

LE COURRIER

des maires et des élus locaux



LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL EN DROIT COMMUNAUTAIRE

De 1 à 10

DÉFINITIONS

SIG et SSIG.
SIEG et SNEIG.
Principes
et spécificités...

P.III

De 11 à 19

**DROIT COMMUNAUTAIRE
APPLICABLE**

Protection
du SIEG. Obligation
spécifique
de service public...

P.VI

De 20 à 38

**GOVERNANCE
ET FINANCEMENT**

Erreur sur la qualification.
Mandatement, aides d'Etat,
compensation...

P.VIII

De 39 à 46

**ORGANISATION,
CONTRACTUALISATION**

Procédures
et types
de contractualisation...

P.XIII

De 47 à 50

**PERSPECTIVES
2009-2014**

Apport du traité
de Lisbonne.
Grands dossiers
de la mandature...

P.XV

LES SERVICES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Par Laurent Ghekiere, président de la commission Services d'intérêt général du Centre européen des employeurs et entreprises de service public (CEEP), membre du dialogue social européen.

La notion de «service d'intérêt général» couvre l'essentiel des actions quotidiennes des élus locaux, de l'emploi aux services de l'eau en passant par l'éducation, la formation, le logement social, la santé, les garderies d'enfants, l'aide sociale, les transports... Le traité de l'Union fait primer l'accomplissement de leur mission sur ses propres règles de concurrence et sur celles du marché intérieur.

1

Qu'est-ce qu'un service d'intérêt général ?

Un service d'intérêt général (SIG) est un service qu'une autorité publique juge nécessaire de fournir ou de faire fournir. Il se caractérise par des conditions particulières de fourniture, des exigences et obligations exorbitantes du droit commun découlant du caractère de nécessité de sa satisfaction. Cela recouvre une grande variété de services dont le caractère de nécessité est fondé sur des valeurs et des préférences collectives constitutives du modèle social européen (droits fondamentaux, acquis sociaux, protection sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, solidarité...).

ATTENTION

Il n'existe pas de liste définitive de SIG. Ils sont librement créés par les autorités publiques en référence à des besoins et des préférences locales qui sont évolutifs dans le temps et l'espace, en réponse à des situations géographiques, climatiques, sociales ou culturelles différentes.

2

Qu'est-ce qui distingue un SIG d'un service ordinaire ?

Les SIG sont différents des services ordinaires car les pouvoirs publics considèrent que leur fourniture est une nécessité même quand le marché n'est pas favorable à leur prestation. Ils se distinguent des services ordinaires car ils sont soumis à des « obligations spécifiques de service public » en référence à l'accomplissement d'une « mission particulière » qui leur est impartie. Contrairement à une entreprise ordinaire sur un marché, une entreprise chargée de la gestion d'un SIG par une autorité publique est obligée de fournir le service en dehors d'une relation contractuelle ordinaire. Elle se trouve dans l'obligation de contracter avec les « utilisateurs » éligibles et de renoncer à sa liberté contractuelle d'écarter tout « utilisateur » du SIG désigné comme tel par l'autorité publique et auquel des droits d'accès sont reconnus.

Les documents de la Commission européenne à consulter

Les services d'intérêt général en Europe, JOUE C281 du 26 octobre 1996

Rapport sur les SIEG en matière bancaire, Conseil ECOFIN du 23 novembre 1998

Les services d'intérêt général en Europe, COM 2001 598 du 17 octobre 2001

Services d'intérêt économique général et aides d'Etat, «non paper» du 12 novembre 2002

Livre vert sur les SIG, COM 2003 270 du 21 mai 2003

Livre blanc sur les SIG, COM 2004 374 du 12 mai 2004

Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM 2007 725 du 20 novembre 2007

Questions fréquemment posées relatives à 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 compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG (...) SEC 2007 1516 du 20 novembre 2007

Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM 2006 177 du 26 avril 2006

Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM 2007 725 du 20 novembre 2007

Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007

Study on social and health services of general interest in the EU : final synthesis report, juin 2008

Premier rapport biennuel sur les SSIG, DG EMPL Commission européenne du 2 juillet 2008

Rapport final - conclusions opérationnelles sur le droit communautaire applicable aux SSIG, Comité de protection sociale, décembre 2008

Les documents français

Circulaire de la DGCL du 4 juillet 2008 sur la mise en œuvre en France de la décision communautaire du 29 novembre 2005 de compatibilité des aides d'Etat sous la forme de compensation de service public

Rapport de la République française à la Commission européenne sur les compensations de services d'intérêt économique général : mise en œuvre

de la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005, janvier 2009

Rapport de l'IGAS de janvier 2009 : «Mission relative à la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive "services" et l'application du droit communautaire des aides d'Etat» par Michel Thierry, Alain Bodon et Rémi Duchêne

Guide pratique : les SSIG. *Le Courrier des maires et des élus locaux* - Collectif SSIG, Paris, novembre 2008 ; www.courrierdesmaires.fr

Les sites Internet

ec.europa.eu/services_general_interest/index_fr.htm. Site de la Commission page d'accueil sur les services d'intérêt général

ec.europa.eu/services_general_interest/documents_fr.htm. Page rassemblant les documents européens relatifs aux services d'intérêt général

ec.europa.eu/employment_social/spsi/ssgi_fr.htm. Site de la Commission page sur les services sociaux d'intérêt général

www.ceep-france.org. Site du Centre européen des employeurs et entreprises de service public (CEEP)

www.celsig.org. Site du Comité européen de liaison sur les services d'intérêt général (CELSIG)

www.ssig-fr.org. Site du Collectif SSIG

Les références du droit communautaire

Arrêt Altmark C 280/00 du 24 juillet 2003, JOUE C226 du 29 septembre 2003

Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 nov. 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005

Encadrement communautaire relatif aux aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG, COM 2005 du 28 novembre 2005, 2005/C 297/04 JOUE C 297/4

Transparence des relations financières - comptabilité analytique, directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006, JOUE L 318/17 du 17 novembre 2006

Services dans le marché intérieur, directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, JOUE L376 du 27 décembre 2006

Marchés publics, directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, JOUE L134 du 30 avril 2004.

