

**Avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011  
relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL)**

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la demande d'avis en date du 15 avril 2010 du syndicat professionnel Entreprises Générales de France (EGF-BTP), enregistrée sous le numéro 10/0042 A ;

Vu le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) ;

Vu la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants du syndicat EGF-BTP, entendus lors de la séance du 19 octobre 2011 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par courrier du 15 avril 2010, enregistré sous le numéro 10/0042 A, le syndicat professionnel Entreprises générales de France – BTP (EGF-BTP) a transmis à l’Autorité de la concurrence une demande d’avis concernant une proposition de loi dénommée « *Pour le développement des Sociétés publiques locales* » déposée au Sénat le 23 mars 2010.
2. EGF-BTP souhaite que l’Autorité de la concurrence exprime son avis sur la compatibilité de cette proposition de loi avec les règles européennes et françaises de la concurrence et de la commande publique.
3. La proposition de loi, objet de la présente demande d’avis, a été adoptée par le Parlement quelques semaines à peine après la saisine pour avis (loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales).

## **I. Constatations**

### **A. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES FAISANT L’OBJET DE LA DEMANDE D’AVIS**

4. La loi du 28 mai 2010, devenue l’article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales, a créé la « *société publique locale* » (ou SPL).
5. La SPL est une société anonyme, dont la totalité du capital social est obligatoirement détenue par au moins deux collectivités territoriales (commune, département ou région) ou leur groupement.
6. L’objet social de la SPL prévu par la loi s’avère particulièrement large, puisqu’il porte sur l’aménagement foncier ou immobilier, l’exploitation de services publics industriels ou commerciaux, ou plus globalement toute activité d’intérêt général. Toutefois, la possibilité pour une collectivité locale d’intervenir en matière d’aménagement par le biais d’une SEM existait déjà à titre expérimental depuis la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.
7. La seule restriction posée consiste dans l’obligation faite à une SPL d’intervenir exclusivement pour le compte et sur le territoire des collectivités actionnaires. Toutefois, il suffira, pour lever cette réserve, d’élargir l’actionnariat à d’autres collectivités, directement ou par l’intermédiaire des adhérents à un groupement actionnaire de la société.
8. Pour exercer ces compétences, la SPL sera amenée à passer des marchés, mais elle pourra aussi se voir confier une délégation de service public (DSP) par les collectivités actionnaires.
9. Sur ce dernier point, la loi étend à la SPL l’exemption de la mise en concurrence préalable pour l’attribution d’une délégation prévue à l’article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales, qui s’appliquait déjà aux entreprises détenant un monopole légal, ainsi qu’aux établissements publics réalisant l’essentiel de leur activité avec la collectivité délégante.

## B. LA SAISINE DU SYNDICAT PROFESSIONNEL EGF - BTP

10. Le syndicat Entreprises Générales de France-BTP (EGF-BTP) regroupe les entreprises françaises du bâtiment et des travaux publics, c'est-à-dire selon la définition donnée par le syndicat : « *Les entreprises de construction qui disposent des moyens d'étude, de conception, de coordination, d'exécution, de maintenance et d'exploitation des ouvrages, qui leur permettent de proposer à leurs clients une approche globale de l'acte de construire* ».
11. En 2011, 35 entreprises générales de BTP sont adhérentes du syndicat EGF-BTP, en particulier les trois plus importantes d'entre elles (Bouygues, Eiffage, Vinci).
12. EGF-BTP formule trois critiques à l'encontre des dispositions introduites par la loi du 28 mai 2010 relative à la SPL.
13. La loi serait contraire au droit européen de la commande publique, dans la mesure où elle porterait atteinte à la concurrence en remettant en cause les procédures de publicité préalable et de mise en concurrence pour la passation de marchés publics ou de délégations de service public. EGF-BTP souligne notamment que la création du statut de la SPL permettra aux collectivités publiques de contourner l'obligation de mise en concurrence pour la passation de certains marchés publics ou délégations de service public.
14. Cette loi serait également susceptible de remettre en cause la libre concurrence et d'aboutir à la constitution de « *monopoles locaux* » au bénéfice des collectivités territoriales.
15. Enfin, dans un courrier complémentaire ultérieur du 22 juillet 2011, EGF-BTP considère que le financement public des sociétés publiques locales par les collectivités territoriales serait contraire au droit européen des aides d'Etat.

