

CONGRES DE MARSEILLE

Octobre 2002

Contribution aux débats

LES SEM FACE

AU DROIT COMMUNAUTAIRE

JF BIZET
Avocat Cabinet DS AVOCATS
Professeur associé à l'Université d'Auvergne

Avant-propos

Le rapport de Jean-François BIZET est une contribution importante aux débats du congrès de Marseille. S'il n'engage que son auteur, l'un des meilleurs experts du droit des Sem, les analyses qu'il développe convergent avec les nôtres, sinon sur la forme, du moins sur l'essentiel.

Du point de vue de la Fédération, deux questions méritent d'être posées à notre mouvement rassemblé à Marseille, cinq ans après le congrès de Strasbourg qui avait - tardivement sans doute - jeté les bases d'une action fédérale continue et structurée au plan européen.

La première question est celle à laquelle répond, de façon remarquablement claire, la note de Jean-François BIZET : **quelles sont les réalités sur lesquelles le mouvement des Sem peut fonder une politique, définir des objectifs à moyen terme ?**

Ces réalités sont incontestables. Cela ne signifie pas que les entreprises publiques locales de l'Union européenne, mobilisées par leurs fédérations nationales et relayées à Bruxelles par le CEEP, n'ont pas le pouvoir de les modifier. Mais enfin, elles existent ! Il vaut donc mieux les regarder en face.

L'influence du droit communautaire sur le comportement de tous les acteurs économiques, qu'ils soient publics ou privés, est devenue décisive. Indifférent, en principe, au régime de propriété des entreprises, le droit communautaire est d'abord orienté par sa finalité politique : construire un grand marché unifié à l'intérieur duquel les activités économiques doivent être soumises à des règles communes, visant à garantir une concurrence loyale et transparente.

Le fait que les Sem appartiennent au secteur public, par la structure de leur capital, par l'organisation des pouvoirs en leur sein et par leurs missions, ne les exclut pas du champ de la concurrence régulée par les institutions communautaires. Entreprises à part entière, elles ne peuvent l'être que par exception, soit en raison de la nature spécifique de leur mission (les opérations publiques d'aménagement par exemple) soit en considération du lien organique qui les unit aux collectivités territoriales ("in house").

Cependant, l'essentiel de leur activité (du moins celle qui provient des contrats attribués, en amont, par les collectivités) a échappé à cette contrainte jusqu'à ces dernières années. Certes, la loi Sapin réglemente depuis 1993 l'attribution des contrats de délégation de service public, supports juridiques de l'activité de la moitié des Sem. Mais d'une part les novations apportées par la loi Sapin étaient sans rapport avec les objectifs du droit communautaire, et d'autre part celui-ci ne fournit, aujourd'hui encore, aucune base juridique solide applicable aux concessions de service public en France comme dans toute l'Union Européenne.

Or, cette "distance" entre les Sem et le droit communautaire s'est brusquement raccourcie ces dernières années. Qu'il s'agisse de la communication interprétative sur les concessions de service public dans laquelle la Commission estime que les principes du droit communautaire (transparence, subsidiarité, proportionnalité, égalité de traitement) en l'absence de directive ad hoc, s'appliquent au mode de passation de ce type de contrats, des recours introduits par la commission contre les conventions publiques d'aménagement ou contre les conventions de mandat ou du projet de règlement dans le secteur des transports publics, **le droit communautaire et les Sem sont désormais face à face.**

Cette confrontation entre un droit économique qui tend à favoriser la privatisation des services publics et un mode opératoire original associant dans une société commerciale des partenaires publics et privés, ne peut être dépassée au moyen de solutions simplistes plaçant les Sem, d'un côté ou de l'autre de la frontière tracée par le droit communautaire entre les activités qui relèvent du marché et celles qui n'en relèvent pas. Chacune de ces deux options constituerait, pour les Sem, une impasse stratégique parce qu'elle ignorerait leur spécificité en les considérant, par nature, soit comme un mode de gestion directe du service public, analogue à la régie, soit comme une simple variante de la gestion déléguée au secteur privé.

En revanche, **situer les Sem par rapport aux grands principes du droit communautaire permet de discerner plus nettement les enjeux.** De ce point de vue, en effet, **le droit communautaire donne sinon des solutions, du moins des moyens d'action.**

Les Sem peuvent s'appuyer sur **le principe de subsidiarité** pour revendiquer le respect par l'Union de la libre administration des collectivités territoriales et par suite, du libre choix par celles-ci du mode de gestion et de financement de leurs services publics.

Les Sem peuvent s'appuyer sur **le principe de transparence** qui régit tant leurs règles de fonctionnement que leurs relations contractuelles et financières avec les collectivités territoriales.

Les Sem peuvent s'appuyer sur **les principes de non discrimination et d'égalité de traitement** pour dénoncer les pratiques déloyales de leurs concurrents, les discriminations qui les pénalisent dans l'accès à des financements publics notamment d'origine communautaire, ou les restrictions territoriales qui, dans certains secteurs très concurrentiels comme la distribution d'énergie ou les pompes funèbres créent un déséquilibre manifeste à leur détriment.

Enfin, les Sem peuvent s'appuyer sur les exclusions prévues par le **droit communautaire** pour revendiquer **des exceptions légitimes et durables au droit de la concurrence**, soit parce que la nature de la mission confiée par la collectivité est incompatible avec les règles du marché (c'est de toute évidence le cas des opérations publiques d'aménagement et du logement social) soit parce que l'exclusivité des relations commerciales entre une Sem et sa collectivité de référence, actionnaire unique et prééminent, reporte en aval, sur les contrats passés par la société elle-même, les obligations de mise en concurrence.

