une exception à la liberté des prix autorisant l'Etat à réglementer les prix dans les situations de monopole sur le marché. Les entreprises exploitantes de service de transports urbains entrent dans ce cadre, ce qui légitime l'action du pouvoir central⁴⁰². Aussi pendant longtemps, la fixation des tarifs par les autorités organisatrices a été encadrée par un décret en Conseil d'Etat et des arrêtés ministériels, qui annuellement limitaient le taux d'augmentation des tarifs sur la base du décret du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France⁴⁰³. Ces limites ne concernaient cependant que les tarifs normaux c'est-à-dire ceux qui ne comportaient aucune réduction sociale ou autre. Par ailleurs, le préfet pouvait accorder certaines dérogations en cas d'extension du réseau ou d'augmentation de l'offre de service.

Cet encadrement tarifaire a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment de la part des collectivités locales qui estimaient leur autonomie affectée. Aussi un premier allègement à la réglementation des tarifs a été introduit par le décret du 31 octobre 2000⁴⁰⁴. Ce décret permettait de déroger à la réglementation tarifaire sous deux conditions cumulatives : l'AOTU devait avoir approuvé un plan de déplacements urbains comportant un volet tarifaire et elle devait avoir conclu une convention pluriannuelle avec le préfet sur la politique tarifaire, ce qui amenait les autorités à fixer elles-mêmes les limites aux augmentations de tarifs. En pratique, la dérogation a eu peu d'effets car elle ne redonnait pas entièrement aux collectivités leur liberté. Les PDU à volet tarifaire étaient au nombre de trois en 2001 et aucune convention pluriannuelle n'avait été enregistrée⁴⁰⁵. Cependant la réglementation des tarifs par l'Etat a finalement été supprimée par le

La politique tarifaire est définie par l'autorité compétente de manière à obtenir l'utilisation la meilleure, sur le plan économique et social, du système de transports correspondant.

Sous réserve des pouvoirs généraux des autorités de l'Etat en matière de prix, l'autorité compétente fixe ou homologue les tarifs. »

⁴⁰² Cf. avis du 19 mai 1987 du Conseil de la Concurrence, n°87-A-04 relatif à la réglementation des tarifs des transports publics urbaine de voyageurs visant le décret n°87-538 du 16 juillet 1987, qui précise que l'action de l'Etat peut être justifiée par le fait que l'existence d'un monopole limite la concurrence par les prix.

⁴⁰³ Décret n° 87-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France, JO 17 juillet 1987.

⁴⁰⁴ Décret n° 2000-1070 du 31 octobre 2000 modifiant le décret no 87-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France

⁴⁰⁵ Source: GART.

décret du 19 juillet 2005 lequel a rétabli la liberté tarifaire pour les autorités organisatrices⁴⁰⁶. Celles-ci jouissent donc en principe, de nouveau d'une totale autonomie si ce n'est les contraintes liées aux coûts du service et à leurs ressources propres. Il y a donc très peu de probabilité que cette autonomie retrouvée se traduise par une baisse des tarifs pour les usagers. En effet, les recettes tarifaires ne suffisent pas à couvrir les dépenses du service. En 2000, elles couvraient près de 30% des dépenses des réseaux entre dépenses de fonctionnement et dépenses d'investissements⁴⁰⁷. Ce déficit est admis par les pouvoirs publics car il permet de maintenir le titre de transport à un prix abordable et d'appliquer des réductions à certaines catégories d'usagers (personnes âgées, enfants, chômeurs...).

Le financement public est aussi assuré en partie par les ressources propres des collectivités territoriales. Elles financent le fonctionnement et les investissements à travers leur budget propre ou des emprunts. Hormis les emprunts, leur contribution correspond à près de 16% du service de transports collectifs en 2000. L'Etat qui participait au financement des investissements s'est presque complètement retiré en 2003⁴⁰⁸. Jusqu'alors l'Etat avait associé son financement à certains types de projets et notamment à des études, à la modernisation des réseaux existants, à l'intermodalité, au développement de l'usage du vélo et surtout au développement des infrastructures de transports collectifs en site propre (TCSP)⁴⁰⁹. En 2000, la participation de l'Etat s'élevait à environ 7% des dépenses pour les transports urbains de province. Suite au désengagement de l'Etat, aucun système pérenne de substitution n'a été mis en place. Le coût retombe sur les collectivités territoriales qui ont en conséquence tendance à accroître leur recours à l'emprunt et à allonger la durée des concessions. Ce type de financement est encadré par le droit communautaire et doit être conforme notamment aux règles sur les aides d'Etat et au Règlement n°1191/69.

⁴⁰⁶ Décret n°2005-917 du 29 juillet 2005 abrogeant le décret n° 87-538 du 16 juillet 1987 relatif aux tarifs des transports publics urbains de voyageurs hors de la région Ile-de-France, JORF 05/08/05.

⁴⁰⁷ Les chiffres présentés sont tirés de CERTU, Compte transport national détaillant les flux monétaires de l'année 2000.

⁴⁰⁸ Dans un communiqué de presse du 26 octobre 2003 le GART rappelle que : « Les 65 millions € dont le Gouvernement proposera le vote en loi de finances rectificative pour 2003, sont loin des 300 millions € attendus par les autorités organisatrices pour les dossiers déjà pris en considération ».

⁴⁰⁹ Cf. circulaire du 10 juillet 2001 n° 2001-51 relative aux aides de l'Etat à la mise en œuvre des plans de déplacements urbains et aux transports collectifs de province, non publiée au JORF.

Enfin, le dernier type de financement, original et important est le versement transport (VT). Il fut institué en 1971 pour la région parisienne et étendu en 1973 aux villes de province⁴¹⁰. Il s'agit d'une taxe payée par les employeurs d'un périmètre des transports publics de plus de 10 000 habitants et dont l'entreprise compte au moins neuf salariés⁴¹¹. Il permet de prendre en charge une partie des déplacements domicile-travail des salariés. Le montant de la taxe répond à un barème fixé par les collectivités locales, en deçà d'un maximum fixé par la loi (PTU de plus de 100 000 habitants = 1% ou 1,75% pour TCSP _ PTU de 10 000 à 100 000 habitants taux plafond = 0,55% avec des possibilités de majoration de 0,05 % pour les communautés de communes et d'agglomération de même depuis la loi SRU pour les espaces à dominante urbaine). L'instauration du versement transport est facultative. Sa mise en place et la fixation de son taux dépendent de l'AO. En 2005, le versement transport a été prélevé dans 201 AOTU hors Ile-de-France, soit 78% des AOTU recensées⁴¹². Le produit du versement transport tend à augmenter. Cette augmentation est due à la hausse des taux pratiqués par les autorités organisatrices, à l'élargissement des PTU et à la croissance du nombre d'employeurs assujettis. En 2000, le versement transport représentait environ 39% du financement des transports urbains hors Ile-de-France. Dans cette région les besoins financiers sont très importants. Aussi la majeure partie des fonds est apportée par le STIF, Syndicat des transports en Ile-de-France. Le système français de financement du service se caractérise donc par la participation de tous les acteurs impliqués dans le service.

B – En Italie, un système de financement essentiellement fondé sur les autorités publiques

En Italie, le service des transports publics locaux a longtemps été considéré comme un monopole fiscal, ou « service public passif » car sur un plan financier il est caractérisé par un déficit

⁴¹⁰ Loi n°73-640 du 11 juillet 1973 autorisant certaines communes et établissements publics à instituer un versement destiné aux transports en commun, JO, 12 juillet 1973, p. 7532 .

⁴¹¹ Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO 14 décembre 2000. Auparavant le VT concernait les villes de province de plus de 300 000 habitants (Loi n°73-640 du 11 juillet 1973).

⁴¹² Le Versement transport en 2005, *Information économique*, n°41 janvier 2007, GART.

chronique. Associé à la crise générale des finances publiques, le législateur a cherché à innover.

Avant 1995 en plus des contributions des usagers, le service était financé par deux fonds : le Fonds national pour la compensation des déficits d'exploitation (art. 9) et le Fonds pour les investissements (art. 11) établis par la loi n°151 de 1981. La création de ces fonds est assez originale en ce qu'elle crée un canal financier unique pour le service. Le Fonds d'investissement près le Ministère des transports permet l'acquisition de matériel roulant et la construction et modernisation d'infrastructures et équipements. Les régions avec le concours des collectivités locales présentent leurs demandes de financement auprès du Ministre. Le Fonds national pour la compensation des déficits est réparti selon un décret du ministère des transports qui prend en compte la dimension des services et les caractéristiques du territoire entre les différentes régions. Celles-ci répartissent à leur tour les ressources entre les collectivités locales. Ce financement n'étant cependant pas suffisant pour assurer un service de transports collectifs qui répondent à la demande des usagers, les collectivités territoriales ont peu à peu dû accroître leur participation financière dans ce domaine. Certaines autorités ont préféré néanmoins inciter les opérateurs à contrôler leurs dépenses et gérer de manière efficace économiquement, le service. Mais, face aux besoins des services locaux, l'Etat est finalement intervenu par plusieurs lois de secteurs pour compenser a posteriori les déficits du service ou pour autoriser les collectivités territoriales à faire des emprunts pour compenser les déficits, les laissant ainsi s'endetter sur le long terme. Par ailleurs, le coût s'est révélé plus lourd pour les entreprises en régime de concession que pour les entreprises municipales, car le coût du service est calculé à l'avance et en cas de déficit, celui-ci pèse sur le concessionnaire (car la contribution des régions se fait seulement dans les limites du budget adopté). Cette situation de crise financière a motivé la réforme de 1995 puis de 1997.

Le décret-législatif 422/97 réforme ce système et institue des Fonds, au niveau des régions, pour financer les services minimums et les activités qu'elles ont planifiées. De son côté, l'Etat transfère les ressources dédiées à la réalisation des fonctions qui ont été déléguées aux régions, en garantissant un niveau de service égal à celui du système précédent (art. 20).

En pratique, le Fonds national de compensation a été transféré aux régions sous forme de quota sur les taxes du carburant. Les autorités régionales sont libres d'affecter les recettes au mode de

transport de leur choix. Par ailleurs, la loi précise que les régions financent avec ces fonds les services minimums. De leur côté, les collectivités territoriales financent pour les transports urbains ou suburbains, la part de service ajouté qu'elles imposent afin de satisfaire la demande. Dans ce système le niveau de service est donc défini à l'avance non par rapport à la demande mais par rapport aux ressources disponibles, ce qui va à l'encontre de l'esprit de la réforme pour certains auteurs⁴¹³.

Le décret-législatif n°422/97 a par ailleurs fixé l'obligation de couvrir 35% des coûts d'exploitation du service par les prix payés par les usagers. Cette norme vise à inciter les entreprises à se détacher du financement public et à développer des techniques de gestion efficaces économiquement qui se traduisent par une plus grande autonomie financière, à travers les prélèvements tarifaires.

Mais globalement les recettes tarifaires ne couvrent pas les coûts d'exploitation du service et a fortiori les investissements. Seules quelques régions du Nord de l'Italie (Lombardie, Vénétie) parviennent à atteindre et même à dépasser l'objectif de 35% de couverture fixé par le décret-législatif. En ce qui concerne les investissements, l'Etat est intervenu par des lois spéciales pour rénover le matériel roulant. Les opérateurs en position dominante en sortent donc renforcés.

Dans ce contexte, plusieurs propositions de réformes sont avancées dont la principale consiste à lier les financements à des projets ayant des objectifs sociaux ou environnementaux ce qui pourrait pousser à la concurrence dans le marché. Mais ces expériences n'ont jusqu'à présent jamais été totalement satisfaisantes⁴¹⁴.

Pour ce qui est de la coopération et de la coordination des collectivités territoriales, le transfert de la responsabilité de la programmation et du financement du service suscite de nouveaux conflits

⁴¹³ Wanda d'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 2003, p 16

⁴¹⁴ Une loi sur les véhicules téléguidés, n°211/92, GU n°41 du 19 février 1992 associait un financement à hauteur de 50% de l'Etat pour des projets fondés sur une étude coûts-avantages. Cependant ces études n'ont pas eu lieu et la participation de l'Etat a quand même augmenté.

entre régions et collectivités inférieures. Ainsi, la commune de Rome et la région du Latium s'affrontent sur le financement des services minimums. La région refuse en effet de financer intégralement les services minimums historiques, c'est-à-dire les services jusqu'à présent assurés par l'Etat. Ceci a amené la commune en 1998 à prendre à charge près de 140 millions d'euros pour le service car la région n'avait avancé que 241 millions sur les 381 millions que coûtaient les services.

La crise des finances publiques a conduit à une grande réflexion sur les structures et les modes de gestion les plus efficaces, notamment économiquement, dans les services publics locaux. En cela, le législateur suit la marche communautaire de la libéralisation. Certains auteurs suggèrent d'aller plus loin en centrant le financement public seulement sur les obligations de service public pour pouvoir ouvrir la concurrence dans le marché et pas seulement pour le marché.

En Italie, les régions se sont donc vues attribuées la responsabilité du financement des transports publics locaux en même temps que l'Etat leur transférait les fonctions de programmation (décret-législatif n°422/97). La logique de ce transfert couplé, est de garantir une réelle subsidiarité où les collectivités ont les moyens de mener des politiques propres en usant des ressources financières pour supporter leurs projets. Là encore l'autonomie régionale se trouve favorisée. De plus le nouveau système permet une meilleure utilisation des fonds publics grâce à une évaluation des besoins plus proche de la demande et grâce à une meilleure répartition des ressources au niveau local. Elle invite cependant à redéfinir la collaboration entre régions et à clarifier les responsabilités de tous les acteurs.

Conclusion sur le financement

En matière de financement des transports publics locaux, les législateurs nationaux ont adopté des mesures innovantes (versement transport en France, décentralisation des responsabilités en Italie) mais insuffisantes.

En France comme en Italie la part du financement public demeure importante. Le budget de la collectivité responsable est mis à contribution. Le déficit chronique qui caractérise ce service à

cette échelle explique ce phénomène. Toutefois dans les deux Etats, les politiques tendant à développer un financement obtenu à travers les bénéficiaires du service. Dans cette perspective, les employeurs français sont sollicités pour payer une partie des charges de transport de leurs employés. En Italie la question du financement n'est pas réglée car elle est ébranlée par la répartition des pouvoirs entre collectivités de niveau différent et les transferts financiers qui l'accompagnent en principe. Ce sont en tout cas des organismes publics qui financent le service et leur nombre rend plus difficile la garantie de la transparence. Dans ce contexte, le droit communautaire n'impose aucune mesure financière particulière mais pose un cadre pour assurer la transparence de ces financements publics.

§ 2 - La concurrence pour le marché des transports publics locaux, objectif des législateurs nationaux

Le service des transports publics locaux a longtemps constitué un monopole aux mains d'un opérateur public ou privé, fermé à la concurrence. Il s'agissait d'une compensation du déficit lié aux obligations de service public imposées par les pouvoirs publics. Ainsi les autorités publiques attribuèrent l'ensemble du service à l'opérateur éliminant ainsi toute concurrence qui pourrait augmenter encore le poids financier du service pour l'opérateur principal. Le droit communautaire ne prohibe pas formellement les monopoles mais il encadre strictement leur fonctionnement. Les Etats ont de ce fait cherché à renforcer la transparence dans la délégation de service public. Face à ce phénomène commun à la France et l'Italie, le régime qui encadre l'élection et les relations de l'opérateur final avec l'administration publique diffère. En France, la concurrence est garantie par le régime général des services publics (A) alors qu'en Italie elle est assurée par une norme de secteur, terrain d'expérimentation pour la réforme générale de l'administration (B).

A – France : la libre concurrence assurée par l'application du régime général

En dépit des nombreuses réformes qui ont institué de nouvelles répartitions des compétences dans un but d'efficacité, le système traditionnel de détermination du mode d'exploitation du

service demeure. Les autorités organisatrices choisissent librement le mode d'exploitation du service : régie ou délégation. Le service peut donc être géré par une personne publique, privée ou semi-publique. La LOTI n'innove pas dans la détermination des modes de gestion et des modes d'attribution du service à disposition des collectivités locales. Le régime général des services publics s'applique.

L'article 7-II de la LOTI rappelle sous quelles formes le service des transports publics locaux peut être exécuté. Il s'agit de la gestion directe « *par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » ou par voie indirecte « *par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente* ». Cette seconde forme implique l'existence d'une convention qui « *fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service* ».

Dans le cas des régies, les contrats sont attribués directement. Pour la gestion déléguée selon la nature du contrat, les deux types de procédure classiques, délégation de service public ou marché public sont organisés.

La LOTI réaffirme à plusieurs reprises le principe de libre concurrence. Tout comme le législateur communautaire, la norme affirme la nécessaire harmonisation des règles pour une concurrence juste. L'article 3 dispose : « *Elle [la politique des transports] établit les bases d'une concurrence loyale entre les modes de transport et entre les entreprises, notamment en harmonisant leurs conditions d'exploitation et d'utilisation* ». La liberté de gestion des entreprises privées dans leurs rapports aux autorités publiques est également garantie par l'Etat (art. 5) affirmant ainsi l'indépendance de l'opérateur à qui est délégué le service.

La norme n'indique donc ni procédure d'attribution du service, ni les instruments qui doivent régler les rapports entre l'autorité publique et l'opérateur. Il faut dès lors se référer aux normes générales applicables aux SPIC et aux procédures d'attribution des contrats⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Cf. supra p 151.

B – Italie : les transports publics locaux, secteur pilote de l'introduction de la concurrence dans les services publics locaux

La description de l'ouverture à la concurrence du marché du service de transports publics locaux en Italie est beaucoup plus complexe qu'en France, tant le législateur a fait montre d'une activité quasi frénétique. En quelques années une série de réformes générales et sectorielles sont intervenues pour adopter de nouvelles mesures dans le sens d'une plus grande ouverture à la concurrence. A cet égard les transports publics locaux font figure de secteur pilote.

L'Italie a longtemps connu un service qui privilégiait la gestion publique directe. Les services publics locaux italiens en général et les transports publics en particulier se caractérisaient par une très forte présence des entreprises municipales locales confondant ainsi les rôles de régulateur et d'opérateur. Cette situation était le fait de la loi même. Les collectivités locales limitées dans leurs options de gestion (telles que prévues dans les lois sur les services publics locaux de 1903 puis celle de 1991), n'étaient pas tout à fait libres d'élire le mode de gestion du service dont elles étaient responsables.

Pour les transports, l'article 4 de la loi n°151 de 1981 pour l'organisation, la restructuration et l'amélioration des transports publics prévoyait trois types de modes de gestion: gestion en régie (« en économie ») des collectivités locales, la gestion à travers des « aziende speciali », la gestion en concession, conformément à la loi « GIOLITTI » de 1903. Il s'agit donc de deux formes de gestion publique et d'une gestion semi-publique. Au niveau local, de véritables monopoles légaux se sont établis fermant la porte aux opérateurs externes.

Mais le système calqué sur un modèle du début du siècle n'a pas fonctionné. Dix ans plus tard, le législateur est intervenu sur le thème des services publics locaux en général, élargissant les formes de gestion applicables par les collectivités territoriales⁴¹⁶. La loi n°142/1990 prévoit un série de modes de gestion pour les services à caractère d'entreprise dont les transports publics

⁴¹⁶ On pouvait se demander si cette nouvelle norme s'appliquait au secteur des transports car la loi spéciale aurait dû primer mais la référence de l'article 51 de la loi n°127 du 15 mai 1997 l'affirme.

locaux font partie: en gestion directe (en régie, concession, « azienda pubblica ») et en gestion indirecte (la société par actions à capital majoritairement public, puis à capital majoritairement privé avec l'article 121 de la loi 498 de 1992). Cette norme offre donc une plus grande liberté de choix dans la gestion du service aux collectivités territoriales. La loi pose le principe de la séparation des fonctions de programmation et contrôle qui incombent à l'autorité locale et les fonctions de gestion qui relèvent de l'opérateur élu. Par ailleurs elle invite les collectivités à présenter un budget équilibré à travers la péréquation entre les coûts et les bénéfices du service y compris les transferts des collectivités supérieures.

Le décret législatif n°422/1997 reprend la plupart de ces principes et les applique au secteur des transports. Il ne revient cependant pas sur les modes de gestion⁴¹⁷. Deux mécanismes prévus par le décret révolutionnent l'organisation du secteur : il s'agit de la contractualisation des rapports entre l'autorité locale et l'opérateur et de l'introduction de procédures concurrentielles pour l'attribution du service.

La contractualisation procède de la division des rôles entre régulateur et opérateur. Il s'agit de définir de manière transparente les relations qui unissent les deux parties. Il s'agit aussi de rétablir une certaine parité, l'idée de contrat impliquant la négociation et écartant le rapport dirigiste entre administration publique et entreprise délégataire. L'article 19 régit les contrats de service. La validité de ces contrats est de neuf ans. Ils définissent la distribution des risques et les marges de profit des entreprises (art. 19 §1). De plus, conformément à la norme communautaire ils rapportent les obligations de service public qu'impose l'autorité publique et les compensations qui l'accompagnent. L'article 16 précise également que les contrats devront mentionner les obligations de service supplémentaires et leur compensation. La mention des termes du contrat, des obligations qui pèsent sur l'exploitant et des compensations qu'il reçoit permet à tout intéressé de présenter une offre compétitive notamment vis-à-vis de l'opérateur traditionnel.

L'article 18 paragraphe deux pose l'obligation, sur la base des éléments qui seront inclus dans les

⁴¹⁷ Ou du moins l'article 18-3 se limite à réaffirmer la nécessité de transformer en sociétés par actions ou en coopératives, les établissements publics et les conzorzi (association de communes).

contrats, de recourir à des procédures compétitives pour attribuer la gestion du service. La délégation est limitée à neuf ans. Cette mise en concurrence doit permettre aux entreprises municipales transformées en sociétés par actions de participer aux appels d'offres. Cependant l'attribution directe du service est maintenue. Tout d'abord, les services en régie ne sont pas supprimés. Dans ces cas, les collectivités locales organisent par un règlement interne le service sans procéder à un appel d'offre puisqu'il s'agit d'une simple opération interne (art. 18 paragraphe 1). Ensuite, le décret-législatif prévoit un régime transitoire pour les entreprises publiques récemment transformées en sociétés. Pendant cinq ans soit jusqu'au 31 décembre 2003, les contrats peuvent leur être attribués directement. Cette dernière mesure est destinée à encourager la transformation des entreprises publiques en sociétés. L'objectif de la réforme est donc de faire disparaître, dans le secteur des transports publics locaux, avant tous les autres services publics locaux, la relation de faveur entre autorités locales et sociétés gérant le service.

La plupart de ces mesures ont été reprises dans la législation portant sur les services publics locaux en général. Ainsi, le Texte unique des lois sur l'organisation des collectivités territoriales (TUEL) de 2000 reprend dans son article 113 consacré à l'exploitation des services publics locaux à caractère industriel nombre de mesures consacrées dans le décret-législatif n° 422/97 (modes d'attribution du service, formes de gestion). L'application de ce texte au secteur des transports publics a d'ailleurs été discutée car le texte mentionne à la fois le caractère indérogeable des mesures de protection de la concurrence et la primauté des normes de secteur dans les autres domaines (art. 113 §1 TUEL). Le législateur a mis fin au débat en stipulant le primat du décret-législatif n°422-1997 dans les transports publics (art. 1 bis introduit en 2004). C'est le seul secteur nominalement exclu, probablement car faisant office de secteur pilote, il est le seul à avoir une législation qui soit dans l'esprit et qui traite tous les points du TUEL.

Conclusion : la concurrence dans les marchés de transports publics locaux

La loi sur les transports en France renvoie largement au régime général des services publics locaux. Le droit administratif général s'applique mais est complété par les mesures de la LOTI. Les valeurs qu'elle diffuse guident l'appréciation de l'intérêt général par les juges et les autorités

locales. La part faite à la concurrence et aux acteurs privés du service doit permettre d'interpréter dans ce sens les principes traditionnels du droit administratif. En Italie, le décret-législatif n° 422-97 est une véritable loi de réforme et même de rupture. Elle réforme le système traditionnel de gestion des transports publics locaux, mais là encore à travers le régime général des services publics locaux et les modes de gestion qu'il prévoit. Le législateur intègre le principe du contrat entre autorité compétente et délégataire privé mais requiert également, et en cela va plus loin que le règlement n°1191/69 (le cadre général communautaire des marchés publics, par contre, l'impose), des attributions par appels d'offres. La transparence, la non-discrimination et l'égalité de traitement paraissent donc assurées. L'exécution de cette réforme n'a pas été simple pour les collectivités locales et le législateur a dû prolonger les délais impartis. Les résistances politiques notamment avec l'émergence des nouveaux conflits entre collectivités de différents niveaux mais aussi les difficultés locales (manque de ressources et expertise) ralentissent le processus. Dans ce contexte, la multiplication des normes par le législateur accroît encore la difficulté à s'adapter à un cadre juridique qui apparaît instable et où la sécurité juridique se trouve affectée⁴¹⁸.

Conclusion sur le chapitre

La Communauté européenne aspire au développement d'une politique commune des transports urbains⁴¹⁹. Les transports publics locaux correspondent à une définition juridique alors que les transports urbains sont plus d'ordre socio-économique. La thématique est quelque peu différente car transversale : économique, sociale, environnementale. La France est déjà dans cette thématique : la loi organise les transports urbains a proprement parlé et la LOTI prône un certain nombre d'objectifs et de valeurs qui vont dans le sens des thèmes abordés à Bruxelles sur la question des transports urbains (développement durable, droit aux transports). En Italie, c'est

⁴¹⁸ Les réformes et contre-réformes italiennes traduisent les hésitations du législateur lesquelles reflètent les hésitations de Bruxelles où les deux premiers projets de règlement sur les obligations de service public, qui réforme le règlement de 1969, ont été après de longues et épineuses discussions abandonnées (Cf. Chapitre VIII). Certains auteurs pointent ces revirements communautaires pour expliquer les atermoiements du législateur italien. Cf Arduino D'ANNA, thèse de doctorat *I trasporti pubblici locali tra Stato, regioni ed enti locali alla luce della riforma del titolo 5. della Costituzione, spinte comunitarie e aspirazioni concorrenziali*, Università degli studi di Napoli Federico II, 2004.

⁴¹⁹ Voir par exemple, le Livre vert sur les transports urbains, « Towards a new culture for urban mobility », du 25 septembre 2007, COM(2007)55.

encore l'expression transports publics locaux qui dominant. De fait les réformes italiennes concernent avant tout l'organisation administrative de l'Etat et aborde le local dans son aspect juridique de plus petit niveau de gouvernement qui complète l'action des régions dans ce secteur. La difficulté tient donc à l'instauration d'un régime totalement nouveau dans les transports publics locaux dans un contexte général lui même en transformation.

Par ailleurs, l'observation du service au cours de cette première période montre un équilibre mouvant entre la promotion du service public et de la libéralisation.

En France, la libéralisation du service est ancienne. De nombreux acteurs privés sont déjà présents sur le marché et les collectivités locales sont familières avec l'usage des contrats et l'attribution par appel d'offres. Il en résulte que les règles de financement sont également claires et bien ancrées avec une part de risque assumée de la part du partenaire privé dans le cadre des concessions. Ce régime correspond aux normes traditionnelles attachées aux services publics locaux et en particulier aux SPIC qui évoluent essentiellement à travers la jurisprudence du juge administratif. Par conséquent il existe une certaine stabilité et c'est plutôt du côté de la définition et de la promotion du service public de transports collectifs que l'activité du législateur s'est portée. Une série de valeurs et d'objectifs tels que le développement économique et social, l'aménagement du territoire, le développement durable⁴²⁰, qui en réalité orientent la politique nationale, doivent conduire l'organisation des services publics locaux. C'est donc sur l'aspect service public que les normes françaises insistent.

En Italie, la situation est plus complexe du fait des nombreuses réformes aux objectifs divers : revoir le schéma d'organisation des transports publics, réformer l'administration en promouvant la libéralisation des services et la décentralisation. Dans ce contexte, il apparaît que les interventions du législateur ont réellement promu de manière équilibrée ces deux aspects. Le service public,

⁴²⁰ Art. 1 de la LOTI « *Le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques, sociales et environnementales les plus avantageuses pour la collectivité. Il concourt à l'unité et à la solidarité nationales, à la défense du pays, au développement économique et social, à l'aménagement équilibré et au développement durable du territoire ainsi qu'à l'expansion des échanges internationaux, notamment européens. Ces besoins sont satisfaits dans le respect des objectifs de limitation ou de réduction des risques, accidents, nuisances, notamment sonores, émissions de polluants et de gaz à effet de serre par la mise en œuvre des dispositions permettant de rendre effectifs le droit qu'a tout usager, y compris les personnes à mobilité réduite ou souffrant d'un handicap, de se déplacer et la liberté d'en choisir les moyens ainsi que la faculté qui lui est reconnue d'exécuter lui-même le transport de ses biens ou de le confier à l'organisme ou à l'entreprise de son choix.* »

comme nous l'avons vu n'est pas traditionnellement une valeur importante de l'ordre juridique italien. Cependant les réformes des années quatre-vingt-dix et notamment du secteur des transports publics ont apporté de la substance au concept de service public en définissant les obligations de service public tout en introduisant de nouveaux modes de gestion ainsi que les principes du contrat et de l'appel d'offres. L'exigence de contractualisation est une transposition directe du règlement n°1191/69⁴²¹. Il semble donc assez clair qu'en matière de transports publics locaux le concept de service public se soit développé comme conséquence de l'intrusion du droit communautaire.

Quant à l'autonomie locale, avec les pouvoirs de planification et de programmation des régions, les communes italiennes semblent plus limitées dans leurs politiques qu'auparavant. La nécessité de respecter les plans régionaux et la définition des services minimums au niveau régional a en fait instauré un nouveau niveau de contrôle pour les communes. Aussi si d'un côté le service se trouve plus proche du citoyen car organisé au niveau des régions, de l'autre il est confisqué à un niveau plus haut que la commune⁴²². De ce fait et alors que le système est pyramidal en France avec une envergure nationale, les collectivités locales apparaissent plus libres que les communes italiennes qui voient leurs compétences et ressources confisquées au niveau régional. Seules les grandes villes du Nord ont les ressources nécessaires au développement de politiques propres.

Conclusion du titre

En Italie, le décret-législatif n°422/97 a opéré une véritable révolution dans le secteur des transports publics locaux en instaurant un système concurrentiel là où pendant longtemps le service public se définissait largement de manière subjective car aux mains d'entreprises municipales et fermés aux autres opérateurs. L'influence communautaire se fait fortement sentir. Pour D'ANNA, avec le décret-législatif n°422/97 « *l'Etat italien, dans le cadre du panorama*

⁴²¹ Art. 19 du décret-législatif n°422/1997 du 19 novembre 1997, « Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59 », GU n. 287 du 10 décembre 1997.

⁴²² Cela dépend fortement des circonstances locales, de l'importance de la ville et de ses moyens financiers. Seules les communes les plus riches, au Nord en général, ont les ressources pour définir une politique propre.

communautaire, peut en effet se considérer un précurseur en matière de libéralisation des transports terrestres ». Il est vrai qu'en 1997 les règlements communautaires sur les transports ne réglaient pas le mode d'attribution des contrats. L'Italie est donc, avec l'instauration d'une obligation de procédure d'appel d'offres, dans ce sens un précurseur, et devance les propositions de réforme du Règlement n°1191/69 de la Commission avancées en 2000. Mais les directives des marchés publics et les principes de transparence et de non-discrimination étaient déjà en vigueur et affirmés. Par ailleurs, le décret-loi arrive relativement tard pour ce qui est de la contractualisation si l'on pense que dès 1991, le règlement posait l'obligation de définir les obligations de service public et leur compensation, ainsi que les rapports entre collectivités territoriales et délégataires de service dans des contrats de service public. Cependant en tout état de cause, les transports publics locaux constituent en Italie un secteur pilote de la réforme administrative générale et nombre de mesures comme la contractualisation, la procédure d'appel d'offres obligatoire apparaissent dans les normes de réformes ultérieures de 2001 et 2003⁴²³. Dans cette perspective, l'impact du droit communautaire est fort. Il a largement impulsé l'adoption de nouvelles normes qui étoffent la notion de service public et ouvrent le marché.

En France la norme communautaire ne semble pas avoir eu un impact déterminant dans l'évolution du secteur bien que le législateur y fasse référence à plusieurs reprises. L'importance accordée à la définition du service public est traditionnelle. Aussi l'impact de la réglementation de Bruxelles est plutôt neutre car la pratique de la délégation est ancrée depuis le début du siècle à travers le régime général des services publics.

Enfin pour ce qui est de l'influence des pratiques locales sur le droit communautaire en matière de transports publics, elle n'est pas remarquable dans cette première période. Il en va autrement dans la deuxième période.

⁴²³ Cf. infra p 345.

L'impact du droit communautaire sur les régimes nationaux de transports publics locaux

	Gestion	Impact
France	<p>En régie par une personne publique sous forme de SPIC ou par une entreprise à travers une convention à durée déterminée</p> <p>Financement : contributions de l'autorité compétente, tarifs payés par les usagers, VT</p>	<p>Impact faible dans la mesure où la pratique du contrat était déjà répandue en 1991</p>
Italie	<p>Gestion en régie, ou à travers une azienda speciale, ou en concession jusqu'en 1990. Puis possibilité de transformer les azienda en sociétés. Principe de la contractualisation.</p> <p>Financement avant 1997 : contributions de l'autorité compétente, tarifs payés par les usagers, Fonds national pour la compensation des déficits d'exploitation, Fonds pour les investissements</p> <p>Après 1997 : création de fonds régionaux pour financer les services minimums, les collectivités locales financent la part de service ajouté et 35% du service provient en principe des tarifs payés par les usagers</p>	<p>Impact fort constaté en 1997 avec l'introduction du principe de la contractualisation (décret-législatif n°422/97)</p>
CE	<p>1969 : Suppression des obligations de service public, compensation des obligations de service public maintenues, harmonisation des méthodes de compensation – Les transports publics locaux sont exclus</p> <p>1991: Principe de la contractualisation, suppression des obligations de service public et compensation des obligations de service public maintenues, harmonisation des méthodes de compensation – Les transports publics locaux sont inclus</p>	<p>Pas d'influence remarquable des Etats nationaux</p>

Conclusion de la Partie

L'observation de cette première période qui va du Traité CE aux tournant du vingt-et-unième siècle montre comment la problématique des services publics a émergé en droit communautaire à travers les secteurs et notamment celui des transports. C'est logiquement là où le Communauté avait compétence pour intervenir et définir une politique commune que les questions se sont posées. Au départ le droit communautaire ne fait pas particulièrement cas du service public et la relation entre les deux se caractérisent plutôt par une certaine indifférence. Toutefois le droit communautaire n'ignore pas le service public et comme nous l'avons vu, les quelques mentions du Traité vont permettre de développer la thématique.

Le secteur des transports apparaît comme un domaine pilote pour le développement des rapports entre la Communauté européenne et les collectivités locales et la recherche d'un équilibre entre service public et marché. Très tôt, des règlements communautaires détaillés qui affectent les monopoles nationaux sont adoptés sur la base de l'article 71 du Traité CE. Les débats, avant leur adoption, sur la question du service public sont importants mais finalement les normes ont une approche très technique que les juges vont suivre pour la définition du régime général. Ainsi les obligations de service public concept phare du droit communautaire des services publics sont définies techniquement selon des critères économiques. La conceptualisation du service public est donc à l'époque nulle. Pour définir les « SIEG » la Cour de justice retient la même approche pragmatique. Dès lors le service public demeure un phénomène qui est identifié au cas par cas, limitant ainsi sa portée. Toutefois son émergence en droit communautaire général et la multiplication des normes de secteur des années 90 avec les réactions qu'elles provoquent ont mené la Commission à un travail de théorisation. Ce travail qui s'est traduit par plusieurs communications a entraîné une véritable promotion politique de la notion dont la première conséquence a été l'article 16 introduit par le Traité d'Amsterdam, et qui se poursuit aujourd'hui comme nous le verrons dans la seconde partie.

Ce n'est pas dans ce cadre cependant que l'on peut mesurer un réel impact du droit

communautaire sur les services publics locaux. En effet ce sont en fait les règles générales sur la libre circulation des services qui ont eu un effet majeur à travers les « directives marchés publics » et les principes de non-discrimination, de transparence et d'égalité de traitement qui les accompagnent. A travers ces mesures les collectivités locales sont directement affectées lors de la délégation à un tiers de leurs services publics. Cependant ces principes font déjà partie de l'ordre juridique français où la délégation est largement pratiquée alors qu'en Italie, les modes de gestion étant essentiellement publics et directs, ils ne s'étaient pas encore complètement imposés.

Par ailleurs, en France comme en Italie le régime des transports publics locaux a longtemps été largement fondé sur le régime général des services publics locaux et a échappé à l'influence communautaire. De fait ce n'est qu'après la révision de 1991 du règlement n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, que le niveau local est visé par le règlement. Il introduit alors un instrument nouveau le contrat de service public qui jusqu'alors n'a pas été consacré dans le régime général des SIEG. Cet outil permet cependant indirectement de faire appliquer le principe de transparence. L'Italie et la France ont fait le choix de soumettre leurs transports publics locaux au règlement. Dans ce contexte, il s'avère que le régime français est plutôt conforme aux exigences de Bruxelles et ne requiert pas de réforme. L'affirmation dès le début du siècle de la liberté du commerce et de l'industrie amène tôt les juges à intégrer les principes que l'on retrouve en droit communautaire. Le droit italien va au contraire subir d'importantes transformations. La généralisation des appels d'offres et du principe de contractualisation est expérimentée dans le secteur des transports publics. Le décret législatif de 1997 se réfère plusieurs fois au règlement n°1191/69. Puis elle tendra à se diffuser, comme nous le verrons, dans le régime général qui à travers la forme sociétaire introduite en 1990 en connaît déjà les premières manifestations puisque les partenaires privés sont sélectionnés après appels d'offres. Ces réformes donnent en réalité un nouveau poids à la notion de service public en droit italien. Toutefois il ne faut pas nier l'importance d'une dynamique interne, motivées par la crise des finances publiques notamment, qui avait déjà mené les *aziende speciali* à agir comme des entreprises privées et encouragé à l'ouverture des marchés aux acteurs privés.

En définitive, la première période montre qu'en droit communautaire et en droit national le processus de libéralisation permet de faire émerger les services publics et loin d'être antinomiques les deux phénomènes paraissent en fait complémentaires et se nourrissent du développement de l'un et de l'autre.

De plus sous l'influence communautaire et les réformes s'accéléralent en Italie, on peut déjà constater une certaine convergence des modèles de gestion des services publics locaux. La forme de gestion publique sans être supprimée est cependant redimensionnée pour laisser une place aux opérateurs privés et que les deux secteurs, public et privé, concourent en toute égalité. Il en résulte en conséquence que le rôle d'opérateur des collectivités locales tend à se limiter au profit de celui de régulateur. Ce mouvement a suscité beaucoup de craintes et les institutions communautaires ont dû tout en poussant l'intégration européenne au niveau local, prendre plus en compte les réalités des services publics locaux.

Partie II - La prise en compte des services publics locaux au niveau communautaire

Cette deuxième partie démarre au tournant du vingt-et-unième siècle. Elle aborde de nouveau la question des SIEG dans leur cadre général et au niveau sectoriel dans les transports et l'incidence du droit communautaire dans ces matières, sur les services publics locaux.

Libéralisation et services publics dans la sphère communautaire se sont développés ensemble avec un poids pour le second qui demeure mineur. De fait, le concept de service public a été abordé par la négative du fait de la mission essentiellement économique de la Communauté européenne. Toutefois, depuis les années 90, la tendance à une revalorisation des SIEG est apparue, notamment grâce à la Commission, et à travers le concept plus large de SIG. Ainsi la Commission a rassuré les Etats membres inquiets du démantèlement de leurs grands services en réseau.

Dans cette deuxième partie le mouvement de libéralisation et de définition d'une catégorie positive de SIG se poursuit. Mais un nouveau courant, favorable aux collectivités locales, s'associe en parallèle à cette évolution. Il apparaît en effet que le développement des notions de SIEG et SIG se fait en concomitance avec l'affirmation du rôle des acteurs publics et des usagers. Comme le montre l'étude du nouveau règlement sur les transports de passager, l'ouverture des marchés locaux et l'introduction d'une réglementation communautaire contraignante pour les autorités locales ne se fait pas sans susciter de vives réactions. Beaucoup de collectivités craignent pour leur autonomie. De ce fait, la Communauté cherche de nouveau à présenter des garanties. Ainsi le droit communautaire prend en compte un certain nombre de pratiques locales mettant ainsi en lumière un certain impact du droit local sur le droit communautaire. La subsidiarité verticale comme horizontale est promue et par là même, le concept de citoyenneté européenne paraît s'étoffer.

Comment le régime général des SIG et des transports publics affecte-t-il les services publics

locaux dans cette seconde période? Comment se fait l'équilibre entre concurrence et libre circulation, et le service public? Quels instruments ou figures juridiques sont développés? Quel modèle de gestion locale se dessine et comment évolue le rôle des collectivités territoriales?

Nous verrons que la seconde période est un temps de grands enjeux politiques. La prise en compte des services publics locaux communautaires soutient le grand projet d'un service public européen, élément d'une citoyenneté européenne qui viendrait contrebalancer les valeurs du marché. Pour observer ce phénomène, nous nous pencherons de nouveau sur le régime général des SIG et des services publics locaux (Titre I) puis nous nous concentrerons sur le cas des transports publics locaux (Titre II).

Titre I - La mise en valeur des services publics locaux en droit communautaire

Comme nous l'avons vu dans la première partie, le droit communautaire sans ignorer les SIEG, les aborde de manière négative. Les SIEG sont pour les juges une exception aux règles du marché intérieur (art. 86 paragraphe 2). Les SIG sont une notion plus politique qui comprend les SIEG et développée par la Commission mais qui n'a pas connu de reconnaissance officielle dans le droit primaire jusqu'au traité de Lisbonne de 2007.

Il est donc difficile de mesurer la portée de cette catégorie. Est-elle comme les commentateurs les plus enthousiastes le suggère un nouveau domaine de compétence communautaire qui légitimerait l'action de la Communauté européenne et participent à la définition de la citoyenneté sociale? Ou n'est-ce finalement que la mise en œuvre de dispositions du Traité qui servent de garde-fous aux défaillances du marché (d'où leur développement à l'époque des libéralisations) mais n'accompagnent en rien la constitution d'une Europe politique et sociale?

Dans cette perspective, il est intéressant de voir que les questions les plus débattues (aides d'Etat, règles d'attribution des contrats publics) mais aussi les plus fondamentales qui se sont posées aux juges, émanent de services publics locaux. La confrontation de ces deux niveaux de gouvernement, la collectivité locale et la Communauté européenne, ne se fait pas sans heurts. Les schémas d'action locaux sont solidement ancrés. Ils ont parfois fait l'objet d'un long développement à mesure que les juges nationaux définissaient le régime applicable à l'intervention des collectivités locales et l'espace de liberté qui leur était concédé⁴²⁴. Par ailleurs, bien que la plupart des normes communautaires aient un effet direct, les collectivités locales tendent à ne les appliquer que lorsqu'elles ont fait l'objet d'une transposition en droit national. Du côté de la Communauté européenne, il est difficile de contrôler la bonne mise en œuvre du

⁴²⁴ Cf. par exemple, toute la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la LCI et l'intervention économique des collectivités territoriales, p

régime communautaire. Les nouvelles règles communautaires mettent donc du temps à s'établir.

Cependant cette confrontation du droit communautaire avec les services publics locaux ne doit pas être perçue comme «perdue» pour les collectivités locales. En réalité, à partir de l'observation des cas locaux, la Cour de justice a fait évoluer sa jurisprudence recommandant parfois de limiter la portée du droit communautaire pour préserver ces spécificités locales, dans le respect du principe de subsidiarité et de la diversité. La Commission s'est également efforcée de préciser les normes communautaires pour une meilleure réception au niveau local. Les services publics locaux ont ainsi certainement contribué à enrichir le droit communautaire des SIG (chapitre 1). En parallèle, les notions de service public et le rôle des collectivités locales dans les Etats évoluent (chapitre 2).

Chapitre I – L'intégration en droit communautaire de mesures favorables aux services publics locaux

Dans cette seconde période, l'évolution des SIG en droit communautaire se caractérise par l'intégration de mesures qui prennent en compte la part de responsabilité des collectivités locales dans ces activités et les modes traditionnels de gestion de ces services. Comme dans les droits nationaux, où le concept de service public s'est enrichi du fait des activités locales dans ce domaine, le droit communautaire s'inspire de ce niveau de gouvernement pour étoffer l'institution des SIG. Toutefois le local se caractérise par sa variété et il faut donc s'accommoder de cette particularité ce qui complique la définition de la notion et du régime.

Comment dès lors s'est poursuivie l'opération de promotion des SIG exécutée par la Commission? Dans quelle mesure la définition des concepts a-t-elle été précisée et les doutes qui les concernent levés? Et sur cette base comment a évolué le régime?

Nous verrons que la notion de SIG s'est enrichie mais au coût d'une plus grande confusion (Section 1). Le régime quant à lui demeure le même mais a été ajusté par les juges aux pratiques locales (section 2). Ces évolutions procèdent, comme nous l'avons vu dans la première partie, parfois du droit des services dans le marché intérieur et parfois des règles de la concurrence.

Section I – Une notion valorisée mais relative

La notion de « SIEG » et sa matrice ou son pendant selon les acceptions, les « SIG », ont connu une évolution favorable en droit communautaire. A mesure que les institutions quittent le terrain économique pour se pencher sur les questions sociales, les références à ces deux figurent se multiplient. Or ces références ne sont pas neutres. Le travail de conceptualisation à leur égard, la nature des textes qui les mentionnent et la fonction qu'on leur attribue démontre une réelle volonté de valorisation de ces expressions (§1). Le droit communautaire paraît ainsi à certains égards l'égal promoteur des « SIEG » et les « SIG » que les Etats membres à forte tradition de

« service public ». Cependant cette valorisation s'épuise dans le caractère circonstanciel des « SIG ». Les confusions persistantes quant à la définition des expressions associées aux « SIG », en dépit des efforts d'élaboration de la part des institutions, ainsi que la concurrence des autorités publiques dans la définition des « SIG », marquent ces notions du sceau de la relativité (§2). Ce dernier caractère pourrait bien être cependant la base même de la promotion en droit communautaire des services publics locaux.

§ 1 – La valorisation des « SIEG » et des « SIG »

La valorisation en droit communautaire des notions de « SIEG » dans un premier temps puis de « SIG » dans un second, est perceptible tout d'abord dans le travail d'élaboration de ces notions. Depuis le livre blanc de 2004 qui semblait clore un cycle puisqu'il exposait les résultats de la consultation publique sur les SIG lancée par la Commission en 2003, de nouveaux documents ont été publiés qui proposent d'avancer sur le sujet ou qui clarifient voire entérinent des notions déjà évoquées dans d'autres textes (A). Ensuite, la mise en valeur des « SIG » est patente dans un certain nombre de textes qui en font une valeur de référence pour les politiques de l'Union européenne (B).

A – Le travail d'élaboration juridique des notions

Les notions de « SIEG » et son avatar, les « SIG », ont été élaborées à partir du Traité et de la jurisprudence de la Cour de justice dans les années 90. De nombreux groupes de travail se sont penchés sur ces questions et ont abouti notamment à plusieurs communications de la Commission. Les définitions que celle-ci a pu donner n'ont pas connu de changements majeurs depuis cette période. En revanche de nouvelles expressions sont apparues telles que les « services sociaux d'intérêt général » (SSIG) ou les « services non économiques d'intérêt général » (SNEIG). Elles s'ajoutent à la déjà longue liste de termes employés pour faire référence aux services publics en droit communautaire.

1. LES SERVICES SOCIAUX D'INTERET GENERAL (SSIG)

La prise en compte du caractère particulier des SIG à caractère social est une requête de longue date de la part du Parlement européen. Dès 2001⁴²⁵ dans une résolution le parlement attire l'attention de la Commission sur la question. La proposition du Parlement consiste essentiellement à garantir aux services sociaux ou culturels, ou aux activités à but non lucratif en général, une exemption aux règles du Traité, notamment en matière de financement, dès lors que la concurrence ne s'en trouve pas gravement faussée. L'extension du droit communautaire de la concurrence et du marché intérieur a un grand nombre de SIG inquiète en effet les défenseurs d'un modèle social où les collectivités publiques sont très présentes. Cette proposition fut bien accueillie par la Commission qui dans son livre blanc de 2004 reconnut la particularité des services sociaux par rapport aux services de réseau et annonça qu'elle allait « *développer une approche systématique afin d'identifier et de reconnaître les particularités des services sociaux et de santé d'intérêt général et de clarifier le cadre dans lequel ils fonctionnent et peuvent être modernisés* »⁴²⁶.

Suite à cela la Commission publia le 26 avril 2006 une Communication sur les SSIG. Ce document marque un tournant dans la politique de la Commission à leur égard. A l'époque, les notions de « SIEG » et « SIG » sont encore discutées et la Commission se penche sur un nouveau domaine, resté très largement jusqu'alors la chasse gardée des Etats membres. Tout en soulignant la particularité de cette catégorie de services, la Commission les maintient dans la sphère des SIG dont ils ne se distinguent pas formellement. Ils constituent plutôt une sous-catégorie. En 2007, la deuxième communication sur le sujet est adoptée. Elle rappelle en premier lieu que les SSIG peuvent être de nature économique ou non économique. Ce premier aspect laisse déjà présager des difficultés de définition tant, comme nous l'avons vu, la détermination de ce qui est économique ou pas, est délicate. Puis conformément à la communication de 2006, le texte reprend la distinction fondamentale entre deux types de SSIG. Il existe d'une part, les organismes

⁴²⁵ Résolution du Parlement européen, du 13 novembre 2001 sur la communication de la Commission "Services d'intérêt général en Europe", JO C 140 5E) du 13.6.2002, p. 153.

⁴²⁶ Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004. p 17.

de protection sociale dans leurs diverses formes d'organisation. Ils couvrent les différents risques de la vie (vieillesse, santé, chômage, accidents du travail, retraite, handicap). Puis il s'agit d'autre part, des autres services essentiels fournis directement à la personne et qui jouent un rôle de prévention et de cohésion sociale. Ils apportent une aide personnalisée pour faciliter l'inclusion des personnes dans la société et garantir l'accomplissement de leurs droits fondamentaux. Cela concerne par exemple les services de réinsertion professionnelle, l'intégration des immigrés, le soutien aux personnes toxicomanes ou en rupture familiale). Les services de santé sont exclus de cette catégorie et font l'objet d'un traitement particulier par la Commission⁴²⁷.

Il apparaît donc que la catégorie des SSIG est protéiforme et par là même, certainement difficile à identifier. Ces doutes sont renforcés par une autre nouvelle catégorie qui fait débat.

2. LES SERVICES D'INTERET GENERAL NON ECONOMIQUE (SIGNE)

Il s'agit des SIGNE. Cette catégorie est mentionnée pour la première fois dans une norme de droit dérivée en 2006. La directive « services »⁴²⁸ dispose en effet en son article 2 a) que les « *services d'intérêt général non économiques* » n'entrent pas dans son champ d'application. Elle ne confère cependant aucune définition, laissant aux juges et aux commentateurs le soin d'élaborer la notion. Toutefois l'expression est explicite et il est possible de conclure qu'elle désigne les activités non marchandes, par opposition aux SIEG. Elle permet d'éviter d'attribuer à l'expression SIG un double sens. Cette dernière devient ainsi une notion générique qui inclut SIEG et SNEIG, avec une zone grise entre les deux où se trouveraient services de santé et SSIG.

Enfin une autre expression a complété cette liste. En effet, le Protocole sur les services d'intérêt général qui accompagne le Traité de Lisbonne, dispose en son article deux que : « *Les*

⁴²⁷ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (présentée par la Commission) {SEC(2008) 2163, {SEC(2008) 2164}, {SEC(2008) 2183} du 2.7.2008 COM(2008) 414 final 2008/0142 (COD)

⁴²⁸ Directive 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006.

dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général » (SNEIG). Les SNEIG n'ont pour l'instant pas 'objet d'autres mentions. L'expression est cependant ici aussi assez claire et on peut imaginer qu'elle se réfère aux services de justice, police ou sécurité sociale par exemple.

Le vocabulaire lié aux « SIG » si on exclut les expressions de secteurs comprend désormais au moins cinq formules : les « SIG », les « SIEG », les « SSIG », les « SNEIG » et les « SIGNE ». Il conviendra peut être d'y ajouter dans quelque temps une référence aux services de santé. Le droit communautaire reflète donc la variété des services publics, telle qu'elle apparaît également dans l'ordre juridique français avec les expressions de services publics administratifs, SPIC et services publics sociaux. Dans l'ensemble de leurs activités les collectivités locales sont donc amenées désormais à se référer à certains documents de la Commission pour voir quelle est la politique et la portée du droit communautaire en la matière. Toutefois la Commission elle-même reconnaît qu'il n'est pas simple pour les plus petites autorités publiques de mettre en œuvre des mesures nouvelles et parfois difficiles à comprendre. Elle invite donc les autorités compétentes à adopter des contrats transparents où figurent clairement le mandat attribué c'est-à-dire en pratique l'objet de la délégation et les moyens accordés⁴²⁹ pour faciliter son contrôle. Les juges peuvent aussi ensuite contrôler que le bon régime leur ait appliqué.

3. UNE BASE LEGALE POUR LES SERVICES D'INTERET GENERAL

L'idée d'une norme de droit dérivé, générale et contraignante, définissant les SIG et les SIEG ainsi que le régime applicable, a tôt été défendue par le Parlement européen. Le rapport de Werner LANGEN⁴³⁰ sur la Communication de la Commission appelle à l'adoption d'une

⁴²⁹ Communication du 20 novembre 2007 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle" *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen*, COM(2007) 725 final, p9.

⁴³⁰ Rapport de la Commission économique et monétaire du Parlement européen, sur la communication de la Commission « Les services d'intérêt général en Europe » (COM(2000)580) du 8 mai 2001, rapporteur Werner LANGEN.

directive cadre sur les SIG. Cette norme devait notamment indiquer les principes généraux applicables aux SIG, définir les bases d'une régulation démocratique et transparente, promouvoir la participation des citoyens et usagers dans l'évaluation et la détermination du niveau de services. La résolution du Parlement européen sur le livre vert en 2004⁴³¹ relança cette même idée. Cependant le consensus au sein du Parlement ne fut jamais complètement atteint, notamment du fait de la résistance des partis PPE (European People's Party) et ALDE (Alliance for liberals and democrats for Europe)⁴³².

La Commission avait également de son côté promu l'idée d'une norme horizontale sur les SIG⁴³³. Mais elle avait finalement opté pour une consultation publique qui prit la forme du Livre vert sur les SIG. Là encore la consultation montra que les Etats étaient partagés sur la pertinence d'une telle norme et le projet n'aboutit pas.

Dans ce contexte, la création d'une base légale en droit primaire pour autoriser la Commission à agir dans ce domaine pourrait être précieuse. Si la Commission revient sur son refus d'adopter une norme générale en matière de SIG elle pourra désormais se fonder sur l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui reprend l'ancien article III-122 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004⁴³⁴. Le nouvel article 14 dispose en effet : « *Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure*

⁴³¹ Résolution du Parlement européen sur les services d'intérêt général 14 janvier 2004, P5_TA(2004)0018.

⁴³² Markus KRAJEWSKI, « Providing legal clarity and securing policy space for public services through a legal framework for Services of general economic interest : squaring the circle ? », *European Public Law*, Vol 14, n°3, 2008, p 382.

⁴³³ Rapport de la Commission sur les SIG à Laeken, COM(2001) 598 final, 17.10.2001..

⁴³⁴ article III-122 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004

législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ». Cette disposition devra être appliquée cependant conformément au Protocole sur les SIG et par conséquent respecter l'autonomie locale, la subsidiarité et la diversité. La marge de manœuvre de la Commission n'est donc pas nécessairement très élargie.

B – La promotion politique des notions relatives aux SIG

Ces notions sont incertaines et relèvent dans une large mesure d'une approche au cas par cas où les juges communautaires et nationaux jouent un rôle essentiel. Néanmoins, elles ont trouvé consécration dans le droit primaire communautaire, ce qui correspond pour certains auteurs à une véritable constitutionnalisation et permet de relancer l'idée d'un service public européen⁴³⁵.

Ainsi l'expression de SIG sert d'intitulé au Protocole n°9 proposé en annexe du Traité de Lisbonne. C'est la première fois que les « SIG », notion pourtant intensément discutée et présente dans les documents politiques communautaires apparaît dans une norme de droit primaire.

Dans le Protocole, les expressions de SIEG (art. 1) et SNEIG (art.2) sont également employées. La seconde est assez récente en droit communautaire mais assez explicite pour rencontrer un grand succès. Elle est inscrite également dans la directive « Services » mais non sans confusion (cf. infra). Les autres expressions sont confinées à leurs secteurs : « service public » (transports, radiodiffusion), « obligations de service public » (transports, gaz, électricité), « service universel » (poste, télécommunications).

De plus, il faut compter que dans le contexte de la révision des Traités, la Charte des droits fondamentaux (CDF) constituait le Titre 2 du Traité établissant une constitution pour l'Europe et obtenait ainsi une valeur juridique. L'article 36 qui garantit l'accès aux SIEG acquerrait ainsi force contraignante. Suite à l'échec de l'adoption du traité constitutionnel de 2004, la Charte a été

⁴³⁵ Cf. par exemple, Claude HENRY, « *Concurrence et services publics dans l'Union Européenne* », Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

mise en annexe dans le « mini-traité » de 2007. L'article I-8 dispose que la Charte a la même valeur juridique que les Traités. L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 permet ainsi de donner force contraignante à la CDF. Pour certains auteurs, cette juridicisation de la CDF permettra aux individus de poursuivre les Etats membres sur la base du droit communautaire lorsque l'accès aux SIEG ne sera pas garanti⁴³⁶.