## II. Discussion

16. Selon l'article L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut être consultée par des organisations professionnelles sur « *toute question concernant la concurrence* ».
17. La portée d'une telle demande d'avis a été précisée par le Conseil de la concurrence lors d'un avis n° [08-A-02](#) du 25 février 2008 relatif aux tarifs publics de transport de l'électricité : « *L'article L.462-1 du code de commerce permet à une organisation professionnelle de saisir pour avis le Conseil de la concurrence de toute question de concurrence relative aux intérêts dont elle a la charge. La question posée doit présenter un caractère suffisamment général, en portant sur les conditions d'exercice d'une activité dans un secteur donné ou sur une question de principe à même d'améliorer la pratique des règles de concurrence* ».
18. Il convient de rappeler en premier lieu qu'il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de vérifier si une loi est conforme aux normes supérieures – de droit interne ou international – qui s'imposent à elle.
19. A titre liminaire, la considération générale avancée par EGF-BTP concernant le caractère incompatible de la loi créant les SPL avec la liberté d'entreprendre ne peut être retenue.

Sur ce sujet, la position prise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 92-DC-316 du 20 janvier 1993, relative à loi Sapin organisant la procédure de la délégation de service public, ne peut en effet qu'être rappelée : « *Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue ; que le législateur peut y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* ».

20. Dans le cadre de la demande d'avis du syndicat EGP-BTP, les questions à traiter portent en conséquence sur les points suivants :

- l'analyse de l'exonération de mise en concurrence préalable pour les délégations de service public au profit des sociétés publiques locales ;
- les règles applicables en matière de marchés passés par les SPL ;
- les règles relatives au droit des aides d'État concernant le financement des SPL et les compensations de service public qui leur sont attribuées par les collectivités territoriales.

**A. L'EXONÉRATION DE LA MISE EN CONCURRENCE PRÉALABLE POUR LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC PRÉVUE AU PROFIT DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES**

21. En préalable, il faut rappeler que les collectivités ont à leur disposition plusieurs modes de gestion pour les missions de service public qui leur sont confiées.

22. Elles peuvent opter pour une internalisation de ces missions (régies) ou choisir de les externaliser en ayant recours à une entité juridique distincte de leurs services, que cette entité soit une société d'économie mixte et désormais une SPL ou un délégataire privé.

23. Cette possibilité de choix est un facteur pro-concurrentiel à la condition qu'une comparaison préalable incluant le bilan des coûts et avantages des différents modes d'intervention soit effectuée et que le choix entre les différentes solutions repose sur ce bilan. Cette étude peut permettre à la collectivité d'optimiser le coût attendu et la qualité escomptée du service. Elle peut également inciter les prestataires extérieurs intéressés par la prise en charge de la mission de service public à améliorer leur proposition.

24. Une telle démarche pro-concurrentielle de la part des collectivités pourrait par exemple s'inspirer de la règle prévue à l'article L.1411-4 du code général des collectivités territoriales qui oblige l'assemblée délibérante de la collectivité à se prononcer « *sur le principe* » du recours à une délégation pour l'exécution d'un service public, avant de lancer la procédure de choix du prestataire. Les différentes solutions pour exécuter un service public pourraient ainsi être comparées et présentées à l'assemblée délibérante de la collectivité.

25. Concernant le choix par une collectivité de son délégataire, l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales instaure le recours à une mise en concurrence préalable pour le choix par une collectivité de son délégataire : « *Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ».

26. L'article 2 de la loi du 28 mai 2010 exempte la collectivité de cette mise en concurrence, lorsqu'elle décide de confier la délégation à une SPL dont elle est actionnaire.