3

Quels types de services relèvent de SIG ?

Il s'agit des services répondant aux besoins humains de base (santé, logement, éducation, emploi) relevant de la protection sociale, de la cohésion sociale et de la solidarité, les services nécessaires au fonctionnement de la société (fonctions de puissance publique, transports, télécommunications, services postaux, énergie, distribution de l'eau et son assainissement, ramassage et traitement des déchets, pompes funèbres, audiovisuel, culture, formation, services bancaires de base) mais également des services d'aide aux personnes vulnérables (personnes âgées, handicapées, chômeurs, RMistes, sans-abri...).

ATTENTION

Seule l'autorité publique est légitime pour qualifier un service de SIG, pour en définir le périmètre, les « utilisateurs » éligibles ainsi que les « obligations spécifiques de service public ».

SSIG

Service social d'intérêt général
Voir le site du Collectif SSIG :
www.ssig-fr.org

4

Qu'est-ce qu'un service social d'intérêt général ?

Selon la Commission, un service social d'intérêt général (SSIG) est un SIG dont la mission vise à répondre aux besoins vitaux de l'être humain à lui permettre de bénéficier de ses droits fondamentaux telles que la dignité et l'intégrité de la personne et d'un niveau élevé de protection sociale. La Commission opère une distinction, parmi les SSIG, entre les services de santé et d'éducation, les régimes de protection sociale (santé, vieillesse, accidents du travail, chômage, retraite, handicap) et les services sociaux essentiels parmi lesquels les services d'aide aux personnes vulnérables (endettement, chômage, toxicomanie, rupture familiale...), les services d'insertion économique et sociale (formation professionnelle, réinsertion...), les services d'inclusion sociale (handicap, santé) et le logement social.

ATTENTION

Un SSIG ne relève pas d'une catégorie juridique spécifique. Le cadre d'application en droit demeure celui applicable à l'ensemble des SIG.

5

Quelles sont les spécificités reconnues aux SSIG par la Commission ?

La Commission reconnaît aux SSIG certaines spécificités d'organisation et de financement, notamment un fonctionnement sur la base du principe de solidarité requis notamment par la non-sélection des risques, le caractère polyvalent et personnalisé du service, le caractère intégré de la réponse aux besoins sociaux de base, l'absence de but lucratif des prestataires, la participation de bénévoles, un ancrage culturel local et de proximité et enfin une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation commerciale ordinaire de type fournisseur consommateur. Ces services, généralement fondés sur le principe de solidarité, dépendent fortement de financements publics de manière à garantir l'égalité d'accès, indépendamment des richesses ou des revenus, ce qui les rend plus sensibles à la question du contrôle des aides d'Etat que les autres SIG.

6

Les SSIG bénéficient-ils de dispositions spécifiques en droit communautaire ?

Si la Commission a jugé utile d'en formaliser le concept, elle n'a pas jugé nécessaire d'adapter les dispositions du droit applicable aux SIG à leurs spécificités d'organisation et de financement. Cela ne signifie pas que les services sociaux en soi ne bénéficient pas de dispositions spécifiques. Ils sont exclus de l'obligation d'appel d'offres de la directive marchés publics. Trois catégories de services sociaux sont également exclues du champ d'application de la directive services. Ils bénéficient de dérogations permettant aux Etats membres de leur appliquer des taux réduits de TVA. Ce traitement spécifique n'est pas lié explicitement à leur qualification de SIG ou de SSIG par les Etats membres, mais plus globalement à la finalité de ces services sociaux et à leur inscription dans les politiques de protection sociale.

7

Qu'est-ce qu'un service d'intérêt économique général ?

Les SIG, y compris les SSIG, peuvent relever d'activités de « nature économique » au sens du traité. Ils sont alors qualifiés de « services d'intérêt économique général » (SIEG). La nature « économique » est définie au cas par cas par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) en référence à l'existence ou non d'un marché (notion d'entreprises) et/ou d'une rémunération ou contrepartie économique à la fourniture du service (notion de services). Les SIEG relèvent des règles de concurrence et du marché intérieur à la condition qu'elles ne fassent pas échec à l'accomplissement de la « mission particulière » qui leur est impartie. La Commission en a déduit un « principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général » sur l'application de ces règles.

9

Comment s'y retrouver concrètement entre SIEG et SNEIG ?

Relèvent des SNEIG, les fonctions régaliennes et de puissance publique (police, défense, état civil, justice...), les régimes obligatoires de protection sociale (maladie, vieillesse, chômage, famille) et d'éducation fondés sur la solidarité. Relèvent des SIEG, les services de réseaux (énergie, télécommunications, transports, services postaux), les services portuaires et aéroportuaires, l'eau, les déchets, les services bancaires de base mais également les services sociaux et de santé, tels les soins hospitaliers et non hospitaliers, le logement social, la formation professionnelle, le placement de chômeurs, les services aux personnes âgées, handicapées, aux RMistes, aux sans-abri..., ainsi que les régimes complémentaires de protection sociale et d'éducation non obligatoires.

8

Qu'est-ce qu'un service non économique d'intérêt général ?

