

Salon du développement local

38^e

***Congrès national
des Sem***

12, 13 et 14 octobre 2004

LA SEM, ENTREPRISE DES POUVOIRS LOCAUX EN EUROPE

Rapport introductif

Introduction

- En 1999, la Fédération des Sem et Dexia publiaient pour la première fois un panorama des entreprises publiques locales en Europe.

Celui-ci attestait que la Sem ne constitue pas un mode opératoire insolite, propre à un seul pays, mais la déclinaison à « la française » de l'entreprise publique locale (EPL), présente dans tous les Etats membres.

La nouvelle édition de ce panorama, qui sera diffusée lors du Congrès de Bordeaux, permet de constater que ce mouvement se renforce du fait de l'élargissement à 10 nouveaux pays, et que l'on compte désormais dans « l'Europe à 25 » au moins 16.000 EPL (dont un nombre croissant de sociétés à capitaux mixtes) qui emploient 1.100 000 personnes et génèrent un chiffre d'affaires annuel de 130 milliards d'euros.

- Ce dynamisme ne doit pas masquer des évolutions nécessaires et des inquiétudes légitimes. Celles-ci résultent pour une large part de l'impact croissant du droit communautaire, tout particulièrement en matière de concurrence.

Aussi, à peine rassurée par le caractère somme toute banal de la formule Sem en Europe, la Fédération a dû engager avec ses homologues des autres pays une action de lobbying au plan communautaire.

- Le présent rapport vise à préciser les principaux enjeux, objectifs et résultats, autour de trois thèmes :
 - la promotion du principe de libre administration des collectivités locales
 - l'élaboration d'un droit positif des services d'intérêt général
 - l'adoption d'un cadre juridique commun à toutes les entreprises publiques locales.

NB : Une entreprise publique locale est une entreprise de forme sociétaire, exerçant une mission d'intérêt général et dont au moins 50 % du capital est détenu par une ou plusieurs collectivités locales, voire moins de 50 % si ces autorités conservent en pratique un contrôle réel sur l'activité de l'entreprise.

Mentionné à plusieurs reprises dans ce rapport, le CEEP est le Centre Européen des Entreprises à participation Publique, où la Fédération mène une large part de son action de lobbying au plan européen

I – La promotion du principe de libre administration des collectivités locales

- Ce principe est essentiel, comme l'atteste sa présence dans la Constitution de la quasi-totalité des pays d'Europe. Il constitue l'un des fondements de nos sociétés démocratiques.

De ce principe découle directement la liberté de choix pour les collectivités locales entre différents modes opératoires pour mettre en œuvre leurs compétences : exercer la mission elles-mêmes, ou en la confiant à une société publique, mixte ou privée.

La question d'un éventuel recours à la mise en concurrence pour procéder à ce choix est important et sera traitée plus loin. L'essentiel ici est d'affirmer qu'en amont de la procédure mise en place, les collectivités locales doivent toujours disposer de la liberté d'opter entre différents modes d'intervention, et qu'on ne saurait accepter des règles qui les contraindraient à choisir systématiquement, par exemple la régie pour l'eau, la Sem pour les parkings ou l'entreprise privée pour le logement social.

Or de telles menaces ont pu se faire jour dans un passé récent, notamment à l'occasion d'un projet de règlement sur les transports publics de 1999, pour le moment en sommeil, dont les dispositions aboutissaient à dissuader du recours à la régie.

- La Fédération des Sem s'est donc mobilisée avec de nombreux autres réseaux nationaux et européens, en particulier les associations d'élus pour que le principe de libre administration des collectivités locales soit clairement reconnu dans la nouvelle Constitution européenne. C'est le cas à l'article I-5, qui précise que « L'Union respecte (...) l'autonomie locale et régionale » ainsi qu'à l'article I-113, où est affirmé le principe de subsidiarité.