27. L'enjeu concurrentiel apparaît significatif, au vu de l'étendue des compétences statutairement possibles pour une SPL selon la loi, ainsi que du champ très vaste et diversifié des activités assurées aujourd'hui sous le régime de la délégation de service public. Les transports publics, le chauffage urbain, l'assainissement et la distribution de l'eau, la collecte et le traitement des déchets, la restauration collective, le stationnement ou les pompes funèbres peuvent être cités à titre d'exemples non limitatifs.
28. La création des SPL introduit donc une nouvelle catégorie d'opérateurs aux caractéristiques particulières, avec un impact réel sur les conditions du jeu de la concurrence sur les marchés concernés.
29. Concernant cet enjeu concurrentiel, la décision précitée du Conseil constitutionnel relative à loi Sapin peut être rappelée.
30. Le Conseil avait jugé non conforme à la Constitution le bénéfice de l'exemption de mise en concurrence pour les sociétés d'économie mixte que prévoyait le texte adopté par le Parlement, au motif que : *« Considérant que la loi exclut de l'application de ces dispositions toutes les sociétés dont le capital est directement ou indirectement majoritairement détenu par la collectivité délégante à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts ; que ces dispositions qui portent sur la publicité préalable aux négociations, sur les formalités d'examen des offres et sur l'exigence d'un contrôle préalable de l'assemblée délibérante sur l'attribution des délégations méconnaissent le principe d'égalité ; qu'en effet elles ne peuvent se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre »*.
31. La différence entre le statut de société d'économie mixte et celui de SPL tient à la détention, dans le second cas, de l'intégralité du capital de la société par des personnes publiques, ce qui pourrait constituer la *« caractéristique spécifique du statut des sociétés en cause »* que demande le Conseil constitutionnel pour justifier la dérogation aux règles de mise en concurrence pour la délégation de service public.
32. Au regard de la procédure pour l'accès aux délégations de service public, la SPL bénéficie ainsi des mêmes règles que l'établissement public local, mais avec les facilités de gestion plus grandes, inhérentes au statut de société anonyme.
33. S'agissant du droit européen, les traités et les textes pris pour son application (notamment les deux directives du 31 mars 2004 relatives aux marchés publics et aux marchés des activités de réseaux) instaurent le principe général selon lequel tout contrat à titre onéreux conclu par une collectivité publique doit être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.
34. La Cour de justice européenne a rappelé à maintes reprises l'obligation, pour les donneurs d'ordre, de respecter les règles fondamentales inscrites dans le Traité, au premier rang desquelles figurent les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement.
35. Il en résulte une obligation de transparence permettant de contrôler le respect de ces principes par les collectivités donneurs d'ordre : *« Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. »* (arrêt 'Telekom Austria' du 7 décembre 2000).

36. Cependant, la Cour a admis par son arrêt « *ville de Halle* » du 11 janvier 2005, la possibilité de déroger à l'appel obligatoire à la concurrence pour la commande publique dans le cas des « prestations intégrées » (dénommées activités « *in-house* »), c'est-à-dire lorsque la prestation est réalisée par une entité juridiquement distincte des services de la collectivité, mais qui est placée sous le seul contrôle de celle-ci : « *L'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur (...), dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent* ».
37. Cette jurisprudence procède de l'idée qu'il n'est pas nécessaire d'obliger une collectivité à mettre en œuvre des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats avec une entité tierce, dès lors que cette entité constitue en pratique un simple prolongement administratif de la collectivité concernée.
38. Cette conclusion reste toutefois subordonnée à la réunion, dans chaque cas d'espèce, de trois conditions posées par la jurisprudence, tenant : à la détention intégrale de l'entité par la collectivité de rattachement, à l'exercice de son activité au profit quasi-exclusif de cette dernière, et au contrôle de son fonctionnement.
39. La jurisprudence européenne demande, de prime abord, que les collectivités publiques de rattachement détiennent l'intégralité du capital de l'entité : « *L'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés (...), dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents* » (arrêt « *ville de Halle* » précité).
40. Sur ce point, la décision n° 92-DC-316 du Conseil constitutionnel mentionnée supra peut être reprise. Le Conseil admettait en effet l'absence de mise en concurrence préalable pour confier une délégation de service public à un établissement public local, sur la base de leur rattachement direct et exclusif à la collectivité délégante : « *Des établissements publics qui par nature relèvent directement et exclusivement de l'État ou des collectivités territoriales sont dans des situations différentes des autres organismes susceptibles d'obtenir des délégations de service public au regard des objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi ; que, dès lors, leur exclusion du champ d'application des dispositions de la loi relatives aux délégations de service public n'est pas contraire à la Constitution.* »
41. De plus, l'entité doit exercer son activité pour l'essentiel au bénéfice de la (ou des) collectivité(s) publique(s) la contrôlant. Dans son arrêt « *Carbotermo* » du 11 mai 2006, la Cour a ainsi énoncé que l'activité de l'entité tierce devait être consacrée à la collectivité publique, « *toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* ».
42. Enfin, la jurisprudence demande que la collectivité exerce un contrôle sur l'entité qui soit analogue à celui exercé sur ses services internes. La collectivité doit pouvoir fixer la politique suivie par l'entité et vérifier les choix de gestion effectués : « *Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société.* » (Arrêt *Carbotermo* précité).