Les SIG, y compris les SSIG, qui ne relèvent pas d'activités de « nature économique » sont qualifiés de « services non économiques d'intérêt général » (SNEIG). Les règles de concurrence et du marché intérieur qui s'appliquent aux entreprises et aux services ne leur sont donc pas applicables. Seuls s'appliquent les grands principes du traité. Sont considérées par la Cour de justice des communautés européennes comme relevant d'activités de « nature non économique » les « fonctions de puissance publique » et les « fonctions exclusivement sociales ». Ces dernières sont caractérisées par l'absence de contrepartie économique ou par une déconnexion entre le coût effectif de la prestation et sa facturation à l'utilisateur (exemples des SSIG de protection sociale fondés sur la solidarité tels que les régimes obligatoires de protection sociale et d'éducation).

SIEG

Services d'intérêt économique général

SNEIG

Services non économiques d'intérêt général

10

Quel est le fondement de l'existence d'un SIG ?

Le fondement d'un SIG réside dans le caractère de nécessité du besoin sociétal à satisfaire, compte tenu de la défaillance ou de l'inefficacité du marché à le satisfaire spontanément à des conditions économiques compatibles avec les préférences collectives (accès universel, accessibilité financière, droits fondamentaux, acquis sociaux, protection sociale, cohésion, solidarité...). Cette défaillance s'explique pour l'essentiel par l'asymétrie d'information et la vulnérabilité des utilisateurs. L'imposition « d'obligations spécifiques de service public » vise à protéger ces SIG et leurs « utilisateurs » des seules forces du marché en y opposant une obligation de fournir le service conformément à des principes communs relatifs aux conditions de satisfaction de ces besoins : accès universel, continuité et sécurité du service, haute qualité du service, accessibilité tarifaire et protection des droits des utilisateurs.

11

Quel est le positionnement des SIEG dans le traité ?

Le traité érige les SIEG au rang de « valeurs communes » en référence à leur rôle de « promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Il impose à la Communauté et à ses Etats membres de veiller « à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission ». Il dispose d'une clause générale de non-application de ses propres règles aux « entreprises chargées de la gestion de SIEG » dès lors que leur application fait « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». La Commission en a déduit un « principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général ». L'accès aux SIEG est reconnu et respecté par l'Union européenne (UE) en tant que droit fondamental afin de promouvoir sa cohésion sociale et territoriale.

12

Le traité constitutionnel et le traité de Lisbonne ont-ils infléchi ce traitement protecteur des SIEG et de leur mission ?

Paradoxalement, le traité constitutionnel rejeté par la France et les Pays-Bas et le traité de Lisbonne rejeté par l'Irlande contribuent à renforcer la protection des SIEG. Ces traités, adoptés et signés par les 27 chefs d'Etat mais non ratifiés à ce jour, confient au Conseil et au Parlement le soin d'établir, au moyen de règlements, les principes de bon accomplissement des missions d'intérêt général et d'en fixer les conditions notamment économiques et financières.

Le traité de Lisbonne introduit un protocole sur les SIG qui interprète la notion de « valeurs communes » en matière de SIEG, renforce l'exigence de satisfaction des besoins des utilisateurs et explicite la compétence des Etats membres en matière de SNEIG. Enfin et surtout, les deux traités donnent au droit à l'accès aux SIEG, qui relève d'un droit fondamental de l'UE, une valeur juridique analogue à leurs propres dispositions.

13

Quels sont les exemples concrets de mise en œuvre de cette sanctuarisation des missions par le traité ?

En matière d'aides d'Etat, le régime des « compensations de service public » permet de financer jusqu'à 100 % des coûts nécessaires à la fourniture du SIEG, sans plafonnement de l'intensité de l'aide. Le maintien ou la création de droits spéciaux ou exclusifs relève aussi de ce principe de sanctuarisation des missions, lequel peut également conduire à l'exclusion des SIEG de certaines dispositions législatives horizontales, à l'exemple de celles relatives à la libre prestation (*art. 17 de la directive services*) ou à leur application explicitement conditionnée au bon accomplissement de la mission (*art. 15.4*).

Le rôle de la CJCE. La Cour de justice des communautés européennes est venue concrétiser cette sanctuarisation tant en matière d'aides d'Etat (arrêts «Ferring», «Altmark», «Bupa», «TF1») que de droits spéciaux sous la forme de régimes d'autorisation jugés «nécessaires à l'imposition des obligations spécifiques de service public» (arrêt «Anafir»).

Arrêts

Arrêt C-53/00 «Ferring», du 22 novembre 2001.
Arrêt C-208/00 «Altmark», du 24 juillet 2003.
Arrêt T-289/03 «Bupa», du 29 avril 2008.
Arrêt C-205/99 «Anafir», du 20 février 2001.
Arrêt T-354/05 «TF1» du 11 mars 2009.

14

Quels sont les principes communs applicables aux SIG ?

Développés par la CJCE, les principes communs aux SIG ont été très récemment explicités dans le traité de Lisbonne au moyen d'un protocole sur les SIG. Ils ont été définis en tant que déclinaison des « valeurs communes » reconnues aux SIEG par le traité. Il s'agit des principes suivants : un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement, la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Ces principes communs doivent guider les autorités publiques de l'UE dans la définition du périmètre du SIG, des conditions effectives de sa mise en œuvre, et plus spécifiquement dans la définition des « obligations spécifiques de service public » et des « utilisateurs » éligibles.

15

A quels principes généraux du traité les SIG doivent-ils se conformer ?

Les SIG doivent respecter les principes de nécessité, proportionnalité, transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité. Ces principes se traduisent par des exigences en direction des autorités publiques et des entreprises chargées de la gestion du SIG. Le principe de transparence implique que les conditions de mandatement soient établies par un acte officiel ainsi que les paramètres de calcul des compensations de service public. L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs et le choix d'une entreprise par concession de services, doivent faire l'objet d'une publicité préalable adéquate (principes de transparence et d'égalité de traitement). Les droits spéciaux ou exclusifs doivent être nécessaires et proportionnés au bon accomplissement des missions particulières et non discriminatoires en fonction de la nationalité.

