

Une Europe protectrice des services sociaux

**Comment concrètement protéger les
missions imparties aux services sociaux
des seules forces du marché ?**

LE GUIDE SSIG des collectivités territoriales

PARTIE I : mode d'emploi en 25 fiches pratiques

« La responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local. »

Tribunal de première instance de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)
Arrêt Bupa, T 283 03 du 12 février 2008

« Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général (...) comprennent notamment le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs; »

Protocole sur les services d'intérêt général (SIG)
Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007

Document réalisé par Laurent Ghekiere
Représentant auprès de l'UE de l'Union sociale pour l'habitat
en collaboration avec les membres du collectif SSIG, Collectif SSIG, Paris, Juillet 2008

Sommaire

Présentation du collectif SSIG	p. 5
L'essentiel	p. 6
Introduction à la protection des services d'intérêt général des seules forces du marché	p. 7
Pourquoi un guide pour les collectivités territoriales ?	p. 9
Intérêt de la Communauté et intérêt à préserver les missions d'intérêt général	p.10
Les spécificités des services sociaux sont-elles solubles dans le cadre SIEG classique ?.....	p.12
Quelques définitions incontournables.....	p.13
La question clé du mandatement et de l'obligation de fournir le service.....	p.15
Structuration binaire du droit communautaire.....	p.17
Les 4 éléments constitutifs d'un service d'intérêt général	p.18
Les bases juridiques en droit communautaire	p.18
Les enjeux d'une protection effective des services sociaux par le droit communautaire.....	p.19
Comment concrètement protéger les missions d'intérêt général des services sociaux ?.....	p.20
Les recommandations et propositions du Collectif SSIG suite à l'arrêt Bupa	p.21
Glossaire.....	p.22
Mode d'emploi de la protection des services sociaux par l'autorité publique	
Check-list d'eurocompatibilité du SIEG	p.25
6 thématiques essentielles en 25 fiches pratiques	p.27
La notion classique de service d'intérêt général en droit communautaire	p.28
La notion de service social d'intérêt général	p.35
La définition de la mission SIEG et des obligations SIEG.....	p.41
L'attribution d'une mission SIEG à un prestataire	p.46
Le financement des missions SIEG.....	p.51
L'exigence de mandatement des prestataires de SIEG	p.55
Bibliographie	p.60

Liste des fiches pratiques

La notion classique de service d'intérêt général en droit communautaire	p.28
Fiche n°1 : Qu'est-ce qu'un SIG ?	p.29
Fiche n°2 : Qui fait quoi en matière de SIG ?	p.30
Fiche n°3 : Quels sont les principes généraux applicables aux SIG ?	p.31
Fiche n°4 : Quelles conditions d'application du droit communautaire ?	p.33
Fiche n°5 : Qu'apporte le nouveau Traité de Lisbonne ?	p.34
La notion de service social d'intérêt général (SSIG)	p.35
Fiche n°6 : Que recouvre potentiellement la notion de SSIG ?	p.36
Fiche n°7 : Quelles sont les particularités reconnues aux SSIG ?	p.37
Fiche n°8 : Le droit communautaire s'applique-t-il aux SSIG ?	p.38
Fiche n°9 : Comment y appliquer les principes généraux du Traité ?	p.39
Fiche n°10 : Quelle est la position des Institutions européennes ?	p.40
La définition de la mission SIEG et des obligations SIEG	p.41
Fiche n°11 : Qui définit la mission SIEG ?	p.42
Fiche n°12 : Comment se déclinent les obligations SIEG ?	p.43
Fiche n°13 : Quid du droit d'initiative des prestataires ?	p.44
Fiche n°14 : Quelle adaptabilité des obligations SIEG aux besoins sociaux ?	p.45
L'attribution d'une mission SIEG à un prestataire	p.46
Fiche n°15 : Pourquoi faut-il attribuer une mission SIEG à un prestataire ?	p.47
Fiche n°16 : Quelles sont les modalités de cette attribution ?	p.48
Fiche n°17 : Quel est le droit applicable aux modalités d'attribution ?	p.49
Fiche n°18 : L'attribution par marché public est-elle obligatoire ?	p.50
Le financement des missions SIEG	p.51
Fiche n°19 : Le droit communautaire des aides d'Etat s'applique-t-il aux SIEG ?	p.52
Fiche n°20 : Quels sont les critères jurisprudentiels applicables ?	p.53
Fiche n°21 : Comment bénéficier de la décision d'exemption de notification ?	p.54
L'exigence de mandatement des prestataires de SIEG	p.55
Fiche n°22 : Quels sont les fondements de l'exigence de mandatement ?	p.56
Fiche n°23 : Quelles sont les modalités de cet acte de mandatement ?	p.57
Fiche n°24 : Cette exigence est-elle conciliable avec l'organisation des SSIEG ?	p.58
Fiche n°25 : Comment mandater les acteurs de l'économie sociale ?	p.59

Présentation du Collectif SSIG

Le Collectif SSIG regroupe des fédérations et organisations prestataires de services sociaux. Il s'est constitué dans la continuité de l'appel lancé en direction des parlementaires européens en vue de l'exclusion des services sociaux de la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur (dite directive Bolkestein). Cette exclusion des services sociaux a été acquise par le Parlement européen en première lecture, confirmée par le Conseil et doit maintenant être reprise par la loi de transposition de la directive.

L'objectif du collectif est de prendre part activement aux débats communautaires et nationaux sur le droit de la concurrence et du marché intérieur applicable aux services sociaux afin de veiller au respect du principe de bon accomplissement des missions qui leur sont imparties.

La qualification des services sociaux de services d'intérêt général, les modalités de contrôle des aides d'Etat accordées aux prestataires de services sociaux, la transposition en droit français de l'exclusion des services sociaux de la directive services et l'application au niveau local des dérogations à l'obligation d'appel d'offre prévues par la directive marchés publics de services sont autant de déclinaisons de l'impact du droit communautaire sur les services sociaux, sur leur mode de gouvernance, d'organisation et de financement. Au-delà, c'est le positionnement même de l'économie sociale et solidaire et le concept d'utilité sociale qui sont en jeu.

Le Collectif est composé de 19 fédérations ou organisations représentatives des services sociaux et de santé relevant potentiellement de services d'intérêt général selon la Commission européenne (régimes complémentaires de protection sociale, formation professionnelle continue, action sanitaire et sociale, soins de santé, hôpitaux, médico-social, insertion, éducation, emploi, logement, hébergement...) :

AEFTI
AFPA
CEEP – France
FAPIL
FEHAP
FHF
FNARS
FNMF
FNEPL
INSTEP
MFP
MGEN
MSA
PACT
SYNOFDES
UNCCAS
UNIOPSS
UROF
USH

Le collectif SSIG travaille en étroite collaboration avec la CPCA qui en est membre observateur.

www.ssig-fr.org : le site ressources SSIG des acteurs de l'économie sociale et solidaire

Le collectif SSIG entend également assurer un rôle de sensibilisation des acteurs de l'économie sociale et solidaire et des collectivités territoriales aux enjeux communautaires. A ce titre, il organise de nombreuses conférences sur les SSIG, assure la production et la diffusion de publications de vulgarisation, un suivi de l'actualité communautaire, et anime un site ressources consacré aux SSIG : <http://www.ssig-fr.org>

L'essentiel

L'Europe est protectrice des services sociaux, protectrice de la mission qui leur est impartie consistant à répondre aux besoins essentiels et quotidiens des citoyens européens en matière de Santé, d'Emploi, de Logement, d'Education, de Formation, de Protection sociale et d'Insertion sociale. Conformément aux dispositions du Traité, l'Europe veille à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

L'Europe est ancrée dans la reconnaissance des Droits fondamentaux, dans le respect de la dignité et de l'intégrité humaines, a pour objectif notamment de renforcer sa cohésion sociale et territoriale et de promouvoir un haut niveau d'emploi et de protection sociale.

Mais l'activation de cette force protectrice des services sociaux qui découle du Traité incombe exclusivement aux Etats-membres, à leurs autorités publiques nationales, régionales, départementales, municipales. La protection des services sociaux par l'Europe est potentielle et conditionnelle, elle ne devient effective en droit communautaire que si elle est expressément activée par une autorité publique compétente d'un Etat-membre. La qualification du service social de service d'intérêt général par cette autorité publique compétente constitue **le seul et unique moyen** d'activer cette force protectrice des services sociaux et des acteurs qui en sont chargés, le seul fondement à leur protection effective des forces du marché.

Cette qualification explicite des services sociaux de service d'intérêt général et le fait de charger officiellement des opérateurs sociaux de sa mise en œuvre effective, permet en effet :

1. de faire primer l'accomplissement de la mission d'intérêt général des services sociaux sur les règles du Traité, notamment les règles de concurrence et du marché intérieur,
2. de financer ces missions d'intérêt général par subventions ou toute autre ressource publique à concurrence de 100% des coûts nets sans devoir les notifier préalablement à la Commission,
3. d'exclure les services sociaux du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur, du contrôle des régimes d'autorisation et de déroger à la libre prestation de service,
4. de mandater directement des opérateurs sociaux, y compris en fonction de leur non lucrativité, en leur octroyant des droits exclusif ou spéciaux sous la forme d'agrément, d'autorisation ou de licence dès lors qu'ils sont nécessaires à l'accomplissement de la mission des services sociaux,
5. de mandater des opérateurs sociaux par concessions de service quand ces opérateurs sociaux assument une part de risque d'exploitation des services fournis,
6. de déroger à l'obligation d'appel d'offre en cas de marché public de services sociaux conformément aux dispositions de la directive communautaire sur les marchés publics de services et à son annexe II B excluant les services sociaux de l'obligation d'appel d'offre.

L'Europe ne peut protéger les services sociaux des seules forces du marché que si les autorités publiques compétentes font usage des instruments mis à leur disposition par le Traité et le droit dérivé. Il relève de la compétence exclusive des autorités publiques des Etats-membres de positionner explicitement les services sociaux en tant que services d'intérêt général, d'expliciter le caractère de nécessité des besoins à satisfaire, la mission particulière d'intérêt général, les obligations spécifiques qui en découlent, les compensations nécessaires à son accomplissement et de charger officiellement les acteurs sociaux de leur gestion.

Compte tenu du caractère local des services sociaux et du processus de modernisation qui a conduit à la décentralisation des compétences en la matière, il revient pour l'essentiel, comme le reconnaît la Cour de Justice des Communautés européennes, à l'échelon local d'activer cette protection des services sociaux. Ce guide a pour ambition de fournir un **mode d'emploi** le plus concret possible, à l'attention des collectivités territoriales, un guide pratique des modalités concrètes de qualification des services sociaux de service d'intérêt général et d'exploitation des dispositions du droit communautaire permettant de faire primer le bon accomplissement des missions d'intérêt général des services sociaux sur les règles de concurrence et du marché intérieur.

Introduction à la protection de services d'intérêt général des seules forces du marché¹

L'Union européenne est fondamentalement protectrice des missions d'intérêt général. Le Traité fait explicitement primer le bon accomplissement des missions d'intérêt général sur l'application de ses propres règles, et notamment sur l'application de ses règles de concurrence et du marché intérieur².

Cette sanctuarisation a été voulue par les Pères fondateurs dès la signature du Traité de Rome en 1957. Et pourtant, à cette époque, les services sociaux, au même titre que l'électricité par exemple, étaient clairement hors champ de son application car relevant d'activités de nature « non économique ».

Ce n'est que très récemment à l'échelle du processus de construction européenne, dans le début des années 90, que cette exigence de sanctuarisation s'est progressivement concrétisée dans le droit dérivé par la définition d'**obligations de service universel** liée à la libéralisation des services publics de réseau. Historiquement constitués sous la forme de grands monopoles publics nationaux, voire de régies, ces services publics, de par leur mode d'organisation, entraient en contradiction avec la construction d'un marché unique européen impulsée par Jacques Delors.

La notion de service universel, au sens de services accessibles en tout point du territoire de la Communauté, est la première concrétisation de cette exigence de sanctuarisation. Celle-ci fut par ailleurs sans cesse confirmée et enrichie par les Etats-membres, dans le cadre des révisions successives des Traités, notamment par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999 et l'ajout d'un nouvel article spécifique érigeant les services d'intérêt économique général (SIEG) en tant que **valeur commune** de l'Union européenne et modalité concrète de **promotion de sa cohésion sociale et territoriale**.

Dans la continuité du projet de Traité constitutionnel, le projet de Traité de Lisbonne renforce encore cette sanctuarisation par l'introduction d'une nouvelle base juridique en codécision entre le Conseil et le Parlement européens. Cette dernière les invite à légiférer par voie de règlements afin d'établir les principes et conditions, notamment économiques et financières, nécessaires au bon accomplissement de ces missions d'intérêt général.

La gouvernance des services d'intérêt général (SIG) y est également explicitée dans un nouveau protocole additionnel qui en interprète la notion de valeur commune de l'Union. Ce protocole innove en abordant la question des SIG dans leur globalité. Une distinction explicite y est opérée entre les SIEG et les SNEIG, services non économique d'intérêt général, dans le droit primaire de l'Union. Le rôle des autorités locales y est explicitement reconnu.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît et respecte quant à elle l'**accès aux SIEG** afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne.

Ainsi, en moins de 10 ans, une véritable architecture des SIG s'est constituée dans le Traité sur base du principe établi en 1957 par les Pères fondateurs de sanctuarisation des missions d'intérêt général. A la qualification de valeur commune et la reconnaissance du droit à l'accès aux SIEG, à la définition de grandes lignes de gouvernance des SIG explicitement fondés sur leur diversité et la satisfaction de besoins définis localement, vient s'ajouter une base juridique propre, en codécision entre le Conseil et le Parlement, visant à définir en droit positif les principes et les conditions de mise en œuvre de cette exigence de bon accomplissement des missions d'intérêt général.

¹ Selon l'expression utilisée par le tribunal de première instance de la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 12 février 2008 (BUPA T 289 03) disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

ENCADRE**1957-2008****La construction progressive d'une architecture SIG dans les Traités****1957** : Article 90.2 du *Traité de Rome*, renuméroté 86.2 par le *Traité d'Amsterdam* en 1999

« 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**. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

1999 – 2004, 2008... : Article 16 introduit par le *Traité d'Amsterdam* (1999) et complété par la proposition de *Traité constitutionnel* (2004) et la proposition de *Traité de Lisbonne* (2007) : *instauration d'une base juridique permettant au Parlement et au Conseil de légiférer de façon à garantir le bon accomplissement des missions d'intérêt général.*

« Sans préjudice de l'article 4 du traité de l'Union européenne et des articles 73, 86 et 88 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les **valeurs communes de l'Union** ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la **promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union**, l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, **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.**

Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, **établissent ces principes et fixent ces conditions**, sans préjudice de **la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.** »

2000 - 2007 : *L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : accès aux services d'intérêt économique général* (2000) et la proposition de *Traité de Lisbonne* (2007) lui donnant une valeur juridique.

« L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. »

2007... : *Protocole sur les services d'intérêt général* introduit par la proposition de *Traité de Lisbonne*.