Dans cette optique, comment **définir une stratégie globale et cohérente pour les Sem, la plus favorable à leur intérêt d'entreprises des collectivités locales, fondée non sur une contestation radicale du droit communautaire mais sur son appropriation ?**

C'est la seconde question posée à notre congrès. Notre mouvement se veut une force de proposition, à tous les niveaux. Sur le plan européen, le contexte est rendu particulièrement favorable à l'affirmation de cette force de proposition :

- ⇒ par les travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe
- ⇒ par la préparation – à peine engagée mais irréversible – d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général

Jean-Paul GIRAUD
Co-Président du comité Sem - Europe

INTRODUCTION

Constat doit être fait que la régionalisation et plus encore la mondialisation de l'économie affectent les moyens de direction de cette économie dont les pouvoirs publics français ont été friands depuis Colbert jusqu'à nos jours.

Cette situation, sur laquelle nous ne faisons que porter constat sans en juger, fait que l'Etat, armé de son « droit économique » tend à passer le relais à l'Europe pour établir, dans le respect de ses fonctions régaliennes, le « droit de l'économie » destiné à permettre l'optimisation du fonctionnement des marchés dans la plus grande transparence démocratique.

L'émergence évidente d'un droit communautaire, essentiellement destiné à organiser le marché intérieur de l'Union, est l'élément fondateur de ce constat. Ce droit lance cependant des défis encore peu perçus et souvent incompris qui semblent remettre profondément en cause les fondements mêmes de nos certitudes juridiques notamment celles composant notre droit public, celles irriguant notre pratique administrative ou encore celles formant la remarquable construction de notre théorie juridique du service public.

La principale évolution que chacun peut constater est la soumission au principe de concurrence des personnes publiques lorsque celles-ci se livrent à des activités économiques. La SEM, traditionnel outil d'intérêt général au service des collectivités locales, ne saurait ignorer ni échapper à de telles influences et la question se pose de savoir comment elles doivent réagir face au défi ainsi lancé pour l'avenir. Entreprises privées et outils structurels du partenariat public / privé, les SEM doivent aujourd'hui se positionner dans ce débat auquel elles se doivent de participer sauf à être absentes d'une controverse qui préjuge de leur avenir et somme toute de leur existence.

La réflexion afférente n'est pas cantonnée aux SEM locales ni même aux seules entreprises publiques françaises. En effet, l'ensemble des entreprises publiques européennes est concerné. Ceci, quelle que soit la forme juridique, publique ou privée de l'entreprise, qu'elle associe des capitaux publics et privés, quelle que soit la part des capitaux publics associés au capital, ou qu'elle soit exclusivement composée, comme c'est le cas en Allemagne, de capitaux publics.

Une telle réflexion est déjà en cours notamment dans le cadre du Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et des Entreprises d'Intérêt Economique Général (CEEP) auquel votre Fédération participe. Il importe de conforter son action dans ce cadre de sorte qu'elle puisse agir dans le confort d'une position ferme mais pour autant mesurée et réfléchie prise en Assemblée Générale.

Afin de permettre à votre Fédération de se positionner, il lui a paru judicieux de réfléchir, entre autres, sur les principes de concurrence qui irriguent aujourd'hui notre société. Cette réflexion ne peut s'affranchir d'une connaissance des principes du droit communautaire qui sont à l'origine de leur inscription dans le droit positif et la pratique juridique française.

Aussi, doit-il être fait état de la situation juridique dans laquelle nous sommes aujourd'hui placés qui fait apparaître une nette prééminence du droit communautaire dont les conséquences sont patentes à tout niveau de la société et plus spécifiquement au niveau des SEM locales et des relations qu'elles doivent avoir avec leur donneur d'ordre traditionnel que sont les collectivités publiques, qu'elles soient ou non actionnaires de la société.

A partir de ce constat, quelles pistes de réflexion seront tracées permettant à votre Congrès de prendre la mesure du débat afin de lui permettre de prendre position et de faire émerger une position situant les SEM face à leur avenir dans le cadre de l'Europe communautaire.

Il va sans dire que le présent rapport introductif n'engage que son auteur dès lors qu'il exprime des positions purement personnelles dans la seule perspective, certainement immodeste, de faciliter la tâche du Congrès et l'émergence de sa libre décision.

I - ETAT DE LA SITUATION CONSTATEE

La prééminence du droit communautaire sur l'ensemble de notre réglementation et sur les habitudes et pratiques des acteurs économiques, en ce compris les collectivités locales, est maintenant indiscutée. Tous les acteurs de l'activité publique ou privée le ressentent et commencent à en mesurer les conséquences. Les sociétés d'économie mixte, lieu de rencontre structurel d'un partenariat public / privé sont particulièrement concernées.

I.1 - La prééminence du droit communautaire

L'émergence du droit communautaire en qualité de norme supérieure est à la base du bouleversement du cadre normatif qui vient régler et dorénavant réguler les actions publiques et privées comme les relations entre les acteurs de la vie publique et privée. Sa nature particulière et les grands principes qui le structurent prennent une large part dans cette évolution.

I.1.1 - *La nature du droit communautaire*

L'option des traités fondateurs de la CEE pour l'économie de marché a été formellement exprimée dès l'origine mais pour autant pas toujours nettement perçue, notamment dans notre pays qui a vécu, au moins jusqu'en 1986, dans une économie administrée et dirigée.