43. Si on se réfère aux caractéristiques des SPL fixées par la loi du 28 mai 2010, il apparaît que les SPL seront intégralement détenues par des personnes publiques et qu'elles pourront agir uniquement pour le compte de ces collectivités actionnaires. Les deux premiers critères posés par la jurisprudence sont donc bien inscrits dans la loi.
44. Pour ce qui est du troisième critère portant sur le contrôle analogue, une SPL se distingue d'un service interne d'une collectivité par le fait d'être dotée d'une personnalité morale propre. L'examen de la réalité du contrôle réalisé par la collectivité doit donc être privilégié plutôt que l'existence de modalités de contrôle identiques à celles existant sur un service interne.
45. Sur ce point, la loi du 28 mai 2010 renvoie au cadre juridique général de la société anonyme pour définir la nature et l'étendue du contrôle de la collectivité sur la SPL. Ce sera donc aux statuts, qui seront fixés pour chaque SPL au moment de sa création, de mettre en place les moyens d'un contrôle adéquat, afin de satisfaire la condition du « *contrôle analogue* » posée par la jurisprudence.
46. Une attention particulière est en conséquence attendue de la part des collectivités de rattachement de la SPL concernant l'étendue de leur pouvoir de contrôle sur cette société. Les modalités prévues devront concerner notamment la définition de l'objet social de la société, la désignation des dirigeants, la fixation de la stratégie, le contrôle des résultats obtenus. Ces différentes modalités n'ont aucunement une valeur exhaustive et ne sont citées que pour expliciter la portée du « *contrôle analogue* » devant être mis en place par la collectivité publique sur la SPL.

#### **B. SUR LES RÈGLES EN MATIÈRE DE MISE EN CONCURRENCE POUR LES MARCHÉS PASSÉS PAR LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES**

47. Les dispositions du code des marchés publics ne sont pas directement applicables aux SPL, qui sont des sociétés anonymes par détermination de la loi, puisqu'aux termes des articles 1/I et 2 du code, le contractant d'un marché public doit nécessairement être une personne morale de droit public.
48. Toutefois, la nature de leur activité et de leurs marchés a conduit à imposer des règles de publicité et de procédure pour la passation des marchés à des organismes ne relevant normalement pas du code des marchés publics. L'objectif est de prévenir des détournements de procédure qui consisteraient en un recours à un organisme satellite afin de s'affranchir des règles du code des marchés.
49. Ces règles sont prévues par l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés de certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés qui a transposé en droit national les directives européennes du 31 mars 2004.
50. Au cas présent, les règles concernant les sociétés d'économie mixte constituent la référence pour le droit à appliquer aux marchés passés par une SPL. Le dernier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 28 mai 2010 stipule en effet : « *Sous réserve des dispositions du présent article, les sociétés publiques locales sont soumises au titre II du présent livre [titre II relatif aux sociétés d'économie mixte du livre V de la première partie du code général des collectivités locales].* »

## 1. LE DROIT APPLICABLE

51. En droit communautaire, les procédures de passation de marchés publics sont régies principalement par deux directives :
  - la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, dite "classique", qui concerne les pouvoirs adjudicateurs passant des marchés de travaux, de fournitures et de services dans le secteur public ;
  - la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, dite « *secteurs spéciaux* », qui ne concerne que les entités adjudicatrices opérant dans les « *secteurs spéciaux* » de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ces secteurs, auparavant exclus de toute obligation de mise en concurrence, correspondent à des services publics industriels et commerciaux liés à l'exploitation de réseaux.
52. Ces directives s'appliquent aux marchés passés par les pouvoir adjudicateurs et entités adjudicatrices dont la valeur estimée hors TVA est égale ou supérieure à des seuils préétablis (recalculés tous les deux ans par la Commission).
53. Elles précisent notamment les critères d'attribution des marchés devant être utilisés, les règles de publicité et de transparence ainsi que les procédures de passation des marchés.
54. Ces directives ont été transposées en droit national pour partie dans le code des marchés publics, et pour partie par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.
55. Le régime issu de cette ordonnance et de son décret d'application n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 reprend, d'une manière générale, les obligations issues des directives.

