

3. OBSERVATIONS ET EVOLUTIONS

Les travaux de préparation du présent rapport ont montré le décalage extrêmement important qui existe entre les préoccupations des collectivités publiques lorsqu'elles organisent les services publics dans les ressorts de leur compétence, et la façon dont le droit européen appréhende ces services. Les logiques, autant que les terminologies, sont en effet extrêmement différentes, et conduisent à des incompréhensions fortes dans la relation entre pouvoirs publics et autorités communautaires, presque indépendamment du cadre juridique national.

Ces incompréhensions sont source d'insécurité juridique mais également de coûts importants, en termes humains et financiers, pour la mise en œuvre des contrôles requis. On peut rappeler qu'en France la question concerne, outre les autorités nationales, quelque 37 000 collectivités publiques locales, plus de 60 000 opérateurs de services locaux de la vie quotidienne (habitat, santé et action sociale, culture, loisirs et sports, tourisme social, actions socio-éducatives et éducation populaire, gestion locale de l'environnement...) et se traduit par des centaines de milliers d'actes administratifs.

De ce point de vue le seuil *de minimis* est insuffisamment sélectif : il suffit qu'une association locale soit financée à hauteur de quatre équivalents temps plein, avec de modestes frais de fonctionnement, et qu'elle bénéficie de la mise à disposition gratuite d'un petit local pour qu'elle dépasse ce seuil.

De cette incompréhension résulte un besoin flagrant, exprimé par les pouvoirs publics autant que par les opérateurs qui sont destinataires des compensations de SIEG dans le cadre de la décision d'exemption du 28 novembre 2005, de clarifications effectuées d'une façon plus proactive et politique que les éléments résultant, au coup par coup, de la pratique décisionnelle de la Cour de justice.

A ce titre, tout en soulignant l'intérêt de la démarche, force est de constater que la mise en place du service interactif de questions/réponses de la Commission⁶⁷ ne constitue pas non plus une réponse d'ampleur suffisante, ni d'une nature juridique satisfaisante.

1- Un premier aspect concerne la question de l'impact sur le commerce entre Etats membres et sur la concurrence, condition nécessaire à la qualification d'aide d'Etat au sens de l'Article 87

La question de l'application du droit communautaire aux SIEG se pose avec une acuité particulière du point de vue des autorités locales, qui organisent le plus souvent des services à destination de la population locale. Celles-ci ont également souvent le sentiment que, précisément parce que l'activité doit être organisée au moyen d'un financement public, il n'y a pas à proprement parler de « marché », *a fortiori* si cette activité est à la marge de ce qui peut être considéré comme économique, comme par exemple en matière d'actions de préservation et de protection du patrimoine historique, culturel et architectural ou en matière d'accueil de personnes en difficulté, comme des foyers pour femmes battues.

Le point de vue des autorités locales, exprimé en particulier par les différentes associations représentant les collectivités territoriales, est dans ces conditions qu'il ne peut y avoir d'impact ni sur la concurrence, faute de concurrents, ni sur le commerce entre Etats membres, sauf cas spécifiques de services dans des zones transfrontalières, et que le droit des aides d'Etat ne devrait donc pas trouver matière à s'appliquer.

La pratique décisionnelle de la Commission, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, ne permet toutefois pas de trouver de réponse systématique à ces interrogations sur l'application du droit communautaire des aides d'Etat à des mesures purement locales. Ainsi, les exemples cités par la Commission dans ses « questions fréquemment posées » sur les aides d'Etat aux SIEG⁶⁸ ne permettent

⁶⁷ Cf. page internet de la Commission : http://ec.europa.eu/services_general_interest/index_fr.htm

⁶⁸ Document de travail SEC (2007) 1516 final des services de la Commission sur les « Questions fréquemment posées relatives à la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion des

pas de situer clairement de nombreux SIEG, tels que des petits théâtres, salles de spectacles, des crèches, ou encore des établissements d'accueil pour personnes âgées, qui reçoivent des compensations mais dont les activités sont exercées sur un marché très local et qui ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges entre les Etats membres.

La responsabilité d'effectuer cette qualification juridique incombe donc en l'état actuel des choses aux autorités locales organisatrices du service. C'est à elles, qui peuvent ne pas être dotées de moyens humains, financiers et d'expertise importants (notamment à l'échelle des municipalités) que revient ainsi de développer une analyse juridique propre de l'éventuelle application du droit des aides d'Etat à leurs actions, alors même que la Commission ne leur fournit que des lignes directrices très partielles, notamment dans les champs encore relativement vastes où la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer de façon détaillée.

Dans l'hypothèse où il ne serait pas possible d'exclure cette qualification, se pose alors la question de la notification et de l'examen de compatibilité, pour lesquels, là encore, une connaissance du droit communautaire est perçue comme une nécessité pour sécuriser les dispositifs.

Enfin, la sanction de l'erreur de l'autorité publique est appréciée non seulement par la Commission européenne, en principe seule compétente pour apprécier la compatibilité des aides sur le fond et compétente pour exercer des contrôles *a posteriori* des mesures bénéficiant de l'exemption de notification, mais aussi par tribunaux locaux, qui peuvent en tout état de cause constater le caractère illégal de la procédure d'octroi d'une compensation s'ils considèrent qu'elle doit être qualifiée d'aide d'Etat, en particulier s'ils sont saisis de la plainte d'un opérateur tiers.