En contestant les règles internes contraires au droit communautaire, les entreprises ont initié un vaste mouvement d'évolution du droit vers la liberté des opérateurs. Ainsi, la Cour de cassation, la première, a reconnu la primauté de la norme communautaire sur la norme nationale et son applicabilité directe dans l'ordre interne. Ce n'est que beaucoup plus récemment que le Conseil d'Etat, défenseur d'une logique d'Etat, tire des textes constitutionnels et conventionnels les mêmes conséquences juridiques que la Cour de cassation. Force est donc de constater que le Juge interne, Juge de droit commun du droit communautaire, doit dorénavant contrôler la concordance entre les règles nationales et les principes communautaires et écarter les premières en cas de contradiction en raison de l'application combinée des principes d'effet direct et de primauté du droit communautaire.

Une telle situation n'est pas sans conséquence dès lors que la norme communautaire est porteuse de principes auxquels ni notre droit interne ni nos règles et pratiques administratives ne correspondent toujours.

I.1.2 - Les grands principes du droit communautaire

Tant le Traité de Rome instituant la Communauté européenne (1957) que le Traité de Maastricht sur l'Union européenne (1992) qu'encore le Traité d'Amsterdam (1997) et le droit dérivé (règlements, directives, recommandations ou avis) et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, fixent de grands principes juridiques applicables sur l'ensemble du Territoire de l'Union. Il en va ainsi notamment :

- du principe de primauté et d'effet direct du droit communautaire,
- du principe de subsidiarité (article 5 du Traité) qui fait que la Communauté ne peut agir que si la compétence lui a été conférée dans le domaine d'intervention afférent,
- du principe, essentiel, de transparence résultant de plusieurs des dispositions du Traité qui viennent instaurer et garantir le bon fonctionnement d'un marché unique à savoir, entre autres :
 - les règles interdisant toute discrimination en raison de la nationalité,
 - les règles relatives à la libre circulation des marchandises, à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services,
 - les dispositions relatives aux règles communes sur la concurrence et parmi celles-ci celles fixées aux articles 81 et suivants du Traité qui viennent définir les pratiques des entreprises incompatibles avec le fonctionnement du marché et limiter les possibilités pour les Etats d'accorder des aides sous quelque forme que ce soit et qui viendraient fausser ou menacer de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

Pour autant, l'article 295 du Traité précise que celui-ci ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres. Ce qui laisse ceux-ci libres d'organiser un secteur public de production de biens et de services sous réserve que ce secteur soit lui-même soumis, sous les limites instituées par le Traité, aux principes de concurrence et de libre circulation déjà cités.

La prééminence du droit communautaire, au travers des grands principes qui viennent d'être rappelés, n'est pas sans conséquence sur l'exercice habituel voire ancestral de l'activité publique et privée ainsi que sur la réglementation venant l'encadrer.

I.2 - Les conséquences de la prééminence du droit communautaire

Dès lors que chacun peut apercevoir l'influence qu'exerce aujourd'hui au quotidien le droit communautaire tant sur le comportement des acteurs économiques que, sur les producteurs du droit, il est manifeste que les entreprises publiques européennes comme les SEM ne peuvent échapper à une telle influence. Au surplus, la nature juridique originale et le statut particulier que le droit français a donné aux SEM les placent au centre d'une réflexion spécifique.

I.2.1 – Les conséquences générales

S'il est un domaine du droit dans lequel l'avènement du droit communautaire, notamment celui de l'organisation du marché et sa régulation, a occasionné des bouleversements considérables, en ce sens qu'il a conduit à des révisions déchirantes des fondements mêmes de la matière, c'est bien celui de notre droit public marqué par plusieurs siècles de colbertisme et par un corps de règles autonomes, souvent d'origine jurisprudentielle par construction prétorienne du Conseil d'Etat, reposant sur l'idée que des règles spécifiques doivent s'appliquer par principe aux personnes publiques. A tel point qu'aujourd'hui émerge un «droit public économique», de plus en plus marqué par le droit de la concurrence, dont l'existence même était insoupçonnée lors de la création de l'Europe communautaire. Cependant, si un droit autonome de la concurrence a vu le jour, il était considéré comme le droit des marchands inapplicable par essence à l'entreprise publique qui s'efforce, plus noblement aux sous-entendus des publicistes, de dépasser ses intérêts individuels d'entreprise et la seule recherche du profit pour prendre en considération l'intérêt général à peine écorné au demeurant par les règles spécifiques des services publics industriels et commerciaux.

Cette construction française a fini par se lézarder devant la réalité des marchés. La première faille a résulté de l'article 295 du Traité ci-dessus rappelé qui pose le principe selon lequel il n'est pas fait de différence entre les entreprises selon qu'elles sont détenues par des personnes privées ou par des personnes publiques. La seconde a trouvé son origine dans l'article 53 de l'Ordonnance de 1986 qui, en droit interne, est venu énoncer que «*les règles de la présente Ordonnance sont applicables à toutes les activités de production, de distribution ou de service **y compris celles qui sont le fait de personnes publiques***», la Loi du 8 février 1995 ayant même cru bon d'ajouter «*notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*».

Partant, il n'était plus possible de soutenir, que par nature, les entreprises de personnes publiques ou les entreprises mixtes devaient échapper au droit du marché.

Parachevant son œuvre, le Conseil d'Etat, qui refusait de considérer que la violation de l'ordre public économique était susceptible d'entacher la légalité d'un acte administratif, a fini par admettre, dans sa célèbre jurisprudence «MILLION ET MARAIS» de 1997¹, que le droit de la concurrence devait intégrer le bloc de légalité à l'aune duquel pouvait être jugée l'action administrative. Et le principe est aujourd'hui appliqué de façon très générale notamment aux activités exercées sur le domaine public ainsi qu'aux activités de police administrative.