« Les hautes parties contractantes, souhaitant **souligner l'importance des services d'intérêt général**, sont convenues des dispositions interprétatives ci-après, qui seront annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union :

Article premier : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité CE comprennent notamment :

- le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre **des autorités nationales, régionales et locales** dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la **diversité** des services d'intérêt économique général et les **disparités** qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Article 2 : Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général. »

Pourquoi un guide pour les collectivités territoriales ?

La sortie des services sociaux de la zone grise dans laquelle les Etats-membres les avaient placés provisoirement, à la frontière entre activités non économiques ne relevant pas du champ d'application du Traité et activités économiques régies par le Traité, est directement liée aux orientations du processus de modernisation de ses services, et notamment à la décentralisation de leur gestion et à l'externalisation des services fournis en régie.

Ce processus a en effet conduit à transférer de l'Etat aux collectivités territoriales (Régions, Provinces ou Départements, Villes, Districts, regroupements de Communes...) la responsabilité de la définition de ces services et le soin de charger certains opérateurs externes de leur gestion.

Par méconnaissance du droit communautaire des marchés publics, lequel exclu les services sociaux de l'obligation de l'appel d'offre, la généralisation de l'appel d'offre par les collectivités locales a ainsi contribué à structurer progressivement une offre commerciale dans les segments les plus rentables, à constituer de nouveaux marchés dans lesquels cohabitent aujourd'hui de nouveaux opérateurs purement commerciaux et les opérateurs historiques relevant de l'économie sociale et solidaire.

Force est de constater que les collectivités territoriales organisatrices de ces services sociaux ne font pas pleinement usage des dispositions du droit communautaire en matière de protection de leurs missions d'intérêt général des seules force du marché. Soit par méconnaissance de ce cadre communautaire comme le prétend, à juste titre, la Commission européenne, soit en raison de l'inadaptation de ce cadre « classique », selon l'expression de la Cour de Justice des Communautés européenne, à la spécificité des services sociaux.

Les deux facteurs conjuguent leurs effets et conduisent à une sous-utilisation par les collectivités territoriales des potentialités offertes par le Traité et des nombreuses dérogations à ses règles prévues par le droit dérivé, en matière de marchés publics notamment, de concessions de service, d'octroi de droits spéciaux à des opérateurs sans but lucratif ou d'aide d'Etat pouvant couvrir jusqu'à 100% des coûts nets de mise en œuvre des missions d'intérêt général.

Ce guide des SSIG a précisément pour objectifs :

1. d'explicitier en direction des collectivités territoriales le cadre juridique des SIEG que la Commission européenne entend appliquer aux services sociaux conformément à sa dernière communication sur les SIG y compris les SSIG de novembre 2007. Une exploitation des réponses apportées par la Commission dans le cadre du service interactif mis en place³ et des développements récents de la jurisprudence de la Cour en matière de services sociaux, permet en effet d'apporter **une lecture renouvelée** du cadre communautaire et de ses potentialités d'adaptation aux caractéristiques des services sociaux;
2. de mettre en exergue les zones de tension entre son application en l'état et les spécificités d'organisation du ou des secteurs concernés qui ont conduit le Parlement européen, le Conseil Economique et Social Européen et le Comité des Régions à revendiquer une adaptation de ce cadre communautaire aux spécificités de services sociaux compte tenu de l'insécurité juridique qui se développe.

Au moyen de 25 fiches pratiques, ce guide décline concrètement l'ensemble de la chaîne de qualification de SIEG et d'activation de la clause de protection et de sanctuarisation de l'accomplissement des missions particulières imparties aux services sociaux, notamment en matière d'attribution de ce SIEG et de son financement. Une seconde partie viendra compléter cette analyse du cadre communautaire en le confrontant aux instruments de contractualisation existants au moyen d'exemples concrets et sectoriels.

³ Voir les réponses de la Commission européenne aux questions posées par les membres du collectif SSIG et par des parlementaires européens quant au droit communautaire applicable aux services sociaux, note disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Compte tenu du rôle clé que jouent aujourd'hui les collectivités territoriales dans l'organisation de ces services sociaux largement décentralisés et parce que la jurisprudence⁴ fait reposer en priorité sur ces autorités publiques locales la charge concrète de l'explicitation de la mission particulière, des obligations qui en découlent et de désignation des acteurs qui en seront chargés localement, ce guide a été construit autour des 6 grandes thématiques structurantes pour les autorités publiques organisatrices :

1. la notion classique de SIEG en droit communautaire
2. la notion récente de SSIG et les secteurs concernés
3. la définition de la mission d'intérêt général et des obligations spécifiques
4. l'attribution de la gestion d'un SIEG à un prestataire
5. le financement des missions d'intérêt général
6. l'exigence de mandatement des prestataires de SIEG

Intérêt de la Communauté et intérêt à préserver les missions d'intérêt général des seules forces du marché

Le principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général, parce qu'il induit une dérogation ou encore une exception à l'application des règles du Traité, notamment des règles de concurrence et du marché intérieur, ne relève pas d'un droit de tirage illimité et inconditionnel par les autorités publiques des Etats-membres.

L'activation de cette clause de primauté des missions d'intérêt général est d'autant plus exigeante qu'elle induit une réelle dérogation à des objectifs et libertés fondamentales du Traité. Son activation procède tout d'abord de la recherche d'un équilibre entre l'intérêt de la Communauté, la réalisation de ses objectifs, le développement des échanges intracommunautaires et les missions d'intérêt général à préserver car disposant d'un caractère de nécessité.

Elle ne s'exonère aucunement de l'application des principes généraux du Traité, de transparence, d'égalité de traitement, de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité et suppose l'application de certains principes communs aux SIEG, notamment les **principes d'universalité et de continuité**, indispensables à la qualification effective de SIEG par la Cour de Justice des Communautés européennes conformément au caractère de nécessité de la satisfaction de ces besoins essentiels, voire vitaux, pour les citoyens européens dans leur vie quotidienne.

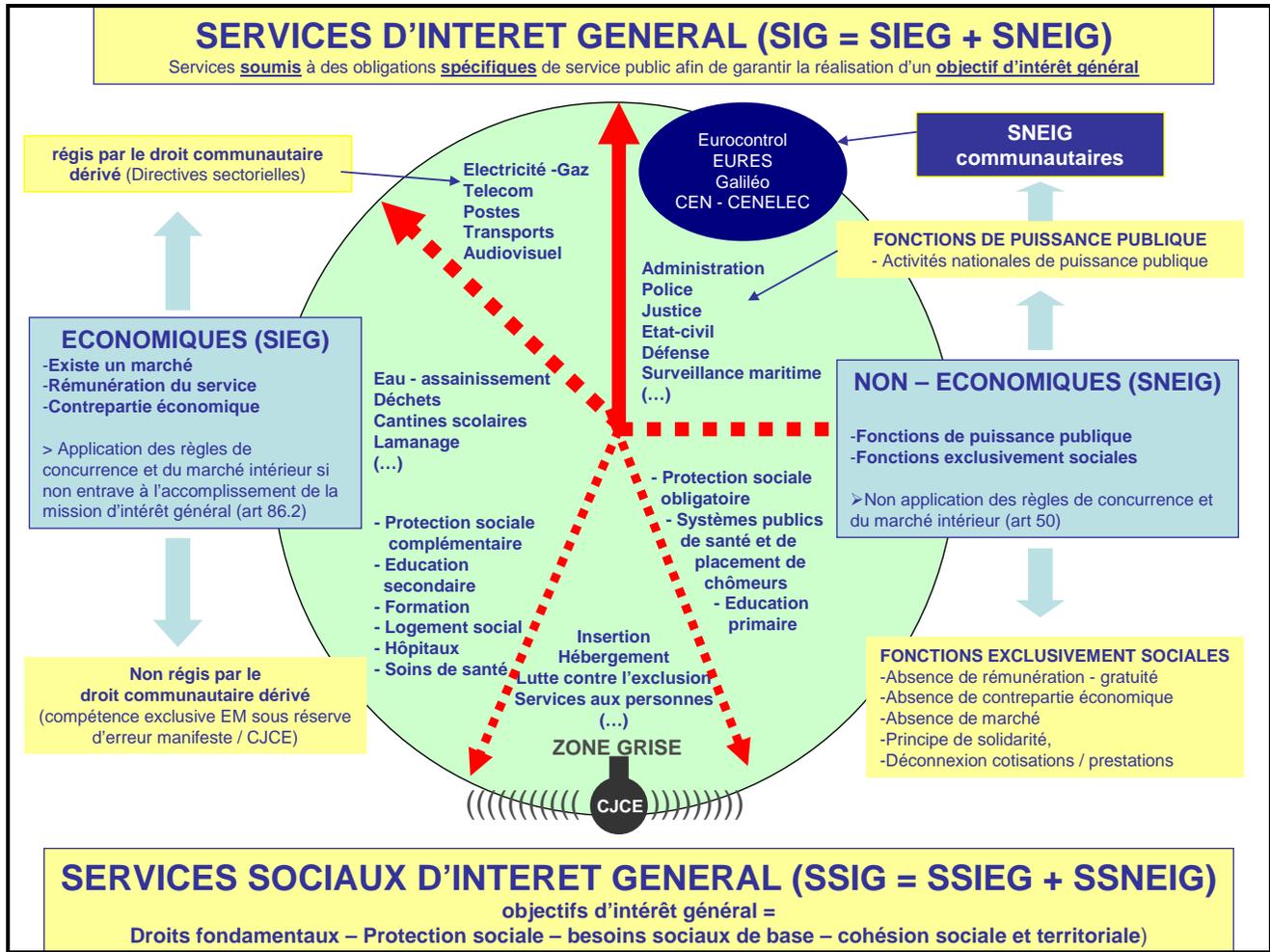
Elle relève enfin d'un **contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation** de la qualification de SIEG, exercé par la Commission européenne sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment quant au caractère de réelle nécessité des besoins à satisfaire et quant aux conditions économiques nécessaires à leur satisfaction effective.

Ce verrou du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'est pas sans conséquences en matière de services sociaux car il contribue à en délimiter le champ d'application ainsi que son degré de **ciblage des utilisateurs**.

Il est à l'origine de profondes divergences d'approche entre la Commission et certains Etats-membres, notamment dans le secteur du logement social, aux Pays-bas et en Suède. Ces divergences d'appréciation de l'erreur manifeste en matière de qualification de SIEG ont conduit le premier ministre néerlandais à proposer à ses collègues du Conseil européen l'ajout du protocole SIG aux traités sur l'Union européenne et sur son fonctionnement, en vue d'encadrer l'exercice de ce contrôle par la Commission et de renforcer l'ancrage des SIEG dans des préférences collectives nationales et des besoins essentiels définis localement en fonction de la demande des utilisateurs.

⁴ « La responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local. » Arrêt Bupa, T 283 03 du 12 février 2008

Conformément à sa « pratique décisionnelle récente mais constante »⁵, la Commission européenne associe en effet le caractère social du service d'intérêt général à son « lien direct avec les ménages socialement défavorisés ». La Cour de Justice des Communautés européennes, le Conseil et le Parlement européen privilégient quant à eux la promotion de l'accès universel à ces services sociaux⁶, ce qui n'exclue pas la définition de critères de priorité dans leur mise en œuvre effective en fonction du degré d'urgence du besoin à satisfaire.



Le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs aux SIEG se sont progressivement construits autour des services dits de réseau et du processus progressif de leur libéralisation à l'échelle de la Communauté. L'attention des juges de Luxembourg et du législateur communautaire s'est ainsi concentrée sur les modalités concrètes pour les Etats-membres, voire la Communauté, de définir et d'imposer à des opérateurs commerciaux des obligations de service universel qu'ils

⁵ « Le service public a un caractère social ; la définition des activités (...) doit donc conserver un lien direct avec les ménages socialement défavorisés. » Lettre de la Commission européenne du 14 juillet 2005 au gouvernement néerlandais, mesure d'aide n° E 2 / 2005 (Ex – NN 93 / 02) – Financement de coopératives du logement – Pays-Bas

⁶ Voir l'ajout proposé par la Présidence finlandaise de l'UE, soutenu par le Conseil et le Parlement européen en seconde lecture, au considérant justifiant l'exclusion des services sociaux de la directive sur les services dans le marché intérieur et précisant que la directive «... ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en œuvre dans les services sociaux des Etats-membres »

n'assureraient plus spontanément dans un système ouvert car étant contraires par nature à leur intérêt strictement commercial dicté par le processus de libéralisation. Le cadre juridique communautaire s'est ainsi construit autour de cette exigence d'imposition d'obligations de service universel à des entreprises purement commerciales et de la définition des modalités concrètes de leur mise en œuvre et de leur financement.

Les spécificités des services sociaux sont-elles solubles dans le cadre SIEG « classique »⁷ existant ?

C'est précisément de ce cadre juridique applicable aux SIEG de réseau dont il est question aujourd'hui et des conditions de son application en l'état à une nouvelle catégorie émergente de services d'intérêt général à finalité sociale, qualifiée pour la première fois par la Commission européenne de **services sociaux d'intérêt général** (SSIG) dans son livre vert sur les SIG de mai 2003. Et pour cause. Laissés volontairement dans la zone grise quant aux conditions d'application du droit communautaire, ces services sociaux, à l'exemple des régimes complémentaires de protection sociale, de transports sanitaires associatifs ou de logements sociaux, sont aujourd'hui au cœur du contentieux qui s'y développe dans le cadre de leur modernisation et de l'évolution des besoins sociaux à satisfaire, tant quantitative que qualitative.

Faut-il appliquer aux services sociaux le droit communautaire des SIEG « classiques » tel qu'il fut initialement construit dans une stricte logique de libéralisation des services de réseau et d'imposition d'obligations de service universel essentiellement techniques et statiques à des entreprises commerciales fonctionnant selon un modèle économique uniforme ? Ou faut-il prendre en considération, comme le demande le Parlement européen⁸, les spécificités de mission et d'organisation des services sociaux et développer un cadre juridique sectoriel, adapté en matière notamment de mandatement des entreprises, de financement, de définition de ces missions d'intérêt général et des obligations qui en découlent, compte tenu de la cohabitation d'opérateurs fonctionnant dans des logiques d'entreprendre différentes, dans des modèles économiques propres, relevant de l'économie sociale et solidaire ? Jusqu'où peut aller le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques organisatrices en termes de définition des missions, d'organisation, de financement et d'adaptation du cadre applicable aux SIEG « classiques » aux spécificités des services sociaux ?

Comment délimiter le champ d'intervention des services sociaux relevant des SIEG au regard de l'erreur manifeste d'appréciation ? Où commencent-ils, où s'arrêtent-ils au regard du principe d'universalité propre à tous les SIG et des critères spécifiques d'appréciation de l'erreur manifeste développés par la Commission européenne en matière de SIEG, et plus particulièrement en matière de « service public à caractère social » ? Comment gérer cette tension entre la conception résiduelle des services sociaux que tente d'imposer la Commission européenne de façon à en restreindre le champ, et l'exigence de promotion de l'accès universel applicable par nature à l'ensemble des SIG, exigence soutenue par la Cour de justice des Communautés européennes, par le Conseil et le Parlement⁹ et consacrée dans le protocole SIG de la proposition de Traité de Lisbonne ?