## 2. APPLICABILITÉ DE CE RÉGIME AUX SPL

56. Les SPL sont soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 dans la mesure où elles peuvent relever des deux dispositions suivantes :
  - celle prévue au 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance, applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ;
  - celle prévue au 1° du I de l'article 3 de l'ordonnance, applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, et majoritairement financés et contrôlés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics.
57. De même, certaines SPL ayant le statut d'entité adjudicatrice sont également soumises à cette ordonnance dans la mesure où elles peuvent relever de la disposition prévue au 2° de l'article 4 de l'ordonnance, applicable aux entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 de l'ordonnance (eau, énergie, transports et services postaux).
58. Il en ressort que, si elles doivent passer des marchés publics, les SPL devront respecter l'ensemble des obligations mentionnées dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et dans son décret d'application du 30 décembre 2005.

## **C. SUR LA COMPATIBILITÉ DU RÉGIME DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES AVEC LES RÈGLES EUROPÉENNES EN MATIÈRE D'AIDES D'ETAT**

59. Concernant la SPL créée par loi du 28 mai 2010, la question de l'existence d'une aide publique pourrait se poser à deux stades :
- au moment de la création d'une SPL, les collectivités publiques assurant la dotation en capital de la société<sup>1</sup> ;
  - ou lors du financement d'opérations confiées à une SPL par la collectivité de rattachement, en particulier dans le cadre d'une délégation de service public qui serait confiée à la SPL.
60. L'examen des aides d'État est du ressort de la Commission européenne, à laquelle certaines aides ou dispositifs d'aide doivent être notifiés par l'État membre préalablement à leur entrée en vigueur. A défaut, la Commission peut ouvrir une enquête sur une aide d'État présumée, suite à une plainte ou de sa propre initiative.
61. Dans le cadre du présent avis, les différents critères d'analyse que la Commission est susceptible d'utiliser dans le cadre de l'examen des relations financières entre collectivités territoriales et SPL peuvent être rappelés.
62. Ces critères constituent autant de points de vigilance que les collectivités publiques devront observer, lorsqu'elles décident de créer des SPL et de leur confier des missions de service public.

### **1. LE CADRE GÉNÉRAL RELATIF À L'EXAMEN DES AIDES D'ETAT PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE**

#### **a) Le droit des aides d'Etat est applicable aux entités exerçant une activité économique**

63. Les règles européennes de concurrence s'appliquent uniquement aux entreprises. Ce concept couvre toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de l'entité ou de la façon dont elle est financée.
64. Par ailleurs, toute activité qui consiste à offrir des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique au sens des règles européennes de concurrence.
65. Il est à noter que la nature économique d'une activité est interprétée de manière très large par la Commission et la Cour de justice. Ainsi, la fourniture de services tels que l'activité de placement exercée par des offices publics pour l'emploi, le transport de malades, la gestion d'infrastructure de transport, des services médicaux dispensés dans un cadre hospitalier ou la fourniture d'infrastructures auxiliaires aux logements sociaux ont été considérés, parmi d'autres, comme des activités économiques par la Commission et la Cour de justice.
66. Il ressort de ce raisonnement que certaines SPL pourraient être considérées comme des entreprises au sens du droit de la concurrence.

---

<sup>1</sup> Le capital social minimum pour une société anonyme est fixé à 37 000 € par l'article L. 224-2 du code de commerce.