17

Quelles sont les composantes du droit communautaire applicables aux SIEG ?

Trois branches autonomes du droit sont d'application sous réserve de bon accomplissement de la mission. Le droit de la concurrence s'applique aux entreprises chargées de la gestion de SIEG recevant des « compensations de service public ». Le droit du marché intérieur et les libertés fondamentales d'établissement et de prestation s'appliquent aux services (contrôle des entraves à ces libertés non justifiées par une « raison impérieuse d'intérêt général » et/ou non nécessaires à l'accomplissement de la mission : droit exclusif, droits spéciaux sous la forme de régimes d'autorisation). Le droit des marchés publics et des concessions de travaux et les principes généraux applicables aux concessions de services s'appliquent aux autorités publiques quand elles sélectionnent les entreprises chargées de la gestion du SIEG en dehors d'un mandatement direct par octroi de droits spéciaux ou exclusifs.

16

Qu'est-ce qu'une « obligation spécifique de service public » ?

Il s'agit d'exigences particulières imposées aux entreprises chargées de la gestion du SIEG afin de garantir l'accomplissement de leur « mission particulière ». L'obligation spécifique de service public (OSP) vise à protéger le service et son « utilisateur » des seules forces de marché en leur opposant des principes propres exorbitants du droit commun. C'est sur cette base que l'autorité publique va financer la fourniture du SIEG par l'octroi de « compensations ». L'OSP se distingue de toute obligation légale d'application générale par son caractère « spécifique » et sa liaison directe avec la « mission particulière » impartie à l'entreprise.

Le rôle de l'autorité publique. Elle dispose du large pouvoir discrétionnaire de définir la nature, le contenu et la portée des OSP ainsi que les modalités par lesquelles elle va les imposer aux entreprises chargées de la gestion du SIEG dès lors qu'elles sont nécessaires et proportionnées.

OSP
Obligation
spécifique
de service
public

18

Quels sont les SIEG relevant de directives ou règlements européens ?

Certains SIEG sont régis par des directives ou règlements communautaires spécifiques. Ces textes ont pour objectif la réalisation du marché intérieur et l'harmonisation des dispositions nationales. Ils visent à les ouvrir à la concurrence et à mettre un terme aux monopoles historiques (suppression des droits exclusifs nationaux). Ils établissent également des objectifs communs au niveau de l'Union en termes d'accessibilité par la définition d'un « service universel », c'est-à-dire un ensemble minimal de services accessibles aux utilisateurs à un prix abordable, voire des modes spécifiques de financement et de régulation. Les principales directives sectorielles se concentrent sur les industries de réseaux tels que les communications, les services postaux, l'électricité, le gaz, mais également les transports.

19

Les SIEG relèvent-ils du champ d'application de la directive services que la France doit transposer courant 2009 ?

Oui, même si elle ne vise pas à les libéraliser ni à porter atteinte à la compétence des Etats en la matière. Certains SIEG régis par des directives sont cependant exclus de son champ (SIEG de communications, transports et audiovisuel). D'autres services pouvant relever de SIEG à l'initiative des Etats membres sont exclus en soi (soins de santé), ou sous réserve de mandatement des prestataires (logement social, gardes d'enfants, services aux personnes dans le besoin). Par ailleurs, tous les SIEG sont exclus par définition des dispositions relatives à la libre prestation (art. 17). Enfin, les dispositions relatives à l'évaluation des régimes d'autorisation « ne s'appliquent à la législation dans le domaine des SIEG que dans la mesure où leur application ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été confiée » (art. 15.4).

21

Quel est le rôle de la Commission en matière de SIEG non régis par des directives sectorielles ?

Le rôle de la Commission est double :
1/ elle veille à l'application du droit dans l'exécution effective du SIEG : choix de l'entreprise chargée de sa gestion (marchés publics, concessions de service, droits spéciaux ou exclusifs), entraves éventuelles à la liberté d'établissement et de prestation induites par ce choix d'organisation (marché intérieur) et financement du SIEG par « compensations de service public » (contrôle des avantages économiques indus susceptibles de fausser la concurrence);
2/ elle juge de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification du SIEG : il s'agit d'un jugement portant appréciation du caractère effectif de nécessité du besoin à satisfaire et du caractère fondé de la décision de l'autorité publique de le fournir ou de le faire fournir. Ce contrôle concerne autant la nature du service, son périmètre que le ciblage des utilisateurs éligibles.

20

Qui définit, organise, fournit et finance les SIG ?

Toute autorité publique, nationale, régionale ou locale, ou toute entité mandatée à cet effet, dispose du large pouvoir discrétionnaire d'organiser, de fournir, faire fournir et de financer les SIG « d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ». Ce pouvoir discrétionnaire, récemment rappelé par la Cour de justice (arrêt « Bupa »), a été explicité par le traité au moyen du protocole SIG. Il donne aux Etats membres la compétence de créer de nouveaux SIEG en fonction de l'évolution des besoins qu'ils jugent nécessaire de satisfaire mais également de les déqualifier (ex. de la collecte du Livret A en France suite à sa libéralisation exigée par Bruxelles). Ce pouvoir discrétionnaire des Etats membres reste cependant soumis au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par la Commission et la CJCE en matière de définition du SIEG.

22

Sur quels critères objectifs s'apprécie la notion d'erreur manifeste en matière de qualification de SIEG ?