La confusion dénoncée par les tenants du droit communautaire entre ceux qui faisaient la règle et ceux qui étaient censés la subir est en cours de disparition et le droit communautaire a indiqué la voie qui permet de concilier la logique de marché et la logique de service public, débat qui se poursuit dans notre pays comme d'ailleurs dans les instances communautaires, y compris à la Cour de Justice, où la réflexion sur la définition des services d'intérêt général est en cours.

Ainsi, notre droit public, d'un droit spécifique s'appliquant par principe aux personnes publiques tend à se restreindre d'une part, aux règles concernant leurs activités régaliennes et d'autre part, à celles destinées à leur être appliquées qu'en cas de besoins spécifiques avérés dont l'intérêt général demeure un des critères. Et c'est bien la détermination de ces besoins qui devient l'enjeu primordial des évolutions juridiques actuelles

Il est bien évident que les sociétés d'économie mixte sont particulièrement exposées si ce n'est soumises et contraintes à cette évolution.

1.2.2 - Les conséquences sur les sociétés d'économie mixte

Entreprise publique mettant en œuvre un partenariat public privé, soumise à un statut de droit privé, la société d'économie mixte ne peut échapper, encore moins que d'autres, aux évolutions constatées.

En effet :

- *En premier lieu*, le Traité étant indifférent, ainsi que déjà signalé, au régime de propriété des activités de production, la SEM, entreprise bien que publique exerce une activité économique ; elle ne peut dès lors se soustraire à l'influence du droit communautaire.

¹ CE, 3 novembre 1997 : Million et Marais, RFDA 1997, p.1228, ccl .STHAL

- *En second lieu*, les SEM ont cette particularité d'être à la fois :

* d'une part, des *pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices* au sens donné par les Directives communautaires relatives aux marchés publics ; elles sont dès lors des maîtres d'ouvrage qui, pour désigner leurs prestataires de travaux, de services ou encore leurs fournisseurs, doivent respecter les principes issus des Directives communautaires ainsi que les dispositions résultant des réglementations particulières s'appliquant à elles (Code des Marchés Publics si elles sont mandataires et Décrets d'application de la loi SAPIN).

* d'autre part, des *prestataires* qui, lorsqu'elles oeuvrent pour des collectivités locales, doivent être désignés à la suite d'une procédure de concurrence respectant le Code des Marchés Publics ou encore le Code général des collectivités territoriales s'agissant de délégations de service public.

- *En troisième lieu*, le lien organique spécifique qui relie les SEM à leurs actionnaires publics de par leur participation majoritaire au capital social, peut, sous certaines réserves et dans certaines limites, justifier d'une exonération de mise en concurrence de leur désignation lorsqu'elles sont amenées à travailler pour la collectivité dont elles sont issues.

Cette possibilité résulte d'une décision de la Cour de Justice communautaire, qui dans son célèbre arrêt du 18 novembre 1999 TECKAL², juge que les seules exceptions permises au principe de concurrence énoncées dans la Directive 93/3 sur les marchés de fournitures concernent les contrats conclus par écrit par un pouvoir adjudicateur avec une entité distincte de lui au plan formel mais sans autonomie par rapport à lui au plan décisionnel.

Cette jurisprudence, à l'origine de la théorie plus communément connue sous le nom de « *in house* », a été introduite dans notre droit positif à l'article 3.1 du Nouveau Code des Marchés Publics qui dispose que ledit Code n'est pas applicable « *aux contrats conclus - par une personne soumise au Code - avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes - soumises au Code - il applique, pour répondre à ses besoins, les règles de passation des marchés prévues par le présent Code.* » Il en résulte que les SEM dont le capital est majoritairement détenu par une seule collectivité publique et dont l'activité s'exerce quasi exclusivement au profit de cette collectivité n'ont pas à être désignées dans le cadre des procédures de concurrence des Directives ou du Code, lorsqu'elles y sont soumises, pour effectuer, quel qu'en soit le montant, des prestations au bénéfice de la seule collectivité dont elles sont issues.

² CJCE, 18 novembre 1999 : TECKAL Srl, affaire 107/98

Il faut noter que, bien qu'intéressante, cette disposition n'est pas susceptible d'une application extensive à toutes les SEM mais aux seules sociétés remplissant les critères ci-dessus définis. Ce qui, pour employer un vocabulaire plus commun, restreint la portée de la théorie du « *in house* » aux seules SEM « mono actionnaire public » n'ayant comme client que cette seule collectivité. Au surplus, l'extension de la théorie du « *in house* » à l'ensemble des SEM prises en qualité de catégorie cohérente et unitaire apparaît totalement illusoire si ce n'est, comme il sera précisé dans la seconde partie, contraire aux intérêts mêmes des sociétés d'économie mixte.

Notons au surplus que l'application de la théorie du « *in house* » aux SEM susceptibles d'en admettre l'application, implique que celles-ci deviennent des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices et par suite utilisent pour la désignation de leurs propres prestataires les procédures de concurrence établies par les Directives communautaires dans le respect des principes fondateurs du Traité.

- *Enfin*, la nature complexe de la SEM, la nature des activités exercées ainsi que les méthodes d'intervention mises en œuvre posent des interrogations particulières au regard de la soumission de ce type d'entreprises au droit communautaire.

