



38^e Congrès des Sem **Bordeaux, les 12, 13 et 14 octobre 2004**

Séance plénière : **« Les Sem sont-elles solubles dans le droit communautaire de la concurrence ? »**

Jeudi 14 octobre 2004

- **Le paysage des principales règles juridiques européennes s'appliquant aux Sem a été dépeint par deux représentants des institutions européennes.**

Tout d'abord Eric SITBON, administrateur à la Direction générale marché intérieur de la Commission européenne, a précisé les deux principes de base :

- toute collectivité locale qui souhaite externaliser un service doit respecter des règles de transparence comme de mise en concurrence
- toute aide publique à une entreprise est interdite sauf si elle vise à compenser des missions de service public.

M. SITBON a précisé que ce paysage pourrait prochainement évoluer du fait de la récente publication d'un livre vert sur le partenariat public privé (PPP) et les concessions, qui reconnaît l'existence d'un PPP institutionnel, c'est à dire les Sem, et lance un débat sur l'opportunité d'un cadre juridique. S'il est encore trop tôt pour dresser un bilan complet des 180 réponses déjà reçues, M. SITBON a souligné qu'un consensus se dégagait en faveur d'une clarification dans le droit positif de la définition du « in house » qui relève actuellement de la seule jurisprudence de la Cour de Justice, aussi la DG Marché intérieur prendrait des initiatives en ce sens d'ici début 2005.

« Pour les Sem, les choses évoluent très vite et l'on va vers plus de sécurité » a estimé Gilles SAVARY, député au Parlement européen. Soulignant l'avancée significative que constitue la reconnaissance du PPP institutionnel dans le livre vert, Gilles SAVARY considère que l'on s'achemine vers une meilleure identification des Sem et plus généralement des services publics locaux par le droit communautaire. « La période de flou s'achève, l'Europe a mis de l'ordre dans sa tête » a-t-il affirmé, « mais il convient de rester vigilants et mobilisés ».

Entrant dans une analyse plus détaillée du livre vert sur le PPP et les concessions, Gilles SAVARY a noté

- le risque que représentait pour les Sem la double mise en concurrence, à la fois pour la Sem (choix par la collectivité et choix des actionnaires) et pour ses actionnaires (entrée au capital et attribution des contrats)
- la nécessité de faire reconnaître la double nature de la Sem, concurrentielle quand elle est sur le marché, non concurrentielle quand elle intervient pour une collectivité locale en « in house », dans des conditions proches d'une régie.

- **Une fois « campé » ce paysage européen, Jean-Paul GIRAUD a précisé que la Fédération des Sem dont il préside la Commission Europe avait répondu au livre vert sur les PPP en appelant de ses vœux l'insertion dans le droit communautaire de quelques règles apportant aux Sem plus de sécurité et de clarté :**

- l'égalité de traitement avec les autres modes opératoires, principalement par l'impossibilité d'une double mise en concurrence, en amont et en aval
- la possibilité pour les Sem dont l'activité est essentiellement consacré à ses actionnaires collectivités locales majoritaires, de relever du « in house » et donc d'une dispense de mise en concurrence en amont (en revanche obligatoire en aval.)
- la confirmation pérenne de la légalité des compensations financières versées en contrepartie de missions de service public
- la reconnaissance de la Sem comme un mode de gestion des services publics locaux, pouvant constituer le critère de l'exécution d'une mission par une entreprise actionnaire et prestataire. Dans ce cas, la Sem est créé sans mise en concurrence mais avec un partenaire sélectionné au préalable par appel d'offre.

Confirmant que le droit communautaire applicable aux Sem ne pouvait relever pour l'essentiel de la jurisprudence fragile et imprécise de la Cour de justice, Daniel HOEFFEL, président de l'Association des Maires de France, a apporté son appui aux propositions de la Fédération. « La Sem doit être reconnue comme un mode de gestion à part entière des services publics locaux » a-t-il affirmé.

Réagissant à ces propositions, Eric SITBON estime tout à fait envisageable que la création d'une Sem figure parmi les conditions d'exécution du contrat ou de réalisation de la mission lors des discussions avec les prestataires actionnaires privés, ce qui permet alors d'éviter la double mise en concurrence.

Concernant le « in house », il a souligné « qu'il existe des multitudes de configurations de Sem, où la place des privés, comme celle des collectivités locales, est très variable ».

Si l'on peut considérer que la définition du « in house » s'applique à des situations où une collectivité locale détient au moins 50% du capital et où les privés n'ont ni rôle ni minorité de blocage, Eric SITBON a précisé en revanche qu'aux yeux de la Commission, il ne saurait y avoir de « in house » lorsque plusieurs collectivités locales sont présentes au capital de la société. « Le in house consiste en une approche globale de la Sem, on ne peut pas l'envisager contrat par contrat ».

Gilles SAVARY s'est inquiété d'une position qu'il juge inadaptée à la situation des Sem françaises, outil public fréquemment créée par plusieurs collectivités locales pour exercer plusieurs missions. « Il faudra se battre avec la Commission à ce sujet. »

- **La dernière partie des échanges a porté sur l'articulation entre cadre juridique européen pour les EPL et respect de la libre administration des collectivités locales.**

Jean-Paul GIRAUD a affirmé qu'il ne fallait pas craindre un cadre juridique communautaire, car il permettra de sortir de l'incertitude et du flou de la situation actuelle, et que nouvelle législation ne signifiait pas forcément pouvoirs supplémentaires pour la Commission. « La Commission n'est jamais aussi puissante que lorsqu'elle dispose du pouvoir d'interpréter la jurisprudence de la Cour de justice, comme c'est le cas actuellement » a-t-il souligné.

Daniel HOEFFEL n'est également prononcé en faveur d'un cadre sans équivoque, « la meilleure garantie pour le principe de libre administration des collectivités locales. »

Pour Gilles SAVARY « Le droit primaire européen ne reconnaît pas la libre administration, c'est une règle nouvelle. Il ne faut pas tout laisser aux juges, la jurisprudence est incertaine » aussi a-t-il également plaidé en faveur d'un droit positif des services publics avec une concurrence organisée. «Ceux qui pensent comme les allemands qu'il ne faut pas légiférer et s'en tenir au principe de subsidiarité se trompent. Il sera battu en brèche par le juge, qui ne manquera pas d'être saisi par des plaintes, et cela a déjà commencé » a-t-il conclu.

Eric SITBON a souligné que les Etats membres étaient très divisés quant à l'opportunité d'une législation sur les SIG. Il s'est en outre demandé si celle-ci apporterait la clarification escomptée « C'est rarement le cas lorsque cette législation résulte d'un compromis entre des positions très controversées, ce qui serait le cas pour les SIG » estime-t-il.

- En conclusion de ces échanges, Jean-Paul GIRAUD a regretté que la logique réglementaire de l'Union européenne n'intègre pas davantage les logiques économiques, territoriales et sociales. « On en arrive à des incohérences, où des services publics de haut niveau sont proposés à ceux qui en ont le moins besoin tandis que les services publics de bas niveau incombent à ceux qui en ont le plus besoin ».