**b) Les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) donnent le cadre général de l'examen des aides d'Etat**

67. L'article 107, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose que, sauf dérogations prévues par les traités, les aides accordées par les États membres à des entreprises sont incompatibles avec le marché intérieur, dès lors que sont réunies les quatre conditions cumulatives suivantes :
- un financement sur ressource publique, c'est-à-dire apportée directement par le budget de l'État ou d'une collectivité territoriale ou gérée pour leur compte par une entité tierce ;
  - une mesure sélective, que la jurisprudence définit comme « *procurant un avantage à certaines entreprises ou à certaines productions à l'exclusion d'autres* » ;
  - une mesure susceptible de fausser la concurrence ;
  - et l'affectation du commerce entre les États membres.
68. Il convient de souligner que les règles européennes de concurrence ne sont applicables que s'il peut être démontré que les échanges entre États membres sont affectés par l'aide d'État. Cependant, dans le cadre de cette démonstration, la nature locale ou régionale de l'activité en cause n'est pas prise en considération. En effet, même une aide d'un faible montant peut augmenter l'offre de service d'une entreprise et rendre plus difficile l'accès au marché local pour d'autres entreprises européennes. La Commission a toutefois fixé des seuils en deçà desquels l'absence d'effet sur les échanges est présumé (voir notamment le règlement CE de minimis 1998/2006 du 15 décembre 2006).
69. L'article 107, paragraphes 2 et 3, mentionne un certain nombre de dérogations à l'incompatibilité avec le marché intérieur des aides d'État remplissant les quatre critères énoncés à l'article 107, paragraphe 1.
70. Enfin, l'article 108 TFUE évoque quant à lui le cadre général relatif à la notification des aides à la Commission, l'examen des aides par la Commission et le cadre procédural relatif à la saisine de la Cour de justice en cas d'aide illégale présumée.

**2. LE CADRE PARTICULIER DE L'EXAMEN DES AIDES D'ÉTAT RELATIVES AUX SERVICES ÉCONOMIQUES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL**

71. Le droit des aides d'État prévoit des procédures particulières quand sont en cause des entreprises chargées de services d'intérêt économique général (SIEG).

**a) Les SPL seront susceptibles de réaliser ou d'exploiter des services économiques d'intérêt général (SIEG)**

72. La loi 2010-559 dispose que les SPL « *sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ».
73. Ainsi, il apparaît que les SPL seront susceptibles d'exercer toute activité d'intérêt général.
74. En droit communautaire, la notion d'activité d'intérêt général correspond à celle de service d'intérêt économique général (SIEG). Cette notion de SIEG est utilisée aux articles 14 et

106, paragraphe 2 TFUE mais elle n'est pas définie dans le TFUE ni dans le droit dérivé. Dans la pratique de l'Union, elle se réfère généralement aux services de nature économique que les autorités publiques des États membres, que ce soit au niveau national, régional ou local, soumettent à des obligations spécifiques de service public.

75. Les autorités publiques des États membres disposent d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG et quant à leurs formes de financement. Ces dernières incluent ainsi des subventions, des avantages fiscaux, un droit exclusif ou spécial. Les seules limites à cette marge de manœuvre sont celles posées par le droit de l'Union et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.
76. Ainsi, dans les secteurs qui ont été harmonisés au niveau de l'Union (par exemple, les secteurs des télécom, de l'énergie, des postes ou du transport ferroviaire), et où des objectifs d'intérêt général ont été pris en compte, la marge de manœuvre des États membres ne peut être utilisée que dans le cadre des règles de cette harmonisation.
77. De même, la liberté des États membres dans la définition des SIEG est soumise au contrôle de l'erreur manifeste par la Commission et les juridictions de l'Union. En d'autres termes, la Commission et la Cour de justice sont susceptibles de remettre en cause des aides versées à des entreprises qui, de toute évidence, ne remplissent aucune mission de service public. Dans son arrêt « *Merci convenzionali porto di Genova* » du 10 décembre 1991, la Cour de justice a ainsi mentionné que des opérations portuaires (embarquement, débarquement, transbordement de marchandises) ne revêtaient pas nécessairement un intérêt économique général, contrairement à ce qu'affirmait le gouvernement italien.
78. En conséquence, et même si les autorités publiques bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant à la définition de ce qu'elles considèrent comme des SIEG, les collectivités publiques doivent prêter attention à ces deux limites posées par le droit communautaire lorsqu'elles définissent l'objet social d'une SPL.

**b) Les entreprises chargées d'un SIEG doivent respecter les règles de concurrence du TFUE (et notamment les règles relatives aux aides d'État)**

79. L'article 106, paragraphe 2 du TFUE, dispose notamment que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».
80. Il ressort de cet article que les SPL devront respecter les règles de concurrence du TFUE : interdiction des ententes et abus de position dominante (articles 101 et 102 TFUE), mais également encadrement des aides d'État (articles 107 et 108 TFUE).