Plus globalement, comment ne pas faire le lien entre les non aux référendum français, hollandais et dernièrement irlandais relatifs à la ratification de nouveaux traités, venant pourtant consolider la protection des missions d'intérêt général des seules forces du marché, et la compréhension qu'en ont les citoyens européens quant aux conditions de satisfaction de leurs besoins quotidiens en matière de santé, de logement, d'emploi, de formation, de garde d'enfants, de vieillissement... ? Quelle lisibilité donner à ce principe de protection des missions d'intérêt général en direction des citoyens quand seul l'objectif de libéralisation est mis en avant dans la communication institutionnelle communautaire, que les progrès en matière de sanctuarisation des missions

⁷ selon l'expression utilisée par la Cour de Justice dans son arrêt Bupa T 283 03.

⁸ Voir fiche n° 10 en référence au rapport du Parlement européen sur le livre blanc de la Commission sur les SIG (rapport Rapkay).

⁹ Voir l'ajout proposé par la Présidence finlandaise de l'UE, soutenu par le Conseil et le Parlement européen en seconde lecture, au considérant justifiant l'exclusion des services sociaux de la directive sur les services dans le marché intérieur et précisant que la directive «... ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en œuvre dans les services sociaux des Etats-membres »

d'intérêt général sont délibérément occultés par la Commission européenne¹⁰, ou que les Etats-membres renoncent à appliquer les dérogations prévues par le droit communautaire¹¹ ?

Quelques définitions incontournables...

Une source particulière de confusion et d'incompréhension entre l'Europe, les collectivités territoriales et leurs citoyens tient au fait que le droit communautaire a dû développer **des concepts propres** afin d'englober la diversité des approches et situations dans les Etats-membres.

La signification même de ces concepts est souvent distincte de celle communément admise en droit interne ou plus simplement dans la vie de tous les jours. Ainsi, utilise-t-on des mots identiques qui ont des significations bien souvent différentes. A titre d'exemple, un service social peut ne pas assurer une fonction exclusivement sociale et être considéré comme un service de nature économique.

Par ailleurs, la pratique courante consistant à assimiler « service public » en droit interne et service d'intérêt général en droit communautaire peut également induire incompréhension et confusion, notamment en renvoyant systématiquement la question sur l'Etat central alors qu'elle relève clairement de la responsabilité de l'autorité publique organisatrice quel que soit le niveau territorial de compétence, comme le souligne le Protocole SIG.

Il convient ainsi de rappeler le contenu sémantique des principaux concepts communautaires de façon à lever à la source, tout malentendu d'interprétation et à clairement identifier la responsabilité des collectivités territoriales en matière notamment de définition de la mission et des obligations et de mandatement des opérateurs.

- **Activité économique** : toute activité exercée sur un marché donné (*quelle que soit sa finalité économique, sociale, caritative, d'intérêt public ou d'utilité sociale, son mode de financement, son caractère local ou sa dimension communautaire... Ainsi, une activité sociale peut être économique dès lors qu'elle est exercée sur un marché donné, y compris un marché local. Le caractère local du marché n'influence en aucune manière la définition de la nature économique d'une activité, ni son impact sur les échanges intracommunautaires*).
- **Entreprise** : toute entité exerçant une activité économique (*quelle que soit sa finalité, sa forme juridique, son statut, le caractère public ou privé de ses actionnaires, sa taille, son chiffre d'affaire, son caractère lucratif ou non, qu'elle soit multinationale ou associative, intervenant à l'échelle communautaire ou d'un quartier, au moyen de salariés ou de bénévoles. Une autorité locale, au même titre qu'un ménage, qu'une association sans but lucratif ou qu'une multinationale, est une entreprise en droit communautaire dès lors qu'elle exerce une activité économique, c'est-à-dire qu'elle exerce une activité sur un marché donné, qu'il soit communautaire, national, régional ou local*).
- **Services** : toute activité non salariée fournie en contrepartie d'une rémunération (*y compris quand cette rémunération s'opère en tiers payant et non directement à la charge du bénéficiaire, ou quand son niveau de prix est imposé par l'Etat. Un service fourni par une autorité locale ou une association en contrepartie d'une rémunération ou en tiers payant est un service en droit communautaire*).
- **Service d'intérêt général** : tout service soumis à des obligations particulières afin d'accomplir une mission d'intérêt général qui lui est impartie (*indépendamment du statut de l'entreprise qui en est chargée et de la nature du financement, définition très englobante qui inclue en partie notre définition*).

¹⁰ Voir la dernière communication sur les SIG y compris les SSIG de novembre 2007 qui ne consacre que 3 lignes à la nouvelle base juridique introduite par le Traité de Lisbonne visant à développer un droit dérivé spécifique à la mise en application de ce principe de sanctuarisation.

¹¹ A l'exemple de la généralisation de l'appel d'offre en matière de services sociaux alors que ces derniers sont explicitement exclus de l'obligation d'appel d'offre de la directive communautaire sur les marchés publics de services (annexe II B).

classique des services publics mais qui va bien au-delà car elle couvre potentiellement l'ensemble des besoins que l'autorité publique juge nécessaire de satisfaire et pour lesquels elle se doit de garantir une satisfaction effective dans des conditions économiquement acceptables).

- **Organisme de droit public** : toute entité sur laquelle l'Etat exerce un pouvoir de contrôle de sa gestion (qu'elle soit publique ou privée).
- **Etat** : toute autorité publique de l'Etat-membre quel que soit son niveau territorial (*Etat central ou fédéral, régions, provinces, départements, villes, districts, y compris leurs regroupements ou toute autre entité autorisée à produire des actes de puissance publique par délégation de l'autorité publique à l'exemple des autorités de régulation*).

Ces définitions sont structurantes en droit communautaire. Elles ont en commun leur caractère très englobant et éminemment conceptuel nécessaire à la prise en considération de la diversité des situations dans l'ensemble des Etats-membres.

Elles sont à l'origine du déclenchement de l'application des **trois branches du droit communautaire totalement autonomes** et qui reposent elles-mêmes sur des définitions spécifiques, à savoir :

1. le droit de la concurrence qui a pour objectif de garantir une concurrence non faussée au sein du marché intérieur entre les entreprises,
2. le droit du marché intérieur qui repose notamment sur les libertés fondamentales d'établissement et de prestation de services au sein du marché intérieur,
3. et le droit des marchés publics qui vise à mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement des prestataires de services face à la commande publique.

En effet,

- Le droit de la concurrence s'applique aux **entreprises** car elles exercent une activité économique sur un marché donné et par conséquent aux collectivités locales et aux associations qui exercent de telles activités qui ne relèvent pas de fonctions exclusivement sociales ;
- Le droit du marché intérieur s'applique aux **services**, c'est-à-dire à toute activité non salariée fournie en contrepartie d'une rémunération et par conséquent aux services fournis par les autorités locales ou par des associations qui répondent à cette qualification;
- Le droit des marchés publics s'applique à tout pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire autorités publiques mais également **organismes de droit public**.

Enfin et surtout, il convient de préciser que le principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général sur notamment ces trois branches autonomes du droit communautaire s'applique aux **entreprises chargées de la gestion d'un SIEG** et non pas en soit aux services concernés.

Ainsi, bien que le Traité pose le principe de sanctuarisation du bon accomplissement de la mission d'intérêt général indépendamment de la nature de l'opérateur qui en assure la gestion et de son mode de financement, la mise en application concrète de ce principe passe exclusivement par **l'entreprise qui est chargée** par l'autorité publique organisatrice du service d'intérêt général, en l'exonérant de l'application des règles de concurrence opposables aux entreprises et de celles du marché intérieur opposables aux services fournis pour ces entreprises.

La question-clé du mandatement et de l'obligation de fournir le service en raison de son caractère de nécessité

C'est par conséquent via « l'entreprise chargée de » que s'opère la dérogation ou l'exception aux règles de concurrence et du marché intérieur et que s'active la clause de bon accomplissement de la mission particulière qui lui est impartie.

Ce mode opératoire de la sanctuarisation des missions d'intérêt général renvoie ainsi à la **question incontournable** du « mandatement » des entreprises, par déclinaison directe de l'expression du Traité de Rome de 1957 « **entreprises chargées de** ».

Cette **question du mandatement** est au cœur du débat relatif à l'adaptation du cadre communautaire existant aux SSIG compte tenu du rôle déterminant qu'y jouent les acteurs de l'économie sociale et solidaire, de l'internalisation de la mission d'intérêt général et de la nature tout à fait spécifique de leur lien avec l'autorité publique organisatrice.

D'autant que, conformément au caractère de nécessité du besoin à satisfaire, la Cour de Justice des Communautés européennes a clairement établi le caractère **obligatoire** de la fourniture du service découlant de cette notion « d'entreprise chargées de » et que conformément au principe de transparence, la Cour exige que cette notion se décline par l'existence d'« un acte de puissance publique », exigence récemment précisée par la Commission européenne par la notion « d'acte(s) officiel(s) de mandatement »¹².

Une **obligation à fournir le service** que l'on retrouve en effet dans l'exigence d'établissement d'un acte officiel de mandatement en matière de contrôle des aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG, ainsi qu'en terme de condition d'exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur. Cette exclusion imposée par le Parlement européen contre l'avis de la Commission européenne, s'applique en effet aux seuls services sociaux fournis par l'Etat, par des **prestataires mandatés par l'Etat** et par toute organisation caritative reconnue par l'Etat.

Le mandatement de l'entreprise par l'autorité publique organisatrice se trouve ainsi :

- au cœur du principe de sanctuarisation des missions d'intérêt général établi par le droit communautaire,
- en tant que mode opératoire unique et exclusif de déclenchement de la clause de bon accomplissement de la mission et en application des principes généraux du Traité de transparence, de nécessité et de proportionnalité,
- en tant que condition préalable à l'exemption de notification des aides d'Etat aux SIEG,
- et enfin en tant que condition explicite d'exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur.

De ses modalités concrètes de mise en œuvre au niveau local, dépendra la capacité des autorités publiques organisatrices de bénéficier ou non de la protection des missions d'intérêt général établie par le droit communautaire.

Selon la Cour de Justice des Communautés européennes, « *le caractère obligatoire du service et, partant, l'existence d'une mission SIEG sont établis si le prestataire est obligé de contracter, à des conditions constantes, sans pouvoir écarter l'autre partie contractante. Ce dernier élément permet de distinguer le service relevant d'une mission SIEG de tout autre service fourni sur le marché et, partant, de toute autre activité exercée complètement librement* ».

¹² Décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86.2 du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG, COM (2005) 267 ; JOUE L312 du 29 novembre 2005.

En effet, toujours selon la Cour de Justice, « l'État peut estimer que, pour des considérations générales de politique sociale et de santé, ledit service répond à un besoin réel d'une grande partie de la population et le rend dès lors accessible par une obligation de contracter imposée au fournisseur dudit service ».

Le caractère obligatoire du SIEG se traduit ainsi par le renoncement par « l'entreprise chargée de » de sa liberté contractuelle et l'acceptation d'une obligation de fournir le service à tout utilisateur qui en fait la demande, condition exorbitante d'une relation commerciale et contractuelle classique et qui permet de distinguer un SIEG d'un service « ordinaire » librement fourni sur un marché donné.

Ce caractère obligatoire du SIEG est par conséquent incontournable au même titre que sa formalisation par un acte officiel de mandatement. Une exigence légitime car fondée sur le caractère de nécessité des besoins à satisfaire en direction de citoyens mais qui nécessite de repenser la nature et les modes opératoires de la gouvernance des services sociaux dans les Etats-membres.

Le rôle central de l'autorité publique organisatrice dans la qualification explicite du caractère d'intérêt général du service social



Structuration binaire du droit communautaire et tiers secteur

Il découle de ces champs d'application du droit de la concurrence et du marché intérieur la distinction binaire entre :

- d'une part, les SIEG, auxquels s'appliquent les différentes branches autonomes du droit communautaire sous réserve du bon accomplissement de leurs missions d'intérêt général par les entreprises qui en sont chargées,
- d'autre part, les services non économiques d'intérêt général (SNEIG) ne relevant pas du champ d'application du droit de la concurrence et du marché intérieur mais auxquels s'appliquent les principes généraux du Traité.

Transposée aux services sociaux, cette distinction nous conduit par association à distinguer :

- les **services sociaux d'intérêt économique général (SSIEG)**, services sociaux accomplissant une mission d'intérêt général relevant d'une activité à caractère économique et offerts contre rémunération, y compris en tiers payant, quelle que soit la nature de l'entreprise qui en est chargée et son mode de financement. C'est le cas aujourd'hui pour l'essentiel des services sociaux.
- des **services sociaux non économiques d'intérêt général (SSNEIG)** ne relevant pas de l'application des règles de concurrence et du marché intérieur mais des seuls principes généraux du Traité, à l'exemple des régimes obligatoires de sécurité sociale et d'éducation primaire par exemple fondés sur la solidarité nationale (déconnexion entre la cotisation et le coût individuel de la prestation), ou des services d'accueil et d'hébergement d'urgence par exemple, de distribution gratuite de nourriture, pour lesquels il n'existe pas, à ce jour, de réel marché organisé.

Il convient également de préciser qu'en l'absence de mission spécifique, d'obligations particulières et de mandatement des entreprises qui en sont chargées, un service social peut ne pas être considéré comme un SIEG mais comme un service « classique, une activité économique « ordinaire ».

Si ce service social relève effectivement d'une activité économique, l'entreprise qui le fournit ne peut bien entendu pas prétendre bénéficier des dispositions dérogatoires du droit communautaire de protection du bon accomplissement de sa mission, tant en matière d'organisation spécifique de ce service social que de son financement par subventions publiques ou sur ressources publiques.

Les règles de concurrence et du marché intérieur s'y appliquent de plein droit tant en matière de liberté d'établissement, de liberté de prestation de service et d'interdiction des aides d'Etat accordées à ces services sociaux, dès lors soumises à obligation de notification préalable à la Commission européenne de façon à vérifier leur conformité aux dispositions du Traité.

Ainsi les acteurs de l'économie sociale et solidaire, quel que soit leur statut d'association, de mutuelle ou de coopérative, peuvent relever pleinement du droit de la concurrence et du marché intérieur dès lors qu'ils ne sont pas explicitement mandatés de la gestion d'un SIEG par une autorité publique. De même, les services sociaux qu'ils fournissent peuvent relever du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur en l'absence de leur mandatement par l'Etat ou par toute autorité publique compétente.

Ce caractère binaire du droit communautaire ne fait donc aucune place à l'économie sociale et solidaire, à ce tiers secteur entre marché et Etat. Soit le prestataire relève pleinement d'un fonctionnement de marché, soit il est chargé par l'Etat de la gestion d'un SIEG et peut bénéficier de l'activation de la protection de la mission SIEG des seules forces du marché. En l'état actuel, le droit communautaire ne prévoit pas de troisième voie dès lors que l'activité relève d'un caractère économique, la reconnaissance des missions des acteurs de l'économie sociale et solidaire passe donc nécessairement par l'acte de mandatement SIEG de l'autorité publique.

