

# SERVICES PUBLICS ET CONCURRENCE EUROPÉENNE : CONTRADICTION OU CONCILIATION ?

Pierre Lepetit | *Inspecteur général des finances, Vice-président et trésorier de Notre Europe - Institut Jacques Delors*

---

## RÉSUMÉ

L'Union européenne veille à ce que les services publics, qu'il s'agisse des services de réseau ou des services sociaux, travaillent dans des conditions économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leur mission. **Après un long et vif débat, le traité de Lisbonne consacre cette reconnaissance des valeurs du service public et donc du fait que l'application des règles du traité, notamment les règles de concurrence, ne font pas obstacle à leur bon fonctionnement.** En dépit de cette évolution, l'idée que les règles du marché unique peuvent dans certaines circonstances s'appliquer à la fourniture de certains services sociaux reste fortement contestée par une grande partie de l'opinion publique, particulièrement en France.

Cette question mérite d'être posée. **Pourquoi, en effet, appliquer les règles du marché unique européen aux initiatives que prennent les citoyens pour offrir une réponse aux besoins sociaux ?** Ces initiatives ont souvent précédé celles de l'État, des collectivités locales et des entreprises à but lucratif parce que ces derniers n'avaient pas ou n'étaient pas en mesure de répondre à ces besoins. Elles offrent une réponse le plus souvent caractérisée par la qualité, la proximité et la disponibilité que l'on ne trouve pas toujours dans les offres concurrentes, quand celles-ci existent. On peut donc légitimement s'interroger sur l'utilité sociale qu'apporterait l'application des règles du marché unique à ces activités alors même que le marché s'est montré défaillant.

**Ce Policy Paper tente de préciser quelle est la situation de droit pour démontrer que l'application des règles du marché intérieur n'a pas pour objectif d'introduire une concurrence sauvage destructrice des services publics.** Leur objectif premier est de faire en sorte que la transparence et l'égalité des opérateurs économiques deviennent la règle dès lors qu'il y a un marché.

“ L'APPLICATION DES RÈGLES  
 DU MARCHÉ INTÉRIEUR N'A PAS  
 POUR OBJECTIF D'INTRODUIRE  
 UNE CONCURRENCE SAUVAGE  
 DESTRUCTRICE DES SERVICES  
 PUBLICS ”

C'est sans nul doute une évolution profonde de la relation entre les collectivités publiques et les institutions privées chargée d'une mission d'intérêt général. Les personnes publiques ont à cet égard une grande responsabilité car elles disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'est un service social d'intérêt général. **Cette évolution demandera du temps vu l'ampleur des changements de comportement qu'elle suppose.**

**Si des contestations subsistent, c'est avant tout parce que la transition n'a pas été bien gérée :** les obstacles n'ont pas été identifiés, les étapes n'ont pas été aménagées et l'on est donc resté dans le débat de principe, parfois idéologique, sur les mérites ou les méfaits de la concurrence, dont la construction européenne fait souvent les frais.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>3</b>
<b>1. Jusqu'à quel point les services sociaux d'intérêt général sont-ils concernés par les règles du marché unique ?</b>	<b>4</b>
1.1. Le régime des aides d'État s'applique lorsqu'une compensation de service public est accordée à une entité agissant sur un marché et que cette compensation affecte les échanges entre États membres.	4
1.1.1. Une compensation de service public...	4
1.1.2. ...octroyée à une activité économique...	4
1.1.3. ... qui affecte ou menace d'affecter les échanges entre États membres.	5
1.2. Les compensations de service public ne sont pas toujours des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur.	5
1.2.1. Des obligations de service public clairement définies	5
1.2.2. Un mandat pour confier la gestion du service social d'intérêt général à une entreprise	6
1.2.3. Une compensation proportionnée aux obligations de service public	6
1.3. Le recours au marché public ou au contrat de concession n'est pas toujours obligatoire.	6
<b>2. L'application de ces règles fait-elle échec à la mission qui est impartie aux services sociaux d'intérêt général ?</b>	<b>8</b>
2.1. L'application des règles du marché intérieur est compatible avec le développement des services sociaux d'intérêt général	8
2.2. Le comportement des acteurs et des autorités de régulation est un obstacle au développement du nouveau cadre d'exercice des activités d'intérêt général fondé sur la transparence et l'égalité de traitement.	9
<b>CONCLUSION</b>	<b>11</b>

## INTRODUCTION

La Commission européenne a actualisé récemment les règles applicables en matière d'aides d'État aux compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG)<sup>1</sup>. Simultanément, elle a déposé deux projets de directive qui pourraient modifier les conditions dans lesquelles sont délivrées les prestations de service d'intérêt économique général : un projet de directive sur la passation des marchés publics et un deuxième sur l'attribution de contrats de concession<sup>2</sup>.