En plus de cette consécration juridique des SIG dans les textes les plus élevés de la hiérarchie des normes communautaire, il faut souligner la multiplication des références à la valeur symbolique et politique accordée aux SIG dans les textes.

Dès 1998, l'article 16 reconnaît aux SIEG le rang de « *valeurs communes* » de l'Union européenne et souligne le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale. Cette appréciation est confirmée dans le nouvel article 14 du Traité révisé qui à travers son Protocole souligne l'importance des SIG en général et non seulement des SIEG.

La Communication de 2007 sur les SIG déclare qu'ils sont indispensables à la vie quotidienne des citoyens et des entreprises et reflètent le modèle européen de société. Ainsi, « *Ils jouent un rôle majeur dans la garantie de la cohésion sociale, économique et territoriale de l'ensemble de l'Union et sont d'une importance vitale pour le développement durable de l'UE en termes d'augmentation des niveaux d'emploi, d'inclusion sociale, de croissance économique et de qualité environnementale* »

Plus spécifiquement, les SSIG constituent des « *piliers de la société et de l'économie européennes* »⁴³⁷. La Communication de 2007 sur les SIG et en particulier les SSIG précise « *l'importance de ces services pour la réalisation d'objectifs fondamentaux de l'UE, tels que*

⁴³⁶ Maurizio Maresca , « The access to the Service of general interest (SGIs), fundamental right of European Law and the growing rôle of users' rights », Working paper, 10th International Consumer Law Conference, *Privatisation, De(Re)regulation and the Consumer Interest* , Lima, May 4-5 2005.

⁴³⁷ Communication de la Commission du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne» [COM(2006) 177 final - Non publié au Journal officiel].

*l'achèvement de la cohésion sociale, économique et territoriale ou un niveau élevé d'emploi, d'inclusion sociale et de croissance économique, de même que leur interconnexion étroite avec les réalités locales*⁴³⁸. »

Désormais, les SIG sous toutes leurs formes sont donc mis en valeur par les institutions communautaires et surtout dans le droit primaire qui reconnaît leur importance et leur variété à travers les diverses expressions auxquelles il se réfère. Dans ce contexte, il paraît bien moins réservé qu'un grand nombre d'Etats membres vis-à-vis de leurs services publics. Si l'observation porte sur la notion sans tenir compte du régime proprement dit, les SIG sont promus à un rang aussi élevé que la concurrence ou la libre prestation des services. Cependant alors que celles ci sont évoquées dans les objectifs et missions de l'UE aux articles 2 et 3 du Traité, les SIG ne sont pas directement visés. L'équilibre entre valeurs marchandes et non marchandes ne paraît donc pas encore établi. Cependant la relativité de ces notions peut justifier la timidité des constituants.

§ 2 – La relativité des notions de « SIEG » et des « SIG »

La valorisation des notions de « SIEG » et « SIG » trouve sa limite dans la relativité des définitions qui leur sont associées. L'absence de définition définitive et la nécessité d'apprécier toutes les situations au cas par cas empêchent notamment de fournir une liste exhaustive de ces services. Cependant cette relativité qui jette quelque ambiguïté sur ce que le droit communautaire valorise, est bien accueillie par les Etats membres et les collectivités locales qui y voient le moyen de maintenir une approche nationale ou locale des services publics. L'échec des propositions de la Commission visant à l'adoption d'une norme transversale en la matière, en est la démonstration. Les incertitudes laissées par les normes communautaires quant à la substance de ces notions font qu'elles demeurent confuses (A). Cette confusion est cependant certainement due à la nécessité de maintenir des marges d'appréciation quant à son acception, notamment pour les collectivités qui prennent en charge ces activités (B).

⁴³⁸ Communication du 20 novembre 2007 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle" *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen*, COM(2007) 725 final, p7.

A – Des notions confuses

L'adoption de la Directive sur les services dans le Marché intérieur a été l'occasion pour le Parlement européen et la Commission de revenir sur les définitions des différentes expressions se référant aux SIG. Le texte adopté montre la confusion qui règne autour de ces termes.

En 2006, la Directive n° 2006/123/CE sur les services a suscité de vifs débats qui se sont concentrés largement autour du thème des SIEG. La question était de savoir dans quelle mesure la directive s'appliquerait aux SIEG et notamment le principe du pays d'origine⁴³⁹, élément clef du dispositif mis en place par la directive. L'idée de l'adoption de cette norme, dont l'origine se trouve dans l'objectif fixé au Conseil européen de Lisbonne de 2000 d'établir une stratégie pour l'élimination des barrières aux services, a été présentée par la Commission dans sa Communication « Une stratégie pour le marché intérieur des services » du 29 décembre 2000⁴⁴⁰. La directive tend à fournir une approche horizontale des règles sur la libre circulation des services et à éliminer définitivement les barrières administratives nationales qui empêchent leur bonne application. Elle comprend des mesures de simplification et d'harmonisation des procédures administratives nécessaires à la liberté d'établissement, notamment concernant les régimes d'autorisation. Ceux-ci doivent respecter les principes fondamentaux de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. Les critères d'attribution de l'autorisation doivent ainsi être clairs et rendus publics. A travers ces dispositions, la charge de la preuve apparaît peser sur les autorités publiques qui doivent démontrer avoir respecté les principes mentionnés. Quant aux mesures sur la libre circulation des services, elles reprennent dans leurs grandes lignes la jurisprudence de la Cour de justice. Plusieurs mesures d'accompagnement, sont également prévues, notamment sur la question de la qualité (chapitre V). Cet aspect est important car il s'inscrit dans un contexte plus

⁴³⁹ Ce principe est en fait une évolution de la reconnaissance mutuelle normalement pratiquée. Il prévoit que les services transfrontaliers sont réglementés selon les normes de leur pays de provenance. Ce principe a été vivement critiqué pour être trop libéralisateur et ne pas garantir de standards de protection sociale minimum et pour l'insécurité juridique qu'il suscite.

⁴⁴⁰ Une stratégie pour le marché intérieur des services, COM(2000)888 du 29 décembre 2000.

large où les institutions communautaires ont posé des obligations aux autorités publiques en matière de qualité, pour les services en général et les services publics en particulier. La portée du critère de qualité se trouve ainsi élargie. Ce chapitre comprend notamment des obligations d'information sur le prestataire de service à destination des usagers, d'adoption de mesures sur le règlement des litiges et l'obligation pour les Etats de développer une politique sur la qualité des services, incluant des certifications, des évaluations et la sollicitation d'organismes professionnels et d'associations de consommateurs.

Cependant la question du champ d'application de la directive notamment vis-à-vis des SIEG et des SIG demeurait irrésolue. De nouveaux débats sur ces notions furent donc engagés.

Tout d'abord, le texte fait référence à plusieurs notions : « service public », « SIEG », « SIG » et « SIGNE » sans en préciser les contours. L'article 4 sur les définitions n'apporte pas plus de précision. Une première indication se trouve au considérant 17 relatif au champ d'application de la directive et qui dispose :

« La présente directive ne vise que les services fournis en échange d'une contrepartie économique. Les services d'intérêt général ne sont pas couverts par la définition de l'article 50 du traité et ne relèvent donc pas du champ d'application de la présente directive. Les services d'intérêt économique général sont des services qui sont fournis en contrepartie d'une rémunération et entrent par conséquent dans le champ d'application de la présente directive ».

Cette première assertion n'est pas satisfaisante. Elle fait de la rémunération le critère distinctif entre SIG et SIEG. Or la Cour de justice n'est jamais parvenue à une telle conclusion. Pour les juges de Luxembourg, un service d'éducation qui constitue un SIG peut par exemple inclure une part de paiement par les usagers du service⁴⁴¹.

Le champ d'application est également abordé plus loin dans l'article 2. Le texte indique que les services d'intérêt général non économiques (SIGNE) ne sont pas couverts par la directive. Cette fois la norme suit clairement de la jurisprudence de la Cour de justice. Elle confirme également l'interprétation selon laquelle les SIGNE sont une catégorie, opposable au SIEG et qui comme

⁴⁴¹ CJCE, 27 septembre 1988, *Etat Belge/Humbel*, 263/86, Rec. 5365.

elle entrerait dans celle plus large des SIG. Mais alors la directive apparaît incohérente puisque le considérant 17 oppose SIG et SIEG.

De plus, si au delà des expressions, la liste des secteurs exclus prévus par le texte ajoute encore à la confusion. Ainsi l'article 2.2 place les services de communications électroniques, de transports et les services audiovisuels, tous services qui sont normalement qualifiés de SIEG par la Cour de justice, hors du champ d'application de la directive. Ceci implique a contrario l'inclusion d'un certain nombre de services publics locaux tels que la gestion des déchets, la distribution et fourniture d'eau, le traitement des eaux usées⁴⁴². Par ailleurs, les activités de puissance publique sont exclues expressément alors qu'elles auraient pu simplement bénéficier de l'exemption accordée aux SIGNE. De même les services de santé ne sont pas concernés par les règles de la directive. Le législateur leur applique donc ici le régime des SIGNE bien que le droit communautaire soit encore incertain en la matière (la Cour de justice adopte une approche au cas par cas) et que la Commission ne se soit pas encore formellement prononcée⁴⁴³. De plus toute une série de services sociaux sont exclus : le logement social, l'aide à l'enfance, l'aide aux familles et aux personnes en situation de besoin. Le texte précise que ces services doivent être assurés par l'Etat ou par des prestataires mandatés par lui ou encore par des associations caritatives. Le considérant 27 donne également d'autres indices pour les définir. Ils ont pour « *objectif d'assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées. Ces services sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité et ne devraient pas être affectés par la présente directive.* ». On peut donc se demander si en cette période où la Commission s'évertue à définir les SSIG⁴⁴⁴, il n'aurait pas été plus simple et cohérent de se référer directement

⁴⁴² Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, p 98.

⁴⁴³ Voir Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (présentée par la Commission) {SEC(2008) 2163, {SEC(2008) 2164}, {SEC(2008) 2183} du 2.7.2008 COM(2008) 414 final 2008/0142 (COD)

⁴⁴⁴ Communication de la Commission « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services*

à cette catégorie.

Mais il est vrai cependant que la Commission elle-même peine à définir les SSIG. La Communication de 2006 en dit peu. Elle s'attache en réalité à décrire les modalités d'organisation qui permettent d'identifier un SSIG. La liste est longue et variée. Ainsi les SSIG fonctionnent en principe sur la base du principe de solidarité, n'ont pas de but lucratif et impliquent la participation de bénévoles à la gestion du service. Ils ont un caractère polyvalent et personnalisé, sont ancrés dans la tradition locale, et entretiennent une relation particulière, asymétrique entre le prestataire et le bénéficiaire, différente d'une relation fournisseur consommateur⁴⁴⁵.

Cependant concrètement ni la directive « services », ni les documents de la Commission ne paraissent avoir à court terme des conséquences juridiques en matière de services publics locaux. Les textes de la Commission relèvent du « droit mou » et s'inspirent de la jurisprudence de la Cour de justice. La situation est donc celle établie par les juges de Luxembourg et consiste essentiellement à une analyse au cas par cas des SIEG, pour savoir si les dérogations qu'ils entraînent sont légitimes et bien proportionnées et des SSIG pour s'assurer que le droit communautaire s'y applique. Pour ce qui est de la directive, il est rappelé plusieurs fois qu'elle n'a pas pour but de libéraliser ou privatiser les SIEG (cons.8, art1 §2). Les institutions rassurent ainsi les autorités publiques attachées à leur autonomie de choix quant à l'organisation de leurs services publics et qui sont affectées dans leurs missions par la nouvelle directive.

Plus généralement, les conséquences juridiques de cette nouvelle directive pour les services publics sont donc limitées dans la mesure où elle ne concerne pas les SSIG ou SIGNE. De plus, les SIEG font l'objet de nombreuses dérogations. Tout au plus, les services publics locaux seront liés par les mesures relatives au droit d'établissement, car le principe de continuité des services publics écartent en principe, la règle de libre prestation des services.

sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne » du 26 avril 2006, COM(2006) 177 final, et Communication a Commission a adopté le 20 novembre 2007 une communication intitulée «Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen». [COM(2007) 725]

⁴⁴⁵ Communication de la Commission du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne» [COM(2006) 177 final - Non publié au Journal officiel], p 4-5.

B – Une notion concurrente

Le droit communautaire a toujours admis que les Etats membres étaient seuls compétents pour définir les missions ayant un but d'intérêt général. Le contrôle qu'opère le juge dans ce cadre se limite à celui de l'erreur manifeste. Cependant celle-ci est rarement caractérisée⁴⁴⁶. La Cour de justice ainsi que la Commission⁴⁴⁷ ont également reconnu la liberté des Etats membres dans la détermination des modes d'organisation des services publics et dans leur financement⁴⁴⁸. Ainsi dans la définition des « SIEG » la Communauté européenne et les Etats travaillent de concert. Cette coopération s'inscrit dans le contexte du principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du Traité CE⁴⁴⁹ et du principe de neutralité dégagé de l'article 295 T CE⁴⁵⁰. Or le principe de subsidiarité dans le contexte des SIEG a trouvé récemment une consécration majeure dans les textes de révision des Traités démontrant ainsi la volonté des institutions communautaires de laisser aux autorités publiques nationales une large discrétion dans leurs services publics. Cette démarche s'accompagne d'une affirmation du rôle des collectivités locales en droit primaire (1). De leur côté les juges semblent avoir déjà pris en considération ces avancées (2).

⁴⁴⁶ La Commission a cependant récemment demandé aux Pays-Bas (COMP H1FSP / Ic (2005) A / 30854 D / 1001) de réviser leur législation en matière de logement social au motif d'erreur manifeste d'appréciation. La loi autorisait les organismes de gestion de logement sociaux de louer au cas où ils ne seraient pas occupés, les logements libres à des foyers à revenus normaux ou élevés. La Commission s'est opposée à l'exploitation commerciale de ces habitations à moins qu'elle ne soit maintenue aux conditions du marché. Les Pays-Bas ont vivement réagi à cette interdiction estimant que rien n'interdisait à une entreprise en charge d'un SIG d'avoir des activités commerciales tant que la transparence était respectée et pour maintenir l'équilibre financier du service au moyen de péréquations financières. Cette affaire a amené le gouvernement néerlandais à exiger que les protocoles sur les SIG et le principe de subsidiarité soient inclus dans le Traité révisé de Lisbonne. Le Parlement néerlandais a par ailleurs entamé une procédure de révision de la loi en 2006.

⁴⁴⁷ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe JO C 281 du 26.9.1996, p 2.

⁴⁴⁸ Cf. Partie I – CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Rec. I-2533.

⁴⁴⁹ Art. 5 Traité CE : « *La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.* »

⁴⁵⁰ Art 295 Traité CE : « *Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres.* »

1. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE EN MATIERE DE SIEG DANS LES TEXTES COMMUNAUTAIRES

Traditionnellement, la subsidiarité était abordée par le droit communautaire de manière générale pour les matières relevant de la compétence partagée. Cependant tous les documents de la Commission relatifs aux SIG évoquaient déjà la responsabilité partagée entre les Etats membres et la Communauté dans la définition de ces services, lesquels jouent un rôle de cohésion au niveau national mais aussi communautaire. L'article 16 inséré par le Traité d'Amsterdam affirme explicitement la compétence partagée des Etats membres et de la Communauté dans le bon fonctionnement des SIEG. La subsidiarité est donc au cœur du droit portant sur les SIEG.

La diversité des situations nationales vis-à-vis des services publics n'est d'ailleurs pas présentée que comme un obstacle à l'harmonisation du droit communautaire. Elle apparaît aussi comme un réservoir de bonnes pratiques pour pouvoir garantir au mieux l'intérêt général européen⁴⁵¹. Le Livre Blanc affirme la nécessité de respecter cette diversité. De ce fait et face au scepticisme du Parlement européen et des Etats membres, l'adoption d'une directive-cadre sur les SIG a été rejetée.

Les propositions de révision des Traités ont néanmoins relancé le débat. Le Traité constitutionnel de 2004 et le Traité de Lisbonne ajoute à l'article 16 du Traité CE, un paragraphe qui constituerait la base légale de l'action de la CE en matière de SIEG. Ainsi l'article 14⁴⁵² du TFUE dispose : *« Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services »*. Les SIEG apparaissent ainsi comme une matière à part entière sur laquelle la Communauté a la possibilité de légiférer, ce qui revigore la notion. Les SIEG voient leur statut promu dans la mesure où auparavant la Communauté intervenait en la matière de manière incidente lorsqu'elle agissait dans le cadre de ses compétences fondées sur la

⁴⁵¹ Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe JO C 281 du 26.9.1996

⁴⁵² Il reprend l'ancien article III-122 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004.

garantie de la libre prestation des services et de la libre concurrence. De plus, la Commission possède désormais la base légale pour adopter une norme transversale qui s'appliquerait à tous les SIEG. Cependant la Convention précise de suite après avoir donné compétence à la Communauté européenne, que celle ci s'exerce dans le cadre du principe de subsidiarité. Ce dernier apparaît donc au cœur du régime des SIEG mais il ne doit pas permettre d'écarter les principes européens fondamentaux tels que la non-discrimination, l'égalité de traitement, transparence et les règles sur le financement des SIEG.

Le Traité de Lisbonne va plus loin encore avec une initiative qui n'était pas présente dans le Traité constitutionnel de 2004. Il ajoute un Protocole portant spécialement sur les SIG et dont la valeur juridique est égale à celle du Traité. Ce protocole porte sur les SIG et pas seulement sur les SIEG. Il a donc une portée majeure. Ce protocole n°9 résume et pose clairement les principes sur lesquels se fondent les SIG au sens de l'article 14 du TFUE : il s'agit de la subsidiarité, du respect de la diversité et quant à l'activité en elle-même, d'un niveau élevé de qualité, de sécurité, d'accessibilité tarifaire, d'égalité de traitement de promotion du service universel et des droits des utilisateurs⁴⁵³. Ce Protocole n'a pas une simple valeur déclarative au contraire il se pose en véritable mode d'emploi pour lire le nouvel article 14 du TFUE. Sa portée est en conséquence très importante et l'appréciation de la bonne application du principe de subsidiarité devra être systématiquement contrôlée par les juges.

De plus, les autorités locales sont nommément désignées dans le texte qui souligne leur « *large pouvoir discrétionnaire* » dans l'organisation des services. Ce texte porte donc à son apogée le principe de subsidiarité qui jusqu'alors portait sur les relations entre la Communauté européenne et les Etats membres. Les collectivités locales sont désignées expressément comme acteurs du système européen global. Elles jouent un rôle dans l'intérêt général communautaire et leur liberté

⁴⁵³ Art. 1 Protocole n°9 « *Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment: — le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;— la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes;— un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* »

d'administration est reconnue. Il s'agit dès lors d'un pas important pour leur promotion. De fait, ce protocole constitue la première référence explicite aux services publics locaux dans les Traités.

Ce protocole doit être lu par ailleurs en perspective avec le nouvel article 4 paragraphe 2 du Traité de l'Union européenne qui dispose « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». L'autonomie locale est ainsi affirmée par le droit primaire communautaire dans la mesure où les États membres eux-mêmes la consacrent.

Cependant le Protocole met au cœur du régime des SIEG d'autres acteurs : les usagers. Les obligations de qualité, de sécurité, du caractère abordable des services ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers, s'imposent aux autorités publiques. La liberté de ces autorités est donc encadrée par le respect de ces devoirs.

La Commission quant à elle semble liée par le second paragraphe du protocole qui invite à considérer la diversité des situations de SIEG avant l'adoption de toute réglementation. Toute norme transversale devra donc être assez générale pour couvrir cette variété de situations.

La subsidiarité est par ailleurs explicitée dans le Protocole n° 2 du Traité de Lisbonne qui porte sur ce principe ainsi que sur le principe de proportionnalité. Il prévoit notamment que tout projet d'acte législatif devra être précédé d'une consultation des autorités concernées au niveau régional ou local. Enfin, un recours pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif est instauré devant la Cour de justice, à l'initiative d'un État membre ou de son parlement.

Les acteurs impliqués dans les services publics sont donc nombreux et les institutions communautaires ont pris le parti de reconnaître le rôle joué par chacun ; la nécessité de coordonner ces différents niveaux et du respect de leurs libertés pose cependant question. Il est probable que les juges devront intervenir à plusieurs reprises pour équilibrer ces diverses interventions.

2. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Cette volonté de réaffirmer le rôle des Etats et des collectivités locales dans la gestion des SIEG est également apparue dans la jurisprudence du Tribunal de première instance (TPI).

Un récent arrêt revient⁴⁵⁴, sur le critère de la mission d'intérêt économique général. Le Tribunal adopte une approche très favorable à la compétence des Etats membres, dans un contexte où le Protocole sur les SIG annexé au Traité de Lisbonne défend le principe de subsidiarité. Tout d'abord les juges rappellent que les SIEG ne sont pas clairement définis par le droit communautaire ce qui confirme la responsabilité des Etats membres à cet égard. Le Tribunal s'appuie aussi pour cela sur le principe de subsidiarité à l'article 5 § 2 du Traité rappelant que la compétence des Etats est encore majeure dans des secteurs où la Communauté n'est pas intervenue ou dispose seulement d'une compétence concurrente. Par ailleurs, le cas d'espèce portait sur des assurances médicales, or la santé demeure comme le rappelle le Tribunal, l'un des secteurs où les Etats maintiennent une compétence quasi exclusive. Il réaffirme également que certaines caractéristiques sont communes à tous les SIEG. « *Il s'agit, notamment, de la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause d'une mission SIEG ainsi que du caractère universel et obligatoire de cette mission* » (point 172). Les juges fournissent donc une définition plus détaillée que la formule traditionnelle issue de l'arrêt *Corbeau* qui pose quatre critères (une entreprise, une activité économique, une mission d'intérêt général, un acte d'investissement).

Les juges se penchent notamment sur le cas du service universel qui est une notion de secteur et ne constitue qu'un exemple de SIEG. Ainsi, le caractère universel du service ne peut pas être compris comme le devoir d'offrir un service à l'ensemble de la population ou à l'intégralité du territoire (point 186), les autorités publiques ont toute liberté pour déterminer l'étendue de leur SIEG et ce n'est pas le caractère limité du nombre d'utilisateurs qui privent le service de son

⁴⁵⁴ TPICE, 12 février 2008, *BUPA contre Commission*, T-289/03.

caractère universel.

Quant au caractère obligatoire de la mission, cela signifie pour le Tribunal que l'opérateur doit fournir le service à tout usager le sollicitant (point 188). Cependant le contenu du service peut, dans une certaine mesure être déterminé par l'opérateur lui-même, ce qui lève l'obligation des autorités de déterminer très précisément le contenu de la mission.

Dans cet arrêt le Tribunal adopte donc une position souple et qui paraît presque laxiste au regard des exigences de transparence que la Commission normalement défend.

L'arrêt revient également sur le rôle particulier des autorités locales, notamment dans le domaine des services sociaux d'intérêt général. Ainsi, il reprend l'affirmation de la Commission selon laquelle : « *la responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local* ».

L'arrêt semble donc s'inscrire dans le contexte favorable à la subsidiarité que le nouveau Traité de Lisbonne a porté. Cependant il ne s'agit ici que d'un arrêt du TPI, il faut donc attendre l'intervention de la Cour de justice pour voir si cette approche flexible et favorable à l'autonomie des Etats membres est réellement consacrée en jurisprudence.

Conclusion de la section

La notion de SIG s'affirme donc comme un concept positif du droit communautaire et non plus comme une exception. Sa reconnaissance au niveau « constitutionnel » du droit communautaire pourrait permettre de défendre toute une série de droits relatifs à l'accès aux SIEG. Mais la portée de la notion demeure pour l'instant discutée du fait de son caractère hétérogène (pluralité d'expressions, de nature, d'origine). La notion communautaire de SIG tout en étant hétérogène paraît néanmoins englobante, comme le service public français. Un ensemble de règles s'appliquent à ces services tout en tenant compte de leur variété. Ce développement de la notion

permet par ailleurs d'instituer un espace pour les services publics locaux dans le droit communautaire. Cette diversité des activités de service public rend nécessaire la reconnaissance des responsabilités des divers acteurs. Ainsi les collectivités locales se trouvent mises en avant pour un certain nombre de missions, essentiellement sociales d'après les documents de la Commission. L'évolution du régime des SIG confirme cette prise en compte. Une relation plus directe entre droit communautaire et droit local s'établit.

Section II – L'évolution du régime des SIG : une prise en compte très encadrée des services publics locaux

Dans cette seconde phase, le régime appliqué aux SIEG a évolué normalement dans le sens des objectifs communautaires c'est-à-dire vers une amélioration de la libre circulation des services et une concurrence plus juste. Les exigences de transparence et de garanties de non-discrimination sont donc réaffirmées et clarifiées. A cet égard, le niveau local a fait l'objet d'une attention particulière de la part des juges et de la Commission. L'élimination des résistances à cet échelon est le nouvel objectif poursuivi par les institutions. Mais les réalités locales s'imposent, et la Cour de justice doit les prendre en compte, invitant ainsi la Commission à faire de même. Ces interventions qui traitent en particulier des services publics locaux, tout en les prenant en compte, les encadrent. Il faut donc voir dans quel détail les institutions interviennent et quels sont les éléments qui sont reconnus comme nécessitant un traitement particulier. Les deux sujets les plus sensibles, pour les services publics locaux, comme dans la première partie, sont les contrats publics (§1) et le financement des services (§2).

§ 1 – Les règles concernant les contrats publics : l'apparition des services publics locaux dans les débats

Les règles applicables aux contrats publics se fondent essentiellement sur les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. Les marchés publics font par ailleurs l'objet d'une réglementation spéciale qui applique ces préceptes en instaurant une série

d'obligations procédurales dont l'événement critique est la mise en concurrence des opérateurs prêts à fournir un service. Le détail de ces règles est tel que de nombreuses violations ont lieu au quotidien sans que la Commission puisse les contrôler, en particulier, du fait du nombre élevé de contrats publics conclu par les Etats membres et leurs milliers de collectivités locales. Dans ce cadre, la Commission a publié une série de documents à des fins didactiques et qui sont destinés en particulier aux autorités locales (B). Cependant le droit a également pris un chemin ascendant avec la prise en compte par la Cour de justice des réalités de gestion des services publics locaux et l'élaboration d'une exception nouvelle pour les opérateurs internes aux règles des contrats publics (A).

A – L'exception jurisprudentielle à l'application des règles concernant les contrats publics

Les services publics locaux ont traditionnellement la possibilité d'échapper aux règles des contrats publics à travers l'exception légale qui s'applique aux contrats inférieurs à un certain montant. En effet les directives de marchés publics ne s'appliquent qu'au dessus d'un seuil du montant des marchés. Ainsi les directives ne s'appliquent que pour les marchés de fournitures, travaux et services d'un minimum des 206 000€ pour les collectivités locales.

Hormis cette exception la tendance est plutôt, à l'instar des développements dans le domaine des concessions, sous l'impulsion de la Cour de justice comme de la Commission⁴⁵⁵, à l'extension de l'application des règles de procédure de marchés publics à tous les contrats publics. A travers les principes généraux de non-discrimination et d'égalité de traitement, une série d'obligations (transparence, publicité) s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs et notamment aux collectivités locales. Ces obligations sont assez contraignantes financièrement et techniquement pour les plus petites collectivités.

Dans les années 90, l'œuvre communautaire de libéralisation des services s'est accélérée. Les

⁴⁵⁵ cf.infra p 302 et suivantes.

marchés nationaux se sont ouverts et ce phénomène a peu à peu atteint les marchés locaux où les collectivités locales sont compétentes pour la gestion des services publics. Dans ce cadre un certain nombre de litiges opposant les collectivités locales à des opérateurs écartés voire ignorés et qui souhaitaient présenter des offres pour gérer un service local, ont été portés devant la Cour de justice. Dans plusieurs Etats membres et notamment en Italie⁴⁵⁶, il existe une forte tradition de gestion directe des services publics locaux. Ainsi d'importantes entreprises locales sous l'influence de l'autorité publique à travers une participation au capital ou la présence d'élus locaux au conseil d'administration, se sont établies sur les marchés locaux de services. Les liens étroits entre ces entreprises et ces collectivités locales ont justifié que les contrats leur soient attribués directement, sans mise en concurrence, et sans même parfois un contrat formel écrit. Ces pratiques se heurtent aux principes d'égalité de traitement et de libre prestation des services, promus par le droit communautaire. Sur cette base, les opérateurs externes ont contesté ces méthodes devant les juges nationaux qui confrontés à ces pratiques, très communes et bien ancrées, se sont tournés vers la Cour de justice pour poser des questions préjudicielles sur la manière de régler ces litiges.

L'activité quasi frénétique⁴⁵⁷ de la Cour de justice depuis près de dix ans souligne l'importance du problème. Plusieurs principes fondamentaux pour les ordres juridiques communautaire et nationaux s'affrontent : libre circulation des services (art. 41, 49 Traité CE) d'une part, principe de neutralité (art.295 Traité CE) et de libre administration des collectivités locales d'autre part⁴⁵⁸. La Cour de justice a dans un premier temps rendu un arrêt remarquable de par l'exception aux règles des marchés publics qu'il créait *ab nihilo*. Cette période qui consiste en réalité en un seul arrêt est finalement celle dont la stabilité a été la plus longue (un peu plus de cinq ans). Cependant dans un second temps, les juges ont adopté toute une série d'arrêts afin de préciser et restreindre la portée de l'exception qu'ils avaient établie. En 2008, encore, la Cour de justice a clarifié ses décisions. L'intensité de cette activité ne surprend pas. Un vide juridique portant sur la nature des liens entre

⁴⁵⁶ Cf Partie I le législateur italien a longtemps offert un nombre limité d'options (principe de « tipicità ») pour la gestion des services publics locaux où l'opérateur est très lié à la personne publique délégataire.

⁴⁵⁷ En dix mois, on comptabilise sept arrêts importants.

⁴⁵⁸ Sur le principe d'autonomie locale en droit communautaire Le projet de Constitution pour l'Europe est dans cette perspective plus favorable à l'autonomie locale qu'il range parmi les objectifs de l'Union, art I-5.

les collectivités locales et les organismes qui en dépendent, affectait la sécurité juridique d'une multitude d'opérations locales de délégations de services. C'est ainsi au moyen de la procédure de question préjudicielle (art. 234 T CE) que la Cour de justice a été le plus souvent saisie révélant ainsi les doutes des juges nationaux.

1. LA CONSTRUCTION PAR LES JUGES COMMUNAUTAIRES D'UNE EXCEPTION AUX REGLES DE CONCLUSION DES MARCHES PUBLICS

Le concept de prestation ou opérateur « in-house » ou « interne » est apparu récemment dans la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, il n'apparaît dans aucun texte de droit communautaire et a émergé il y a près de dix ans dans le célèbre arrêt *Teckal*.

Avant l'arrêt *Teckal*, le concept de prestations internes avait déjà été évoqué par l'avocat général La Pergola dans ses conclusions sous l'arrêt *BFI Holding* du 10 novembre 1998. Dans cette affaire deux communes, avaient décidé de créer ensemble une société commerciale afin de lui confier les tâches de collecte et d'élimination des déchets, service qu'elles assumaient auparavant directement à travers leurs propres ressources. Au vu de la dépendance de la société vis-à-vis des communes, de ses conditions de rémunération et de la composition du conseil d'administration notamment, l'avocat général estima se trouver face à « *une forme de délégation interorganique qui ne sort pas de la sphère administrative des communes* » et qui « *ne peut pas être considéré comme un marché au sens de la directive* »⁴⁵⁹. Ce concept ne fut pas retenu en l'espèce cependant il influença les juges qui un an plus tard, dans l'arrêt *Teckal* consacrèrent cette approche et posèrent les bases de la jurisprudence en matière de prestations internes⁴⁶⁰.

Dans cette affaire, *Teckal*, une entreprise privée, conteste l'attribution sans appel d'offres d'un marché de gestion du service de chauffage et de fourniture de combustible à un groupement de communes, l'AGAC, par la commune de Viano, elle même membre du groupement. La société

⁴⁵⁹ Voir § 36 à 38 des conclusions de l'Avocat général La Pergola sous CJCE, 10 novembre 1998, *Arnhem et Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, Rec. I-06821.

⁴⁶⁰ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, Rec. I-8121.

Teckal estime que la commune aurait dû recourir aux procédures de marchés publics prévues par la réglementation communautaire. Les juges italiens saisis de l'affaire décident de surseoir à statuer et demandent un éclaircissement sur l'applicabilité des directives des marchés publics.

Pour répondre à la question préjudicielle qui lui est posée, la Cour de Justice revient sur la législation communautaire en matière de marchés publics et notamment sur les exceptions qu'elle comporte (par exemple pour les organismes qui gèrent des services de transport ou de production, distribution d'eau et énergie, etc). Elle renvoie alors l'appréciation de la convention au vu de ces dispositions aux juges nationaux mais pose au passage, par un *obiter dictum*, une nouvelle exception dont elle est l'auteur.

En effet, les juges communautaires affirment que pour que la directive 93/36 sur les procédures de marchés publics de fourniture s'applique, « *il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ».

La Cour de Justice pose donc de sa propre initiative une nouvelle exception à l'application des procédures de marchés publics. Son raisonnement se fonde sur l'idée qu'il n'existe pas de contrat entre la collectivité et l'entité en cause. Les liens entre les deux personnes sont si forts que l'attribution de l'activité relève d'une simple opération interne qui ne justifie pas une procédure d'appel d'offres. Lorsqu'une collectivité confie à une entité tierce assimilable à un service de la collectivité une activité, il s'agit alors d'une opération « in-house ».

Comme pour toute exception, les critères doivent être d'interprétation stricte. La Cour de Justice se réfère à deux notions importantes. Pour qu'une opération soit qualifiée d'interne : le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité juridique autonome à qui elle confie l'activité un « *contrôle analogue* », et cette entité autonome doit exercer « *l'essentiel de son activité avec la ou les*

collectivités qui la détiennent ».

L'interprétation du premier critère est délicate. La Cour de Justice renvoie simplement pour l'appréciation du « *contrôle analogue* » aux liens institutionnels et fonctionnels qui unissent la collectivité publique à l'entreprise qu'elle a choisie mais sans préciser la forme de ces liens.

Pour ce qui concerne le deuxième critère, il signifie que l'entité tierce fournit ses prestations quasi-exclusivement au pouvoir adjudicateur. Comme il n'existe pas de seuils chiffrés pour apprécier ce qu'est « *l'essentiel de son activité* », l'examen doit avoir lieu au cas par cas.

En l'espèce, La Cour de justice ne tranche pas mais l'avocat général Cosmas⁴⁶¹ dans ses conclusions, estime qu'il n'y a pas de contrôle analogue de la commune de Viano sur AGAV dans la mesure où celle-ci ne dispose d'un pourcentage de participation que de 0,9%.

Par la suite, le premier critère fera l'objet d'un grand nombre de discussions.

La portée de l'arrêt Teckal est importante. Il est tout à fait exceptionnel que la Cour de justice dégage une règle qui écarte la réglementation communautaire. Or cette règle prétorienne a des conséquences juridiques et politiques considérables.

La portée juridique directe du bénéfice de l'exception « in-house » est d'éviter les procédures de la commande publique. Ces procédures consistent essentiellement en la publication du marché, l'émission d'appel d'offres, l'étude des dossiers, la désignation des personnes sélectionnées, la notification. Elles visent à assurer la transparence, l'égalité des opérateurs et à empêcher toute discrimination. Ces procédures sont longues, complexes et coûteuses. Les petites collectivités sont donc soulagées quand elles peuvent les éviter mais c'est au risque de faciliter le favoritisme et la corruption.

D'un point de vue légal, la conséquence de l'arrêt *Teckal* est l'introduction dans les législations nationales de normes qui reprennent l'exception dérogée par les juges communautaire. En France, le décret du 7 mars 2001 l'a transposée quasiment à l'identique dans le code des marchés

⁴⁶¹ Conclusions de l'Avocat général sous CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. I-8121.

publics, article 3§1 : « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables [...] : 1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code...* »

Toutefois on constate que législateur français est encore plus strict que les juges communautaires puisqu'il pose une troisième condition : le cocontractant doit lui-même appliquer les procédures de marchés publics pour ses besoins propres c'est-à-dire pour la totalité de ses achats et pas seulement ceux liés à son contrat de prestations intégrées.

En Italie, la notion d'opération interne a aussi été reprise dans la législation. Ainsi l'article 113 du décret législatif n°267 portant texte unique des lois sur l'organisation des entités locales du 18 août 2000, modifié par le décret législatif n°269 du 30 septembre 2003, dispose que « *La fourniture du service se fait en accord avec l'organisation du secteur et dans le respect de la réglementation européenne, la responsabilité du service pouvant être confié à : [...] c) des sociétés à capital entièrement public à condition que l'entité ou les entités publiques titulaires du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que la société réalise la majeure partie de son activité avec l'entité ou les entités publiques qui la contrôlent* »⁴⁶².

Il est très significatif que les législateurs aient fait leur la jurisprudence communautaire. La portée de l'arrêt s'en trouve accrue et s'étend sur le terrain politique.

L'arrêt a de ce fait reçu un bon accueil de la part des collectivités locales⁴⁶³. En effet, les contours du concept n'étant pas très précis, (la possibilité d'assimiler des entreprises locales, mixtes ou publiques, à des services internes, semblait vaste), on pouvait supposer que le concept serait

⁴⁶² Traduction de l'auteur.

⁴⁶³ Position du Conseil des communes et régions d'Europe, du 19 novembre 1999.

entendu largement et permettrait ainsi une extension de sa portée à toutes les formes de gestion publique et mixte des collectivités. Ainsi en évitant les règles de la commande publique, les collectivités publiques disposent d'une grande liberté dans la désignation de leurs partenaires et dans la poursuite de leurs orientations politiques. Cela leur permet notamment de confier les missions à leurs services, constitués en personne juridique distincte, sans passer par de longues procédures.

Les principaux bénéficiaires de la reconnaissance du caractère « in-house » d'une activité sont donc les autorités en charge du service qui ont alors toute liberté pour désigner leur partenaire en dehors des règles de base de la commande publique à savoir la transparence et l'égalité de traitement des opérateurs. L'autre bénéficiaire est bien évidemment l'entreprise choisie laquelle n'a pas à se confronter à ses concurrents. C'est l'avantage conféré à cette dernière qui a amené la Cour de justice à revoir sa jurisprudence car il se heurte au droit communautaire et notamment au principe d'une libre concurrence. Aussi les juges de Luxembourg vont, à mesure qu'ils précisent leur jurisprudence, restreindre la portée de l'exception « in-house ».

2. LA RESTRICTION PAR LES JUGES COMMUNAUTAIRES DE LA PORTEE DE L'EXCEPTION « IN-HOUSE»

La Cour de justice va considérablement restreindre la portée de son exception en se concentrant dans un premier temps sur le premier critère, puis sur le second. Cette acception restreinte paraît légitime si l'on pense que l'exception in-house n'a pas de cadre légal et est pure œuvre prétorienne. Cependant les juges ont créé la surprise en s'appuyant sur un critère organique alors que l'arrêt *Teckal* n'évoquait pas cet aspect. Cet argument les amène à exclure du champ d'application de l'exception « in-house » les relations entre un pouvoir adjudicateur et une entreprise d'économie mixte (a) sans pour autant résoudre tous les doutes concernant les relations avec les entreprises à capitaux purement publics (b).

- a. L'inapplicabilité de l'exception « in-house » aux relations entre pouvoir adjudicateur et entreprise à capitaux mixtes

La doctrine qui s'était penchée sur le cas des prestations in-house à l'époque de l'arrêt *Teckal* n'excluait a priori aucun type de contrat de son application. Mais par un arrêt retentissant du 11 janvier 2005⁴⁶⁴, la Cour de justice exclut toute une catégorie de contrats du champ d'application de l'exception in-house. Ainsi tous les accords conclus entre une collectivité publique d'une part, et une entreprise d'économie mixte d'autre part, ne peuvent être qualifiés d'opération interne.

Dans cette affaire, la ville de Halle en Allemagne avait attribué un contrat de traitement, de valorisation et d'élimination des déchets à une société d'économie mixte sans appel à la concurrence. La ville détenait indirectement 75,1 % du capital de l'entreprise, le reste étant détenu par une société privée. Une entreprise tierce s'estimant lésée a alors saisi les juges pour non application des procédures de marchés publics par la commune. Pour sa défense, la ville avança qu'il s'agissait d'une opération interne et donc qu'elle n'avait pas à appliquer les procédures de marchés publics. Les juges allemands saisirent alors la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle. Ils demandèrent si un pouvoir adjudicateur qui envisage de conclure un contrat à titre onéreux avec une société d'économie mixte dont il est actionnaire majoritaire, mais à laquelle participent des personnes privées, doit respecter les obligations de mise en concurrence prévues par les directives sur les marchés publics.

La Cour répond alors par l'affirmative avec deux arguments majeurs.

Tout d'abord, la Cour de justice estime que la participation d'un capital privé affecte la poursuite de l'intérêt public que supporte le pouvoir adjudicateur. « *Tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente* »⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. I-1.

⁴⁶⁵ Point 50, CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. I-1.

Ensuite elle déclare que l'absence d'appel à la concurrence nuit aux objectifs fondamentaux de libre concurrence et à l'égalité de traitement des intéressés « *dans la mesure où une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents* »⁴⁶⁶.

Ce second critère semble le plus pertinent au regard du droit communautaire. En effet, pour ce qui est du premier, il a une portée discutable. Pour l'application des directives de marchés publics, par exemple, le droit communautaire admet que les organismes publics puissent être des sociétés d'économie mixte. Le critère déterminant est dans ce cas, l'étroite dépendance entre le pouvoir adjudicateur et l'organisme, ce qui autorise que la détention du capital soit simplement majoritaire. La différence d'approche paraît donc peu logique. Cette différence de traitement entre « contrôle analogue » et « étroite dépendance » peut cependant s'expliquer par le fait que si la qualification d'organisme public entraîne l'application des règles de procédure de marchés publics, celle d'opérateur interne pose une exception à ces règles et doit dès lors faire l'objet d'une interprétation stricte. La comparaison avec l'entreprise publique est encore plus éloquente. Ces entités sont dénommées ainsi lorsque les pouvoirs publics exercent une influence dominante sur elles et elles bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux alors même que des personnes privées participent à leur gestion. Pour certains auteurs⁴⁶⁷, il y a d'ailleurs une opposition fondamentale entre opérateur in-house et entreprise publique, laquelle poursuit en principe des buts exclusivement commerciaux et ne peut prétendre par conséquent à être un simple instrument des pouvoirs adjudicateurs pour la mise en œuvre de service au bénéfice d'un nombre limité d'autorités avec lesquelles elle réaliserait la majeure partie de son activité.

Cependant le second argument demeure et est peu contesté.

Les conséquences de l'arrêt sont importantes. La Cour de justice exclut systématiquement du champ d'application de l'exception « in-house » tous les contrats conclus par un pouvoir

⁴⁶⁶ Point 51, CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. I-1.

⁴⁶⁷ Giannangelo MARCHEGIANI, « Les relations in house et le syndrome du cheval à bascule. Quelques considérations à propos de l'arrêt Stadt Halle », *RMCUE*, n°494, janvier 2006.

adjudicateur avec une entreprise qui comprend des capitaux privés. Les procédures de marchés publics doivent systématiquement être respectées.

L'apport de cet arrêt est donc l'émergence d'un critère négatif pour l'appréciation du « *contrôle analogue* ». La présence de capitaux privés signifie la non applicabilité de l'exception in-house. Les juges soulèvent donc un argument organique. Cet arrêt répond de façon inattendue aux attentes de clarification. La Cour de justice adopte une acception très restrictive de la notion de « in-house » en avançant un motif que l'arrêt *Teckal* ne considérerait pas. De fait, l'arrêt *Stadt Halle* a reçu un très mauvais accueil auprès des collectivités locales⁴⁶⁸ car il remet en cause la création même des sociétés d'économie mixte étant donné que les pouvoirs adjudicateurs ne seront pas sûrs de pouvoir finalement leur attribuer le contrat de gestion du service. Or ce mode de gestion est très prisé, notamment dans les Etats à forte décentralisation tels que l'Allemagne et l'Italie.

Quelques mois plus tard, un arrêt confirma cette jurisprudence⁴⁶⁹. Mais surtout, l'arrêt étend la jurisprudence aux concessions alors que nombre d'auteurs s'attendaient à plus de souplesse à l'égard de ce type de contrat puisqu'en principe le droit communautaire n'a pas de règles précises en ce qui concerne l'attribution des concessions. Toutefois il est acquis que les principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs doivent être respectés⁴⁷⁰. L'arrêt *Coname*, permet donc d'une part, en théorie, d'écarter ces règles en présence d'opérations internes, mais cette largesse est annulée d'autre part, par la définition restreinte de la notion d'« opérateur interne »⁴⁷¹.

Cette jurisprudence laissait cependant des questions en suspens. L'arrêt *Stadt Halle* signifiait il a contrario que lorsque le pouvoir adjudicateur contracte avec une entreprise à capital entièrement

⁴⁶⁸ Pour le Conseil des communes et régions d'Europe, il s'agit d'une véritable atteinte à la démocratie locale. http://www.ccre.org/communiqués_de_presse_detail.htm?ID=73

⁴⁶⁹ CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec.I-7287 et CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c/ Commune de Roanne*, C-220/05, Rec. I-11037.

⁴⁷⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, Rec. I-10745.

⁴⁷¹ Pour une application récente de cette jurisprudence, aux concessions d'aménagement françaises, CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c/ Commune de Roanne*, C-220/05, Rec. I-11037 _ La Cour de justice confirme par ailleurs que la qualité de pouvoir adjudicateur de l'opérateur économique cocontractant appelé à mettre en œuvre pour ses propres contrats, le code des marchés publics, est sans incidence sur l'applicabilité, au contrat principal, de la directive.

public, l'opération était nécessairement interne ? On pouvait en douter vu la définition communautaire des entreprises publiques qui pour apprécier l'« *influence dominante* »⁴⁷² invite à observer en plus du capital et de nature éventuellement entièrement publique, les règles qui les gouverne. Cet examen vaudra a fortiori pour le « *contrôle analogue* » qui est un lien plus fort que l'« *influence dominante* ».

b. L'incertaine applicabilité de l'exception « in-house » aux relations entre pouvoir adjudicateur et entreprise à capitaux entièrement publics

La troisième étape majeure dans le développement de la jurisprudence communautaire sur les prestations internes est l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005⁴⁷³. Dans cette affaire, la société Parking Brixen GMBH conteste l'attribution par la commune italienne de Brixen d'un contrat de concession pour la gestion d'un parking, sans appel d'offres, à la Stadtwerke Brixen, société par actions dont le capital est entièrement détenu par la commune mais voué à s'ouvrir à d'autres associés, du fait de la révision de la législation italienne.

La société Stadtwerke Brixen est une entreprise à capitaux purement publics. Néanmoins pour la Cour cette donnée ne suffit pas à caractériser que la commune exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services sur la société. Concrètement, la collectivité doit avoir une « *influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes* ». Pour vérifier cette influence, il convient d'observer les statuts. Cette tâche relève normalement des juges nationaux. Cependant dans cette affaire, les juges de Luxembourg procèdent à l'examen d'un certain nombre d'éléments qui permettent d'évaluer l'autonomie de l'entreprise. Il s'agit notamment de son objet social, de son périmètre d'activité et du devenir de son capital. De plus, il convient d'observer les pouvoirs attribués au conseil d'administration et les moyens dont dispose la commune pour effectuer un contrôle gestionnaire. En l'espèce, les juges observent que « *son objet social a été élargi à d'autres domaines tels que le transport de*

⁴⁷² Art.2 Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.

⁴⁷³ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612.

personnes et marchandises, ses activités étendues à toute l'Italie et à l'étranger, et son capital devait être ouvert à d'autres actionnaires ». Au vu de ces informations, la Cour rejette en l'espèce l'existence d'un contrôle analogue. Il en résulte que l'exception « in-house » ne s'applique pas et que le pouvoir adjudicateur doit respecter une procédure publique pour l'attribution du contrat.

En définitive, en associant les arrêts *Stadt Halle* et *Parking Brixen*, on peut conclure que la détention à 100% du capital de l'entreprise délégataire est une condition nécessaire à l'existence d'un contrôle analogue mais non suffisante. Il faut observer un

L'examen doit se faire au cas par cas tant l'étude des statuts des entreprises est déterminante. Cette solution qui se veut clarificatrice est cependant très restrictive. Elle ne laisse que peu de choix aux collectivités sinon la possibilité de privatiser ou de gérer en régie directe leurs prestations. Ainsi l'avocat général KOKOTT dans ses conclusions sous l'arrêt *Brixen* évoque « *un début de privatisation forcée* » puisqu'on ne laisse à la collectivité que « *le choix entre la privatisation de ses missions et l'accomplissement d'une mission en interne* ». Vu la complexité de l'analyse des relations entre un pouvoir adjudicateur et son cocontractant, le recours à des tiers sur lesquels la collectivité publique possède un contrôle important, devient trop risqué.

Qu'en est-il des autres relations c'est-à-dire des cas où le pouvoir adjudicateur délègue une activité à une personne juridiquement distincte qui n'est pas une société? L'arrêt *Teckal* concerne par exemple un groupement de communes. Il est donc sûr que les établissements publics, les associations, les groupements de collectivités publiques peuvent toujours bénéficier de l'exception in-house pour leurs contrats avec un pouvoir adjudicateur dès lors que les critères de l'arrêt *Teckal* sont remplis. Pour les sociétés à caractère purement public, la Cour de justice a admis de façon positive dans un arrêt⁴⁷⁴ *Commission contre Espagne* rendu le 8 mai 2003 que le contrat conclu entre l'Etat espagnol et une société anonyme au capital entièrement public peut être qualifié d'opération in-house. Il ne s'agit donc pas nécessairement de contrats entre personnes publiques. Cependant cette jurisprudence peut poser problème au niveau des droits nationaux comme par exemple en France où la loi interdit aux collectivités locales la création de

⁴⁷⁴ CJCE, 8 mai 2003, *Commission contre Espagne*, C-349/97, Rec. I-3851.

sociétés à capital purement public.

Pour consolider leur jurisprudence, les juges de Luxembourg ont à travers toute une série d'arrêts donné des précisions importantes.

Dans l'arrêt *Commission contre République d'Autriche*⁴⁷⁵, la Cour de justice précise sa jurisprudence en déterminant la date pertinente à laquelle apprécier le contrôle analogue. Le problème tenait au fait que nombre de sociétés à capitaux purement publics faisaient par la suite entrer dans leur capital des associés privés. Si l'opération pouvait réunir les critères d'une opération interne dans un premier temps, elle perdait cependant ce caractère une fois le capital ouvert. L'arrêt *Commission contre République d'Autriche* vise à éviter les abus que les collectivités pourraient commettre.

En l'espèce la commune de Mödling confie en septembre 1999, sans respecter les procédures de contrats publics, la collecte et le traitement de ses déchets à une société qu'elle a constituée quelques mois auparavant et dont elle détient l'intégralité du capital social. La commune cède néanmoins 49% de ses parts à des associés privés en octobre peu avant le début d'activité de la société.

Se fondant sur la théorie de l'effet utile et sur le principe de sécurité juridique, la Cour de justice dénie à l'opération tout caractère interne. Bien qu'en principe l'opération doive être appréciée à la date de l'attribution du contrat, la directive 92/50 du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services doit être appréciée, vu les circonstances de l'espèce, en se plaçant à une date postérieure de celle de l'attribution. « *La réalisation de l'objectif poursuivi par cette dernière, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres, serait compromise s'il était loisible aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des manœuvres visant à masquer l'attribution de marchés publics de services à des entreprises d'économie mixte* ». L'arrivée d'associés privés marque certainement la naissance d'un contrat aussi la théorie du non contrat qui motive l'arrêt *Teckal* et qui justifie l'exception in-house devient caduque. Ayant pris en considération les événements

⁴⁷⁵ CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Autriche*, C-29/04, Rec. I-9705.

ultérieurs à l'attribution du contrat, la jurisprudence de l'arrêt *Stadt Halle* s'applique. L'opération interne n'est pas caractérisée et le pouvoir adjudicateur doit respecter la réglementation sur les marchés publics.

L'arrêt *ANAV*⁴⁷⁶ donne à la jurisprudence de la Cour de justice, un caractère encore plus strict. Dans cette affaire la commune de Bari a confié la gestion du service de transport sur le territoire de la commune à AMTAB sans mise en concurrence préalable. L'association nationale des transports de voyageurs (ANAV) conteste cette attribution. Le capital de la société AMTAB est entièrement détenu par la commune de Bari et sa seule activité consiste à fournir le service de transport sur le territoire communal. Etonnement, sans procéder à une analyse poussée des statuts, la Cour de justice reconnaît le caractère d'opération interne au contrat. Cette souplesse peut s'expliquer par la nature de concession du contrat que le droit communautaire ne réglemente pas en principe. C'est la première application positive de la jurisprudence *Teckal*. Cependant elle précise conformément à son arrêt *Commission c. Autriche* que ces deux critères doivent être permanents pour que le droit communautaire ne soit pas violé. Ainsi, « *Si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital d'AMTAB Servizio est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer une concession de services publics à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire* ». Les juges communautaires laissent aux juges nationaux la mission d'examiner si la commune prévoyait d'ouvrir le capital de la société. En tout cas, il conviendra si le capital s'ouvre de procéder à un appel d'offres.

Une autre étape remarquable pour la compréhension de la notion de prestations internes est l'arrêt *Carbotermo*⁴⁷⁷.

Ici, la commune de Busto Arsizio a confié sans appel d'offres un marché de fourniture d'énergie et de gestion de chauffage à la société AGESP. Le capital de cette dernière est détenu à 100% par la holding AGESP holding dont le capital appartient pour 99,98% à la commune.

⁴⁷⁶ CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec. I-3303.

⁴⁷⁷ CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec. I-4737.

La Cour examine tout d'abord l'existence d'un contrôle analogue en suivant la méthode dégagée dans *Parking Brixen*. Cependant l'observation des statuts démontre que « *le contrôle exercé par la commune de Busto Arsizio sur ces deux sociétés se résume pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, ce qui limite de manière considérable son pouvoir d'influencer les décisions de ces sociétés* ». Par ailleurs la présence d'un intermédiaire, la holding, entre la commune et la société réduit encore les possibilités de contrôle. Aussi sous réserve de vérification par les juges nationaux, la Cour de justice nie l'existence d'un contrôle analogue. Il faut plus que les pouvoirs conférés par le de commun pour caractériser le contrôle.

Mais l'intérêt de l'arrêt se trouve également dans la précision du second critère *Teckal*, celui de l'exercice par le délégataire de l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur. Les juges se penchent sur le chiffre d'affaires réalisé par la société. La question est de savoir s'il faut prendre en compte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité de tutelle ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité. La Cour de justice apporte de précieuses clarifications : « *les activités d'une entreprise adjudicataire dont il convient de tenir compte sont toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations. Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies.* » La Cour admet ainsi l'extraterritorialité des activités de la société. « *L'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités* ». L'arrêt reprend ainsi l'une des affirmations de l'arrêt *Teckal*. Enfin sur ce second critère, il faut envisager qu'il soit apprécié également en fonction de considérations qualitatives comme par exemple la situation concurrentielle de l'entité contrôlée par rapport à d'éventuels concurrents et le niveau de leurs prestations. La Cour de justice a donc encore de nombreuses précisions à apporter.

Enfin, le dernier arrêt significatif de la longue série traitant des opérations internes est l'arrêt *Asemfo/Tragsa*⁴⁷⁸. Cette affaire concerne l'entreprise Tragsa, créée par l'Etat espagnol qui détient 99% du capital social, le reste appartenant à quatre Communautés autonomes. Pour ces régions, Tragsa effectue près de 60% de son activité. Le problème était de savoir si une mise en concurrence était nécessaire pour la gestion des services dans la mesure où l'essentiel de l'activité relevait en réalité des actionnaires minoritaires. Contrairement aux conclusions générales de l'Avocat général Geelhoed⁴⁷⁹, la Cour de justice estime qu'une entreprise dont le capital est détenu par plusieurs personnes publiques et dont l'essentiel de l'activité est réalisé avec ces dernières constitue une opération "in house" pour laquelle les directives marchés publics ne sont pas applicables. L'argument selon lequel la relation interne n'existerait qu'entre l'Etat espagnol et Tragsa n'est donc pas retenu. La Cour de justice parvient à cette conclusion après avoir observé que Tragsa est vis-à-vis des communautés autonomes une entité instrumentale et technique tout autant que pour l'Etat. En effet, la réglementation nationale la contraint à exécuter les commandes passées par les communautés autonomes et elle n'a pas le pouvoir de fixer librement les prix de ses prestations. Tragsa n'est donc pas un tiers pour les communautés autonomes or les marchés publics sont des contrats entre pouvoir adjudicateur et un cocontractant distinct de celui-ci. Dans les cas de coopération entre collectivités locales, il apparaît donc qu'en principe le critère du contrôle analogue est rempli. Il n'y a donc pas lieu de se pencher sur les statuts et rapports d'influence dans la société.

La Cour de justice semble donc admettre désormais que la détention du capital par un ou plusieurs pouvoirs publics adjudicateurs préjuge l'existence d'un contrôle analogue. Mais cette présomption paraît réfutable en cas de circonstances particulières observées sur la base de la vocation de marché ou du degré d'autonomie de l'entité en cause⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estad*, C-295/05, Rec. I-2999.

⁴⁷⁹ Conclusions générales de l'Avocat général GEELHOED présentées le 28 septembre 2006, affaire C-295/05 sous le même arrêt.