Les quatre éléments constitutifs d'un service d'intérêt général

De cette construction juridique communautaire, il convient de retenir le caractère structurant et **incontournable** des quatre éléments constitutifs d'un SIEG, à savoir :

1. le caractère de **nécessité** du besoin à satisfaire et d'encadrement des forces du marché quant aux conditions économiques de cette satisfaction ;
2. le caractère **particulier** de la mission impartie découlant du caractère de nécessité du besoin à satisfaire;
3. l'existence d'**obligations spécifiques** venant décliner la particularité de cette mission, c'est-à-dire une ou un ensemble d'exigences spécifiques à ces services, reposant notamment sur les principes communs d'universalité et de continuité inhérents au caractère de nécessité de la satisfaction du besoin à satisfaire. A titre d'exemple, c'est sur la base même de ces obligations que sera appréciée la conformité des aides publiques aux règles communautaires relatives aux aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG ;
4. la désignation par l'autorité publique organisatrice au moyen d'un acte officiel d'une ou des « **entreprises chargée(s) de** » l'accomplissement de cette mission particulière et auxquelles l'obligation de fournir le service en question s'impose conformément aux obligations qui les régissent.

Cette construction jurisprudentielle issue des SIEG classiques de réseau est aujourd'hui structurante pour les services sociaux car elle est d'application légale compte tenu du principe de primauté du droit communautaire sur le droit interne.

C'est sur cette base qu'il conviendra d'apprécier si elle est apte ou non à intégrer les caractéristiques propres aux services sociaux.

Les bases juridiques en droit communautaire

Enfin, il est important de préciser que les SIEG ne disposent à ce jour d'aucun encadrement juridique horizontal en droit dérivé et que l'essentiel des dispositions contraignantes relève directement des quelques dispositions des Traités et surtout de leur interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes.

Paradoxalement à leur dimension éminemment politique et sociétale, les SIEG relèvent ainsi principalement du développement de la jurisprudence par les juges de Luxembourg et non pas d'arbitrages de nature politique par le Conseil et le Parlement européens. Les projets de Traité constitutionnel et de Traité de Lisbonne rétablissent enfin cet équilibre entre le juge et le politique.

C'est la raison pour laquelle ce guide s'appuie essentiellement sur les différents arrêts de la Cour en matière de SIEG et plus spécifiquement sur un arrêt très récent de son tribunal de première instance (TPI) ayant pour la première fois appliqué à un service social, en l'occurrence un régime complémentaire de protection sociale, le cadre juridique des SIEG « classiques »¹³.

Il convient cependant de distinguer trois catégories de textes communautaires en matière de SIEG :

1. **les décisions et directives de la Commission européenne** adoptées sur base de l'article 86.3 du Traité¹⁴ en application des articles 86.1 et 86.2. A titre d'exemple, il s'agit de la décision communautaire d'exemption de notification des aides d'Etat sous forme de compensations de certains SIEG, de l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG ou encore de

¹³ Arrêt Bupa, T 283 03 du 12 février 2008

¹⁴ « La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

la directive sur la transparence des relations financières entre les autorités publiques et les entreprises chargées de la gestion de SIEG. Il s'agit de textes communautaires contraignants relevant de la compétence exclusive de la Commission européenne, qui s'appliquent à l'ensemble des SIEG et ainsi aux SSIEG sur un thème donné (financement, droits spéciaux, comptabilité analytique...) et qui visent à mettre en œuvre le principe de sanctuarisation et à décliner la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à l'exemple de l'arrêt Altmark sur les compensations de SIEG.

2. **les directives ou règlements communautaires du Parlement et du Conseil** de libéralisation et d'harmonisation de certains SIEG qui fixent les conditions de la libéralisation de ces SIEG et définissent le contenu du service universel propre à chaque SIEG (électricité, gaz, télécommunications, services postaux, transport...). Ces directives dites sectorielles reposent sur une base juridique marché intérieur visant à harmoniser les dispositions législatives des Etats-membres en la matière afin de permettre l'ouverture des marchés et la réalisation du marché intérieur.
3. **les communications**, communications interprétatives et autres « non-paper » ou « staff working documents » de la Commission européenne qui ont pour objectif d'explicitier le point de vue de la Commission notamment quant au champ et au droit applicable aux SIEG mais dont les dispositions ne sont pas juridiquement contraignantes et n'engagent que la Commission européenne, voire ne l'engagent pas en l'absence de leur validation par le Collège des Commissaires, ce qui est le cas des « non-paper » et « staff working documents ».

A l'exemple de la question de savoir si les subventions aux services sociaux relèvent ou non du contrôle des aides d'Etat, le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes est aujourd'hui encore déterminant en l'absence de droit dérivé horizontal, les décisions communautaires adoptées par la Commission européenne se limitant à gérer au mieux la mise en application parfois délicate des arbitrages rendus par les juges de Luxembourg, à l'exemple de l'arrêt Altmark sur les aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG.

Les enjeux d'une protection effective des services sociaux par le droit communautaire

La consolidation progressive de l'architecture SIG du Traité et l'introduction d'une base juridique nouvelle contribuent à changer fondamentalement la donne en confiant au Parlement européen et au Conseil le soin de fixer les principes et d'établir les conditions de bon accomplissement des missions d'intérêt général au moyen de règlements spécifiques.

Il convient de rappeler que la notion de service social d'intérêt général développée par la Commission européenne dans ses communications de mai 2003, mai 2004, avril 2006 et novembre 2007, n'engage que la Commission et qu'elle ne saurait en l'état constituer une catégorie juridique spécifique au sein des services d'intérêt général. Pour cela, il faudrait nécessairement passer par un acte en droit dérivé qui en établisse le champ d'application. Pour autant, elle établit clairement le caractère potentiel de SIG des services sociaux et prend acte de leurs spécificités propres, tant en matière de mission SIEG que de structuration des opérateurs.

L'arrêt BUPA, rendu par le tribunal de première instance de la Cour le 12 février 2008 en témoigne, le cadre juridique de référence retenu par la Cour en matière de service social, en l'occurrence le régime irlandais de protection sociale complémentaire, est bien celui des SIEG dits « classiques » dans lequel la Cour s'évertue à faire entrer certaines particularités du cas d'espèce et à lancer des pistes d'adaptation de ce cadre de façon à y intégrer les spécificités des services sociaux et de santé.

Un arrêt précurseur en quelque sorte dans sa démarche qui loin de clore le débat communautaire, ne peut que conduire à le relancer sur des bases nouvelles et dans un souci de faire concrètement de l'Europe, une source de protection effective et visible des services sociaux essentiels et réels dans la vie quotidienne des citoyens européens.

Le rejet du Traité de Lisbonne par les citoyens irlandais ne peut que renforcer l'intérêt de cette démarche positive de protection des services sociaux des seules forces du marché, démarche qui est à l'origine même de la constitution du collectif SSIG, et que la Présidence française de l'Union européenne se doit aujourd'hui d'impulser et de **rendre lisible pour les citoyens européens** avec le concours des autorités locales et des opérateurs de services sociaux.

Comment concrètement protéger les missions particulières des services sociaux des seules forces du marché ?

Les collectivités territoriales organisatrices des services sociaux ont un rôle clé à jouer dans la protection des missions particulières imparties à ces services essentiels et vitaux pour les citoyens dans leur territoire de vie.

Compte tenu du caractère de nécessité de la satisfaction de ces besoins sociaux qui s'expriment localement, les autorités publiques doivent veiller à ce que ces services fonctionnent dans des conditions notamment économiques et financières qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

Cette exigence est d'autant plus forte que le marché peut ne pas être performant, voire défaillant car en incapacité à mobiliser durablement les ressources nécessaires à la satisfaction des besoins, à des conditions permettant de satisfaire aux exigences d'un accès universel à ces services, de continuité de l'offre, de son haut niveau de qualité et de son accessibilité financière.

Conformément aux dispositions du droit communautaire relatives aux SIEG, qui s'appliquent aujourd'hui clairement à l'ensemble des services sociaux et de santé relevant d'une activité à caractère économique, il revient aux collectivités territoriales en tant qu'autorités publiques organisatrices de ces services dans les territoires de vie :

- de définir la « mission SIEG » et ses objectifs en référence au caractère de nécessité des besoins à satisfaire localement et à l'exigence de protection de cette mission des seules forces du marché ;
- de définir les « obligations SIEG » régissant ces services et garantissant la réalisation effective de cette mission et des objectifs définis, y compris des obligations de nature tarifaire, dans le respect du principe d'accès universel tel que développé pour les services sociaux par la jurisprudence récente de la Cour de justice ;
- de mandater de la mission SIEG au moyen d'un acte de puissance publique approprié l'ensemble des opérateurs, un groupe d'opérateurs ou un opérateur unique présent sur le territoire, et ainsi de le ou les charger de fournir ces services conformément aux obligations SIEG qui les régissent ;
- d'octroyer en tant que de besoin un droit exclusif, des droits spéciaux et des subventions permettant de couvrir les coûts de la fourniture des services sociaux et de garantir leur continuité financière (logiques de compensation et/ou de péréquation), dès lors que ces moyens sont nécessaires à la mise en œuvre de ces obligations SIEG et au respect des principes communs qui découlent du caractère de nécessité des besoins sociaux à satisfaire;
- d'attribuer cette mission SIEG conformément aux dispositions spécifiques en matière de services sociaux dérogoires à l'obligation d'appel d'offre telles que définies dans la directive communautaire relatives aux marchés publics de services¹⁵ quand le SIEG se réduit à une prestation fournie en contrepartie d'une rémunération fixe, aux dispositions relatives aux concessions de services quand l'opérateur y assume une part de risque d'exploitation dans la gestion du service social, ou de mandatement direct en cas d'octroi de droits spéciaux par agrément ou de droit exclusif si nécessaire.

¹⁵ dérogation à l'obligation d'appel d'offre pour les services sociaux (réf annexe) mais obligation de transparence et d'égalité de traitement par une publicité préalable à l'attribution de la mission SIEG, cf directive sur les marchés publics de services, réf, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Recommandations du collectif SSIG suite à l'arrêt Bupa

Les collectivités territoriales doivent s'approprier le cadre communautaire régissant la définition, l'organisation, l'exécution et le financement des SIEG, tout en l'adaptant aux spécificités des services sociaux.

Cette appropriation par les collectivités territoriales doit intégrer pleinement les marges de souplesse mises en avant par la Cour de Justice des Communautés européennes et en étendre l'esprit d'adaptation en matière notamment :

- de démarche interactive entre l'autorité organisatrice, les opérateurs et les utilisateurs dans la définition de la mission SIEG et la fixation des obligations SIEG qui en découlent, ainsi que dans leur révision régulière et leur adaptation à l'évolution de la nature qualitative ou quantitative des besoins sociaux à satisfaire localement ;
- de prise en considération de la nécessité d'une démarche intégrée en matière de satisfaction des besoins sociaux et d'inscription de cette démarche intégrée dans la définition de la mission SIEG et des obligations SIEG régissant les services sociaux ;
- de mandatement collectif d'un ensemble d'opérateurs composant un tissu nécessaire à la bonne couverture territoriale du service social à fournir tout en préservant, dans le respect des obligations SIEG, des marges d'initiative et d'innovation sociale quant aux modalités concrètes de satisfaction des besoins sociaux tels qu'ils s'expriment dans les territoires de vie ;
- en l'absence de risque d'exploitation assumé par les opérateurs, d'attribution de la mission SIEG conformément à la dérogation prévue par la directive marchés publics de services pour les services sociaux, a fortiori quand la procédure formelle de l'appel d'offre, de par sa lourdeur, ne respecte pas le principe de proportionnalité et conduit à altérer l'accomplissement des principes communs aux SIEG de continuité, de qualité, d'accessibilité et d'universalité du service, à remettre en cause l'approche intégrée de la mission SIEG ou ne permet pas de corriger l'asymétrie d'information entre l'opérateur et l'utilisateur. Après publicité préalable adéquate, cette attribution de la mission SIEG peut également s'opérer par mandatement direct au moyen de l'octroi de droits spéciaux sous la forme de « conventionnement SIEG » des opérateurs, notamment quand ces derniers ont été créés spécifiquement pour satisfaire ces besoins sociaux, disposent d'un réel ancrage territorial et sont nécessaires à garantir la pérennité financière du service.

Le collectif SSIG appelle les collectivités territoriales :

- à faire usage des dispositions du droit communautaire protectrices des missions SIEG telles qu'elles découlent de la jurisprudence récente de la Cour de Justice relative à un SIEG à caractère social¹⁶ et des dispositions du projet de traité constitutionnel reprises par le projet de traité de Lisbonne,
- à adapter leur mode de contractualisation au cadre SIEG existant et à faire pleinement usage des dérogations existantes pour les services sociaux notamment en matière de marchés publics de services (annexe II B).

Le collectif SSIG considère que ces dispositions, parce qu'elles permettent d'adapter le droit communautaire des SIEG aux spécificités des services sociaux et des besoins sociaux à satisfaire, et dès lors qu'elles sont nécessaires à l'accomplissement des obligations SIEG, doivent être mises en oeuvre par les collectivités locales au moyen d'un mandatement SIEG adapté aux spécificités des services sociaux.

Le collectif SSIG met ainsi au débat, dans le cadre des travaux de la Présidence française de l'UE, l'idée que cette formalisation d'un mandatement SIEG adapté aux services sociaux puisse faire l'objet d'une proposition concrète de la part du Conseil et si nécessaire, déboucher sur un règlement communautaire en codécision entre le Conseil et le Parlement européen conformément à l'esprit du Traité de Lisbonne en lien avec l'évaluation du paquet Monti-Kroes sur les aides d'Etat sous la forme de compensations de SIEG .