Il n'existe pas de critères objectifs et préalablement définis permettant de récuser la qualification de SIEG. La Commission se base sur le caractère « particulier » de la mission et sur la nature « spécifique » des obligations de service public. Elle considère par exemple que « la possibilité de louer des logements sociaux à des groupes aux revenus plus élevés (...) doit être considérée comme une erreur manifeste de qualification du SIEG du logement social ». Compte tenu que le SIEG dispose d'un caractère social, « la définition des activités (...) doit conserver un lien direct avec les ménages socialement défavorisés ». Cette appréciation est contestée par les autorités néerlandaises qui en sont destinataires. Le protocole sur les SIG rappelle en effet le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques en matière d'organisation des SIEG, en référence à des préférences collectives locales et culturelles.

23

Une autorité publique peut-elle fournir un SIG directement ou doit-elle obligatoirement le faire fournir ?

Toute autorité publique dans l'UE est libre de fournir le SIG directement en régie ou au moyen d'une entité sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui de la régie, ou de le faire fournir par une entreprise externe qu'elle va charger de sa gestion au moyen d'un acte officiel de mandatement. Même si la Commission a tenté en vain de limiter ce choix d'organisation à la seule solution externe en matière de transports, rien dans le traité ne permet de remettre en cause cette liberté d'organisation.

ATTENTION

Les dispositions du droit communautaire des marchés publics en matière de mandatement de SIEG diffèrent en fonction du choix d'organisation de l'autorité publique et de sa fourniture en régie par une entité « in house » et par une entreprise externe.

25

Que doit contenir l'acte officiel de mandatement, qui doit l'établir et comment ?

Conformément au principe de transparence, l'acte officiel de mandatement doit préciser l'ensemble des paramètres du SIEG que l'autorité publique va imposer à l'entreprise à savoir : la nature et la durée des « obligations spécifiques de service public », les entreprises et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la « compensation de service public » ainsi que les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens de les éviter. Cet acte officiel de mandatement doit être adopté par l'autorité publique organisatrice et délégataire de la fourniture du SIEG. Le choix de la forme juridique relève de la compétence discrétionnaire de l'autorité publique dès lors que l'acte est opposable à l'entreprise chargée de la gestion du SIEG.

24

Pourquoi faut-il mandater les prestataires externes et quelles en sont les conséquences ?

Il découle de la notion « d'entreprises chargées de la gestion de SIEG » (art. 86.2 CE), l'exigence de mandatement des entreprises qui vont effectivement exécuter le service pour l'autorité publique. Conformément au principe de transparence, ce mandatement doit prendre la forme d'un acte officiel qui se traduit par une obligation de le fournir effectivement. Cette obligation de fournir le service, conformément aux « obligations spécifiques de service public », conduit, selon la Cour européenne de justice, l'entreprise mandatée à renoncer à sa liberté contractuelle consistant à pouvoir écarter tout « utilisateur » du SIG désigné comme tel par l'autorité publique et auquel des droits d'accès sont reconnus ainsi que des principes de protection, de sécurité, de continuité et d'accessibilité financières du service.

26

Quels sont les exemples récents d'actes de mandatement SIEG de collectivités territoriales ?

Les premiers exemples relevant de la mise en œuvre de cette exigence formulée par l'arrêt Altmark de 2003 et la décision communautaire de compatibilité des aides d'Etat sous la forme de compensations de novembre 2005, ont été des délibérations de collectivités territoriales. Il s'agit par exemple de la délibération du conseil régional Poitou-Charentes portant création du « SSIEG de formation professionnelle continue » et de celle de Bègles relative au « SIEG d'insertion et d'accès à l'emploi ». Ces délibérations de collectivités territoriales, fondées sur le traité et les lois nationales de délégation de compétence, devraient progressivement se généraliser à l'ensemble des SIEG organisés localement dans un souci de sécurité juridique des subventions octroyées et de leur mode de contractualisation hors marché public.

SSIEG
Service social
d'intérêt économique général

27

De quelles marges de manœuvre et d'initiative disposent les entreprises chargées de la gestion d'un SIEG ?

Rien dans le traité n'interdit à l'entreprise mandatée d'être à l'origine de l'identification du besoin à satisfaire, ni d'être force de proposition en matière de création ou d'adaptation du SIEG et de ses OSP à l'évolution des besoins réels dans un territoire. Dans son arrêt « Bupa », la CJCE rappelle que « le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».

ATTENTION

Pour que la qualification de SIEG puisse être admise, cette capacité d'initiative doit se concrétiser par un acte officiel dans lequel l'autorité publique va explicitement charger l'entreprise de la gestion du service en lui imposant sa fourniture effective aux conditions établies par les obligations spécifiques de service public (OSP).

28

Quels sont les droits reconnus aux utilisateurs de SIEG ?

Le protocole sur le SIG place « l'utilisateur » et la satisfaction de ses besoins au centre des valeurs communes reconnues aux SIEG. Ils doivent être fournis et organisés de manière à répondre autant que possible à ces besoins, en tenant compte des disparités en la matière et des préférences des utilisateurs, tout en promouvant leurs droits. Le traité de Lisbonne place le respect du droit à l'accès aux SIEG proclamé par la Charte des droits fondamentaux au même rang que ses dispositions propres.

La Cour de justice des communautés européennes qualifie la relation fournisseur-utilisateur de SIEG d'extracontractuelle dans la mesure où le fournisseur de SIEG se trouve dans l'obligation de contracter avec les utilisateurs désignés par l'autorité publique. La relation asymétrique entre fournisseurs et utilisateurs de SIEG ne peut donc être assimilée à une relation commerciale ordinaire de type fournisseur-consommateur.

29

Le financement public des SIEG par compensation de service public relève-t-il du régime communautaire de contrôle des aides d'Etat ?

La question a fait l'objet d'une jurisprudence abondante et contradictoire. Tantôt la compensation est considérée comme une aide d'Etat, tantôt elle ne l'est pas.