⁴⁸⁰ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. I-8612 et Conclusions de l'Avocat général Trstenjak, CJCE, 4 juin 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07

Conclusion sur A

Les arrêts de la Cour de justice n'ont pas fait l'objet d'un bon accueil auprès des collectivités locales. Ainsi Jeremy SMITH secrétaire général du Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE) déclare à l'époque à propos de l'arrêt *Coname*: « *Cet arrêt illustre une fois de plus le niveau d'incertitude inacceptable auquel les collectivités locales sont confrontées chaque fois que leurs propres services internes (« in-house ») sont concernés. La Cour de Justice modifie constamment les règles du jeu. Les institutions européennes sont censées être neutres entre la fourniture de services publics via des sociétés privées ou publiques, mais ce n'est pas le cas dans les arrêts de la Cour* ». Le CCRE conclut que puisque la Cour de Justice se prononce constamment contre le principe de l'autonomie locale en matière de fourniture de services publics, une législation européenne démocratique est nécessaire pour établir un cadre sensé permettant aux municipalités de donner des tâches aux sociétés qui leur appartiennent ou qu'elles contrôlent.

Un premier document communautaire a repris la notion de prestations internes. Ainsi le livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions admet que des entités « in-house » puissent se voir confier des contrats sans mise en concurrence préalable du fait du principe de neutralité posé à l'article 295 Traité CE. Par ailleurs le droit dérivé a consacré la notion. Ainsi, dans le secteur des transports publics, les discussions sur les premières propositions de révision du Règlement n°1191/69 et leur rejet ont porté la Commission à introduire dans le nouveau règlement au transport de voyageurs du 23 octobre 2007⁴⁸¹ dans son article 5 un article sur la gestion « in-house ». Il prévoit que « *Toute autorité locale compétente, qu'il s'agisse ou non d'une autorité individuelle ou d'un groupement d'autorités fournissant des services intégrés de transport public de voyageurs, peut décider de fournir elle-même des services publics de transport de voyageurs ou d'attribuer directement des contrats de service public à une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité locale compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, exerce un contrôle*

⁴⁸¹ 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, JO 03/12/07.

analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ». Son introduction a été considérée comme un grand succès par les collectivités locales qui se sont battues au sein du Parlement européen pour le droit à gérer eux-mêmes ou à travers un opérateur interne, les services de transports publics. Cet article demeure cependant sectoriel. La sécurité juridique qu'il rétablit invite néanmoins à étendre cette initiative à d'autres secteurs. La jurisprudence sur les opérateurs internes illustre la tension entre droit communautaire et services publics locaux. Sans réduire la portée des principes fondamentaux du droit communautaire la Cour de justice s'est inspirée des réalités locales pour établir une dérogation à la réglementation, contournant ainsi la volonté du législateur européen. Ce faisant elle garantit la liberté des autorités publiques de gérer en interne à travers des organismes qui leur sont étroitement liés les services. Cette exception a une portée importante dans la mesure où la réglementation portant sur les marchés publics est écartée mais également les principes fondamentaux de non-discrimination, transparence et égalité de traitement. Les procédures de mise en concurrence auraient probablement mis fin à cette option car les opérateurs privés peuvent apparaître plus compétitifs à bien des égards : savoir-faire, moyens techniques et financiers. Ils auraient probablement remporté les marchés privant ainsi de fait, les collectivités locales d'un moyen de gestion traditionnellement à leur disposition.

D'autres questions particulièrement récurrentes sur les contrats publics des collectivités territoriales ont fait l'objet d'une réflexion de la part de la Commission.

B – Le travail de la Commission pour l'extension du régime communautaire des contrats publics

Pour ce qui est des marchés publics, en 2007, en accompagnement de la communication sur les SIG, la Commission a publié un document de travail sur l'application des règles de marchés publics aux SSIG. Elle revient sur les possibilités d'attribution directe des contrats et sur l'attribution après mise en concurrence. Là encore la question des services publics locaux est abordée au sujet de la charge administrative des appels d'offres ainsi que de l'application de ces règles dans les cas de coopération intercommunale.

1. LE DOCUMENT DE TRAVAIL SUR L'APPLICATION DES REGLES DES MARCHES PUBLICS AUX SIG ET EN PARTICULIER AUX SSIG⁴⁸²

La jurisprudence de la Cour de justice portant sur les règles d'attribution des contrats publics, couplée aux normes extrêmement détaillées en la matière ont amené la Commission à intervenir pour récapituler les règles applicables et clarifier certains points de droit. Dans ce document de travail, la Commission tente également de répondre aux préoccupations qui ont trait plus particulièrement aux services publics locaux.

Ainsi elle se penche sur le cas des petites et moyennes entreprises locales. La crainte des autorités locales est de voir ces compagnies échouer dans les appels d'offres puis disparaître, du fait de la concurrence sévère des grandes entreprises. Pour éviter ce travers la Commission invite les pouvoirs adjudicateurs à organiser des appels d'offres sur des domaines limités, notamment en divisant les contrats, pour que les petites entreprises est une chance de remporter la procédure compétitive⁴⁸³. Cette solution demeure à certains égards, insatisfaisante. Elle risque d'entraîner une parcellisation des services, notamment ceux en réseau, et de nuire à leur efficacité. Par ailleurs, elle contraint les autorités locales à multiplier les procédures d'appel d'offres ce qui signifie là encore une augmentation des coûts et l'utilisation de beaucoup de ressources (personnel, matériel, temps). La solution ne paraît donc pas réellement apporter de réponse à long terme et demeure très contraignante.

La Commission rappelle par ailleurs que les contrats n'atteignant pas les seuils d'application des procédures de marchés publics doivent néanmoins en principe respecter les principes de transparence, non-discrimination et égalité de traitement. Toutefois les contrats de délégation de services sociaux, de très faible montant n'ayant aucun impact sur les échanges entre Etats

⁴⁸² Commission staff working document du 20 novembre 2007, Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest _ Accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment", COM(2007) 725 final.

⁴⁸³ *Ibidem*, p 8-9.

membres sont exemptés des procédures de marchés publics mais également de l'application de ces principes fondamentaux. Les autorités publiques sont chargées de mesurer cet impact et peuvent pour cela se fonder sur un autre document de la Commission : la Communication sur les marchés non soumis aux procédures de passations générales⁴⁸⁴. Ce texte constitue un guide de bonnes pratiques. Paradoxalement donc, dans le cas particulier où des contrats, ne sont pas concernés par le droit communautaire car ils n'atteignent pas les seuils, les collectivités locales doivent tout de même se référer aux orientations de la Commission. Les collectivités locales sont donc dans tous leurs contrats, guidées voire liées par des instructions européennes.

La Commission aborde également la question des critères dans les appels d'offres. Elle n'admet pas que des exigences liées à la familiarité au contexte local soient imposées au motif qu'elles risquent d'être discriminatoires et finalement de nuire également aux autorités locales, qui n'auront qu'un nombre limité de candidats. De telles mesures ne sont admissibles que lorsqu'elles sont nécessaires à la poursuite du service. Il s'agit donc de mesurer la proportionnalité de ce critère à l'objectif visé. Certains arrêts de la Cour de justice ont déjà admis de tels critères : par exemple l'exigence de l'installation de locaux sur les lieux de l'activité pour la bonne tenue d'un service ou la possession d'expérience dans un domaine et contexte similaires à ceux du marché en question. L'autorité publique a la responsabilité de démontrer que ces exigences sont bien justifiées. La démonstration de sa nécessité paraît là encore délicate et ce sont les juges nationaux qui devront apprécier le contexte. Cette exigence est contestable et surtout bouscule la pratique qui s'est longtemps fondée sur la familiarité d'un opérateur pour l'attribution du contrat. Cette familiarité semblait gage d'efficacité.

Enfin le document confirme que les collectivités locales peuvent s'unir pour constituer un pouvoir adjudicateur unique et organiser un appel d'offres commun. Cette mesure entérine la pratique déjà répandue des groupements de collectivités locales et constitue un gage d'efficacité.

Le document de travail de la Commission consiste donc essentiellement en un résumé de la

⁴⁸⁴ Communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» du 23 juin 2006, 2006/C 179/02.

jurisprudence de la Cour et en un guide de bonnes pratiques. Dans ces réponses apportées aux préoccupations des autorités locales, la Commission démontre sa volonté de prendre en considération les particularités des plus bas niveaux de gouvernement. Cependant les collectivités locales se trouvent ainsi très encadrées dans leurs activités. Leur liberté de décision s'en trouve limitée et paradoxalement la prise en compte des réalités locales semble se faire aux dépens de l'autonomie locale.

2. LES COMMUNICATIONS DE LA COMMISSION

En plus de ce document de travail orienté sur le cas des SIG et SSIG en particulier, la Commission a publié plusieurs communications liées à la coopération entre personnes publiques et personnes privées dans l'organisation et la fourniture du service.

Plusieurs questions restent en effet en suspens et notamment le champ d'application d'une éventuelle réglementation en matière de concession (définition claire des marchés publics par rapport aux concessions, application aux concessions de travaux et de services), les obligations du droit communautaire imposées aux pouvoirs adjudicateurs (principes de transparence et de non-discrimination, desquels découlent notamment la nécessité d'adopter des mesures de publicité ou de faire des appels d'offres), les possibilités de recours (application des directives recours sur les marchés publics).

La Commission a publié en 2008 une Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)⁴⁸⁵. La question des concessions est couplée à celle des PPP car dans les deux cas il s'agit de traiter de rapports et d'activités incluant un partenaire privé lequel, à travers sa participation réalise un apport financier. Ce texte revient sur les règles relatives à l'attribution de marchés publics et de concessions applicables aux PPPI. Cependant il n'introduit pas de

⁴⁸⁵ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 05 février 2008, C(2007)6661.

principes nouveaux. Il résume simplement la position de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice qui reste la référence pour le droit applicable⁴⁸⁶. Ainsi une fois le partenaire sélectionné, un second appel d'offres n'est pas nécessaire pour l'attribution du marché public ou de la concession, ce qui permet d'éviter une double procédure. En revanche si le contrat devait se diversifier il serait nécessaire de mettre en concurrence des opérateurs pour l'attribution des nouvelles activités. La Commission poursuit ainsi la définition du régime qu'elle avait cadré une première fois dans la Communication de 2005 sur les conclusions du Livre vert sur les PPP⁴⁸⁷. Il est ainsi clairement établi que le double appel d'offres n'est pas nécessaire quand une seule activité est concernée. Cette position de la Commission a été confirmée par la Cour de justice. Tout d'abord l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer a dans ses conclusions sous l'affaire *Acoset*⁴⁸⁸ rappelé que « *la circonstance que l'autorité publique concédante détient la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, en principe, que cette autorité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. À l'inverse, dit-il, la participation privée exclut l'hypothèse d'une opération "in house", comme le montrent les arrêts Stadt Halle et Coname, pour lesquels même une collaboration privée minoritaire exclut un tel contrôle* ». Il regrette toutefois de constater que dans l'affaire *Asemfo* un contrôle analogue a été retenu au bénéfice d'une collectivité locale qui ne détenait que 0,25 % du capital de l'entreprise. De ce fait, l'avocat général a proposé à la CJCE le 2 juin, de déclarer que les directives du 31 mars 2004 ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux à une société à capitaux publics et privés, spécialement créée à cette fin, dès lors que les quatre conditions suivantes sont satisfaites « *1° que la société garde cet objet social unique pendant toute son existence ; 2° que l'associé privé soit choisi sur appel d'offres, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion, ainsi que des caractéristiques de son offre au regard du service à prester ; 3° que l'associé privé assume, en tant que partenaire industriel, la prestation du service*

⁴⁸⁶ *Ibidem* p4 : « *en tout état de cause il appartient en dernier ressort à la CJCE d'interpréter le droit communautaire* ».

⁴⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 15 novembre 2005, COM/2005/0569 final.

⁴⁸⁸ Conclusions générales de l'Avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 2 juin 2009, affaire C-196/08, *Acoset*.

et l'exécution des travaux ; 4° que la procédure d'appel d'offres soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le droit communautaire pour les concessions et qu'il respecte les règles de publicité et d'attribution propres aux marchés publics. ». Ces conclusions ont été finalement reprises par la Cour de justice dans son arrêt *Acoset* et il est donc admis aujourd'hui que dans le respect des conditions ci-dessus mentionnées, une délégation de service public peut être attribuée directement à une société mixte directement⁴⁸⁹.

La Commission a également publié une Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»⁴⁹⁰. Ce document contient un certain nombre de principes que les entités adjudicatrices devraient respecter lors de l'attribution de marchés exclus des seuils des directives de marchés publics. Il s'agit de la description non discriminatoire du marché, du respect de l'égalité d'accès pour les opérateurs économiques de tous les Etats membres, de la reconnaissance mutuelle des diplômes et autres titres, de l'établissement de délais appropriés, de l'adoption d'une approche transparente et objective. Ces règles ne sont donc pas nouvelles et selon Stéphane Rodrigues, sont tout à fait transposables aux concessions⁴⁹¹.

Toutes ces communications de la Commission illustrent une volonté de clarifier les règles en vigueur pour en favoriser la bonne application et peut être mener plus loin leur détail et leur champ d'application dans le futur.

La tendance du côté de la Commission est donc vers une harmonisation toujours plus poussée des procédures d'attribution de contrats publics. A travers la jurisprudence de la Cour de justice et plusieurs communications, le droit communautaire a étendu son champ d'application à des contrats qui en principe relèvent de la discrétion des Etats membres et de leurs collectivités

⁴⁸⁹ CJCE, 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset*, Rec.

⁴⁹⁰ Communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» du 23 juin 2006, 2006/C 179/02.

⁴⁹¹ Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, p 86.

décentralisées : ainsi les concessions, les marchés qui n'atteignent pas les seuils d'application des directives, ou dont le montant dépasse les seuils d'application sont appréhendés par la *soft law*, laquelle tend à devenir du droit dur par la suite. Les normes et orientations européennes sont de plus en plus détaillées et ainsi l'encadrement de la délégation des services publics locaux plus strict.

Si certains problèmes propres aux services publics locaux sont bien pris en compte et peuvent permettre une dérogation aux règles du Traité, leur encadrement est si précis que pour les collectivités locales, il peut sembler qu'il eut été mieux que certaines questions demeurent irrésolues. Le nouveau cadre en matière de prestations internes est ainsi sévère pour les collectivités d'un grand nombre d'Etats où les entreprises municipales bénéficiant d'une délégation directe sont nombreuses.

En matière de financement, le droit communautaire a suivi la même évolution : un problème particulier local a été reconnu (la nécessité d'un financement public) puis une décision de la Cour de justice favorable a été adoptée (ce financement ne constitue pas une aide d'Etat) mais ce mouvement se fait là encore dans un cadre strict qui est difficile à mettre en œuvre.

§ 2 – Le financement des SIEG

Les autorités publiques sont en principe libres de déterminer le mode de financement de leurs services publics. Cependant quand celui-ci se traduit en aide publique alors la Communauté européenne a un droit de regard du fait de sa compétence exclusive en la matière. Dans les transports publics la question a été très tôt abordée avec le règlement n°1191/69 qui prévoit en cas d'imposition d'obligations de service public, l'obligation d'accorder également une compensation dont il fixe les méthodes de calcul. Or la Communauté européenne qui intervient dans le champ économique et à cet égard encadre le financement des SIEG a posé le principe de l'incompatibilité des aides d'Etat. Il était apparu cependant rapidement que comme pour les transports publics, il était nécessaire d'aménager une dérogation. C'est la nature de celle-ci et la

recherche d'une base juridique qui ont alimenté des débats très vifs au sein de la Cour de justice depuis les années quatre-vingt-dix.

La question a été tranchée dans un arrêt de 2003 mais la position des juges continuent d'évoluer (A). Dans cette mouvance, la Commission par ailleurs a cherché à clarifier la position de la Communauté européenne (B).

A – Les compensations de service public dans la jurisprudence de la Cour de justice

Les aides publiques constituent l'un des moyens les plus fréquemment utilisés par les Etats et les collectivités locales pour intervenir dans l'économie. Elles peuvent prendre plusieurs formes : participation au capital d'entreprises, subventions, prêts à taux favorables, exonérations d'impôts, etc. Ces aides représentent des sommes financières très importantes. Ces interventions qui rompent a priori l'égalité des acteurs du marché sont encadrées par les règles du Traité situées aux articles 87 à 89 qui posent le principe de l'incompatibilité des aides d'Etat avec les règles communautaires. Cependant les Etats tout autant qu'ils sont libres de déterminer ce que constitue la mission d'intérêt général des services publics, demeurent en principe indépendants dans le choix du mode de financement des services publics. Il convient donc de voir comment ces principes se combinent et si l'article 86 § 2 peut autoriser les autorités publiques à déroger à ces règles.

1. L'INCOMPATIBILITE DES AIDES D'ETAT AVEC LES REGLES DU TRAITE

L'article 87 du Traité dispose que : « *sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Cette mesure fait l'objet d'un contrôle sévère de la Commission qui dispose de pouvoirs spéciaux en la matière (art. 88 § 2). Elle contrôle les aides existantes et si elle constate l'incompatibilité d'une

aide avec les règles du Traité, elle peut mettre l'Etat en demeure puis éventuellement l'obliger à la supprimer. Elle pourra aussi saisir la Cour de justice. De leur côté les Etats doivent informer la Commission de tout projet de modification ou d'institution de nouvelle aide (art. 88 §3).

En sus de ces articles, plusieurs normes de droit dérivé ou de secteur abordent la question afin d'assurer un maximum de transparence.

La directive du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, complétée par la directive du 26 juillet 2000⁴⁹² qui étend au SIEG la portée de la norme, réitère l'obligation de tenir des comptes séparés faisant apparaître les produits et charges des différentes activités. Ce texte spécifie les apports financiers (apports en capital ou dotation, compensation de charges imposées par les autorités responsables) que les autorités publiques peuvent apporter à leurs entreprises et leurs obligations de notification auprès de la Commission.

Dans le secteur des transports, la question des aides d'Etat a été abordée de manière précoce, du fait de leur caractère très répandu dans ce domaine. Les transports publics souffrent de déficits chroniques dus aux lourds investissements et à la difficulté de maintenir certains niveaux de service (au niveau de la fréquence, de la régularité, de la desserte territoriale, des prix abordables, etc). Cette réalité a été prise en compte par le Traité même qui en l'article 73 pose une présomption de compatibilité pour les aides publiques destinées à compenser des servitudes inhérentes à la notion de service public ou à la coordination des transports. Sur cette base, plusieurs règlements ont été adoptés pour encadrer les aides accordées dans ce domaine et assurer un minimum de transparence. Transposé dans le règlement n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, l'article 73 Traité CE se traduit par l'exonération de l'obligation de notification à la Commission, prévue à l'article 89 du Traité,

⁴⁹² La directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises codifie les différentes directives adoptées sur le sujet.

lorsque les règles posées par le règlement sont respectées.

Quatre règlements d'exemption ont également été adoptés par la Commission pour certaines catégories d'aides. Il s'agit des aides à la formation, des aides à l'emploi, des aides en faveur des PME et des aides « de minimis »⁴⁹³. Ces normes fixent des plafonds au dessous desquels les obligations de notification sont écartées.

Les aides d'Etat ne concernent pas que les aides dispensées par le gouvernement central. Il faut ici encore inclure dans la figure de l'Etat, les collectivités décentralisées. La part des aides fournies par ces autorités n'est pas mince et est courante. De plus, nombre de ces aides locales proviennent en réalité de ressources d'Etat. Leur incidence peut être égale aux aides versées par l'Etat⁴⁹⁴.

Selon le règlement 1998/2006 les aides qui n'excèdent pas 200 000 euros sur trois ans n'ont pas à être notifiées à la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 88 § 3⁴⁹⁵.

En pratique, ces aides qui sont nombreuses et variées échappent souvent au contrôle de la Commission qui n'a pas les moyens techniques de s'informer et de contrôler l'activité des milliers de collectivités locales présentes sur le territoire européen.

De plus, en cas de violation des règles communautaires, il est assez difficile d'appliquer

⁴⁹³ Règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis.

⁴⁹⁴ Les juridictions communautaires l'ont confirmé à plusieurs reprises. Cf. CJCE, 22 mars 1977, *Steineke/RFA*, C-78/76, Rec. 595 ; TPICE, 6 mars 2002, *Territorio historico de Alava*, T-127 et T6129/99, Rec. II-1283.

⁴⁹⁵ Règlement du Conseil n° 69/2001 du 12 janvier 2001 sur les aides de minimis, JOCE L 10, 13 janvier 2001 – cette mesure exclut certains secteurs de son champ d'application et notamment les transports (art.1 a)). Révisé en 2006 par le Règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission, du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis ; Règlement n°70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises JOUE 13/01/01, révisé par le règlement 1857/2006 du 15 décembre 2006 ; Règlement n° 2204/2002 de la Commission du 12 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi, JOUE 13/12/02 ; Règlement n°68/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation, JOUE 13/01/01, modifié par le règlement n°68/2001 du 24 février 2004.

l'obligation de récupération. C'est pourquoi dans une Communication de 2000⁴⁹⁶ la Commission a répété la méthode que les Etats doivent appliquer pour récupérer les aides illégalement versées. Ainsi, avant tout, les décisions de l'Etat membre doivent être claires et transparentes, et indiquer le montant des sommes à récupérer et les entreprises visées. Des procédures judiciaires efficaces doivent être employées afin de récupérer de manière efficace et rapide ces sommes. Une fois la décision de l'Etat adopté, celui-ci informe sans délai l'entreprise de son obligation de restitution et confère à celle-ci le délai indiqué dans la décision de la Commission. Toute aide nouvelle sera suspendue si l'entreprise ne verse pas les sommes qu'elle doit. Au cas où celle-ci serait insolvable, la Commission demande aux Etats de prendre en compte l'intérêt communautaire et de mettre un terme au plus vite à la distorsion de concurrence dans les procédures d'insolvabilité.

Le principe d'incompatibilité apparaît donc essentiel dans la politique communautaire de concurrence. Toute une série de mécanismes visent à garantir une application efficace de ce principe. Les exceptions sont elles aussi encadrées. La possibilité de déroger à ces règles pour des services publics, hypothèse non prévue par les règles en vigueur a cependant suscité de nombreuses interrogations.

2. LE CAS PARTICULIER DES COMPENSATIONS DE SERVICE PUBLIC

Les Etats sont libres de financer leurs services publics de la façon dont ils le souhaitent. Ils peuvent user du financement direct sur la base du budget étatique ou des financements indirects tels que les financements transversaux, le paiement d'un prix par les usagers ou l'instauration de mécanismes de solidarité. La limite du droit communautaire à cette liberté est, dans la mesure où aucune norme de secteur ou d'harmonisation n'a été adoptée, l'atteinte à la concurrence. Alors s'il s'agit d'une aide d'Etat et que l'Etat n'a pas respecté les procédures d'information prévues par l'article 88 Traité CE, la Commission peut poursuivre l'Etat pour recours en manquement devant

⁴⁹⁶ Communication de la Commission « Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun » du 26 octobre 2007, JO C 272.

la Cour de justice et éventuellement requérir la récupération de l'aide illégale. Toutefois dans le cas du financement des services publics, certains Etats membres se fondent sur l'article 86 du Traité CE pour prévoir de l'exception accordée aux SIEG. Dans un tel cas, a priori, le juge communautaire peut appliquer l'article 86 § 2 et à l'aune d'un contrôle de proportionnalité et de nécessité, déclarer l'aide compatible ou non avec le droit communautaire.

En réalité la question a fait l'objet d'un débat animé au sein de la Cour de justice. Deux approches s'opposaient. La première considère que dès lors que l'autorité publique apporte une aide financière à l'entreprise en charge d'un SIEG, il s'agit d'une aide d'Etat. Dans cette perspective, l'article 86 § 2 peut intervenir pour permettre de déroger aux articles 87 à 89 et notamment à l'obligation de notification. L'article 86 § 2 peut opérer à deux stades : soit lors de la qualification de l'aide, si les conditions de l'article 86 § 2 sont remplies alors il ne s'agit pas d'une aide, soit au stade de la procédure, une fois l'aide reconnue, comme une justification. La seconde approche dite de la compensation de service public tient du raisonnement que le législateur communautaire a effectué dans les transports. L'idée est que l'opérateur en charge du SIEG ne tire aucun bénéfice de l'aide accordée par l'autorité publique car celle-ci permet simplement de couvrir les frais engagés par les obligations de service public. Dès lors il n'existe aucun avantage financier pour l'entreprise, élément pourtant nécessaire à la qualification de la mesure comme « aide d'Etat ». Les deux courants ont convaincu les juges en leur temps.

Dans un premier temps, l'approche « aide d'Etat » a été retenue. Ainsi dans l'arrêt *FFSA*⁴⁹⁷, le Tribunal de première instance reconnaît qu'un allègement fiscal accordé à la Poste française dans le cadre de ses activités d'assurances avait le caractère d'aide d'Etat alors même que la Commission avait adopté un autre raisonnement. Pour cette dernière, l'article 86 § 2 trouvait à s'appliquer au stade de la qualification, ce qui privait l'allègement du caractère d'aide d'Etat. Pour le Tribunal au contraire, cet article ne pouvait s'appliquer que suite à la qualification d'aide d'Etat, pour justifier une dérogation à l'interdiction. Mais la justification ne fut pas reçue et par conséquent l'allègement fut considéré comme une aide incompatible avec le droit communautaire.

⁴⁹⁷ TPICE, 27 février 1997, *FFSA*, T-106/95, Rec. 229.

Cette approche fut ensuite confirmée dans plusieurs affaires par le TPICE et par la Commission⁴⁹⁸.

Cependant la Cour de justice censura cette approche. Dans l'arrêt *Ferring* de 2001⁴⁹⁹, elle nie la qualification d'aide à la réglementation française qui exonère les grossistes répartiteurs de la taxe prélevée sur les ventes de médicament en gros au motif que l'équilibre entre les charges des obligations de service public pesant sur les grossistes (maintenance de stocks, permanences nocturnes, etc) et le système de vente directe des laboratoires pharmaceutiques non soumis à ces obligations, requerrait cette exonération. La Cour décide d'internaliser « *le service public comme élément de définition de l'aide d'Etat et non plus [...] comme élément de dérogation à l'article 87 CE* »⁵⁰⁰. Les autorités publiques sont ainsi exonérées de l'obligation de notification, ce qui leur confère plus d'autonomie dans l'appréciation de la somme de cette compensation. C'est un raisonnement a priori favorable aux collectivités locales qui revendiquent leur liberté dans ce domaine, au nom de leur libre administration, et qui surtout doivent faire face à des contingences financières différentes de celles des Etats et souvent plus délicates. Ce raisonnement s'aligne également sur la présomption de compatibilité que le Traité semble établir pour les subventions accordées dans la politique de transports (art. 73). La Commission a dès lors suivi ce raisonnement et adopté ses décisions dans ce sens⁵⁰¹.

Cette approche a suscité des protestations au sein même de la Cour. Plusieurs avocats généraux se sont opposés à cette interprétation craignant de voir le contrôle des aides d'Etat échappé à la Commission. Ils proposaient un retour à l'approche « aides d'Etat »⁵⁰².

⁴⁹⁸ TPICE, 10 mai 2000, *Sic c/ Commission*, T-46/97, Rec. II-2135 à propos d'aides d'Etat versées aux télévisions publiques portugaises ; TPICE, 14 décembre 2000, *Union française de l'express (UFEX)* T-613/97, rec. II-4055, sur des aides à la logistique accordée par la Poste française à sa filiale Chronopost, annulé par la CJCE, 3 juillet 2003, C 83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, Rec. I-6993, rejugé par TPICE, 7 juin 2006, Rec. II-1531 et qui fait l'objet de pourvois C-341/06 P et C-342/06 P ; Décision 2002/149/CE de la Commission du 30 octobre 2002 concernant les aides d'Etat versées par la France à la Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNM)

⁴⁹⁹ CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. I-9067.

⁵⁰⁰ Conclusions de l'Avocat général LEGER sous C.J.C.E. 19 mars 2002, *Commission / Italie*, C-224/00, Rec. I-2965 et CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Rec. I-7747.

⁵⁰¹ Cf. par exemple la décision 2002/782/CE de la Commission du 12 mars 2002 relative aux aides d'Etat accordées par l'Italie à Poste Italiana SpA, JOCE, L 282 du 19 octobre 2002.

⁵⁰² Conclusions de l'Avocat général LEGER sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Rec. I-7747., de l'Avocat général JACOBS sous CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, Rec. I-13769 et de l'Avocat

La Cour de justice a néanmoins maintenu fermement sa position et dans un arrêt rendu en séance plénière, après réouverture de la procédure orale et prise en compte des opinions de trois avocats généraux dans des affaires similaires, a tranché de nouveau en faveur de l'approche « compensations de service public ». L'arrêt porte sur un service de transports publics locaux dans la région de Magdebourg en Allemagne. En l'espère, Nahverkehrsgesellschaft, opérateur de transports conteste l'octroi de licence d'exploitation de services de transports par autocar et de subventions publiques par le gouvernement de la région de Magdebourg, à l'entreprise Altmark. L'arrêt soulève des questions quant à l'interprétation du règlement n°1191/69⁵⁰³. Mais il pose également la question plus générale de la compatibilité des subventions publiques visant à compenser les charges engendrées par les obligations de service public, avec les règles du Traité. La Cour de justice confirme que les *« subventions publiques accordées à des entreprises explicitement chargées d'obligations de service public afin de compenser les coûts occasionnés par l'exécution de ces obligations répondent aux conditions indiquées aux points 89 à 93 du présent arrêt, de telles subventions ne tombent pas sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du traité. »*

Quatre conditions doivent cependant être respectées :

« Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies »;

« Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente »;

« Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »;

« Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût

général STIX-HACKL sous CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse*, C-34/01, C-35/01, C-36/01, C-37/01 et C-38/01, Rec. I-2843.

⁵⁰³ Cf. chapitre sur les transports p 177.

pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. »

En dépit d'une volonté certaine de clarification du droit, nombre des critères demeurent obscurs. Ainsi l'établissement de paramètres clairs et objectifs, « *le bénéfice raisonnable* », « *l'entreprise moyenne, bien gérée* » laissent les commentateurs sceptiques⁵⁰⁴. Qu'en sera-t-il dès lors pour les juges?

Quant au quatrième critère, il apparaît incohérent avec l'arrêt *Chronopost*⁵⁰⁵ qui précède de trois semaines l'arrêt *Altmark*, et qui affirme l'impossibilité de comparer, pour déterminer l'existence ou non d'une aide d'Etat, la situation d'une entreprise chargée d'un SIEG comme la Poste, qui supporte les coûts de service public, avec les coûts d'une entreprise équivalente qui agirait dans un secteur compétitif sans droits exclusifs. Il faudrait donc se fonder sur les coûts réels. Dans ce contexte, il n'est pas sûr que la sécurité et l'harmonisation juridiques soient garanties si l'on songe que c'est aux juges nationaux de trancher entre ces positions.

De plus de par sa complexité, le quatrième critère incite fortement les autorités publiques à réaliser des procédures d'appel d'offres afin de s'assurer dans respecter la condition. Or les collectivités locales notamment dans les discussions qui ont précédé l'adoption du Règlement n°1370 ont fortement revendiqué leur droit à choisir librement leur mode de gestion sans passer nécessairement par un appel d'offres. Dans le cas contraire, le droit communautaire apparaît en dépit de sa neutralité de principe, attentatoire à l'autonomie locale.

⁵⁰⁴ Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, p 57 et Silvia ACIERNO, Julio BAQUERO CRUZ, "La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos", *Revista española de derecho europeo*, Madrid:Civitas, Enero-marzo 2004, n°9, p 185.

⁵⁰⁵ CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost*, C-83/01, C-93/01 et C-94/01 P, Rec. I-6993.

Si les Etats et les collectivités locales se réjouissent de la décision car elle les libère de l'obligation de notification auprès de la Commission, ils peuvent tout de même au cas où une entreprise concurrente contesterait une subvention et que les juges la requalifieraient d'aide d'Etat, se trouver dans une situation délicate au moment de récupérer l'aide. Comment assurer le remboursement de l'aide et compenser le préjudice des entreprises concurrentes? Paradoxalement c'est d'ailleurs sur les entreprises en charge du SIEG que les conséquences seront les plus larges car ce sont elles qui devront rembourser les sommes reçues. Ainsi, Stéphane RODRIGUES suggère qu'il aurait été plus simple de s'en tenir à l'approche FFSA, qui permettait notamment de laisser à la Commission la tâche de l'analyse comptable et financière⁵⁰⁶.

Enfin dans l'ensemble, il apparaît difficile de remplir tous les critères. Plusieurs fois la Cour de justice ou la Commission ont par la suite constaté le non respect de l'une des conditions⁵⁰⁷, pour retenir la qualification de compensation de service public.

Face à ces difficultés, le Tribunal de première instance a dans un arrêt récent⁵⁰⁸ tout en maintenant la jurisprudence *Altmark*, fait preuve de pragmatisme en appliquant ses critères « *de manière adaptée aux données particulières du présent cas d'espèce* ». Dans cette affaire, pour apprécier la proportionnalité de la compensation, le Tribunal s'en tient à la finalité de l'arrêt *Altmark* mais ne fait pas une stricte application de ses critères, impossible dans l'affaire en question.

L'arrêt *BUPA* concerne le système d'assurances maladie irlandais. Dans ce pays, il existe depuis 1991, deux systèmes de couverture sociale. Le premier entièrement public est financé par l'impôt et destiné à prendre en charge les personnes les moins nanties. Le second système, privé,

⁵⁰⁶ Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007, p 57.

⁵⁰⁷ Sur le premier critère : Manquement à la mention claire de l'existence d'un SIEG de la gestion du livret bleu pour le Crédit Mutuel, décision 11 mai 2007 ; sur le deuxième critère : à propos du système français de financement des télévisions publiques Décision de la Commission 2004/838/CE du 10 décembre 2003, JOUE L 361 du 8 décembre 2004 ; manquement à la quatrième condition : Décision de la Commission 2005/163/CE du 16 mars 2004, sur les aides d'Etat versées par l'Italie au groupe Tirrenia, JOUE L 53 du 26 février 2005.

⁵⁰⁸ TPICE, 12 février 2008, *BUPA contre Commission*, T-289/03.

fonctionne grâce au financement d'assurances souscrites volontairement par les individus auprès de compagnies privées. Bien qu'il soit libéralisé, le marché de l'assurance privée est très régulé. Plusieurs obligations s'imposent aux compagnies d'assurances : assurer toutes les personnes qui en font la demande, sans considération d'âge, de sexe ou de santé, ne pas résilier les contrats d'assurance, respecter des tarifs communs pour un même niveau de service quel que soit l'âge, le sexe ou le niveau de santé. Cependant chacun pourra obtenir, pour la même prime payée, les mêmes soins. De ce fait, le législateur a organisé un mécanisme d'égalisation des risques entre les opérateurs qui ont les assurés au profil le plus coûteux et les autres. Ainsi les compagnies dont les clients ont un profil moins risqué que la moyenne des assurés doivent financer une caisse gérée par un organisme indépendant qui compensent les charges particulières supportées par les compagnies dont les assurés ont le profil le plus risqué.

Deux points sont discutés. Le contrôle de proportionnalité tel que défini par la troisième condition *Altmark* et le calcul de la compensation sur la base d'une entreprise modèle efficace, quatrième condition *Altmark*.

Le Tribunal opère avant d'aborder ces conditions au préalable une clarification quant au lien entre la jurisprudence *Altmark* et l'article 86 § 2 Traité CE. Les requérants se fondaient en effet sur deux articles : l'article 87 § 1 consacré aux aides d'Etat et l'article 86 § 2 sur la dérogation aux règles du Traité pour les SIEG⁵⁰⁹. De fait la Commission elle-même s'était fondée sur ces deux articles pour nier le caractère d'aides d'Etat au fonds de compensation. C'est cette décision qui était l'objet du recours. Le Tribunal précise donc tout d'abord que les conditions de l'arrêt *Altmark* et celles de l'article 86 (2) CE « *se recoupent dans une large mesure* » (point 160) et ajoute que « *la notion d'obligation de service public visée par cet arrêt correspond à celle du SIEG tel que désigné par la décision attaquée et qu'elle ne diverge pas de celle visée à l'article 86, § 2, CE* » (point 162). Sur cette base, le Tribunal examinera la proportionnalité et l'efficacité de l'entreprise dans le contexte de la jurisprudence *Altmark* sans procéder à une nouvelle analyse sur la base de l'article 86 § 2. Il opère donc une assimilation entre les deux

⁵⁰⁹ Règlement n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, JO L 83 du 27.3.1999.

approches.

Ensuite le TPI s'arrête également sur la question de l'étendue du contrôle de la Commission vis-à-vis de la bonne application de l'article 86 § 2 et de la jurisprudence Altmark. Après avoir rappelé que les Etats ont un large pouvoir de discrétion dans la détermination des missions de SIEG et que par conséquent le contrôle de la Commission se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, les juges se penchent plus spécialement sur la portée de ce contrôle en ce qui concerne le financement et la mesure de la proportionnalité. Là encore, ces mesures étant motivées par l'existence d'un SIEG la Commission ne peut effectuer qu'un contrôle restreint et la Cour de justice elle-même n'aura qu'un contrôle limité sur les arguments de la Commission (points 220, 221). « *Le contrôle du Tribunal porte sur la vérification tant du respect par la Commission des règles de procédure et de motivation que de l'exactitude matérielle des faits retenus et de l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir* ». Plus spécifiquement, sur la proportionnalité, selon une jurisprudence classique, les juges « *se limite[nt] à vérifier si la compensation prévue est nécessaire pour que la mission SIEG en cause puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables* ». Cependant comme le note un auteur⁵¹⁰, toutes les références jurisprudentielles du Tribunal portent sur des arrêts adoptés dans le contexte de l'article 86 § 2. Or on pouvait s'attendre dans le domaine des aides d'Etat où la Communauté a une compétence exclusive, à la pratique d'un contrôle plus étendu.

Concernant le caractère nécessaire de la mesure, la question principale est celle de savoir jusqu'à quel degré un Etat membre doit apporter la preuve que la mesure est nécessaire. Le Tribunal considère que le dysfonctionnement du marché invoqué par l'Etat membre doit être « *suffisamment plausible* » : en d'autres termes, le contrôle de nécessité n'exige pas que la Commission « *gagne la conviction* » que les mesures envisagées sont indispensables. Quant au contrôle du Tribunal, celui-ci se limite à vérifier que les mesures étatiques sont « *manifestement inappropriées par rapport à l'objectif poursuivi* » (point 269). Il s'en suit que lorsqu'une plainte est rejetée par la Commission, le Tribunal va soumettre cette décision à un contrôle limité à

⁵¹⁰ Jean-Yves CHEROT, « Altmark case law: The CFI renders a leading case with regard to the Altmark case law (BUPA/Commission) », *Concurrences*, N° 2-2008, pp. 144-147.

l'arbitraire.

Le Tribunal n'a cependant fixé que des orientations. L'examen du cas d'espèce est laissé aux juges nationaux. Dès lors, les solutions font l'objet d'une appréciation au cas par cas.

Finalement pour ce qui est de l'appréciation des troisième et quatrième conditions *Altmark*, le Tribunal proclame la liberté des Etats dans le calcul de la compensation. Dans leur interprétation du troisième critère *Altmark*, les juges ne voient pas d'incompatibilité entre une certaine discrétion dans le calcul de la compensation et l'existence de paramètres objectifs et transparents. Quand à la quatrième condition de l'arrêt *Altmark*, le Tribunal relève d'abord que la comparaison avec un opérateur efficient ne saurait être appliquée de manière stricte au cas d'espèce (point 246) car il n'y pas en effet ici de compensation directe des charges occasionnées pour les assurances privés dont les assurés ont les profils les plus risqués.

Il reconnaît cependant que la Commission était tenue de s'assurer que la compensation ne couvrait pas des coûts pouvant résulter d'un manque d'efficacité des assureurs (tels que les coûts de gestion)⁵¹¹. L'arrêt propose donc un changement de méthode. Il substitue au test de comparaison de l'arrêt *Altmark*, la méthode de déduction des coûts susceptibles d'inclure des mesures inefficaces. Ainsi, cet arrêt mérite de retenir l'attention en ce qu'il relativise l'importance de la quatrième condition de l'arrêt *Altmark*. Cette constatation laisse ouverte la question de savoir si, de manière générale, il y a lieu de tenir compte de l'efficacité de l'opérateur dans le cadre de l'examen de la proportionnalité au titre de l'article 86 (2) CE. Certains arrêts⁵¹² ont dénoncé la carence des opérateurs pour écarter l'application de l'article 86 § 2 du Traité CE, ce qui souligne l'importance de ce facteur, et supporte l'idée qu'il puisse être pris en compte dans le contrôle de proportionnalité.

⁵¹¹ TPICE, 12 février 2008, *BUPA contre Commission*, T-289/03, point 249 : « au regard de la finalité de la quatrième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark*, la Commission était néanmoins tenue de s'assurer que la compensation prévue par le RES n'impliquait pas la possibilité d'indemniser des coûts pouvant résulter d'un manque d'efficacité des assureurs de l'assurance-maladie privée soumis au RES [...] à cet égard, il convient de relever que la Commission a expressément constaté, aux points 27 et 56 de la décision attaquée, que le RES tenait compte des coûts de remboursement moyens des assureurs AMP, ce qui avait pour conséquence qu'une égalisation des coûts moyens par groupe d'assurés n'était pas possible et que les assureurs pouvaient conserver le bénéfice de leur propre efficacité ».

⁵¹² Notamment dans CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. I-8089.

Enfin, pour revenir à l'arrêt *Altmark*, il soulève de nouveau la question de l'affectation des échanges entre Etats membres par une mesure locale. Pour la Cour de justice il n'est nullement exclu qu'une subvention à caractère local ou régional ait une incidence sur les échanges transnationaux. Depuis l'arrêt *Tubemeuse*, la Cour a constamment jugé que *«l'importance relativement faible d'une aide ou la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire n'excluent pas [...] l'éventualité que les échanges entre États membres soient affectés»*⁵¹³. Cela apparaît d'autant plus vrai dans le secteur des transports urbains et à cet égard les juges renvoient aux déclarations de la Commission qui dans les propositions portant sur la révision du règlement n°1191/69 mentionne qu'un certain nombre d'entreprises seraient prêtes à intervenir sur les marchés locaux d'un autre Etat membre mais se heurtent aux opérateurs locaux dont l'activité est maintenue grâce aux aides de l'autorité responsable. Ces entreprises étrangères voient donc leurs chances d'accéder au marché diminuées. La Cour de justice rappelle qu' *« il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés. »* (point 80) A priori donc les services publics locaux peuvent avoir une incidence sur le commerce entre les Etats membres. Dès lors, l'arrêt conclut que *« la deuxième condition d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité, selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre États membres, ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services de transport fournis ou de l'importance du domaine d'activité concerné »* (point 81).

L'arrêt *Altmark* pose donc les bases du droit communautaire en matière de compensations de service public. Les conditions très strictes qu'il établit pour écarter l'application des règles en matière d'aides d'État et la vaste portée qu'il leur donne par son interprétation très large de la notion d'affectation des échanges intracommunautaires ne sont évidemment pas sans conséquences pour les multiples interventions financières en faveur des services publics, notamment locaux. De ce fait, les institutions semblent organiser des aménagements pragmatiques. L'arrêt *BUPA* mais aussi le règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs qui a repris les critères *Altmark* ont interprété ces mesures par rapport au

⁵¹³ CJCE, 21 mars 1990, Belgique/Commission, dit «Tubemeuse» (C-142/87, Rec. p. I-959, point 43). Voir également, CJCE, 14 septembre 1994, Espagne/Commission, précité (point 42), ainsi que arrêt du Tribunal du 30 avril 1998, Vlaams Gewest/Commission (T-214/95, Rec. p. II-717, point 48).

secteur concerné. La réaffirmation du principe de subsidiarité dans l'arrêt *BUPA* semble encourager les juges nationaux à adopter une vision favorable (et pragmatique) aux collectivités locales dans leurs pouvoirs discrétionnaires sur les SIEG et leur financement.

B – Les compensations de service public dans les documents de la Commission

En marge de la Cour de justice, la Commission est intervenue sur un certains nombres de sujets touchant au régime des SIEG. La plupart du temps, cependant, elle a codifié et clarifié la jurisprudence des juges de Luxembourg.

La Commission a notamment adopté suite à l'arrêt *Altmark*, deux décisions précisant les règles applicables aux compensations de service public. La décision n°2005/842/CE du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et l'Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public⁵¹⁴. La Décision, adoptée sur la base des pouvoirs de la Commission fixés à l'article 88 §3 Traité CE, réaffirme le principe de l'exemption de notification préalable des compensations de service public lorsque les quatre critères *Altmark* sont respectés et fixe une série d'exemptions notamment pour les compensations de faible échelle (sociétés réalisant un chiffre d'affaires annuel avant impôts inférieur à 100 millions d'euros dans les deux années précédentes l'attribution de la mission de SIEG et recevant une compensation d'un maximum de 30 millions d'euros). Elle ne traite pas cependant des transports terrestres qui font l'objet d'une norme de secteur, le règlement 1191/69. L'Encadrement traite des subventions qualifiées d'aides d'Etat et qui donc font l'objet d'une notification. La Commission admet que si les conditions de l'article 86 § 2 telles qu'indiquées dans le document, sont remplies, alors elles peuvent être autorisées. Les compensations de service public ont donc deux voies pour échapper à la censure, les critères *Altmark* et à défaut, l'article 86 § 2.

⁵¹⁴ Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04), 28 novembre 2005, JOUE 29 novembre 2005.

Elle a par ailleurs publié en 2007, pour accompagner la nouvelle Communication sur les SIG, un document de travail intitulé « *Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation* »⁵¹⁵. Dans ce document, la Commission aborde de manière pratique les problèmes que rencontrent les autorités publiques au moment de financer un service qu'elles considèrent d'intérêt général. A plusieurs reprises le cas particulier des services publics locaux est abordé, comme pour le document de travail sur les procédures de marchés publics adopté en même temps dans le « nouveau paquet marché intérieur ». Plusieurs points très précis sont évoqués comme l'utilisation de coupons de paiement pour les services sociaux par exemple (p11), mais c'est la question de l'affectation du commerce entre Etats membres par les services publics locaux qui est la plus développée. La Commission rappelle que le caractère local de l'aide n'a aucune influence quant à l'application des règles sur les aides d'Etat reprenant ainsi la jurisprudence *Altmark*. Tout au plus, si l'aide est d'un faible montant, la collectivité publique pourra bénéficier de l'exemption de minimis. Mais en principe toute aide peut affecter le commerce entre Etats membres et les juges doivent contrôler cet impact au cas par cas.

Conclusion sur le chapitre

Les années 2000 se caractérisent donc par une revalorisation importante des SIEG. Le droit communautaire ne les a jamais ignorés mais la notion était abordée par la négative alors que désormais elle constitue une véritable institution. Les développements de la notion de SIG et de son régime mettent à jour une importante relation entre droit communautaire et droit local. Les réalités des services publics locaux (gestion publique importante ainsi que financements publics)

⁵¹⁵ Questions fréquemment posées en liaison avec la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86(2) du Traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensation de service public accordées à certains entreprises en charge d'une SIEG, et du cadre communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public] Bruxelles, 20.11.2007 SEC(2007) 1516.

ont influencé les juges qui ont pris en compte des phénomènes dans leur définition du droit applicable. En parallèle, dans l'autre sens, cette influence est comme un balancier renvoyé vers le niveau local, où les nouvelles règles doivent être exécutées selon les orientations dégagées par les institutions communautaires.

Cette promotion des SIG se fait donc en parallèle à la reconnaissance du rôle des différents niveaux de gouvernement et notamment des collectivités locales, dans ces activités.

Ainsi, il apparaît à travers l'étude de la notion de SIEG et de leur régime que le droit communautaire tend à établir un maximum de garanties autour des mesures de concurrence et de libre prestation qui pénètrent les services publics, répondant ainsi aux critiques des défenseurs des services publics. En effet, bien que confuse et relative, la notion de SIEG et ses corollaires de « SIG » ou « SNEIG » sont valorisées et placées au premier rang des normes de droit communautaire dans les nouveaux traités. En parallèle à cette promotion des « SIG » en général les institutions ont souhaité assurer les Etats de leur rôle prépondérant en la matière et réaffirmé dans cette perspective le principe de subsidiarité là encore au sommet de la hiérarchie des normes européennes. Ce parcours commun entre les SIG et le principe de subsidiarité souligne le lien particulier qui les lient et à quel point la subsidiarité est un élément de définition des SIEG. Ainsi depuis les origines de sa jurisprudence en la matière, la Cour de justice affirme la responsabilité des Etats dans la définition de la mission d'intérêt général, elle-même condition *sine qua non* à la reconnaissance d'un SIEG. Cette approche ne peut qu'aller dans le sens de l'autonomie des collectivités locales qui se voient par l'intermédiaire des Etats, reconnaître leur rôle politique fondamental, du fait de leur proximité auprès des citoyens. A mesure que les SIEG et leur corollaire sont élaborés et développés, le principe de subsidiarité est également précisé. Le Traité de Lisbonne fait référence explicitement à l'autonomie des autorités locales et le protocole n° 9 souligne leur « *large pouvoir discrétionnaire* » en la matière. Dès lors en théorie les services publics locaux devraient pouvoir préserver leur spécificité dans la mesure où les principes fondamentaux du droit communautaire sont garantis. La subsidiarité s'étendant désormais jusqu'aux collectivités locales, le principe en ressort revivifié. Il pourra donc ainsi contenir les tendances expansionnistes du droit communautaire en matière de service public. Car en effet

cette promotion des SIG dans ses diverses acceptions permet à la Communauté européenne d'étendre la portée de son action. Même si elle mentionne les SSIG et les SNEIG pour les exclure, elle les prend en compte et cherche à les définir, laissant présager que dans le futur, elle pénétrera également ces domaines. L'idée de la création de services publics européens est donc certainement chère à la Commission. La subsidiarité pourrait donc dans cette perspective apparaître comme une simple garantie de forme pour rassurer Etats et collectivités locales. De fait, l'Union européenne parvient à travers ce processus à imposer ses valeurs.

Les autorités locales et nationales devront promouvoir les valeurs de la Communauté notamment en matière de qualité des services et de droits des usagers. La reconnaissance du rôle qu'elles jouent s'accompagne d'une désignation explicite des obligations qui s'impose à elles. De même, toutes les mesures favorables aux services publics locaux, telles que la jurisprudence les a développées notamment en matière de commande publique et de financement des SIEG, font une fois établies, l'objet d'un encadrement détaillé par le droit mou de la Commission et d'un contrôle strict des juges.

Dès lors cette prise en compte du rôle des collectivités locales et leur valorisation n'apparaissent pas nécessairement avantageuses pour leur liberté. De fait, les règles de libéralisation qui s'imposent à ces autorités sont bien établies même si elles sont complexes. Les juges peuvent donc les contrôler et les mettre en œuvre efficacement. En revanche, les normes de valorisation de l'autonomie locale et la subsidiarité sont des principes politiques qui trouvent peu d'expressions juridiques concrètes, à part peut être désormais la gestion « in-house ». Il est donc difficile de les appliquer. Elles persistent à faire partie d'un contexte qui relève du droit communautaire de la concurrence. La balance entre valeurs du marché et valeurs non marchandes tend donc à pencher du côté des premières.

Par ailleurs, la confusion qui règne autour des expressions liées au SIEG suscite des craintes quant à la sécurité juridique et la possibilité de défendre les services publics. Ainsi si les conditions de l'article 86 § 2 sont respectées, alors « *l'accomplissement effectif d'une mission*

*d'intérêt général prévaut, en cas de tension, sur l'application des règles du traité*⁵¹⁶. Il est donc fondamental de bien saisir ces missions. Pour Stéphane RODRIGUES, la notion d'intérêt général est importante car elle permet de « *contenir la tendance naturellement expansionniste du droit de la concurrence* ».

Les nouvelles mesures favorables aux SIG et à la subsidiarité invitent d'ailleurs largement à ce travail de définition de l'intérêt général. La norme sur laquelle s'est bâtie l'institution semble dépassée au vu du nouveau contexte. L'article 86 § 2 a probablement atteint le sommet de sa gloire. La jurisprudence qui l'entoure pourrait éventuellement s'étoffer si elle est appliquée à de nouveaux secteurs jusqu'alors épargnés (principalement les services sociaux) mais il est douteux qu'elle apporte de nouveaux éléments pour la définition des SIEG ou leur régime.

Certains auteurs constatent une tendance à limiter la portée de cet article. Le caractère dérogatoire de la mesure est comme on l'a vu l'une des explications à une acception restreinte de l'article. L'adoption de décisions importantes qui fixent les conditions auxquelles une compensation pour un SIEG ne constitue par une aide d'Etat permettent également d'éviter le recours à la dérogation général de l'article 86 § 2⁵¹⁷. Enfin les récentes décisions des juges communautaires semblent limiter les références à l'article 86 § 2.

Par ailleurs l'article a subi de nombreuses attaques. Pour les défenseurs du service public, il ne suffisait pas à protéger l'intérêt général au cœur de ces activités. Ainsi lors des négociations à la conférence intergouvernementale de 1996/1997 du traité d'Amsterdam, plusieurs propositions ont été faites sur cet article afin d'en limiter la portée ou de lui ajouter une proposition nettement favorable aux SIEG. L'article 16 constitue le résultat de ces discussions. En principe l'article 86 § 2 devrait être lu par le prisme de l'article 16 mais les juges n'y ont jamais fait référence jusqu'à l'arrêt *BUPA* de 2008. L'article 86 paragraphe deux ne rencontre pas tellement plus de faveur auprès des défenseurs de l'approche concurrentielle. L'un d'entre eux remet en cause l'utilité même de cet article en ses paragraphes un et deux⁵¹⁸ au motif que les autres articles du chapitre sur les règles de concurrence, notamment les articles 81 et 82 suffisent à prévenir les risques de

⁵¹⁶ Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004.

⁵¹⁷ Cf. supra les débats au sein de la Cour de justice précédant l'arrêt *Altmark*.

⁵¹⁸ Gareth DAVIES, « What Does Article 86 EC Actually Do? », *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, The Hague 2009.

distorsion de concurrence mais aussi à protéger les intérêts sociaux. L'article 86 serait même nuisible aux SIG en en faisant une catégorie juridique à part qui romprait le modèle englobant européen d'une société fondée sur « une économie sociale de marché ».

Enfin l'adoption du nouveau Traité donne compétence à la Commission pour agir en matière de SIEG et adopter des normes communautaires transversales sur le sujet. Les principales questions de régime devraient donc être définies dans ces actes, favorisant une certaine harmonisation entre les Etats et réduisant ainsi le nombre de cas présentés devant la Cour sur la base de l'article 86 § 2. C'est d'ailleurs seulement ce type de normes qui nous paraît pouvoir faire émerger une catégorie positive de « service public » en droit communautaire et peut être ainsi de redonner du poids aux valeurs non marchandes. Mais pour cela la Communauté européenne devra travailler à définir l'intérêt général, notion qui reste formellement dans les mains des Etats. Il faudra déterminer dans quelle mesure l'intérêt général de la communauté peut coïncider avec celui des Etats membres et même des collectivités locales.

Ces notions paraissent donc d'une grande importance de par leur pertinence dans la définition d'un modèle social européen. De ce point de vue, la mise en exergue du principe de subsidiarité, fait place à une construction véritablement collective du modèle européen qui implique tous les acteurs de l'ordre communautaire. La capacité à coordonner les acteurs et les normes va donc être essentielle. La problématique de la gouvernance de la Communauté est mise au premier plan.

Chapitre II – L'évolution des services publics locaux en France et en Italie face aux développements du droit communautaire

Si le droit local et les pratiques ont inspiré le droit communautaire et été pris en compte par celui-ci, dans le sens inverse et de façon évidente, les normes européennes ont affecté les services publics locaux. Maintenant que le droit communautaire présente un intérêt particulier pour les services publics et les collectivités locales, ce phénomène est plus évident qu'auparavant. Cependant si dans ce domaine on observe d'importantes évolutions, il est difficile d'apprécier ce qui relève de dynamiques internes ou du droit communautaire. C'est particulièrement délicat pour ce qui est du développement de la notion elle-même car la doctrine ne s'accorde pas toujours. En revanche pour le régime, certaines références directes au droit communautaire indiquent clairement l'influence qu'il a eu sur ces changements. Les situations française et italienne apparaissent différentes. Les juges français et la doctrine ont en effet eu une intense activité liée à la question de la notion de service public même, alors qu'en Italie, ce thème n'est pas apparu. En revanche pour ce qui est du régime, la prise en compte des développements communautaires a mené le législateur italien à une intense activité notamment au travers de réformes générales des services publics locaux alors qu'en France, il s'est plutôt agi d'interventions législatives ponctuelles et de clarification des juges.

Quelle influence le développement du droit communautaire a-t-il eu sur l'évolution des services publics locaux et comment se révèle-t-elle ?

Pour mesurer l'impact des nouveaux développements du droit communautaire sur les services publics locaux, il convient dès lors d'observer les conséquences qui portent sur la notion elle-même (section 1), puis sur le régime (section 2).

Section I – L'évolution de la notion de service public local

L'influence du droit communautaire sur l'évolution de la notion de service public est difficile à

mesurer car comme nous l'avons vu, elle se caractérise par son dynamisme et par son ambiguïté. Si dans les Etats même elle n'est pas certaine, il est délicat de voir clairement ce que les développements communautaires ont pu apporter. De plus, la notion de SIG elle aussi est mouvante et s'apprécie au cas par cas. Il semble donc impossible de s'en inspirer. De fait ni le législateur italien, ni les juges français ne s'y réfèrent. Et en effet la question de l'influence du droit communautaire sur la notion ne se pose pas, là où en fait dans le cadre national elle ne suscite pas le débat, comme en Italie (§2). En revanche, là où elle est importante, comme en France, les juges et la doctrine la questionnent même s'ils ne se réfèrent pas aux débats européens (§1).

§ 1 – L'évolution de la notion en France en réponse à des questions anciennes

La notion de service public reste en France l'apanage du juge administratif. Or en dépit d'une jurisprudence ancienne et très élaborée sur la notion de service public, plusieurs points restaient en suspens. Les questions de l'identification des activités de service public (A) et des services publics sociaux (B) ont fait l'objet de nombreux arrêts et débats au cours de l'année 2007.