¹⁶ CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Glossaire

Services sociaux et de santé d'intérêt économique général

Services d'intérêt économique général assurant une mission particulière d'intérêt général à finalité sociale et/ou sanitaire définie par les autorités compétentes des Etats-membres;

Activité économique

Activité consistant à offrir des services sur un marché donné, par une entreprise ou par une organisation non lucrative ou caritative, indépendamment du statut juridique de cette dernière ou de son mode de financement ;

Autorité compétente

Toute autorité publique d'un Etat membre ayant compétence pour organiser la fourniture de services sociaux et de santé ou pour mandater des prestataires afin d'assurer l'accomplissement de la mission particulière d'intérêt général, ou tout organe investi d'un tel pouvoir par une autorité publique;

Prestataire de SSIEG (services sociaux et/ou de santé d'intérêt économique général)

toute entreprise ou groupement d'entreprises de droit public ou privé chargé par une autorité compétente de fournir des services sociaux et de santé d'intérêt économique général ;

tout organisme public, mixte ou privé sans but lucratif créé spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général de nature sociale et/ou sanitaire,

tout organisme privé sans but lucratif et/ou caritatif dont l'autorité compétente reconnaît qu'il assure de sa propre initiative une mission d'intérêt général à caractère social et/ou sanitaire ;

Prestataire interne

Prestataire sur lequel l'autorité compétente d'un Etat-membre exerce une influence dominante et un contrôle complet et comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et dont la compétence territoriale est circonscrite à celle de l'autorité compétente;

Prestataire externe

Prestataire sur lequel l'autorité compétente d'un Etat-membre n'exerce ni une influence dominante ni un contrôle complet et comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services;

Mission SIEG à finalité sociale et/ou sanitaire

Finalité propre à la fourniture de services sociaux et/ou de santé définie par une autorité compétente d'un Etat-membre visant à satisfaire un besoin social ;

Obligation SIEG

Exigence ou ensemble d'exigences définies par une autorité compétente d'un Etat-membre et déterminée dans le cadre d'un acte officiel avec un prestataire, garantissant l'accomplissement de la mission particulière d'intérêt général;

Régime d'autorisation comme moyen d'imposer une obligation SIEG

Procédure définie par l'autorité compétente d'un Etat-membre qui a pour effet d'obliger un prestataire à faire une démarche auprès de cette dernière en vue d'obtenir un acte formel de mandatement ou une décision implicite relative à l'exercice effectif d'une activité de service social et de santé d'intérêt économique général, et dont la finalité est de garantir le bon accomplissement de la mission particulière d'intérêt général et/ou de corriger l'asymétrie d'information entre le bénéficiaire du service et le prestataire;

Droit exclusif

Droit accordé par une autorité compétente d'un Etat-membre à un prestataire de services sociaux et de santé d'intérêt économique général lui réservant la possibilité de fournir des services sociaux et de santé dans une zone donnée, à l'exclusion d'autres prestataires potentiels;

Droits spéciaux

Droits accordés par une autorité compétence d'un Etat-membre à plusieurs prestataires de services sociaux et de santé d'intérêt économique général leur réservant la possibilité de fournir des services sociaux et de santé dans une zone donnée par l'établissement d'un régime d'autorisation comme moyen d'imposer une obligation de service public afin de garantir l'accomplissement de la mission particulière;

Mandatement direct

Mandatement par une autorité compétente d'un Etat-membre d'une mission particulière d'intérêt général à un prestataire donné en l'absence de toute procédure formelle de mise en concurrence préalable par appel d'offre relative aux dispositions applicables aux marchés publics;

Acte officiel de mandatement

Un ou plusieurs actes juridiquement contraignants manifestant l'accord entre une autorité compétente d'un Etat-membre et un ou plusieurs prestataires en vue de confier à ce ou ces derniers la fourniture de services sociaux et de santé d'intérêt économique général, de lui ou leur reconnaître un droit d'initiative en la matière ou de reconnaître officiellement que ce ou ces derniers assurent effectivement la mission particulière d'intérêt général. Ces actes peuvent également consister en :

- une décision arrêtée par les autorités compétentes des Etats-membres avec le consentement préalable du ou des prestataires, qui peut prendre la forme d'un acte législatif, réglementaire, contractuel ou conventionnel, ou ;
- une décision arrêtée par les autorités compétentes des Etats-membres visant à reconnaître que des organismes créés spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général et/ou des organismes privé sans but lucratif reconnus comme tel assurent effectivement la mission particulière d'intérêt général ;
- les conditions attachées à une décision, arrêtée par une autorité compétente des Etats-membres, visant à fournir elle-même les services ou à confier la fourniture de ces services à un prestataire interne;

Compensation

Toute compensation, notamment financière, octroyée à un prestataire directement ou indirectement par une autorité compétente d'un Etat-membre au moyen de ressources publiques pendant la période de mise en œuvre de l'obligation de service public, afin de couvrir toute ou partie des charges y afférentes;

Evaluation

Analyse des conditions de mise en oeuvre effective de la mission particulière d'intérêt général au regard de son bon accomplissement et de sa capacité à satisfaire les besoins sociaux et/ou sanitaires d'intérêt général.

Typologie des services relevant ou pouvant relever de SIG		
Existence et fonctionnement de l'Etat • fonctions régaliennes	Services régaliens (ménages + entreprises) • Administration • Police • Etat-civil • Défense • Contrôle aérien et maritime	• Non économiques • Ne relèvent pas du Traité
Fonctionnement de la société • Energie, transport	Services de réseau (ménages + entreprises) • Electricité • Gaz • Télécommunications • Services postaux • Transports	• Régis par le droit UE sectoriel • Directives sectorielles de libéralisation • Définition d'obligations de service universel au niveau de l'UE
Fonctionnement et gestion des villes	Services locaux (ménages + entreprises) • Transports urbains • Eau (distribution, assainissement) • Déchets (collecte, traitement)	• Partiellement régis par le droit UE
Dignité et intégrité humaines • Droits fondamentaux • Besoins vitaux • Protection sociale	Services sociaux (ménages) • Régimes de protection sociale • Santé • Logement • Emploi • Formation • Insertion • Action sanitaire et sociale • Pompes funèbres...	• Non régis par le droit UE sectoriel • Application du Traité si activité économique •

Mode d'emploi de la protection des services sociaux par les autorités publiques

Check-list d'eurocompatibilité de la qualification de SIEG

FONDEMENTS DU SIEG > fonder l'existence d'une mission SIEG et sa protection des forces du marché

- Nécessité de satisfaire le besoin social > justification (droits fondamentaux, protection sociale, cohésion sociale et territoriale, solidarité...cf communication SSIG et communication sur l'inclusion active)
- Conditions économiques nécessaires à la satisfaction et à la protection de la mission > offre insuffisante, insuffisante rentabilité ne permettant pas une affectation spontanée de ressources par le marché, couverture territoriale partielle, prix excessif, faible qualité, discrimination dans l'accès, ségrégation spatiale, discontinuité territoriale de l'offre, sélection des risques, exclusion de groupes d'utilisateurs vulnérables...

QUALIFICATION EXPLICITE DE SIEG

- Loi, décret, délégation de compétence, délibération de Conseils régional, général, municipal...

RESPECT DES PRINCIPES GENERAUX DU TRAITE

- Transparence > acte officiel de mandatement SIEG
- Proportionnalité > mesure limitée à ce qui est nécessaire pour satisfaire le besoin social
- Egalité de traitement > publicité préalable, impartialité de la procédure de mandatement, recours
- Nécessité > mesure nécessaire à la satisfaction du besoin social
- Non discrimination > selon la nationalité de l'entreprise mandatée

RESPECT DES PRINCIPES COMMUNS AUX SIEG

- Accès universel > objectif d'accessibilité du service sur l'ensemble du territoire
- Continuité > permanence du service
- Qualité > exigence de qualité, suivi, évaluation
- Accessibilité tarifaire > accessible financière pour les utilisateurs
- Protection des utilisateurs > correction de l'asymétrie d'information, voies de recours

DEFINITION D'UNE MISSION PARTICULIERE

- Mission spécifique en lien avec la satisfaction du besoin social à satisfaire dans des conditions particulières, exorbitantes du droit commun

DEFINITION D'OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC

- Obligations spécifiques découlant de la mission particulière (prix, accès, contenu, adaptabilité, programmation territoriale, durée)

ACTE DE MANDATEMENT DES ENTREPRISES CHARGEES DE LA GESTION DU SIEG

- Loi, décret, délibération, contrat officiel, contrat de marché public, de concession, contrat de performance, convention, acte officiel d'octroi de droit exclusif ou spéciaux...

MANDATEMENT OUVERT PAR PUBLICITE PREALABLE ADEQUATE ET PROCEDURE IMPARTIALE

- marché public de services (sans obligation d'appel d'offre) > si rémunération fixe d'une simple prestation de SIEG, donc pas de rémunération par la vente du SIEG aux utilisateurs.
- concession de services > gestion du SIEG et du risque d'exploitation, rémunération notamment par la facturation totale ou partielle du SIEG aux utilisateurs ou en tiers payant

MANDATEMENT DIRECT PAR OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS OU SPECIAUX

- octroi d'un droit exclusif > publicité préalable adéquate, nécessité, proportionnalité
- octroi de droits spéciaux > publicité préalable adéquate, nécessité, proportionnalité
 - agrément
 - autorisation
 - licence...

OCTROI DE SUBVENTIONS OU TOUT AUTRE AVANTAGE SUR RESSOURCES PUBLIQUES

- ne relèvent pas du contrôle des aides d'Etat > 4 critères jurisprudentiels à satisfaire**
 - Entreprise effectivement chargée de la gestion du SIEG, obligations clairement définies
 - Paramètres de calcul de la compensation préalablement établis de façon objective et transparente
 - Juste compensation du coût de la fourniture du SIEG
 - Octroyés par procédure de marché public ou sur base d'un référentiel de coûts d'une entreprise moyenne bien gérée

Sinon,

- relèvent du contrôle des aides d'Etat mais exemptés de notification à la Commission européenne**
 - Acte officiel de mandatement
 - Nature et durée des obligations de service public
 - Entreprises et territoires concernés
 - Droits exclusif ou spéciaux éventuellement octroyés
 - Paramètre de calcul, de contrôle et de révision de la compensation
 - Modalité de remboursement et moyens d'éviter les surcompensations éventuelles
 - Contrôle régulier de la juste compensation
 - Entreprises dont le chiffre d'affaire est inférieur à 100 millions d'euros et/ou la compensation est inférieure à 30 millions d'euros / an
 - Hôpitaux et entreprises de logement social hors seuil de chiffre d'affaire et de compensation

Ou...

- relèvent du contrôle des aides d'Etat et de l'obligation de notification préalable à la Commission européenne**
 - les entreprises mandatées dont le chiffre d'affaire et/ou la compensation sont supérieurs aux seuils (hors hôpitaux et entreprises de logement social)
 - en l'absence d'acte officiel de mandatement
 - en l'absence de contrôle régulier de la juste compensation

25 fiches pratiques pour une protection effective

Liste des fiches pratiques

La notion classique de service d'intérêt général en droit communautaire	p.28
Fiche n°1 : Qu'est-ce qu'un SIG ?	p.29
Fiche n°2 : Qui fait quoi en matière de SIG ?	p.30
Fiche n°3 : Quels sont les principes généraux applicables aux SIG ?	p.31
Fiche n°4 : Quelles conditions d'application du droit communautaire ?	p.33
Fiche n°5 : Qu'apporte le nouveau Traité de Lisbonne ?	p.34
La notion de service social d'intérêt général	p.35
Fiche n°6 : Que recouvre potentiellement la notion de SSIG ?	p.36
Fiche n°7 : Quelles sont les particularités reconnues aux SSIG ?	p.37
Fiche n°8 : Le droit communautaire s'applique-t-il aux SSIG ?	p.38
Fiche n°9 : Comment y appliquer les principes généraux du Traité ?	p.39
Fiche n°10 : Quelle est la position des Institutions européennes ?	p.40
La définition de la mission SIEG et des obligations SIEG	p.41
Fiche n°11 : Qui définit la mission SIEG ?	p.42
Fiche n°12 : Comment se déclinent les obligations SIEG ?	p.43
Fiche n°13 : Quid du droit d'initiative des prestataires ?	p.44
Fiche n°14 : Quelle adaptabilité des obligations SIEG aux besoins sociaux ?	p.45
L'attribution d'une mission SIEG à un prestataire.....	p.46
Fiche n°15 : Pourquoi faut-il attribuer une mission SIEG à un prestataire ?	p.47
Fiche n°16 : Quelles sont les modalités de cette attribution ?	p.48
Fiche n°17 : Quel est le droit applicable aux modalités d'attribution ?	p.49
Fiche n°18 : L'attribution par marché public est-elle obligatoire ?	p.50
Le financement des missions SIEG	p.51
Fiche n°19 : Le droit communautaire des aides d'Etat s'applique-t-il aux SIEG ?	p.52
Fiche n°20 : Quels sont les critères jurisprudentiels applicables ?	p.53
Fiche n°21 : Comment bénéficier de la décision d'exemption de notification ?	p.54
L'exigence de mandatement des prestataires de SIEG.....	p.55
Fiche n°22 : Quels sont les fondements de l'exigence de mandatement ?	p.56
Fiche n°23 : Quelles sont les modalités de cet acte de mandatement ?	p.57
Fiche n°24 : Cette exigence est-elle conciliable avec l'organisation des SSIEG ?	p.58
Fiche n°25 : Comment mandater les acteurs de l'économie sociale ?	p.59

La notion classique de Service d'Intérêt Général en droit communautaire

Fiche n°1 : Qu'est-ce qu'un SIG ?	p.29
Fiche n°2 : Qui fait quoi en matière de SIG ?	p.30
Fiche n°3 : Quels sont les principes généraux applicables aux SIG ?	p.31
Fiche n°4 : Quelles conditions d'application du droit communautaire ?	p.33
Fiche n°5 : Qu'apporte le Traité de Lisbonne ?	p.34

Qu'est-ce qu'un service d'intérêt général (SIG) ?

L'essentiel

- Il n'existe pas de définition précise et complète des SIG en droit communautaire.
- Les SIG sont en général définis en opposition aux « services ordinaires » fournis spontanément par le marché.
- Les SIG sont définis en référence à un caractère de nécessité, à une mission particulière et à une obligation de contracter.
- Les SIG sont définis en référence à des principes spécifiques découlant de leur caractère de nécessité.

Caractéristiques jurisprudentielles d'un SIG en l'absence de définition légale ?

- CJCE : « Les SIG sont différents des services ordinaires dans la mesure où les pouvoirs publics considèrent que leur fourniture est une nécessité, même quand le marché n'est pas suffisamment favorable à la prestation de ces services. (...) En d'autres termes, le caractère obligatoire du service et, partant, l'existence d'une mission SIEG sont établis si le prestataire est obligé de contracter, à des conditions constantes, sans pouvoir écarter l'autre partie contractante. Ce dernier élément permet de distinguer le service relevant d'une mission SIEG de tout autre service fourni sur le marché et, partant, de toute autre activité exercée complètement librement.
- CJCE : « Si les pouvoirs publics estiment que certains services sont d'intérêt général et que les mécanismes du marché pourraient ne pas être à même d'assurer une fourniture satisfaisante de ces services, ils peuvent établir un certain nombre de prestations de services spécifiques destinées à répondre à ces besoins sous forme d'obligations de services d'intérêt général. »
- CJCE : « Il est loisible aux autorités nationales de considérer que certains services sont d'intérêt général et doivent être assurés au moyen d'obligations SIEG lorsque les forces du marché ne sont pas suffisantes pour garantir leur prestation. »

Que retenir de ces interprétations du Traité par la CJCE ?

- Le caractère de nécessité propre aux SIG en réponse à des besoins à satisfaire.
- Leur justification par la défaillance des forces du marché dans la satisfaction de ces besoins.
- Leur expression au moyen d'obligations de service d'intérêt général desquelles découlent leurs spécificités.
- Le rôle premier des autorités publiques dans la définition des services concernés et des obligations SIEG.

Comment distinguer une obligation SIEG d'une obligation réglementaire « normale » ?