Ces initiatives s'inscrivent dans la volonté de l'Union européenne de veiller à ce que les services publics, qu'il s'agisse des services de réseau ou des services sociaux, travaillent dans des conditions économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leur mission. Après un long et vif débat, le traité de Lisbonne consacre cette reconnaissance des valeurs du service public et donc du fait que l'application des règles du traité, notamment les règles de concurrence, ne font pas obstacle à l'accomplissement de leur mission<sup>3</sup>.

Le collectif SSIG<sup>4</sup> (services sociaux d'intérêt général) s'est félicité de la prise en considération par la Commission européenne des spécificités des services sociaux tant dans le régime d'encadrement des aides d'État que dans les deux projets de directive. Le débat n'est cependant pas clos. En dépit d'une évolution significative depuis 10 ans des traités, de la réglementation européenne et de la pratique tant de la Cour de justice que de la Commission, l'idée que les règles du marché<sup>5</sup> peuvent dans certaines circonstances s'appliquer à la fourniture de certains services sociaux reste fortement contestée par une grande partie de l'opinion publique, particulièrement en France.

“ L'IDÉE QUE LES RÈGLES  
DU MARCHÉ PEUVENT  
S'APPLIQUER À LA  
FOURNITURE DE CERTAINS  
SERVICES SOCIAUX RESTE  
FORTEMENT CONTESTÉE ”

Cette question mérite d'être posée. Pourquoi, en effet, appliquer les règles du marché unique européen aux initiatives que prennent les citoyens pour offrir une réponse aux besoins sociaux ? Ces initiatives ont souvent précédé celles de l'État, des collectivités locales et des entreprises à but lucratif parce que ces derniers n'avaient pas ou n'étaient pas en mesure de répondre à ces besoins. Elles offrent une réponse le plus souvent caractérisée par la qualité, la proximité et la disponibilité que l'on ne trouve pas toujours dans les offres concurrentes, quand celles-ci existent. On peut donc légitimement s'interroger sur l'utilité sociale<sup>6</sup> qu'apporterait l'application des règles du marché unique à ces activités alors même que le marché s'est montré défaillant.

Je me propose donc d'examiner en premier lieu la portée des règles édictées par le paquet Almunia en matière d'aides d'État aux compensations de service public et par les deux directives (marchés publics et concessions), puis dans un second temps, d'analyser dans quelle mesure, comme le dit l'article 106-2 du TFUE, « 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 ».<sup>7</sup>

1. Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/02 ; Communication de la Commission, Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public, 2012/C 8/03 ; Communication de la Commission, Approbation du contenu d'un projet de règlement de la Commission relatif aux aides de minimis pour la fourniture de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/04 ; Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, 2012/21/UE. Ces textes, connus sous le nom de « paquet Almunia » font suite au « paquet Monti-Kroes » de 2005. Ils ont été publiés au JOUE du 11 janvier 2012.

2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM(2011) 897 final du 20 décembre 2011 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM(2011) 896 final du 20 décembre 2011.

3. L'article 14 du TFUE donne une nouvelle base juridique pour établir les principes et fixer les conditions de fonctionnement des services d'intérêt économique général. Un nouveau protocole sur les services d'intérêt général est annexé au Traité et le droit à l'accès aux services d'intérêt économique général est reconnu parmi les droits fondamentaux de l'Union (article 36 de la Charte des droits fondamentaux).

4. Le collectif SSIG s'est constitué le 30 mai 2006 à l'occasion de la publication par la Commission européenne de sa Communication sur les SSIG du 26 avril 2006 « parce que le Traité et la Cour de justice protègent les missions des services sociaux des seules forces du marché » (<http://www.ssig-fr.org/>).

5. On appelle ici « règles du marché unique », les règles de l'achat public et celles relatives à l'interdiction des aides d'État qui faussent la concurrence.

6. J'emploie cette expression à dessein pour désigner des prestations de meilleure qualité à moindre coût pour la collectivité.

7. Article 106 paragraphe 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ».

# 1. Jusqu'à quel point les services sociaux d'intérêt général sont-ils concernés par les règles du marché unique ?

## 1.1. Le régime des aides d'État<sup>8</sup> s'applique lorsqu'une compensation de service public est accordée à une entité agissant sur un marché et que cette compensation affecte les échanges entre États membres.