Même si sa portée reste essentiellement politique, cette avancée est significative, elle constitue la « clef de voûte » indispensable pour les autres actions à conduire. Celles-ci sont nombreuses et urgentes, car si elle est ratifiée pour tous les Etats membres, la nouvelle Constitution ne sera effective qu'en 2009. Or d'ici là, le droit communautaire continue de faire son chemin.

II – L'élaboration d'un droit positif des services d'intérêt général

- Après l'échec des tentatives politiques du type CED, l'Union européenne s'est principalement constituée à partir des années 1950 avec des objectifs essentiellement économiques, où la dimension politique, territoriale et sociale est reléguée au second plan. Cela s'est peu ressenti durant les premières décennies, consacrées à la mise en place d'une union douanière. A compter du milieu des années 1980, la nouvelle priorité a porté sur la mise en place d'un marché intérieur. Les entreprises publiques, ne pouvant être appréhendées dans toute leur singularité par les institutions européennes imprégnées par l'esprit des Traités, ont été perçues comme des obstacles au bon fonctionnement du marché garanti par la « main invisible ».

En dépit d'un article 295 du Traité affirmant la neutralité de l'Union vis à vis de la propriété publique ou privée d'une entreprise, le droit communautaire, par essence économique, a développé en matière de mise en concurrence un cadre communautaire défavorable aux entreprises publiques et qui privilégie les opérateurs privés.

- Il en a résulté, sous l'impact principalement de législations horizontales sectorielles et de la jurisprudence de la Cour de Justice, la progressive disparition ou privatisation des grandes entreprises nationales d'énergie, de transport ou de télécommunication.

Et c'est maintenant au tour des EPL d'être « dans le collimateur », comme l'attestent des textes en cours de préparation sur l'eau, les transports publics locaux, où les contentieux en cours sur la gestion locale en Allemagne, Autriche, Belgique et France.

La Fédération plaide donc en faveur d'un rééquilibrage du droit communautaire par la mise en place d'une législation transversale sur les services d'intérêt général, qui contribue à la réelle prise en compte de leurs spécificités et de leur plus value, en premier lieu par le droit de la concurrence.

- Lors de sa réponse au livre vert sur les SIG de mai 2003 par lequel la Commission européenne entendait lancer un large débat, la Fédération a précisé ses attentes quant au contenu d'une directive cadre :
 - Valoriser l'inclusion de la cohésion territoriale parmi les objectifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne, aux côtés de la cohésion économique et sociale.
 - Promouvoir des principes juridiques respectant les spécificités des SIG locaux. Ceux-ci couvrent en effet plus de 40 métiers jusqu'à présent non couverts par les législations sectorielles sur les grands SIG industriels de réseau apparues ces dernières années, tout en étant déjà soumis aux textes normatifs horizontaux relatifs au marché intérieur, à la concurrence et aux aides d'Etat, ainsi qu'à la fragile jurisprudence de la CJCE.
 - Garantir le principe de libre administration des collectivités territoriales et la liberté de choix qui en découle.
 - Ancrer dans le droit positif la reconnaissance par l'Union européenne de l'importance des SIG, consacrée par l'actuel article 16 du Traité, et donner une portée juridique réelle à cette disposition, jusqu'à présent restée essentiellement déclaratoire. Jeter les bases d'un droit des SIG pas seulement minimaliste et dérogoire.

- Sécuriser le régime juridique applicable aux financements versés en compensation de mission de service public, jusqu'à présent soumis aux aléas des revirements de jurisprudence de la Cour de justice européenne, même si les récents arrêts Ferring et Altmark débouchent sur le même constat, à savoir que les financements publics destinés à compenser l'exercice de mission d'intérêt général ne sont pas des aides d'Etat et n'ont pas à être notifiés à la Commission pour accord préalable.
- Permettre la mise en place au plan communautaire de dispositifs d'évaluation pluralistes et indépendants, contribuant à placer tous les acteurs sur pied d'égalité. La création d'un observatoire européen des SIG locaux serait également très opportune, pour permettre l'accès de tous les acteurs, en particulier les collectivités territoriales, au même niveau d'information.