**c) La Cour de justice a néanmoins mentionné que les articles 107 et 108 TFUE n'étaient pas applicables aux compensations de service public, sous certaines conditions**

81. Dans son arrêt « *Altmark* » du 24 juillet 2003, la Cour de justice mentionne que « *dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux*

*entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92, [devenu l'article 107], paragraphe 1, du traité. ».*

82. La Cour pose, dans le même arrêt, quatre conditions pour qu'une telle compensation des charges de service public soit compatible avec les règles européennes de concurrence :
- les obligations de service public imposées doivent être expressément prévues et clairement définies ;
  - les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
  - la compensation ne peut pas dépasser la couverture, en tout ou partie, des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, au vu des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exploitant ;
  - et, en l'absence de mise en concurrence préalable pour le choix de l'exploitant, le montant de la compensation doit être fixé par rapport aux coûts que supporterait une entreprise moyenne bien gérée.
83. Lorsque ces quatre conditions sont satisfaites, la compensation de service public n'est pas considérée comme une aide d'État au titre de l'article 107 du traité et n'a pas à faire l'objet d'une notification préalable à la Commission.
84. La forme juridique de l'intervenant est en revanche indifférente pour le droit européen, conformément à la règle de l'article 345 du traité.
85. Si l'une des conditions de l'arrêt *Altmark* n'est pas remplie, la compensation de service public devra alors être examinée au titre de l'article 107, paragraphe 1 TFUE pour déterminer si elle doit être qualifiée d'aide d'État.
86. Dans le cas présent, l'attribution d'une délégation par une collectivité à une SPL qui lui est rattachée ne donnera pas lieu à un appel à la concurrence, en application de l'article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales, tel que modifié par la loi du 28 mai 2010. Ainsi, la quatrième condition de l'arrêt *Altmark* devra être examinée pour toute compensation financière attribuée à une SPL.
87. En pratique, il pourrait être difficile pour certaines collectivités (notamment pour les communes de petite taille) de contrôler que la compensation financière attribuée à une SPL est bien fixée par rapport aux coûts que supporterait une entreprise moyenne bien gérée. Il est ainsi possible que certaines compensations de service public attribuées à des SPL ne puissent prouver leur conformité au quatrième critère *Altmark* et qu'elles doivent donc être analysées à la lumière des critères mentionnés à l'article 107, paragraphe 1 TFUE.

**d) La Commission européenne a précisé les conditions selon lesquelles les compensations de service public qui remplissent les critères de l'article 107, paragraphe 1 peuvent être considérées comme compatibles avec le TFUE**

88. S'il apparaît que la compensation de service public est une aide d'État (c'est-à-dire si elle remplit les conditions mentionnées à l'article 107, paragraphe 1 TFUE), il devra ensuite être analysé si cette aide d'État est compatible avec le TFUE.

89. En 2005, la Commission européenne a précisé dans une décision<sup>2</sup> et un encadrement<sup>3</sup> les conditions selon lesquelles une aide d'État relative à une compensation de service public est compatible avec le TFUE. Ces conditions sont proches de celles posées par la jurisprudence *Altmark*. Selon ces deux textes, l'aide d'État sera reconnue comme compatible avec le TFUE si les trois conditions suivantes sont remplies :
- Il existe un mandat spécifiant notamment la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concerné, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision d'aide, ainsi que les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter les surcompensations ;
  - La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts encourus pour l'accomplissement des obligations de service public, un calcul de tous les coûts ainsi que des recettes de tout type reçues devant être réalisé ;
  - Les États membres doivent mettre en place des autorités de contrôle des éventuelles surcompensations attribuées.
90. Il est à noter que le mandat peut recouvrir plusieurs formes différentes (contrat de concession, cahiers des charges, lois, actes réglementaires, actes municipaux...) en fonction de l'organisation administrative de chaque État membre.
91. Le mandat doit néanmoins avoir un caractère contraignant pour l'entité bénéficiaire de la compensation de service public et instaurer une obligation de fournir le service.