### 1.1.1. Une compensation de service public...

Ces règles s'appliquent dès lors qu'une compensation financière est accordée pour assurer le service d'intérêt général ou dès qu'un achat public intervient. Les entreprises qui offrent les services d'intérêt général sont le plus souvent dans l'incapacité de facturer la totalité du coût au bénéficiaire final. Elles sollicitent donc un soutien de l'État ou des collectivités locales pour compenser la différence. Ces services d'intérêt général font souvent l'objet de politiques publiques qui définissent la nature des prestations à offrir et les publics qui doivent en bénéficier. Dans ce cas, l'État ou la collectivité locale définit le cahier des charges de l'activité et achète des prestations. On distingue alors trois acteurs : le prescripteur, le gestionnaire du service et le bénéficiaire final.

Ce transfert de ressources d'État peut prendre de nombreuses formes : subventions directes, crédits d'impôts ou avantages en nature comme la mise à disposition de locaux pour un loyer symbolique. De même, le fait pour l'État ou la collectivité locale de ne pas facturer au prix du marché des biens ou des services mis à disposition de l'entité gestionnaire du service constitue une forme d'aide publique.

### 1.1.2. ...octroyée à une activité économique...

Sont concernées toutes les entités qui exercent une activité économique indépendamment du statut de ces entités et de leur mode de financement. C'est ainsi qu'une association, une fondation, un groupement, un établissement public, une société anonyme à capitaux publics, privés ou mixtes, qu'ils soient à but lucratif ou non, sont concernés par l'application des règles relatives aux aides d'État.

Mais ces entités doivent exercer une activité économique, c'est-à-dire une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ou autrement dit une activité marchande.

Le point de savoir si une activité fait ou non l'objet d'un marché dépend de la manière dont ces services sont organisés dans chaque État membre. Il y a un marché quand des opérateurs sont désireux et capables de fournir le service en question dans les conditions d'organisation fixées par l'autorité publique. C'est ainsi que si les exigences (en termes de contenu et de qualité de la prestation, de répartition de l'offre sur le territoire, de disponibilité vis-à-vis du bénéficiaire final) fixées par l'État, par exemple, pour former les demandeurs d'emploi étaient telles qu'aucune entreprise n'aurait intérêt à exercer cette activité, il n'y aurait pas aujourd'hui de marché de la formation professionnelle des demandeurs d'emploi.

En revanche, « la décision d'une autorité de ne pas permettre à des tiers de fournir un service donné (par exemple parce qu'elle souhaite le fournir elle-même) ne signifie pas qu'aucune activité économique n'est exercée »<sup>9</sup>.

La Commission reconnaît donc qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, à priori, jamais de nature économique. C'est ainsi qu'une association qui dispense de la formation à des

8. Dans la terminologie des institutions européennes, le terme « État » désigne toutes les collectivités publiques susceptibles d'attribuer une aide financée sur fonds publics.

9. Point 13 de la communication précitée, 2012/C 8/02.

jeunes sans qualification, ou qui gère une maison de retraite ou des services d'aide à domicile, des centres de vacances, des gîtes ruraux, etc. peut être qualifiée d'activité économique dès lors qu'elle offre un service qui est ou pourrait être offert par un autre opérateur économique.

Elle admet cependant que « les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques ». Il en est de même des régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité, des « hôpitaux intégrés dans un service national de santé dont le fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité », de l'enseignement public organisé dans le cadre du système de l'éducation nationale, et des principales activités des universités et des organismes de recherche.

### 1.1.3. ... qui affecte ou menace d'affecter les échanges entre États membres.

Sur le marché intérieur de l'Union européenne, toute entité d'un État membre qui exerce une activité économique doit être en mesure d'offrir sans discrimination ses prestations en tout point du territoire de l'Union. L'objectif du marché intérieur est d'assurer la meilleure qualité au meilleur coût. Tout opérateur qui est en mesure de répondre au cahier des charges de la prestation doit être en mesure de proposer son offre. « Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il n'existe pas de seuil ou de pourcentage en dessous duquel on ne peut considérer que les échanges entre États membres ne sont pas affectés. Cependant, la Commission a conclu, dans plusieurs cas, que certaines activités avaient un caractère purement local (des piscines, des hôpitaux, des musées ou des événements à usage ou à destination d'une population purement locale) »<sup>10</sup>.

## 1.2. Les compensations de service public ne sont pas toujours des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur.

Une compensation, qu'elle qu'en soit la forme, représente la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Dans les conditions définies par la Cour de justice dans l'arrêt Altmark<sup>11</sup>, cette compensation peut être compatible avec le marché intérieur. Ces conditions peuvent s'énoncer des trois façons décrites ci-dessous.