Le dernier épisode, l'arrêt « Altmark » de 2003, pose 4 conditions. Si ces conditions sont remplies, la compensation ne relève pas d'une aide d'Etat. Dans le cas contraire, elle relève de ce régime mais peut être considérée compatible a priori sous certaines conditions définies par une décision de la Commission d'application directe en droit français. Si ces conditions sont remplies, l'autorité publique qui octroie ces aides d'Etat est exemptée de notification préalable à la Commission. Dans le cas contraire, la compensation relève d'une aide d'Etat incompatible a priori et, par conséquent, illégale. L'autorité publique doit alors la notifier à la Commission en vue de contrôler sa compatibilité avant de l'octroyer.

30

Sous quelles conditions une aide publique à un SIEG ne relève-t-elle pas d'une aide d'Etat ?

L'arrêt « Altmark » fixe 4 conditions :

- 1/ l'entreprise doit être explicitement chargée de la gestion du SIEG ;
- 2/ les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- 3/ la compensation doit se limiter à couvrir les coûts de fourniture du SIEG ;
- 4/ l'entreprise doit être sélectionnée par marché public ou la compensation être établie sur la base des coûts d'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée pour fournir le SIEG. Cette dernière condition laisse entendre que le choix de l'entreprise peut ne pas se faire par une procédure de marché public, ce qui est le cas des concessions de services et de l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. La notion d'entreprise moyenne bien gérée reste cependant difficilement opératoire, la Commission ayant renoncé à en préciser le contenu.

31

Sous quelles conditions une aide publique à un SIEG peut-elle relever d'une aide d'Etat a priori compatible avec le traité ?

La Commission a adopté en novembre 2005 une décision visant à rendre compatible a priori certaines aides d'Etat sous la forme de compensation de service public. L'objectif consistait à apporter une sécurité juridique aux compensations ne respectant pas le 4^e critère de l'arrêt « Altmark » tout en évitant la notification systématique de ces aides à la Commission (impossibilité matérielle). La décision s'applique aux « petits SIEG » (entreprises dont le chiffre d'affaire est inférieur à 100 millions d'euros et/ou la compensation est inférieure à 30 millions d'euros), au logement social et aux hôpitaux hors seuils. La décision est applicable sous deux conditions :

- l'existence d'un acte officiel de mandatement de l'entreprise bénéficiaire de la compensation ;
- un contrôle régulier de la juste compensation par l'autorité publique.

32

Quel est le contenu de l'acte officiel de mandatement ?

L'acte officiel de mandatement doit préciser :

- la nature et la durée des OSP ;
- les entreprises chargées de la gestion du SIEG et le territoire concerné ;
- les droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés aux entreprises ;
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ;
- les modalités de remboursement et les moyens d'éviter les surcompensations.

L'obligation d'établir un tel acte de mandatement est en vigueur depuis le 29 novembre 2006. Il s'agit d'une décision communautaire d'application directe en droit français depuis le 19 décembre 2005.

Le rôle de l'autorité publique consiste à établir ces actes de mandatement et à en imposer les dispositions spécifiques aux entreprises chargées de la gestion du SIEG par un instrument de contractualisation adapté (marché public, concession de services, octroi de droits exclusifs ou spéciaux). Elle doit également assurer un contrôle régulier de la juste compensation.

33

Si ces conditions ne sont pas remplies, l'aide est-elle nécessairement incompatible ?

Non, mais elle est a priori incompatible donc illégale. Elle doit être notifiée à l'autorité communautaire de concurrence (services de la concurrence de la Commission), qui va juger de sa juste compensation sur la base de l'analyse des coûts nets de fourniture du SIEG en question. En cas d'avantage économique indu lié à une surcompensation, celle-ci doit faire l'objet d'un remboursement à l'autorité publique et d'une révision de ses paramètres de calcul.

ATTENTION

Le caractère illégal d'une aide d'Etat non notifiée à la Commission implique son remboursement systématique par l'entreprise bénéficiaire à l'autorité publique sur la seule décision d'un tribunal administratif qui ne dispose pas de la compétence de juger sur le fond de la compatibilité de l'aide. Seule la Commission est habilitée par le traité à assurer ce contrôle. D'où la nécessité de la notification.

34

Comment notifier une aide d'Etat incompatible à la Commission européenne ?

Une collectivité territoriale qui souhaite notifier une aide d'Etat sous la forme de compensation de service public non compatible a priori, doit transmettre sa demande de notification à la direction générale des collectivités locales (DGCL). Après examen, la DGCL formalisera la notification dans une application spécifique intégrant les formulaires officiels de la Commission et l'adressera au secrétariat général aux Affaires européennes (SGAE) qui assure la coordination interministérielle sur les questions européennes. Le SGAE la transmettra ensuite officiellement à la Commission européenne par l'intermédiaire de la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne.

35

D'où vient le concept de compensation de service public ?

La notion de compensation de service public est une notion jurisprudentielle qu'a développée la CJCE en matière de financement de SIEG et de qualification ou non d'aide d'Etat. Cette notion est fondée sur l'appréciation de l'avantage économique que pourrait tirer l'entreprise chargée du SIEG du bénéfice de ressources publiques. Quand l'aide se limite à couvrir les coûts nets de fourniture du SIEG, l'avantage économique est neutralisé par le respect du principe de juste compensation. Dans le cas contraire, l'aide indue est susceptible de fausser la concurrence et doit être remboursée.

ATTENTION

Toute appréciation de la juste compensation repose sur la nature des « obligations spécifiques de service public ». Plus elles seront précises, plus les coûts nets induits par la fourniture du SIEG seront clairement identifiables en cas de contrôle.