A - L'identification des activités de service public

La question se pose avant tout pour les services publics gérés par une personne privée. La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat était fondée sur l'arrêt *Narcy*⁵¹⁹. Celui-ci pose trois critères fondamentaux pour apprécier cette qualité : la poursuite d'une mission d'intérêt général, le contrôle que l'autorité publique porte sur l'opérateur et la présence de prérogatives de puissance publique. Ce dernier critère avait souvent été contesté par l'Ecole du service public. Or en 1990 l'arrêt *Ville de Melun* remet en cause ce dernier. Dans cette affaire, le juge affirme que la possession de prérogatives de puissance publique n'est pas nécessaire à la reconnaissance d'un service public. Cet arrêt laissa la doctrine incertaine quant à l'absolue nécessité ou pas du critère des prérogatives de puissance publique⁵²⁰.

⁵¹⁹ CE, sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec. p 401

⁵²⁰ Xavier MONTDESERT, « Actualité du service public », Tribunal Administratif de Caen, audience solennelle,

En 2007, dans le cadre d'affaires concernant des services publics sociaux et culturels, le Conseil d'Etat est revenu sur la méthode à adopter pour l'identification d'un service public et clarifiant ainsi l'état du droit.

L'arrêt *APREI* a initié ce mouvement de réflexion autour de la notion de service public. Dans cette affaire, une association de familles de personnes handicapées gérait un centre de réhabilitation par le travail (CAT). Il s'agissait de savoir si cette association pouvait se voir reconnaître la qualité d'organisme en charge d'un service public auquel cas elle serait obligé de fournir tous les documents administratifs requis par l'Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI) sur la base de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat rappelle qu'il convient tout d'abord de rechercher la volonté du législateur quant à la nature du service. C'est ainsi par exemple que dans la LOTI, le législateur spécifie expressément que le service de transports publics constitue une activité de service public⁵²¹. Si le législateur n'a pas exprimé de souhait particulier, il convient alors d'appliquer la jurisprudence *Narcy* et d'observer la présence des critères qu'elle pose. Si les trois critères sont présents, l'activité en cause constitue bien un service public.

Ensuite le juge fait un pas supplémentaire dans l'exposé de sa méthode et considère le cas de l'absence de prérogatives de puissance publique. Il précise alors que dans un tel cas, il faut rechercher la volonté des autorités publiques lorsqu'elles ont mis en place le service, à travers là encore, la méthode du faisceau d'indices. Trois aspects principaux sont à observer. Tout d'abord, il faut nécessairement identifier une activité d'intérêt général. Puis il convient d'observer les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement du service. Enfin, il est nécessaire de relever l'existence d'obligations de service public et d'éléments de contrôle sur les objectifs

rentrée du 21 janvier 2008, p 4 ; Commentaire sous CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire d'aide et de protection*, *GAJA*, n°53 ; Laetitia JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », n°1, *RFDA*, janvier-février 2008, p 69.

⁵²¹ Art. 3, *Loi d'orientation des transports intérieurs*, n° 82-1153, 30 décembre 1982.

qu'elles fixent.

Le premier aspect ne pose pas de problème majeur et a été affirmé dès l'arrêt *Narcy*. Il est au coeur de la définition du service public.

Le deuxième élément semble se référer au second critère *Narcy* c'est-à-dire au contrôle que l'entité publique porte sur l'opérateur. Cependant l'arrêt *APREI* précise ce critère et va plus loin en insistant sur l'implication réelle de l'autorité publique dans le fonctionnement et l'organisation du service. Concrètement, il peut s'agir d'une autorisation de création du service, d'une participation au conseil d'administration, d'une contribution au financement du service, etc.

Enfin le troisième élément apparaît plus original encore. Il se décompose en deux volets : la présence d'obligations de service public et le contrôle sur les objectifs fixés à l'avance ce qui constitue également une obligation de service public.

Les obligations de service public accompagnent systématiquement les délégations de service et cette exigence paraît donc logique. Elles visent à assurer la satisfaction de l'intérêt général. Typiquement elles sont liées au fonctionnement du service ; il en va ainsi des « lois du service public » c'est-à-dire le principe de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. L'obligation peut être positive (obligation de faire) ou négative (obligation de s'abstenir).

Cette nouvelle approche est très proche de la méthode adoptée par la Cour de justice en général depuis l'arrêt *Corbeau*⁵²². Pour les juges de Luxembourg les obligations révèlent la mission de service public de l'opérateur. Ainsi dans l'arrêt cité, la collecte et la distribution du courrier à un prix abordable et encadré démontrent la volonté de l'autorité publique d'organiser un service universel.

En définitive l'arrêt du Conseil d'Etat paraît donc substituer au critère des prérogatives de puissance publique celui d'obligations de service public, l'un et l'autre devenant alternatif.

⁵²² CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

Cette approche n'est pas totalement nouvelle. Une partie de la doctrine a fait référence au critère des « sujétions particulières »⁵²³ comme élément de reconnaissance des activités de service public du fait du régime extraordinaire appliqué à l'activité. Ainsi les prérogatives de puissance publique et les obligations de service public se retrouvent sous une même catégorie. Cette approche invite les juges à observer tous les éléments se détachant du régime communément appliqué à de telles activités. Ainsi les sujétions peuvent être positives dans le cas d'attribution de pouvoirs spéciaux pour la bonne réalisation de la mission en cause (prérogatives de puissance publique) ou négatives lors de l'imposition de contraintes d'exercice (obligations de service public). Cette approche aurait amené les juges français à appliquer tôt la méthode européenne si elle avait connu un plus grand succès dans la jurisprudence. Cependant les juges ont préféré le critère des prérogatives de puissance publique et seule la doctrine a réellement discuté cette catégorie. *APREI* semble donc consacrer cette approche pour l'avenir.

Néanmoins la portée du critère des obligations est encore incertaine tant le Conseil d'Etat insiste sur la nécessité d'apprécier tout un faisceau d'indices. Quelques questions demeurent cependant. Tous les indices à prendre en compte ont-ils été mentionnés? Existe-t-il une hiérarchie entre ces indices?

Le critère d'intérêt général est certainement essentiel mais pour le reste les juges semblent se fonder sur l'impression générale qui se dégage des différents critères et à l'intention des autorités publiques. Ainsi tous les critères n'apparaissent pas nécessaires. D'après Marc LE ROY, il existe en fait deux critères obligatoires (l'intérêt général et le contrôle public) et deux critères facultatifs (les prérogatives de puissance publique et la création par une personne publique)⁵²⁴. Quant à la possibilité d'inclure d'autres critères, la position du juge est ambiguë. Dans un arrêt d'avril 2007, le juge mentionne les modalités de financement comme un élément de reconnaissance du service

⁵²³ Claudie BOITEAU, 'Vers une définition du service public?' À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 22 Février 2007, *APREI*, 4, *RFDA*, Juillet-Août 2007, p 808 ; Laetitia JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », n°1, *RFDA*, Janvier-Février 2008, p74 ; Jean RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RD publ.* 1953, 279.

⁵²⁴ Marc LE ROY, « L'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 8 décembre 2008, p2270.

public⁵²⁵. D'autres critères semblent donc pouvoir être considérés. Dans *APREI* ou *UGC Ciné-cité*⁵²⁶, les juges ne retiennent pas cet élément.

Dans le cas d'espèce la qualification d'organisme de service public pour les CAT n'est pas retenue. Cela peut surprendre car les trois critères du faisceau d'indices sont remplis. L'association qui est une personne privée poursuit une mission d'intérêt général. Elle est financée en grande partie par les aides sociales des bénéficiaires ce qui constitue indirectement un financement public. Les autorités publiques exercent un contrôle strict sur l'activité des CAT et peuvent imposer des obligations de service public, notamment quant aux tarifs. Cependant le juge administratif se fondant sur les travaux préparatoires de la loi qui crée les CAT, estime que le législateur n'a pas souhaité conférer la qualité d'organismes en charge d'un service public aux CAT.

Cette solution a été critiquée dans la mesure où la méthode exposée pouvait être appliquée positivement alors que les juges ont préféré se fonder sur un « non-dit » du législateur pour prendre leur décision, consacrant ainsi une vision existentialiste du service public⁵²⁷.

Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat à l'occasion d'un arrêt⁵²⁸ portant sur un service public culturel précise le critère des obligations de service public. En l'espèce la SEM « Palais d'Epinal » avait obtenu une autorisation de la commune pour gérer un cinéma multiplex. Un concurrent, la société UGC-Ciné-Cité contesta cette autorisation au motif de l'absence de transparence et de procédures compétitives telles que les prévoit la loi sur les délégations de service public. Le Conseil d'Etat rejeta cette action en constatant l'absence de mission de service public.

⁵²⁵ Cf. infra, CE, Sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Requête n° 284736, Lebon.

⁵²⁶ Cf. infra p.

⁵²⁷ Claudie BOITEAU, « Vers une définition du service public? » À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 22 Février 2007, *APREI*, 4, *RFDA*, Juillet-Août 2007, pp 808 p 806 citant Bernard CHENOT, « L'existentialisme et le droit », RF sc. Pol. 1953, 57. Selon cette théorie, les juges cherchent simplement une solution aux cas qui leur sont présentés et la doctrine à partir des décisions dégagent des principes. Pour CHENOT, il n'existe pas d'institution du « service public », il s'agit juste d'une dénomination caractérisant un certains nombres de normes de droit public. Les juges se décident au cas par cas sans référence à une quelconque doctrine. Dans le cas d'*APREI* cela signifie qu'en dépit du raisonnement qu'ils nous présentent sur l'identification du service public, les juges choisissent de se tourner vers les travaux préparatoires pour appliquer une solution qui leur paraît meilleure.

⁵²⁸ CE, 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné Cité*, n° 298773, au Lebon.

Pour parvenir à cette solution le juge fit une stricte application de la méthode dégagée dans l'arrêt *APREI*. Après avoir observé l'absence de mention particulière de la part du législateur sur la nature de ces activités, les juges appliquèrent la méthode *Narcy*. Ils reconnurent la présence d'une activité d'intérêt général mais constatèrent l'absence de prérogatives de puissance publique. Ils recherchèrent donc finalement la présence éventuelle d'obligations de service public ou d'un contrôle sur des objectifs préétablis. Cependant ils conclurent par la négative et rejetèrent en l'espèce la qualification de service public et donc de délégation de service public à l'autorisation contestée.

Cet arrêt donne un poids très important au critère des obligations de service public puisqu'il les place au même niveau que le critère de la mission d'intérêt général. En effet, les juges ont reconnu ce dernier élément. En parallèle le Palais d'Epinal étant une SEM il est certain que l'autorité publique exerce une certaine influence sur son fonctionnement mais le Conseil d'Etat ne s'arrête pas sur ce point. Le critère d'obligations de service public apparaît ainsi déterminant dans la qualification de l'activité. L'arrêt semble donc s'écarter dans sa conclusion de la méthode *APREI* en mettant l'accent sur un certain critère plutôt que sur l'impression générale. Des arrêts futurs sont donc nécessaires pour comprendre la portée de cette décision. Mais en définitive ces deux arrêts consacrent une approche binaire du service public autour de la mission d'intérêt général et de la responsabilité directe ou indirecte de la personne publique dans le service. Cette perspective est également celle adoptée par la Cour de justice et si ces décisions apparaissent largement motivées par des raisons internes, notamment l'incertitude juridique soulevée par l'arrêt *Ville de Melun*, la mise en exergue du critère des obligations de service public est significative. Elle reprend l'approche communautaire qui se concentre sur cet élément pour justifier quelques privilèges (droits exclusifs ou compensations de service public) mais qui nie a priori toute possibilité d'attribution de pouvoirs spéciaux, ceux-ci pouvant nuire à l'exercice d'une libre et juste concurrence.

B - La question des services publics sociaux

Cette question relève tant du thème de la notion de service public que de son régime, puisque c'est en fait à travers les normes que le juge administratif français applique aux services publics sociaux que se dégage une réelle notion mêlée.

Comme en droit communautaire, le droit français n'a pas clairement tranché sur la nature des services publics sociaux. Le débat en France est ancien. La question de leur caractère économique ou social et du régime extraordinaire qui s'y attacherait a été largement débattue par la doctrine.⁵²⁹ Une éphémère catégorie de « service public social » s'est ajoutée pendant près de trente ans à la division entre services publics administratifs et SPIC. Sous cette catégorie, le juge se référait à des activités telles que les colonies de vacances, les cantines scolaires ou les centres de garderie, créées par des personnes publiques mais gérées comme des activités privées. Le Tribunal des conflits a ainsi estimé dans une affaire impliquant la responsabilité de l'Etat dans le cadre d'une colonie de vacances, que le juge judiciaire était compétent pour juger le cas⁵³⁰. La compétence du juge judiciaire se voyait ainsi accrue et couvrait toutes les activités de service public gérées comme une entreprise. La pertinence de cette catégorie a été discutée en doctrine⁵³¹ mais elle n'a jamais rencontré de franc succès auprès des cours. Les juges ont continué à se référer aux catégories de SPIC et services publics administratifs avec une certaine faveur pour cette dernière du fait de l'initiative de la personne publique. Cela permit au Conseil d'Etat de conserver sous sa juridiction un grand nombre de cas liés au service public. Dans ce contexte le Tribunal des conflits mit fin à sa propre jurisprudence et dans un nouvel arrêt, élimine implicitement la catégorie des services publics sociaux⁵³².

En droit communautaire, le débat est assez similaire. La Commission n'a pas défini de régime

⁵²⁹ Marcel WALINE, *Revue du droit public et de la science politique*, 1955, p 716; Charles EISENMANN, *Dalloz*, 1956, p 58 ; Jean-Marie AUBY, *Revue du droit public et de la science politique*, 1983, p 1385.

⁵³⁰ TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Lebon p 614.

⁵³¹ André DE LABAUDERE, « La notion et le régime juridique des services publics sociaux en droit administratif français », *Droit social*, 1959, p 494. Maryse DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », 4, *AJDA*, 4 février 2008, pp 181-182 ; Frank MODERNE, commentaire sous TC, 1 avril 1973, *Préfet de Paris*, *Dalloz*, 1973, p 768.

⁵³² TC, 4 juillet 1983, *Gambini*, Lebon p 540.

particulier pour les SSIG même si ce projet n'est pas écarté. Pour définir le régime applicable aux SSIG et savoir s'ils relèvent des normes communautaires, les activités doivent être appréciées au cas par cas.

Si comme un auteur français le suggère⁵³³, le débat français a inspiré les discussions au niveau européen, on pourrait craindre que la catégorie des SSGI ne disparaisse. Cependant le contexte semble avoir changé et bien que le Conseil d'Etat ne se réfère pas aux services publics sociaux explicitement, il a à travers la création d'un régime extraordinaire pour ce type de services dans sa jurisprudence récente, posé les éléments d'une nouvelle catégorie.

Cependant un récent arrêt du Conseil d'Etat a relancé le débat⁵³⁴. Dans cette affaire, un couple contestait la légalité de deux subventions de deux et six millions de francs attribuées en 1998 par la ville d'Aix-en-Provence à l'Association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence. Les plaignants faisaient valoir que cet organisme s'était vu confier une mission de service public et qu'une association, pour être à même d'exercer une telle mission et de percevoir une subvention, devait être liée à la personne publique par un contrat de délégation de service public. Mais le Conseil d'Etat admit la légalité des subventions considérant que les collectivités « *peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Les juges relancent donc le débat sur la nature de l'activité comme critère d'application des normes de concurrence.

Il est vrai que l'affaire portait sur un service public culturel et que le droit communautaire lui-même prend en compte cette particularité dans le cadre des aides d'Etat. Ainsi les aides destinées à la promotion de la culture et à la conservation du patrimoine (art. 87 § 3 T CE) si elles sont proportionnées et qu'elles n'affectent pas la concurrence, sont admises. Cependant l'exception du Conseil d'Etat est plus générale et s'applique a priori à tous les services sociaux.

⁵³³ Maryse DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », 4, *AJDA*, 4 février 2008, p 182.

⁵³⁴ CE, Sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Requête n° 284736, Lebon.

De ce fait l'arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques. Le problème majeur est la compatibilité de cette décision avec le droit communautaire qui distingue entre opérateur économique dans le cadre des règles sur la commande publique et l'entreprise en droit de la concurrence. Les juges français en admettant que la simple nature du service permette d'éviter les règles du financement et de la délégation de services vont beaucoup plus loin que la Cour de justice. En réalité même en droit national, la position du Conseil d'Etat est douteuse. Le Conseil constitutionnel a en effet dans une décision du 26 juin 2003⁵³⁵, rappelé que les principes de libre accès aux procédures de marchés publics, d'égalité de traitement des candidats et de transparence, inscrits à l'article 1 du code des marchés publics ont une valeur constitutionnel et se situe au sommet de la hiérarchie des normes.

Une partie de la doctrine pense néanmoins que cet arrêt n'a pas vocation à faire jurisprudence et se limite au cas particulier⁵³⁶. Il faut donc attendre les arrêts futurs du Conseil d'Etat en la matière pour savoir si les juges entendent réellement recréer une catégorie de service public social et peut être ainsi influencer le droit communautaire. Les développements dans cette sphère concernant les SSIG sont également à suivre.

Ces évolutions et réflexions procèdent donc largement d'une dynamique interne, dynamique qui a toujours prouvé exister tant le juge administratif n'a cessé d'élaborer la notion pendant près d'un siècle. Cependant dans ces développements le juge prend maintenant en compte le droit communautaire et semble notamment s'inspirer de la méthode des juges. Cet aspect paraît plus décisif car il symbolise une réelle intégration judiciaire.

§ 2 – Une notion de service public inchangée en Italie

En Italie, l'importance mineure que la notion de service public possède dans l'ordre juridique

⁵³⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2003-473 du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

⁵³⁶ Bertrand du MARAIS, Albéric SAKON, commentaire sur CE, Sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Concurrences, n.3-2007, p169-170.

explique qu'il n'y pas eu beaucoup de débats sur son renouveau ni en doctrine ni dans la jurisprudence. Elle demeure circonstancielle c'est-à-dire largement définie par le contexte pénal, local voire de droit constitutionnel dans lequel elle se trouve. L'impact le plus visible demeure en fait l'utilisation dans le régime des services publics locaux d'un vocable similaire à celui communautaire : ainsi le législateur use des expressions « services à caractère industriels » et « services à caractère non industriel » dans un premier temps, puis « services de nature économique » et « services de nature non économiques ».

Sur ces points qui déterminent le régime applicable, la doctrine s'est penchée plus longuement. Pour ce qui est des services à caractère économique les juges italiens retiennent, de la même manière que les juges communautaires une ample définition. Ainsi il suffit que le service soit potentiellement économique pour qu'on lui reconnaisse ce caractère, ce qui permet d'intégrer un certain nombre d'activités à caractère social⁵³⁷.

Néanmoins des réflexions importantes ont en fait été tenues lors de l'adoption de la loi de 1998 sur les compétences juridictionnelles des deux ordres de juridiction⁵³⁸. Il s'agissait de déterminer l'étendue du « service public » relevant de la compétence du juge administratif. Il est notable que la Cour constitutionnelle⁵³⁹ est intervenue pour limiter les tendances expansionnistes de la juridiction administrative. Les juges ont affirmé la nécessité d'observer l'existence de moyens de puissance publique, choisissant d'apprécier strictement la notion, comme l'invite à le faire la Cour de justice. Mais aucune référence directe n'est faite au droit communautaire. Par ailleurs, les arrêts récents n'abordent pas le thème et les nouveaux développements communautaires n'ont pas remis en cause la notion telle qu'elle admise depuis la fin des années 90.

Section II – L'évolution du régime des services publics locaux

L'impact éventuel du droit communautaire sur le régime des services publics locaux apparaît plus

⁵³⁷ TAR Puglia, Bari, sez. I, décision n°1318, du 12 avril 2006.

⁵³⁸ Cf. Première partie p 137.

⁵³⁹ Corte costituzionale, Sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

simple à mesurer car il porte sur des normes certaines et moins mouvantes a priori que ne peut l'être une définition de doctrine. Une étude détaillée de cet impact amènerait à observer un très grand nombre de normes et mesures isolées qui intègrent le droit communautaire. Dans cette seconde période, l'impact est certain mais il reste à le mesurer. Comment le régime des services publics locaux évolue-t-il sous l'influence communautaire ? Nous nous limiterons aux éléments du régime qui sont les plus fondamentaux pour ces activités : à savoir les modes de gestion et l'activité contractuelle. Dans ces domaines, le régime des services publics locaux a fortement évolué, sur la base de grandes réformes législatives générales en Italie (§2) ou à travers des clarifications et ajustements jurisprudentiels en France (§1).

§ 1 – La clarification du régime applicable par les juges français

Le droit français transpose le droit communautaire dans les normes nationales. Les règles qui ont ainsi intégrées transforment les pratiques locales ou les encadrent. Entre les interventions de la Commission et les arrêts de la Cour de justice, elles apparaissent cependant de plus en plus complexes. Pour clarifier la situation dans un arrêt de 2007, le Conseil d'Etat a démontré vouloir revenir sur les possibilités dont disposent les collectivités locales et clarifier le droit applicable dans la perspective du droit communautaire. Trois points sont éclaircis : la liste de modes de gestion autorisés (A), les caractéristiques de la gestion à travers un opérateur interne (B) et la gestion d'un service public à l'initiative d'une personne privée (C).

A – Un tableau récapitulatif des modes de gestion

La question des modes de gestion du service public est importante car elle est déterminante dans une certaine mesure le régime applicable et le juge compétent. Les modalités sont nombreuses et variées et ont été identifiées pendant près d'un siècle par le juge administratif.

A cet égard l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*⁵⁴⁰ est remarquable car il fournit pour la première fois un tableau complet des modes de gestion à la disposition des autorités publiques pour la

⁵⁴⁰ CE, Sect. 6 April 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Requête n° 284736, Lebon.

fourniture des services publics. Il revient notamment sur les possibilités de délégation des services. En l'espèce la question de la nécessité d'un contrat de délégation était soulevée⁵⁴¹.

Les juges rappellent tout d'abord qu'un service peut être délégué à une personne privée ou publique à moins qu'un acte réglementaire ne l'interdise. Si l'autorité publique choisit la délégation, elle doit conclure un contrat, qui selon le mode de rémunération constitue un marché public ou une délégation de service public et entraîne l'un ou l'autre des régimes (les deux assurent transparence et égalité de traitement). Ce principe peut néanmoins être écarté lorsque de par la nature de l'activité et les conditions dans lesquelles le service est exercé, le délégataire ne peut être considéré comme un opérateur économique sur un marché compétitif⁵⁴². Le principe de contractualisation en cas de délégation du service est cependant mis en exergue. A cet égard, le gouvernement a fait part d'un projet de rédaction d'un code de la commande publique suite notamment à une intervention du Conseil constitutionnel en la matière⁵⁴³.

Dans un second temps, les juges réaffirment la possibilité de gestion directe du service. Il est surprenant que cette option n'apparaisse qu'en second lieu car elle constitue le mode de gestion traditionnel des services publics. C'est la modalité de gestion qui est mise en œuvre à moins que la collectivité n'en décide autrement. Trois modalités sont évoquées : la régie directe, les établissements publics et la gestion à travers un opérateur interne.

Enfin une dernière option est celle de la participation à la gestion d'un service public initié par une personne privée⁵⁴⁴.

B - La gestion à travers un opérateur interne

L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* apporte des précisions importantes quant à ce mode de gestion.

⁵⁴¹ *Ibidem*

⁵⁴² *Ibidem*

⁵⁴³ DC du 12 février 2009, n°2009-575

⁵⁴⁴ Cf infra C, p 344.

En droit communautaire, la délégation d'un service public à un opérateur interne permet d'écarter les règles de procédures et les principes liés aux marchés publics et aux concessions. En tant qu'exception la Cour de justice l'apprécie de manière restrictive et n'a eu de cesse de préciser le droit applicable. La position du Conseil d'Etat semble plus permissive que celle des juges de Luxembourg pour les autorités publiques.

Il faut rappeler que la gestion à travers un opérateur interne fait l'objet d'une jurisprudence ancienne en droit administratif. Ainsi dans l'arrêt *Unipain* de 1970⁵⁴⁵, les juges ont admis que les collectivités publiques pouvaient organiser à travers leurs propres services, les activités dont elles avaient besoin. Les collectivités locales ont un pouvoir discrétionnaire en la matière et le juge ne peut interférer dans cette décision.

Dans l'arrêt *Aix-en-Provence*, le juge expose cependant la définition de l'opérateur interne telle qu'il la retient dans la perspective du droit communautaire. Il s'agit d' « *un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service* » et sur lequel les collectivités locales « *exercent [...] un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire* ». Le Conseil d'Etat ajoute et en cela précède la Cour de justice « *qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public* ». Cette reconnaissance du contrôle pluri-public précède l'arrêt *ASEMFO* de la Cour de justice qui admet lui aussi qu'un opérateur puisse exercer son activité auprès de plusieurs collectivités. L'arrêt *Teckal* l'avait admis mais après l'évolution restrictive de la jurisprudence, cette assertion était douteuse. En l'espèce dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*, il s'agissait d'une association contrôlée par la commune, la région et l'Etat et le juge reconnut la qualité d'opérateur interne à l'association. La commune pouvait ainsi passer outre les procédures de transparence associées aux délégations de service public.

⁵⁴⁵ CE, 29 April 1970, *Unipain*, rec. p 280. See also, CE, 18 March 1988, *Loupias c/ commune de Montreuil- Bellay*, Rec. p 975

En dépit de ce rapprochement de jurisprudence, la question des SEM continue d'opposer le Conseil d'Etat et la Cour de justice. Les collectivités locales utilisent beaucoup cette forme de gestion pour leurs services publics locaux. Le capital de ces sociétés appartient en majorité (entre 51% et 85%) aux collectivités locales qui les établissent. Par ailleurs le Conseil d'administration accueille des élus locaux qui détiennent la majorité des votes. Ces sociétés ont longtemps bénéficié du fait de leur étroite relation avec la collectivité, d'une attribution directe des contrats de délégation de service. Cependant depuis les années 90 leurs contrats sont attribués dans le cadre de procédures transparentes et impliquant des appels d'offres⁵⁴⁶. Mais nombre d'élus souhaiteraient pouvoir bénéficier désormais de l'exception reconnue aux opérateurs internes. Cependant la Cour de justice a exclu du champ d'application de l'exception toute entreprise intégrant des partenaires privés⁵⁴⁷. Cet arrêt a suscité beaucoup de critiques car le contrôle des autorités publiques sur les SEM est souvent très poussé et pas si différent de celui qui est exercé sur des entreprises purement publiques. La Cour de justice pourrait ainsi admettre un quota minimum de participation de personnes privées dans le capital des entreprises. Mais la récente ouverture opérée par l'arrêt *ASEMFO* risque de contrer tout espoir des collectivités locales car il est peu probable que les juges souhaitent étendre encore plus la portée de l'exception. Les juges administratifs se sont d'ailleurs déjà engagés dans cette brèche et reconnu le caractère « in house » de certaines conventions intercommunales⁵⁴⁸.

Le législateur a pris acte de ces critiques et créé les sociétés publiques dans le cadre de l'aménagement local (Loi n° 2006-872 portant engagement national pour le logement). Par ce biais, les collectivités locales sont autorisées à instituer des sociétés à capitaux purement publics et peuvent ainsi éviter les procédures d'appels d'offres dans le domaine du logement. Une telle initiative pourrait s'étendre à d'autres secteurs

⁵⁴⁶ La loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, JO n°25 du 30 janvier 1993, a soumis les SEM, au même titre que les sociétés privées fermières ou concessionnaires de services publics mais contrairement aux établissements publics, à un régime de mise en concurrence pour les délégations de services publics. C'est une situation unique en Europe. Les collectivités qui sont actionnaires majoritaires d'une entreprise ne la soumettent pas en principe, dans les autres Etats, à la concurrence.

⁵⁴⁷ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03 Rec. p. I-1.

⁵⁴⁸ TA Pau, *Préfet des Pyrénées atlantiques c/ Commune d'Ilharre*, n°0800537.

C - La gestion d'un service public à l'initiative d'une personne privée

La dernière option évoquée par le Conseil d'Etat concerne les activités ayant un intérêt public certain et qui sont créées à l'initiative d'une personne privée. Dans ce cas, l'autorité publique peut reconnaître la qualité du service public et ainsi lui apposer ce « label »⁵⁴⁹. Il n'y a pas alors de délégation car le service est créé et organisé par la personne privée. Cependant le juge recherche tout de même la présence de la personne publique afin de certifier qu'il s'agit bien d'une activité de service public.

Cette option évoquée par les juges est assez délicate à apprécier. Le juge communautaire fournit une méthode. Après avoir identifié la mission d'intérêt général, le juge recherche des éléments organiques permettant d'indiquer la présence de la personne publique.

Plus particulièrement, le Conseil d'Etat indique que la personne publique doit avoir un certain droit de regard sur la personne privée qui organise le service. Ce droit de regard révèle l'implication de l'autorité publique et un accord tacite entre cette dernière et la personne fournissant le service. Ce mode de gestion est d'ailleurs désigné comme l'association au service public⁵⁵⁰. Il permet à l'autorité publique de participer au financement d'une activité sans procéder formellement à une délégation avec toutes les procédures que cela implique.

Ce scénario est assez rare mais a cependant déjà été évoqué dans un avis de 2004⁵⁵¹. La question portait sur l'application des règles de délégation de service public c'est-à-dire le respect de la publicité et l'organisation d'un appel d'offres. Le Conseil d'Etat fut amené à observer la nature de la relation entre l'association « la Cinémathèque française » et l'Etat. La mission de l'association est de préserver l'héritage cinématographique. Les juges y virent une mission d'intérêt général. Cependant aucune loi n'imposait à l'Etat de prendre en charge cette activité. Il n'existait pas non

⁵⁴⁹ Didier TRUCHET, 'Label de service public et statut de service public', *AJDA* 1982, p 427.

⁵⁵⁰ François SENERS, 'L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public _ Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence', 4, *RFDA*, juillet-août 2007, p 822.

⁵⁵¹ CE, Avis du 18 mai 2004, *Cinémathèque française*, EDCE 2005, p. 185.

plus de contrat chargeant l'association de réaliser cette mission. Pour le Conseil d'Etat il n'existait donc pas de délégation de service public. Pourtant il qualifia l'activité de service public au motif de l'existence d'une mission d'intérêt général et du droit de regard que possédait l'Etat sur l'activité de la Cinémathèque. Cette relation s'illustre aussi par la contribution financière de l'Etat⁵⁵².

L'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* qui reprend ce raisonnement confirme donc la position du Conseil d'Etat et donne force contraignante à cette solution. Par ailleurs, dans ces deux décisions les critères de prérogatives de puissance publique et d'obligations de service public n'apparaissent pas. Elles semblent compléter dès lors la méthode élaborée dans *APREI*. Elles confirment aussi la conception binaire de la notion de service public fondée sur un aspect fonctionnel, la mission d'intérêt général et un aspect organique, l'implication de l'autorité publique.

§ 2 – La r-évolution permanente des services publics locaux en Italie

Les transformations du régime des services publics locaux en Italie sont plus radicales et étendues qu'en France. Tous les aspects du régime : modes de gestion, contrats, compétences sont modifiées. Là encore dans ce grand bouleversement, il est difficile de dégager ce qui procède de pressions politiques internes et ce que le droit communautaire provoque. Cependant le législateur, qui est à l'origine de ces réformes, se réfère souvent à ce dernier.

En Italie, la réforme du régime général des services publics locaux (A) est doublée d'une modification de l'organisation administrative de l'Etat (B). La question des modes de gestion pose là aussi des problèmes particuliers liés à la différence entre les pratiques locales et les exigences communautaires (C).

A – La réforme du régime général des services publics locaux

Au début des années 2000, le régime des services publics locaux italiens fait de nouveau l'objet

⁵⁵² François SENERS, « L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public » – Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence', 4, *RFDA*, juillet-août 2007, p 814.

d'une intervention du législateur. Une norme générale, le Texte unique des lois sur l'organisation des collectivités locales, le TUEL (décret législatif n°267/2000) adopté le 18 août 2000 reprend très largement les dispositions de la loi n°142 de 1990 et de diverses normes de secteurs adoptées dans les années 90 (déchets, eau, transports publics, électricité, gaz).

Le législateur constatant l'accent mis sur les principes d'égalité de traitement et de transparence et l'œuvre de libéralisation toujours plus poussée des secteurs marchands en droit communautaire, a tôt cherché à pousser plus avant la réforme de la loi n°142 de 1990. Cette démarche était aussi motivée par les pressions de la Commission qui avait mis en demeure⁵⁵³ l'Italie pour la non-conformité de son régime de services publics locaux avec le droit communautaire, au motif que les modalités d'attribution des services publics locaux telles que prévues par l'article 22, en particulier lors de la constitution des sociétés par action avec des opérateurs privés, n'étaient pas conformes aux directives marchés publics et aux principes de transparence et d'égalité de traitement. L'absence d'appel d'offres obligatoire violait ainsi les principes fondamentaux du droit communautaire. La réforme ne fut cependant pas menée à bien et le texte adopté en 2000 se contente de reprendre les mesures de la précédente loi sans les modifier. Ainsi les articles 113 à 116 du Texte unique sur les collectivités locales reprennent les formes d'organisation prévues par la loi de 1990 : gestion en régie, en concession, à travers une « azienda speciale », une « institution » pour les services sociaux n'ayant pas le caractère d'entreprise, ou enfin par une société par action ou à responsabilité limitée à capital majoritairement public ou privé.

Le régime des services publics locaux a donc été très stable pendant près d'un siècle avec deux normes réellement innovantes : la loi de 1903 sur la municipalisation des services et la loi de 1990 qui rénove le régime des services publics locaux. Cette législation a eu pour effet de figer la matière, en limitant la liberté des autorités locales et leur possibilité d'user de moyens particuliers et adaptés aux réalités économiques pour satisfaire les besoins de la population. Elle a permis l'enracinement de pratiques qui se sont avérées dans une certaine mesure contraires au droit communautaire. La loi de 1990 qui élargit et diversifie la gamme des outils à la disposition des élus locaux n'a pas corrigé ce défaut, ce qui explique la mise en demeure de la Commission. Ce

⁵⁵³ Lettre de mise en demeure de la Commission à la République italienne, 8 novembre 2000 (SG(2002)D/108243).

n'est qu'avec la loi n°498 de 1992, confirmée par la loi n°533 de 1996 que le législateur pose le principe de l'appel d'offres selon « *les principes de la réglementation communautaire* » (art. 12 c. I. loi n°498 de 1992) pour les sociétés où la participation privée est majoritaire.

Par la suite les années 2000 sont marquées par l'excès inverse, c'est-à-dire la multitude des tentatives de réforme du secteur. Chaque loi des finances apporte sa pierre à la construction tout autant qu'à la déconstruction de l'édifice. La codification de la matière n'a donc en rien assuré la stabilité des normes.

La première réforme significative date de la loi des finances de 2002 (loi n° 448/2001) qui contient en son article 35 une révision de l'article 113 TUEL portant sur les modes de gestion des services publics locaux. L'objectif est de corriger la tendance monopolistique créée par les précédentes normes et de substituer aux procédures de gré à gré qui demeurent, des mécanismes assurant la transparence et l'égalité des opérateurs. Pour la première fois, le législateur impose la procédure d'appel d'offres pour la délégation de la gestion des services publics locaux. Cette réforme a été adoptée en parallèle à la révision du Titre V de la Constitution et consacre les principes communautaires de concurrence. Ainsi l'article 35 opère une division entre services publics à caractère industriel et les autres services, privés de ce caractère. L'article prévoit que les services à caractère industriel sont gérés soit par des sociétés de capital majoritairement public créées spécialement à cette fin ou soit par des entreprises tierces choisies à travers un appel d'offres. Toutes les possibilités d'attribution directe sont supprimées, la gestion en régie et la concession sont éliminées. De plus toutes les attributions qui ont été faites sans mise en concurrence doivent être résiliées en avance. La norme pose aussi le principe du contrat pour toute délégation de service et l'obligation de procéder à la mise en concurrence de tous les services voués à être délégués. Le législateur souhaite ainsi se conformer aux principes de transparence et d'égalité de traitement. Une première difficulté est cependant liée à la non adoption du règlement prévu pour la détermination des catégories de services à caractère industriel et des autres. Les commentateurs n'ont pu ainsi expliquer avec certitude ce qu'il fallait entendre par ces expressions.

Cette mesure est révolutionnaire dans la mesure où elle révoque le principe de « typicité » qui jusqu'alors fondait le régime des services publics locaux et qui consistait en la désignation par le législateur des types de gestion à la disposition des collectivités locales. Elles ont désormais libre choix pour déterminer le mode de gestion le plus approprié aux services industriels qu'elles mettent en œuvre dans la mesure où elle concluent un contrat et procèdent à un appel d'offres. La nouveauté du projet est cependant annihilée par les diverses dispositions qu'elle comporte concernant la période transitoire. Cet aspect a d'ailleurs suscité une mise en demeure de la part de la Commission européenne⁵⁵⁴ qui l'estime trop longue (plus de dix ans). La Commission critique également la possibilité d'attribuer à un tiers, sans mise en concurrence, les services non industriels.

Cette nouvelle mise en demeure a porté le législateur italien moins de deux ans plus tard à adopter une autre norme visant à amender le régime des services publics locaux⁵⁵⁵. Le principe de « tipicità » est réintroduit, effectuant ainsi un étonnant retour en arrière. Ainsi les services peuvent être délégués à des sociétés de capitaux après l'organisation d'un appel d'offres, à des sociétés d'économie mixte dès lors que le partenaire privé est sélectionné ici encore après une mise en concurrence ou à des entités « in-house » dans les conditions fixées par la jurisprudence communautaire. De plus, les services sont désormais divisés en « services de nature économique » et « services privés de caractère économique ». Ainsi les incertitudes liées à la notion de « service à caractère industriel » disparaissent. Cependant le droit communautaire a déjà montré qu'il n'est pas tellement plus évident de définir ce qui est économique et ce qui ne l'est pas. Par ailleurs cette nouvelle formulation couvre un champ d'activités plus large que les activités industrielles qui finalement correspondaient à nombre d'activités en réseau déjà organisées dans des normes sectorielles.

Cette nouvelle réforme de l'article 113 du TUEL est également censurée, cependant la critique est cette fois d'origine nationale et non européenne. La Cour constitutionnelle italienne a en effet

⁵⁵⁴ C(2002)2329 26 février 2002

⁵⁵⁵ Décret législatif n°269 de 2003 et loi n°350 de 2003 (Loi de finances de 2004).

jugé inconstitutionnel le nouvel article 113 bis du TUEL⁵⁵⁶. Tout le régime des services publics locaux privés de caractère économique est censuré. Pour la Cour cette matière relève de la compétence législative régionale. Cette décision rend la qualification d' « économique » encore plus fondamentale qu'elle ne l'était au moment de la réforme. Elle signifie en effet que cette qualification non seulement détermine les modalités de gestion à la disposition des collectivités locales pour gérer le service mais aussi sur un plan institutionnel, la collectivité, Etat ou région, compétente pour légiférer⁵⁵⁷.

Le caractère économique d'une activité semble être apprécié de manière assez large puisque c'est le caractère potentiellement économique qui détermine la qualification de l'activité. Ainsi pour le TAR Puglia un service économique est une activité « *qui se déroule dans un secteur où pourrait exister - au moins potentiellement - un profit et donc une concurrence sur le marché* »⁵⁵⁸. Cette jurisprudence correspond largement à celle que le Consiglio di stato avait adoptée pour les services industriels⁵⁵⁹. Elle suit par ailleurs les grandes orientations de la jurisprudence communautaire qui retient une définition large des activités économiques⁵⁶⁰. La Cour constitutionnelle souligne également le caractère dynamique de la notion. Le doute peut couvrir un certain nombre de services publics locaux : pharmacie, pompes funèbres, services sociaux car le profit n'est pas systématiquement assuré.

L'article 113 TUEL dans sa formule de 2003 introduit par ailleurs une mesure d'une grande nouveauté concernant les services à caractère économique. Elle dispose en effet que le régime général tel que défini par le TUEL prime sur les disciplines de secteurs lesquelles sont pourtant pour la plupart, issues de directives communautaires. Il y a donc un risque ici de voir les collectivités locales violer le droit communautaire si elles font primer la norme générale nationale sur la législation de secteur et que ces deux ordres diffèrent.

⁵⁵⁶ Sentenza n° 272 de 2004

⁵⁵⁷ Il en résulte qu'en matière de services sociaux les niveaux de prestations varient énormément d'une région à l'autre.

⁵⁵⁸ TAR Puglia, Bari, sez. I, sent. 12-4-2006, n°1318.

⁵⁵⁹ Consiglio di stato sez. V, sent. 3-2-2005 n° 272

⁵⁶⁰ CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, Rec. I-5321.

Le nouvel article 113 opère par ailleurs la division entre propriété des réseaux, gestion des réseaux et fourniture du service. Dans ce contexte, la propriété des réseaux doit demeurer aux mains des collectivités locales ou de sociétés à capital entièrement public sélectionnées par les collectivités locales. Gestion des réseaux et fourniture du service fonctionnent en principe de pair. La fourniture peut se faire selon trois formes : des sociétés de capitaux sélectionnées suite à un appel d'offres, des sociétés d'économie mixte où le partenaire privé est choisi après mise en concurrence, des sociétés à capital entièrement public répondant aux critères de l'opérateur interne. Le conseil élu de la collectivité a toute liberté dans ce cadre pour déterminer le mode de gestion qu'elle juge le plus approprié. Cependant dans sa délibération le Conseil doit motiver en détails son choix⁵⁶¹, en particulier dans le cas de la gestion « in-house » dans la mesure où cela constitue une exception aux règles générales du Traité⁵⁶².

L'article 113 opère par conséquent un certain retour en arrière dans la mesure où la mise en concurrence des services redevient une simple option et non plus un principe. De ce fait le droit italien semble contraire au droit communautaire qui pose la mise en concurrence comme un principe fondamental.

Dans ce contexte, le régime des services publics locaux a fait l'objet de nouvelles discussions au Parlement italien. Ainsi la Ministre des affaires régionales, Linda LANZILLOTTA, avec le Ministre pour le développement économique et le président du Conseil, Romano PRODI, a présenté au Sénat le 7 juillet 2006 un projet de loi de trois articles donnant pouvoir au gouvernement pour la réorganisation des services publics locaux. L'objectif est de relancer la libéralisation des services publics locaux et le projet réintroduit l'obligation de procédures compétitives pour la délégation de ces activités. L'examen du projet de loi débuta en mai 2007 au Sénat et fut renvoyé en Commission en décembre au moment de l'adoption de la loi de Finances 2008. Après plusieurs refontes et la mise en place d'une nouvelle législature, cette initiative a finalement abouti à l'article 23 bis de la loi n°133 du 6 août 2008⁵⁶³. Cependant les procédures

⁵⁶¹ Consiglio di stato sez VI, 12-3-1990 n°374

⁵⁶² Cf. Supra p 285.

⁵⁶³ Loi n°133 du 6 août 2008, « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della

d'infraction de la Commission se sont poursuivies et de ce fait, le législateur a procédé à la « réforme de la réforme »⁵⁶⁴, matérialisée dans l'article 15 du décret-législatif n°135 du 25 septembre 2009⁵⁶⁵.

Le champ d'application du projet porte uniquement sur les services publics locaux de nature économique (§1). La réforme tend à réaffirmer l'intégration en droit national, des principes communautaires. Dans ce contexte, elle se fonde sur les principes de libre concurrence, libre prestation et liberté d'établissement des services d'une part et sur les droits des usagers à l'universalité, à l'accessibilité et à un niveau de prestations minimum pour les services publics locaux (§1). La loi se fonde sur la compétence exclusive de l'Etat pour définir les niveaux essentiels de prestations (art. 117 CI). Cette nouvelle norme devrait prévaloir sur la législation de secteur incompatible (§1).

La loi tend à rétablir la délégation à travers appels d'offres comme le mode normal de gestion des services. Elle pose le principe de la gestion à travers une entreprise ou une société sélectionnée après une procédure de mise en concurrence selon les principes du droit communautaire en matière de contrats publics (§2). La délégation des services publics à travers un appel d'offres redevient donc une fois encore le mode normal de gestion des services publics locaux.

Cependant si les circonstances, « *à cause de caractéristiques particulières économiques, sociales, environnementales ou géomorphologiques sur le territoire de référence, ne permettent pas un recours efficace et utile au marché* », « *l'attribution peut advenir dans le respect des principes de l'ordre communautaire* » (§3)⁵⁶⁶. Dans ce cas, l'attribution doit néanmoins être publiée et motivée. Cette formule énigmatique renvoie directement selon la doctrine à l'exception « in-

finanza pubblica e la perequazione tributaria », GU n. 195, 21 août 2008.

⁵⁶⁴ Paolo POLIMANTI, « Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma. », *Amministrazione in cammino*, gennaio 2010

⁵⁶⁵ Decreto-Legge 25 settembre 2009 , n°135 - Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. G.U. 25/09/2009, n°223.

⁵⁶⁶ §3 : « *per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato* » est rendu impossible, « *l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria* »

house »⁵⁶⁷. Ce faisant cependant elle omettait de rappeler les conditions imposées par la Cour de justice. De ce fait en 2009, le législateur a pris soin de préciser que l'opérateur interne doit être une société à capital totalement public. La norme ajoute néanmoins une nouvelle condition aux critères communautaires, ce qui peut rendre la mise en œuvre de l'exception plus difficile et de ce point de vue restreint l'autonomie des collectivités locales dans leur choix du mode de gestion. Cette condition relative aux circonstances du marché procède par ailleurs d'une perspective nettement différente de celle du droit communautaire. Elle se réfère à des éléments extérieurs, indépendants de la volonté des autorités publiques, alors que les juges de Luxembourg se concentrent sur le rapport interorganique et donc sur la situation interne du service. L'exception « in-house » est également difficile à mettre en œuvre du fait d'autres dispositions qui obligent l'autorité locale à rendre public son choix de gérer le service à travers un opérateur interne, ainsi que les circonstances qui le justifient, sous le contrôle de l'Autorité garante de la concurrence qui doit être obligatoirement consultée et formuler un avis dans les 60 jours suivant sa saisine⁵⁶⁸. Si l'Autorité de concurrence ne rend pas son avis, elle est réputée accepter la délégation. Les collectivités locales doivent aussi réaliser une étude de marché certifiant la nécessité de recourir à l'attribution directe.

Par ailleurs, la norme prévoit que les opérateurs internes, tout comme les sociétés d'économie mixte dont le partenaire privé n'a pas été sélectionné à travers une mise en concurrence, qui se voient attribués directement la gestion d'un service public local, ne peuvent exercer leur activité que sur le territoire de la collectivité délégante. Elles ne peuvent ainsi pas non plus participer à des appels d'offres publiés par d'autres collectivités⁵⁶⁹. Toutefois les collectivités territoriales ont

⁵⁶⁷ Michele NICO, « Parte la riforma dei servizi pubblici locali, ecco le novità su gare ed affidamento in house », *Diritto dei servizi pubblici*, 6 octobre 2008.

<http://www.dirittodeiserviziipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=313>

⁵⁶⁸ Dans sa formulation de 2008, la collectivité délégante devait également obtenir l'avis de l'Autorité de secteur si elle existait. Pour éviter d'éventuelles contradictions, le décret-législatif de 2009 a limité la consultation à l'avis de l'Autorité garante de la concurrence.

⁵⁶⁹ Art. 15, Decreto-Legge 25 settembre 2009, n°135: « 9. *Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente,*

la possibilità di definire dei bassini di gestione permettendo di realizzare economie d' scala e di compensare la frammentazione del livello locale⁵⁷⁰.

La formulazione adottata per l'attribuzione diretta dei contratti suscita per altro una certa ambiguità sul caso delle società d'economia mista. La dottrina non è certa che la possibilità di attribuzione diretta nelle stesse condizioni e secondo le stesse modalità si riferisce egualmente a quelle-ci⁵⁷¹. Come visto, la giurisprudenza nazionale italiana, ammette in principio l'attribuzione diretta dei contratti di delegazione di servizi alle società d'economia mista quando il partner privato è stato selezionato attraverso una procedura di concorrenza⁵⁷². Tuttavia voci discordanti hanno al contrario richiesto una seconda concorrenza al momento di attribuire il contratto di delegazione di servizi⁵⁷³. Così la pubblica amministrazione avrebbe dovuto fare un primo appello di offerte per la selezione del partner al fine di costituire la società e poi, un secondo appello di offerta specificamente sulla gestione del servizio. Diverse decisioni dei tribunali amministrativi hanno seguito questo ragionamento⁵⁷⁴. Per la sua parte, il Consiglio di Stato mantiene la sua posizione⁵⁷⁵ ricordando che ciò che esclude le società miste dall'eccezione « in-house » è la presenza del partner privato e che si deve quindi per poter beneficiare di un'attribuzione diretta, correggere questo difetto attraverso la selezione trasparente del partner privato, ciò che costituisce un caso particolare. Il non essere certo che la deroga del paragrafo 3 si applichi alle società d'economia mista. Questo dubbio è stato risolto dalla riforma del 2009 che prevede espressamente che in principio le delegazioni di servizio pubblico si fanno per appello di offerte o nel caso di società

ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato.»

⁵⁷⁰ Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 Paragrafo 5 «in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e di favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale»

⁵⁷¹ Michele NICO, « Parte la riforma dei servizi pubblici locali, ecco le novità su gare ed affidamento in house », 6 ottobre 2008,

<http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=313>

⁵⁷² Dal Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, il Consiglio di Stato contestò la necessità di organizzare un secondo appello di offerte per attribuire il servizio.

⁵⁷³ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. 27 ottobre 2006, n. 589.

⁵⁷⁴ Per l'organizzazione di due procedure competitive : TAR Calabria, sentenza n°579, del 7 novembre 2008,

⁵⁷⁵ Consiglio di Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456

d'économie mixte, directement, si le partenaire a été choisi suite à une mise en concurrence dont l'objet est la constitution de la société et la gestion du service et à condition que ce partenaire détienne au moins 40 % du capital⁵⁷⁶. Le législateur italien met ainsi en application la jurisprudence de la Cour de justice qui a plusieurs reprises déjà a signifié qu'un double appel d'offres n'était pas nécessaire dans le cadre des partenariats publics-privés⁵⁷⁷.

Enfin le premier projet du projet de loi LANZILLOTTA proposait d'insérer un article déclarant que les services publics locaux constituaient une fonction fondamentale des collectivités locales. Cette mention aurait eu une conséquence importante puisqu'elle aurait fait rentrer la matière dans le domaine de la compétence exclusive de l'Etat. Mais la résistance des collectivités locales à travers la Conférence unifiée a amené à la suppression de cette mesure. Les régions restent donc les premières responsables de l'organisation des collectivités locales sur leur territoire.

L'article 23 bis abroge par ailleurs l'article 113 TUEL dans ces aspects incompatibles avec la nouvelle loi. Il convient donc de régler un certain nombre de questions restées en suspens, à charge pour le gouvernement d'adopter un ou plusieurs règlements pour les traiter. Ils devront notamment garantir que les sujets qui se sont vus attribuer un service directement, respectent le pacte de stabilité interne et que les opérateurs internes et les SEM ne délèguent des activités qu'à travers des procédures de mise en concurrence. Les règlements d'application devront également garantir la possibilité pour les collectivités locales à faible population de s'associer pour la gestion des services. Toute la réforme tend à bien distinguer les fonctions de régulation de celle de gestion des services. Le gouvernement devra s'assurer de cette bonne séparation. Les règlements d'application devront également permettre de coordonner les normes de secteur avec le nouveau régime général et notamment déterminer la période transitoire pour les contrats de secteur en

⁵⁷⁶ Art. 15, Decreto-Legge 25 settembre 2009 , n°135: «2. *Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento* »

⁵⁷⁷ CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi & C. Snc contre Comune di Triuggio*, C-357/06, Rec. 2007 p 12311; CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04 Rec. I_4137; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/Italie*, C-371/05.

cours⁵⁷⁸. Ils devront de plus limiter le plus possible la constitution de monopoles et introduire une libéralisation maximum des services locaux tant que l'universalité et l'accessibilité des activités sont assurées.

La réforme ne s'arrêtera probablement pas là. Pour certains auteurs⁵⁷⁹ en effet, le processus de libéralisation est loin d'être terminé. Les retournements législatifs ont provoqué une certaine insécurité juridique. Puis de leur côté, les collectivités locales démontrent vouloir s'en tenir aux modes traditionnels de gestion publique des services. A cet égard le nombre d'avis sollicités auprès de l'Autorité garante de la concurrence est significatif. Ainsi depuis juillet 2008, l'Autorité a reçu 39 requêtes d'avis sur des attributions « in-house » et 25 ont été négatifs, 3 positifs, 11 rejetés car portant sur des services n'ayant pas de caractère économique⁵⁸⁰.

B – Les transformations dans l'organisation administrative de l'Etat

L'introduction des règles du droit communautaire dans l'ordre juridique italien pose donc, à travers la question du régime des services publics locaux et de la concurrence, le problème des rapports entre l'Etat et les régions dans leur coopération législative.

En 2001, la Constitution italienne a subi une révision importante.

Dans le nouvel article 117 CI qui répartit les matières législatives entre l'Etat et les régions, les services publics ne sont pas mentionnés. En particulier ils n'apparaissent pas dans les domaines relevant de la compétence exclusive de l'Etat, ni dans ceux constituant la compétence concurrente. La responsabilité de leur organisation appartient donc exclusivement à la législation

⁵⁷⁸ Un règlement général mettant en oeuvre les différents décrets-législatifs portant sur les services publics locaux (art. 23 bis du décret-législatif n°112 du 25 juin 2008 et art.15 du décret-législatif n°135 du 25 septembre 2009) devrait bientôt être publié et reprendre toutes les normes pertinents dans ce domaine. A cet égard, une première version du décret présidentiel constituant règlement sur les services publics locaux dispose expressément qu'en matière de transport public local, les normes sur les services publics locaux doivent en tout état de cause respectées les dispositions de la législation communautaire et notamment du Règlement n°1370/2007.

⁵⁷⁹ Paolo POLIMANTI, « Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma. », *Amministrazione in cammino*, gennaio 2010, paragraphe 7.

⁵⁸⁰ *Ibidem*

régionale. L'intervention de l'Etat s'avère cependant nécessaire notamment pour garantir le bon respect des normes de concurrence telles qu'elles résultent en particulier du droit communautaire. La Cour constitutionnelle a donc rendu plusieurs décisions sur la répartition des rôles dans la réglementation des activités de service public.

La première décision majeure à cet égard est la décision n°272 de 2004. Les juges y posent le fondement de l'intervention de l'Etat dans la matière des services publics. Plusieurs références du domaine de compétence exclusive inscrit à l'article 117, pouvaient justifier cette intervention : la détermination des niveaux essentiels de prestations (art 117 m), la détermination des fonctions fondamentales des collectivités locales (art 117 p) ou la protection de la concurrence (art 117 e). La Cour constitutionnelle pointe finalement cette dernière base légale. L'Etat peut donc intervenir dans la matière des services publics par le biais d'une compétence horizontale ou comme la nomme la doctrine, transversale. L'étendue de cette compétence est discutée en doctrine. Elle pourrait signifier selon le Professeur CUOCOLO qu'agissant dans le cadre de sa compétence exclusive l'Etat peut, même s'il s'agit d'une compétence transversale, régler l'ensemble de la matière, dans le détail, excluant ainsi la région de son domaine d'action pourtant réservé par la constitution. Pour la Cour, l'Etat ne dispose en réalité que du pouvoir de fixer les principes applicables aux services publics locaux et qui forment le cadre dans lequel les lois régionales de secteur doivent être élaborées. Plus précisément l'Etat définit les modalités de gestion et d'attribution des services publics locaux à caractère économique et les régions ne peuvent y déroger. Les juges contrôlent la constitutionnalité de la loi étatique sur la base des principes de proportionnalité et d'adéquation.

En l'espèce les juges déclarent donc l'inconstitutionnalité de l'article 113 paragraphe 7 (dans la réforme de 2003) qui définit les critères sur la base desquelles les contrats doivent être attribués dans les appels d'offres. Cette mesure est jugée non conforme du fait de l'« extrême détail » de la mesure qui nuit ainsi à la compétence régionale.

Cette décision n'est pas complètement satisfaisante dans la mesure où elle crée un nouveau type de législation, la législation transversale, qui en réalité correspond largement aux principes de la compétence concurrente où l'Etat fixe le cadre d'action et les régions les voies d'application.

Mais pour certains auteurs⁵⁸¹ ce n'est pas le modèle voulu par les constituants et si on admet le raisonnement de la Cour il faut alors accepter également que l'Etat puisse intervenir en détail dans ces matières dont il trouve la base légale dans la liste des matières de législation exclusive. Dès lors, la Cour censurait l'extrême détail au nom de la violation du principe de proportionnalité.

Le rejet du fondement de la détermination des niveaux essentiels pose aussi question car la Cour n'a pas discuté cette exclusion. Or ce fondement pouvait paraître tout à fait valable en matière de services publics locaux. De même il est discutable de ne pas se fonder sur la détermination des fonctions fondamentales des collectivités locales car les services publics locaux apparaissent à bien des égards avoir ce caractère dans la mesure notamment où l'objectif est de satisfaire les besoins de la communauté. Il apparaît donc que la Cour constitutionnelle a entendu par « fonctions fondamentales », les fonctions nécessaires au bon fonctionnement et à la bonne organisation des collectivités⁵⁸².