### “ L'ÉTAT OU LES COLLECTIVITÉS LOCALES DISPOSENT DONC D'UN LARGE POUVOIR D'APPRÉCIATION POUR DÉFINIR CE QU'EST UN SERVICE SOCIAL D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ”

#### 1.2.1. Des obligations de service public clairement définies

Pour la Commission, « la notion de service d'intérêt économique général est évolutive et dépend, entre autres choses, des besoins des citoyens, des évolutions techniques et commerciales et des préférences sociales et politiques propres à chaque État membre ». L'État ou les collectivités locales disposent donc d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'est un service social d'intérêt économique général. « En règle générale, une 'mission de service public particulière' implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions »<sup>12</sup>. Les conditions dans lesquelles doit être rendu le service public sont donc tout à fait fondamentales. Ces conditions doivent être définies par la collectivité publique et c'est de sa décision que dépendra de savoir si un opérateur concurrentiel pourra offrir le service demandé. C'est ainsi que le service de formation professionnelle des demandeurs d'emploi peut aujourd'hui en France être rendu par un nombre important d'opérateurs, puisque les conditions dans lesquelles ce service doit être rendu mettent plutôt l'accent sur le niveau de prix et parfois l'origine géographique du demandeur d'emploi et plus rarement sur la qualité de la formation et sur l'accompagnement en vue de la réinsertion sur le marché du travail. L'existence

10. Point 39 de la communication précitée, 2012/C 8/02.

11. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, point 87 à 93.

12. Point 47 de la communication précitée, 2012/C 8/02. Voir également l'article 2 du 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.

d'un service public de formation des demandeurs d'emploi relèverait donc d'abord d'une décision de l'État ou de la région.

### 1.2.2. Un mandat pour confier la gestion du service social d'intérêt général à une entreprise

La mission de service public doit être confiée au moyen d'un acte explicite (loi, décret ou contrat) qui précise la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs accordés s'il y a lieu ainsi que les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation accordée pour financer les obligations de service public. Cette mission peut être accordée sur proposition du prestataire, pourvu qu'un acte de l'autorité publique approuve cette proposition. C'est ainsi qu'une association de formation professionnelle pourrait proposer à une région de former et d'accompagner les demandeurs d'emploi les plus éloignés du marché du travail en vue d'une réinsertion sans que soit définie au préalable la nature des formations et des moyens à mettre en œuvre pour obtenir un tel résultat, l'objet du contrat n'étant pas l'achat de la formation mais le service global de formation, d'accompagnement et de réinsertion.

### 1.2.3. Une compensation proportionnée aux obligations de service public

Si la compensation accordée est proportionnelle aux obligations de service public, elle ne sera pas qualifiée d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur. « La compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable »<sup>13</sup>. Simple dans son énoncé, cette condition est cependant la plus difficile à satisfaire.

D'une part, elle suppose que les institutions qui participent à l'exécution du service public rendent compte de leur gestion de façon précise et transparente. Or, si la tenue d'une comptabilité conforme au plan comptable général et la présence d'un commissaire aux comptes sont assez largement répandues dans ces institutions, la comptabilité analytique est généralement trop lacunaire pour donner une image fidèle du coût des prestations. C'est un obstacle important au développement des mandats de service public.

D'autre part, elle suppose que la collectivité publique et l'institution chargée du service d'intérêt général soient d'accord sur la nature des coûts qui doivent être pris en charge et sur leurs modalités de calcul. Il n'est pas rare en effet de voir l'État ou une collectivité publique refuser de prendre en charge une quote-part des investissements ou des frais généraux indispensables à la réalisation de l'activité subventionnée (frais de siège, provision pour congés payés, provision pour risque et charges, etc.). De même, est peu admise l'idée que l'activité financée par la collectivité publique puisse dégager un bénéfice raisonnable alors même que ces bénéfices constituent, au moins pour les associations à but non lucratif, le premier moyen de constituer des fonds propres.

## 1.3. Le recours au marché public ou au contrat de concession n'est pas toujours obligatoire.

Selon la Commission, le moyen le plus simple pour les autorités publiques de s'assurer que le candidat est capable de fournir les services au moindre coût pour la collectivité consiste à organiser une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire<sup>14</sup>. En ce qui concerne le critère d'attribution, si le prix le plus bas satisfait bien entendu à la condition établie par la Cour de justice dans l'arrêt Altmark, les autorités publiques sont cependant libres « de définir des normes qualitatives dont le respect s'impose à tous les opérateurs économiques ou de prendre en compte des aspects qualitatifs propres aux différentes propositions dans sa décision d'attribution ».

13. Points 60 et 61 de la communication précitée 2012/C 8/02, dans lesquels la Commission définit ce qu'elle entend par bénéfice raisonnable.