- CJCE : « Il convient de distinguer des obligations réglementaires « normales », sans que cela implique l'attribution d'une mission particulière définie par un acte de puissance publique, des obligations d'accomplissement d'une mission d'intérêt général relevant d'un tel acte de puissance publique et de prestation d'un service qui revêt un intérêt général ou public...
- CJCE : « En effet, le seul fait que le législateur national impose, dans l'intérêt général au sens large, certaines règles d'autorisation, de fonctionnement ou de contrôle à l'ensemble des opérateurs d'un secteur n'est, en principe, pas constitutif d'une mission SIEG ».
- CJCE : « Une distinction devrait être opérée entre l'établissement d'obligations SIEG, d'une part, et le contrôle et la réglementation des activités des entreprises, d'autre part. »

Conclusions : conditions de qualification des services sociaux de SIG ?

- Ils doivent relever d'un caractère de nécessité, en référence à des besoins sociaux à satisfaire et de la défaillance « des seules forces du marché » à les satisfaire.
- Ils doivent être caractérisés par des obligations spécifiques distinctes d'obligations réglementaires « normales ».
- Ils doivent faire l'objet d'une attribution d'une mission particulière définie par un acte de puissance publique.
- Il revient à l'autorité publique organisatrice de définir le caractère de SIG des services sociaux, la nature des obligations spécifiques et d'attribuer la mission particulière par un acte de puissance publique.

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Qui fait quoi en matière de SIG ?

L'essentiel

- Les autorités publiques des Etats-membres définissent, fournissent, font exécuter et financent les SIG.
- La Commission européenne, sous le contrôle de la Cour de Justice, exerce un contrôle de l'erreur manifeste dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation de l'autorité publique en matière de qualification de SIEG et de bon accomplissement de sa mission particulière.
- La Commission européenne, en qualité de gardienne des Traités, vérifie également la bonne application de l'ensemble de ses dispositions dans la mise en oeuvre du SIEG par l'autorité publique de l'Etat-membre.
- Le Parlement et le Conseil peuvent décider d'harmoniser certains SIEG, de définir des obligations de service universel applicables dans l'ensemble des Etats-membres et de définir des SIEG à l'échelle de la Communauté.

Que signifie le principe de libre définition des SIEG par les Etats-membres ?

- CJCE : « La liberté de définition des SIEG des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant de [tels] services [...] sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste ».
- CJCE : « La définition des SIEG relève, à titre principal, de la compétence et du pouvoir discrétionnaire des États membres, (...) le contrôle, que les institutions communautaires sont habilitées à exercer (...), est limité à celui de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation (...).
- CJCE : « La responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un SIG et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local. »
- CJCE : « Cette prérogative de l'État membre concernant la définition des SIEG est confirmée par l'absence tant de compétence spécialement attribuée à la Communauté que de définition précise et complète de la notion de SIEG en droit communautaire.

Quel est le rôle de la Commission européenne en matière de SIEG ?

- CJCE : « Le rôle de la Commission est de garantir que les moyens employés soient compatibles avec la législation communautaire ».
- CJCE : « La notion d'obligation SIEG et son application ne sont soumises qu'à un contrôle de l'erreur manifeste de la Commission européenne (...), la définition de la portée de cette notion relève essentiellement du pouvoir discrétionnaire des États membres ».

Comment s'articulent cette liberté de définition et ce contrôle par la Commission ?

- CJCE : « La compréhension restrictive du caractère universel d'un SIEG, fondée sur certains rapports ou documents de la Commission, dont le contenu n'est, en outre, pas juridiquement contraignant, n'est pas compatible avec la portée du pouvoir discrétionnaire dont disposent les États membres quant à la définition d'une mission SIEG.

Quel est le champ du test de nécessité que peut engager la Commission ?

- CJCE : « La Commission n'est pas habilitée à vérifier, sur la base des données disponibles, si, d'une part, le marché est susceptible d'évoluer effectivement d'une certaine façon et si, d'autre part, l'application des instruments de régulation prévus par le système notifié deviendra de ce fait, à un moment précis, indispensable pour garantir l'accomplissement de la mission SIEG en cause ».
- CJCE : « Le contrôle de nécessité n'exige pas que la Commission gagne la conviction que l'État membre ne peut renoncer, au regard des conditions actuelles ou futures du marché, aux mesures notifiées, mais est limité à la recherche d'une erreur manifeste dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation de l'État membre quant à la manière d'assurer que la mission SIEG puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quels principes généraux applicables aux SIG ?

L'essentiel

- Les principes généraux du Traité s'appliquent à l'ensemble des SIG, à savoir les principes :
 - de proportionnalité,
 - d'égalité de traitement,
 - de non discrimination selon la nationalité,
 - de transparence,
 - de nécessité.
- Les SIEG, en tant que services répondant à une nécessité de satisfaire à des besoins du grand public non couverts de façon satisfaisante par les seules forces du marché, doivent réunir les exigences communes suivantes :
 - Accès universel,
 - Continuité du service,
 - Qualité du service,
 - Accessibilité tarifaire du service,
 - Protection des utilisateurs du service.

Comment ses exigences spécifiques sont-elles formulées ?

- Traité de Lisbonne, Protocole SIG : Article premier : « Les valeurs communes de l'Union concernant les SIEG au sens de l'article 16 du traité CE comprennent notamment (...) un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ».
- CJCE citant la Commission européenne : « Les SIG sont des services ayant des caractéristiques particulières, qui répondent aux besoins du grand public (rapport de la Commission relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat liées aux SIEG, section 2), qui ne bénéficient pas à des catégories spécifiques d'utilisateurs (non-documents de la Commission sur les SIEG et l'aide d'Etat, du 12 novembre 2002, p. 21) et qui, dès lors, réunissent les éléments communs suivants : service universel, continuité, qualité du service, accessibilité tarifaire, protection de l'utilisateur et du consommateur (livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, du 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, point 49) ».

Comment traduire concrètement l'exigence de promotion de l'accès universel ?

- CJCE : « Il ne découle pas du droit communautaire que, pour pouvoir être qualifié de SIEG, le service en cause doive constituer un service universel au sens strict. En effet, la notion de service universel, au sens du droit communautaire, n'implique pas que le service en cause doive répondre à un besoin commun à l'ensemble de la population ou être fourni sur l'intégralité d'un territoire.
- CJCE : « Bien que ces caractéristiques correspondent au type de SIEG classique et le plus répandu dans les États membres, cela n'exclut pas l'existence d'autres types de SIEG également licites que les États membres peuvent valablement choisir de créer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.
- CJCE : « Le critère de l'universalité ne requiert pas que l'intégralité de la population y recoure ou puisse y recourir dans la pratique ».
- CJCE : « Le critère de l'universalité n'exige pas que le service en cause soit gratuit ou qu'il soit offert sans avoir égard à la rentabilité économique. En effet, le fait que certains usagers potentiels ne disposent pas des moyens financiers requis (...), n'infirme pas son caractère universel dès lors que le service en cause est offert à des tarifs uniformes et non discriminatoires et à des conditions de qualité similaires pour tous les clients.
- CJCE : « Dès lors, le fait que les obligations SIEG en cause n'ont qu'un champ d'application territorial ou matériel restreint ou que les services concernés ne bénéficient qu'à un groupe relativement restreint d'utilisateurs ne remet pas nécessairement en cause le caractère universel d'une mission SIEG au sens du droit communautaire.

Que signifie la notion de proportionnalité en matière de SIG ?

- CJCE : « La proportionnalité, qui découle de l'article 86.2, implique que les moyens utilisés pour remplir la mission d'intérêt général ne créent pas d'inutiles distorsions commerciales. Plus particulièrement, il convient de garantir que toutes les restrictions imposées aux règles du traité CE, et notamment les restrictions de la concurrence et des libertés liées au marché intérieur, n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour garantir la bonne exécution de la mission.
- CJCE : « La prestation du service d'intérêt économique général doit être assurée et les entreprises à qui la mission a été impartie doivent être en mesure de supporter la charge spécifique et les coûts nets supplémentaires qu'engendre cette mission. La Commission exerce ce

contrôle de la proportionnalité, sous le contrôle juridictionnel de la Cour [...], de façon raisonnable et réaliste, comme illustré par son recours aux pouvoirs de décision qui lui sont conférés par l'article 86.3".

Comment se traduit l'exigence de transparence ?

- CJCE : « L'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ».
- CJCE : « Pour que l'exception prévue à l'article 86.2 soit applicable, la mission de service public doit être clairement définie et confiée explicitement par un acte de la puissance publique. Cette obligation est nécessaire pour garantir une sécurité juridique ainsi qu'une transparence vis-à-vis des citoyens, et elle est indispensable pour que la Commission puisse vérifier si le critère de la proportionnalité est respecté ».

A qui incombe la charge de la preuve quant au respect de ces principes ?

- CJCE : « À cet égard, il y a lieu de relever que même si l'État membre dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de ce qu'il considère comme un SIEG, cela ne le dispense pas, lorsqu'il invoque l'existence et la nécessité de la protection d'une mission SIEG, de veiller à ce que cette dernière satisfasse certains critères minimaux communs à toute mission SIEG au sens du traité CE, tels que précisés par la jurisprudence, et de démontrer que ces critères sont bien satisfaits dans le cas d'espèce ».
- CJCE : « Il s'agit, notamment, de la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause d'une mission SIEG ainsi que du caractère universel et obligatoire de cette mission ».
- CJCE : « Inversement, l'absence de preuve par l'État membre de ce que ces critères sont satisfaits ou leur non-respect par celui-ci est susceptible de constituer une erreur manifeste d'appréciation que la Commission est tenue de sanctionner, sous peine de commettre elle-même une erreur manifeste ».
- CJCE : « En outre, il ressort de la jurisprudence relative à l'article 86.2 que l'État membre doit indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques ».
- CJCE : « En effet, sans une telle motivation, un contrôle, même marginal, de la part des institutions communautaires, au titre tant de la première condition énoncée dans l'arrêt Altmark que de l'article 86.2 portant sur l'existence d'une erreur manifeste commise par l'État membre dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, ne serait pas possible ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Protocole SIG du Traité de Lisbonne, Traité consolidé, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quelles conditions d'application du droit communautaire ?

L'essentiel

- Le droit communautaire ne s'applique qu'aux SIEG, c'est-à-dire aux services d'intérêt général relevant d'une activité économique développée sur un marché donné et en contrepartie d'une rémunération, y compris en cas de tiers payant.
- Le droit communautaire ne s'applique pas aux SNEIG, c'est-à-dire aux services d'intérêt général ne relevant pas d'une activité économique en l'absence de marché donné et ne faisant pas l'objet d'une contrepartie en terme de rémunération.
- Il revient à la CJCE de qualifier les SIG de SIEG ou de SNEIG en cas de divergence d'appréciation entre la Commission européenne et l'Etat-membre.

Quels sont les services relevant clairement des SNEIG ?

- Les régimes obligatoires de protection sociale
- Les régimes obligatoires d'éducation primaire
- Les services relevant de l'exercice du pouvoir régaliens (police, justice, état-civil, défense, administration, surveillance maritime...)
- Les systèmes publics obligatoires de santé ou de placement de chômeurs

Quels sont les services relevant clairement des SIEG ?

- Les services régis par des directives sectorielles de libéralisation tels que les SIEG de télécommunications, de transport, d'électricité, de gaz, les services postaux, l'audiovisuel...
- Les services relevant des SIEG locaux tels que la distribution de l'eau, l'assainissement, le ramassage et traitement des déchets, le lamanage des ports, ...
- Les services sociaux tels que le logement social, les soins de santé et les hôpitaux, les régimes complémentaires de protection sociales, les services à la personne, le placement de chômeurs, la formation professionnelle, l'insertion sociale, l'accessibilité bancaire...

Cette distinction est-elle figée ?

- Non, elle est dynamique. S'il est inédit de voir une activité économique basculer dans le champ du non-économique, ce qui reviendrait à exclure cette activité du fonctionnement d'un marché donné, le passage d'une activité non économique dans le champ des activités économiques est quant à elle plus fréquente.
- Le développement de l'externalisation de certaines activités jusqu'à présent fournies en interne par les autorités publiques ou le passage systématique sous appel d'offre d'activités externalisées conduisent également à faire basculer certaines activités du caractère non économique à celui d'économique, en contribuant à y structurer une offre organisée et ainsi un marché donné. C'est la raison principale du basculement de nombreux services sociaux dans le champ des activités à caractère économique.
- Par ailleurs, une même activité, en l'occurrence les soins de santé, peut être considérée comme un SIEG en France et comme un SNEIG au Royaume-Uni car y relevant d'un système hors marché de service public de santé (National Health Service).
- Enfin une activité qualifiée de SIEG par un Etat-membre peut être déqualifiée par le même Etat-membre et réintroduite dans un fonctionnement normal de marché à l'exemple de la collecte de fonds pour le logement social au moyen du Livret A dont la France a renoncé à maintenir sa qualification de SIEG suite à une décision communautaire de libéralisation de la gestion de ce service de collecte d'épargne assuré par droits spéciaux.

Qu'apporte le nouveau Traité de Lisbonne ?

L'essentiel

- Une base juridique en codécision Parlement européen – Conseil permettant de consolider par voie de règlements le principe de sanctuarisation des SIEG par l'exigence de bon accomplissement de leur mission, notamment en matière économique et financière.
- Une clarification de la gouvernance des SIG dans l'UE déclinant au moyen d'un nouveau Protocole sur les SIG la notion de valeur commune pour l'UE.
- L'intégration des SNEIG dans le Traité, confirmation de la non application du droit communautaire.
- L'inscription explicite dans le Traité des principes communs aux SIEG, notamment d'accès universel et de qualité.

Quelle est la portée de la nouvelle base juridique pour les SIEG ?

- Jusqu'à présent, le Traité ne disposait pas de base juridique pour légiférer en codécision entre le Parlement européen et le Conseil sur les SIEG en dehors d'une base juridique visant à harmoniser les législations nationales dans le cadre du marché intérieur.
- La nouvelle base juridique s'inscrit dans une disposition horizontale du Traité qui vise à « veiller à ce que les SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».
- Le Parlement européen et le Conseil sont invités à établir par voie de règlements ces principes et à fixer ces conditions.
- L'article rappelle par ailleurs la compétence qu'ont les Etats-membres de fournir, de faire exécuter et de financer les SIEG dans le respect des traités.

Qu'apporte le nouveau protocole SIG ?

- Il établit par la première fois des dispositions interprétatives relatives à l'ensemble des SIG tout en soulignant leur importance et en déclinant la notion de valeurs communes de l'Union concernant les SIEG.
- Il rappelle le rôle essentiel et discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des SIEG afin de répondre aux besoins des utilisateurs.
- Il établit de façon explicite la diversité des SIEG et les disparités au niveau des besoins et préférences des utilisateurs, en lien avec les situations géographiques, sociales ou culturelles différentes.
- Il explicite les principes communs aux SIEG en termes de niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, d'égalité de traitement et de promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.
- Il précise enfin que le traité ne porte en aucune manière atteinte à la compétence des Etats-membres en matière de SNEIG

Comment interpréter ce nouveau protocole ?