36

Comment calculer et contrôler une juste compensation d'un SIEG ?

L'autorité publique doit veiller à ce que la compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des « obligations de service public », c'est-à-dire les coûts fixes et variables de fourniture du service, y compris les coûts liés aux investissements nécessaires à cette fourniture, en tenant compte des recettes éventuelles retirées de la vente du service ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution des obligations de service public. Le taux de rémunération des capitaux propres ne doit pas dépasser le taux moyen constaté dans le secteur concerné. Le contrôle de juste compensation doit s'opérer a posteriori de façon régulière sur base d'une comptabilité analytique distinguant les activités de SIEG des autres activités ordinaires de l'entreprise (*« directive transparence » de la Commission 2006/111.CE du 16 novembre 2006 JOUE L 318, 17/11/2006, pp. 17-25*).

39

Quel est le droit applicable en cas de fourniture de SIEG en régie par l'autorité publique ou par une entité « in house » ?

Quand l'autorité publique décide de fournir le SIEG directement par ses propres services, les dispositions du droit communautaire relatives aux marchés publics ne sont pas applicables en l'absence de « marché » au sens de la directive. Il en est de même quand l'autorité publique décide de faire fournir le SIEG par une entreprise externe sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services (« opérateur in-house ») et qui développe l'essentiel de son activité avec l'autorité publique qui la contrôle.

40

Par quelles procédures une autorité publique peut-elle charger une entreprise externe de la fourniture d'un SIEG ?

L'entreprise externe peut être chargée de la fourniture d'un SIEG :

- soit par un mandatement ouvert au moyen d'une procédure de marché public de services ou de concession de services en fonction de la nature du contrat et de son mode de rémunération ;
- soit par un mandatement direct par octroi de droits spéciaux (agrément préalable) ou de droit exclusif (monopole sur un territoire donné).

Ces modalités de contractualisation doivent respecter les principes généraux de transparence, égalité de traitement, non-discrimination en fonction de la nationalité, nécessité et proportionnalité. Ces principes se traduisent par une exigence commune de publicité préalable adéquate à l'exception des modes de contractualisation relevant de la procédure spécifique d'appel d'offres de la directive sur les marchés publics.

37

Pourquoi une surcompensation est-elle contraire aux dispositions du traité en matière de concurrence ?

Une surcompensation induit un avantage économique pour les entreprises bénéficiaires susceptible de fausser la concurrence entre ces dernières et les entreprises fournissant des services ordinaires, ou entre entreprises chargées de SIEG. En cas de surcompensation, l'autorité publique doit procéder à un remboursement de l'aide indue ou à son report d'un exercice à l'autre si cette surcompensation est inférieure à 10 % (20 % pour le SIEG de logement social), ainsi qu'à une révision des paramètres de calcul de cette compensation.

38

Quelles sont les règles applicables en matière de transparence comptable pour les entreprises gérant un SIEG ?

Lorsqu'une entreprise réalise des activités qui se situent à la fois dans le cadre du SIEG et en dehors de celui-ci, l'autorité publique doit veiller à ce que la comptabilité de l'entreprise indique séparément les coûts et les recettes liés à ce service et à d'autres services, ainsi que les paramètres de répartition des coûts et des recettes (comptabilité analytique). Les coûts liés à d'éventuelles activités ordinaires en dehors du SIEG doivent couvrir tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux. Aucune compensation ne peut être octroyée pour ces coûts liés à des activités ordinaires en dehors du SIEG.

41

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par marché public ?

Si la modalité par laquelle l'autorité publique charge une entreprise externe de la gestion du SIEG relève d'un marché au sens de la définition de la directive marchés publics, à savoir un contrat à titre onéreux visant à la fourniture du SIEG en contrepartie d'une rémunération, l'autorité publique doit respecter les dispositions de la directive marchés publics en matière d'appel d'offres, à l'exception toutefois des services exclus de cette obligation par la directive (annexe II B : services de santé, services sociaux, d'éducation et de formation professionnelle...). Pour ces derniers, seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité.

42

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par concession de service public ?

Si la modalité par laquelle l'autorité publique charge l'entreprise externe de la gestion du SIEG relève d'une concession de services, à savoir la fourniture du SIEG en contrepartie du droit de l'exploiter, assorti ou non d'un prix (délégation de SIEG), celle-ci ne relève pas d'un marché au sens de la directive marchés publics. Seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et non-discrimination en fonction de la nationalité. C'est le cas par exemple, quand l'entreprise chargée de la gestion du SIEG doit couvrir toute ou partie des coûts de fourniture du SIEG par les recettes tirées de sa fourniture ou quand l'autorité publique lui octroie une compensation en fonction du nombre d'utilisateurs ayant effectivement contracté avec elle.

43

Quel est le droit applicable en cas de contractualisation par octroi d'un droit exclusif ou de droits spéciaux ?

En cas de mandatement direct par octroi de droits spéciaux (agrément, labellisation, licence multi-opérateurs) ou exclusifs (monopole territorial), seule une obligation de publicité préalable adéquate est exigée en application des principes généraux de transparence, égalité de traitement et de non-discrimination en fonction de la nationalité.

ATTENTION

L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs doit être nécessaire et proportionné à l'exigence de bon accomplissement de la mission particulière impartie au SIEG.

45

Une autorité publique peut-elle réserver la prestation de SIEG à des organisations sans but lucratif ou caritatives ?