- Ainsi, la *qualité d'entreprise publique* de la SEM n'est pas à elle seule suffisante pour la faire échapper aux obligations de concurrence. Il n'en est pas ainsi, du moins pour l'instant, en ce qui concerne les établissements publics locaux ou nationaux, y compris les établissements de nature industrielle et commerciale, qui en certaines hypothèses, échappent à toute procédure de concurrence. Nul n'est besoin de rappeler ici, les débats solennellement tranchés par le Conseil constitutionnel français qui dans sa célèbre décision du 20 janvier 1993³ a admis que les établissements publics ne sont pas soumis à la procédure de transparence mise en œuvre par la loi SAPIN alors même que la nature juridique de personne morale de droit privé des SEM les y soumet.
- Par ailleurs, s'agissant des *activités* mises en œuvre par les SEM, la plupart d'entre elles (prestations de service, travaux notamment) ne permettent pas d'échapper par nature au droit de la concurrence. Certains secteurs cependant font aujourd'hui l'objet de discussion pour ne pas dire de confrontation entre les autorités communautaires et les autorités françaises. Il en est ainsi du secteur du logement social ainsi que de celui de l'aménagement urbain à propos duquel on sait que la Commission reproche à la France d'avoir exclu du champ de concurrence la désignation des SEM en leur qualité de titulaire d'une convention publique d'aménagement suite à la modification de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme par la Loi SRU.

³ Conseil constitutionnel, décision n°92-316, 20 janvier 1993, JO 22 janvier 1993

Sur ce dernier point, la France considère, soutenue en cela par votre Fédération, que la nature spécifique des opérations d'aménagement, de par les prérogatives de puissance publique attribuées aux opérateurs publics d'aménagement, participent de la mise en œuvre d'un principe d'autorité publique et échappent de ce fait et en raison de *l'intuitu personae* qui s'attache aux relations qui peuvent s'instituer entre une collectivité et son opérateur à toute procédure de concurrence. Sur ce point, les arguments échangés entre les tenants de la concurrence et leurs opposants apparaissent sérieux d'un côté comme de l'autre et la décision finale de Bruxelles, vraisemblablement soumise à l'arbitrage de la Cour de Justice, est aujourd'hui difficilement prévisible.

Ceci étant, un arrêt du 12 juillet 2001 de la Cour (plus connu sous le nom d'arrêt de la « SCALA DE MILAN⁴ ») a admis que dans un cas où un contrat avec un aménageur relevait de la Directive travaux, il était possible à l'Etat ou aux parties par voie contractuelle de reporter l'application des règles de passation du marché sur l'aménageur. Cet arrêt, rendu sur les conclusions contraires de l'Avocat Général LEGER, pose de redoutables difficultés quant à sa véritable portée et à son application s'agissant des participations légales des constructeurs. Il semble cependant permettre de confirmer la possibilité pour une SEM d'être désignée en exonération des principes de concurrence dès lors, qu'elle est légalement et donc nécessairement tenue d'utiliser les procédures de concurrence communautaires en raison de sa qualité de pouvoir adjudicateur et internes en application des décrets de mars 1993 pris pour l'application de l'article 48 de la loi « SAPIN ». La même possibilité pourrait s'appliquer aux opérateurs privés d'aménagement qui, à leur grand dam, pourraient dès lors être contraints, contrairement à leurs pratiques, de devoir mettre en concurrence leurs prestataires...

- Enfin, les *méthodes d'intervention* des SEM sont également confrontées à l'application du droit communautaire. En effet, non seulement les conventions publiques d'aménagement sont, ainsi que nous venons de le voir, sous l'actualité d'une réflexion relative à la désignation de leurs titulaires, mais encore les conventions de mandat, aujourd'hui exclues du droit de la concurrence par la Loi MOP et le Code des marchés publics, subissent le même assaut de la part des autorités de Bruxelles.

⁴ CJCE, 12 juillet 2001 : Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Commune di Milano, affaire C-399/98 (cf. point 100)

En l'espèce, s'agissant du mandat, on peut non seulement légitimement s'interroger de la conformité avec le droit communautaire des dispositions de la Loi MOP réservant la fonction de mandataire à des entités juridiques françaises, ceci au regard de la liberté de circulation des entreprises au sein de l'Union, mais encore la même interrogation peut être formulée quant à la nature juridique du mandat dans lesquels certains voient des prestations de service soumises comme telles à la directive «services» et au Code des marchés alors que l'article 3-7° de ce dernier l'exclut expressément.

Ainsi que l'on vient de le voir, les SEM ne peuvent manquer de s'interroger face à ce constat qui les place dans la situation tantôt d'être clairement dans le champ de la concurrence alors qu'elles ne souhaitent pas l'être, tantôt placées en dehors alors même qu'on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle exclusion. C'est à cette interrogation sur la place et l'attitude des SEM face à la prégnance du droit communautaire, que votre Congrès doit apporter une réponse. C'est sur la trace des premières pistes de réflexion que nous vous proposons d'entrer maintenant.

II - PROPOSITIONS

Le constat auquel nous venons de procéder induit nécessairement des acquis difficilement susceptibles de retour en arrière et dont il faut tenir compte pour dresser des perspectives d'avenir. C'est à partir d'une démarche somme toute pragmatique mettant en œuvre un tel constat que vont pouvoir se dessiner les axes de réflexion soumis au Congrès.