14. Points 62 et suivants de la communication précitée, 2012/C 8/02.

Mais « il peut arriver qu'une procédure de passation de marchés ne puisse permettre un moindre coût pour la collectivité du fait qu'elle n'entraîne pas une concurrence ouverte et réelle suffisante » notamment en raison des spécificités de la prestation de service ou de l'infrastructure nécessaire. Ce pourrait être le cas si une région ou un département souhaitait financer un service de formation d'ouvriers de travaux publics nécessitant l'acquisition de matériel lourd et coûteux ou un service de formation de jeunes sans diplômes dans un territoire rural éloigné des bassins d'emploi ou encore un service d'aide à domicile le week-end dans un territoire à faible densité nécessitant de longs déplacements... La subvention peut donc constituer un mode de financement pour un service social d'intérêt économique général. Son montant devra cependant être déterminé sur la base d'une analyse des coûts « qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée de moyens matériels pour pouvoir satisfaire aux exigences de service public, aurait supportés pour exécuter ces obligations en tenant compte des autres recettes et d'un bénéfice raisonnable ».

“ LA SUBVENTION PEUT DONC CONSTITUER UN MODE DE FINANCEMENT POUR UN SERVICE SOCIAL D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ”

Dans ses propositions de directives « concessions » et « marchés publics »<sup>15</sup>, la Commission reconnaît cette spécificité des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation, parce qu'ils « s'inscrivent dans un contexte particulier qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes. C'est ainsi qu'elle précise dans le considérant 22 de sa proposition de directive sur les contrats de concession que « les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser d'une manière qui n'en implique pas la mise en concession, par exemple en se contentant de les financer ou en octroyant des licences ou autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions préalablement définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et respecte les principes de transparence et de non-discrimination »<sup>16</sup>.

De même dans le considérant 11 de sa proposition de directives sur les marchés publics, la Commission précise que « compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services, les États membres devraient avoir un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière qu'ils jugent la plus appropriée. Les règles de la présente directive tiennent compte de cet impératif, en n'imposant que le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de services, tels que ceux définis dans le cadre européen volontaire de qualité pour les services sociaux, rédigé par le Comité européen de protection sociale... ».

Les États membres pourraient donc disposer, dès l'adoption de ces directives, d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation du choix du prestataire. Il appartiendra alors à la collectivité publique de faire un choix. Dès lors qu'elle aura décidé qu'un service public peut être rendu par le marché, elle se devra d'en respecter les règles de façon à permettre à tout opérateur d'un État membre de l'Union européenne de pouvoir offrir sans discrimination ce service. Si elle estime que le marché n'est pas en mesure d'offrir le service dans des conditions de qualité et de prix suffisantes, il lui appartiendra de définir les obligations que doit satisfaire la prestation de service et soit de rendre le service elle-même<sup>17</sup>, soit de trouver un opérateur qui accepte d'offrir cette prestation et de lui offrir une compensation pour les coûts spécifiques engendrés par les obligations de service public.

15. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, COM (2011) 897 final du 20 décembre 2011 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation de marchés publics, COM (2011) 896 final du 20 décembre 2011.

16. Considérant 22 de la proposition de directive « concessions ».

17. En France, l'article 3 du Code des marchés publics dispose que « les dispositions de ce code ne sont pas applicables aux accords 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... ». Le Conseil d'État a fait application de cette disposition dans son arrêt [CE, Commune d'Aix en Provence, 23 mars 2007]. Il peut exister un service public géré par une personne privée sans création préalable de personne publique mais des collectivités publiques peuvent être regardées comme gérant directement le service public, si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leur propre service. Cet organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public.

## 2. L'application de ces règles fait-elle échec à la mission qui est impartie aux services sociaux d'intérêt général ?

Les propositions de la Commission en matière de contrats de concessions et de passation des marchés publics s'inscrivent dans la philosophie définie par la Cour de justice dans l'arrêt Altmark et reprise dans les paquets Monti-Kroes puis Almunia selon laquelle l'État dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour définir et organiser un service social d'intérêt économique général (SSIEG). La question des SSIEG devrait donc plus relever du débat politique national que du débat politique européen car, en principe, l'application des règles communautaires ne fait pas échec à la mission qui est impartie aux services sociaux d'intérêt général. Mais on verra, en pratique, que le large pouvoir d'appréciation laissé à des collectivités publiques insuffisamment préparées à exercer leur pouvoir d'acheteur dans un contexte où la jurisprudence sur ces sujets est loin d'être stabilisée conduit à fragiliser l'exercice des missions de ces services sociaux.