Grâce en particulier à la mobilisation du Gouvernement français et du CEEP qui siégeaient dans la Convention chargé de la rédiger, la nouvelle Constitution européenne prévoit à son article III-122 « (...) eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et les Etats membres, (...) veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. **La loi européenne** établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect de leur Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services»

Cette avancée que constitue la rédaction à terme d'une loi européenne sur les SIG est d'autant plus significative que le rapport de forces n'étant pas en faveur des SIG au sein de la Convention. Il n'en demeure pas moins que la Constitution n'entrera en vigueur qu'en 2009, si elle est votée par les 25 membres de l'Union....

- Le Parlement européen a donc voté le 14 janvier 2004, sur l'initiative de Philippe HERZOG, un rapport sur les SIG où il invite la Commission à proposer un programme d'action concret sur ce sujet sans attendre 2009, ce qui fut fait en mai 2004 par la publication d'un livre blanc.

Celui-ci comprend quelques éléments intéressants, comme :

- l'annonce d'une communication courant 2005 sur les services sociaux et santé, qui pourrait annoncer une législation ad hoc, dont relèverait notamment le logement social
- la confirmation de la mise en place d'ici fin 2005 d'un cadre juridique adapté pour le financement des SIG (« paquet Monti »), afin de donner une portée réelle à la jurisprudence de la Cour de justice précédemment évoquée. Ce dispositif, qui reconnaîtrait pour la première fois dans le droit communautaire l'existence de SIG locaux distincts des SIG nationaux serait particulièrement adapté à la situation des Sem, puisqu'il prévoirait une exemption de notification pour toutes les aides de faible montant (les seuils de 15 M d'euros d'aide et de 40 M d'euros pour l'opérateur concerné sont évoqués), ainsi qu'une exemption d'ensemble pour le logement social.
- Pour l'essentiel, ce livre blanc reste cependant réservé sur l'hypothèse d'une directive cadre, et le programme annoncé consiste principalement en des communications, des rapports, des études, ...c'est à dire des textes sans réelle portée juridique.

Au même moment, la Commission préconise l'adoption dans les meilleurs délais d'une directive cadre sur les services dans le marché intérieur qui s'appliquerait sans restriction et sans prise en compte de leur dimension SIG à la plupart des secteurs d'activités des Sem locales.

Ce projet comprend de nombreuses dispositions ambitieuses anticipant une harmonisation totale des législations nationales. Entre autres, les prestataires ne seraient soumis qu'au droit du pays d'origine dans lequel ils sont établis ce qui entraînerait la coexistence de plusieurs réglementations sur un même territoire. L'ensemble des SIG ne serait pas visé par cette législation, risquant de créer une confusion sur l'environnement juridique du service. Les transports ou les communications électroniques se trouveront, par exemple, exclus du champ d'application de ce texte bénéficiant d'un régime spécifique.

Ce projet dans son contenu et dans son calendrier manque de cohérence avec la législation spécifique en préparation sur les SIG.

Cette élasticité des calendriers conduit la Fédération à réclamer dès à présent, sans attendre une éventuelle directive cadre ou loi européenne sur les SIG, un cadre juridique communautaire pour les EPL.

III – L'adoption d'un cadre juridique commun à toutes les entreprises publiques locales

- La Commission européenne a publié en avril 2004 un livre vert sur les partenariats publics-privés et les concessions qui pose la question d'un cadre juridique communautaire pour les différentes formes de PPP et traite pour la première fois de l'existence du PPP institutionnel, c'est à dire la société d'économie mixte.

La Fédération des Sem se sent d'autant plus légitimée pour participer à ce débat que le PPP institutionnel a le vent en poupe. En 1999, la quasi totalité des EPL en activité en Europe, à part en France, étaient détenues à 100% par les collectivités locales. Or on recense aujourd'hui entre 3 à 4000 Sem dans l'Union, un nombre croissant de collectivités locales appréciant ce type d'outil qui permet de concilier apport de financements, de savoir-faire et maintien du contrôle.