- Il a été proposé par le Premier Ministre néerlandais en réaction à la divergence d'appréciation de l'erreur manifeste du SIEG de logement social qui l'oppose depuis 2005 à la Commission européenne quant à l'application du principe de service universel en matière de logement social, qui aux Pays-bas, répond aux besoins en logement d'un citoyen sur trois conformément à sa mission de mixité social et urbaine.
- Il affirme explicitement le rôle essentiel et discrétionnaire des trois niveaux d'autorités publiques, et notamment des autorités régionales et locales en matière de SIEG face à la montée en puissance des contentieux portant sur les SIEG locaux et sociaux.
- Il crée un lien explicite entre les SIEG, leur diversité et les besoins et préférences des utilisateurs en référence à des données locales face à la tentation de la Commission européenne de fonder son appréciation de l'erreur manifeste du SIEG sur base de situations existantes dans d'autres Etats-membres, en l'occurrence le SIEG de logement social en Irlande, et non pas en fonction des besoins et préférences des utilisateurs hollandais en matière de logement et de mixité sociale et urbaine.

En savoir plus

- Traité de Lisbonne, Traité consolidé, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Analyse des implications du traité de Lisbonne sur les SIG et propositions de mise en oeuvre, CES du Luxembourg, Mars 2008, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

La notion de Service Social d'Intérêt Général

Fiche n°6 : Que recouvre potentiellement la notion de SSIG ?.....	p.36
Fiche n°7 : Quelles sont les particularités reconnues aux SSIG ?.....	p.37
Fiche n°8 : Le droit communautaire s'applique-t-il aux SSIG ?.....	p.38
Fiche n°9 : Comment y appliquer les principes généraux du Traité ?.....	p.39
Fiche n°10 : Quelle est la position des Institutions européennes ?.....	p.41

Que recouvre potentiellement la notion de SSIG ?

(selon la Commission européenne*)

L'essentiel

- Services à la personne répondant aux besoins vitaux de l'homme, en particulier aux usagers en situation vulnérable
- Services ancrés dans la protection des droits fondamentaux et de la dignité humaine, fondés sur la solidarité
- Services relevant des systèmes de protection sociale et contribuant à la cohésion sociale, à l'insertion
- Services nécessitant la qualification explicite de SIEG par les autorités publiques des Etats-membres.

Quels sont concrètement les services potentiellement concernés ?

- Les services de santé.
- Les régimes légaux et complémentaire de protection sociale couvrant les risques fondamentaux de la vie (santé, vieillesse, accidents du travail, chômage, retraite, handicap).
- Les autres services à la personne :
 - Aides aux personnes (endettement, chômage, toxicomanie, rupture familiale...)
 - Insertion des personnes (réhabilitation, formation linguistique, formation professionnelle, réinsertion...)
 - Insertion des personnes à long terme (handicap, santé...)
 - Logement social.

Quel est l'intérêt de la Communauté au développement des services sociaux ?

- Contribution aux objectifs de l'UE : haut niveau d'emploi et de protection sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, égalité homme-femme, protection de la santé, partie intégrante de la Stratégie de Lisbonne, préservation du modèle social européen.
- Contribution à l'application des droits fondamentaux tels que la dignité et l'intégrité de la personne.

En quoi relèvent-ils potentiellement de SIG ? en quoi sont-ils spécifiques ?

- Caractère nécessaire de la satisfaction des besoins sociaux (besoins vitaux, humains, sociétaux)
- Missions particulières (droits fondamentaux, protection sociale, vulnérabilité...)
- Obligations spécifiques (solidarité, non sélection des risques, accessibilité, proximité, asymétrie d'information, services intégrés...)
- Acteurs qui en assurent la charge (non lucrativité des acteurs, bénévolat)

Accès universel et/ou ciblage sur les catégories socialement défavorisées ?

- Insertion des personnes vulnérables, inclusion des personnes dans la société, soutien aux familles, personnes défavorisées, groupes sociaux moins avantagés, non sélection des risques, personnes les plus vulnérables, rôle de prévention et de cohésion sociale à l'égard de l'ensemble de la population, indépendamment de sa richesse ou de ses revenus.

*En savoir plus

- Livre vert sur les services d'intérêt général, COM 2003 270 du 21 mai 2003
- Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM 2004 374 du 12 mai 2004
- Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM 2006 177 du 26 avril 2006
- Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM 2007 725 du 20 novembre 2007,

Ces communications de la Commission européennes disponibles en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quelles particularités reconnues aux SSIG ?

L'essentiel

- Particularités par rapport à la nature des besoins à satisfaire : besoins vitaux.
- Particularités par rapport à l'ancrage dans les droits de l'homme, la dignité et l'intégrité humaines.
- Particularités par rapport à la proximité et l'adaptabilité des réponses à apporter.
- Particularités par rapport à la nature des acteurs (importance des acteurs sans but lucratif, ancrage local).

Quelles sont les particularités en termes d'objectifs et de missions spécifiques ?

- Services à la personne visant à répondre aux besoins vitaux de l'Homme (risques et défis de la vie)
- Services aux familles (enfance, vieillissement, handicap, déficience)
- Protection des droits de l'Homme et de la dignité humaine
- Rôle de Prévention et de cohésion sociale
- Lutte contre la discrimination, égalité des sexes, protection de la santé humaine, qualité de vie, égalité des chances

Quelles sont les particularités en termes d'organisation ?

- Services complets et personnalisés, conçus et prestés d'une manière intégrée, relation personnelle utilisateurs/prestataires
- Services définis et fournis tenant compte de la diversité des utilisateurs
- Relation d'asymétrie d'information entre les utilisateurs vulnérables et les prestataires
- Services de proximité ancrés localement et culturellement
- Nécessité d'une capacité d'adaptation, de réactivité et d'autonomie face à l'évolution des besoins sociaux à satisfaire
- Fondés sur le principe de solidarités et fortement dépendant de financements publics
- Rôle important des prestataires sans but lucratif et de travailleurs bénévoles

Ces particularités reconnues induisent-elles une catégorie juridique spécifique ?

- Non, le cadre juridique applicable aux services sociaux en tant que service d'intérêt général est le cadre SIEG classique en l'absence de droit dérivé spécifique.

En savoir plus

- Livre vert sur les services d'intérêt général, COM 2003 270 du 21 mai 2003
- Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM 2004 374 du 12 mai 2004
- Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM 2006 177 du 26 avril 2006
- Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM 2007 725 du 20 novembre 2007 Communications de la Commission européennes disponibles en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Le droit communautaire s'applique-t-il aux SSIG ?

L'essentiel

- Oui, si le SSIG relève d'une activité à caractère économique et que les dispositions du droit communautaire ne font pas échec en droit ou en fait au bon accomplissement de la mission impartie.
- Non dans le cas contraire ou si le SSIG ne relève pas d'une activité à caractère économique.

Qu'en est-il plus globalement des domaines du social et de la santé ?

- CJCE : « Les secteurs social et de la santé relèvent d'une compétence quasi exclusive des États membres. Dans ce secteur, la Communauté ne peut procéder, en vertu de l'article 152, paragraphes 1 et 5, CE, qu'à des actions juridiquement non contraignantes tout en respectant pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services sociaux et de santé. Il s'ensuit que la détermination d'obligations SIEG dans ce contexte relève également, à titre principal, de la compétence des États membres ».
- CJCE : « Cette répartition des compétences est en outre reflétée, d'une manière générale, par l'article 16 CE selon lequel, eu égard à la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du traité, veillent à ce que ces SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».
- CJCE : « Par conséquent, le contrôle que les institutions communautaires sont habilitées à exercer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État membre dans la détermination des SIEG est limité à la recherche de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Quelles sont les branches du droit communautaire les plus concernées ?

- **Droit de la concurrence** : l'objectif d'une concurrence non faussée implique un contrôle des régimes d'aides accordées aux entreprises. Dans les cas où les aides accordées aux entreprises afin de financer les SSIEG relèvent du contrôle des aides d'Etat, il convient de s'assurer que ces aides ne font que compenser les coûts de fourniture des SSIEG en question, notamment en référence aux obligations spécifiques qui y sont associées, et n'induisent pas un avantage économique pour l'entreprise qui en est chargée comparativement aux autres entreprises présentes sur le marché donné mais également aux autres entreprises chargées de la gestion du SSIEG.
- **Droit du marché intérieur** : l'objectif est de garantir les libertés fondamentales d'établissement et de prestation de services. Dans le cas où l'organisation du SSIEG repose sur des dispositions de régulation fondées sur des régimes d'autorisation, de conventionnement, d'agrément ou de licence ou sur des exclusivités de prestation, il convient de vérifier si ces dernières constituent des entraves à l'exercice de ses libertés fondamentales, et si oui, si elles sont nécessaires et proportionnées, justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et si non, si elles sont nécessaires en droit ou en fait au bon accomplissement de la mission impartie.
- **Droit des marchés publics** : l'objectif est de garantir l'égalité de traitement des prestataires face à la commande publique, notamment quand l'attribution de la gestion d'un SSIEG à un prestataire relève d'un « marché de services » au sens de la directive. En l'absence de marché, notamment quand le prestataire assume un risque d'exploitation (concession de services), seuls les principes généraux du Traité s'appliquent, notamment les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non discrimination.

En savoir plus

- Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007
- Questions fréquemment posées relatives à la décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, et l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, SEC 2007 1516 du 20 novembre 2007 Documents de travail de la Commission européennes disponibles en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Comment y appliquer les principes généraux du Traité ?

L'essentiel

- Les principes généraux du Traité s'appliquent à l'ensemble des SIG, à savoir les principes :
 - de proportionnalité,
 - d'égalité de traitement,
 - de non discrimination selon la nationalité,
 - de transparence,
 - de nécessité.
- Les SIEG, en tant que services répondant à une nécessité de satisfaire à des besoins du grand public non couverts de façon satisfaisante par les seules forces du marché, doivent réunir les exigences communes suivantes :
 - Accès universel,
 - Continuité du service,
 - Qualité du service,
 - Accessibilité tarifaire du service,
 - Protection des utilisateurs du service.

Quelles significations données aux principes généraux du Traité ?

- de proportionnalité : la mesure doit être proportionnée à l'objectif recherché et ne pas aller au-delà
- d'égalité de traitement : la mesure ne doit pas privilégier une entreprise, ou une catégorie d'entreprises.
- de non discrimination selon la nationalité
- de transparence : la mission, les obligations spécifiques, les entreprises mandatées doivent faire l'objet d'un acte officiel, la contractualisation d'une concession de services ou l'octroi d'un droit exclusif doit faire l'objet d'une publicité préalable adéquate.
- de nécessité : la mesure doit être strictement nécessaire à l'objectif recherché.

Comment mettre en œuvre les principaux généraux propres aux SIEG ?

Les SIEG, en tant que services répondant à une nécessité de satisfaire à des besoins du grand public non couverts de façon satisfaisante par les seules forces du marché, doivent réunir les exigences communes suivantes :

- Accès universel : obligation de répondre aux besoins du grand public sur l'ensemble d'un territoire à des conditions de prix et de qualité identiques. Est-ce compatible avec la priorité donnée à certaines catégories de personnes dans certains services sociaux ?
 - CJCE : « Bien que ces caractéristiques correspondent au type de SIEG classique et le plus répandu dans les États membres, cela n'exclut pas l'existence *d'autres types de SIEG également licites* que les États membres peuvent valablement choisir de créer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.
 - CJCE : "Le fait que les obligations SIEG en cause n'ont qu'un champ d'application territorial ou matériel restreint ou que les services concernés ne bénéficient qu'à un groupe relativement restreint d'utilisateurs ne remet pas nécessairement en cause le caractère universel d'une mission SIEG au sens du droit communautaire".
- Continuité du service : obligation d'assurer la continuité de l'offre du service et de palier aux ruptures éventuelles
- Qualité du service : obligation d'assurer un haut niveau de qualité et d'évaluer son niveau
- Accessibilité tarifaire du service : obligation tarifaire compensée par des droits exclusifs ou des financements
- Protection des utilisateurs du service : obligation de définir des droits pour les utilisateurs et des voies de recours

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quelle est la position des institutions européennes ?

L'essentiel

- La question du droit applicable aux SSIG oppose la Commission et le Conseil aux autres institutions communautaires

Quelle est la position de la Commission européenne et du Conseil ?

- La Commission considère que le débat autour du droit communautaire applicable aux services sociaux relève davantage d'une incompréhension et d'une mauvaise interprétation de ses dispositions que de réelles zones de tension entre les SIEG « classiques » et les spécificités des services sociaux. Elle est ainsi opposée à toute idée d'aller vers un encadrement sectoriel spécifique aux services sociaux mais disposée à prendre une part active à une meilleure compréhension par les acteurs au moyen notamment d'un service d'information interactif¹⁷. Selon la Commission, le cadre communautaire doit être mis en œuvre pour l'ensemble des SIEG, y compris les services sociaux, en application du droit communautaire des SIEG.
- Cette position de la Commission, exprimée dans sa communication de novembre 2007, a été soutenue par le Conseil qui n'est pas mûr pour mettre la question de l'opportunité d'un cadre communautaire spécifique sur la table des négociations. Le Conseil préfère minorer les problèmes, voir les occulter, de façon à repousser les échéances d'un éventuel arbitrage politique sur ce sujet sensible politiquement. Mais dans l'attente, les citoyens rejettent les nouveaux traités quand ils sont consultés à défaut d'arbitrages lisibles sur ces sujets essentiels pour leur vie quotidienne.

Quelle est la position du Parlement européen ?

- Le rapport Rapkay sur le livre blanc sur les SIG « invite la Commission à créer plus de sécurité juridique dans le domaine des services sociaux et des services de santé d'intérêt général et à soumettre une proposition concernant une directive sectorielle du Conseil et du Parlement lorsque c'est approprié »;
- Le Rapport Hasse-Ferreira sur la communication sur les SSIG « se félicite de l'intention de la Commission de continuer à approfondir son processus de consultation en vue de clarifier les conditions de mise en œuvre de certaines règles communautaires applicables aux services sociaux; estime par ailleurs que le processus de consultation approfondie proposé devrait être achevé d'ici à la mi-2007 et demande à la Commission d'élaborer une décision précisant les modalités de suivi de ce processus et d'identifier la meilleure approche à mettre en œuvre en tenant notamment compte du besoin et de la légitimité d'une proposition législative sectorielle »;

Quelle est la position du Comité des Régions ?

- Le rapport Destans « invite la Commission à clarifier le plus vite possible la nature des propositions législatives relatives aux SSIG et à mettre en œuvre l'importante procédure de suivi et de dialogue ainsi que les rapports bisannuels proposés, invite la Commission à donner suite à son engagement d'envisager de considérer la nécessité et la possibilité juridique d'une proposition législative relative aux SSIG au terme du processus ouvert de consultation, invite également à nouveau la Commission à proposer un instrument législatif qui devrait permettre la définition de certains principes communs positifs pour l'ensemble des SIEG, en tant qu'initiative "chapeau" à d'autres propositions législatives complémentaires, notamment sur les SSIG compte tenu de leurs spécificités, en vue d'une plus grande sécurité juridique pour les collectivités locales et régionales et les prestataires »;

Quelle est la position du Comité Economique et Social Européen ?