### 2.1. L'application des règles du marché intérieur est compatible avec le développement des services sociaux d'intérêt général

Les règles du traité ont pour objectif de favoriser le développement du marché intérieur de l'Union partant de l'idée que la collectivité des Européens bénéficiera plus d'un grand marché concurrentiel que de marchés locaux fermés à la concurrence. Plus l'offre sera large et plus l'innovation pour répondre à la demande devrait être importante et meilleur devrait être le prix.

**“ PLUS L'OFFRE SERA  
LARGE ET PLUS L'INNOVATION  
POUR RÉPONDRE À LA  
DEMANDE DEVRAIT ÊTRE  
IMPORTANT ET MEILLEUR  
DEVRAIT ÊTRE LE PRIX ”**

Leur objectif est de s'assurer, dès lors qu'il y a une demande exprimée sur un marché, que tous les opérateurs européens aient la capacité de proposer leur offre sans discrimination. Au-delà du résultat économique qu'il est censé produire, ce principe de non-discrimination est au cœur des valeurs européennes. L'ambition de l'Union européenne est d'offrir à chacun de ses ressortissants les mêmes droits y compris pour exercer leur activité économique.

Ces règles ont également pour objectif de garantir un bon emploi des deniers publics en offrant la garantie à chacun des contribuables que le prix payé par la collectivité pour le service ou le bien demandé est le meilleur prix pour la qualité requise.

Si les règles de la concurrence ne sont utilisées que comme un moyen d'obtenir une plus grande quantité de biens ou de services pour le prix le plus bas, elles conduiront inévitablement les institutions qui rendent un service d'intérêt général à cesser leur activité puisque, par définition, leurs prix incorporent des caractéristiques inhérentes à un service d'intérêt général, notamment la continuité du service, l'accessibilité sans discrimination, la couverture territoriale, l'offre de services pour répondre à des besoins spécifiques, la participation des utilisateurs à la définition et à la gestion du service et l'innovation.

Dès lors que l'État et les collectivités publiques disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'organisation des services d'intérêt général, ils peuvent faire appel à la concurrence en définissant avec soin dans leur cahier des charges de l'appel d'offre les obligations de service auxquelles les opérateurs doivent être soumis ou alors ils peuvent confier ce service à un opérateur qu'ils subventionnent. Si plusieurs entreprises étaient susceptibles d'offrir le service dans les conditions définies au cahier des charges, il existerait un marché<sup>18</sup> et il ne serait pas absurde de faire appel à la concurrence. Mais la question de savoir s'il existe un marché pour

18. Communication précitée, 2012/C 8/02.

des services déterminés peut dépendre également de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné<sup>19</sup>.

C'est donc un mauvais procès fait à l'Europe que de lui imputer l'affaiblissement des services d'intérêt général. Mais il est vrai que le cadre dans lequel s'établissent les relations entre acheteurs publics et prestataires a évolué, que la transition n'a pas été bien préparée et que le comportement des autorités nationales de régulation a, en particulier en France, ajouté de la confusion.

## 2.2. Le comportement des acteurs et des autorités de régulation est un obstacle au développement du nouveau cadre d'exercice des activités d'intérêt général fondé sur la transparence et l'égalité de traitement.

Les règles du marché intérieur sont moins l'application sans discernement d'une concurrence sauvage, aux activités d'intérêt général que la mise en œuvre des principes de transparence et d'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques à ces activités. C'est néanmoins un changement important pour des acteurs publics et des institutions qui ont eu longtemps des relations privilégiées, ambiguës et opaques.

Les opérateurs, en France souvent associatifs, offrent des services collectifs que la collectivité publique ne souhaite ou ne peut pas rendre avec ses moyens propres, ils ont souvent été innovateurs dans la construction de cette offre de service mais jaloux de leur indépendance, alors même que l'essentiel de leur revenu est constitué de fonds publics, refusant même pour certains d'associer la collectivité publique à la définition du service et donc à la politique suivie. Malgré les progrès importants enregistrés depuis quelques années, la transparence dans la gestion de ces opérateurs n'est toujours pas satisfaisante<sup>20</sup> et dans certains cas, des conflits d'intérêt subsistent lorsque les élus qui décident de la subvention exercent également les fonctions de dirigeants de ces opérateurs.