- La réponse de la Fédération des Sem à ce livre vert PPP concession a pris 3 formes complémentaires :
 - La Fédération des Sem et l'Association des Maires des grandes villes de France (AMGVF) ont répondu conjointement aux 22 questions posées par le livre vert. Concernant la première partie du livre vert consacrée aux concessions, elles n'estiment pas nécessaire une nouvelle législation communautaire, dans la mesure où un cadre juridique existe déjà au plan européen mais aussi au niveau français avec la loi Sapin. Pour ce qui est des PPP institutionnels, c'est à dire les Sem, la Fédération et l'AMGVF se prononcent en faveur d'un cadre législatif européen qui ne repose pas essentiellement comme c'est le cas actuellement, sur la jurisprudence de la Cour de justice, mais qui apporte sécurité et clarté sur un mode de gestion des services publics locaux en essor dans toute l'Europe, autour des points suivants :
 - reconnaissance du PPP institutionnel comme un mode de gestion à part entière des services publics locaux, la création d'une Sem pouvant constituer un critère de l'exécution d'une mission par une entreprise
 - mise en égalité des Sem avec les autres modes opératoires, par l'impossibilité d'une double concurrence en amont et en aval
 - garantie de la liberté pour chaque Etat membre de préciser les modalités de désignation des représentants des collectivités locales actionnaires dans les instances dirigeantes des sociétés d'économie mixte.
 - La Fédération des Sem et l'AMGVF ont également signé une déclaration commune avec leurs homologues allemands de la DST (grandes villes) et de la VKU (entreprises communales), pour souligner la nécessité d'un meilleur respect au plan communautaire du principe de libre administration des collectivités locales, ce qui passe notamment par l'insertion dans le droit européen d'une définition claire et pérenne de l'auto production (ou "in house").

L'AMGVF et la Fédération des Sem proposent une définition reposant sur deux critères cumulatifs :

- Le contrôle doit être caractérisé dès lors que le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) possède(nt) la majorité des droits de vote dans les instances dirigeantes de l'entreprise publique locale et exerce(nt) notamment de ce fait, un contrôle effectif.

- Le chiffre d'affaires doit être réalisé :
 - soit au moins à 80% pour le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) actionnaire(s)
 - soit en totalité à l'intérieur des limites territoriales du (ou des) pouvoirs(s) adjudicateur(s) actionnaire(s), puisqu'il n'y a pas dans ce cas d'affectation des échanges entre les Etats membres.

et sur une condition :

L'entreprise publique locale applique, pour la sélection de ses propres co-contractants les règles de mise en concurrence dont elle est dispensée, en amont, pour ses relations avec le(s) pouvoirs(s) adjudicateur(s) actionnaire(s)

- La Fédération des Sem a activement participé à l'élaboration de l'avis du Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP), où la situation française en matière de Sem fait l'objet d'une présentation détaillée, et qui plaide également, au-delà du nécessaire respect de la situation propre à chaque pays, en faveur d'une véritable reconnaissance du "in house" par le droit européen.

En guise de conclusion

L'action conduite par la Fédération au plan européen, qui passe principalement par une sensibilisation des instances communautaires en fonction des textes en cours de préparation et des consultations engagées, vise essentiellement à obtenir pour la Sem dans leur activité quotidienne, une sécurité et une clarté d'intervention autour des points suivants :

- 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 à part entière 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.

Pour en savoir plus sur l'action européenne de la Fédération des Sem :

- *Rendez-vous sur son site <<http://www.federationdessem.org/ecomix/locales.htm>>, où vous pourrez notamment prendre connaissance des positions officielles de la Fédération sur la contribution européenne sur le livre vert SIG, sur le livre blanc SIG, sur le livre vert PPP-Concessions, sur le paquet législatif aux aides d'Etat.*
- *Contactez Thierry DURNERIN – tel 01 53 32 22 10 – e-mail . t.durnerin@federationdessem.org*

05/10/2004