



36^{ème} Congrès des SEM

MARSEILLE 15/16/17 octobre 2002

NOTE ANNEXE A LA « CONTRIBUTION AUX DEBATS » DE JEAN FRANCOIS BIZET

CARREFOUR DES SEM DE SERVICES

L'exemple français des SEM évoluant dans le cadre de la loi Sapin est susceptible d'influencer les conceptions européennes de la gestion des services d'intérêt général.

Quels en sont les ingrédients à promouvoir durablement ? Que peut-on attendre d'un régime d'exception lié à la notion de "in house" et sous quelles conditions doit-on en revendiquer l'application pour les SEM ?

Alors que le Traité de l'Union est indifférent au régime de propriété des activités de production, ce principe apparu dans une jurisprudence de 1999 (CJCE Teckal) concerne les marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur avec une entité qui, bien que distincte, est cependant contrôlée par lui. Le nouveau code des marchés publics voit ce principe traduit dans l'article 3 du décret : il admet l'absence de mise en concurrence si le co-contractant est une entité sur laquelle la collectivité exerce un contrôle similaire à ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle.

Revendiquer l'application du principe « in house » pour les SEM soulève plusieurs interrogations pour nos sociétés.

D'abord celle d'afficher un repli sur soi, un refus de la logique d'entreprise fière de ses performances. Se situer dans un marché protégé risque de nuire au dynamisme de l'entreprise. Ensuite, en s'inscrivant dans cette logique, la Sem se soumet aux règles du code des marchés publics pour les contrats qu'elle passe. La définition « in house » s'attachant au type de contrôle exercé sur la structure (« similaire à celui que la collectivité exerce sur ses propres services ») et au fait de travailler quasi exclusivement pour cette même collectivité, il n'est pas envisageable de l'appliquer seulement pour une partie de ses activités.

Cette option, s'il elle devait s'appliquer aux Sem, nécessiterait d'amender la Loi Sapin pour les délégations de services publics, sur un point que le Conseil Constitutionnel avait précisément déjà tranché par la négative.

Il est vrai que l'on reproche à la loi de ne pas garantir une parfaite mise en concurrence dans le cas où une Sem est candidate, les détracteurs parlent même de conflit d'intérêt, puisque les collectivités sont à la fois autorités délégantes et majoritaires au sein de l'opérateur. Cette particularité rend d'ailleurs les Sem sujettes aux directives européennes relatives aux marchés de fournitures, de travaux et de services.

A l'inverse, affirmer que les Sem sont des entreprises intégrées dans le champ de la concurrence - les Sem de services depuis 1993 agissent dans la plupart des cas à la suite d'un appel d'offre en vertu de la loi Sapin – conforte la crédibilité de cette forme de gestion. La remise en cause périodique oblige à un niveau de performance au moins comparable aux autres opérateurs du secteur. Elle oblige aussi la collectivité à se comporter de façon responsable vis à vis de sa « filiale », même si cette dernière remplira les obligations du cahier des charges d'une façon sans doute différente d'un autre délégataire (voir par ailleurs les travaux de la Fédération des Sem sur le « bilan global »).

Précisément, la Sem dispose d'atouts indéniables pour mieux remplir sa mission :

- les contrôles auxquels elles sont soumises, constituent, du point de vue de l'autorité délégante un véritable avantage.
- la priorité donnée par la société d'économie mixte à l'intérêt général et local constitue une deuxième famille d'avantages.
- son ancrage au territoire la conduit à concourir au développement de celui-ci et à investir toute sa valeur ajoutée.
- la présence de partenaires et les modalités de gestion en font un outil plus dynamique que la gestion directe.

Quelles que soient les modalités qui s'imposeront, ou que les Sem choisiront pour exercer leurs activités dans le sens de l'intérêt général et du développement local, elles doivent impérativement rester unanimes sur quelques valeurs essentielles qui probablement constitueront le socle d'éventuels régimes dérogatoires dans les débats européens qui s'annoncent :

- une transparence exemplaire, et un fonctionnement démocratique incluant la participation des usagers
- la liberté de choix pour les collectivités et la réversibilité des modes de gestion
- l'expertise à donner aux collectivités pour leur permettre d'exercer leur contrôle et d'opérer le meilleur choix.

Projet de règlement du Parlement et du Conseil européens sur les contrats de service public de transport

Quelques points de débat en l'état actuel du texte (proposition modifiée de la Commission en date du 22 février 2002) :

Le recours obligatoire à un contrat

Les Autorités organisatrices déterminent les exigences en matière de qualité de service que les opérateurs devront fournir sur le périmètre considéré. Des critères impératifs sont fixés dans le règlement. Ces exigences des autorités organisatrices devront être prises en compte même en l'absence de contrat ou de droit exclusif. Parmi ses exigences pourront figurer des critères sociaux ou environnementaux.

Les contrats pourront être d'une durée maximale de 8 ans pour les services de bus et de 15 ans pour les tramways. Cette durée pourra être augmentée si l'amortissement des infrastructures par l'opérateur le justifie.

Les contrats doivent contenir des clauses destinées à garantir la transparence vis de l'AO. Ils peuvent prévoir des clauses de renégociation partielle sauf si cela confère l'attribution de nouveaux droits exclusifs ou une indemnisation augmentée de plus de 20% (par ex pour l'extension d'un réseau)

La contractualisation sans mise en concurrence devra être notifiée et justifiée

L'attribution directe est possible pour le métro et le métro léger (tram) dans le cas d'un opérateur que l'autorité organisatrice contrôle (régie, sem(?)) et si cette solution entraîne une utilisation plus efficace des fonds publics (argumentaires à élaborer)

L'attribution directe est possible si la valeur annuelle moyenne du marché (recette directe plus versement transport) ne dépasse pas 1 M d'euros pour une ligne ou 3 millions pour un réseau.

Ce choix de « l'auto-production » doit être notifié et argumenté un an à l'avance. Les opérateurs extérieurs peuvent alors présenter une offre alternative pour atteindre les mêmes objectifs. L'AO doit justifier le maintien ou non de l'option retenue.

Si elle maintient, elle devra procéder à une analyse, tous les 5 ans au moins, de la pertinence de son choix (benchmarking) et communiquer ses résultats.

Sous-traitance : l'autorité organisatrice ne peut imposer à l'opérateur de recourir à un sous-traitant non apparenté à la collectivité ni à l'opérateur pour une valeur se situant au-delà de 50% du marché. Par ailleurs, le règlement vise à éviter les abus de position dominante.

Les contrats en cours peuvent aller jusqu'à leur échéance normale si la durée restante est raisonnable

Les réseaux de bus peuvent continuer à être auto-gérés sans appel d'offre pendant une durée transitoire de 8 années, voire au-delà sous réserve d'un accord préalable de la Commission, et en justifiant que c'est le meilleur mode de gestion possible pour ce réseau. On peut penser que des sem nouvellement créées pourraient bénéficier pour quelques années de cette disposition, le temps pour elles de se professionnaliser avant d'entrer dans le champ de la concurrence. Cela nécessiterait néanmoins une adaptation de la Loi Sapin.

Auto-production et droit exclusif

En revanche, ce choix ne confère pas de droit exclusif, ce qui signifie qu'un opérateur peut exercer sur le même périmètre sans aide publique et en se conformant aux exigences de qualité de service définies par l'AO.

Les SEM s'interrogent par ailleurs sur l'éclatement des contrats entre les réseaux de bus et de tram.