II.1 - La démarche

Il est proposé de partir du constat simple et, espérons-nous, réaliste que :

- d'une part, le droit communautaire va devenir de plus en plus contraignant et que les principes inscrits dans le Traité, rappelés ci-dessus, notamment celui de la transparence nécessaire à l'atteinte des objectifs d'organisation du marché déterminé par le Traité, perdureront. Ceci en raison de l'évolution de l'organisation de la société et du commerce mondial sous l'influence inéluctable des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui accélèrent les échanges sans égard aux frontières politiques ou administratives. Il serait à cet égard étonnant que les propositions qui résulteront de l'actuelle Convention pour l'Avenir de l'Europe convoquée par le Conseil européen réuni à LAEKEN en décembre 2001 et qui a pour tâche essentielle de tenter d'esquisser une proposition d'évolution institutionnelle voire constitutionnelle de l'avenir de l'Europe, soient en contradiction avec cette évolution générale de la société ou viennent la remettre en cause.
- d'autre part, l'intérêt général, économique ou non, dont les collectivités publiques ont la charge, doit lui aussi perdurer, être pris en compte et par suite influencer pour ne pas dire réguler ou encore restreindre les principes de liberté inspirant le droit communautaire.

Par suite, il nous semble que constituerait une erreur grave de stratégie susceptible à bref délai de condamner l'économie mixte toute position qui consisterait :

- soit à tenter de se situer hors du champ de la concurrence, surtout dès lors que les SEM exercent des activités économiques ou commerciales auxquelles ont accès les collectivités sous les mêmes contraintes de transparence et de respect des principes de concurrence,
-

- soit, à l'inverse, à vouloir s'y soumettre pour l'ensemble des activités exercées, certaines ne relevant pas d'activités concurrentielles par nature ou du moins posent l'interrogation de savoir si elles y figurent (logement social, aménagement, développement économique notamment).

Finalement, la nature même de la SEM, les activités exercées et les secteurs dans lesquels elle intervient, ses méthodes d'intervention conduisent inéluctablement à proposer une réflexion sélective ayant pour objet de déterminer la part qui revient à la concurrence de celle qui pourrait en être exclue.

II.2 - Les axes de réflexions proposés.

La réflexion qui doit conduire le Congrès à prendre position nous apparaît devoir être fondée sur le respect des grands principes communautaires apparaissant comme inéluctables puis sur la déclinaison de ces principes dans le respect de la nature, du partenariat et des activités des SEM.

II.2.1 – *Le respect des principes communautaires.*

Conformément à la contribution que votre Fédération a apportée à la Convention sur l'avenir de l'Europe, en liaison avec le Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et des Entreprises d'Intérêt Economique Général (CEEP), l'avenir des entreprises publiques et par suite des SEM nécessite notamment le respect :

- du principe de subsidiarité pour l'organisation des entreprises publiques, ce qui implique d'une part, la confirmation, au niveau communautaire, du principe de libre administration des collectivités locales à quelque échelon que ce soit ainsi que, d'autre part, celle que les financements destinés à compenser le surcoût lié à l'accomplissement des services d'intérêt général délivrés au niveau local ne soient pas considérés comme des aides d'Etat,
 - du principe de transparence, que curieusement l'on redécouvre en sa qualité de principe fondateur de l'action publique y compris administrative alors même qu'il n'aurait jamais dû en disparaître et qui, au seul plan économique, doit être pris comme le moyen de permettre et d'optimiser le fonctionnement du marché par une information permettant cette optimisation,
-

- des principes régissant le régime juridique des services d'intérêt général et des services d'intérêt économique général dont la définition en cours par les instances communautaires paraît décisive pour l'avenir des entreprises publiques.

Il ne saurait être question pour les SEM, sauf à mettre leur existence même en péril, de se soustraire à ces principes et plus spécifiquement au principe de transparence dont il convient cependant de rechercher les limites.

II.2.2 – La déclinaison du principe de transparence

Le principe de transparence a naturellement vocation à se retrouver pour l'ensemble des activités des SEM comme dans toute l'activité publique tant il est d'essence démocratique. Il peut néanmoins se décliner quelque peu différemment, de la présence d'une procédure de concurrence plus ou moins prégnante jusqu'à son inexistence dès lors que les conditions juridiques d'une telle absence sont remplies.

**En premier lieu, dans le secteur des activités purement concurrentielles, soit lorsque les SEM exercent légalement une activité dans le champ de la concurrence (prestations d'études, travaux, services par exemple), elles doivent d'autant moins hésiter à soumettre leur propre désignation comme celle de ses prestataires à une procédure de concurrence qu'elles y sont déjà légalement contraintes pour une large part du fait soit du Code des Marchés publics, soit des décrets d'application de la loi «SAPIN », soit bien entendu des directives et de la jurisprudence communautaire.*

**En second lieu, un second secteur, celui, pour l'essentiel, des activités d'intérêt général et de service public pourrait se voir appliquer les principes de concurrence et de transparence déjà mis en œuvre par la procédure dite de la loi « SAPIN » où la collectivité peut librement choisir son contactant entre plusieurs offres recueillies sur la base de la définition d'objectifs d'intérêt général et de service public formulés successivement dans un avis d'appel à candidatures puis, plus précisément, dans un cahier des charges de consultation. La loi « SAPIN », après avoir été dénoncée, notamment par les SEM elles-mêmes, force est de le reconnaître, a curieusement des vertus que l'on découvre aujourd'hui par la conciliation de la transparence, qui conduit à la comparaison d'offres différentes, et du libre choix motivé et encadré qui écarte l'opacité des décisions sans les contraindre à des critères purement financiers. Ce d'autant que, au surplus, s'agissant notamment des SEM, celles-ci sont soumises à des procédures de concurrence pour la désignation de la plupart de leurs prestataires.*

Toutes choses égales par ailleurs, l'aménagement urbain ou le logement social pourrait peut être relever d'une telle démarche qui n'exclue pas le libre choix de la collectivité qui vient se trouver en réalité conforté par la procédure de transparence qui conduit la Sem à maintenir un niveau d'excellence s'agissant de prestations offertes à la comparaison.