**e) La Commission a également précisé les conditions selon lesquelles ces compensations de service public devront faire l'objet d'une notification à la Commission**

92. La règle générale est que les aides d'état doivent être directement notifiées à la Commission Européenne par l'État Membre.
93. Néanmoins, certaines aides n'ont pas à être notifiées à la Commission Européenne. Le contrôle de ces aides est confié à chaque État membre qui doit procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les conditions mentionnées précédemment de compatibilité de l'aide avec le Traité sont bien remplies. La Commission Européenne a demandé que chaque État membre établisse, tous les trois ans, un rapport qui présente la mise en œuvre de ce contrôle par les États membres.
94. La décision de 2005 mentionne les critères selon lesquels l'aide d'Etat n'aura pas à être notifiée à la Commission Européenne :
- les compensations de service public de moins de 30 millions EUR sur une base annuelle, accordées aux entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel hors taxe, toutes activités incluses, de moins de 100 millions EUR au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général ;

---

<sup>2</sup> Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2 TCE (nouvel article 106, paragraphe 2 TFUE) aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG.

<sup>3</sup> Encadrement communautaire du 29 novembre 2005 relatif aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public.

- les compensations de service public accordées aux hôpitaux effectuant des activités qualifiées comme services d'intérêt économique général par l'État membre concerné, indépendamment du montant ;
  - les compensations de service public accordées aux entreprises de logement social effectuant des activités qualifiées comme services d'intérêt économique général par l'État membre concerné, indépendamment du montant ;
  - dans le domaine du transport, les compensations de service public concernant les liaisons maritimes avec les îles dont le trafic annuel ne dépasse pas 300 000 passagers et les compensations de service public pour les aéroports et les ports dont le trafic annuel moyen, au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG, ne dépasse pas un million de passagers dans le cas des aéroports, et 300 000 passagers dans le cas des ports.
95. Si l'aide d'État ne remplit aucune de ces conditions, alors elle devra être notifiée à la Commission Européenne.

### **III. Conclusion**

96. Les questions posées par le syndicat EGF-BTP dans sa demande d'avis à l'Autorité appellent les remarques suivantes.
97. A titre liminaire, l'existence de différents modes de gestion des services publics à la disposition des collectivités conduit à recommander à celles-ci une analyse préalable des coûts et des avantages respectifs des différentes solutions possibles avant de faire un choix en faveur de l'une ou l'autre. Une telle démarche est propice à la fois au jeu de la concurrence et à l'objectif d'amélioration du service obtenu.
98. Concernant la compatibilité du régime des SPL avec le droit de la commande publique, le principe posé par la Cour de justice européenne est que tout contrat à titre onéreux conclu par une collectivité publique doit être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. La jurisprudence de la Cour admet qu'il soit dérogé à ce principe dans le cas des prestations « *in house* », sous trois conditions : le capital de l'entité tierce est intégralement public, l'entité exerce l'essentiel de son activité pour le compte des collectivités actionnaires et elle fait l'objet d'un contrôle de la collectivité qui est analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Il apparaît que les caractéristiques conférées par la loi aux SPL satisfont les deux premières conditions. En revanche, l'exigence d'un « contrôle analogue » sur la SPL à celui existant sur une structure interne à la collectivité appelle une vigilance particulière de la part des collectivités de rattachement lors de la définition et de l'application des statuts de leur SPL.
99. Enfin, il est recommandé aux collectivités publiques d'être particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent des compensations financières à des SPL exerçant une activité économique dans la mesure où ces transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'état. A la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice et de la pratique décisionnelle de la Commission Européenne, il est recommandé que chaque compensation financière fasse l'objet d'un mandat qui décrit précisément les missions de service public confiées à la SPL, les paramètres de calcul, de contrôle régulier

et de révision éventuelle de la compensation financière, ainsi que les modalités de remboursement à la collectivité publique des possibles surcompensations financières.

Délibéré sur le rapport de M. Edouard Leduc, rapporteur, et l'intervention de M. Pierre Debrock, rapporteur général adjoint, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot, MM. Noël Diricq et Jean-Bertrand Drummen, membres.

Le secrétaire de séance,  
Thierry Poncelet

La vice-présidente,  
Elisabeth Flüry-Hérard

---

© Autorité de la concurrence