La rénovation de ces relations introduite par la jurisprudence Altmark a donné l'occasion aux collectivités publiques d'exercer un rôle plus directif dans la définition du service d'intérêt général, ce qui a eu pour conséquence d'en faire des acheteurs de prestation et non plus des soutiens à des initiatives prises par des citoyens. Ce faisant, ces collectivités publiques ont oublié ce qui fait l'originalité d'un service d'intérêt général en privilégiant très souvent le prix. Lorsqu'elles ont envisagé de subventionner directement un opérateur, elles se sont rarement dotées des compétences nécessaires pour assurer leur fonction de maîtrise d'ouvrage d'un service d'intérêt général, notamment pour définir les obligations de service publique, pour apprécier ce qu'est une juste compensation et pour définir des règles de compte rendu de gestion qui n'engendrent pas des coûts excessifs pour l'opérateur. Les opérateurs de service d'intérêt général en ont donc tiré hâtivement la conclusion que les règles de la concurrence imposées par Bruxelles avaient pour effet de tuer leur activité.

**“ MALGRÉ LES PROGRÈS IMPORTANTS ENREGISTRÉS DEPUIS QUELQUES ANNÉES, LA TRANSPARENCE DANS LA GESTION DE CES OPÉRATEURS N'EST TOUJOURS PAS SATISFAISANTE ”**

Simultanément ces opérateurs n'ont pas toujours pris les initiatives nécessaires pour adapter leur offre aux besoins de la collectivité publique qui leur apporte le financement, pour identifier de façon transparente les coûts engagés pour rendre le service afin de rendre compte de sa capacité à offrir le meilleur service au meilleur coût. La préférence pour la subvention globale et forfaitaire est une facilité qui masque le refus de la professionnalisation et de la recherche d'efficacité. Améliorer l'efficacité et l'efficience du service d'intérêt général est cependant une valeur fondamentale de ces activités d'intérêt général qui ont été longtemps et sont encore sources d'innovation mais cette innovation ne s'applique pas encore suffisamment à la production et à

la gestion économique de ces services.

19. Points 12 de la communication précitée, 2012/C 8/02.

20. En France, les rapports successifs de la Cour des comptes et des corps d'inspection en témoignent.

Enfin, en France, l'État n'a pas adapté le droit national à ce nouveau cadre de relation entre les pouvoirs publics et les services sociaux. C'est ainsi que si la circulaire du Premier ministre du 18 janvier 2010<sup>21</sup> reconnaît qu'il n'y a pas « d'obligation pour la collectivité de recourir au marché public au regard des règles européennes sur les aides d'État », elle affirme immédiatement que « pour autant, le droit national de la commande publique délimite le recours aux subventions : l'association doit être à l'initiative du projet ». Ce faisant la circulaire se borne à rappeler la jurisprudence des tribunaux administratifs.

Dans un arrêt du 26 mars 2008, le Conseil d'État<sup>22</sup> a décidé qu'un versement n'est pas une subvention si la collectivité qui y procède obtient une contrepartie directe ou immédiate. Dès lors que la collectivité a orienté les activités et qu'elle a entendu, en payant l'entreprise requérante, acquitter le prix de prestations répondant précisément aux objectifs qu'elle s'était assignés et aux caractéristiques qu'elle avait définies, elle n'a pas versé une subvention mais elle a acquitté un prix.

La France, en l'espèce, aurait pu adapter le droit national pour tenir compte de l'esprit de la jurisprudence européenne qui reconnaît le partenariat qui s'instaure le plus souvent entre une collectivité publique et une institution chargée d'un service social d'intérêt général, partenariat dans lequel les deux parties définissent ensemble le service qui sera rendu à l'utilisateur. C'est ce que la région du Limousin avait voulu faire en matière de formation professionnelle en 2008 avec plusieurs associations locales mais que le tribunal administratif de Limoges a annulé en 2010 au motif « que la région ne fournit pas d'éléments permettant de la regarder comme s'étant bornée à y définir non des actions mais seulement des objectifs ou un cadre général qui pourrait être qualifié de simple appels à projets ; qu'elle doit être regardée comme ayant eu l'initiative du projet dont elle a confié la mise en œuvre aux organismes attributaires des sommes alloués »<sup>23</sup>.

Enfin, la définition d'un mandat et des obligations de service public se heurte à ce que Marc Le Roy appelle « l'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public »<sup>24</sup>. La jurisprudence définissant la mission de service public a considérablement évolué ces dernières années. Autrefois fondée sur l'existence d'une personne publique dotée de prérogatives de puissance publique, la définition de la mission de service public repose aujourd'hui sur la présence d'un intérêt général et celle d'obligations mises à la charge du gestionnaire du service par la personne publique. Cette définition est cohérente avec celle retenue par les textes communautaires. Mais la jurisprudence va plus loin. Elle semble exiger une volonté effective de direction par la personne publique et non un lointain pouvoir de surveillance<sup>25</sup>. Certaines jurisprudences laissent à penser qu'il ne peut y avoir service public sans intervention préalable de la personne publique alors que d'autres pensent le contraire. Cette imprécision dans la définition d'une mission de service public constitue une menace sur les initiatives que peuvent prendre les personnes publiques et les opérateurs pour définir un mandat de service public.