**En troisième lieu*, un secteur d'*exclusion* de la concurrence dès lors que les SEM interviennent dans un secteur qui par nature en est exclu par absence de marché. Les tenants affirmés de la concurrence à tous crins négligent souvent le fait que celle-ci ne peut exister que s'il existe un marché sur lequel des prestataires multiples sont susceptibles d'offrir des prestations à une entité juridique publique ou privée en ayant besoin.

Aussi, pourraient échapper à une procédure de concurrence voire même de transparence notamment les situations suivantes :

- d'une part, celles où la SEM bénéficierait de droits exclusifs voire même simplement de prérogatives de puissance publique ou d'autorité publique, situations pour lesquelles la nature des missions ou prestations déléguées justifient d'un *intuitu personnae* indispensable d'une relation de totale confiance ; il pourrait en aller ainsi des opérations d'aménagement globales, notamment de renouvellement urbain, déficitaires.
- d'autre part, celles où les SEM interviennent en cas de carence de l'initiative privée à condition de pouvoir recevoir les financements appropriés à la gestion des activités considérées,
- enfin, pour terminer cette liste d'exemples, celles justifiant de la théorie, exposée plus haut, du « *in house* » dont nous avons vu la limite en ce sens qu'elle n'est applicable qu'aux seules SEM répondant aux critères de cette théorie à savoir : absence d'autonomie de décision (cas des SEM « mono actionnaire public »), quasi exclusivité des relations d'affaires avec la collectivité dominante et mise en concurrence des prestataires de la SEM le cas échéant.

Tenir une position pragmatique fondée sur la réalité et la perception de l'évolution de l'encadrement réglementaire des activités publiques par le droit communautaire apparaît une position si ce n'est inéluctable du moins favorable aux SEM. Cependant si elle présente des avantages elle n'est pas non plus sans limites.

II.2.3 – Les avantages et limites de la transparence.

a). Il nous paraît que plusieurs **avantages** résulteraient d'un positionnement concurrentiel des SEM. Ceci pour les raisons principales sommairement exposées ci-après :

- *En premier lieu*, placer les SEM dans le champ de la transparence sans négliger celui de la concurrence fait de ce qui peut sembler un inconvénient (la confrontation sur le marché peut par exemple apparaître inutile) un avantage en en faisant un acteur économique à part entière que son statut d'entreprise privée privilégie par rapport à la lourdeur des structures administratives de type établissement public notamment administratif.

En outre, la déréglementation du marché conduit souvent à la constitution d'oligopoles ; les SEM peuvent dès lors, par leur vitalité et leur inscription dans le secteur de la concurrence, contribuer au bon fonctionnement du marché et participer à sa régulation. Ainsi l'intervention publique et partant celui des SEM dans le secteur de l'économie concurrentielle ont pour effet de bonifier la concurrence et non de l'anéantir si du moins cette intervention se fait dans le cadre du principe émergent d'égal concurrence.

- *En second lieu*, le principe de transparence n'exclut pas le libre choix de la collectivité. Peut-être d'ailleurs celui-ci pourrait-il être amélioré dans le cadre d'une réflexion approfondie qui pourrait être menée par la Fédération sur la procédure type « loi SAPIN » et qui pourrait, entre autre, concerner la phase finale de la négociation de sorte que les grands Groupes concurrents ne puissent adopter des attitudes de dumping défavorable aux SEM qui ne peuvent suivre sur ce point.

Il pourrait également être utilement suggéré une modification de la loi SAPIN et du Code Général des Collectivités Territoriales pour permettre, comme c'est le cas pour le Code des marchés publics, la prise en compte, s'agissant des délégations de service public, de l'hypothèse du « *in house* » pour exclure des procédures de concurrence les SEM et plus généralement les entreprises publiques remplissant les conditions nécessaires à l'application de cette théorie.

- *En troisième lieu*, la transparence a pour effet de faire disparaître toute forme d'opacité portant préjudice à l'action publique dont les SEM font partie intégrante. Elle correspond somme toute à un principe démocratique qui devrait éclairer toute forme d'activité publique. On peut même considérer que la transparence est un principe essentiel qui permet l'articulation ou la tempérance des règles du marché, souvent excessives dans leurs conséquences sociales, avec la démocratie.
-

Les SEM en leur qualité d'entreprises publiques ressortissent bien à cette problématique exigeante. On peut d'ailleurs relever à ce sujet que les SEM elles-mêmes commencent à organiser des procédures de transparence là où ce n'est nullement obligatoire. Il en est ainsi en matière de vente de charges foncières dans les opérations d'aménagement. Le juge commence d'ailleurs à être saisi de litiges de légalité relatifs à des procédures de « concours », notamment de charges foncières, lancés par les SEM d'aménagement⁵ ou d'autres opérateurs.