Un deuxième arrêt de la Cour a précisé les rapports entre Etat et régions⁵⁸³. L'affaire concernait une loi de la région des Abruzzes sur les services publics locaux à caractère économique. Celle-ci s'avérait plus restrictive pour les collectivités locales et plus protectrice de la concurrence que la législation nationale. La Cour considéra alors que dans l'absence de l'intervention de l'Etat, les régions ont toute légitimité pour régler ce champ d'action. Pour la doctrine⁵⁸⁴, il faut bien distinguer cependant. La Cour constitutionnelle admet cette intervention parce qu'elle va dans le sens de la protection de la concurrence, mission normalement garantie par l'Etat. Si la loi avait été défavorable à la concurrence, elle aurait probablement été déclarée inconstitutionnelle. La Cour se fait donc avant tout protectrice du principe de la concurrence, soulignant sa valeur dans l'ordre juridique italien. Dans ce cas, la doctrine critique la détermination a posteriori de l'autorité compétente puisque c'est seulement la lecture de la loi régionale qui permet de dire si

⁵⁸¹ Lorenzo CUOCOLO, I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo 2007-1, p 355.

⁵⁸² Carlo Emanuele GALLO, « Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici, il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza », in *Diritto Amministrativo*, 2005, pp. 327 ss.

⁵⁸³ Sentenza n° 29 de 2006

⁵⁸⁴ Lorenzo CUOCOLO, I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo 2007-1, p 357.

elle pouvait ou non intervenir.

L'arrêt n°80 de 2006⁵⁸⁵ offre un bon contre-exemple. Plusieurs lois régionales prolongeaient le régime transitoire fixé par la loi nationale de réforme des transports publics locaux. Elles retardaient donc la mise en œuvre de mesures favorables à la concurrence. La Cour a ici censuré l'intervention régionale. Ces lois, contrairement à l'exemple précédent, affectaient la portée des normes nationales favorables à la concurrence.

La Cour constitutionnelle a enfin été saisie⁵⁸⁶ d'une loi régionale lombarde plus restrictive que la norme nationale qui imposait un appel d'offres systématique pour la gestion des services hydriques. Au vu de la jurisprudence observée cette loi devrait être admissible dans la mesure où elle est plus favorable à la concurrence que la norme nationale. Cependant le gouvernement estime qu'elle affecte l'autonomie locale et viole l'article 117 paragraphe 2 qui attribue à l'Etat exclusivement, la responsabilité de déterminer les fonctions fondamentales des collectivités locales. Le Conseil des ministres a donc déféré la loi à la Cour constitutionnelle⁵⁸⁷. Il faut noter par ailleurs que la Cour de justice a censuré une loi nationale qui limitait la liberté de choix des collectivités locales dans les appels d'offres, à travers l'imposition d'un seul critère d'attribution⁵⁸⁸. Il apparaît donc que la concurrence au niveau communautaire comme national doit respecter les règles fondamentales de l'autonomie locale.

Les décisions de la Cour constitutionnelle n'abordent pas cependant la question de la répartition des compétences avec les entités infrarégionales. Le problème de la réforme du régime des services publics locaux et de sa compatibilité avec le droit communautaire se double donc en Italie de conflits internes de compétence sur lesquels les autorités publiques peuvent jouer pour éviter d'appliquer pour un temps certaines mesures. La transformation du régime des services publics locaux dépend donc également de la matière précise en cause, de laquelle dépend la compétence d'une autorité publique. En cas de compétence régionale certaines caractéristiques,

⁵⁸⁵ Corte costituzionale, n°80, 22 febbraio 2006.

⁵⁸⁶ Corte costituzionale, n°307, 20 novembre 2009.

⁵⁸⁷ Recours du Président du Conseil des Ministres, n° 106 du 17 octobre 2006.

⁵⁸⁸ CJCE, 7 octobre 2004, *Sintesi spa*, C-247/02.

surtout pour les services non économiques, pourraient se décliner en des modèles différents.

C– La question des modes de gestion

Au delà des questions de compétence se posent également des problèmes relatifs aux modes de gestion à proprement dit des services publics locaux et par là même à la liberté des collectivités locales de choisir la manière dont elle souhaite gérer ces activités.

Les sociétés d'économie mixte et les opérateurs internes sont les domaines qui posent le problème de la compatibilité entre droit communautaire et droit italien.

La société d'économie mixte a été introduite tardivement dans le régime général des services publics locaux en Italie. Cette option date en effet de la loi de 1990. A l'époque le capital devait être majoritairement public, mais peu après, une loi de 1992 a admis la constitution d'un capital majoritairement privé à la condition que le partenaire soit sélectionné après une mise en concurrence. En pratique dans les sociétés à capitaux majoritairement publics, il s'est avéré que les partenaires privés faisaient également l'objet d'un appel d'offres. La pratique était donc conforme aux prescriptions du droit communautaire notamment au Livre Vert sur les partenariats public-privé de la Commission du 30 avril 2004. Cette pratique s'est également fondée sur l'article 97 de la CI qui pose l'impartialité de l'administration dans son activité.

L'appel d'offres organisé au moment de la sélection du partenaire de la société permet lors de la délégation du service à proprement dit d'éviter l'organisation d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. Cela signifie que la personne privée doit participer matériellement à la gestion du service et n'est pas un simple financeur. De ce point de vue, le droit italien va dans le sens du droit communautaire. Ce rôle est confirmé par la nécessaire remise en concurrence de la participation à la société au terme de la délégation du service⁵⁸⁹. Le respect du droit communautaire impose par ailleurs que la société d'économie mixte reste dans les limites définies par l'objet de l'activité pour laquelle elle a été créée. Il n'est pas non plus possible pour le partenaire privé de céder des parts de la société.

⁵⁸⁹ Art 113 c 12 TUEL

En dépit de ces précautions pro-concurrentielles, la société d'économie mixte italienne ne permet pas en principe l'application de l'exception réservée aux opérateurs internes. Le juge communautaire a en effet exclu toute participation d'un partenaire privé dans ces sociétés.

La gestion « in-house » telle que la définit le droit communautaire a été introduite en Italie avec la loi de 2003. Le législateur a repris la formule des juges de Luxembourg dans son article 113, C 5, lett C. Cette similitude permet au législateur italien de garder la souplesse nécessaire pour s'adapter à la jurisprudence communautaire. De fait l'arrêt *Teckal* avait laissé beaucoup de questions en suspens que les juges de Luxembourg ont par la suite cherché à éclairer. Cependant pendant cette période les juges administratifs italiens ont pu développer leur propre jurisprudence et admis d'écarter l'appel d'offres lors de la délégation d'un service, même si un partenaire privé participait à la fourniture du service. Ainsi le Consiglio di stato admit que des sociétés à participation privée pouvaient se voir attribuer directement un contrat de gestion de service public car elles répondaient au critère du « in-house »⁵⁹⁰ alors même que la participation privée allait dans l'un des cas (2004) jusqu'à trois pourcent du capital total (mais à cette date l'arrêt *Stadt Halle* n'avait pas encore été prononcé). Après le fameux arrêt *Stadt Halle* de la Cour de justice, les juges ont cherché à maintenir dans une certaine mesure leur position. Ainsi l'existence d'un contrôle analogue a pu être reconnue lorsque le partenaire privée d'une société d'économie mixte détenait moins d'un pourcent de l'entreprise chargée de fournir le service⁵⁹¹.

En fait les juges italiens se concentrent surtout sur le critère du « contrôle analogue » pour dire si l'exception « in house » est applicable ou non. La jurisprudence administrative italienne offre de nombreux exemples de ce que constitue un contrôle analogue⁵⁹² mais depuis 2006 toute

⁵⁹⁰ Consiglio di Stato sentenza n° 679 du 19 février 2004 ou encore TAR Puglia sez. Lecce, sentenza du 23 juin 2006, n. 3533.

⁵⁹¹ Ainsi dans l'arrêt du Consiglio di stato, n° 7345 du 22 décembre 2005, le contrôle analogue est admis alors même qu'une société privée détient une partie du capital, car cette partie ne dépasse pas un pourcent et empêche en pratique au partenaire privé d'exercer une quelconque influence

⁵⁹² Consiglio di Stato, sez. VI, 3 avril 2007, n°1514 : le conseil d'administration de la société ne doit pas voir de pouvoirs de gestion et la collectivité publique doit pouvoir exercer des pouvoirs plus importants que ceux que le droit des sociétés reconnaît habituellement ; Consiglio di Stato, sez. V, 8 janvier 2007, n°5 les décisions les plus importantes doivent obtenir le consentement de la collectivité délégante...

participation d'une personne privée dans la société d'économie mixte, est exclue⁵⁹³.

La loi italienne avait par ailleurs précédé les juges communautaires et considéré que plusieurs collectivités locales⁵⁹⁴ pouvaient opérer sur un opérateur un « contrôle analogue » à celui qu'elles auraient sur leurs propres services, en dépit de leur nombre. Cette mesure a suscité quelques doutes dans la doctrine qui n'était pas sûr que cela soit admis, vu la tendance restrictive prise par la jurisprudence de la Cour de justice. Cependant finalement l'arrêt *Asemfo* a entériné le principe du contrôle pluri-public.

La question du contrôle analogue s'avère plus délicate que l'exigence d'un capital entièrement public. En effet, en Italie le législateur n'a laissé aux collectivités locales que le choix de la forme sociétaire pour la gestion des services économiques. Depuis 2003 les « azienda » qui correspondent à des établissements publics et sont tolérés par le droit communautaire ont en effet été évincées des modes de gestion autorisés pour les collectivités locales. Il convient donc de savoir si la définition d'opérateur interne est compatible avec la figure juridique de la société. Pour une partie de la doctrine⁵⁹⁵, les deux sont peu compatibles du fait notamment de l'exclusion communautaire des partenaires privés. L'amplitude de l'influence que la collectivité locale devrait avoir semble opposée à la nature même du rôle d'associé. La réforme du code civil italien qui a renforcé les pouvoirs du conseil d'administration sur la gestion de l'entreprise va également dans ce sens⁵⁹⁶. C'est également la position du Conseil d'Etat qui déclare que de manière générale, le modèle de la société mixte ne peut renvoyer à l'exception accordée aux opérateurs internes⁵⁹⁷. Par contre le fait qu'un appel d'offres soit organisé pour la sélection du partenaire privé dans la constitution de la société autorise, selon les juges, à attribuer directement le service à la société ainsi créée. Là encore cette admission pouvait paraître douteuse et devait en tout cas être

⁵⁹³ Consiglio di Stato, sez. V, 30 août 2006, n°5072.

⁵⁹⁴ Art. 113 TUEL : «L'erogazione del servizio avviene [...] a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

⁵⁹⁵ Lorenzo CUOCOLO, «I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo 2007-1, p 366.

⁵⁹⁶ Code civil art. 2364 a 2380 bis.

⁵⁹⁷ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 3 mars 2008, n°1.

appréciée strictement. La Cour de justice a récemment apporté des précisions sur ce cas particulier⁵⁹⁸. L'arrêt de la Cour fait suite à une demande de décision préjudicielle du tribunal administratif régional pour la Sicile, relative à l'attribution directe du service des eaux à une société à capital mixte, dont le partenaire privé a été choisi après une mise en concurrence. Pour la CJCE, les articles du traité CE « *ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public [...] à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public* ». Cependant, les conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir doivent être vérifiées. De plus, la procédure d'appel d'offres doit être « *conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions* ». Les juges italiens devront donc apprécier dans ce cadre la légalité des attributions directes de délégation de service public à des sociétés mixtes.

En définitive les juges nationaux confrontés à des collectivités locales arguant du caractère d'opérateur interne d'une entreprise pour contourner les règles de la concurrence, devront, apporter une motivation particulière de cette décision. Le TAR Puglia a souligné que la réforme de 2003 qui a introduit l'exception « in-house » demeure une dérogation aux règles du Traité et que dès lors, à l'exemple de l'article 86, elle doit être motivée et proportionnelle à la poursuite d'un but d'intérêt général. Dans cette perspective, la nouvelle réforme des services publics locaux, engagée par la loi n°133 du 6 août 2008 adopte une formule assez vague pour l'application de l'exception « in-house », pour permettre aux juges nationaux de suivre et de se conformer aux décisions de la Cour de justice. Il dispose que cette exception doit être appliquée « *dans le respect des principes de l'ordre communautaire* » (paragraphe 3). Cependant en parallèle, la référence aux circonstances légitimant une attribution directe va plus loin que le droit communautaire et rend la motivation du choix de du mode de gestion encore plus sévère. Il est difficile de définir ce que cela signifie et quels seront les éléments qui convaincront les juges. Seule la jurisprudence future pourra éclairer ce point. A moins que les juges n'aient pas à apprécier ces conditions, si une nouvelle réforme du régime général des services publics locaux

⁵⁹⁸ CJCE, 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset*.

intervient dans les deux à trois années à venir, comme ce fut systématiquement le cas depuis 2000.

Conclusion du chapitre

Dans cette seconde période d'étude qui commence autour des années 2000, l'évolution des services publics locaux en France et en Italie est certaine mais elle diffère d'un Etat à l'autre. La constante par rapport à la première période est que la matière relève du juge administratif en France et du législateur en Italie.

L'autonomie locale des collectivités locales françaises semble demeurer plus large qu'en Italie en dépit d'une Constitution apparemment plus favorable dans ce second pays. Les juges administratifs français n'interviennent pas dans les choix politiques. Ils se limitent dans cette seconde période à faire une présentation sur l'état du droit, pour clarifier les options légales à la disposition des collectivités dans la gestion de leurs services publics locaux. Le choix est vaste et couvre toutes les hypothèses de gestion : purement publique, mixte ou privée. Aucune option n'est imposée, pas même en fonction de la forme du service (commerciale ou sociale). En Italie ce choix demeure encadré par la loi. Bien que le législateur ait supprimé la liste citant les activités constituant des services publics locaux, il a maintenu le principe de « typicité » et énonce les options que la collectivité peut mettre en œuvre et dans quels cas. Mais la vitesse avec laquelle les réformes interviennent sous la pression communautaire et du fait des changements de gouvernement, affecte la sécurité juridique et empêche le développement de nouvelles pratiques. Seule la notion ne fait pas vraiment l'objet d'une remise en cause ou de discussions, car elle intéresse peu la doctrine et les juges dans la mesure où ses conséquences juridiques et sa portée politique sont limitées. En France par contre, la notion traditionnellement importante a fait l'objet de nombreux débats. Le Conseil d'Etat semble adopter une attitude défensive sur le thème des services publics sociaux, certainement du fait de l'expansion du droit communautaire dans ce domaine. Il apparaît cependant pour beaucoup d'auteurs que le juge administratif est trop radical dans sa réaction et qu'il risque d'être censuré ultérieurement par la Cour de justice. Le sujet des

services publics sociaux est d'autant plus délicat que pour les Etats, ces activités permettent de réaliser leur vision et leurs plans pour la société. Dans cette perspective, la définition relative de ce qui constitue une activité à caractère économique permet aux cours nationales de préserver certains domaines de la pénétration du droit communautaire. Elles trouveront certainement dans cette démarche un appui des collectivités territoriales qui conservent d'importantes compétences dans ces mêmes domaines.

Tableau récapitulatif de l'évolution de la notion et du régime des services publics locaux durant la seconde période

	Notion	Régime
France	Attitude défensive du Conseil d'Etat sur les services publics sociaux qui seraient les activités non situées sur un marché concurrentiel	* délégation à un tiers, principe du contrat sauf disposition normative contraire ou marché non concurrentiel du fait de la nature de l'activité et des conditions d'exercice * régie simple ou personnalisée inclus l'opérateur interne * service public à l'initiative d'une personne privée sur laquelle la personne publique a un droit de regard

<p style="text-align: center;">Italie</p>	<p style="text-align: center;">Pas de nouveaux débats</p>	<p>*TUEL reprend les normes de 1997 : régie, concession, azienda speciale, sociétés par actions ou sarl dont le partenaire privé est chois après appel d'offres lorsqu'il est majoritaire au capital, institutions pour services sociaux</p> <p>* art. 35 loi de finances de 2002 : pour les services à caractère industriel pas de modes de gestion indiqués mais principe de la contractualisation et de l'appel d'offres, la régie et la concession sont supprimées</p> <p>pour les services privés de caractère industriel : la gestion directe et l'attribution directe sont maintenues, gestion en régie pour les services de petite dimension, institution, azienda speciale ou S.P.A</p> <p>* loi de finances de 2004: pour les services de nature économique, l'appel d'offres n'est plus nécessaire pour les SEM ou les opérateurs internes</p> <p>pour les services privés de nature économique : contestation de la compétence étatique, la Cour constitutionnelle soutient la compétence législative régionale</p> <p>Réforme en cours fondée sur le projet de loi LANZILLOTTA de 2006, convertie en loi n°133 du 6 août 2008et modifiée par le décret-législatif n°135 du 25 septembre 2009 : pour les services publics locaux à caractère économique, en principe délégation à des sociétés suite à un appel d'offres, ou délégation à une société d'économie mixte où le partenaire privé détient 40 % du capital et suite à un appel d'offres pour la constitution de la société et la gestion de l'activité, attribution directe à un opérateur interne suite à une étude de marché, un avis de l'Autorité garante de la concurrence et selon les circonstances économiques, sociales, environnementales et géomorphologiques du territoire</p> <p>pour les services privés de nature économique : attribution directe à des institution, azienda speciale ou S.P.A 100% public in-house, gestion en régie pour les services de petite dimension (art.113 bis TUEL)</p>
--	---	---

Conclusion du Titre

Cette seconde période est une phase intense dans le développement de l'institution des SIEG et SIG. En dépit de toute la relativité qui entoure encore ces notions, de par les différents vocables, leur mode d'identification et les multiples acteurs impliqués, le climat communautaire à leur égard paraît favorable et il semble que les institutions politiques aient la volonté de créer une catégorie positive, une véritable institution de service public européen. Ce climat favorable atteint son paroxysme avec les mentions constitutionnelles des nouveaux traités. A certains égards, la Communauté européenne va plus loin que beaucoup d'Etats membres qui ne reconnaissent aucune portée à la notion dans leur ordre juridique interne ou simplement ne s'y réfèrent pas dans leur constitution.

Cette œuvre de promotion, bien accueillie, notamment par les collectivités locales qui voient leur rôle reconnu, s'accompagne d'un travail de clarification et de définition du régime applicable qui s'il n'est pas totalement satisfaisant, constitue néanmoins un progrès.

Les Etats intègrent au fur et à mesure les normes élaborées à Bruxelles et leur interprétation par les juges de Luxembourg. Les collectivités locales semblent les respecter d'autant plus qu'elles sont reprises dans une norme nationale.

En France, le conflit majeur entre le droit communautaire et le droit national porte sur les services publics sociaux. Le Conseil d'Etat adopte une acception large de ces activités ce qui lui permet de garder un certain nombre d'entre eux sous son influence et de leur éviter l'application des règles communautaires. Les transformations de la notion du fait de l'intégration des nouvelles normes constituent également un sujet de débat. Il s'agit donc ici d'un conflit avant tout idéologique ou politique qui oppose les juges français aux institutions communautaires.

En Italie, la radicalité et le nombre des réformes illustrent une confrontation plus technique. Ce sont les lois italiennes et notamment les règles sur le régime qui sont inadaptées au droit communautaire de la libre concurrence et de la libre prestation des services. Bien que depuis 1997, de grands progrès aient été fait vers la compatibilité, notamment à travers l'introduction du principe de contractualisation et des procédures de mise en concurrence, la « typicité » pose

encore de nombreux problèmes.

Dans ce contexte, en France comme en Italie, l'influence du droit communautaire dans l'évolution des régimes est certaine. La France semble ajuster sans avoir nécessairement besoin de réformer radicalement les services publics locaux. En Italie le législateur communautaire est directement source d'inspiration et se trouve cité dans les lois de réforme. La multiplication de ces normes montre l'attention avec laquelle le parlement et le gouvernement italiens cherchent à se conformer à la légalité et éviter de nouvelles mises en demeure. Seulement ils doivent aussi concilier leur position avec celles des acteurs nationaux et notamment des collectivités locales ce qui les amènent à des compromis (tels que de longues périodes transitoires) qui annihilent les réformes ou portent à de nouvelles interventions législatives pour ajuster les mesures adoptées. Cette instabilité est d'ailleurs parfois le fruit des hésitations des institutions communautaires elles-mêmes. Ainsi en Italie, les juges et le législateur ont tellement été fidèles à la jurisprudence de la Cour de justice et à ses variations que le principe de sécurité juridique a pu sembler affecté. Par exemple, le Conseil d'Etat a censuré sur la base de la jurisprudence récente de la Cour de justice, une délibération municipale qui avait permis la conclusion d'un contrat in-house, (sans publicité donc) alors même que celle-là était bien conforme à la jurisprudence communautaire de l'époque à savoir la jurisprudence *Teckal*⁵⁹⁹.

Dans les deux Etats néanmoins, les dynamiques internes ne doivent pas être sous-estimées. En Italie la crise des finances publiques et l'influence de la doctrine inspirée par le « New Public Management » ont largement stimulé l'innovation dans les services publics locaux. En France comme nous l'avons vu, la doctrine s'interroge sur un certain nombre de points auxquels les juges ont tenté de répondre. Dans ce cadre l'impact du droit communautaire semble en France celui d'une stimulation, en Italie celui d'un déclencheur.

Dans le sens inverse, les réalités des services publics locaux ont également un impact sur le droit communautaire. La jurisprudence *Altmark* et sur les prestations internes montre que les pratiques locales influencent les juges. Ils réalisent des ajustements du droit aux nécessités des services publics locaux et les adaptent aux principes européens. Toute l'œuvre de la Commission dans ses documents de travail pour clarifier l'application des règles au niveau local, illustre l'influence que

⁵⁹⁹ Consiglio di Stato, V sezione, n.4440 del 13 Luglio 2006

le niveau de gouvernement le plus bas a sur le niveau le plus haut. Cette influence est admise formellement à travers la prise en compte de l'autonomie locale comme une réalité de la Communauté européenne dans des normes de rang constitutionnel.

Tableau sur l'impact du droit communautaire sur les services publics locaux durant la seconde période

	Notion	Régime	Impact
France	Attitude défensive du Conseil d'Etat sur les services publics sociaux qui seraient les activités non situées sur un marché concurrentiel	- Tableau récapitulatif des modes de gestion - services publics sociaux exemptés des procédures de marchés publics ou délégation de service public	Impact faible (voire résistance ?)
Italie		Réforme en cours, volonté de généralisation de la contractualisation, de la mise en concurrence	Impact fort sur le régime qui s'est intensifié à partir de 2001
Communauté Européenne	- Émergence SSIG, SNEIG, SIGNE - Protocole n°9 sur les SIG annexé au Traité de Lisbonne - Base légale dans le Traité de Lisbonne pour l'adoption de normes transversales (futur art. 14 TFUE)	- Extension des principes de transparence, non-discrimination et égalité de traitement à tous les contrats (concessions, marchés publics non soumis) - Admission des compensations pour obligations de service public en principe (<i>Altmark</i>) avec une tendance à une appréciation souple (<i>BUPA</i>) - Légalité de la gestion à travers un opérateur interne (<i>Teckal</i>), appréciation stricte (<i>Stadt Halle, Coname...</i>)	Inspiré par les droits nationaux

Titre 2 – Le développement d’un droit local communautaire ? L'adoption du Règlement n°1370/2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs, un règlement « eurolocal »

Certains politologues contemporains ont développé le concept de « glocal »⁶⁰⁰ qui lie les termes de « global » et « local » et qui rend compte de la nécessité et de la tendance à adapter des politiques pensées par des institutions internationales, aux réalités locales. Le Règlement n°1370/2007 qui se substitue au Règlement n°1191/69 peut être qualifié dans cette perspective, de norme « eurolocale ». Elle est en effet, comme nous le verrons, éminemment européenne et locale. La politique définie au niveau communautaire est mise en œuvre par les collectivités locales et s’adaptent aux conditions de cette échelle.

Les discussions sur la révision du règlement n°1191 de 1969 ont démarré officiellement dès 1998 avec la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité des régions et au Comité économique et social : « Développer le réseau des citoyens - L'importance de bons transports locaux et régionaux de passagers et le rôle de la Commission européenne dans leur mise en place »⁶⁰¹. Cette communication s'inscrit dans le cadre des politiques de développement durable et d'une politique de mobilité efficace. Elle vise à mettre à la disposition des autorités publiques, des opérateurs et usagers des outils d'information et de comparaison des performances. L'objectif est d'assurer une meilleure qualité et accessibilité de ces services et de favoriser une mobilité durable.

En parallèle, la Commission publie le même jour, une proposition de règlement⁶⁰² relatif aux

⁶⁰⁰ Cf. Notamment Roland ROBERTSON, Richard GIULIANOTTI, «Forms of Glocalisation », *Sociology*, vol. 41, n°1, public procurement 133-152, 2007.

⁶⁰¹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité des régions et au Comité économique et social du 10 juillet 1998: « Développer le réseau des citoyens - L'importance de bons transports locaux et régionaux de passagers et le rôle de la Commission européenne dans leur mise en place », COM(1998) 431 final.

⁶⁰² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, du 22 juillet 2005, COM (2005) 319 final – 2000/0212 (COD).

aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Ce texte vise à réviser le précédent règlement du Conseil en la matière n°1107 du 15 juin 1970⁶⁰³. Ces dispositions couvrent la première option prévue par le Traité à l'article 73 qui rend compatibles les aides destinées à la coordination des services de transports avec les règles du Traité. La libéralisation ayant progressé dans le secteur, la Commission estime que les financements publics sont de moins en moins nécessaires et se limitent aux cas où il n'existe pas de marchés compétitifs ou lorsque les marchés présentent des faiblesses tels que des effets externes négatifs ou l'usage de biens publics. Cependant le processus n'ayant pas atteint une totale ouverture des marchés, les institutions jugent nécessaire de réviser le règlement de 1970. Par la même occasion, la proposition prévoit l'abrogation partielle du règlement n°1192/69 qui visait à éliminer les disparités résultant des charges financières exceptionnelles ou des avantages arrêtés par les pouvoirs publics pour les entreprises de chemin de fer. Cependant, suite à la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires⁶⁰⁴, les États membres sont maintenant tenus de veiller à procurer aux entreprises ferroviaires le statut d'opérateur indépendant agissant selon des règles commerciales et s'adaptant aux besoins du marché ; c'est pourquoi ces disparités ont été ou devraient être éliminées. Dès lors, le règlement n°1192/69 n'a plus lieu d'être.

Cette proposition reçut cependant un avis négatif de la part du Comité économique et social⁶⁰⁵ qui privilégie des mesures de libéralisation plus poussées avant de réformer le système des aides pour la coordination des services. Le Parlement européen donna lui un avis favorable à la proposition⁶⁰⁶. Elle fut finalement retirée par une Communication de la Commission du 1er octobre 2004 sur le retrait des propositions qui ne revêtent plus un caractère d'actualité⁶⁰⁷ car

⁶⁰³ Règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. J.O. L n° 130 du 15.6.1970 p 1.

⁶⁰⁴ Directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, JOUE n° L 237 du 24/08/1991 p. 0025 – 0028.

⁶⁰⁵ Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable », (2001/C 123/07) du 24 janvier 2001.

⁶⁰⁶ Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2000) 5 . C5-0402/2000 . 2000/0023(COD)) Commission de la politique régionale, des transports et du tourisme Rapporteur: Felipe Camisón Asensio FINAL A5-0096/2001

⁶⁰⁷ Communication de la Commission : retrait des propositions de la Commission qui ne revêtent plus un caractère

d'autres projets de révision des règlements relatifs aux transports permettraient de couvrir ces questions.

De fait dans les années 90, le marché des transports publics locaux a poursuivi son ouverture à vive allure, ce qui a incité la Commission à intervenir de nouveau dans ce domaine un peu moins de 10 ans après l'adoption du Règlement n° 1893 du 20 juin 1991. Le projet est alors plus ambitieux que la précédente réforme en ce qu'il vise à une refonte totale des règles du règlement de 1969 et à l'abrogation de celui-ci.

En effet, le règlement n°1191 révisé comporte encore des lacunes au vu des principes et objectifs communautaires. Ainsi, si la règle du contrat a bien été introduite, il convient de la réaffirmer en étendant son champ d'application mais aussi, et surtout, il est nécessaire d'encadrer et d'harmoniser les règles concernant l'attribution de ces contrats. De fait en 1969, il n'existait pas dans la plupart des Etats de marché ouvert des transports publics. La question de l'attribution des droits exclusifs ne se posait donc pas.

Jusqu'à maintenant, les autorités compétentes ont toute liberté au regard du droit communautaire concernant cette attribution, sous réserve des règles de procédure des marchés publics. Le droit interne peut cependant encadrer également ces procédures. C'est ainsi que les concessions de services de transports publics en France doivent être en conformité avec les règles de transparence et publicité fixées par la loi Sapin de 1993 sur les délégations de service public. En Italie, le décret législatif n°422 de 1997 a également introduit la contractualisation (art. 17) et l'attribution des contrats suite à une mise en concurrence (art. 18).

Le nouveau contexte s'illustre par des opérateurs nationaux qui passent désormais les frontières pour opérer sur les marchés locaux à l'étranger. Ainsi en 2000, neuf entreprises publiques et privées fournissent des services de transports publics dans plus d'un Etat membre⁶⁰⁸.

d'actualité du premier octobre 2004, COM(2004) 542 final/2.

⁶⁰⁸Cf. exposé des motifs de la proposition de règlement COM(2000) 7 final p4.

Par ailleurs, le processus de libéralisation des services est à la même époque relancé par le Conseil européen de Lisbonne dont les conclusions ont été rendues publiques le 28 mars 2000. Le Conseil invite les Etats membres, le Conseil et la Commission dans le respect de leurs compétences respectives, à accélérer la libéralisation dans le secteur des transports.

Dans ce cadre, la proposition « *a pour objectif initial de développer la concurrence dans le domaine de la fourniture des transports publics* ».

Dans son exposé des motifs de 2000, la Commission prend acte des modèles de régulation des transports publics dans les différents Etats membres pour sélectionner celui qu'elle juge le plus approprié aux principes communautaires de libre concurrence et libre circulation des services. Le mouvement pendulaire qui illustre la formation du droit communautaire à partir du droit des Etats membres, est ici explicitement reconnu. La Commission a fait une évaluation des différents systèmes de gestion des transports publics pour en tirer la substance, la remodeler sur la base des règles communautaires et l'intégrer dans une norme contraignante, ici un règlement, qui s'imposera aux Etats directement et primera sur les règles nationales.

Le modèle choisi est celui de la « concurrence régulée » car il constitue le meilleur moyen d'améliorer l'efficacité et l'attrait des services de transports. La « concurrence régulée » se situe entre le modèle du marché fermé, où la concurrence est inexistante et les opérateurs bénéficient de droits exclusifs pour fournir le service, et le modèle de la déréglementation où les droits exclusifs sont absents. Dans ce système intermédiaire, un renouvellement périodique des droits exclusifs, dans le cadre d'une procédure compétitive garantie la concurrence, non pas sur le marché, mais pour le marché.

Il apparaît surprenant que la Commission se satisfasse de ce système qui ne satisfait pas tout-à-fait aux objectifs de libéralisation. Dans un premier temps, dans les propositions de 2000 et 2002, la « concurrence régulée » est érigée en modèle sur la base d'une étude Isotope de 1997⁶⁰⁹ qui en

⁶⁰⁹ « Improved Structure and Organisation for urban Transport Operations of Passengers in Europe » (Structure et organisation améliorées des opérations de transport urbain de voyageurs en Europe), rapport final, 1997

démontre l'efficacité en comparaison aux autres systèmes. Les marchés fermés souffrent de coûts élevés mais les marchés déréglementés, bien que plus économiques, sont moins intégrés et moins performants dans la fourniture du service aux voyageurs. La « concurrence régulée » apparaît comme le moyen de concilier des coûts raisonnables et une bonne qualité de service. En 2005, dans sa nouvelle proposition la Commission stipule explicitement que de nombreux services de transports terrestres représentent une « *nécessité en termes d'intérêt général* » mais « *n'offrent pas de possibilité d'exploitation commerciale* » (considérant 5). La reconnaissance de cette caractéristique met donc à l'abri le secteur d'une libéralisation totale. La Commission donne cependant à cette caractéristique, un caractère temporaire (« *à l'heure actuelle* »). Il n'est donc pas exclu que dans le futur, la Commission décide de mener plus loin la déréglementation.

Mais il ne sera pas aisé d'aller plus loin. En effet, même avec un modèle intermédiaire tel que celui de la « concurrence régulée », l'adoption du règlement relatif aux transports publics de voyageurs a été laborieuse et il aura fallu plus de sept ans pour trouver un compromis entre les institutions suite au blocage du projet au Parlement européen dans un premier temps, puis au Conseil dans un second. En effet les Etats ne parvenaient pas à réunir la majorité nécessaire pour un accord, notamment à cause des divergences de vues sur l'ouverture des services à la concurrence. Par ailleurs, ces projets évoluent dans un cadre où les collectivités territoriales ont un poids politique supérieur à celui de 1991 (date de la révision du règlement de 1969). Le Traité de Maastricht a affirmé le principe de subsidiarité et établi le Comité des régions. L'opposition des collectivités dans un certain nombre d'Etats où la gestion est traditionnellement confiée à des entreprises locales publiques, comme en Italie, a donc résonné plus fort qu'auparavant.

Les Etats membres où dominait le système de marché fermé ont furieusement défendu leur modèle⁶¹⁰. Au sein des Etats membres, les collectivités territoriales ont été particulièrement actives dans le lobbying auprès de leur gouvernement national mais aussi auprès du Parlement

⁶¹⁰ D'après le tableau fourni par la Commission en annexe de son exposé des motifs de la proposition de 2000, on peut ranger dans cette catégorie, pour les transports urbains : l'Autriche, la Belgique, la Grèce, l'Italie, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne. Dans les Etats où la concurrence régulée existe déjà à l'époque, voire dans un système déréglementé comme au Royaume-Uni, les grandes agglomérations bénéficient généralement d'un régime spécial qui se traduit parfois par l'établissement d'un monopole pour le réseau (par exemple, à Paris, Tampere, Lisbonne, Porto) ou d'un système de concurrence régulée (par exemple, Londres).

européen qui s'est érigé au cours des débats en défenseur de l'autonomie locale. Le texte finalement adopté s'il maintient un grand nombre des principes établis dès la proposition de 2000 en matière de concurrence, selle dans les détails et sur la question de la définition et de la gestion du service public, une véritable capitulation de la Commission. Le terme peut paraître fort. Cependant le terme peut convenir puisqu'ici il ne s'agit pas d'un texte qui aurait subi de la part des autres institutions, des transformations suite au processus législatif normal de codécision et qui reviendrait à la Commission pour approbation complètement transformé, non, ici c'est la Commission elle-même qui a revu et limité ses ambitions en proposant en 2005 un nouveau texte, vidé de nombreuses mesures proposées dans les propositions précédentes. Au vu des concessions accordées, les débats autour de ce nouveau règlement contribuent à la discussion sur la place des collectivités territoriales dans le processus démocratique communautaire.

La révision du règlement n°1191/69 est marquée par deux orientations qui traduisent les objectifs du modèle de « concurrence régulée ». La première tend à développer la concurrence. Les mesures proposées en la matière ont subi de forts remaniements mais les principes demeurent dans la version finalement adoptée de 2007. La seconde direction vise à garantir, dans cet environnement concurrentiel, la satisfaction de l'intérêt général. Pour se faire, les normes avancées ont dans un premier temps réglé en détail les éléments constitutifs du service public. Cependant cette régulation extrême a été vivement critiquée par les autorités locales et les opérateurs qui contestaient la légitimité d'action de la Communauté européenne dans ce domaine. Aussi lors de la nouvelle proposition en 2005, la Commission, dans un revirement d'approche radical, a retiré les mesures qui touchaient à la matière pour s'en remettre à la compétence des autorités compétentes. Il en résulte que le texte de 2007 est plutôt muet sur la question du service public et sur la place des usagers.

De 2000 à 2005 date de la nouvelle proposition suite au double échec de 2000 et 2002, ce qui caractérise le règlement s'est donc un attrait du service public vers le haut, au niveau communautaire (chapitre 1), puis suite au rejet des propositions de 2000 et 2002, une seconde phase s'illustre par un nivellement du service public à son niveau local d'origine (chapitre 2).

Par ailleurs, le champ d'application du règlement est modifié par comparaison à celui de 1969. Le nouveau règlement ne s'appliquera pas aux marchandises. De fait, les intérêts en cause, et notamment ceux du service public, sont bien différents. Le secteur voyageur n'a pas encore connu à l'époque une libéralisation telle que dans le transport de marchandises. Dès lors dès après l'entrée en vigueur du règlement n°1370/2007, ce dernier secteur des marchandises relèvera des principes généraux du Traité. Le champ d'application du règlement exclut également les transports historiques.

Pour le reste alors qu'en 1969, les transports urbains, suburbains et régionaux pouvaient être exclus, le Parlement avait souhaité ici que le futur règlement se limite aux transports locaux afin que les transports régionaux, le plus souvent ferroviaires, soient abordés à travers le paquet ferroviaire. Mais le Conseil comme la Commission s'y opposa car une telle exclusion aurait conduit à maintenir l'application du règlement n°1191/69 pour une partie des transports terrestres et ajouté à l'insécurité juridique. Les propositions visent donc l'ensemble des transports publics de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable.

Chapitre 1 – Les premiers projets de révision du Règlement n°1191/69 : la création d'un service public « eurolocal »

En 2000, la Commission a proposé un texte pour réviser le règlement n°1191 de 1969 devenu obsolète au vu de l'évolution économique du secteur. Cette proposition a été révisée en 2002 après que le texte est resté bloqué au Conseil. Ces deux propositions sont imprégnées d'une même philosophie qui couvre principalement deux sujets. Tout d'abord, il s'agit de développer la concurrence sur les marchés locaux afin de permettre l'arrivée de nouveaux entrants. C'est une démarche assez classique où le travail des institutions est bien rodé et les discussions relativement paisibles. Le texte propose ainsi une approche modernisée de la question des aides d'Etat, la généralisation des contrats de service public et l'harmonisation des règles d'attribution de ces contrats. L'activité est appréhendée dans sa qualité de service au sens de l'article 51 du Traité CE. Ensuite, la Commission vise à développer l'aspect « public » du service. A travers les normes de concurrence et notamment les normes sur les contrats, elle définit la substance du service public. Les collectivités locales étant en charge de la mise en œuvre de ces dispositions, un service public européen local, qu'on pourrait dénommer « eurolocal » semble s'affirmer. Mais les autorités locales y voient une substitution à leurs propres pouvoirs ce qui provoquera avec le soutien du parlement européen, puis des Etats membres au Conseil, l'échec des projets.

Dans ce contexte, les mesures visant à renforcer la concurrence et le marché intérieur (section 1) ont constitué l'outil permettant de développer une conception de service public (section 2) dans le domaine des transports publics.

Section I – Le développement de la concurrence

La proposition de 2000 est présentée comme un remède à l'insécurité juridique qui caractérise le secteur. La Commission craint en effet qu'un grand nombre d'affaires se présentent devant la Cour de justice du fait de l'incertitude des règles applicables. Les autorités ont peu appliqué le règlement n°1191/69 qui, tout en affichant une grande modernité sur certains points (définition

des obligations de service public, principe de compensation, contrats de service public), ne prend pas assez en compte les réalités économiques et sociales du secteur et l'enjeu qu'il représente pour les Etats membres.

Le Règlement n°1191/69 a une approche du service fondée avant tout sur les règles de la concurrence et cherche à organiser les rapports entre les autorités compétentes et les entreprises en charge du service. A partir de 2000, les propositions adoptent une approche qui repose également sur les règles de libre établissement et de libre circulation des services. La restructuration du marché autour d'opérateurs étrangers justifie que ces règles soient affirmées dans le secteur du transport public de voyageurs. Ces principes impliquent que transparence et non-discrimination soient assurées dans l'attribution des contrats. Ils requièrent par ailleurs afin de garantir l'effet utile de ces règles, que les procédures soient harmonisées entre tous les Etats membres. Les normes liées aux contrats de service public (§1) et à la liberté d'établissement (§2) concourent à ces objectifs.

§1 – Les règles liées au contrat

Les propositions de 2000 et de 2002 reprennent le principe de la contractualisation introduit en 1991. Elles l'adaptent au nouveau contexte économique et régulent le recours au contrat (A), son contenu (B) et surtout son mode d'attribution (C). Dans ce contexte, les propositions organisent un système qui devrait en principe voir la grande majorité des services de transport public local attribués par appel d'offres.

A– Le recours généralisé au contrat

La nouvelle proposition prévoit un recours généralisé au contrat de service public. La figure du contrat a été introduite par le règlement n°1893 de 1991. Cependant à l'époque, il demeure possible de l'écarter pour imposer des obligations de service public dans les services urbains, suburbains et régionaux. La proposition de 2000 rend l'usage du contrat obligatoire dans tous les

cas où des droits exclusifs ou une indemnisation pour charges de service public sont accordés, y compris dans le cas des transports publics locaux.

Une exception est néanmoins prévue pour les indemnisations liées aux coûts engendrés par le respect des règles générales applicables à l'exploitation des transports publics de voyageurs. Ces règles générales correspondent aux critères minimaux que peuvent fixer les autorités compétentes pour tous les opérateurs et sans préjudice de la possibilité de conclure en parallèle des contrats de service public. Celles-ci sont appliquées sans discrimination sur l'ensemble du territoire dont est responsable l'autorité compétente (art.10). Les coûts qu'elles engendrent peuvent être indemnisés sous certaines conditions sans nécessairement passer par la voie contractuelle. La proposition révisée de 2002 précise quel est le contenu que peuvent avoir ces règles : il s'agit d'obligation d'utiliser certains véhicules ou certaines infrastructures garantissant un niveau de qualité déterminé, ou des obligations pour les opérateurs de participer à des systèmes intégrés de transport, ou encore des restrictions quant à l'usage de véhicules pour des raisons de sécurité publique ou de protection de l'environnement.

Hormis ces règles générales, les collectivités locales sont tenues de conclure des contrats de service public.

Le chapitre III de la proposition de 2000 leur est consacré et débute par l'article 5 dont l'intitulé pose le principe fondamental de l'« *utilisation obligatoire de contrats de service public* »⁶¹¹. Cependant c'est à l'article 3 que se trouve la définition des contrats de service public comme « *tout accord juridiquement contraignant conclu entre une autorité compétente et un opérateur en vue de remplir des exigences de service public* ».

Ce contrat peut aussi prendre la forme d'un acte unilatéral, à travers une décision prise suite à un accord avec l'opérateur ou à travers les conditions attachés à une décision lorsque le service est fourni en régie (art.3 (h)⁶¹²). A cette hypothèse de la régie, est ajoutée en 2002 suite à un

⁶¹¹ Art. 5 de la proposition de la Commission 2000, COM(2000)0007.

⁶¹² Art. 3 h : « *Aux fins du présent règlement, un contrat de service public est également: (i) une décision*

amendement du parlement, celle de la décision qui charge un opérateur interne de réaliser le service.

La proposition de 2002 ajoute également à l'article 3, la définition des concessions de service public dans le secteur. Il s'agit d'« *un contrat de service accordant à un opérateur le droit d'exploiter un service particulier, avec le risque économique lié au service en cause. En conséquence: (i) la majeure partie de la rémunération de l'opérateur provient des voyageurs, notamment par la perception de redevances;(ii) l'opérateur supporte la majeure partie des conséquences financières des variations de tarifs et des fluctuations du nombre de voyageurs;(iii) lorsque l'autorité fixe des plafonds tarifaires, l'opérateur a toute latitude pour fixer des tarifs inférieurs; et (iv) lorsque l'autorité fixe des niveaux minimaux de services, l'opérateur a toute latitude pour fournir des niveaux de services supérieurs* ».

La proposition vise donc à atteindre le maximum de cas possibles car de fait dans les Etats très décentralisés où les entreprises municipales sont nombreuses, il n'est pas rare que la délégation se fasse par un acte unilatéral, soit une décision du Conseil municipal.

Par rapport au règlement dans sa version de 1991, la nouvelle définition intègre donc une réalité juridique locale qui consiste en l'attribution du service par une simple décision alors qu'en 1991 le contrat était défini exclusivement comme une convention synallagmatique. De plus, le législateur a préféré se référer aux obligations de service public pour désigner l'objet du contrat plutôt que la formule plus relative de « *fourniture de transports suffisants* ».

B – Un contenu standardisé

Contrairement au règlement n°1191/69 révisé, la proposition de 2000 n'indique pas dans un

juridiquement contraignante, arrêtée avec le consentement préalable de l'opérateur, par laquelle une autorité compétente confie à l'opérateur la fourniture de services ou (ii) les conditions attachées à une décision, arrêtée par une autorité compétente, visant à confier la fourniture de services à un opérateur faisant partie du même organisme public. »

article ad hoc, les mentions que doivent contenir les contrats. Cependant à travers les différents articles, il apparaît clairement que plusieurs mesures doivent être indiquées. Ainsi la durée des contrats, les coûts afférents à la fourniture des services et le montant de l'indemnisation sont certainement mentionnés dans l'accord. De même, les éléments permettant de sélectionner le délégataire apparaissent très probablement dans le cahier des charges du contrat.

Cette situation ayant été jugée peu claire, en 2002, sur amendement du Parlement un nouvel article 6 bis intitulé « teneur des contrats de service public » est inséré dans la proposition. Cet article est long et détaillé. Il tend principalement à introduire des mesures garantissant que les normes de qualité incluses à l'article 4 sont respectées. L'article 6 bis impose donc d'inclure dans les contrats une obligation d'information pour les opérateurs, sur divers questions (tarifs, incidents, plaintes) et en fonction des lignes gérées, afin que les autorités compétentes puissent surveiller leur performance. Les contrats doivent également mentionner les obligations des différents acteurs pour l'entretien des infrastructures et des véhicules. Ils mentionnent aussi les sanctions pour non respect des exigences fixées dans le contrat. Un régime de primes et sanctions supplémentaires ainsi que des clauses modificatrices peuvent aussi être inclus.

Dans ces mentions, la question ayant suscité le plus de débats est celle de la durée des contrats. Dans le règlement n°1191/69 révisé, la durée des contrats n'est pas déterminée, le texte indique simplement qu'elle doit être stipulée dans le contrat. La Commission a proposé une durée des contrats extrêmement basse au regard des pratiques des États membres, à savoir cinq ans maximum (art.6) au motif que dans ce laps de temps, « *les opérateurs ne sont pas gênés dans l'accomplissement des missions qui leur ont été imparties* » (cons.21). Cette mesure vise à permettre de renouveler régulièrement les termes de l'accord et ainsi d'ajuster les exigences du service aux nouvelles circonstances. Cela permet également et surtout de garantir la concurrence en lançant régulièrement de nouveaux appels d'offres, autorisant ainsi d'autres opérateurs à présenter une offre. La durée du contrat peut être prolongée lorsque l'opérateur fournit du matériel ou entretien l'infrastructure.

Cette durée de cinq ans en principe a été dénoncée comme trop courte par tous les organismes consultés. Pour le Comité des régions comme le Comité économique et social il convient de l'augmenter et de passer à huit ou quinze ans, afin de mieux tenir compte des investissements, dans le rail notamment. Le Comité économique et social propose même que soit adoptée une solution au cas par cas.

Le Parlement européen insiste également dans son rapport sur la proposition de 2000 sur la nécessité de prolonger la durée des contrats. Une durée prolongée garantirait plus de sécurité pour les opérateurs et les autorités compétentes ainsi que la possibilité d'investissements et de proposer de meilleures offres⁶¹³. Dans sa proposition de 2002, la Commission suit l'amendement du Parlement et opère une distinction pour les services d'autobus pour qui les contrats seront limités à huit ans, et les services de transport par chemin de fer et par voie navigable pour qui les contrats sont limités à quinze ans. La possibilité de prolongement pour une période de récupération des investissements demeure possible.

C – Les règles d'attribution des contrats de service public

Corrigeant ce qui apparaissait comme une lacune dans le système du règlement n°1191/69, les propositions de la Commission introduisent l'appel d'offres obligatoire pour la délégation des contrats de transports publics de voyageurs. Ce principe de mise en concurrence (1) s'accompagne d'une série d'exceptions (2) qui en limite la portée.

1. LA MISE EN CONCURRENCE

Pour la Commission, les appels d'offres sont le meilleur moyen de garantir la concurrence et une haute qualité de service. Elle déclare : « *Les études et l'expérience montrent que le recours aux appels à la concurrence pour les contrats de service public constitue un moyen efficace pour*

⁶¹³ Rapport du Parlement européen sur la proposition de la Commission de 2000 : « *Inspiré de la législation nationale italienne, ce système vise à ce que les exploitants en place ne soient pas totalement démunis – en termes d'investissements qu'ils doivent consentir – à l'expiration de leur contrat.* »

bénéficiaire des avantages offerts par la concurrence en matière de coût, d'efficacité et d'innovation, sans entraver l'accomplissement des missions particulières imparties aux opérateurs de services d'intérêt général.» (considérant 13).

En ce qui concerne la question des aides publiques au financement du service, le règlement de 1969 ne prévoit aucune méthode pour garantir que les indemnisations soient bien proportionnées aux charges du service public et aux objectifs qui lui sont fixés. En 1969, le règlement propose une méthode de calcul des compensations pour harmoniser cette opération sur le territoire communautaire. Mais la complexité des règles et l'absence de concurrence sur le marché mènent à des abus. L'utilisation de procédures ouvertes et équitables engageant d'autres acteurs (et qui rompt ainsi la relation privilégiée entre l'autorité compétente et l'opérateur) apparaît dès lors assurer une garantie de proportionnalité. Le raisonnement est similaire pour l'octroi de droits exclusifs.

Dès lors dans ce contexte, il est nécessaire pour donner plein effet utile à ces mesures que les procédures d'adjudication soient harmonisées entre tous les Etats membres. La proposition de 2000 détermine donc la méthode que les autorités compétentes doivent suivre. L'article 6 (a) dispose que « *Les contrats sont attribués par voie d'appels d'offres, sauf dans les cas visés aux articles 7 et 8* ». L'article 12 définit les règles de la procédure d'adjudication. Celle-ci tient compte pour la sélection de l'opérateur et l'adjudication du contrat, des critères de qualité fixés à l'article 4. Un délai est fixé entre la publication de l'appel d'offres et la date limite de réception des offres (au moins 52 jours). Les autorités compétentes doivent fournir un maximum d'informations aux opérateurs sur la fourniture du service au cours des années précédent l'appel d'offres.

En 2002, la procédure est précisée. Elle comporte l'obligation pour les opérateurs potentiels de décrire la manière dont ils pensent fournir le service et confère, suite à un amendement du Parlement, pour les gros contrats, une certaine marge de manœuvre pour les autorités compétentes afin de négocier les offres avec les opérateurs envisagés.

2. LES EXCEPTIONS

La proposition prévoit cependant une série d'exceptions à la règle de la mise en concurrence.

La première concerne la possibilité d'attribuer directement les contrats de service public (art.7). Dans le domaine du chemin de fer, du métro et du métro léger lorsque les normes de sécurité nationales ou internationales ne peuvent être respectées d'une autre manière (paragraphe 1), ou dans le domaine du métro et métro léger lorsque toute autre solution entraînerait des coûts supplémentaires (paragraphe 2). Si ces deux conditions sont remplies il est également possible pour les réseaux intégrés que les autorités incluent dans le contrat les services non ferroviaires sous réserve d'en informer la Commission au préalable (§4). Enfin les contrats d'une valeur moyenne inférieure à 400 000 euros peuvent être exemptés de la procédure d'appel d'offres si les autorités le souhaitent. Un droit exclusif peut également être attribué directement pour les opérateurs qui proposeraient une nouvelle initiative (§6) c'est-à-dire un service non fourni jusqu'alors.

L'annexe du règlement fixe les règles d'indemnisation dans le cas où le service est délégué en l'absence d'appel d'offres. Ces règles cherchent à assurer la proportionnalité et à compenser ainsi l'absence d'appel d'offres.

Les autorités compétentes doivent par ailleurs faire connaître leur décision d'attribuer un contrat selon les méthodes des paragraphes un et deux au moins un an à l'avance (§3). Bien que le Parlement ait demandé la suppression de cette mesure perçue comme une atteinte à l'autonomie politique des autorités, la Commission a maintenu cet article dans sa version de 2002.

Une autre exception concernait une comparaison de qualité, lorsqu'une seule ligne est concernée et que le service n'entraîne pas d'indemnisation financière les autorités peuvent également éviter l'appel d'offres (art.8). Mais cette procédure de comparaison de qualité a finalement été

abandonnée dans le règlement définitif.

Des clauses de sauvegarde permettent également d'outrepasser la procédure d'appel d'offres (art.9). Ainsi l'opérateur sélectionné peut sous-traiter une certaine proportion de services couverts par le contrat (§1). De même elle peut refuser de confier le service à un opérateur qui obtiendrait ainsi plus d'un quart du marché considéré (§2). Ces deux mesures sont importantes. Elles visent à limiter les effets de la concurrence régulée qui tend à établir des oligopoles aux dépens des petites entreprises locales. Ces normes vont donc dans le sens des autorités locales en ce qu'elles protègent les petits opérateurs qu'elles ont pu constituer. Le Parlement européen amende d'ailleurs ces paragraphes afin de leur donner une plus grande portée.

La praticabilité de ces exceptions est cependant douteuse. Les règles qui les encadrent sont très détaillées. Le Comité économique et social critique ces exceptions en les qualifiant de « floues » et estime qu'elles sont difficiles à appliquer. Il invite donc la Commission à les réviser. De même, le Parlement européen a fait une série de propositions pour élargir la base des exceptions et simplifier les règles qui permettent de les mettre en œuvre.

En 2002 quelques modifications vont dans ce sens.

Tout d'abord dans sa version de 2002, la Commission a nuancé son projet suite à un amendement du Parlement européen qui réfute l'assertion selon laquelle la mise en concurrence est l'unique et la meilleure possibilité pour une bonne fourniture des services. Dès lors, le considérant 13 de la proposition présente l'appel d'offres comme l'un des moyens de garantir la haute qualité des transports publics. Cette précaution de langage permet de trouver un plus large consensus.

La possibilité d'attribuer directement un contrat lorsque des normes de sécurité nationales ou internationales ne peuvent être respectées autrement est limitée en 2002 au chemin de fer lourd. Pour le métro ou le métro léger, l'autorité compétente peut prendre en charge directement le service ou le confier à un opérateur qu'elle contrôle, lorsqu'elle a en tout cas un avantage

compétitif en cas d'appel d'offres ou lorsque cela entraîne une utilisation plus efficace des fonds publics (paragraphe 2 et 3).

Le montant des contrats qui peuvent échapper à la procédure d'appel d'offres est élevé à un million d'euros mais il est précisé que les réseaux ne peuvent être fractionnés afin d'éviter les seuils.

Enfin suite à la requête du Parlement, une possibilité d'attribution directe a été insérée dans les cas d'urgence. Cependant cette mesure est limitée dans le temps, et les cas où cette option s'applique sont strictement encadrés (art. 7 ter – par exemple si aucune offre n'a été proposée ou l'opérateur est insolvable, etc).

Mais pour contrebalancer ces concessions, la Commission a intégré des gardes fous dans un article 7 bis sur les clauses de sauvegarde propres aux contrats directement attribués.

La Commission introduit le système de la gestion directe challengée qui permet aux opérateurs potentiels de proposer une offre alternative à celle de l'opérateur destiné à se voir attribuer directement le contrat.

De même de stricts contrôles de performance sont prévus. Des évaluations comparées avec d'autres entreprises du secteur doivent être organisées afin de voir si la décision d'attribuer directement le service était justifiée. Si les performances sont insuffisantes, les autorités compétentes doivent prendre des mesures destinées à améliorer ces résultats et si aucun progrès n'est constaté, le contrat pourra être résilié. Des obligations d'information sont également imposées aux autorités compétentes. La liste des exceptions est en définitive si longue qu'elle tempère fortement le principe de l'attribution par appel d'offres. De plus, entre 2000 et 2002 on observe une extension de ces dérogations. Cependant ces possibilités sont modérées par la difficulté de les mettre en œuvre. En conséquence, il est difficile d'imaginer une application harmonieuse de normes si détaillées dans des contextes si variés.

§ 2 – Les règles relatives à la bonne application du règlement et à la liberté d'établissement des services

En plus des dispositions relatives aux contrats de service public, les propositions contiennent un certain nombre de mesures qui tendent à faciliter le libre établissement des opérateurs et la bonne application du règlement. Trois grands domaines se dégagent : la question de la transparence dans les relations entre la Commission et les autorités compétentes (A), la conciliation des normes avec les directives des marchés publics (B) et la question de la gestion à travers un opérateur interne et du principe de réciprocité (C).

A - La transparence

La proposition de la Commission inclut également nombre de mesures visant à assurer la transparence et l'information dans le service et à en mesurer la performance. La proposition offre plusieurs voies de communication entre les autorités compétentes et la Commission. Ces mesures visent à compenser la complexité des normes en favorisant l'échange entre autorités compétentes et Commission, ce qui devrait garantir une meilleure application du règlement, notamment au niveau local où les contextes sont extrêmement divers d'un pays à l'autre.

Toutes les décisions prises en application du règlement doivent faire l'objet d'une publication ainsi que les régimes d'indemnités accordés. La Commission peut s'adresser aux autorités compétentes pour leur demander plus de détails sur les contrats et règles générales. Les dossiers d'appel d'offres doivent être conservés pendant 10 ans et les Etats doivent présenter annuellement un rapport sur le service (art.13). La division comptable entre les activités relevant du contrat de service public et les autres doit également garantir la transparence. Ces obligations sont précisées dans la version de 2002 à l'initiative de la Commission qui compense ainsi les concessions faites au Parlement sur d'autres points et notamment l'extension des possibilités d'attribution directe des contrats. La Commission souhaite ainsi contrôler que ces dérogations sont légitimes et se traduisent par un réel bénéfice au niveau de la qualité du service et sans distorsion excessive de la

concurrence pour les opérateurs.

B - La conciliation du règlement avec les règles des marchés publics

La nouvelle proposition établit un certain nombre de règles pour l'attribution des contrats de service public dans le domaine du transport de voyageur, et soulève en conséquence la question de la coordination de ces règles avec les directives sur les procédures de marché public.