21. Circulaire du Premier ministre du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, JORF du 20 janvier 2010.

22. CE [3/8 SSR] du 26 mars 2008, Région de la Réunion, requête 284412, publié au recueil Lebon.

23. Décision du tribunal administratif de Limoges du 6 mai 2010, AFORMAC contre Conseil régional du Limousin.

24. Marc Le Roy, « L'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public », *AJDA*, 2008, p. 2268.

25. Dans ses conclusions sur l'affaire Ville de Melun, le conseiller d'État Marcel Pochard avait précisé que la qualification de service public devrait être tenue pour acquise « à partir d'un certain degré de sujétion ou de dépendance de l'organisme privé », CE du 20 juillet 1990, Ville de Melun et Association Melun-Culture loisirs, Lebon, p. 220.

## CONCLUSION

L'application des règles du marché intérieur n'a pas pour objectif d'introduire une concurrence sauvage destructrice des services publics. Leur objectif premier est de faire en sorte que la transparence et l'égalité des opérateurs économiques deviennent la règle dès lors qu'il y a un marché. C'est sans nul doute une évolution profonde de la relation entre les collectivités publiques et les institutions privées chargée d'une mission d'intérêt général. Mais les personnes publiques disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'est un service social d'intérêt général susceptible de recevoir une compensation proportionnée à ses obligations de service public.

La transformation des relations entre les collectivités publiques et les opérateurs de service sociaux d'intérêt général est un processus qui demandera du temps vu l'ampleur des changements de comportement qu'elle suppose. Cette nécessaire transition n'a pas été gérée. Les obstacles n'ont pas été identifiés, les étapes n'ont pas été aménagées et l'on est donc resté dans le débat de principe, parfois idéologique, sur les mérites ou les méfaits de la concurrence, dont la construction européenne fait souvent les frais.

### “ LES OBJECTIFS ET LES RÈGLES DE L'UNION EUROPÉENNE SONT CLAIRS ”

Les objectifs et les règles de l'Union européenne sont clairs et il serait difficilement contestable de reconnaître que l'introduction de la transparence et de l'égalité de traitement des opérateurs économiques dans la gestion des services sociaux d'intérêt général apportera un progrès pour tous les citoyens de l'Union européenne tant cette gestion est opaque et souvent inefficace. Mais c'est aux personnes publiques au plan national de faire en sorte que l'application des règles ne se traduise pas par une concurrence destructrice de ce qui fait l'apport original des opérateurs de services sociaux d'intérêt général.

C'est à elles également qu'il appartient désormais de transcrire ces règles en droit interne, d'en faire la pédagogie auprès des collectivités publiques et des opérateurs de service sociaux d'intérêt général et de ménager les transitions nécessaires.

Sur le même thème...

**MARCHÉ UNIQUE : DE NOUVELLES RÈGLES SONT NÉCESSAIRES**

Kristina Maslauskaitė, *Synthèse, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, décembre 2012

**MARCHÉ UNIQUE : EN JEUX INDUSTRIELS ET POLITIQUES**

Riccardo Perissich, *Tribune, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, novembre 2012

**LE MARCHÉ UNIQUE, PIERRE D'ANGLE DE L'UE**

Jacques Delors, *Tribune, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, novembre 2012

**COMPÉTITION, COOPÉRATION, SOLIDARITÉ : NOUVEAUX DÉFIS**

Kristina Maslauskaitė, *Synthèse, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, novembre 2012

**LE « TRIPTYQUE » DE JACQUES DELORS : BILAN ET PERSPECTIVES**

António Vitorino, *Tribune, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, novembre 2012

**UN STATUT EUROPÉEN DES MUTUELLES ?**

Eulalia Rubio, *Synthèse, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, octobre 2012

**POUR UNE NOUVELLE RELANCE DU MARCHÉ UNIQUE**

Jacques Delors, *Tribune, Notre Europe – Institut Jacques Delors*, octobre 2012

Directeur de la publication : Yves Bertoncini • La reproduction en totalité ou par extraits de cette contribution est autorisée à la double condition de ne pas en dénaturer le sens et d'en mentionner la source • Les opinions exprimées n'engagent que la responsabilité de leur(s) auteur(s) • *Notre Europe – Institut Jacques Delors* ne saurait être rendu responsable de l'utilisation par un tiers de cette contribution • Version originale • © *Notre Europe – Institut Jacques Delors*