Les travaux de préparation du présent rapport ont été l'occasion de prendre une nouvelle fois conscience de ces difficultés. Les autorités françaises en tireront les conséquences en poursuivant en 2009 des travaux complémentaires permettant d'améliorer l'appropriation des concepts du droit communautaire des aides d'Etat, malgré les différences de terminologie et d'approche, d'en préciser l'articulation avec les concepts de droit national tels que la convention de subvention et d'améliorer les outils existants.

Cependant, les autorités françaises souhaitent également appeler l'attention de la Commission sur la nécessité d'une clarification de la situation des SIEG pour lesquels les compensations reçues ne sont pas susceptibles d'affecter la concurrence ou les échanges entre les Etats membres, de façon à lever toute ambiguïté sur la question de savoir si ces compensations peuvent être qualifiées d'aides d'Etat. Au cours de leurs travaux, les autorités françaises s'attacheront à développer des propositions en ce sens.

2- Un deuxième aspect concerne l'articulation, au plan national, entre le droit des compensations de SIEG et les obligations susceptibles de résulter du droit des marchés publics

Compte tenu des incertitudes précédemment exposées, il ressort également nettement que la préférence des pouvoirs publics, notamment locaux, pour des modes d'organisation des missions de services publics susceptibles d'échapper *à coup sûr* à la qualification d'aide d'Etat les conduit à s'interroger sur une obligation de recourir aux dispositifs prévus par le Code des marchés publics.

Les travaux des autorités françaises ont ainsi révélé des interrogations fortes sur le lien entre la jurisprudence *Altmark*, qui pose des conditions détaillées permettant d'échapper à la qualification d'aides d'Etat, et l'obligation *de facto* qui en résulterait d'un recours aux procédures de marchés publics. Une telle obligation, en effet, serait incompatible avec la marge d'appréciation laissée au niveau national par l'état actuel d'harmonisation du droit européen des marchés publics. Cette marge d'appréciation reste justifiée par le fait que l'appel au marché n'est adapté à l'objectif de fourniture de services de qualité que dans les cas où des prestataires sont susceptibles de répondre à celui-ci ; tel n'est pas nécessairement le cas, par exemple pour la prise en charge des services aux publics les plus

services d'intérêt économique général, et de l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public » du 20 novembre 2007, disponible en français sous : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_fr.pdf.

en difficulté, qui sont particulièrement cruciaux en période de crise économique, et pour lesquels le conventionnement d'une activité associative peut être plus efficace.

En outre, l'articulation au plan communautaire entre le droit des aides d'Etat et le droit communautaire des marchés publics, ou plus généralement le droit du marché intérieur, est insuffisamment claire dans les travaux de la Commission européenne elle-même. En témoigne par exemple la publication des deux documents de travail distincts des services de la Commission, l'un relatif aux aides d'Etat et l'autre aux marchés publics, en accompagnement de la Communication de la Commission du 20 novembre 2007. En témoigne également le fait que le droit des aides d'Etat comme l'article 2.2.j) de la directive Services n°2006/123 CE recourent à la notion de mandat, alors qu'aucun document de la Commission n'explique la façon dont ces deux termes doivent se comprendre l'un par rapport à l'autre, alors même que les deux textes ont des finalités visiblement différentes.

Cet état de fait est là encore souvent source de confusion : il n'est ainsi pas rare que certaines exceptions à l'application du droit des marchés publics, et en particulier la jurisprudence « *in house* » applicable aux services sur lesquels l'autorité publique exerce un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services, ou certaines modalités de sélection des opérateurs chargés de la mission de service d'intérêt général, soient interprétée comme une exception automatique à l'application du droit des aides d'Etat.

Là encore les autorités françaises, conscientes de ces confusions et de ces interrogations, ont prévu d'entreprendre en 2009 des travaux destinés à éclairer ces différentes notions, et veillant à clarifier que le recours aux marchés publics n'est pas le seul mode de sécurisation juridique du financement d'un SIEG hormis les cas où le droit national organise l'obligation de recourir à la mise en concurrence, puisque le droit des aides d'Etat offre également d'importantes possibilités permettant soit de déterminer les coûts donnant lieu à compensation dans le cadre de la jurisprudence *Altmark*, soit de mettre en place un mécanisme d'aide compatible dans le cadre de la décision du 28 novembre 2005 ou de l'encadrement sur la compatibilité des compensations de SIEG

Toutefois, là encore, les autorités françaises souhaitent appeler l'attention non seulement de la DG Concurrence, mais de l'ensemble de la Commission sur la nécessité d'assurer dans ses documents et prises de position futurs une meilleure cohérence entre les différents cadres juridiques qui s'imposent en tout état de cause à l'action des pouvoirs publics, dont, au premier chef, les aides d'Etat et le droit des marchés publics.

* *
*

Les autorités françaises poursuivent en 2009 d'importants travaux sur les questions d'organisation des services d'intérêt général, notamment dans le cadre de la préparation de la transposition de la directive Services et des exceptions qu'elle prévoit pour les services sociaux d'intérêt général.

Ces travaux sont l'occasion de poursuivre les efforts de clarification et d'appropriation de l'approche communautaire des SIEG au plan national, le cas échéant sous la forme de textes interprétatifs, tout en réfléchissant aux modalités d'évolution du « paquet Monti-Kroes » dans la perspective de sa révision.