En 2000, la position de la Commission est que le règlement n'affecte en rien les obligations des autorités compétentes au regard des directives n°92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et n°93/38 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, l'énergie, transports et télécommunications, et que celles ci priment sur les mesures proposées, notamment celles qui offrent la possibilité d'attribuer directement un contrat.

Le Parlement a dans son rapport sur la première proposition plaidé pour la primauté du futur règlement, sur les directives (amendement n°24). Plusieurs arguments vont dans son sens. Le règlement est adopté dans le cadre de la politique commune des transports et la *lex specialis* doit primer sur la règle générale. C'est de plus un texte adapté aux réalités d'un secteur qui sont particulièrement contraignantes dans un environnement concurrentiel. Enfin, le règlement se situe à un niveau supérieur aux directives dans la hiérarchie des normes communautaires.

Le Parlement souhaite notamment que soit clairement stipulé que les directives de marchés publics ne s'appliquent pas aux concessions de service public telles que définies dans son rapport. Ceci est de toute façon conforme à ces directives qui ne sont pas applicables aux contrats de concessions en général.

La Commission maintient cependant la primauté des directives au motif que les accords de l'Organisation mondiale du commerce l'y contraignent. Néanmoins elle reconnaît que le

règlement réglera le cas des contrats non couverts par ces directives, c'est-à-dire les concessions de service public, les contrats relatifs au chemin de fer lourd, au métro et aux voies navigables, ainsi qu'aux cas de délégations internes (considérants 20 à 26).

C - Les innovations périlleuses de la proposition de 2002

Les principales innovations de 2002 tiennent à l'introduction de la figure de l'opérateur interne et aux clauses de réciprocité, deux mesures qui ne sont traditionnellement pas bien considérées par le droit communautaire. Elles répondent néanmoins aux critiques présentées par les collectivités locales sur la violation du principe de subsidiarité et reprennent des amendements du Parlement européen.

La première proposition de 2000 suscite les critiques car pour bon nombre d'acteurs elle viole le principe de subsidiarité. En particulier, l'obligation d'attribuer par appel d'offres les droits exclusifs semblait signifier la fin pour les collectivités locales de l'usage de la régie. De fait, nombre d'Etats avaient un système de marché fermé où le service était géré directement par l'autorité à travers ses propres services ou attribué à une entreprise locale attachée à la collectivité par des liens organiques (membres des conseils d'administration, financement, etc). Ces organismes apparaissent cependant peu susceptibles d'emporter les appels d'offres face à la concurrence de grandes entreprises dont les moyens financiers et techniques dépassent ceux des organismes locaux. Dès lors, les autorités locales ont vu dans la proposition de règlement la fin des services municipaux et des établissements publics.

Dans son avis, le Comité économique et social se fonde sur la Communication sur les services d'intérêt général publiée par la Commission pour dénoncer la violation du principe de subsidiarité. Il estime que ce texte reconnaît la liberté des Etats de choisir de procéder à un appel d'offres ou non, pour sélectionner leurs partenaires dans la gestion des services. Le Comité doute de la compétence de la Communauté pour intervenir dans le domaine du transport public de voyageurs et rappelle que le règlement touche à des questions constitutionnelles pour certains

Etats comme l'Allemagne⁶¹⁴.

Le Parlement est également intervenu sur la question et réclame en vertu du principe de subsidiarité que soit reconnu le libre choix pour les autorités locales de gérer directement ou à travers un opérateur interne ses services. Il se réfère pour cela à la jurisprudence récente de la Cour de justice, notamment aux arrêts *Teckal* du 18 novembre 1999 et *Arnhem et Rheden contre BFI Holding BV* du 10 novembre 1998.

Dans ces considérants (n°3, 24) et dans le corps du texte (art. 7), la proposition de 2002 reconnaît donc aux autorités compétentes la possibilité d'user du mode de gestion qu'elles jugent le plus adapté pour gérer leurs services⁶¹⁵ et sans que l'appel d'offres soit obligatoire.

L'amendement le plus discuté à cet égard est l'amendement n°61. Le Parlement y explique que « *Le règlement devrait accorder une plus grande place au principe de subsidiarité. La responsabilité des transports de proximité relève des collectivités locales communales. Le règlement devrait maintenir le droit de l'autorité compétente de fournir directement des services de transport elle-même ou à l'aide de ses propres entreprises. Il convient cependant que les conditions énoncées au paragraphe 2 soient respectées afin de garantir la légitimité démocratique, l'efficacité économique et la réciprocité.* »

La Commission ne se range pas complètement à cette opinion mais dut pour parvenir à un compromis, intégrer partie de cet amendement. Elle inclut donc à l'article 17 sur les mesures transitoires, deux nouveaux paragraphes qui autorisaient les autorités compétentes à maintenir pour une période de huit ans les services d'autobus qu'elles géraient directement. Surtout, elle intégrait la figure de l'opérateur interne et proposait ainsi la première définition en droit dérivé de ce concept jusqu'alors cantonné à la jurisprudence de la Cour de justice. Conformément à l'arrêt

⁶¹⁴ Art. 87E Loi Fondamentale allemande

⁶¹⁵ Considérant n°3 proposition de 2002 : « *Les autorités compétentes dans la Communauté fournissent des services de transports publics de voyageurs de différentes manières: soit en agissant directement elles-mêmes, soit en agissant indirectement par le biais d'entreprises qu'elles contrôlent, soit en confiant la fourniture de ces services à des tiers, publics ou privés.* »

Teckal, l'opérateur interne était défini à l'article 3, juge, ii) comme « *un opérateur sur lequel l'autorité exerce un contrôle identique au contrôle qu'elle exerce sur ses propres services et qui exerce en même temps une partie essentielle de ses activités sur l'ordre de l'autorité* ».

De plus, dans la droite ligne de son amendement n°61, le Parlement souhaitait également que des clauses de réciprocité soient incluses dans le règlement afin de protéger les marchés ouverts des opérateurs qui se seraient vus attribuer directement un contrat et qui ainsi bénéficieraient d'un avantage concurrentiel. Le droit communautaire est en principe hostile à ces clauses qui violent le principe de non-discrimination. Dans le cadre d'une ouverture progressive du marché comme tendrait à le faire le nouveau règlement une clause de réciprocité provisoire est néanmoins possible et peut rétablir au contraire une juste concurrence entre les opérateurs. Dès lors de manière exceptionnelle, la Commission ajoute en son article 17 paragraphe 7 des mesures qui vont dans ce sens: « *Les autorités compétentes peuvent, durant les périodes de transition visées au paragraphe 4, exclure de la participation aux procédures d'attribution de contrats les opérateurs qui bénéficient de droits exclusifs ou d'une indemnisation financière pour l'exploitation de services de transports publics, attribués en dehors des modalités du présent règlement.* ». Les autorités compétentes doivent informer la Commission lorsqu'elles envisagent de faire usage de ce droit. Quant aux opérateurs pour échapper à cette mesure, ils doivent démontrer que la valeur des services qu'ils exploitent en conformité avec les principes du règlement est supérieure à la part attribuée en dehors de ce cadre.

Dès 2002 avec deux nouvelles mesures d'une importance majeure, la Commission démontre devoir céder aux pressions politiques du Parlement européen et par la même sa volonté de poursuivre le processus de révision de la législation. Elle retient des dérogations remarquables tant le droit communautaire général les aborde de manière restrictive. Les transports publics locaux apparaissent alors comme un secteur pilote.

Les critiques et les blocages que rencontrent les propositions sont donc principalement le fait de la tension avec les collectivités locales et l'atteinte portée au principe de subsidiarité. Cette

critique est également avancée pour ce qui concerne la régulation du service public.

Section II – La régulation du service public

La volonté de réguler le service public est au cœur du projet de révision du règlement n°1191/69. Le premier considérant de la proposition de 2000 est significatif puisque le règlement commencerait par « *La mise en place de normes de qualité élevée en matière de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable constitue un des objectifs communautaires prioritaires de la politique commune des transports* ». La question du service public et de sa qualité est donc mise en exergue et donne à la proposition sa substance en parallèle à la question du développement de la concurrence. Les principales nouveautés sont la reconnaissance de la nécessité des « exigences de service public » (§ 1) et la définition des obligations des collectivités locales (§2). Ces interventions se heurtent cependant au principe de subsidiarité (§3).

§1 – De la suppression des « obligations de service public » à la nécessité des « exigences de service public »

La première proposition de la Commission pour réviser le règlement n°1191/69 a été adoptée le 26 juillet 2000. Le titre est éloquent : « *Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable* ». Il ne s'agit donc plus seulement d'encadrer l'action des États membres lorsqu'ils imposent des obligations de service public aux entreprises de transports terrestres. Le nouveau texte doit aller plus loin en organisant les contrats qui lient les autorités compétentes aux opérateurs de transport et les procédures d'attribution de ces contrats. La Communauté européenne s'arrogé donc une responsabilité accrue qui rééquilibre sa position au regard de celle des États. La Commission fait plein usage de sa compétence qui est double : exclusive en ce que son action se fonde sur l'article 89 du traité en matière d'aides d'État et concurrente en ce qu'elle repose également sur l'article 73 du traité qui règle la politique

commune des transports. La proposition prévoit d'agir dans trois sphères pour encadrer l'intervention des Etats membres : les obligations de service public, les contrats et l'attribution des contrats. En 1969, le règlement n'aborde que les obligations de service public. Il en résulte que les Etats seront moins indépendants dans leurs agissements dans le secteur et que la question du service public dans ce domaine est absorbée et traitée au niveau communautaire.

Le titre de cette proposition opère par ailleurs un changement de vocable. Les « *obligations de service public* » deviennent des « *exigences de service public* ». L'article 3 les définit comme « *une exigence définie par une autorité compétente pour garantir des services de transports publics de voyageurs suffisants* ». Cette définition paraît moins satisfaisante que celle de 1969⁶¹⁶ car pour bien l'apprécier il est nécessaire de retourner au texte de la proposition et aux autres définitions qu'elle procure: « transports publics de voyageurs », « autorité compétente ». La définition est ainsi plus large. De plus, la perspective diffère. La définition de 1969 s'apprécie du point de vue de l'entreprise, celle de 2000 du point de vue de l'autorité organisatrice. Celle de 1969 est économique et dans une certaine mesure quantifiable car l'intérêt commercial d'une entreprise peut trouver une expression chiffrée. En revanche celle de 2000 est politique et contingente. Elle est relative à la définition du service public, ce qui dépend d'une appréciation politique laquelle varie elle-même en fonction des circonstances sociales, techniques, économiques et des besoins de la communauté. Enfin celle de 1969 est assez générale pour être reprise par d'autres secteurs (gaz, électricité...), alors que celle de 2000 est propre aux transports publics. Aussi la définition de 2000 n'a pas reçu un bon accueil et le Comité économique et social invite clairement la Commission à retourner à l'expression traditionnelle. La définition du règlement de 1969 apparaît par contraste très moderne et certainement plus conforme au *motus operandi* matérialiste de la Cour de Luxembourg qui ne peut apprécier l'intérêt général sauf erreur manifeste d'appréciation alors qu'elle peut apprécier dans quelle mesure une obligation de service public affecte ou non l'intérêt commercial d'une entreprise et par là même la

⁶¹⁶ Art.2 §1: « *Par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions.* »

concurrence⁶¹⁷.

Cette nouvelle définition traduit cependant une position de la Commission qui paraît plus conforme au concept de « service public » tel qu'il apparaît dans les droits nationaux. L'élément organique y est rappelé puisque la perspective est celle de l'autorité compétente. L'élément fonctionnel est au cœur de la définition car il s'agit de « *garantir des transports publics de voyageurs suffisants* ». Pour bien comprendre cette expression il faut cependant retourner au texte de la proposition. Les « *transports publics de voyageurs* » sont les « *transports offerts au public de manière continue* ». Un principe est donc posé, celui de la continuité, règle classique du droit des services publics nationaux mais également communautaires (notamment à l'article 2 et 14 du règlement n°1191/69).

La suffisance est laissée à l'appréciation des autorités organisatrices mais celle-ci comprend au moins des exigences de qualité et de disponibilité. La longue liste des critères d'adjudication à l'article 4 sont autant d'éléments qui contribuent à sa détermination (cf. infra).

On peut voir dans cette nouvelle définition, une valorisation du service public. La définition devient positive et indépendante au lieu d'être appréciée en référence au contexte concurrentiel.

Surtout cette valorisation est confirmée par la reconnaissance de la nécessité des exigences de service public. Il n'est plus question de les supprimer comme le prévoit le règlement n°1191/69 ou encore le règlement de 1991 qui le révisé. La proposition prend donc acte de la jurisprudence de la Cour de justice intervenue entre temps qui n'interdit pas en principe les obligations de service public⁶¹⁸. Les juges se bornent à en contrôler la proportionnalité au regard de l'objectif d'intérêt général visé. Les compensations ou droits exclusifs accordés pour la réalisation des obligations sont admissibles dans la mesure où nécessaires à la réalisation de la mission d'intérêt général. La jurisprudence a d'ailleurs eu tendance à assouplir sa position.

Les propositions de 2000 et de 2002 transposent donc la jurisprudence de la Cour de justice au

⁶¹⁷ Une référence à la formule de 1969 se trouve cependant dans la proposition de 2000, en annexe dans les mesures sur le calcul de l'indemnisation : « *L'indemnisation liée au respect des exigences de service public ne peut être octroyée que si l'opérateur en question, s'il considérait ses propres intérêts commerciaux, ne remplirait pas l'exigence en l'absence de cette indemnisation ou s'il ne la remplirait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions.* »

⁶¹⁸ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. I-2533.

secteur des transports qui doit faire en principe l'objet d'une réglementation spécifique, sans passer par la jurisprudence générale du fait de la base légale dont la Communauté européenne dispose dans le traité pour l'établissement d'une politique commune. Ces nouveaux textes déterminent donc les règles spéciales relatives aux droits exclusifs et indemnisation pour le cas des transports publics.

§2 - Les obligations pesant sur les collectivités locales

Le chapitre II de la proposition est entièrement dédié à la « *garantie de qualité des transports publics de voyageurs* ». Il est composé d'un seul article, l'article 4, subdivisé en trois paragraphes.

Le paragraphe un constitue la mesure la plus remarquable au regard de la question du service public. La Commission impose aux autorités compétentes de garantir « *la fourniture de services de transports publics de voyageurs suffisants et d'un niveau de qualité et de disponibilité élevé* » (art. 4 §1 proposition de 2000). Cette mesure relève d'une logique de service universel c'est-à-dire un noyau dur de services qui doit être garanti sur tout le territoire, sans discrimination, à un prix abordable. Elle a suscité de vifs débats. Ainsi le Parlement dans son rapport sur la proposition insiste dans son amendement n°31 pour que cette obligation de résultats devienne une obligation de moyens afin de respecter la subsidiarité.

Elle bouleverse en effet les schémas institutionnels traditionnels. Généralement, l'Etat détermine les domaines d'intervention publique, les autorités compétentes et leurs responsabilités. Les collectivités locales peuvent également décider elles-mêmes d'assumer des missions de service public, c'est le cas par exemple en France, avec la clause de compétence générale. L'obligation ainsi imposée par la Commission affecte l'autonomie des autorités publiques concernées en ce qu'elle détermine l'étendue de leur responsabilité. Sur cette base, on pourrait donc envisager une mise en cause des Etats, et à travers des collectivités locales compétentes, devant la Cour de justice, lorsque le service n'atteindrait pas le niveau attendu. Cela constituerait un droit pour les

usagers très important et risquerait probablement de susciter un grand nombre de plaintes, de la part d'associations d'usagers, tant les transports locaux sont nombreux et défectueux dans certaines zones. Si le problème d'évaluation du service demeure, la mesure n'en demeure pas moins politiquement forte.

Le texte indique également la manière dont cette obligation doit être mise en œuvre. Deux mécanismes sont à la disposition des autorités : le contrat de service public ou les critères minimaux applicables à l'exploitation des transports publics (en 2002, cette formule est renommée « règles générales ») (art.4).

Les contrats de service public sont « *tout accord juridiquement contraignant conclu entre une autorité compétente et un opérateur en vue de remplir des exigences de service public.* » Ce contrat peut aussi prendre la forme d'un acte unilatéral, à travers une décision suite à un accord avec l'opérateur ou à travers les conditions attachés à une décision lorsque le service est fourni en régie (art.3 (h)).

Les critères minimaux (art. 10 proposition 2000) sont des règles générales qui s'appliquent sans discrimination à tous les opérateurs actifs dans la zone géographique où l'autorité a compétence. Dans ce cas, sous certaines conditions, une compensation des coûts engendrés par la mise en conformité à ces règles est possible.

En sus de cette obligation, le texte fournit, au paragraphe deux, une série de 10 critères pour l'évaluation des services que les autorités doivent prendre en compte. Cette liste doit guider le choix des autorités au moment de la sélection des candidats et de l'adjudication du service. L'obligation posée au paragraphe un, est assez large pour penser que les collectivités concernées demeurent libres de définir ce qu'est le service public de transports sous leur responsabilité. Les expressions « services de transports publics de voyageurs suffisants » ou « qualité et de disponibilité élevé », bien que directifs, laissent une certaine discrétion aux autorités compétentes pour donner à ces mots le sens qu'elles désirent. Cependant le paragraphe deux contrecarre cette

liberté. Le détail avec lequel sont fixés les éléments déterminants dans le choix d'un opérateur limite toute initiative de l'autorité contractante. La liste couvre des critères très variés: protection des consommateurs, niveau de tarifs pour des groupes particuliers d'usagers, intégration entre les services, accessibilité pour les personnes à mobilité réduite, facteurs environnementaux, développement des régions, besoins des zones isolées, santé et sécurité des voyageurs, qualifications du personnel, règlement des litiges. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, les autorités compétentes peuvent donc ajouter d'autres critères.

Enfin, le paragraphe trois ajoute à cette liste une obligation de fournir l'information essentielle aux opérateurs sur qui pèsent les charges du service.

La Commission va donc très loin dans cette proposition et définit véritablement ce en quoi consistent le service public et les obligations qui s'y attachent. Il s'agirait donc d'un véritable service public européen, au sens où il serait largement défini à ce niveau, mais local, dans la mesure où l'intérêt général considéré est celui des collectivités locales. Si on reprend les trois approches du service public, ici, l'approche matérielle qui correspond à la définition des obligations de service public est partagée entre la Communauté européenne et les collectivités locales, avec un rôle majeur pour la première puisque les critères énumérés représentent autant d'exigences imposées aux opérateurs. Pour l'approche fonctionnelle, là encore, à travers les paragraphes 1 et 2 de l'article 1, ainsi qu'à travers l'obligation de fournir des « *transports suffisants* » et l'évaluation, la Communauté européenne joue un grand rôle. Enfin, en revanche l'approche organique demeure locale puisque ce sont les autorités compétentes qui rédigent ou prennent les décisions relatives aux contrats de service public.

Une telle précision dans la définition du service pour une norme dont les principaux destinataires sont les collectivités locales, nous paraît inédite.

§3 – La question de la subsidiarité

La Commission avait bien perçu les réactions que pourraient susciter sa proposition. La régulation poussée d'un service risque toujours de rendre le consensus entre les acteurs plus difficiles. Plusieurs dispositions semblent donc destinées à parer les éventuelles critiques de la part des autorités publiques. Dans l'exposé des motifs de la proposition de 2000 comme dans le corps du texte en 2002, la Commission spécifie que ces mesures ne définissent pas les objectifs assignés aux services publics, ni la manière dont ils doivent être poursuivis, ni le rôle des autorités ou des opérateurs. Il ne s'agit pas non plus de déterminer le mode de gestion adéquate pour ces services. Le règlement est présenté comme offrant des mécanismes d'action supplémentaires pour les opérateurs et comme prenant en compte la taille des contrats le cas échéant⁶¹⁹. De même le considérant n°12 (18 en 2002), garantit l'application du principe de subsidiarité afin de bien prendre en compte les circonstances locales.

Mais ces mesures ne suffisent pas à calmer les critiques et en 2002 la Commission doit assouplir sa position sur un certain nombre de points.

Ainsi l'obligation de garantir des transports suffisants, devient une obligation de moyens, alors qu'il s'agissait auparavant d'une obligation de résultat. L'article 4 dispose en effet que « *les autorités compétentes visent à garantir la fourniture de services de transports publics de voyageurs suffisants* » (art. 4).

En revanche, d'autres mesures sont maintenues voire renforcées.

Comme l'indique le Comité des régions dans son avis sur la proposition, bien que la question de la qualité soit essentielle, elle ne doit pas affecter le principe de subsidiarité et dans cette perspective, il estime que la liste devrait avoir une valeur indicative et non obligatoire⁶²⁰.

En 2002, quatre nouveaux critères, relatifs à l'entretien des véhicules, aux conditions sociales des employés, au coût de fourniture des services, aux besoins des personnes vivant dans des régions frontalières, viennent compléter et allonger la liste, à la requête du Parlement européen. Le Parlement insiste par ailleurs pour ajouter expressément que la politique des transports publics est

⁶¹⁹ Exposé des motifs, proposition de 2000, p.10.

⁶²⁰ Avis du Comité des régions du 4 avril 2001

ournée vers le consommateur.

La Commission et le Parlement vont donc d'accord pour donner à la politique des transports publics une orientation très forte vers le public. Cela se traduit par de fortes exigences de qualité et de promotion des consommateurs. C'est une approche du service public qu'on retrouve dans d'autres secteurs tels que l'énergie ou les télécommunications.

Le Parlement fait le souhait dans plusieurs amendements que les niveaux de qualité soient clairement exigés dans les contrats ainsi que l'introduction de sanctions et la possibilité de résilier le contrat si l'opérateur n'atteint pas les objectifs de qualité fixés (amendements 31 et 51 notamment). La Commission modifiera sa proposition dans ce sens en 2002.

Sur la question de la qualité et des usagers du service est apparue une certaine contradiction. Une régulation très poussée des critères du service public ne satisfaisait pas un certain nombre de collectivités pour qui cela violait le principe de subsidiarité, déjà affecté par les normes sur la concurrence. Cependant d'autres collectivités y étaient plus favorables car elles sont empruntes d'une vision politique du service public fort et cherchent à attribuer le maximum de droits aux usagers. Le Parlement européen s'en est fait l'écho. L'association des opérateurs au premier groupe qui ne voulaient pas voir un alourdissement des cahiers des charges, va contribuer à avoir raison de cet aspect de la réforme.

En définitive, la subsidiarité est mise en cause dans les deux volets de ces propositions, autant au sujet du développement de la concurrence que sur les mesures de régulation du service public. Dans le premier cas, l'obligation de procéder à un appel d'offres est perçu comme la mise à mort des régies et entreprises publiques locales qui gèrent le service. Les collectivités locales, les associations d'usagers, les organisations environnementales et les syndicats se sont vivement opposés à cette obligation par crainte de voir disparaître les petites entreprises locales, notamment du fait de la concurrence des prix que les grandes entreprises pratiquent. Le risque est d'autant plus grand que l'évincement d'une sélection à un appel d'offres, une fois, peut être fatal à l'entreprise locale concernée laquelle ne possède souvent que ce territoire comme assise. Par

ailleurs, les entreprises locales ne visent que rarement la conquête de marchés hors du territoire de la collectivité qui les engage. Dans le second cas, la longue liste des critères de service public pour la sélection des opérateurs heurte également la liberté des autorités compétentes de choisir leur partenaire librement. Au vu des circonstances locales, les collectivités peuvent pouvoir préférer favoriser d'autres critères que ce mis en exergue par la Communauté européenne.

La proposition de 2002 n'a fait l'objet d'aucune réaction. Le texte est en fait demeuré bloqué au Conseil. Les différents Etats membres, qui connaissent des expériences d'ouverture des marchés différentes, ne sont pas parvenus à trouver un accord. En 2005, la Commission présente donc une nouvelle proposition⁶²¹, de nouveau sur la base de l'article 250, paragraphe 2 du traité CE mais avec une ambition modérée.

⁶²¹ C'était déjà le cas pour la proposition de 2002. Cet article permet à la Commission de présenter une nouvelle proposition tant que le Conseil n'a pas statué.

Chapitre II – Le Règlement n°1370/2007: le service des transports publics, expression de l'autonomie locale

Le 22 juillet 2005, la Commission a transmis une nouvelle proposition révisée au Parlement européen et au Conseil⁶²². A cette date, il devient urgent pour la Commission d'intervenir afin d'actualiser le cadre juridique en matière de transports publics, lequel date encore de 1969 et 1991. Celle-ci constate par ailleurs une augmentation du contentieux et souhaite donc rétablir la sécurité juridique. Dès lors, la procédure datant déjà de quelques années, la Commission transmet directement sa proposition au Conseil qui sur la base des amendements élaborés par le Parlement sur les propositions de 2000 et 2002, devra adopter une position commune.

En 2005, le contexte général des services d'intérêt général a évolué. L'arrêt *Altmark* de la Cour de justice⁶²³ a clarifié les règles de financement de ces services. Dans le discours politique, les SIG ont également acquis une plus grande importance que précédemment, notamment à travers le livre vert de 2003 et le livre blanc de 2004 de la Commission ou dans le cadre des débats de la Convention rédigeant un traité établissant une constitution pour l'Europe et du Conseil de Lisbonne sur un nouveau traité.

Le titre de la proposition est plus simple et général que dans les précédents documents : « *règlement du Conseil et du Parlement européen relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route* ». Cependant, l'objectif demeure d'encadrer les modalités d'intervention des autorités compétentes dans les transports publics et plus spécialement l'attribution de droits exclusifs ou de compensations de service public. Plusieurs des principes des propositions de 2000 et 2002 demeurent. La contractualisation et la transparence sont au cœur du système.

Le titre indique un changement néanmoins, à savoir que les voies navigables ne font plus partie

⁶²² COM(2005) 319 final – 2000/0212 (COD)

⁶²³ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, Rec. I-7747.

en principe du champ d'application du règlement. La version finale du règlement donne toutefois la possibilité aux Etats membres d'appliquer cette norme à ce mode de transport⁶²⁴.

La nouvelle proposition opère par ailleurs, un retour en arrière au niveau du vocable. Prenant acte des critiques qui lui ont été faites, la Commission abandonne « les exigences de service public » pour revenir aux « obligations de service public » desquelles elle confère une définition très similaire à celle de 1969. De plus, dans le sillon de la Cour de justice elle substitue à l'expression d' « indemnisation », celle de « compensation », ce qui les distingue des aides d'Etat.

L'adoption du règlement s'est donc faite dans un contexte favorable aux services publics et en parallèle à une meilleure reconnaissance du rôle des collectivités locales. Ainsi la version définitive du Règlement vise en son premier considérant l'article 16 du Traité CE, plaçant ainsi cette norme dans le contexte des services publics européens. Le texte, pour parvenir au consensus, a dû être modifié et repris avec moins d'ambition par la Commission, sur nombre des mesures de concurrence mais aussi sur celles relatives à la régulation du service public. En dépit d'une affirmation du rôle des autorités compétentes, certaines dispositions vont certainement bouleverser certains aspects des régimes locaux. La question qui se pose est en conséquence celle de l'impact de ce nouveau règlement et de sa portée. Pour y répondre, il faut tout d'abord revenir sur les principales mesures incluses dans ce texte (Section 1) puis tenter d'évaluer son impact sur les transports publics locaux en France et en Italie (Section 2).

Section I – Les principales mesures adoptées dans le règlement 1370/2007

Le nouveau règlement prolonge et marque une rupture tout à la fois vis-à-vis des propositions de 2000 et 2002. Il prolonge la démarche de développement de la concurrence en confirmant le principe de contractualisation et en posant les règles de leur attribution. Il marque une rupture en substituant à une approche du service fondée sur le public, une approche en référence aux autorités compétentes dans une perspective de subsidiarité.

⁶²⁴ Art. 1§2 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, JO 03/12/07.

La nouvelle proposition s'inscrit dans la suite du processus législatif initié en 2000. Dans ce cadre, de 2005 à 2007, la proposition a fait l'objet de modifications suite aux avis rendus par la Comité des régions (16 février 2006) et le Comité économique et social, la position commune du Conseil (11 décembre 2006, l'accord politique ayant été obtenu le 9 juin 2006 par la Conseil « transports, télécommunications, énergie »), la Communication de la Commission sur la position commune du Conseil (12 décembre 2006), la position du Parlement européen directement en deuxième lecture (10 mai 2007), l'avis de la Commission sur cette position (25 juillet 2007) et enfin l'adoption définitive du règlement n°1370/2007, le 23 octobre 2007⁶²⁵.

La proposition après quelques modifications a fait l'objet d'un accueil positif de la part du Conseil, du Comité des régions et du Comité économique et social ainsi que du Parlement européen, qui sont satisfaits de la nouvelle approche empruntée par la Commission laquelle concilie principe de subsidiarité (§2) et concurrence (§1).

§1 – Le développement de la concurrence

Dans sa proposition de 2005, la Commission a présenté des normes plus claires afin de garantir leur bonne application et d'éviter que, comme le règlement n°1191/69, sa mise en œuvre soit compromise. Elle s'inspire par ailleurs des récentes décisions de la Cour de justice, ce qui permet d'actualiser le texte et de répondre à un certains nombre d'interrogations qui restaient en suspens. Elle assure ainsi également la sécurité juridique tout en donnant au secteur une certaine cohérence avec le cadre général des SIG.

Le règlement fidèle à son objet de 1969 cherche avant tout à assurer une libéralisation maximum des transports publics locaux. Le dispositif majeur du texte est de ce fait le développement de la concurrence. Les trois points qui ont concentré les travaux des propositions de 2000 et 2002, à savoir les contrats de service public (A), les règles de leur attribution (B) et les mesures de transparence (C) sont de nouveau au cœur du système.

⁶²⁵ Ce règlement est entré en vigueur le 3 décembre 2009, il abroge définitivement les règlements n°1191/69 révisé et n°1107/70.

A - Le contrat de service public

Le règlement n°1370/2007 reprend le principe de la contractualisation posé dans les précédentes propositions de la Commission. L'article 3 dispose que lorsqu'une autorité compétente décide d'octroyer à l'opérateur un droit exclusif et/ou une compensation en contrepartie de la réalisation d'obligations de service public, elle doit le faire à travers un contrat de service public. Seules les obligations qui consistent à l'établissement de tarifs maximaux pour l'ensemble des voyageurs ou pour une catégorie particulière de voyageurs peuvent être imposées à travers des règles générales, et éventuellement faire l'objet de compensation selon la méthode établie dans le règlement. Les règles générales ont donc une portée plus limitée que dans les propositions de 2000 et 2002 où elles portent sur un plus grand nombre de critères (obligation d'utiliser certains véhicules, obligation de participer à un système intégré de transports, etc). Les contrats de service public couvrent donc un plus grand champ d'activités. De plus, conformément à la Communication de la Commission sur les concessions⁶²⁶, le Règlement admet que le contrat puisse être un acte unilatéral. L'article 2 i dispose que le : «*contrat de service public*» consiste en «*un ou plusieurs actes juridiquement contraignants manifestant l'accord entre une autorité compétente et un opérateur de service public en vue de confier à l'opérateur de service public la gestion et l'exploitation des services publics de transport de voyageurs soumis aux obligations de service public. Selon le droit des États membres, le contrat peut également consister en une décision arrêtée par l'autorité compétente qui: — prend la forme d'un acte individuel législatif ou réglementaire, ou — contient les conditions dans lesquelles l'autorité compétente elle-même fournit les services ou confie la fourniture de ces services à un opérateur interne*». Cette définition permet de couvrir la grande variété contractuelle des différents Etats membres. Par ailleurs, les compensations qui concernent les tarifs maximaux fixés pour les élèves, les étudiants, les apprentis et les personnes à mobilité réduite peuvent être exclues du champ d'application du règlement et obéir aux dispositions du Traité.

⁶²⁶ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire (2000/C 121/02), paragraphe 2-4

L'article 4 du règlement définit le contenu standardisé des contrats et règles générales⁶²⁷.

Il dispose que ceux-ci doivent inclure une définition claire des obligations de service public et des zones géographiques concernées, sur la base de l'arrêt *Altmark* rendu deux ans plus tôt. Les trois premiers critères sont en effet transposés dans le règlement⁶²⁸. Cependant quelques différences demeurent. Ainsi l'arrêt *Altmark* n'impose pas de contrat au contraire du Règlement. Pour le reste, les conditions exigées pour le calcul de la compensation des obligations de service public se recourent.

Tout d'abord, les obligations de service public doivent être clairement définies. Ensuite, afin d'éviter, toute surcompensation, il est établi à l'avance, de façon objective et transparente les paramètres de calcul de la compensation et la nature et l'ampleur des droits exclusifs accordés. Enfin, si le contrat est attribué directement, sans mise en concurrence, alors le règlement s'inspire du troisième critère d'*Altmark* et dispose que la compensation doit être calculée strictement de manière à couvrir l'incidence financière des obligations de service public, tout en autorisant un bénéfice raisonnable⁶²⁹.

Par compensation de service public, il faut entendre « *tout avantage, notamment financier, octroyé, sur fonds publics, directement ou indirectement par une autorité compétente pendant la*

⁶²⁷ Art. 4 : « 1. Les contrats de service public et les règles générales: a) définissent clairement les obligations de service public que l'opérateur de service public doit remplir, ainsi que les zones géographiques concernées; b) établissent à l'avance, de façon objective et transparente: i) les paramètres sur la base desquels la compensation, s'il y a lieu, doit être calculée, et ii) la nature et l'ampleur de tous droits exclusifs accordés, de manière à éviter toute surcompensation. Dans le cas des contrats de service public attribués conformément à l'article 5, paragraphes 2, 4, 5 et 6, ces paramètres sont déterminés de façon qu'aucune compensation ne puisse excéder le montant nécessaire pour couvrir l'incidence financière nette sur les coûts et les recettes occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par l'opérateur de service public ainsi que d'un bénéfice raisonnable; c) définissent les modalités de répartition des coûts liés à la fourniture des services. Ces coûts peuvent comprendre notamment les coûts de personnel, d'énergie, d'infrastructure, de maintenance et de réparation des véhicules de transport public, du matériel roulant et des installations nécessaires au fonctionnement des services de transport de voyageurs, des coûts fixes et une rémunération appropriée du capital. 2. Les contrats de service public et les règles générales définissent les modalités de répartition des recettes liées à la vente des titres de transport, qui peuvent être conservées par l'opérateur de service public, reversées à l'autorité compétente ou partagées entre eux. »

⁶²⁸ Des éléments du quatrième critère se retrouvent dans l'annexe du règlement.

⁶²⁹ La notion de bénéfice raisonnable est déjà présente dans les propositions de 2000 et 2002.

période de mise en œuvre d'une obligation de service public ou lié à cette période » (art. 3, g). La formulation paraît malheureuse au regard des discussions qui eurent lieu au sein de la Cour de justice avant la publication de l'arrêt *Altmark*. L'idée qui a été consacrée est en effet que les compensations ne constituent pas un avantage et par conséquent ne peuvent être qualifiées d'aides. Alors que l'arrêt *Altmark* est évoqué à plusieurs reprises dans le règlement, il est surprenant que ce soit cette formule qui ait été employée⁶³⁰.

Le contrat ou les règles générales doivent aussi indiquer la répartition des coûts liés à la fourniture des services : coûts de personnel, d'énergie, d'infrastructure, de maintenance, etc, ainsi que la répartition des recettes entre l'opérateur ou l'autorité compétente.

La durée du contrat doit également apparaître. Elle a fait l'objet de nombreuses discussions et les Comités ainsi que le Parlement européen ont réclamé un prolongement de cette période. Finalement, la limite est fixée à dix ans (au lieu de huit dans la proposition de 2005) pour les autobus et quinze ans pour le chemin de fer ou autre modes ferroviaires. Lorsqu'un service use de plusieurs modes de transport, la limite est fixée à quinze ans si la part du ferroviaire est supérieur à 50% de la valeur des services. Le règlement prévoit cependant des possibilités de prorogation pour l'amortissement des actifs ou du capital, ou bien pour les coûts particuliers du service dans les régions ultra-périphériques.

Le contrat peut également comporter une clause sociale où les autorités compétentes imposent à l'opérateur de maintenir les droits du personnel préalablement engagé là où la directive 2001/23/CE⁶³¹ sur les transferts d'entreprises aurait pu s'appliquer.

Enfin, l'autorité compétente peut donner la possibilité à l'opérateur sélectionné de sous-traiter.

⁶³⁰ Pour les aides relatives à la coordination des transports, l'article 9 § 2 détermine le régime applicable et renvoie aux règles du Traité en matière d'aides d'Etat. Il s'ensuit que le règlement n°1170/70 est abrogé.

⁶³¹ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO L 82 du 22.3.2001, p. 16–20. Cette norme tend à veiller à la protection des droits des salariés lors du transfert d'un lieu de travail d'un employeur à un autre. Elle souligne que le transfert d'une entreprise n'est pas en tant que tel une justification de licenciements. De nombreuses exceptions sont cependant envisagées.

Dès lors le contrat doit indiquer les conditions applicables à la sous-traitance.

En tout cas, même si l'hypothèse d'une ne compensation n'est pas en cause, le principe du contrat s'applique pour l'attribution de droits exclusifs, à moins que le marché ne soit déjà déréglementé (considérant 8).

Le nouveau règlement qui vise à assurer la sécurité juridique est certainement plus clair, plus simple dans sa facture et moins directif qu'auparavant. Il ne contient plus que 12 articles au lieu de 21 en 2002. Cette simplification du texte va en fait dans le sens de la subsidiarité. Les articles sur « *la garantie de qualité des transports publics de voyageurs* » ou sur l'« *utilisation obligatoire de contrats de service public* » ont disparu⁶³².

B - L'attribution des contrats de service public

Le paragraphe trois de l'article 5 sur l'attribution des contrats de service public pose le principe de la mise en concurrence pour toute délégation à un tiers. Conformément aux principes généraux du droit communautaire, la procédure doit être équitable, transparente et non-discriminatoire. La liberté de négociations des autorités compétentes est affirmée, une fois les offres soumises. Le règlement impose donc le principe avec moins de velléité que par le passé et reconnaît la marge de pouvoir discrétionnaire des autorités.

Pour le reste, l'article 5 prévoit une série de cas d'attribution directe des contrats⁶³³, qui ne sont plus présentées cependant, à l'instar des précédentes propositions, comme des exceptions mais bien comme des décisions entièrement discrétionnaires pour l'autorité compétente. C'est sur ce point que les précédentes propositions avaient échoué, le Parlement européen comme le Conseil souhaitant voir reconnue la possibilité pour les autorités compétentes d'attribuer directement les contrats.

⁶³² Mais le principe est maintenu que pour toute compensation ou droit exclusif ou spécial, le contrat est nécessaire.

⁶³³ Il convient de noter que l'attribution directe d'un contrat a pour conséquence pour le calcul de la compensation de se référer à l'annexe du règlement, qui reprend dans les grandes lignes, les règles applicables pour le calcul de la compensation inscrites dans les contrats.

Les contrats peuvent faire l'objet d'une attribution directe dans l'hypothèse des petits contrats, avec une double condition de valeur (moins d'un million d'euros par an) et de quantité (moins de 300 000 km par an). Le cas des petites et moyennes entreprises est aussi considéré. Pour les entreprises de maximum vingt-trois véhicules, les plafonds sont élevés à deux millions d'euros et 600 000 km par an. Cette mesure trouve toute sa pertinence pour le secteur des transports publics où celles-ci sont très présentes dans certains Etats décentralisés et jouent un rôle important pour le service public.

La possibilité de sous-traitance est une autre mesure qui vise à soutenir les petits opérateurs (art. 4 § 7). Les documents de mise en concurrence et les contrats de service public doivent indiquer si cette option est autorisée et dans quelle mesure. Lorsqu'elle est autorisée, le titulaire du contrat de service public doit cependant effectuer lui-même « *une partie importante* » du service. Cette condition a été ajoutée suite à un amendement du Parlement européen qui craint l'attitude anti-compétitive des grands groupes sur le marché. Les marchés des Etats où la concurrence régulée est pratiquée depuis longtemps présentent souvent des situations d'oligopole. Il constate que ces grosses entreprises tendent à présenter des offres peu précises sur l'équipement et le personnel, faisant barrage ainsi aux PME en remportant les marchés. Toutefois par la suite, elles sous-traitent nombre d'activités mais alors les PME sont aux mains des grands groupes et perdent tout pouvoir de négociations. Le Parlement européen souhaiterait l'introduction de quotas pour définir un minimum d'exécution en autonomie et ainsi rétablir une compétition à armes égales avec les PME locales. La Commission n'est cependant pas allée aussi loin et à même autorisée la sous-traitance complète de l'exécution du service lorsque le contrat de service public couvre l'ensemble de l'activité, à savoir la conception, l'établissement et le fonctionnement du service public.

Un contrat peut également faire l'objet d'une attribution directe ou être prorogé au cas où la fourniture du service risquerait d'être interrompue. Cette mesure d'urgence ne peut cependant excéder deux ans. Elle est nécessaire à la garantie du principe de continuité.

Le chemin de fer fait l'objet d'un régime particulier (art. 5 § 6). Les contrats de ce mode de transport peuvent faire l'objet d'une attribution directe à moins que le droit national ne l'interdise et à l'exclusion des services de métro et tramways. Cette une mesure importante qui confirme ce que le considérant n°25 affirme, soit que si le règlement n°1370/2007 concerne bien le chemin de fer, il n'a pas pour objet de pousser plus loin leur libéralisation (la Commission s'en charge à travers les normes du paquet ferroviaire)⁶³⁴. Il vise en fait à encadrer l'octroi de compensations et/ou droits exclusifs pour les contrats de service public. Dans ce cas, cependant les contrats ont une durée maximum de dix ans sauf prorogation pour amortir des investissements. Lors des discussions, la régulation du chemin de fer a fait l'objet de nombreuses critiques. Dans son projet de 2005, la Commission autorise l'attribution directe des contrats de service public pour le transport régional ou de longue distance du chemin de fer (art. 5 § 6). Cette mesure a été mise en cause pour sa permissivité. Elle se limite en effet à reconnaître cette possibilité mais sans l'encadrer. En dépit de leur position favorable à la liberté des autorités locales d'attribuer les contrats directement ou par voie d'appels d'offres, le Comité des régions, le Comité économique et social trouvent que la Commission va trop loin ici et devrait encadrer cette attribution directe par des contreparties qui assurent une concurrence équitable, comme c'est le cas par exemple pour la fourniture des services à travers un opérateur interne. Mais comme nous l'avons vu, la dérogation au principe de mise en concurrence se limite à une période transitoire de dix ans (art. 8 § 2). Les compensations constituent alors des aides d'Etat autorisées par le Règlement et dispensées de notification auprès de la Commission.

Par ailleurs, lors de l'accord politique du Conseil, la Suède à laquelle s'est jointe l'Italie a fait une déclaration stipulant qu'elle se réserve la possibilité d'exercer une certaine réciprocité dans l'attribution des contrats de transports publics de chemins de fer, tant que la législation n'est pas harmonisée en ce domaine. Les chemins de fer suscitent donc de vives réactions mais la Commission maintient une dérogation large car ce mode de transport doit en parallèle répondre

⁶³⁴ Cons. 25 Règlement n°1370/2007: « *Le transport public de voyageurs par chemin de fer pose des questions particulières liées à la lourdeur des investissements et au coût des infrastructures. En mars 2004, la Commission a présenté une proposition de modification de la directive 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires [10], pour assurer à toute entreprise ferroviaire communautaire un accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de voyageurs. Le présent règlement n'a pas pour but de poursuivre l'ouverture du marché des services ferroviaires, mais d'instaurer un cadre légal en matière d'octroi de compensation et/ou de droits exclusifs pour les contrats de service public.* »

aux normes détaillées des paquets ferroviaires⁶³⁵.

C – Les mesures de transparence

L'article 5 aborde aussi la question de la coordination des règles d'attribution des contrats dans le règlement avec les directives de marchés publics. Il réaffirme la primauté des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE relatives aux procédures de marché public sur le règlement lorsque les contrats de transports de voyageurs par autobus ou par tramways ne constituent pas des concessions de services mais des marchés publics. De nouveau, le Comité des régions dans son avis du 16 février 2006, le Comité économique et social dans son avis de mai 2006, ont demandé que le règlement ait primauté sur les directives des marchés publics. Le second sollicite même qu'il s'applique à tous les contrats de transports publics même ceux qui constituent des marchés publics. Là encore ces arguments se fondent en partie sur la caractère particulier du secteur et sur la légitimité d'une *lex specialis* basée sur le titre V du Traité qui donne compétence à la Communauté pour définir une politique commune en la matière. Cependant le Conseil comme la Commission se sont opposés à cette volonté du fait des obligations de la Communauté vis-à-vis de l'Organisation Mondiale du commerce. De ce fait, lorsque les Directives marchés publics s'appliquent, le contrat pourra être attribué à un opérateur interne selon la jurisprudence de la Cour de justice ; en revanche si ce sont les procédures du Règlement qui sont applicables, l'attribution à un opérateur interne doit respecter la définition de l'article 5 paragraphe 2.

Le règlement introduit par ailleurs un droit de recours contre les décisions prises en application des règles d'attribution des contrats. Un tel recours existe déjà pour les marchés publics. Ainsi toute personne qui aurait eu intérêt à se voir attribuer un contrat peut contester la légalité des décisions des autorités compétentes lorsqu'elles violent le droit communautaire ou le droit national pris en application. L'organe de réexamen doit motiver sa décision et lui même est sujet à un contrôle judiciaire si la légalité de son activité est mise en cause.

⁶³⁵ La Commission européenne a adopté le 30 avril 2008 des lignes directrices sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires. Ces lignes directrices clarifient les règles applicables aux financements publics dont peuvent bénéficier les compagnies de chemin de fer. La Commission accompagne ainsi le processus de libéralisation du secteur et fait en sorte que ces financements publics contribuent à la mobilité durable en Europe.

Enfin, plusieurs mesures visent à assurer le maximum de transparence possible. Il est nécessaire par exemple que les autorités compétentes publient une fois par an un rapport global sur les obligations de service public, l'opérateur sélectionné et les droits exclusifs accordés afin de pouvoir évaluer et contrôler la qualité et l'efficacité du service et de son financement. Les services par autobus et par chemin de fer doivent faire l'objet d'une étude séparée (art. 7). Ce rapport est pour le Comité économique et social très avantageux pour les citoyens qui auront ainsi un droit de regard sur le service. De plus, les décisions de lancer une procédure de mise en concurrence ou d'attribuer directement un contrat doivent être publiées au moins un an à l'avance avec des détails sur le service concerné;

La Commission devra également présenter un rapport à la fin de la période transitoire sur l'application du règlement et l'évolution des services de transports publics de voyageurs notamment la qualité de ces services et l'effet des attributions directes de contrats (art.11). Les Etats membres doivent aussi communiquer les informations que souhaitent examiner la Commission pour les compensations de service public (art.6).

L'ampleur et le détail des mesures visant à assurer la transparence s'explique notamment par le nombre d'acteurs impliqués dans le service sur un plan vertical, de la Communauté européenne aux autorités locales, comme au plan horizontal, de la Commission aux opérateurs. Les mesures de transparence devraient donc permettre un meilleur contrôle de la bonne application des normes mais aussi une meilleure coordination.

Ces mesures sont très contraignantes pour de petites collectivités et on peut craindre que leur mise en œuvre soit difficile pour celles-ci. Elles représentent de lourdes charges administratives et pourraient être en réalité reportées sur les opérateurs. Pour éviter les critiques et un nouveau blocage, la Commission a été attentive à multiplier les garanties pour les collectivités locales en promouvant en particulier, la subsidiarité.

§ 2 – La promotion de la subsidiarité

Le nouveau règlement se veut neutre vis-à-vis des Etats, le douzième considérant renvoie en effet à l'article 295 du Traité CE. Les règles de concurrence démontrent déjà une certaine prise en compte des réalités locales et des pouvoirs des collectivités. Les exceptions au principe d'attribution par voie d'appels d'offres sont plus clairement établies qu'auparavant, et ainsi plus simples à appliquer. Mais d'autres dispositions ont été adoptées en réponse aux revendications des collectivités locales ou du Parlement européen au nom de la subsidiarité. A cet égard, les mesures de reconnaissance de l'opérateur interne (A), l'absence de critères de service public obligatoires (B) et le maintien des contrats en cours (C) sont significatives.

A - L'opérateur interne

Après avoir réglée la question de la coordination des procédures d'attribution du contrat dans le règlement avec celles des directives de marchés publics, l'article 5 sur l'« *attribution des contrats de service public* » aborde le cas de la gestion directe des services et de l'attribution directe à un opérateur interne. Le principe de l'appel d'offres au paragraphe trois est d'ailleurs désormais posé en opposition au cas de l'opérateur interne puisqu'il s'applique au « *tiers autre qu'un opérateur interne* ». Le nouvel article 5 paragraphe 2 se fonde sur l'amendement 61 de la résolution du Parlement européen en première lecture, lequel constituait la revendication la plus vive de ce document.

Le règlement n°1370/2007 innove en procurant une définition de l'opérateur interne ou « *in-house* ». Cette démarche est originale car le droit communautaire ne connaît pas de définition de cette notion dans sa législation. Elle est en effet d'origine purement jurisprudentielle. Cependant le règlement n'est pas totalement fidèle à la définition élaborée par la Cour de justice. A l'article 2, le règlement définit l'opérateur interne comme « *une entité juridiquement distincte sur laquelle l'autorité locale compétente ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* ».

Le règlement donne des indices (art.5 §2 a)) pour apprécier le contrôle de l'autorité compétente sur l'opérateur qui suivent largement les critères dégagés par la jurisprudence (*Stadt Halle, Parking Brixen*)⁶³⁶ : « le niveau de représentation au sein des organes d'administration, de direction ou de surveillance, les précisions y relatives dans les statuts, la propriété ainsi que l'influence et le contrôle effectifs sur les décisions stratégiques et sur les décisions individuelles de gestion ».

Le règlement permet donc d'apprécier plus largement que la Cour de justice l'autorité de contrôle. Suite aux discussions sur la proposition et à la pression des collectivités locales, il peut en effet s'agir d'une seule autorité ou d'un groupement d'autorités. Dans la proposition de 2005, l'hypothèse du contrôle public multiple n'était pas envisagée. Le Parlement a cependant lutté pour permettre d'élargir la définition de l'opérateur interne à ce cas. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de justice avait d'ailleurs longtemps été incertaine. Il semble néanmoins que depuis l'arrêt *Asemfo* de 2008, les juges de Luxembourg aient rejoint cette même position.

La notion d'autorité de contrôle est plus large que dans les décisions de la Cour de justice sous un autre aspect. Le texte ajoute en effet une précision qui semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice. Il dispose que « Conformément au droit communautaire, la détention à 100 % du capital par l'autorité publique compétente, en particulier dans le cas de partenariats publics-privés, n'est pas une condition obligatoire pour établir un contrôle au sens du présent paragraphe, pour autant que le secteur public exerce une influence dominante et que le contrôle puisse être établi sur la base d'autres critères » (art.5 §2 a)). Depuis l'arrêt *Stadt Halle*, il semble pourtant impossible que les juges admettent l'existence d'une relation interne permettant d'évincer les règles de mise en concurrence dès lors que le capital de l'opérateur appartient en partie, même infime, à une personne privée. Les juges de Luxembourg considèrent qu'il y a une incompatibilité d'intérêts entre personne publique et personne privée. Cette approche est d'ailleurs reprise par la Commission dans ses publications sur les concessions ou les

⁶³⁶ Cf. supra p 285. CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec. I-1 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec.I-8612

partenariats-publics-privés institutionnalisés.

Mais le Conseil et le Comité des régions ont cependant une vision différente de la Cour et au nom de la spécificité du secteur des transports publics revendiquent la possibilité de reconnaître à un opérateur dont l'autorité de contrôle accueille des personnes privées, la qualité d'opérateur interne. Ainsi dans son opinion, le Comité des régions propose l'inclusion à la définition de l'opérateur interne d'un seuil au dessous duquel la participation d'une personne privée dans le capital serait sans conséquence sur le statut du délégataire du service. Le Comité souhaite également que l'opérateur interne puisse s'associer à une entreprise externe sur lequel l'autorité compétente n'a pas de pouvoir de contrôle pour se restructurer. Il fait ensuite une sévère critique de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de délégation interne, estimant qu'elle va à l'encontre du principe de neutralité inscrit à l'article 295 du Traité et rappelé dans les considérants du projet de règlement. De même, comme le Comité économique et social, il ajoute que les décisions des juges ne sauraient déterminer l'activité du législateur communautaire, pour enfin conclure que les règles sur les aides d'Etat et les compensations de service public suffisent à contrôler l'intervention des autorités publiques sur le marché et que les entreprises publiques de transports ne devraient pas en être exclues mais au contraire bénéficier d'un régime transitoire pour se préparer à affronter la concurrence des entreprises privées.

Dans les transports publics locaux, les sociétés d'économie mixte si elles remplissent les autres conditions posées par le règlement, peuvent donc maintenir leur activité. C'est une mesure précieuse pour de nombreux opérateurs, notamment en Italie où les entreprises municipales qui ont pris des formes sociétaires, comprennent souvent un partenaire privé qui permet de multiplier les sources de financement nécessaires aux investissements lourds du secteur.

Enfin, l'alinéa d) donne également une acception élargie de l'autorité de contrôle. Au cas où aucune autorité locale ne serait pas compétente pour un territoire donné, l'Etat peut s'y substituer quand bien même il agirait sur un territoire qui n'est pas national et sous réserve que l'opérateur interne ne participe pas à des appels d'offres sur d'autres territoires. Le lien organique est ici très

artificiel, néanmoins le règlement admet qu'une délégation interne puisse être caractérisée.

Le règlement n°1370/2007 va donc très loin sur la question de l'opérateur interne, à tel point que la jurisprudence sévère de la Cour de justice semble écartée. Il n'est pas sûr que cet article soit bien accueilli par les juges de Luxembourg car il pourrait revigorer les plaintes relatives à l'acceptation trop stricte de l'opérateur interne dans les décisions de la Commission.

Cette définition élargie de l'opérateur interne trouve cependant une limite à son champ d'application. Il s'agit du principe de cantonnement. Celui-ci consiste en deux contraintes. Tout d'abord, l'opérateur interne a son activité limitée au territoire de l'autorité compétente qui exerce son contrôle sur lui. Seules des lignes sortantes ou accessoires l'autorisent à agir hors de ses frontières. Ensuite, le cantonnement se traduit par l'interdiction faite à l'opérateur interne de participer à des mises en concurrence hors du territoire de l'autorité de contrôle. Cette mesure relève de la même logique que la clause de réciprocité. Si l'opérateur interne pouvait conquérir des marchés hors de son territoire de référence, il bénéficierait en effet d'un avantage concurrentiel du fait du bénéfice du marché protégé qu'il gère.

Mais le droit communautaire n'apprécie guère ce type de mesures qui bien qu'elles tendent à rétablir l'égalité entre les compétiteurs sur les marchés, heurtent les principes de libre concurrence et non discrimination. Aussi, l'alinéa c) tempère la limite. Dans les deux ans qui précèdent les termes du contrat attribué directement, à condition qu'une décision définitive de mise en concurrence du contrat ait été prise et que l'opérateur ne se voit attribuer aucun autre contrat directement, celui-ci a la possibilité de concourir à des appels d'offres hors de son territoire de référence.

La théorie de l'opérateur interne fait donc l'objet de grands développements dans le règlement. Un travail de conceptualisation important a été fait sous la pression des autorités locales à travers le Parlement européen.

Le principe du cantonnement géographique a fait l'objet d'un accueil positif. Le Comité économique et social y voit un mécanisme optimum pour concilier liberté d'administration des collectivités locales et équité dans la concurrence.

La notion développée dans ce secteur ne correspond pas exactement à celle développée par la Cour de justice. Elle est dans sa définition plus permissive mais en contrepartie comporte des exigences qui limitent les possibilités de distorsion de concurrence.

B - L'absence de critères de service public obligatoires

Le règlement n°1370 ne contient plus aucune référence aux critères du service public qui doivent guider les autorités compétentes dans la sélection des offres et l'adjudication du contrat. Cette charge est confiée totalement aux autorités compétentes. Celles-ci doivent cependant indiquer dans les documents de mise en concurrence et dans les contrats les normes de qualité qu'elles attendent de voir respectées par l'opérateur. La perspective est donc radicalement différente par rapport à celle de 2000 et 2002. Le nouveau règlement ne s'est pas limité à reculer sur des questions ayant trait à la concurrence et que les autorités locales dénonçaient comme affectant leur autonomie de gestion (notamment le principe de l'attribution des contrats par appel d'offres avec la quasi-impossibilité d'y déroger), il recule également sur la question du service public alors même que l'opposition s'était montrée moins virulente sur ces points.

En effet, certains acteurs ont même regretté le recul de la Commission sur cette question. Ainsi dans son avis du 18 mai 2006, le Comité économique et social invite à revenir à l'esprit de la proposition de 2002 et à réintroduire, dans le respect de la subsidiarité, des normes sur la qualité du service. Il suggère que la proposition de 2005 soit complétée par une liste, non exhaustive, d'exigences minimales en matière de sécurité, qualité et informations des voyageurs, que les autorités compétentes devront prendre en compte lors de la sélection d'un partenaire.

Dès lors la nouvelle norme se trouve sur ce point vidée de toute substance pour laisser pleine autonomie aux autorités compétentes, non seulement pour définir le mode de gestion, mais aussi le contenu de l'intérêt général à travers les normes de qualité. Le Conseil soutenant cette

approche est cependant intervenu pour introduire un article obligeant les autorités compétentes à faire figurer dans les contrats les normes de qualité qu'elles imposent, assurant ainsi la transparence. Le considérant n°13 indique notamment que les autorités peuvent établir des normes de qualité en référence aux conditions de travail, à la protection de l'environnement ou les besoins des personnes à mobilité réduite. Mais les autorités sont libres de déterminer leurs priorités politiques.