- *En quatrième lieu*, la transparence appelle une relation de confiance que la comparaison des offres conduit à renforcer, ce d'autant plus que, comme déjà relevé, la confrontation des résultats devrait logiquement conduire la SEM à améliorer la qualité de ses prestations et à un maintenir un niveau d'excellence permettant d'autant mieux de justifier de son choix par la collectivité.
- *En cinquième lieu*, la transparence implique intrinsèquement l'idée de contrôle qui renforce là également sa valeur démocratique face à l'opacité des entreprises privées.
- *Enfin*, il paraît important de relever, tant pour les tenants de la thèse de la transparence « vertu républicaine » que pour les parangons du libéralisme, qu'elle n'exclut en rien la concurrence notamment lorsque la désignation de la SEM par transparence s'accompagne de la nécessité pour elle de désigner ses propres prestataires selon les mêmes règles. Encore conviendrait-il que cette désignation soit nécessaire et conduise à traiter les SEM sur le même plan que les autres entités publiques ou privées. A défaut la transparence révélerait des limites qu'on ne peut ignorer.

b). Parmi les *limites* qu'il convient d'apporter aux vertus de la transparence, il convient de noter celles évoquées ci-après :

- La *première*, peut-être la plus importante, vient du *conflit d'intérêt* qui paraît exister entre la collectivité actionnaire et la SEM dont les dirigeants sont légalement majoritairement des élus ayant des responsabilités et, partant, des intérêts dans la dite collectivité

⁵ Cf. sur ce point : CE, 29 avril 2002, Société APSYS INTERNATIONALE (Rq. N°240 272)

Chacun peut noter que cette difficulté est actuellement au centre de toutes les réflexions sur la gouvernance politique comme celle de l'entreprise. La récente affaire « ENRON », et d'autres de même nature, conduisent naturellement à la réflexion sur ce point et s'opposent à la transparence, pourrait paraître suspect tant elle est réclamée par l'opinion publique. Il est fort probable d'ailleurs que des mesures soient prises à cet égard qui sont susceptibles d'intéresser les SEM en qualité d'entreprise privée commerciale.

On connaît ici plus qu'ailleurs les critiques récurrentes dont font l'objet les SEM de la part de l'administration et des corps de contrôle ; il serait dès lors périlleux de ne pas ériger le principe de transparence au rang de ceux qui doivent prioritairement inspirer l'action des SEM. Aussi tenter de résister sur ce point va non seulement à l'encontre du sens de l'Histoire mais s'avèrerait conduire les SEM, du moins dans notre pays, à la ruine et donc à leur disparition.

Il convient dès lors, pour la fédération, d'avoir une réflexion toute particulière sur les conflits d'intérêt dans les SEM car à cet égard même la toute récente loi du 2 janvier 2002 tendant à réformer le statut des SEM est insuffisante tant pour assurer une parfaite protection des élus que pour éliminer les critiques de confusion d'intérêt entre ceux qui lancent les consultations et ceux qui y répondent.

- La *seconde* est relative à *l'égalité de traitement* dont doivent faire l'objet tous les acteurs de la vie publique économique. Ce n'est pas encore le cas à ce jour. Force est en effet de constater que, même si des améliorations sensibles ont été récemment introduites dans notre droit positif, notamment par le récent nouveau Code des marchés publics, certains acteurs publics ne sont pas encore soumis à la concurrence ou persistent à vouloir y échapper.

Ainsi, et pour illustrer ce propos, est-il normal qu'à partir du moment où nul ne doute plus de la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, les établissements publics soient dispensés de passer par la loi « SAPIN » pour être désignés alors que les SEM y sont soumises ?

De même, il conviendra de réfléchir sur le point de savoir si les SEM titulaires de conventions publiques d'aménagement, à supposer admis qu'elles soient désignées à l'issue d'une procédure de transparence, doivent désigner leurs prestataires selon des règles de concurrence (celles issues des décrets d'application de la loi « SAPIN ») alors que les opérateurs privés désignent, du moins pour l'instant et s'agissant de travaux concernant des équipements publics, leurs prestataires en franchise de toute procédure.

Il est vrai que cette situation est susceptible d'être remise en cause en considération de la jurisprudence «SCALA de MILAN» citée plus haut qui semble pouvoir aboutir à cette situation en prévoyant que les principes de transparence institués par le Traité de Rome seraient suffisamment respectés, s'agissant de la réalisation d'équipements publics destinés à être remis à une collectivité locale, par l'imposition contractuellement imposée de désigner les prestataires d'un pétitionnaire de permis de lotir, par exemple, selon ces mêmes principes.

On voit donc que l'application des principes de transparence impose qu'un principe d'égalité de traitement, de même niveau, s'instaure et soit respecté par tous y compris par toutes les entités ou autorités publiques elles-mêmes, Etat compris. L'aspect financier de cette question ne doit pas non plus échapper à la réflexion pas plus qu'à la même notion d'égalité de traitement.

La mise en œuvre des procédures de transparence par les SEM, si elle s'impose, doit donc pour autant s'accompagner d'une réflexion approfondie concernant l'économie mixte elle-même. On ne peut ainsi s'affranchir d'une nouvelle réflexion sur le niveau de participation des capitaux publics dont l'encadrement législatif entre 51 et 85 % ne paraît plus répondre à une logique de transparence dès lors qu'une règle d'égalité de traitement prime. Dans le même esprit, le partenariat public-privé, structurel ou conventionnel, mérite une nouvelle attention à l'aune du bouleversement des nouveaux fondements de la réglementation économique.

Comme on le discerne, les bouleversements que l'on perçoit ébranlent les certitudes les plus installées et remettent en cause des traditions juridiques, administratives ou encore professionnelles solidement ancrées. Il n'en reste pas moins qu'une évolution est inéluctable. Nous ne doutons qu'elle soit abordée avec sérénité, sagesse et confiance par votre Congrès. L'avenir des SEM en dépend.

JF BIZET

**Avocat à la Cour
Cabinet DS AVOCATS**

Professeur associé à l'Université d'Auvergne