Selon la Cour de justice des communautés européennes, les dispositions du traité ne s'opposent pas à ce qu'une autorité publique permette aux seuls opérateurs privés sans but lucratif de gérer un SIEG d'assistance médico-sociale par la conclusion de conventions portant compensation des coûts de sa fourniture. Ce cas d'espèce relatif à la gestion de logements foyers pour personnes âgées en Italie (**arrêt «Sodemare»**) doit être lu en combinaison avec le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques d'organiser le SIEG et de le financer, et notamment de définir les conditions de compensation. L'autorité publique peut ainsi exiger l'absence de profits tirés de l'exécution du SIEG ou leur réinvestissement obligatoire dans la fourniture du SIEG en déduction des compensations.

Arrêt «Sodemare»
Arrêt C-70/95
du 17 juin 1997

44

Comment justifier en droit communautaire l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux ?

L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux est une pratique très répandue en matière de fourniture de SIEG (ex. : La Banque Postale, Pôle emploi, maisons de l'emploi, écoles de la deuxième chance, organismes HLM, établissements médico-sociaux...). Ces droits doivent être nécessaires et proportionnés au bon accomplissement de la mission particulière impartie à ces SIEG. L'imposition des OSP, la continuité financière du SIEG, l'application des principes d'accessibilité, d'accès universel et de protection des utilisateurs sont autant de justifications admises par la CJCE. Ces droits doivent permettre de s'assurer que les entreprises chargées de la gestion du SIEG satisfont aux exigences nécessaires à l'exécution effective des OSP et à la satisfaction effective des besoins et préférences des utilisateurs.

46

Comment respecter les principes généraux du traité de transparence, égalité de traitement et non-discrimination ?

Ces trois grands principes du droit communautaire doivent se traduire par une exigence de publicité préalable adéquate en matière par exemple de mandatement de SIEG par marchés publics ne relevant pas de l'obligation d'appel d'offres (services de santé, services sociaux, d'éducation et de formation professionnelle), de concessions de services ou d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. Cette publicité préalable adéquate doit être faite soit au niveau du Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), du Journal officiel de la République française (JORF) ou au niveau territorial en fonction de la nature du SIEG et de son degré d'intégration dans le marché intérieur et les échanges intra-communautaires et/ou de fourniture dans des territoires transfrontaliers.

47

Qu'apporte le nouveau traité de Lisbonne en matière de SIG ?

Il apporte trois novations essentielles :
1/ une base juridique d'application générale en matière de SIEG donnant au Conseil et au Parlement européens le soin d'établir et de fixer les principes et conditions de bon accomplissement des missions particulières imparties aux SIEG ;
2/ un protocole sur les SIG qui innove en traitant à la fois des SIEG et des SNEIG et en interprétant la notion de « valeurs communes » pour l'UE ;
3/ une force contraignante reconnue à la Charte des droits fondamentaux qui reconnaît le droit à l'accès aux SIEG.

49

A quoi sert le nouveau protocole SIG introduit par le traité de Lisbonne ?

Le protocole sur les SIG est une novation importante du traité de Lisbonne. Il couvre l'ensemble des SIG, ce qui est inédit pour une disposition du traité, en explicitant la notion de SNEIG et la compétence des Etats membres. Il revêt également un caractère opérationnel en ce sens que ses dispositions sont interprétatives des « valeurs communes » de l'Union européenne en matière de SIEG. Il place résolument « l'utilisateur », la satisfaction de ses besoins, ses préférences et ses droits, au cœur de ces dispositions interprétatives tout en rappelant le large pouvoir discrétionnaire des autorités publiques des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser les SIEG à cette fin. Il décline enfin des principes communs de niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, d'égalité de traitement et de promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

48

Quelle est la portée du nouvel article 14 du traité de Lisbonne ?

Il introduit pour la première fois une base juridique d'application générale pour le législateur communautaire en matière de SIEG, une base juridique distincte de celle relative au marché intérieur qui a fondé les directives sectorielles de libéralisation des SIEG de réseaux. Il concentre son attention sur les conditions économiques et financières nécessaires au bon accomplissement de la mission particulière impartie aux SIEG en demandant au Conseil et au Parlement européens de légiférer en la matière par voie de règlements d'application directe. Cela couvre bien entendu la question des compensations de service public mais également les modalités de péréquation, de financements croisés, d'octroi de droits exclusifs nécessaires à la fourniture de SIEG qui soient accessibles financièrement pour les utilisateurs et soient assurés d'une continuité financière.

50

Quels sont les grands dossiers de la prochaine mandature 2009-2014 en matière de SIG ?

L'évaluation de la décision de compatibilité des aides d'Etat sous la forme de compensation de service public et le droit applicable au mandatement par concessions de service public seront les deux grands dossiers qui vont ouvrir la prochaine mandature. Mais le Parlement européen devra surtout se forger une doctrine en matière de SIEG, en définissant par voie de règlements, de principes et de conditions, notamment économiques et financières, le bon accomplissement des missions particulières imparties aux SIEG. Il s'agit d'une nouvelle compétence que lui confère le traité de Lisbonne en codécision avec le Conseil.

Le rôle du Parlement. Dans cette perspective nouvelle, la question de l'opportunité de constituer au Parlement un intergroupe SIEG est clairement posée par les groupes politiques et les parties prenantes au débat communautaire sur les SIEG.



La Caisse des Dépôts

partenaire de long terme pour
le développement des territoires

Institution financière publique, la Caisse des Dépôts est en charge de missions d'intérêt général qui lui sont confiées par l'Etat et les collectivités territoriales.

Ses interventions en faveur du logement et de la politique de la ville, de l'environnement, des universités et de la société de la connaissance et son accompagnement des PME, éclairés par les programmes de recherche qu'elle développe, en font également un acteur à part entière des politiques publiques européennes.

Représentation permanente à Bruxelles
Square de Meeûs, 37 – 1000 Bruxelles
Caisse des dépôts et consignations
56, rue de Lille – 75356 Paris 07 8P

Créateur de solutions durables.



Caisse
des Dépôts