Sur ce point, les défenseurs d'un service public européen regretteront le recul de la Commission. Les exigences de qualité auraient permis la constitution d'un véritable service universel des transports publics. Cependant les débats des propositions de 2000 et 2002, où les parties prenantes sont allées très loin sur ce thème ont pu contribuer à l'émergence toujours plus prégnante en droit communautaire d'exigences de qualité. Toutefois la tendance communautaire orientée sur le consommateur, chute face aux Etats membres qui conservent une vision du service public fondée sur les autorités publiques.

C - Le maintien des contrats conclus par l'autorité compétente

L'objectif est de garantir la sécurité juridique pour les contrats en cours.

Pour les contrats en cours, en fonction de la procédure qui a mené à leur attribution, le nouveau règlement a prévu un régime transitoire. La date de référence est celle de la première proposition de la Commission à savoir le 26 juillet 2000, date à laquelle elle a explicitement proclamé le principe d'attribution concurrentielle des contrats. Elle confère donc a posteriori une certaine valeur juridique à un principe qu'elle avait proclamé seule, puisqu'à l'époque le Parlement et les Comités n'avaient pas encore rendu leurs avis. En quelques sortes, dès le lancement d'une nouvelle procédure législative sur une norme de droit communautaire, les Etats devraient vérifier la législation nationale et procéder à une mise en conformité. En l'occurrence, cela paraît quelque peu contestable connaissant les réactions qu'ont suscitées cette première proposition de 2000 et toutes les modifications qu'elle a subies, y compris les limitations au principe.

En tout cas, pour les Etats où les contrats étaient avant cette date attribués par une mise en

concurrence, le règlement n'a aucun impact. Pour les contrats attribués selon une procédure de mise en concurrence équitable entre la date de cette proposition et la date d'entrée en vigueur du nouveau règlement ou pour les contrats qui avant la première proposition n'étaient pas attribués par voie d'appels d'offres, les contrats peuvent être portés à leur terme mais non au delà de trente ans. Enfin pour ceux qui pendant ce laps de temps n'auraient pas été attribués de manière équitable, ils seront poursuivis dans la mesure où leur durée n'excède pas celle fixée par l'article 4 (art.8).

La date limite pour le respect des procédures d'attribution des contrats de service public est le 3 décembre 2019, soit dix ans après l'entrée en vigueur du règlement.

Section II – Impact sur les transports publics locaux en France et en Italie

Le règlement n°1370/2007 est d'application directe et ne requiert donc pas de transposition dans une norme nationale. Il s'adresse en premier lieu aux autorités locales qui sont en charge de sa mise en œuvre. Ainsi selon le type de transport en cause la région, le département ou la commune devront agir conformément aux nouvelles mesures. Cependant le règlement permet le maintien de clauses législatives nationales. Ainsi la législation nationale voire régionale en Italie est aussi à prendre en compte par les plus petites collectivités locales.

Les longs débats qui ont accompagné l'adoption du règlement démontrent que les Etats cherchent à protéger des modèles particuliers de gestion et que le règlement a des conséquences significatives sur les régimes de transports publics locaux. Bien que le texte finalement adopté paraisse beaucoup plus modeste que les premières propositions avancées par la Commission, il se heurte à certains aspects des droits nationaux.

Pourtant le lent processus législatif avait amené, suite aux premières propositions de la Commission, certains Etats membres à entamer une réforme de leur régime de transports publics

pour mettre en conformité avec les principes posés dans ces documents.

En France, cet impact se situe principalement en région Ile-de-France où les besoins de la grande agglomération ont engendré la création d'un réseau intégré de métro, autobus et trains contrôlés par diverses collectivités territoriales (§1). En Italie, le règlement arrive après la réforme du secteur et apparaît moins sévère que les normes nationales (§2). Dans tous les cas, l'entrée en vigueur du règlement aura lieu le 3 décembre 2009 avec une période de transition de dix ans pour la mise en conformité des procédures d'attribution des contrats.

§ 1 – France : la nécessité de réviser le régime de Paris et sa région

Pour mesurer les conséquences du nouveau règlement 1307/2007 en France, il faut distinguer la Province de la région Ile-de-France. Ces deux zones ont des régimes différents⁶³⁷.

En Province, les AO ont deux possibilités, l'attribution directe du contrat de délégation de service et l'attribution par appels d'offres. Dans le premier cas, qui correspond à environ 10% des situations, il s'agit de services municipaux. Pour se conformer à la législation communautaire, les collectivités devront respecter les exigences du règlement relatives à la conclusion d'un contrat, sa durée et dans le calcul de compensations équilibrées au vu des coûts du service public. Dans le cas d'une procédure d'appel d'offres, (plus de 90% des cas) il s'agit d'une délégation de service public. La loi « Sapin » est donc applicable ce qui garantit un certain nombre de mesures de transparence. La législation française apparaît en fait plus stricte que le nouveau règlement. En effet, la loi Sapin impose l'organisation d'appels d'offres pour les SEM ce que le règlement 1370/2007 permet d'éviter lorsque les conditions de l'article sur l'opérateur interne sont réunies. Par ailleurs, les seuils qui commandent la mise en œuvre d'appels d'offres sont plus bas que ceux prévus par la norme communautaire. Les collectivités locales ont d'ailleurs à plusieurs reprises demandé une hausse de ces seuils mais sans succès. On peut donc imaginer que les collectivités

⁶³⁷ Cf Partie première p 215.

locales veillent se prévaloir du règlement comme norme spéciale pour échapper aux procédures de la « loi SAPIN » dans le cas de SEM répondant aux conditions du « in-house ».

En Ile-de-France, le nouveau règlement a des conséquences beaucoup plus importantes.

Depuis 1959⁶³⁸, l'Etat est en effet la principale collectivité représentée au sein du syndicat des transports parisiens (STP), établissement public en charge d'organiser les transports en commun de voyageurs dans la région parisienne. A ses côtés se trouvent la Ville de Paris, les départements de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne. La RATP et la SNCF, entreprises publiques sont en charge de près de 90% du réseau. Depuis 2006 cependant, après la transformation du STP en STIF, la région et les collectivités locales sont devenues les principales autorités de tutelle de l'établissement public et l'Etat s'est retiré. Depuis la création du STIF les nouvelles lignes sont attribuées par appel d'offres. Par ailleurs, la loi Solidarité et Renouvellement Urbain (SRU) du 13 décembre 2000, a autorisé la RATP à répondre à des appels d'offre hors de l'Ile de France par l'intermédiaire de ses filiales.

Le problème de compatibilité avec le règlement n°1370/2007 tient au fait que la RATP ainsi que la SNCF sont des entreprises nationales qui appartiennent à l'Etat. Elles ne peuvent donc être assimilées à des opérateurs internes car les collectivités pour lesquelles elles travaillent n'ont pas sur elles un contrôle analogue à celui qu'elles ont sur leurs propres services. A l'avenir il faudra donc participer aux procédures d'appel d'offres pour qu'elles puissent se voir attribuer un contrat. Or ces entreprises craignent la concurrence étrangère.

Cependant si ces entreprises pouvaient être considérées comme des opérateurs internes, le principe du cantonnement inscrit dans le règlement obligerait tout de même la RATP à faire un choix. Pour se voir attribuer le service directement en tant qu'opérateur interne et conserver ainsi un monopole sur la région parisienne, la RATP devrait renoncer à conquérir des marchés externes. De plus, le principe de la réciprocité pourrait lui être opposé par les AO étrangères qui

⁶³⁸ L'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs et ses décrets d'application ont institué l'organisation des transports collectifs de voyageurs en Île-de-France.

pourraient ainsi rejeter l'offre de la RATP.

La détermination de la nature exacte de la relation de la RATP vis-à-vis des collectivités qui la gèrent va donc être déterminante notamment car si le réseau francilien représente une certaine manne, la RATP a conclu de nombreux contrats à l'étranger⁶³⁹.

Le statut des transports publics en Ile-de-France devrait donc progressivement, du fait de la mise en œuvre du Règlement 1370/2007 s'apparenter à celui de la province.

Quant au transport ferroviaire régional⁶⁴⁰, il est réglementé par la LOTI qui consacre le monopole de la SNCF. Depuis la loi SRU de 2002 par ailleurs, l'Etat a transféré aux régions la compétence de l'organisation et du financement du transport régional (sauf pour l'Ile-de-France et la Corse). Dans ce contexte des contrats pluriannuels lient les régions à la SCNF pour la gestion des lignes ferroviaires sur leur territoire. Cependant le règlement obligations de service public offre la possibilité aux régions d'ouvrir leur marché et de conclure des contrats de transport avec de nouveaux opérateurs. Celles-ci pourront conclure des contrats de gré à gré (pour les transports ferroviaires) ou procéder à des appels d'offres. Le problème tient à la compatibilité de cette norme, directement applicable à partir de décembre 2009 avec la LOTI qui consacre en son article 18 le monopole de la SNCF. Une intervention législative paraît donc nécessaire. Sinon le principe de primauté communautaire devrait s'appliquer et le règlement communautaire serait directement invocable par les collectivités publiques. A moins qu'on retienne que ces deux normes sont compatibles dans la mesure où le règlement offre une simple option aux régions de changer d'opérateur ou d'user de procédures d'appels d'offres pour l'attribution de droits exclusifs. Il apparaît donc possible au vu de la loi nationale et du règlement lui-même, qui autorise le maintien de la négociation gré à gré d'éviter la mise en concurrence des lignes. L'Alsace dont le contrat arrive à terme en 2009 devrait être la première région concernée par ce conflit de normes.

⁶³⁹ La RATP participe par exemple au capital de l'ATAF opérateur public de transports publics à Florence en Italie.

⁶⁴⁰ Rapport à M. le Premier ministre de M. Hubert HAENEL, sénateur du Haut-Rhin (seconde partie)

Une seconde interprétation du règlement supporte l'idée que cette norme laisse au libre choix des AO la possibilité de mettre en concurrence les services dont elles sont responsables, ce qui imposerait la modification de la législation nationale. En cas de conflit entre la loi nationale et une décision du Conseil régional de mettre en concurrence les services ferroviaires, les juges devraient faire primer la norme communautaire et donc la décision des régions.

Un autre problème d'interprétation pour les juges est la définition de la concession. Si le contrat est considéré comme un marché public, il est alors soumis aux procédures inscrites dans les directives « marchés publics ». En revanche, si le contrat est qualifié de concession de service public alors il doit être attribué selon les dispositions du règlement. La difficulté est liée à la différence de définition du concept de concession en droit français et communautaire. Pour le juge français, le contrat constitue une concession quand la rémunération est substantiellement assurée par les revenus d'exploitation. Des incertitudes demeurent cependant sur le sens à donner à ce « *substantiellement* ». Est-ce la moitié des revenus ou moins? Puis il s'agit de déterminer ce que constitue la rémunération. Doit-on apprécier uniquement les redevances payées par les usagers ? Ou y ajouter les amendes? Ou encore les revenus de la publicité? En droit communautaire, le droit d'exploitation est le critère déterminant. Les juges français vont donc devoir être attentifs à la définition de la concession telle que la pose la directive n°2004/18/CE et telle l'interprètent les juges communautaires, pour savoir quelle procédure appliquée.

§ 2 Italie : un régime national plus sévère que le règlement

En Italie, la réforme nationale du secteur des transports publics a été initiée par le décret législatif n°422/97⁶⁴¹. Il visait à introduire la concurrence régulée dans le secteur des transports publics locaux. Cependant le résultat est mitigé. Dans une première phase, il a révolutionné les coutumes et permis d'ouvrir le marché à la concurrence (1997-2002) puis dans une seconde phase, le mouvement a ralenti (2003-2009).

⁶⁴¹ Cf. Première partie p 225.

Par ailleurs, la réforme a été appliquée inégalement. L'ouverture à la concurrence des marchés locaux de transports publics relève de la législation régionale. Il en résulte des situations locales très variées. Globalement l'Italie est divisée en deux sous la Toscane, l'Ombrie et les Marches. Dans la partie Sud (sauf les Pouilles) la libéralisation n'a pas été mise en œuvre par les lois régionales au contraire de la partie Nord où le marché est largement ouvert.

Le ralentissement du rythme de la réforme s'explique par l'adoption en parallèle d'un nouveau régime général des services publics locaux. Ce nouveau régime mis en place par la loi de finances de 2004 (loi n°350/2003⁶⁴² et décret législatif n°269/2003) prévoit la possibilité d'échapper aux règles de transparence et d'égalité de traitement grâce à l'exception « in-house » et au traitement particulier des SEM qui peuvent également échapper à une mise en concurrence. De plus, comme nous l'avons vu, la révision du régime de services publics locaux de 2003 fait primer la norme générale sur les normes de secteur incompatibles. Cette norme concurrente crée donc une certaine incertitude juridique qui peut être profitable au statu quo sur les marchés locaux. La conséquence directe fut que certaines villes optèrent pour une attribution directe du service à des opérateurs internes, ce qui allait au contraire de l'esprit des décrets de 1997 et 1999 qui prévoyaient qu'avant 2003 tous les services de transports publics locaux y compris les transports ferroviaires régionaux devaient être attribués par appel d'offres. Ainsi Rome, ville pionnière dans la mise en œuvre de l'appel à concurrence, attribua à ses opérateurs en charge du service (Trambus et Metro) le service directement pour sept ans. Cette confusion juridique entre régime général et de secteur a poussé le législateur à intervenir de nouveau car l'esprit de la réforme des transports publics se trouvait affecté. En novembre 2004, le Parlement inscrit de manière surprenante, dans une loi en matière environnementale⁶⁴³, un article sur les transports publics. Cette mesure dispose simplement que les transports locaux y compris ceux ferroviaires sont exclus de l'application du décret-législatif n°269 de 2003. En conséquence, à partir de la fin 2005, l'attribution par appel d'offres est redevenue la forme normale d'attribution des services de

⁶⁴² Loi du 24 décembre 2003, n. 350, « Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004) », GU n. 299 du 27 décembre 2003.

⁶⁴³ Loi n°308 du 15 décembre 2004, Legge 15 dicembre 2004, n. 308 - Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione .

transports publics.

Dans ce contexte, la législation nationale italienne en matière de transports publics s'avère plus restrictive que le nouveau règlement communautaire sur au moins quatre points.

Une première différence a trait au mode d'attribution des contrats de service public de transports. La norme communautaire autorise une attribution directe pour les services gérés par des opérateurs internes, pour le rail ainsi que pour les contrats n'atteignant pas le seuil moyen annuel de un million d'euros ou qui effectue moins de 300 000 km par an. Sur ce point la législation nationale italienne est plus sévère et prévoit uniquement l'attribution par appel d'offres. Le maintien d'une attribution directe ou d'une gestion en régie a pour contrepartie de voir le champ d'action de l'organisme limité au bassin territorial d'origine, ce qui équivaut au principe de cantonnement. La collectivité est par ailleurs obligée de céder quelques parts de cette entité à travers des procédures compétitives⁶⁴⁴.

De plus pour l'attribution des contrats, les règles de procédure à appliquer sont exclusivement celles de la directive « marchés publics » de services 2004/17/EC (art 18 § 2 a). Ainsi que le contrat soit un marché public ou une concession ce sont les règles des marchés publics qui s'appliquent. Le droit communautaire est moins strict en ce qu'il prévoit pour les concessions des procédures propres au service des transports publics de voyageurs et inscrites à l'article 5 du Règlement n°1370/2007 sur les obligations de service public.

La durée des contrats telles que prévue par le règlement est par ailleurs plus longue que celle prévue par la loi italienne. Le règlement indique une durée de 10 ans pour les contrats de bus et de 15 ans pour le rail avec une possible prolongation de la moitié. En Italie les contrats sont limités à une durée de neuf ans permettant de renouveler ainsi fréquemment la mise en concurrence des opérateurs (art 18 § 1).

Pour ce qui est de la réciprocité la législation italienne a instauré un système quelque peu

⁶⁴⁴ Art 18 § 2 a du décret législatif n°422/97

différent du règlement n°1370/2007 qui permet l'exclusion des appels d'offres des opérateurs in-house ou qui n'ont pas la moitié de leurs services attribués selon la méthode préconisée par le règlement dans la seconde période de transition. En Italie toutes les compagnies qui ont reçu une attribution directe de contrat peuvent être exclues (art 18 § 2 b).

Enfin la date d'entrée en vigueur de ces normes diffère. Le décret italien est entré en vigueur le 31 décembre 2007 alors que le règlement entrera en vigueur décembre 2009 avec la possibilité dans certaines conditions, pendant dix ans, de maintenir le statu quo puis de s'ouvrir progressivement à la concurrence.

Les régions n'ont pas ignoré ces divergences et les ont même instrumentalisées pour réformer leur régime de transports publics locaux dans un sens favorable aux collectivités locales et aux opérateurs en exercice. Deux recours⁶⁴⁵ récents auprès de la Cour constitutionnelle visent ainsi à censurer des lois régionales qui se fondent sur le règlement n°1370/2007 pour contourner la législation nationale. Le premier recours de constitutionnalité a été introduit par le représentant de l'Etat en Sicile en février 2008. Il attaque un décret-législatif du 26 janvier 2008 sur les dispositions financières pour l'année suivante qui se fonde sur le règlement communautaire pour prolonger les concessions, sans réorganiser d'appel d'offres. La différence de durée des contrats entre la norme nationale et communautaire permettait ainsi de multiplier par trois la période initialement prévue pour ces concessions et de retarder ainsi l'ouverture du marché. Pour le Commissaire d'Etat, cette mesure viole la Constitution italienne en plusieurs points. Elle viole notamment l'article 117 paragraphe un qui pose le principe communautaire de libre circulation et libre prestation des services. Elle est contraire par ailleurs à la législation nationale qui impose et promeut la « *valeur fondamentale* » de l'attribution par appel d'offres afin de garantir l'ouverture des secteurs mais « *surtout* » parce que la législation régionale empêche la bonne exécution des normes communautaires. Le décret-législatif s'oppose également à l'article 117 paragraphe 2, base de la compétence transversale de l'Etat en matière de concurrence qui veut que les régions

⁶⁴⁵ Recours n°11 de 2008, du 2 février 2008, du Commissaire d'Etat de la région de Sicile, GU de la région de Sicile n°12 du 14 mars 2008; Recours de la chancellerie (Conseil des ministres) n°15 du 3 mars 2009, GU n°13 du premier avril 2009.

respectent la norme nationale dans ce domaine. Enfin le Commissaire estime que la norme sicilienne va à l'encontre de l'esprit du règlement et notamment de son article 5, qui tend à l'ouverture des marchés et non à leur fermeture ou au maintien des opérateurs historiques. Le décret-législatif sicilien est donc porté devant la Cour constitutionnelle.

Plus récemment, un autre recours contre la loi de finances de la région du Latium du 3 mars 2009 a également été introduit. Dans ce cas, le représentant de l'Etat conteste les mesures qui définissent l'opérateur interne dans la loi régionale. Tout d'abord il affirme là encore que l'article 117 § 2 CI qui garantit la compétence exclusive de l'Etat en matière de concurrence est violée car la norme du Latium permet de prolonger la durée des contrats en cours jusqu'à ce que les procédures imposées par le règlement n°1370/2007 soient mises en œuvre et en tout cas avant le 31 décembre 2010. Ensuite, la norme régionale introduit la possibilité d'attribuer directement le service à un opérateur interne ce que la norme nationale n'autorise pas mais surtout la chancellerie conteste la définition retenue d'une opération « in house » car la loi de finances n'évoque pas le critère du contrôle analogue alors même que celui-ci est fondamental tant dans la jurisprudence communautaire que nationale⁶⁴⁶. La Cour constitutionnelle devra donc également se pencher sur ce recours.

Ces différences entre le régime national et communautaire et les manœuvres qu'elles entraînent dans les régions, ont en partie motivé le nouveau mouvement de réforme des transports publics locaux initié en 2007. Toutefois les dynamiques nationales sont primordiales dans la mesure où en réalité le règlement n°1370/2007 tolère des normes nationales plus sévères.

Ainsi en mars 2007 un groupe de travail nommé « Table technique sur les transports publics locaux » est constitué auprès du gouvernement, chargé de présenter une réforme du secteur. En parallèle en mai une demande de délégation de pouvoir au gouvernement a été présentée pour le projet de réforme générale des services publics locaux (projet de loi LANZILLOTTA). Le groupe de travail a élaboré un projet approuvé en novembre 2007 par le Conseil des ministres,

⁶⁴⁶ Par exemple Conseil d'Etat, décision du 6 juin 2007, n°2932 de 2007.

appelé projet de loi «BIANCHI» et en décembre 2007⁶⁴⁷, la loi de Finances de 2008 comprend également des mesures sur les transports publics locaux. Cette dernière norme prévoit en effet de supprimer les transferts de ressources de la part de l'Etat aux régions ordinaires lesquelles se financeront à travers les revenus d'accise du gasoil à moteur. Pour les investissements un Fonds pour la promotion et le développement du transport public local est institué. Une dotation annuelle de plus de 110 millions d'euros lui est accordée pour l'acquisition de véhicules. La répartition de cette somme se fera sous la forme de prime aux initiatives les plus favorables à la qualité du service, à la mobilité publique et à la protection de l'environnement. Par ailleurs, les personnes physiques pourront déduire de leur impôt sur le revenu brut, 19% de leurs dépenses jusqu'à un maximum de 250€ pour leurs dépenses en abonnement de transports publics locaux⁶⁴⁸. Enfin la loi de Finances impose aux collectivités locales d'inclure dans les contrats de gestion une obligation pour le partenaire sélectionné d'éditer une charte des services publics qui précise les standards de qualité et de quantité des prestations, les modalités d'accès à l'information et de réclamations. Un système de contrôle de ces standards est mis à la charge de l'opérateur.

Le projet de loi Bianchi de 2007 n'a pu être adopté suite au changement de gouvernement, ce qui laisse donc la réforme en suspens. Il est utile cependant d'observer quels sont les points que le législateur italien envisagerait de modifier dans le régime des transports publics.

Le projet se penchait notamment sur la question de la répartition des compétences entre l'Etat et les régions qui comme l'arrêt de la Cour constitutionnelle l'a montré, a suscité de nombreuses questions⁶⁴⁹. Le texte réaffirme que l'Etat ayant compétence exclusive pour la protection de la concurrence, les régions ne peuvent déroger aux normes étatiques relatives au mode d'attribution des contrats publics⁶⁵⁰. Le rôle fondamental que joue la région dans l'organisation et la programmation est également rappelé et notamment la tâche de définition des plans de bassin en fonction de la rentabilité des services, du niveau de la demande, de l'efficacité, etc.

⁶⁴⁷ Loi 24 décembre 2007, n. 244, « Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008) », GU n. 300 du 28 décembre 2007.

⁶⁴⁸ La réduction peut atteindre un maximum de 47,5 euros d'impôts. L'Etat prévoit ainsi une perte de ressources de près de 163 millions d'euros. Cfr. Senato della Repubblica, «Relazione Tecnica allegata al Disegno di Legge n. 1817 - Finanziaria 2008

⁶⁴⁹ Sentenza della Corte Costituzionale 2004.

⁶⁵⁰ Comme l'affirme la Sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 22 febbraio 2006.

Le projet posait aussi le principe de l'attribution des ressources liée à l'adoption des instruments de planification c'est-à-dire du Plan régional des transports pour les régions et du PUM pour les collectivités locales. Mais aucun mécanisme concret n'est instauré pour mettre en œuvre ce principe.

Les dispositions du Plan Triennal des services doivent être par ailleurs plus détaillées notamment sur la question des tarifs et pour la promotion des politiques de mobilité durable.

La définition des ressources pour la couverture des coûts des services minimums et dans les appels d'offres devait se fonder sur les coûts standards.

Cependant la réforme tend surtout à réviser les modes d'attribution des contrats. Le décret-législatif n'admet que l'appel d'offres pour l'attribution des contrats. Le nouveau projet ajoute deux autres options : la SEM dont le partenaire privé est sélectionné après mise en concurrence et l'opérateur interne, s'alignant ainsi sur le régime général des services publics locaux. Ces nouvelles options permettraient ainsi de se mettre en conformité avec le régime général des services publics locaux et le règlement n°1370/2007. Cependant pour que ces modalités soient admises, les collectivités locales devaient opérer un certain nombre de vérifications et notamment publier les motivations de leur choix. Dans le cas du choix de la SEM, l'autorité publique devrait réaliser une étude de marché et une enquête indiquant s'il n'est pas préférable de choisir un partenaire-tiers à travers un appel d'offres. Ces documents doivent être envoyés à l'Autorité garante de la concurrence et du marché. On retrouve donc les obligations que dans sa première version le projet de loi LANZILLOTTA prévoyait et qui avait fait l'objet de critiques du fait de la difficulté pour les plus petites collectivités locales à réaliser ces recherches.

La réforme va donc dans un sens plus favorable au pouvoir discrétionnaire des collectivités locales qui retrouvent un éventail plus vaste d'options pour la gestion de leurs services. Elle se rapproche du cadre communautaire et du cadre général national. Dans cette perspective il conviendra donc de vérifier que la gestion « in-house » et à travers des sociétés de partenariat mixte entre bien dans l'expression utilisée par le régime général « *dans le respect des normes communautaires* ». D'autant plus que dans la nouvelle norme portant sur les services publics locaux, le régime général prime sur la loi de secteur.

Conclusion sur le titre

Tout le processus d'adoption du Règlement n°1370/2007 se révèle une parfaite illustration de ce que la Commission peut faire en matière de SIEG dans la perspective de l'établissement d'un service public européen. La Commission a deux façons d'agir.

La première correspond à l'approche de la Commission dans ses propositions de 2000 et 2002. Il s'agit de réguler autant que possible les SIG et les SIEG dans des normes de concurrence, insistant ainsi sur leur aspect européen, en les harmonisant. La seconde approche, plus conforme à la réaffirmation des valeurs de subsidiarité et de diversité du Traité de Lisbonne, laisse une grande part de décision aux collectivités locales et favorise la variété.

Les discussions autour du règlement n°1370/2007 ont cependant montré qu'il n'est pas aisé de concilier ces principes. Tant que la qualité du service demeure un objectif pour lesquels les collectivités ont tout pouvoir discrétionnaire dans sa définition, la subsidiarité semble respectée. Mais si la Commission s'essaie à définir la qualité, ce qui est bon pour les usagers et par là même le service public, alors elle semble outrepasser ses pouvoirs et se trouve en conflit avec les autres institutions et les Etats.

La question de la coordination des acteurs dans un gouvernement multi-niveaux qui part de la Communauté européenne, une, pour atteindre les collectivités locales, multiples, est également posée.

Dans ces propositions de règlement, la Commission a fait preuve d'une grande ambition. Son action ne se limitait pas à encadrer la gestion du service (organiser la concurrence, assurer la transparence) mais bien à poser les critères de définition du service public. A travers les obligations de contractualisation, la Communauté européenne a assuré la transparence mais aussi participé à la définition de l'intérêt général. Entre l'encadrement des procédures d'attribution des

contrats et la fixation de ces critères, l'autonomie est de fait réduite pour les autorités locales. Quelle marge de manœuvre leur reste-t-il? Elles peuvent ajouter des critères au contrat mais la liste étant déjà de 14 critères en 2002 il n'est pas sûr que les autorités veuillent aller plus loin.

Dans le Règlement n°1370/2007, la part belle est faite aux collectivités territoriales. Cependant le pendant de cette action est la disparition dans les textes, de l'usager. On rétablit dès lors une relation où l'opérateur pour obtenir un contrat cherchera plus à « séduire » la collectivité que le public. Ne sombre-t-on pas alors dans un excès inverse tout aussi défavorable au service public? Les opérateurs dans le monde des transports publics sont peu nombreux et très puissants. En France, le marché se caractérise par un oligopole où trois grands groupes possèdent 75% des contrats (Veolia, Connex, Keolin)⁶⁵¹. Les autorités organisatrices ne sont pas toujours en mesure de faire face dans la négociation à ces entreprises qui possèdent en réalité plus d'informations que les autorités locales.

Pour ce qui est de l'impact et de sa portée sur les services publics locaux, le règlement n°1370/2007 est très important car il provoque des réformes nouvelles que les législateurs nationaux ne semblaient pas en voie de poursuivre. En Ile-de-France, le grand réseau de transports collectifs va être ouvert à la concurrence après plus d'un demi-siècle de quasi-monopole. Deux grandes entreprises de l'Etat vont devoir affronter dans des appels d'offres, des opérateurs étrangers. Il devrait donc y avoir une uniformisation du régime des transports publics locaux sur le modèle de la Province. Par ailleurs, au vu des possibles conflits entre la LOTI et le règlement n°1370/2007, le législateur devra intervenir pour mettre les normes en conformité ou les juges devront dégager une méthode pour concilier ces domaines. Enfin le monopole de la SNCF sur les chemins de fer pourrait être divisé par un démantèlement au niveau des régions. En Italie, le législateur a suivi de près les développements communautaires et est allé très loin dès sa réforme de 1997 dans sa volonté de se conformer aux principes européens. Les règles sur la concurrence dans le secteur des transports publics locaux sont souvent plus sévères que dans le règlement n°1370/2007. Mais déjà une réforme est en cours dans le secteur et en parallèle à celle qui portera sur les services publics locaux en général, pour intégrer certaines dispositions du

⁶⁵¹ En Italie, le marché est beaucoup plus fragmenté du fait de l'existence par le passé de nombreuses entreprises municipales.

nouveau règlement. Une meilleure cohérence entre les normes pourra permettre d'éviter les résistances locales et une hausse du contentieux devant les juges.

En tout cas, le règlement n°1370/2007 constitue une première tentative de libéralisation des services publics locaux. Reste-à-savoir si l'échec relatif de la Commission lors de ses propositions initiales, est temporaire, les conditions d'une déréglementation totale n'étant pas encore réunies ou s'il s'agit bien ici d'une barrière mise à légitimité de l'intervention communautaire sur ce terrain. Si la Communauté européenne reprend l'initiative, est-ce que cela sera à travers la question du service public et des usagers ou sur le thème de l'ouverture du marché pour, peut être, organiser une concurrence dans les marchés ? Le choix de l'une de ces deux voies sera révélateur du projet européen en matière de service public : définir un service public européen ou encadrer des services publics nationaux.

Conclusion générale

L'impact du droit communautaire sur les services publics locaux est certain, mais il varie d'un Etat à l'autre et d'un secteur à l'autre en fonction de l'organisation administrative de ces pays. Les normes européennes ont contribué à faire évoluer et à moderniser le droit appliqué par les collectivités territoriales. Cette contribution peut être douce comme en France ou plus radicale comme en Italie. En France, l'intégration du droit communautaire au niveau local ne pose pas de problème de principes. Le cadre est assez favorable à sa réception et les juges administratifs procèdent à des ajustements. En Italie, il a fallu introduire de nouveaux concepts et modes de fonctionnement. La contractualisation et la mise en concurrence des opérateurs dans la délégation des services n'étaient pas courantes. Cependant comme le régime est déterminé par voie législative, les changements sont plus lourds à engager et plus longs à mettre en œuvre. La nouveauté du système entraîne également des résistances. A cet égard, les régions jouent désormais un rôle essentiel puisqu'elles ont la charge d'adopter les lois qui organisent dans le cadre des principes nationaux le régime de la plupart des services publics locaux, notamment sociaux. Toutefois le législateur italien montre une grande fidélité aux normes communautaires qui l'inspirent dans ses réformes. Il fait cependant les frais de cette loyauté lorsque le cadre communautaire est lui même incertain, comme ce fut le cas avec la jurisprudence sur les opérateurs internes qui a entraîné plusieurs révisions législatives. Les régions françaises bénéficient également de la réorganisation des compétences de l'Etat. Ce processus de décentralisation d'origine interne a toutefois amené à transféré un certain nombre de responsabilités de source communautaire à ces collectivités.

Dans ce cadre, les modèles de gestion tendent à s'harmoniser. Bien que la gestion directe ou quasi-directe soit admise, elle est très encadrée et difficile à exercer en toute légalité. Le droit communautaire promeut largement la contractualisation et les procédures d'adjudication publique des services. Aussi c'est ce type de gestion qui se développe en France, où elle était déjà

présente, comme en Italie. Elle fait ainsi une grande part aux acteurs privés et confine les collectivités locales à leur rôle de régulateur plutôt que d'opérateur. La question de la neutralité du droit communautaire se pose donc de manière particulièrement aiguë dans le domaine des services publics locaux. Quelle autonomie conserve les collectivités locales dans ce système? Elles sont de plus en plus liées sur la forme de gestion des services publics et par là même leurs choix paraissent orientés. C'est d'autant plus vrai qu'au delà des procédures, la Communauté européenne règle de plus en plus le fond des activités, comme le secteur des transports publics l'illustre. Le contenu même des contrats est réglementé. Si les propositions de 2000 ou 2002 avaient été adoptées la marge du pouvoir discrétionnaire des élus locaux dans la définition de l'intérêt général aurait été très limitée. Et les contrats seraient apparus comme de simples contrats d'adhésion pour les collectivités.

Le droit communautaire a dès lors un impact institutionnel fort. Il a redéfini les responsabilités des collectivités territoriales, lesquelles doivent adapter leurs nouveaux rôles à l'organisation administrative nationale. Ainsi les rapports entre collectivités sont affectés comme le montre la relation entre les régions et l'Etat ou entre les régions et les collectivités locales en Italie. La nécessité de garantir le respect de principes et objectifs communautaires tels que la concurrence ont amené les constituants à consacrer la compétence exclusive et transversale de l'Etat dans ce domaine aux dépens des pouvoirs régionaux. Certes là encore des dynamiques internes expliquent également ces phénomènes comme la crise des finances publiques et la volonté de réforme de l'administration pour une meilleure efficacité de gestion et satisfaction des usagers, mais l'introduction de normes communautaires accroît et accélère le processus.

Il en découle également un impact social et économique pour les collectivités qui doivent remplir de nouvelles obligations sans disposer nécessairement des ressources humaines et financières. Le droit communautaire dans nombre de cas ne fait pas l'objet d'une transposition nationale, ce qui empêche de mettre en lumière les ressources que de nouvelles obligations requerraient.

De fait et sans qu'aucune hiérarchie ne soit formellement établie, les missions des autorités locales sont encadrées par Bruxelles alors même que leur légitimité auprès des populations paraît plus grande, de fait de l'élection directe de leurs représentants.

Tout l'enjeu présent et à venir nous paraît donc la redéfinition de la relation récente entre collectivités territoriales et communauté européenne pour un meilleur dialogue, une bonne coordination des actions et le respect des pouvoirs de chacun.

Les institutions ont entamé cette démarche. Le Traité de Lisbonne de 2007 à la suite de l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004, comporte, nous l'avons vu, plusieurs dispositions qui devraient permettre d'établir un équilibre⁶⁵² ⁶⁵³. Les nouvelles mesures proposées vont dans ce sens. Elles donnent les moyens aux collectivités de défendre la subsidiarité notamment à travers les parlements nationaux qui peuvent saisir leur gouvernement si un acte communautaire viole ce principe. Le Comité des régions peut également former un tel recours devant la Cour de justice. Ces mesures pourraient s'avérer particulièrement utiles dans le cadre des services publics sociaux. Nombre d'entre eux apparaissent comme des services économiques pour la Cour de justice et ainsi tombent dans la sphère de compétence de la Communauté. Toutefois comme nous l'avons vu, certaines juridictions et autorités locales résistent et souhaitent conserver l'entière responsabilité sur ces activités. Un certain nombre de litiges pourraient donc apparaître dans ce domaine. Ces contrôles donnent par ailleurs une plus grande légitimité à la Communauté européenne pour agir sur les services publics locaux et constituer de véritables services « eurolocaux » en coopération avec les collectivités territoriales.

Le règlement n°1370/2007 est dans cette perspective une bonne illustration de cette coopération des autorités publiques, de Bruxelles aux communes, dans la définition d'un service public. Certes la Commission n'est pas allée au bout de sa démarche en imposant la gestion déléguée après mise en concurrence systématique, mais elle a su instaurer un système de concurrence régulée qui a permis le compromis et lui assure ainsi une application efficace.

Les services publics locaux et le droit communautaire ont donc une influence réciproque.

⁶⁵² A la définition élargie de la subsidiarité et ses mécanismes de défense, s'ajoute l'élargissement de l'usage de la procédure de codécision qui permet une consultation plus poussée du Parlement et ainsi indirectement aux collectivités territoriales, de mieux se faire entendre.

⁶⁵³ Cf. le Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité du Traité de Lisbonne.

Au delà de cette expérience dans les transports publics, la jurisprudence de la Cour de justice fait également montre de ce phénomène. Deux aspects essentiels de la jurisprudence sur les SIG sont ainsi inspirés par des situations de services publics locaux. Il s'agit des règles sur les compensations de service public (*Altmark* et *BUPA*) et de l'exception aux règles de la commande publique pour les opérateurs internes (*Teckal* et *ASEMFO*). Il s'agit d'un impact fort puisqu'il provoque une véritable révision du droit communautaire au moins dans le deuxième cas, dans un sens que le législateur n'avait pas envisagé.

C'est d'ailleurs peut être le constat de cet impact qui a amené à une revalorisation du principe de subsidiarité. Cette promotion apparaît de fait comme l'un des deux axes majeurs de la politique européenne en matière de SIG avec la défense du principe de qualité. A partir de ces deux thèmes, les concepts et le régime applicable s'étoffent et se politisent.

Nous l'avons vu, les débats et développements sur les SIG ont permis d'amplifier la portée du principe de subsidiarité⁶⁵⁴. Les juges du TPICE dans l'arrêt *BUPA*, la Commission et les constituants rappellent son caractère fondamental. Il faut donc pour que la Communauté intervienne que l'insuffisance de l'action étatique et la plus-value apportée par l'action communautaire soient caractérisées. L'apport communautaire en matière de SIEG consiste comme nous l'avons vu, en l'introduction dans les Etats membres de normes relatives à la concurrence ou à la substance même du service public. Plus généralement, en France, la plus-value tient à l'introduction de critères de qualité et de transparence qui n'étaient pas toujours mis en avant. En Italie, la réception des normes sur la concurrence amène à appliquer les principes de contractualisation et de mise en concurrence, qui rénovent le droit des services publics. Parfois le droit communautaire est d'ailleurs instrumentalisé pour justifier des réformes nationales. Il s'agit ainsi d'une sorte de subsidiarité indirecte. Cela rend compte également du phénomène

654 Art. 5 Traité CE : « *La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité.* »

d'intégration communautaire, pas spécifique aux SIG mais qui affecte tout de même les services publics locaux.

Cependant les développements communautaires en matière de SIEG à travers la question de la qualité des services ont mis d'autres acteurs au premier plan. Il s'agit des usagers et des opérateurs.

La qualité est au cœur des politiques communautaires en matière de SIEG. Dans ses efforts de libéralisation des services, les institutions ont eu à cœur traditionnellement de contrebalancer l'ouverture des marchés par des mesures de sauvegarde du service public. L'exigence de qualité des services fait partie de ces mesures. A travers cette obligation, la Commission s'adresse tout autant aux autorités publiques compétentes qu'aux opérateurs. Elle vise à avertir les possibles conséquences négatives de la libéralisation d'un secteur, comme par exemple dans le secteur des transports, la suppression de lignes ou la raréfaction du transport pour des motifs de rentabilité.

La qualité se traduit par l'émergence de nouveaux droits pour les usagers. En matière de transports, ces avantages sont assez nets dans le transport aérien ou ferroviaire où il est désormais possible d'obtenir réparation en cas d'accidents, de perte de bagages, de retards, d'annulation, etc. Ces droits n'étaient pas garantis en droit national et dans ce cadre ils apparaissent réellement comme une extension du service public national ou local, la Communauté respectant ainsi pleinement son rôle secondaire et de valeur ajoutée tel que le prévoit le principe de subsidiarité.

Le secteur des postes offre un exemple qui pourrait s'étendre à d'autres activités. Là encore des obligations précises quant à la qualité du service ont été fixées aux opérateurs, comme par exemple l'exigence du caractère abordable du service. Les directives⁶⁵⁵ communautaires définissent par ailleurs l'étendue du service universel et autorisent le maintien de certains droits exclusifs.

Il y a une véritable plus-value pour le public et les SIG se concrétisent pour les usagers. Ces droits sont également repris dans le Protocole n°9 du Traité de Lisbonne. Ainsi des droits nouveaux émergent dans la sphère européenne et viennent enrichir un sentiment d'appartenance à

⁶⁵⁵ Directive 97/67 du 15/12/1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JO n° L 015 du 21/01/1998 p. 0014 – 0025.

la Communauté, voire élargir la portée de la citoyenneté européenne. De fait, la politique commune des transports a pour objectif clairement établi la définition et la protection d'un droit à la mobilité⁶⁵⁶ comme on peut le trouver en droit national sous la dénomination de droit au transport, lequel est lui même un élément de la liberté d'aller et venir.

Cependant dans les exemples des transports ou des postes, il s'agit d'obligations qui finalement s'imposent au premier chef aux entreprises. Au vu de l'adoption du Règlement n°1370 de 2007 il est apparu que lorsque ces obligations précises sur la qualité, se posent en premier lieu sur les collectivités locales, alors elles font l'objet d'une vive résistance. Les autorités locales opposent la violation du droit communautaire ou du droit constitutionnel national à travers le non-respect des principes de subsidiarité et de neutralité ainsi que de la libre administration. La Communauté européenne semble donc autorisée à intervenir dans la relation usager-opérateur mais non dans le rapport autorité publique locale-opérateur. Dans le premier cas, il s'agit d'une relation économique de type clientéliste. Dans le second d'un lien politique, d'autorité.

La construction d'un service public européen ou d'un service public « eurolocal » autour du concept de SIG, paraît donc compromise. Du moins, si l'on retient une définition du service public étendue, à la française, qui implique une mission sociale et donc politique, où l'intérêt général n'est pas entendu comme somme des individualités mais comme ROUSSEAU l'a avancé à l'époque des Lumières, une volonté qui « *regarde l'intérêt commun* ». Bien que les SIG tendent à s'imposer comme une catégorie juridique en soi, susceptible de recevoir une application positive et qu'ils portent en eux des principes garantissant l'intérêt général (continuité, non-discrimination, cohésion sociale et territoriale...) ; il nous semble que pour l'instant il faille encore s'en tenir à une conception plurielle, de secteur, parler des SIG et non pas du « SIG », dont les conséquences pratiques sont fortes mais dont la portée politique est nécessairement limitée puisqu'elle n'embrasse pas toutes les activités qui portent en elle un intérêt social. Dans ce contexte, on demeure dans une perspective service, telle que celle adoptée par le droit communautaire des débuts. Les destinataires du service sont des clients dont les droits ont été

⁶⁵⁶ Cf. l'allocation de Jacques BARROT, alors vice-président de la Commission européenne, responsable du transport lors de la Conférence sur le futur de la mobilité à Bruxelles, le 7 décembre 2004.

multipliés, qui ont une influence toujours plus grande sur les choix des opérateurs, mais qui sont dans une relation clientéliste où l'intérêt à satisfaire est celui de l'individu et non l'intérêt général au sens rousseauiste. L'efficacité du service se mesure par l'ampleur de la satisfaction des différents clients, en fonction de leurs choix personnels et non par un bienfait pour la collectivité.

Dans ce contexte, le droit communautaire propose une version « marchandisée » du service public et ainsi, par conséquent, comme le suggère Mark FREELAND pour le Royaume-Uni, cette nouvelle perception aboutit à une version « marchandisée » (« marketised ») de la citoyenneté⁶⁵⁷. Tout d'abord, le lien entre l'autorité publique et les citoyens se trouve marginalisé. Les moyens que le droit communautaire confère aux usagers des services publics en termes de recours, participation, information, en font un acteur plus influent sur l'opérateur de service que sur l'autorité politique locale ou nationale. L'opérateur par ailleurs aura tendance, à des fins commerciales, à satisfaire au mieux les choix des différents individus. Il y a donc une relation privilégiée qui s'établit entre le citoyen et le prestataire de services plutôt qu'avec les autorités locales. Les phénomènes de libéralisation, privatisation, en somme de dissociation des entreprises prestataires de service, de la collectivité locale d'origine semblent accroître encore plus ce constat. S'ajoutent, dans les secteurs régulés, la création d'agences indépendantes qui éloignent encore plus les citoyens de leur autorité politique de référence. De cette manière, la Communauté européenne contrecarre et transforme de nouveau la vocation des collectivités locales. Elle donne plus de poids aux opérateurs qui se retrouvent ainsi dans leurs rapports aux élus locaux dans le cadre des services publics locaux, tout aussi légitimes que ces derniers en dépit de leur élection. Le « mieux sur le marché » pourrait ainsi devenir plus important que « le mieux pour la communauté ». Or cette idée est contraire à la philosophie première du service public, du moins dans son acception valorisante telle qu'elle est admise en France. Ce constat ternit les objectifs politiques et sociaux que la Commission a assigné aux SIEG et le rôle qu'elle entend leur faire jouer dans la société européenne.

⁶⁵⁷ Mark FREELAND, *Public Services and Citizenship in European Law - Public and Labour Law Perspectives*, Mark FREELAND and Silvana SCIARRA editors, Oxford, Oxford University Press, 1998.

En effet, la figure des SIG qui émerge depuis les années 2000, avec l'importance pour le modèle de société européen et la valeur que lui confèrent les traités et les documents de la Commission, ont amené nombre de commentateurs à associer cette notion à celle de citoyenneté sociale européenne. Bien que souvent contesté, ce concept trouve un écho dans les droits associés aux SIEG, qui pourraient en faire partie. Ces droits reprennent les principes déjà vus : droit d'accès, service de qualité, droit à l'information pour les usagers. Ces droits ont un caractère consumériste certain, qui ne correspond pas à la conception de citoyenneté de certains Etats membres. Cependant ils concrétisent la relation entre les individus et la Communauté européenne et en cela, crée en effet un lien, qu'on peut qualifier de citoyen. A cet égard, le titre de la leçon présentée par Tony PROSSER, professeur de droit public à l'Université de Bristol, à l'Université de Rome en 2003 est éloquent : « *Services of General Economic Interest in Community Law: From Single Market to Citizenship Rights* ». De fait, le Livre Vert sur les SIG en son paragraphe 2 dispose : « *Ils font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes et constituent un élément essentiel du modèle de société européen. Leur rôle est capital pour améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et lutter contre l'exclusion sociale et l'isolement. [...] ces services forment un pilier de la citoyenneté européenne car ils font partie des droits des citoyens européens et offrent une possibilité de dialogue avec les autorités publiques dans le cadre de la bonne gouvernance.* » Le lien est également fait dans le paragraphe 8 qui remarque que les nouvelles dispositions sur les SGEI dans le Traité d'Amsterdam et dans la CDF contribuent au développement de la notion de citoyenneté européenne. Dès lors pour Tony PROSSER, les SIEG ont certainement acquis une valeur constitutionnelle et font partie des droits dont se compose la citoyenneté européenne.

Cette référence au concept de citoyenneté est renforcée par le lien que le droit communautaire fait entre SIG et solidarité (dans la CDF, l'article 36 est inscrit à ce chapitre). Ce dernier concept trouve un succès croissant en droit communautaire et est déterminant. La Cour de justice en fait usage on l'a vu pour exclure la qualification économique d'un service. Or à travers le service universel, à travers la reconnaissance du rôle des SIEG dans la cohésion sociale et territoriale, c'est bien un système de solidarité qui se met en place. Pour Julio BAQUERO CRUZ citant John

RAWLS, les SGI ont à voir avec la structure de base de la société ce qui constitue le premier fondement de la justice⁶⁵⁸.

Dans ce contexte, la notion de SGEI n'apparaît plus comme une simple « *défense de l'intérêt public* »⁶⁵⁹. La substance de ce concept, le régime qui l'entoure, les principes qui le supportent résultent en partie des similarités observées dans les secteurs libéralisés et dans ce sens le concept apparaît s'être étoffé indirectement dans un mouvement d'intégration négative. Cependant elle semble avoir pris ses lettres de noblesse et tend à constituer désormais une notion positive qui pourrait être avancée devant les cours pour obtenir réparation, en cas de dysfonctionnement ayant trait à l'accès, la continuité, la sécurité ou la qualité du service. Elle permet, à travers l'article 86 paragraphe 2 d'opposer aux valeurs du marché d'autres considérations : protection de l'environnement, de la santé, garantie d'accès aux services pour les usagers, etc.

En définitive, le droit communautaire apparaît à un tournant dans sa politique sur les SIG. Deux visions s'opposent. D'une part, la vision « clientéliste » où les services publics sont pluriels, organisés en secteurs et centrés sur la relation opérateur-client. D'autre part, la vision politique et sociale, globalisante qui fait de ces services et de leur accès, un élément essentiel de la citoyenneté. Ces deux approches correspondent aux différents modèles de service public présents dans les Etats membres. Une option claire entre ces deux orientations n'a pas été prise du fait des résistances nationales ou locales et c'est une voie médiane que le droit communautaire semble emprunter à travers la concurrence régulée.

Au sein des défenseurs d'un service public européen, il existe de plus, deux courants : les partisans d'une plus grande intervention de la Communauté européenne qui n'a pas pour l'instant les compétences et la légitimité nécessaire pour définir une politique propre aux services publics et les promoteurs de la subsidiarité et des collectivités locales qui jugent ces autorités plus à même de déterminer les besoins sociaux et l'intérêt général, hors de toute approche clientéliste et

⁶⁵⁸ Julio BAQUERO CRUZ, "Beyond competition: Services of general interest and European Community law", *EU Law and the welfare state, in search of solidarity*, Grainne de Burca ed., Oxford University Press, 2005, p 169.

⁶⁵⁹ Wolf SAUTER, Harm SCHEPEL, « 'State' and 'Market' in the competition and free movement case law of the EU courts », TILEC Discussion paper, DP 2007-024, august 2007 _ <http://ssrn.com/abstract=1010075>, p 155.

qui de ce fait s'opposent à une intervention exclusivement communautaire. Le règlement n°1370/2007 est éloquent à cet égard. La Communauté européenne a reculé sur la définition matérielle du service public pour laisser aux élus locaux leur pouvoir discrétionnaire. La réaffirmation de la subsidiarité dans les textes et par le TPI souligne également la difficulté à définir un rôle précis pour la Communauté européenne dans le domaine des services publics et compense les éventuelles atteintes au principe de neutralité. Mais il est remarquable que comme en droit français ou italien, le processus de définition de services publics européens, c'est-à-dire l'institution des SIG, se fait en parallèle à une reconnaissance du rôle crucial des collectivités territoriales et de l'autonomie locale, et à travers l'institutionnalisation des rapports entre les différents niveaux politiques.

Le développement des SIG comme catégorie de l'ordre juridique de la Communauté européenne et la valorisation du rôle des collectivités locales se font donc ensemble et les services publics locaux constituent dès lors, un objet d'étude fondamental pour comprendre la formation du droit communautaire. Le droit communautaire a un impact sur les services publics locaux et le droit local influe sur la définition du régime des SIG. Ainsi plus les collectivités territoriales se feront entendre, plus les réflexions sur les concepts et le régime évolueront pour se consolider ensuite. Dans ce dialogue étroit, la Communauté européenne se rapproche de ses citoyens et pourrait gagner une plus grande légitimité. En poussant les réformes, elle satisfait parfois les volontés locales qui n'étaient pas entendues au niveau national. Le problème n'est donc plus tellement pour la Communauté européenne de définir les SIG et leur régime, d'un point de vue matériel. La question majeure nous semble être institutionnelle. Le thème de la coordination des niveaux de gouvernement européens nous apparaît un enjeu démocratique majeur pour la poursuite de l'intégration communautaire et la définition de services publics eurolocaux c'est-à-dire à la fois publics, locaux et européens.

ANNEXE 1

Textes fondamentaux et principales étapes de la réforme de l'organisation des collectivités locales

Année	Contenu des réformes	Norme
1990	Réorganisation générale du système local	Loi 142, 1990
1993	Election directe du Maire et du Président de province	Loi 81, 1993
1997-1999	Décentralisation des fonctions administratives et recettes ; simplification ; révision et complément de la loi 142 de 1990	Loi 59 de 1997 et ses décrets d'application, notamment le d.lgs. 112 de 1998, loi 265 de 1999
2000	Codification dans un texte unique des dispositions concernant les collectivités locales	T.U. n°267 de 2000
2001	Révision du titre 5 sur les autonomies locales	Loi constitutionnelle n°3 de 2001

ANNEXE 2

Tableau comparatif des compétences majeures des collectivités territoriales

	France	Italie
Etats	<p><u>Sécurité</u> Préfet : officier de police judiciaire, direction gendarmerie, pouvoir de substitution...</p> <p><u>Action sociale et santé</u> Gestion des CAT, allocations handicapés, schéma national d'organisation sanitaire...</p> <p><u>Enseignement</u> Responsabilité du service public de l'enseignement, établissements d'enseignement supérieur ...</p> <p><u>Sport</u> Fonds national de développement du sport...</p> <p><u>Action culturelle</u> Inscription, classement, contrôle des mobiliers historiques, subventions, musées nationaux, librairies nationales...</p> <p><u>Tourisme</u> Définition de la politique nationale ...</p> <p><u>Interventions dans le domaine économique</u> Défense de l'emploi, aides aux entreprises</p> <p><u>Politique de la ville</u> Compétence de l'Etat, contrat de ville</p> <p><u>Urbanisme</u> Projets d'intérêt général (PIG)...</p> <p><u>Aménagement du territoire</u> Politique nationale d'aménagement du territoire, Contrat de plan Etat-région...</p> <p><u>Logement</u> Aides financières au logement</p> <p><u>Environnement</u> Politique nationale, gestion des réserves et parcs naturels nationaux</p> <p><u>Déchets</u> Plans d'élimination des déchets ménagers, autorisations pour les sites de stockage de déchets....</p> <p><u>Eau et assainissement</u> Police de l'eau...</p> <p><u>Télécommunications</u> Autorisations d'exploitations des réseaux câblés...</p> <p><u>Energie</u> Autorisations d'exploiter, programmation des investissements de production, ...</p> <p><u>Ports, voies d'eau</u> Création des ports autonomes, grandes voies navigables...</p> <p><u>Transports publics, scolaires et voirie</u> Organisation des transports scolaires en Ile-de-France, réglementation sociale et de sécurité des transports publics, voirie nationale et autoroutes...</p>	<p>Compétence législative exclusive (et réglementaire dans ces matières) et compétence législative concurrente, art. 117 CI.</p> <p>Défense</p> <p>Relations internationales</p> <p>Immigration</p> <p>Sécurité et ordre public</p> <p>Rapports avec les religions</p> <p style="padding-left: 40px;">Monnaie et protection de la concurrence</p> <p>Citoyenneté</p> <p>Organisation administrative</p> <p>Détermination des niveaux essentiels concernant les droits civils et sociaux</p> <p>Justice</p> <p>Instruction</p> <p>Législation électorales</p> <p>Sécurité sociale</p> <p>Douanes</p> <p>Mesures</p> <p>Protection de l'environnement</p> <p>Art. 117 :</p> <p><i>« Les matières suivantes font l'objet de législation concurrente: les relations internationales et avec l'Union européenne des Régions; le commerce extérieur; la protection et la sécurité du travail; l'éducation scolaire, sans préjudice pour l'autonomie des établissements scolaires et à l'exclusion de l'éducation et de la formation professionnelle; les métiers; la recherche scientifique et technologique et le soutien à l'innovation pour les secteurs productifs; la protection de la santé; l'alimentation; les activités sportives; la protection civile; l'aménagement du territoire; les ports et les aéroports civils; les grands réseaux de transport et de navigation; le système des communications; la production, le transport et la distribution nationale de l'énergie; la prévoyance complémentaire et supplémentaire; l'harmonisation des budgets publics et la coordination des finances publiques et du système fiscal; la mise en valeur des biens culturels et environnementaux et la promotion et l'organisation d'activités culturelles; les caisses d'épargne, les caisses rurales, les établissements bancaires à caractère régional; les établissements de crédit foncier et agricole à caractère régional. Dans les matières faisant l'objet de législation concurrente le pouvoir législatif échoit aux Régions, sous réserve de la fixation des principes fondamentaux, qui relève de la législation de l'État. »</i></p>

<p>Régions</p>	<p><u>Enseignement</u> <u>Construction et fonctionnement des lycées...</u> <u>Sport</u> <u>Financement des équipements dans les lycées, subventions aux collectivités locales ...</u> <u>Action culturelle</u> <u>Mise en valeur du patrimoine régionale, musées régionaux.</u> <u>Fonds régionaux d'art contemporain...</u> <u>Développement du tourisme dans les régions</u> <u>Formation professionnelle et apprentissage</u> <u>Plan région de développement des formations professionnelles des jeunes et des adultes, AFPA,....</u> <u>Interventions dans le domaine économique</u> <u>Aides directes aux entreprises, aides aux entreprises en difficultés, aides indirectes, ingénierie financière...</u> <u>Aménagement du territoire</u> <u>Schémas régionaux d'aménagement du territoire.</u> <u>participation à l'élaboration de la politique nationale...</u> <u>Environnement</u> <u>Politique nationale, gestion des réserves et parcs naturels régionaux</u> <u>Déchets</u> <u>Plans régionaux d'élimination des déchets industriels</u> <u>Ports, voies d'eau</u> <u>Création de canaux et ports fluviaux...</u> <u>Transports publics, scolaires et voirie</u> <u>Organisation des transports ferroviaires régionaux.</u> <u>organisation des transports routiers non urbains de personnes d'intérêt régional, élaboration du plan régional de services...</u></p>	<p>Compétence législative concurrente et exclusive-résiduelle, art 117 de la Constitution</p> <p>Gestion des hôpitaux et cliniques</p> <p>Services sociaux</p> <p>Agriculture</p> <p>Développement économique et tourisme</p> <p>Transports publics régionaux</p> <p>Protection de l'environnement</p> <p>Gestion des fonds structurels</p> <p>*Les régions à statut spécial ont des pouvoirs supplémentaires qui varient selon leur statut.</p>
----------------	---	--

Départements / Province	<u>Sécurité</u> SDIS (Services départementaux d'incendies et de secours),... <u>Action sociale et santé</u> RMI, responsabilité et financement : action sociale, aide à l'enfance, protection de la famille, protection maternelle et infantile, gestion des établissements de services sociaux et médico-sociaux... <u>Enseignement</u> Construction et fonctionnement des collèges <u>Jeunesse</u> Protection des mineurs de moins de six ans <u>Sports</u> Equipement sportifs dans les collèges, subventions... <u>Action culturelle</u> Services départementaux d'archives, musées et bibliothèques départementaux... <u>Interventions dans le domaine économique</u> Aides directes, indirectes, ingénierie financière, aides aux entreprises en difficulté <u>Politique de la ville</u> Contrat de ville : association <u>Déchets</u> Plans d'élimination des déchets ménagers... <u>Ports, voies d'eau</u> Création, aménagement, exploitation des ports maritimes, de pêche et de commerce, ... <u>Transports publics, scolaires et voirie</u> Transports routiers non urbains, transports scolaires non urbains, voirie départementale...	<u>Développement économique et activité de production</u> Politiques du travail, réglementation du marché du travail, formation professionnelle Agriculture <u>Territoire, environnement et infrastructures</u> Urbanisme : planification =adoption des plans territoriaux de coordination et vérification de la conformité des plans communaux Environnement: contrôle de la pollution des eaux, des décharges et des installations d'élimination des déchets, prévention de la pollution atmosphérique Entretien et construction des routes d'intérêt provincial Protection civile : adoption de plans d'urgence et de prévention des risques sur le territoire provincial <u>Services aux personnes et à la communauté</u> Organisation des services de maternité et d'enfance <u>Protection de la santé, services sociaux, instruction, biens et activités culturelles, sport</u> Instruction secondaire et supérieure
----------------------------	--	---

Communes	<p><u>Sécurité</u> Le maire est officier de police judiciaire, police municipale...</p> <p><u>Action sociale et santé</u> Services d'hygiène et de santé, aide sociale facultative...</p> <p><u>Enseignement</u> Construction et fonctionnement des écoles</p> <p><u>Jeunesse</u> Financement des structures d'accueil (crèches, garderies...)</p> <p><u>Sport</u> Construction et fonctionnement des équipements sportifs de proximité...</p> <p><u>Action culturelle</u> Etablissements d'enseignement des arts, musées et bibliothèques municipaux...</p> <p><u>Formation professionnelle et apprentissage</u></p> <p><u>Interventions dans le domaine économique</u> Aides directes, indirectes, ingénierie financière, aides aux entreprises en difficulté</p> <p><u>Politique de la ville</u> Contrat de ville : élaboration.</p> <p><u>Urbanisme</u> Schémas de cohérence territoriale (SCOT), Plans locaux d'urbanisme (PLU)...</p> <p><u>Logement</u> Programme local de l'habitat...</p> <p><u>Déchets</u> Collecte et élimination des ordures ménagères...</p> <p><u>Distribution publique de l'eau et assainissement</u></p> <p><u>Télécommunications</u> Autorisations pour l'exploitation des réseaux câblés de radio et de télévision, ...</p> <p><u>Energie</u> Autorités concédantes de la distribution de l'électricité et du gaz, ...</p> <p><u>Ports, voies d'eau</u> Ports de plaisance</p> <p><u>Transports publics, scolaires et voirie</u> Voirie communale, transports urbains, PDU...</p>	<p><u>Développement économique et activité de production</u> Commerce : attribution des licences , surveillance des prix, gestion des marchés, horaires des boutiques Artisanat, industrie, énergie, Tourisme : gestion des biens et services</p> <p><u>Territoire, environnement et infrastructures</u> Urbanisme : planification = adoption des plans d'organisation, des plans de construction, concessions, cadastre Environnement: collecte et élimination des déchets, contrôle de la pollution produite par les véhicules Voirie, aqueducs et travaux publics, transports : entretien des routes, places, jardins, égouts, cimetières... Organisation du service public de transports, des taxis Protection civile : adoption de plans d'urgence et de prévention des risques sur le territoire communal</p> <p><u>Services aux personnes et à la communauté</u> Organisation des services d'assistance aux familles, mineurs, handicapés, personnes âgées, toxicomanes...</p> <p><u>Protection de la santé, services sociaux, instruction, police locale, biens et activités culturelles, sport</u> Police locale Instruction primaire Musées et bibliothèques nationales Protection des biens culturels Fonctions administratives définies par la législation étatique (art. 117, §2 CI) citoyenneté, registre d'état civil ou régionale</p>
----------	---	---

BIBLIOGRAPHIE

N.B.: Les ouvrages et autres documents dont les titres figurent ici en langue étrangère ont été consultés par nous dans cette langue. Sauf mention contraire, la traduction des passages qui en sont extraits a été réalisée par nos soins.

Traités, manuels et ouvrages généraux

- **Droit communautaire**

BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris , Montchrestien, 3^{ème} éd., 2003.

CHITI Mario, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè editore, 2nda ed, 2004.

FALLON Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, Academia Eds, janvier 2003.

FAULL Jonathan, NIKPAY Ali, *The EC Law of competition*, Oxford, Oxford University Press, 2nd edition, 2007.

- **France**

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Domat droit public, Paris : Montchrestien, 14 éd., 1998.

COLLIN Frédéric, DEBBASCH Charles, *Droit administratif*, Paris : Economica, 7^{ème} éd., 2004.

- **Italie**

CASSESE Sabino, *La nuova costituzione economica : lezioni*, Roma : Laterza, 2004.

MASSERA Alberto, (dir.), *Il diritto amministrativo tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa: Edizioni Plus - Pisa university press, 2004.

STORACE Domenico, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna : Il Mulino, 2000.

VIRGA Pietro, *Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1998, 299 ss.

- **Droit des transports**

D'ALESSIO Wanda, *Diritto dei trasporti*, Giuffrè, Milano, 2003

PAULIN Christophe, *Droit des transports*, Litec, Paris, 2005.

Ouvrages spécialisés, thèses et monographies

- **Sur les SIG et SIEG en droit communautaire**

BAQUERO CRUZ Julio, *Entre competencia y libre circulacion – El derecho constitucional economico de la comunidad europea*, Madrid, Civitas, 2002.

Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), *Europe, concurrence et service public*, Paris : Masson, 1995.

FREELAND Mark and SCIARRA Silvana editors, *Public Services and Citizenship in European Law - Public and Labour Law Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1998

KOVAR Robert, SIMON Denys (dir.), *Service public et droit communautaire_ Les grands textes*, Travaux de la CEDECE, Paris : La Documentation française, 1996.

KRAJEWSKI Markus, NEERGAARD Ulla, van de GRONDEN Johan (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser, 2009, 500p.

MANGENOT Michel (sous la dir. de), *Administrations publiques et services d'intérêt général : quelle européanisation ?*, Maastricht, Netherlands, European Institute of Public Administration, 2005.

PROSSER Tony, *The Limits of Competition Law, Markets and Public Services* , Oxford University Press, Oxford, Avril 2005.

RODRIGUES Stéphane, *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, Les travaux du centre d'études et de prospective, La documentation française, Paris, 2007

SAUTER Wolf, SCHEPEL Harm, *'State' and 'Market' in the competition and free movement case law of the EU courts*, TILEC Discussion paper, DP 2007-024, august 2007 _ <http://ssrn.com/abstract=1010075>

SZYSZCZAK Erika, *The regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

- **Sur le service public en France**

GUGLIELMI Gilles J., *Une introduction au droit du service public*, Paris, L.G.D.J. (coll. Systèmes), nov. 1994.

MARCOU Gérard, MODERNE Franck, (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001.

VILLAIN-COURRIER Anne-Elisabeth, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris : Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2004.

- **Sur le service public en Italie**

AMANTE, Enrico, BERTANI Alessandro, FACCON Andrea, *I servizi sociali negli enti locali. Enti locali e pubblica amministrazione*, Napoli, Sistemi editoriali, 2007.

FALCO, Vincenzo de., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, CEDAM, 2003.

RANGONE Nicoletta, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, Coll. Studi e ricerche. 1994.

- **Sur les collectivités territoriales en France**

AUBY, Jean-Bernard, AUBY Jean-François et NOGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités locales*, Paris, Presses Universitaires de France, 3ème édition ed. 2004.

LONG Marceau, P.W., Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLLE, Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 14ème ed. 2003, Paris: Dalloz.

MABILEAU Albert, dir. *A la recherche du local*, Paris, L'Harmattan, 1993.

SOUTY François, *Les collectivités locales et le droit de la concurrence _ Efficacité économique, réglementation et services publics locaux*, Paris, Dexia Editions & Imprimeries nationales Editions, 2003.

- **Sur les collectivités territoriales en Italie**

ROLLA Giancarlo, *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2da edizione, 2009.

STADERINI Francesco, *Diritto degli Enti Locali*, Edan, Padova, 2006.

VANDELLI Luciano, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna Il Mulino, 2004.

Articles, contributions, chroniques et commentaires

- **Sur les SIG et SIEG en droit communautaire**

ACIERNO Silvia, BAQUERO CRUZ Julio, « La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios publicos », *Revista espanola de derecho europeo*, Madrid:Civitas, Enero-marzo 2004, n°9.

BAQUERO CRUZ Julio, “Beyond competition: Services of general interest and European Community law”, *EU Law and the welfare state, in search of solidarity*, Grainne de Burca ed., Oxford University Press, 2005, pp169-212.

BOVIS Christopher H., « Financing Services of general economic interest in the EU: How do public procurement and State aids interact to demarcate between market forces and protection? », *European Law Journal*, volume 11, n°1, January 2005, pp79-109.

CAPITANT David, « Les Sem exclues du "in house" », *Contrats publics*, Mars 2005, p. 45-48

CHEROT Jean-Yves, « Altmark case law: The CFI renders a leading case with regard to the Altmark case law (BUPA/Commission) », *Concurrences*, N° 2-2008, pp. 144-147.

DEL DOTTO Alessandro, 4 avril 2005, “Si stringe il cerchio (dell’applicabilità) intorno all’in house providing”, www.altalex.com

DAVIES Gareth, What does Article 86 actually do?, in Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan van de GRONDEN (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser, 2009, p51.

DELCROS Xavier, « Financement des services publics et aides d’Etat : quelles compensations aux obligations de service public admettre ? », *LPA*, 30 novembre 2004, n°239, p40.

De WITTE Bruno, « Setting the scene – How did Services get to Bolkestein and why? », *EUI Working Paper*, Law 2007/20.

GROMNICKA Ewa, « Services of general economic interest in the State aids regime: proceduralisation of political choice? », *European Public Law*, volume 11, issue 3, 2005.

GUZZO Gerardo, 2006, « Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella piu recente giurisprudenza cocomunitaria e nazionale », www.dirittodeiservizipubblici.it.

GUZZO Gerardo, 2 août 2006, « Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la piu recente teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano », www.dirittodeiservizipubblici.it

FRENZ Walter and SCHLEISSING Philipp, The Never Ending Story of 'In-House' Procurement, in KRAJEWSKI Markus, NEERGAARD Ulla, van de GRONDEN Johan (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser, 2009, p171.

HONORAT Edmond, « La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in Conseil d'Etat, « L'intérêt général en question », *Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, 1999, p387.

KELLEZI Pranvera, *Arrêt BUPA - application nuancée de l'arrêt Altmark aux services d'intérêt économique général*, actualité n°: 481 du 9 juin 2008, http://www.unige.ch/droit/ceje/actualites.php3?id_article=481.

KRAJEWSKI Markus, « Providing legal clarity and securing policy space for public services through a legal framework for Services of general economic interest : squaring the circle ? », *European Public Law*, Vol 14, n°3, 2008, p 377-398

LAUDAL Thomas, « The making of horizontal EU policy on services of general interest », *EGPA 2004 Annual Conference*, Ljubljana, Slovenia.

LEPLAT (B), 26 octobre 2005, « La création de société publique locale, condition nécessaire et suffisante au bénéfice de l'exception in-house ? », *LPA*, Paris, n° 213, p.5.

MARCHEGANI Giannangelo, « Les relations in house et le syndrome du cheval à bascule. Quelques considérations à propos de l'arrêt Stadt Halle », *RMCUE*, n°494, janvier 2006.

MARCIALI Sébastien, 23 juin 2005, « La soumission des marchés conclus avec des SEM aux directives communautaires de « marchés publics » », *LPA*, Paris, n° 124, p.14.

MARCOU Gérard, « Services publics locaux et droit communautaire », *Annuaire 2003 des Collectivités locales*, CNRS Editions

MARESCA Davide, 28 juillet 2006, « La Corte di Giustizia UE su affidamento diretto : il caso Carbotermo », in *Filodiritto* (<http://www.filodiritto.com>).

MARESCA Maurizio, « The access to the Service of general interest (SGIs), fundamental right of European Law and the growing rôle of users' rights », Working paper, 10th International Consumer Law Conference, *Privatisation, De(Re)regulation and the Consumer Interest*, Lima, May 4-5 2005.

MONJAL Pierre-Yves, 27 juillet 2006, « Des précisions importantes sur le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales », *LPA*, Paris, n° 149, p.6.

NEERGAARD Ulla, Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast, in Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan van de GRONDEN (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser, 2009, p17.

PASQUIER Sarah, 4 Novembre 2005, « N'est pas « In » qui veut ! », *Citia*.

PELTIER Marc, 19 janvier 2006, « Les prestations « in-house » entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? », *LPA*, Paris, n° 14, p.6.

POIARES MADURO Miguel, « Harmony and Dissonance in Free Movement », in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 4, 2001, pp. 315-341.

PROSSER Tony, *Services of General Economic Interest in Community Law: From Single Market to Citizenship Rights*. “Lecture” seminariale tenuta dal prof. Tony Prosser il 15 dicembre 2003 presso il Dipartimento di Diritto dell’Economia.

http://ecoservr.eco.uniroma1.it/pdf/Rome_lecture_Dece03.pdf

RODRIGUES Stéphane, « Les qualifications concurrentes des activités d’intérêt général en droit communautaire », *AJDA N° spécial Intérêt général, concurrence et service public*, 16 janvier 2006.

RODRIGUES Stéphane, « Les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d’Etat », *AJDA*, 29 septembre 2003, p1739-1742.

RODRIGUES Stéphane, « Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints », in Markus KRAJEWSKI, Ulla NEERGAARD, Johan van de GRONDEN (dir.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, The Hague, T.M.C. Asser, 2009, p.

ROLIN François, “Les étrangers dans la maison, l’économie mixte exclue du champ des prestations in house”, *AJDA* 2005, p. 855 .

THIEFFRY Patrick, "Les prestations effectuées in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours", *AJDA*. 17,2005, pp. 927-933

THIRY Bernard, « Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne », in Conseil d'Etat, « L'intérêt général en question », *Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, 1999, p387.

VARANI Elena, "L'in house providing": la Corte di Giustizia torna a parlare di "controllo analogo", www.diritto.Net.

ZARKA Jean-Claude, « La place des services d'intérêt économique général dans les traités communautaires – Du traité de Rome au traité établissant une Constitution européenne » in *Recueil Dalloz*, 2005, p1122.

ZILLER Jacques, « Mondialisation et interventions publiques dans le marché – Du contrôle juridictionnel de l'intervention publique à l'encadrement juridique par l'intégration économique régionale ou globale : aides publiques et fiscalité – quelques pistes pour un programme de recherche », *Revue internationale de droit économique*, 2-3, 2002, N°spécial Mondialisation et droit économique, p. 316-328.

- **Sur le service public en France**

BIGOT Grégoire, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », n°1, *RFDA*, janvier-février 2008, pp 1-6.

BOITEAU Claudie, « Vers une définition du service public? » À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 22 Février 2007, *APREI*, 4, *RFDA*, Juillet-Août 2007, pp 808

BOURREL Antoine, « L'intercommunalité à l'abri du droit des marchés publics : une application audacieuse de la notion de 'in-house' », *AJDA*, 11 mai 2009, p929-936.

CHAVAROCLETTE-BOUFFERET Séverine, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques _ Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du in-house? », *AJDA*, 24 novembre 2008, p2147-2154

DEGUERGUE Maryse, « De quelques difficultés de la notion de service social », 4, *AJDA*, 4 février 2008, pp 181-182 ;

du MARAIS Bertrand, SAKON Albéric, commentaire sur CE, Sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence, Concurrences*, n.3-2007, p169-170.

FATOME Etienne, MENEMENIS Alain, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA N° spécial Intérêt général, concurrence et service public*, 16 janvier 2006.

JANICOT Laetitia, « L'identification du service public géré par une personne privée », n°1, *RFDA*, Janvier-Février 2008, p 69.

LE ROY Marc, « L'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 8 décembre 2008, p2268-2272

LEVEQUE François, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public », in *Vers une économie de l'action juridique. Une perspective pluridisciplinaire sur les règles juridiques de l'action*, CNRS éditions, 2000.

MARCOU Gérard, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p365.

MODERNE Franck, « Les mutations de la notion de service public en droit français », in *Services publics et communauté européenne : entre intérêt général et marché*, Actes du colloque des 17 et 19 octobre 1996, Strasbourg, Robert KOVAR et Denys SIMON (sous la dir. de), Travaux de la CEDECE/IRENE, Tome 1, Paris : La Documentation française, 1998, pp 3-31.

MONTDESERT Xavier, « Actualité du service public », Tribunal Administratif de Caen, audience solennelle, rentrée du 21 janvier 2008

PETITEAU Nathalie, «La reconfiguration de l'action publique entre Etat, associations et participation citoyenne», *Journée d'étude : de l'intérêt général à l'utilité sociale?* sous l'égide de l'EHESS, du LASMAS et du GREE, 11 janvier 2005.

PEYRICAL Jean-Marc, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », *AJDA*, 18 mai 2009, p965-972.

RICHER Laurent, « Délégation de service public : le critère du risque financier», *AJDA*, 29 décembre 2008, p2454-2458

SENNERS François, «L'identification des organismes privés chargés d'une mission de service public», _ Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence', 4, *RFDA*, juillet-août 2007, p 822.

TRUCHET Didier, « Label de service public et statut de service public», *AJDA* 1982, p 427.

VOISSET Michèle, « Les services publics en France », in Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), *Européennnee, concurrence et service public*, Paris : Masson, 1995.

- **Sur le service public en Italie**

AMMANNATI, Laura, DI PORTO Fabiana, « I servizi pubblici locali in Italia : quale regolazione? », in *Concorrenza e sussidiarietà (orizzontale e verticale) nei servizi pubblici locali*, Siena, Amministrazione in cammino, Università di Siena, 2005.

BARDUSCO Aldo, « Servizi locali e libertà di mercato », *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994.

BARONE Anselmo, « L'affidamento diretto dei servizi pubblici a società miste in una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato », *Note sous Cons. Stato ad. plen.* 3 marzo 2008, n. 1, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, fasc. 2 pag. 389 – 397.

BOITANI Andrea, « Riforma e contra-riforma dei servizi pubblici », *ASTRID-Rassegna*, n°12, 2005. <http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-2/14-07-2005/BoitaniPoli.pdf>

CAIA Giuseppe, « I servizi pubblici », in *Diritto amministrativo*, vol. II, L. Mazzaroli ed altri (a cura di), Bologna, 2005, 131 ss.

CAPANTINI Massimo, « I servizi pubblici tra ordinamento nazionale, comunitario ed internazionale: evoluzione e prospettive », in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra*

ordinamento nazionale e ordinamento comunitario - di Alberto Massera (a cura di) – Pisa, PLUS, 2004.

CASSESE Sabino, « Les services publics en Italie », in Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), *Europe, concurrence et service public*, Paris : Masson, 1995.

COEN Leopoldo, « Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici », *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/14/46/>.

CORI Rosalba, « La concessione di servizi », *Giustizia Amministrativa*, 2007 (n°6).
<http://www.giust.it/>

CORSO Guido, « I servizi pubblici locali » in *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Roma Tre, Roma, 19 aprile 2002.

CORSO Guido, « La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato) », in *Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna, n. 3, 2002.

CORSO Guido, « I servizi pubblici nel diritto comunitario », in *Rivista giuridica quaderni dei pubblici servizi*, 1999.

CUOCOLO Lorenzo, « I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Fascicolo 2007-1.

DE FALCO Vincenzo, « Affidamenti in-house, requisiti del controllo analogo e cessione del capitale sociale: la Corte apre ai privati ma rischia di destabilizzare il sistema interno », *Diritto pubblico comparato ed europeo* - 2008, n. 4, pp. 2016 - 2021

Di CAPUA Alessia, PANIZZA Saulle, STRADELLA Elettra, « I servizi pubblici e l'articolo 43 della Costituzione » in *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Massera, 2004, p 61,

GALLO Carlo Emanuele , « Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici, il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza », in *Diritto Amministrativo*, 2005, pp. 327 ss.

PAJNO Alessandro, « Il riparto della giurisdizione », in Sabino Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano : Giuffrè, 2000.

PAMMOLLI Fabio, BONASSI Chiara, SALERNO Nicola, “Le modifiche al Ddl « Lanzilotta », il difficile percorso verso il riassetto dei servizi pubblici”, *CERM*, Roma, 2007, n°9.

POLIMANTI Paolo, « Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma. », *Amministrazione in cammino*, gennaio 2010

SABBIONI Paolo, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in Franck MODERNE et Gérard MARCOU (sous la dir. de), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : l'Harmattan, 2001, p259.

- **Sur les transports publics en France**

BROUSSOLLE Denis, « La mutation du droit des transports », *AJDA*, 25 mai 2009, p1020-1022.

BROUSSOLLE Denis, « Les transports urbains et la concurrence », *AJDA*, 25 mai 2009, p1038-1042

GAUTHIER-LESCOP Laure, « La décentralisation des transports ferroviaires », *AJDA*, 25 mai 2009, p1033-1037

NICINSKI Sophie, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 25 mai 2009, p1027-1032

RICHER Laurent, « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *AJDA*, 25 mai 2009, p1023-1026

- **Sur les transports publics en Italie**

D'ANNA Arduino, thèse de doctorat *I trasporti pubblici locali tra Stato, regioni ed enti locali alla luce della riforma del titolo 5. della Costituzione, spinte comunitarie e aspirazioni concorrenziali*, Università degli studi di Napoli Federico II, 2004.

ISFORT, *La riforma del trasporto pubblico locale nelle regioni : lo stato di attuazione e le prospettive*, ISFORT, Roma, Luglio 2008.

- **Sur les collectivités territoriales en général**

MARCOU Gérard, « L'autonomie communale : étude comparative », *Pouvoirs*, n°95, 2000, pp. 69-85.

POPESCU Corneliu-Livu, « Les requêtes devant le Conseil de l'Europe alléguant des violations de la Charte européenne de l'autonomie locale », *AJDA*, 29 décembre 2008, p2429.

ROBERTSON Roland, GIULIANOTTI Richard, «Forms of Glocalisation », *Sociology*, vol. 41, n°1, pp 133-152, 2007.

- **Sur les collectivités territoriales en France**

AUBER Emmanuel, « Les collectivités locales « quasi-sujets » de droit communautaire? », *Les Petites Affiches* , N°72, 09 avril 2008, p 3.

LE CHATELIER Gilles, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 9 février 2009, p186

MARCOU Gérard, « Décentralisation : quelle théorie de l'Etat? », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, Paris, CNRS, vol. 24, pp 235-252.

PASTOREL J.-P., « Collectivités territoriales et clause générale de compétence », *RDP*, 2007, p51.

SESTIER, Jean-François, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », in *Les collectivités locales : mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica, 2003.

ZILLER Jacques, « Fragmentation/participation: quelle bonne dimension? » *Pouvoirs* n°95 - La commune en France et en Europe - novembre 2000 - p.19-31

- **Sur les collectivités territoriales en Italie**

MERUSI, Franco, « Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza », *Diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004(1), p. 37-57.

Rapports

Conseil d'Etat, « Le droit communautaire », *Rapport public 1992*, Paris, La Documentation française, 1993.

Conseil d'Etat, « L'intérêt général en question », *Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, 1999.

Conseil d'Etat, BELLIARD Edwige, SALINS Catherine, *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, étude adoptée le 23 octobre 2003 par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, 2004.

Rapport Dexia, *Les collectivités territoriales dans l'Union européenne - Organisation, compétences et finances*, Dexia Editions, La Défense, décembre 2008

MARCOU Gérard, *La régionalisation en Europe : situation perspectives d'évolution dans les Etats membres de l'Union européenne et dans les Etats d'Europe centrale et orientale candidats à l'adhésion*, Rapport pour le Parlement européen, avril 2000, REGI 108 rév.1, 160 pages.

OBERMANN Gabriel, "Services of general interest in the internal market", *Report for the European Parliament*, February 2005.

Documents et législation communautaire

- **Sur les SIG**

Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe JO C 281 du 26.9.1996

Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580 du 20.9.2000, JO C 17 du 19.1.2001

Rapport de la Commission économique et monétaire du Parlement européen, sur la communication de la Commission « Les services d'intérêt général en Europe » (COM(2000)580) du 8 mai 2001, rapporteur Werner LANGEN

Report to the Laeken European Council – Services of General Interest, COM(2001) 598 final, 17.10.2001

Communication de la Commission - Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général, COM(2002) 331 final du 18.6.2002

Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 du 21.5.2003

Résolution du Parlement européen sur les services d'intérêt général 14 janvier 2004, P5_TA(2004)0018.

Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 du 12.5.2004.

Communication de la Commission du 26 avril 2006 «Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne» [COM(2006) 177 final - Non publié au Journal officiel].

Communication du 20 novembre 2007 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle" *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen*, COM(2007) 725 final, p9.

- **Sur les transports publics de voyageurs**

Décision 65/271/CEE du Conseil, du 13 mai 1965, relative à l'harmonisation de certaines dispositions ayant une incidence sur la concurrence dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, J.O. N°88 du 24.05.1965, p.1500.

Avis du Comité économique et social, J.O. N°49 du 17.05.1968, p15.

Résolution portant avis du Parlement : J.O. N° C 27 du 28.03.68, p18.

Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 156 du 28/06/1969 p. 0001 – 0007.

Règlement (CEE) n° 1107/70 du Conseil, du 4 juin 1970, relatif aux aides accordées dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. J.O. L n° 130 du 15.6.1970 p 1.

Règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO n° L 169 du 29/06/1991 p. 0001 – 0003.

Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrat de service public dans le domaine de transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, 26 juillet 2000, COM(2000) 7 final, 2000/0212 (COD)

Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable », (2001/C 123/07) du 24 janvier 2001.

Commission européenne, Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrat de service public dans le domaine de transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, 21 février 2002, COM(2002) 107 final, 2000/0212 (COD)

Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable (COM(2000) 7 – C5-0326/2000 – 2000/0212(COD)), Commission de la politique régionale, des transports et du tourisme, Rapporteur: Erik Meijer, 18 octobre 2001

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux aides accordées pour la coordination des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, du 22 juillet 2005, COM (2005) 319 final – 2000/0212 (COD).

- **Autres documents communautaires pertinents**

Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux

Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1)

Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO L 199 du 9.8.1993, p. 1)

Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 199 du 9.8.1993, p. 84).

Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02 - JOCE n° C 121 du 29/04/2000

Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [Journal officiel n° C 101 du 27.04.2004].

Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 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 30/04/04

Traité établissant une constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, JO C 310 du 16 décembre 2004

Communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» du 23 juin 2006, 2006/C 179/02.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JO C 306 du 17 décembre 2007.

Jurisprudence

○ Juridictions communautaires

CJCE, 5 février 1963, <i>NV Algemene Transport en Expéditie Onderneming Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise</i> , C-26/62, Rec., p. 3 et s	p 46
CJCE, 15 juillet 1964, <i>Costa c. E.N.E.L.</i> , C-6/64, Rec., p. 1141 et s. ;	p 13, 20, 46
CJCE, 14 juillet 1971, <i>Ministère Luxembourgeois de l'Intérieur et Madeleine Muller</i> , C-10/71, Rec. 723.	p 63, 65, 99
CJCE, 27 novembre 1973, <i>NV Nederlandse Spoorwegen contre Minister van Verkeer en Waterstaat</i> , affaire 36-73. Rec.1299.	p 184, 192
CJCE, 12 février 1974, <i>Sotgiu</i> , C-152/73, Rec. 153.	p 34
CJCE, 21 mars 1974, <i>BRT c/ SABAM et NV Fonior</i> , C-27-73. Rec. 51.	p 63, 65
CJCE, 30 avril 1974, <i>Sacchi</i> , C-155/73, Rec. 409.	p 66, 69, 99
CJCE, 12 décembre 1974, <i>Walrave</i> , C-36/74, Rec. 1405.	p 34
CJCE, 22 mars 1977, <i>Steineke/RFA</i> , C-78/76, Rec. 595 ;	p 311
CJCE, 8 novembre 1983 <i>NV IAZ Belgium c/Commission</i> , C-96/82, Rec. 3369.	p 66
CJCE, 31 janvier 1984, <i>Luisi et Carbone</i> , C-286/92 et C-26/83, Rec.377	p 55
CJCE, 10 juillet 1984, <i>Campus Oil</i> , C-72/83, Rec. 2727	p 69, 98
CJCE, 4 décembre 1986, <i>Commission c. Allemagne</i> , C-205/84, Rec. 3755	p 56
CJCE, 16 juin 1987, <i>Commission/Italie</i> , 118/85, Rec. p. 2599.	p 64
C.J.C.E., 4 mai 1988, <i>Bodson</i> , C-30/87, Rec. 2479.	p 62
CJCE, 27 septembre 1988, <i>Etat belge c/Humbel</i> , C-263/86, Rec. 5365.	p 52, 96, 275

CJCE, 5 octobre 1988, <i>Steynmann</i> , C-196/87, Rec. 6159.	p 52
CJCE, 2 février 1989, <i>Cowan</i> , C-186/87, Rec. 195	p 55
CJCE, 11 avril 1989, <i>Ahmed Saeed</i> , C-66/86, Rec. I-803.	p 66, 69
CJCE, 22 juin 1989, <i>Fratelli Costanzo</i> . C-103/88, Rec. 1839.	p 237
CJCE, 13 novembre 1990, <i>Fedesa</i> , C-331/88, Rec. I-4023.	p 67
CJCE, 26 février 1991, <i>Commission c/ Italie</i> , C-120/88, Rec. I-621.	p 55
CJCE, 19 mars 1991, <i>France/Commission</i> , C-202/88, Rec. I-1223	p 62
CJCE, 23 avril 1991, <i>Höfner et Elser</i> , C-41/90, Rec. I-1979.	p 55, 64, 69, 94
CJCE, 25 juillet 1991, <i>Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. c. Commissariaat voor de Media</i> , C-288/89, Rec., I-4007.	p 56
CJCE, 25 juillet 1991, <i>Factortame and Others</i> , C-221/89 Rec. I-3905, paragraphe 20.	p 55
CJCE , 27 novembre 1991, <i>Bleis</i> , C-4/91, Rec., 5627.	p 58
CJCE, 10 décembre 1991, <i>Port de Gênes</i> , C-179/90, Rec. 5889	p 73
CJCE, 17 février 1993, <i>Poucet, Pistre</i> C-159 et 160/91, Rec. I-637.	p 96
CJCE, 31 mars 1993, <i>Dieter Kraus c. Land Baden Württemberg</i> , C-19/92, Rec., 1993, p. I-1663	p 56
CJCE, 19 mai 1993, <i>Corbeau</i> , C-320/91, Rec. I-2533.	p 65, 66, 69, 71, 282, 332
CJCE, 7 décembre 1993, <i>Wirth c/Landeshauptstadt Hannover</i> , C-109/92, Rec. I-6447.	p 52
CJCE, 19 janvier 1994, <i>SAT Fluggesellschaft et Eurocontrol</i> , C-364/92, Rec. I-43.	p 94
CJCE, 23 février 1994, <i>Scholz</i> , C-419/92, Rec. I-505.	p 56
CJCE, 26 avril 1994, <i>Lottomatica (Commission c. Italie)</i> , C-272/91, Rec. I-1409.	p 91
CJCE, 27 avril 1994, <i>Commune d'Almelo</i> , C-393/92, Rec. I.1477.	p 66, 70
CJCE, 16 novembre 1995, <i>FFSA cl Ministère de l'agriculture et de la pêche</i> , C-	p 72,

244/94 Rec. I-4013.

- CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, Rec. I-4165 p 56, 59
- CJCE, 14 décembre 1995, *Procédure pénale c/Banchero*, C-387/93, Rec I-4663. p 95
- TPICE, 27 février 1997, *FFSA*, T-106/95, Rec. 229. p 313, 317
- CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, Rec. I-1547. p 95
- CJCE, 15 mai 1997, *Futura et Singer*, C-1250/95, Rec. I-2471. p 59
- TPI, 19 juin 1997, *Air Inter*, T-260/94, Rec. II-997. p 67, 68
- CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre Pays-Bas*, C-157/94, Rec. I-5699, p 67
- CJCE, 23 octobre 1997, *Commission contre Italie*, C-158/94 p 67
- CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c. France*, C-159/94, Rec. I-5815. p 66, 67
- CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c. Espagne*, C-114/97, Rec. I-6717. p 58
- CJCE, 17 septembre 1998, *Kainuun Liikenne Oy et Oy Pohjolan Liikenne Ab*, C-412/96, Rec. 5141. p 191
- CJCE, 10 novembre 1998, *Arnhem et Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, Rec. I-06821 p 88, 89, 287
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec. I-01459. p 56
- CJCE,, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, C-255/97, Rec. I-2835. p 56
- CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN Srl contre commune d'Ischia*, C-108/98, Rec. I-5219. p 88
- CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. I-5751. p 96
- CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, Rec. I-7289. p 59
- CJCE, 28 octobre 1999, *Skatteministeriet et Bent Vestergaard*, C-55/98, Rec. I-7641. p 96
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. I-8121. p 287, 288,
289, 291,
292, 294,
296-300, 342,

	360, 368, 369, 382, 393, 438
CJCE, 23 mai 2000, <i>Sydhavnens Sten & grus</i> , C-209/98, Rec. p. I-3743.	p 65, 66
CJCE, 7 décembre 2000, <i>Telaustria Verlags GmbH</i> , C-324/98, Rec. I-10745.	p 88-90
TPICE, 12 décembre 2000, <i>Aéroports de Paris</i> , T-128/98, Rec. II-2939.	p 95, 111
CJCE, 25 octobre 2001, <i>Commission c. Allemagne</i> , C-493/99, Rec. I-8163	p 56
CJCE, 25 octobre 2001, <i>Ambulanz Glöckner</i> , C-475/99, Rec. I-8089	p 71, 320
CJCE, 22 novembre 2001, <i>Ferring</i> , C-53/00, Rec. I-9067.	p 314
CJCE, 29 novembre 2001, <i>De Coster</i> , C-17/00, Rec. I-9445	p 57
CJCE, 22 janvier 2002, <i>Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas et Istituto nazionale par l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)</i> , C-218/00, Rec. I-717 _	p 96
TPICE, 6 mars 2002, <i>Territorio historico de Alava</i> , T-127 et T6129/99, Rec. II-1283.	p 311
C.J.C.E. 19 mars 2002, <i>Commission / Italie</i> , C-224/00, Rec. I-2965	p 314
CJCE, 17 septembre 2002, <i>Concordia Bus Finland</i> , C513/99, Rec. I-7445.	p 86
CJCE, 10 avril 2003, <i>Commission c/ Allemagne</i> , C20/01 Rec. P I 36/09.	p 86
CJCE, 8 mai 2003, <i>Commission contre Espagne</i> , C-349/97, Rec. I-3851.	p 296
CJCE, 22 mai 2003, <i>Arkkitehtuuritoimisto Riittta Korhonen Oy.</i> , C-18/01, Rec. I-5321.	p 349
CJCE, 3 juillet 2003, <i>Chronopost</i> , C-83/01, C-93/01 et C-94/01 P, Rec. I-6993.	p 314, 316
CJCE, 24 juillet 2003, <i>Altmark Trans GmbH</i> , C-280/00, Rec. I-7747.	p 199, 203, 205, 315-322, 368, 403, 407, 438
CJCE, 6 novembre 2003, <i>Gambelli</i> , C-243/01, Rec. I-13031	p 55
CJCE, 20 novembre 2003, <i>GEMO</i> , C-126/01, Rec. I-13769. 126/01	p 81
CJCE, 27 novembre 2003, <i>Enirisorse</i> , C-34/01, C-35/01, C-36/01, C-37/01 et	p 315

C-38/01, Rec. I-2843.	
TPICE, 16 mars 2004, <i>Danske Busvognmænd c/ Commission</i> , dit « <i>Combus</i> »	p 193, 195,
T-157/01, Rec. II-917.	199, 209
CJCE, 16 mars 2004, <i>AOK Bundesverband</i> , C-264/01, C-306/01, C-354/01 et	p 96, 97
C-355/01, Rec. p. I-2493.	
CJCE, 11 janvier 2005, <i>Stadt Halle</i> , C-26/03, Rec. I-1.	p 83, 292,
	293, 343
CJCE, 17 février 2005, <i>Viacom Outdoor Srl</i> , C-134/03, rec. I-1167	p 57
CJCE, 17 mars 2005, <i>Kraneman</i> , C-109/04, Rec. I-02421	p 52, 53
CJCE, 7 juin 2005, <i>Vereniging voor Energie, Milieu en Water</i> , C-17/03, Rec. I-	p 68
4983, point 79.	
CJCE, 21 juillet 2005, <i>Coname</i> , C-231/03, Rec.I-7287.	p 90, 294,
	301
CJCE, 13 octobre 2005, <i>Parking Brixen</i> , C-458/03, Rec.I-8612.	p 295, 300
CJCE, 15 décembre 2005, <i>Nadin</i> , C-151 et 152/04, Rec. I-11203	p 59
CJCE, 6 avril 2006, <i>Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV)</i> ,	p 90, 298,
C 410/04, Rec. I 3303.	
CJCE, 11 mai 2006, <i>Carbotermo</i> , C-340/04, Rec. I-4737.	p 298, 461
CJCE, 18 janvier 2007, <i>Jean Auroux e.a. c/ Commune de Roanne</i> , C-220/05,	p 294
Rec. I-11037.	
CJCE, 19 avril 2007, <i>Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/</i>	p 300, 306,
<i>contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estad</i> , C-	343, 361,
295/05, Rec. I 2999.	415, 438
CJCE, 18 décembre 2007, <i>Frigerio Luigi & C. Snc contre Comune di Triuggio</i> ,	p 354
C-357/06, Rec. 2007 p 12311	
TPICE, 12 février 2008, <i>BUPA contre Commission</i> , T-289/03	p 81, 317,
	321, 322,
	326, 438
CJCE, 15 octobre 2009, <i>Acoset</i> , C-196/08, rec.	p 306, 307,

○ **Juridictions françaises**

TC, 8 février 1873, <i>Blanco</i> , Rec. p. 61.	p 105, 107, 117, 132, 133, 139
CE, 13 décembre 1899, <i>Cadot</i> , Rec. 1148.	p 106, 133
C.E., 29 mars 1901, <i>Casanova</i> . Rec. 333.	p 147, 159
CE, 6 février 1903, <i>Terrier</i> , Rec. 94.	p 106, 107, 110
TC, 29 février 1908, <i>Feutry</i> , Rec.208	p 107, 108, 133
CE, 4 mars 1910, <i>Thérond</i> , Rec. 193.	p 107, 108, 133
TC, 4 juin 1910, <i>Compagnie d'Assurances le Soleil</i> , Rec.446.	p 110
CE, 3 février 1911, <i>Commune du Mesle-sur-Sarthe</i> , Recueil Sirey, 1913-III-108	p 110
CE, 31 juillet 1912, <i>Société des granits porphyroïdes des Vosges</i> , Rec. 909.	p 110, 134
CE, 28 juin 1918, <i>Heyriès</i> . Rec. 651.	p 147
CE, 25 mai 1925, <i>Décatoire</i> , Rec, 535.	p 114
CE, 30 mai 1930, <i>Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers</i> , Rec. 583.	p 147
CE, 11 juillet 1933, <i>Dame Mélinette</i> , Rec. 1237.	p 115
TC, 7 juillet 1934, <i>Roty</i> .	p 111
CE, 30 octobre 1953, <i>Bossuyt</i> , Rec. 466	p 114
CE, 4 juin 1954, <i>Affortit et Vingtain</i> , Rec.342.	p 136
TC, 22 janvier 1955, <i>Naliato</i> , Lebon p 614.	p 112, 336
TC, 28 mars 1955, <i>Effimieff</i> , Rec. 617.	p 136

CE, 20 avril 1956, <i>Epoux Bertin, Consorts Grimouard</i> , Rec.610.	p 136
CE, 19 octobre 1956, <i>Société Le Béton</i> , Rec.374.	p 136
CE Sect., 12 juin 1959, <i>Syndicat des exploitants de cinématographes de l'Oranie</i> , Rec. 363.	p 148
CE, 18 décembre 1959, <i>Delansorme</i> , Rec. 692.	p 148
TC, 22 février 1960, <i>Société Pétronaphte</i> , Rec. 867	p 111
CE Sect., 28 octobre 1960, <i>de Laboulaye</i> , Rec. 570.	p 146
CE Sect., 14 juin 1963, <i>Epoux Hébert</i> , Rec. 364.	p 111
CE, sect., 28 juin 1963, <i>Narcy</i> , Rec. p 401	p 330-335
CE Sect. 17 avril 1964 <i>Commune de Merville-Franceville</i> , Rec. 231	p 148
CE, Sect. 20 novembre 1964 <i>Ville de Nanterre</i> , Rec. 563	p 147, 148
CE Sect., 15 octobre 1965, <i>Cie l'Abeille</i> , Rec. 516	p 159
CE, 19 décembre 1969, <i>Etablissement Delannoy</i> , Rec. 595.	p 155
CE. Sect. 2 juin 1972 <i>Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes</i> , AJDA, 1972, 647	p 148
CE, sect., 22 novembre 1974, <i>Fédération des industries françaises de sport</i> , req. n° 89828.	p 115
CE, 9 janvier 1981, <i>Bouvet</i> , Rec. 4,	p 111
TC, 4 juillet 1983, <i>Gambini, Lebon</i> p 540	p 112
TA Grenoble, 27 janvier 1988, <i>Ruphy</i> , JCP 1989, II, 21265	p 159
TC, 19 décembre 1988, <i>Ponce</i> , requête n° 02541.	p 115
CE, 2 juin 1995, <i>Ville de Nice</i> , Rec. 685.	p 115
CE, 15 avril 1996, <i>Préfet des Bouches-du-Rhône</i> , Rec. 137.	p 152, 162
CE, 17 décembre 1997, <i>Ordre des avocats à la Cour de Paris</i> , AJDA , 1998, pp. 362-367.	p 148
CE, 27 février 1998, <i>Commune de Sassenay</i> , Rec. 777	p 111
TC, 15 mars 1999, <i>Mme Pristupa</i> , Rec. 444	p 111
CE, 20 mars 2000 <i>GISTI</i> ,	p 111
CE, 30 décembre 2002, <i>Préfet des Côtes d'Armor</i> , Rec. 137.	p 163

CE, Avis du 18 mai 2004, <i>Cinémathèque française</i> , EDCE 2005, p. 185.	p 344, 345
CE, Sect., 22 février 2007, <i>Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (Aprei)</i> , req. n° 264541.	p 111, 333, 334
CE, Sect. 6 avril 2007, <i>Commune d'Aix-en-Provence</i> , Requête n° 284736, Lebon.	p 337, 340, 341, 342, 345
CE, 5 octobre 2007 , n° 298773, <i>Société UGC Ciné Cité</i> , au Lebon.	p 334

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation,132, J.O. 17 janvier 1982.	p 146
Conseil constitutionnel, 86-207, DC, 25-26 juin 1986, loi d’habilitation du gouvernement l’autorisant à opérer la privatisation des entreprises publiques par voie d’ordonnances	p 112
Conseil constitutionnel, 86-217, DC, 18 septembre 1986, loi sur la liberté de communication.	p 113
Conseil constitutionnel, 87-232, DC 7 janvier 1988, loi sur la mutualisation du crédit agricole	p 113

○ **Juridictions italiennes**

Consiglio di stato sez VI, 12-3-1990 n°374	p 350
Consiglio di Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in Foro it., 2000, I, 365.	p 140
Corte di Cassazione, sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032, in Foro it., 2002, I, 1842	p 140
Consiglio di Stato n° 679 du 19 février 2004	p 360
Consiglio di stato sez. V, sent. 3-2-2005 n° 272	p 349
Consiglio di Stato n° 7345 du 22 décembre 2005	p 360
TAR Puglia, Bari, sez. I, décision n°1318, du 12 avril 2006.	p 339, 349
TAR Puglia sez. Lecce, sentenza du 23 juin 2006, n. 3533.	p 360

Consiglio di Stato, sez. V, 30 août 2006, n°5072.	p 361
Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sent. 27 ottobre 2006, n. 589.	p 353
Consiglio di Stato, sez. V, 8 janvier 2007, n°5	p 360
Consiglio di Stato, sez. VI, 3 avril 2007, n°1514	p 360
Consiglio di Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456	p 353
Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 3 mars 2008, n°1.	p 361
Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889	p 164
Corte costituzionale, Sentenza 6 luglio 2004, n. 204.	p 140, 141, 339
Corte costituzionale, n°80, 22 febbraio 2006.	p 358, 429
Corte costituzionale, n°307, 20 novembre 2009	p 358

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	3
ABREVIATIONS	7
INTRODUCTION GENERALE.....	9
I – LE CADRE COMMUNAUTAIRE DES SERVICES PUBLICS LOCAUX	11
II – PROBLEMATIQUE.....	18
III – LE CHOIX DES TRANSPORTS PUBLICS DE VOYAGEURS	23
IV – LE CADRE INSTITUTIONNEL DES SERVICES PUBLICS LOCAUX : L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE EN FRANCE ET EN ITALIE.....	34
V – PLAN.....	44
PARTIE I – L'INDIFFERENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE AUX SERVICES PUBLICS LOCAUX	46
TITRE I – UNE RECONNAISSANCE DES SERVICES PUBLICS LOCAUX LIMITEE AU CADRE NATIONAL	48
<i>Chapitre I – La reconnaissance des services publics en droit communautaire, sans considération de leur caractère local.....</i>	<i>50</i>
Section I – La définition d'une notion communautaire de service public	51
§ 1 – La notion de « services » dans les règles portant sur le marché intérieur.....	51
A – Les « services » en droit communautaire, une notion bien établie.....	51
B – Les règles fondamentales associées à la notion de « service ».....	53
1. La suppression des entraves à la libre circulation des services.....	54
2. Les exceptions à la libre circulation et la prise en considération de l'intérêt général.....	57
§ 2 – La notion de « SIEG » développée à partir des normes relatives à la libre concurrence.....	59
A – La notion de « SIEG » dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes.....	61
1. une notion fondée sur des éléments dégagés par la CJ.....	62
2. Les conditions d'application de l'article 86 § 2.....	66
a. Le contrôle de proportionnalité.....	66
b. L'effet sur les échanges entre États membres.....	72
B – Le développement de la notion de « SIEG » et l'émergence des « SIG dans les documents politiques	73
1. La notion de SIG dans les documents de la Commission	74
a. La question de la définition des SIG.....	74
b. L'adoption d'une norme horizontale sur les SIG.....	77
c. La promotion politique des SIEG	78
1 - L'article 16 du Traité CE	78
2 - L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux	80
Section II – La particularité des SIEG illustrée par leur régime.....	82
§ 1 – Les règles du marché intérieur régissant la délégation des services publics	82
A – Les marchés publics	84
1. Personnes concernées	84
2. Les principes fondamentaux	85
B – Les concessions	87
§ 2 – Les règles de la concurrence régissant l'activité des entreprises en charge d'un « SIEG ».....	93
A – Les développements de la jurisprudence quant au régime des SIEG.....	93
1. Définir ce qui est économique et ce qui ne l'est pas	94
2. La portée de l'article 86 § 2.....	97
B – Les principes codifiés dans les documents de la Commission	99
Conclusion sur le chapitre.....	101
<i>Chapitre II – La tradition des services publics locaux en droit national français et italien.....</i>	<i>103</i>
Section I – La notion de service public local en droit français et italien	104
§ 1 – Définition de la notion de service public local	104
A – Le « local » absorbé dans la notion de service public en droit français.....	105
1. L'origine jurisprudentielle de la notion de service public	105
2. Une notion de service public hétérogène et englobante	109
a. Des activités variées et un régime variable	109
b. La distinction entre services publics constitutionnels et les autres services publics.....	112
c. La conception unitaire du service public et sa définition	114

B - Le « local », source de la notion de service public en droit italien.....	117
1. L'origine législative de la notion de service public	117
2. Une notion de service public fragmentée.....	120
a. Le service public dans son acception pénale.....	120
b. Les « services publics essentiels » dans la Constitution italienne.....	121
c. Les autres expressions d'inspiration communautaire.....	125
3. Une définition relative.....	126
§ 2 – Portée de la notion de service public local.....	131
A - Le service public, concept essentiel du droit français.....	131
1. La portée juridique du service public	131
2. La portée idéologique du service public.....	134
B - Le service public, concept secondaire du droit italien.....	137
1. La portée juridique du service public	137
2. La portée idéologique du service public.....	142
Conclusion sur la section	143
Section II – Le régime des services publics locaux en France et en Italie.....	145
§1 – La mise en place des services publics locaux	145
A - La liberté du commerce et de l'industrie comme limite à l'intervention publique en France.....	146
B - La municipalisation comme réserve d'intervention publique en Italie	149
§2 – L'organisation traditionnelle des services publics locaux	151
A - Les modes de gestion	152
1. La gestion par une personne publique.....	153
2. La gestion par une personne privée	155
B – Le financement des services publics locaux	159
C - Les contrats locaux et leur attribution.....	161
Conclusion de la section.....	167
Conclusion du chapitre.....	168
CONCLUSION DU TITRE	170
TITRE 2 – L'INTEGRATION PROGRESSIVE DES TRANSPORTS PUBLICS LOCAUX DANS LA POLITIQUE COMMUNE COMMUNAUTAIRE.....	175
<i>Chapitre I – La libéralisation tardive des transports publics locaux en droit communautaire.....</i>	<i>177</i>
Section I : Le règlement du Conseil n°1191/69 du 26 juin 1969, première tentative de conciliation entre les enjeux de la libéralisation et du service public dans le domaine des transports.....	178
§ 1 – Une première application normative de la notion de service public en droit communautaire	179
A - La définition du service public par le prisme de la concurrence.....	179
B - La reconnaissance de la particularité des services publics locaux	185
§ 2 – Un régime conforme aux objectifs politiques du droit communautaire de l'époque.....	189
A - La libéralisation des services de transport au cœur du dispositif du Règlement n° 1191/69	189
B - La libéralisation des services de transport au cœur du contexte normatif.....	196
Section II - Le développement de la portée du Règlement n°1191/69 lors de la révision de 1991.....	200
§ 1 – L'élargissement du champ d'application du principe de suppression des obligations de service public.....	201
§ 2– Le principe de contractualisation.....	206
<i>Conclusion du chapitre.....</i>	<i>210</i>
<i>Chapitre II – Les transports publics locaux en France et en Italie.....</i>	<i>213</i>
Section I – Le service public des transports collectifs locaux	214
§1 – Un service local : l'organisation institutionnelle du service.....	214
A – La variété des autorités compétentes selon les territoires et les modes de transports	215
1. France : un système de transport local inscrit dans le cadre national	215
a. L'organisation décentralisée du service	216
1 - L'organisation des transports publics en province.....	218
2- L'organisation des transports publics en Ile-de-France	219
b. Le traitement particulier des transports urbains.....	220
1 - Le regroupement des autorités	220
2 - La compétence	221
2. Italie : un système de transport à l'organisation mouvante.....	222
a. L'organisation des transports publics : une évolution de la décentralisation au profit des régions	223
b. La réforme des transports publics locaux exercice de la réforme administrative générale	225
B – La planification comme moyen de coordination	229
1. Les plans de déplacements urbains en France	229

2. Les plans urbains de mobilité en Italie	230
§ 2– La mission des autorités organisatrices : l'organisation du service public	231
A – Les transports publics locaux français, un service local d'envergure nationale	232
B – Les transports publics locaux en Italie, le rôle clef des régions	234
Conclusion sur la section	237
Section II – La libéralisation du service des transports publics locaux	238
§ 1 – La recherche du meilleur financement	238
A – En France, un système fondé essentiellement sur les usagers du service	239
B – En Italie, un système de financement essentiellement fondé sur les autorités publiques	242
§ 2 – La concurrence pour le marché des transports publics locaux, objectif des législateurs nationaux	246
A – France : la libre concurrence assurée par l'application du régime général	246
B – Italie : les transports publics locaux, secteur pilote de l'introduction de la concurrence dans les services publics locaux	248
<i>Conclusion sur le chapitre</i>	251
CONCLUSION DU TITRE	253
CONCLUSION DE LA PARTIE	257
PARTIE II - LA PRISE EN COMPTE DES SERVICES PUBLICS LOCAUX AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE	261
TITRE I - LA MISE EN VALEUR DES SERVICES PUBLICS LOCAUX EN DROIT COMMUNAUTAIRE	263
<i>Chapitre I – L'intégration en droit communautaire de mesures favorables aux services publics locaux</i>	265
Section I – Une notion valorisée mais relative	265
§ 1 – La valorisation des « SIEG » et des « SIG »	266
A – Le travail d'élaboration juridique des notions	266
1. Les services sociaux d'intérêt général (SSIG)	267
2. Les services d'intérêt général non économique (SIGNE)	268
3. Une base légale pour les services d'intérêt général	269
B – La promotion politique des notions relatives aux SIG	271
§ 2 – La relativité des notions de « SIEG » et des « SIG »	273
A – Des notions confuses	274
B – Une notion concurrente	278
1. Le principe de subsidiarité en matière de SIEG dans les textes COMMUNAUTAIRES	279
2. Le principe de subsidiarité dans la jurisprudence COMMUNAUTAIRE	282
Conclusion de la section	283
Section II – L'évolution du régime des SIG : une prise en compte très encadrée des services publics locaux	284
§ 1 – Les règles concernant les contrats publics : l'apparition des services publics locaux dans les débats	284
A – L'exception jurisprudentielle à l'application des règles concernant les contrats publics	285
1. La construction par les juges communautaires d'une exception aux règles de conclusion des marchés publics	287
2. La restriction par les juges communautaires de la portée de l'exception « in-house »	291
a. L'inapplicabilité de l'exception « in-house » aux relations entre pouvoir adjudicateur et entreprise à capitaux mixtes	292
b. L'incertaine applicabilité de l'exception « in-house » aux relations entre pouvoir adjudicateur et entreprise à capitaux entièrement publics	295
B – Le travail de la Commission pour l'extension du régime communautaire des contrats publics	302
1. Le document de travail sur l'application des règles des marchés publics aux SIG et en particulier AUX SSIG 303	303
2. Les communications de la Commission	305
§ 2 – Le financement des SIEG	308
A – Les compensations de service public dans la jurisprudence de la Cour de justice	309
1. L'incompatibilité des aides d'Etat avec les règles du Traité	309
2. Le cas particulier des compensations de service public	312
B – Les compensations de service public dans les documents de la Commission	322
<i>Conclusion sur le chapitre</i>	323
<i>Chapitre II – L'évolution des services publics locaux en France et en Italie face aux développements du droit communautaire</i>	329
Section I – L'évolution de la notion de service public local	329
§ 1 – L'évolution de la notion en France en réponse à des questions anciennes	330
	493

A - L'identification des activités de service public.....	330
B - La question des services publics sociaux.....	336
§ 2 – Une notion de service public inchangée en Italie	338
Section II – L'évolution du régime des services publics locaux.....	339
§ 1 – La clarification du régime applicable par les juges français.....	340
A – Un tableau récapitulatif des modes de gestion	340
B - La gestion à travers un opérateur interne.....	341
C - La gestion d'un service public à l'initiative d'une personne privée	344
§ 2 – La r-évolution permanente des services publics locaux en Italie	345
A – La réforme du régime général des services publics locaux	345
B – Les transformations dans l'organisation administrative de l'Etat	355
C – La question des modes de gestion	359
Conclusion du chapitre	363
CONCLUSION DU TITRE	367
TITRE 2 – LE DEVELOPPEMENT D'UN DROIT LOCAL COMMUNAUTAIRE ? L'ADOPTION DU REGLEMENT N°1370/2007 RELATIF AUX SERVICES PUBLICS DE TRANSPORTS DE VOYAGEURS, UN REGLEMENT « EUROLOCAL »	371
<i>Chapitre 1 – Les premiers projets de révision du Règlement n°1191/69 : la création d'un service public « eurolocal »</i>	379
Section I – Le développement de la concurrence.....	379
§1 – Les règles liées au contrat	380
A – Le recours généralisé au contrat.....	380
B – Un contenu standardisé	382
C – Les règles d'attribution des contrats de service public	384
1. La mise en concurrence.....	384
2. Les exceptions.....	386
§ 2 – Les règles relatives à la bonne application du règlement et à la liberté d'établissement des services	389
A - La transparence.....	389
B - La conciliation du règlement avec les règles des marchés publics	390
C - Les innovations périlleuses de la proposition de 2002	391
Section II – La régulation du service public	394
§1 – De la suppression des « obligations de service public » à la nécessité des « exigences de service public ».....	394
§2 - Les obligations pesant sur les collectivités locales	397
§3 – La question de la subsidiarité.....	399
<i>Chapitre II – Le Règlement n°1370/2007: le service des transports publics, expression de l'autonomie locale</i>	403
Section I – Les principales mesures adoptées dans le règlement 1370/2007	404
§1 – Le développement de la concurrence	405
A - Le contrat de service public.....	406
B - L'attribution des contrats de service public	409
C – Les mesures de transparence.....	412
§ 2 – La promotion de la subsidiarité	414
A - L'opérateur interne	414
B - L'absence de critères de service public obligatoires	418
C - Le maintien des contrats conclus par l'autorité compétente	419
Section II – Impact sur les transports publics locaux en France et en Italie.....	420
§ 1 – France : la nécessité de réviser le régime de Paris et sa région	421
§ 2 Italie : un régime national plus sévère que le règlement	424
CONCLUSION SUR LE TITRE	431
CONCLUSION GENERALE	435
ANNEXE 1	445
ANNEXE 2	446
BIBLIOGRAPHIE	451
TABLE DES MATIÈRES	490