- Le rapport Hencks « préconise l'adoption d'un cadre juridique spécifique commun aux services sociaux et de santé d'intérêt général dans le cadre d'une approche globale d'une directive-cadre pour tous les services d'intérêt général. Ceci devrait permettre d'assurer au niveau communautaire la stabilité juridique et la transparence appropriées pour les SSIG, dans le strict respect du principe de subsidiarité et notamment des compétences des collectivités locales et régionales dans la définition des missions, la gestion et le financement de ces services. Les principes contenus dans ce cadre juridique devraient être la base des positions de l'UE dans les négociations commerciales internationales ».

En savoir plus

- Les services sociaux d'intérêt général dans le marché intérieur du XXI^e siècle, Comité des Régions – Comité économique et social européen – collectif SSIG, Bruxelles, janvier 2008 disponible en téléchargement dans <http://www.ssig-fr.org>

¹⁷ voir le lien avec le service interactif de la Commission européenne dans le site <http://www.ssig-fr.org>

La définition de la mission SIEG et des obligations SIEG

Fiche n°11 : Qui définit la mission SIEG ?	p.42
Fiche n°12 : Comment se déclinent les obligations SIEG ?	p.43
Fiche n°13 : Quid du droit d’initiative des prestataires ?	p.44
Fiche n°14 : Quelle adaptabilité des obligations SIEG aux besoins sociaux ?	p.45

Qui définit la mission SIEG et sur quelle base ?

L'essentiel

- La définition claire d'une mission SIEG est la composante de base de tout SIEG.
- Les autorités publiques organisatrices, notamment locales, disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à cette définition.
- Aucune disposition du droit communautaire ne permet de contrarier ce large pouvoir d'appréciation dans la définition de la mission.
- Le seul motif de remise en question porte sur l'erreur manifeste de ce que l'autorité publique considère comme un SIEG, mais aucunement quant à la nature, ni à la portée de la mission en soit.

Comment est définie la mission SIEG, sa nature et sa portée ?

- CJCE : « En droit communautaire et aux fins de l'application des règles de concurrence du traité CE, il n'existe ni de définition réglementaire claire et précise de la notion de mission SIEG, ni de concept juridique établi fixant, de manière définitive, les conditions qui doivent être réunies pour qu'un État membre puisse valablement invoquer l'existence et la protection d'une mission SIEG, soit au sens de la première condition énoncée dans l'arrêt Altmark, soit au sens de l'article 86.2, CE ».
- CJCE : « S'agissant de la compétence pour déterminer la nature et la portée d'une mission SIEG au sens du traité, ainsi que du degré de contrôle que les institutions communautaires doivent exercer dans ce contexte, il ressort (...) que les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et que la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste ».
- CJCE : « Cette prérogative de l'État membre concernant la définition des SIEG est confirmée par l'absence tant de compétence spécialement attribuée à la Communauté que de définition précise et complète de la notion de SIEG en droit communautaire ».

Qu'en est-il particulièrement en matière de services sociaux et de santé ?

- CJCE : « La détermination de la nature et de la portée d'une mission SIEG dans des domaines d'action particuliers, qui soit ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, au sens de l'article 5, premier alinéa, CE, soit sont fondés sur une compétence communautaire seulement limitée ou partagée, au sens du deuxième alinéa de cet article, reste, en principe, du ressort des États membres.
- CJCE : « (...) l'État estime que, pour des considérations générales de politique sociale et de santé, ledit service répond à un besoin réel d'une grande partie de la population et le rend dès lors accessible par une obligation de contracter imposée au fournisseur dudit service.
- CJCE : "Ainsi que cela a été précisé par la jurisprudence du Tribunal, l'État membre dispose d'une large marge d'appréciation (...) quant à la définition d'une mission SIEG".

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Contenu et modalité d'imposition des obligations SIEG?

L'essentiel

- Les obligations SIEG sont librement définies par les autorités publiques organisatrices.
- Elles servent à atteindre les objectifs de la mission SIEG.
- Elles peuvent être imposées à l'ensemble des opérateurs d'un marché, à un seul opérateur ou à un nombre limité.
- Les obligations peuvent porter notamment sur le prix du service offert mais pas nécessairement.
- L'octroi de droits spéciaux ou exclusif ou de subventions nécessaires à la mise en œuvre de ces obligations est ainsi justifié.

A qui l'autorité publique peut-elle imposer ces obligations SIEG ?

- CJCE : « Les pouvoirs publics peuvent décider d'imposer des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs d'un marché donné ou, dans certains cas, de désigner un seul opérateur ou un nombre limité d'opérateurs, auxquels ils imposent des obligations spécifiques, sans leur accorder des droits spéciaux ou exclusifs ».
- CJCE : « L'attribution d'une mission SIEG peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché ».
- CJCE : « Ils peuvent accorder les droits spéciaux ou exclusifs nécessaires aux entreprises chargées de la fourniture de ces services, réglementer leurs activités et, le cas échéant, les subventionner ».
- CJCE : « Dans les domaines qui ne sont pas spécifiquement couverts par le droit communautaire, les États membres bénéficient d'une latitude importante pour concevoir leurs politiques, la seule limite étant le contrôle effectué pour vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste ».
- CJCE : « Ne s'oppose pas à la reconnaissance du caractère obligatoire de la mission SIEG le fait que les consommateurs peuvent choisir de ne pas demander la fourniture des services en cause dès lors que l'État estime que, pour des considérations générales de politique sociale et de santé, ledit service répond à un besoin réel d'une grande partie de la population et le rend dès lors accessible par une obligation de contracter imposée au fournisseur dudit service ».

L'imposition d'une obligation SIEG tarifaire peut-elle être contestée ?

- CJCE : « La tarification commune a pour objectif d'assurer la mise en commun des risques ainsi que la solidarité entre les générations, objectifs dont le choix par l'État membre, au regard des articles 16 CE et 152 CE, ne saurait être remis en cause par les institutions communautaires ».

Quelle marge de manœuvre pour les opérateurs en matière d'obligations ?

- CJCE : « (...) la liberté laissée (...) aux opérateurs de fixer les prix et de définir leurs produits (...) ne remet pas en cause le fait que les obligations prévues par la législation pertinente constituent des obligations SIEG pour autant que lesdites obligations servent à atteindre les objectifs d'une mission de service d'intérêt économique général, tels que l'accès de toute personne vivant en Irlande à un certain niveau de services à un prix abordable et à des conditions de qualité similaires ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Qu'en est-il du droit d'initiative des opérateurs ?

L'essentiel

- L'obligation SIEG est imposée par l'autorité publique organisatrice à l'opérateur en vue d'atteindre les objectifs de la mission SIEG.
- Rien dans le droit communautaire n'interdit a priori que la définition de la mission SIEG et des obligations SIEG qui en découlent soient opérée en concertation avec les opérateurs présents sur le marché et/ou avec les utilisateurs du service, ni ne soient ajustées dans le temps en fonction de l'évolution de la nature des besoins sociaux qu'il est nécessaire de satisfaire.
- Rien n'interdit a priori dans le droit communautaire que les opérateurs présents sur le marché et/ou les utilisateurs du service puissent être à l'origine de la qualification par une autorité publique organisatrice d'un service donné de SSIEG en référence à des besoins sociaux nouveaux à satisfaire mal identifiés par l'autorité publique ou sous-estimés quant au caractère de nécessité de leur satisfaction et de leur protection des seules forces du marché.
- La notion d'obligation SIEG n'interdit pas que soit laissée aux opérateurs une « certaine latitude » notamment quant au contenu du service et de son prix.

De quelles marges de manœuvre dispose l'opérateur mandaté ?

- CJCE : « Le caractère contraignant de la mission SIEG ne suppose pas que les autorités publiques imposent à l'opérateur concerné l'obligation de fournir un service d'un contenu clairement prédéterminé ».
- CJCE : « Le caractère obligatoire de la mission SIEG n'exclut pas l'existence d'une certaine latitude laissée à l'opérateur sur le marché, y compris quant au contenu et à la fixation du prix des services qu'il entend fournir ».
- CJCE : « Dans ces conditions, est garanti un minimum de liberté d'action des opérateurs et, partant, de concurrence concernant la qualité et le contenu des services en cause, ce qui est de nature à limiter, dans l'intérêt communautaire, la portée de la restriction de la concurrence, qui résulte généralement de l'attribution d'une mission SIEG, sans que cela affecte les objectifs de cette dernière ».
- CJCE : « Le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service particulier en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».

Comment mettre en œuvre ces souplesses développées par la Cour de Justice ?

- La définition des missions SIEG et des obligations qui en découlent relève du caractère discrétionnaire de l'autorité publique organisatrice. Cela vaut autant pour le contenu des missions et des obligations que pour leurs modes de définition.
- Il revient aux autorités publiques organisatrices, dans le cadre d'une bonne gouvernance de ces SIEG, d'associer en amont les parties prenantes, opérateurs et utilisateurs, à la définition de la mission SIEG et des obligations qui en découlent, mais également à son évaluation et à son adaptation à l'évolution des besoins sociaux à satisfaire.
- Il revient aux opérateurs de sensibiliser les autorités publiques organisatrices de l'émergence de nouveaux besoins sociaux à satisfaire ou de la nécessité de faire évoluer la mission SIEG et les obligations qui en découlent en fonction de l'évolution de besoins sociaux existants telle qu'elle est perçue par les opérateurs dans les territoires de vie.
- Il découle du caractère discrétionnaire des choix opérés par l'autorité publique organisatrice en matière de définition de la mission SIEG et des obligations, la liberté d'organisation et de gouvernance du SIEG de façon à ce qu'il réponde au mieux à l'exigence de nécessaire satisfaction des besoins sociaux.

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quelle adaptabilité des obligations SIEG à l'évolution des besoins sociaux ?

L'essentiel

- Les besoins sociaux sont par définition fortement évolutifs contrairement aux besoins en matière de SIEG « classiques ».
- Les besoins sociaux existants évoluent, de nouveaux besoins sociaux émergent.
- La définition des obligations SIEG par l'autorité publique organisatrice suppose une certaine souplesse et adaptabilité.
- Aucune disposition du droit communautaire n'interdit une telle souplesse et adaptabilité des obligations SIEG.

La notion d'obligations SIEG est-elle nécessairement figée par l'acte de mandatement ?

- Les principes communs aux SIEG d'accès universel, de continuité, de qualité, d'accessibilité et de protection des utilisateurs n'induisent pas de figer les obligations SIEG mais au contraire de faire en sorte qu'elles soient le mieux adaptées à l'accomplissement de la mission SIEG.
- L'exigence d'un acte officiel de mandatement définissant clairement la mission SIEG et les obligations qui en découlent n'interdit pas non plus de prendre en considération l'évolutivité des besoins par un ajustement des obligations SIEG ou par la définition de nouvelles missions SIEG dans le cadre de renouvellement d'acte de mandatement ou de leur révision sur une base régulière.
- Le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques en matière de définition de la mission SIEG et des obligations qui en découlent intègre pleinement cette adaptabilité des modalités de mandatement et de définition à l'évolution des besoins sociaux.

L'opérateur mandaté dispose-t-il de marge d'interprétation de ces obligations SIEG ?

- CJCE : « Le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service particulier en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

L'attribution d'une mission SIEG à un prestataire

Fiche n°15 : Pourquoi faut-il attribuer une mission SIEG à un prestataire ?.....	p.47
Fiche n°16 : Quelles sont les modalités de cette attribution ?	p.48
Fiche n°17 : Quel est le droit applicable aux modalités d'attribution ?.....	p.49
Fiche n°18 : L'attribution par marché public est-elle obligatoire ?.....	p.50

Pourquoi attribuer la mission SIEG à une entreprise ?

L'essentiel

- Les autorités publiques organisatrices sont libres de fournir elles-mêmes un SIEG ou de le faire exécuter par un prestataire extérieur.
- En cas d'exécution de ce SIEG par un prestataire extérieur, le droit communautaire impose l'établissement d'un acte d'attribution de la mission SIEG à ce ou ces prestataires au moyen d'un acte de puissance publique, ou acte officiel de mandatement.
- Cette imposition repose sur l'application du principe de transparence et de proportionnalité du Traité et vise un objectif de sécurité juridique pour les deux parties,
- La mise en application du principe de sanctuarisation des missions SIEG et de leur protection des seules forces du marché s'opère via l'entreprise qui en sera chargée par l'autorité publique organisatrice, au moyen de dérogations à l'application des règles de concurrence et du marché intérieur qui s'appliqueront à cette entreprise mandatée.

D'où vient la notion d'attribution de la mission SIEG à une entreprise ?

- Traité CE, article 86.2 : « Les entreprises chargées de la gestion de SIEG 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 ».
- CJCE : « L'attribution d'une mission SIEG peut également consister en une obligation imposée à une multitude, voire à l'ensemble des opérateurs actifs sur un même marché ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Quelles sont les modalités de cette attribution ?

L'essentiel

- Les modalités d'attribution de la mission SIEG à une entreprise relèvent du large pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique.
- L'attribution de la mission peut s'opérer selon un marché public de service, une concession de service, un mandatement direct par octroi de droits spéciaux ou d'un droit exclusif en tant qu'instruments nécessaires à l'accomplissement de la mission SIEG.
- L'attribution de la mission peut être accordée à une entreprise, à un ensemble d'entreprises ou à l'ensemble des entreprises présentes sur le marché donné, que celles-ci soient contrôlées par l'autorité publique (in house) ou non.
- La Commission européenne est chargée de vérifier l'application du droit communautaire applicable à chacune de ses modalités d'attribution.

Quelles sont les grandes options en matière d'attribution de mission SIEG ?

- La première option consiste soit à exécuter la mission SIEG en régie interne à l'autorité publique, à la faire exécuter par une entreprise sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services (in house) ou par des entreprises externes sur lesquelles elle n'exerce pas ce type de contrôle.
- La seconde option consiste à définir le nombre d'entreprises qu'il est nécessaire de mandater de la mission SIEG de façon à satisfaire les besoins des utilisateurs. Ce choix relève du large pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique organisatrice de mandater soit une seule entreprise, soit un ensemble d'entreprises soit l'ensemble des entreprises présentes sur le marché donné en fonction de la nature du besoin à satisfaire.
- La troisième option consiste à attribuer la mission SIEG dans le cadre d'un mandatement ouvert au moyen d'un contrat de prestation de service en contrepartie d'une rémunération fixe (marché public) ou d'un contrat de concession de services quand l'entreprise assume toute ou partie du risque d'exploitation du service (concessions de service).
- La quatrième option consiste à procéder à un mandatement direct de l'entreprise par l'octroi d'un droit exclusif ou à d'un ensemble d'entreprises par l'octroi de droits spéciaux sous la forme d'agrément, de conventionnement ou de licence. Selon la CJCE : « L'octroi d'un droit spécial ou exclusif à un opérateur ne constitue que l'instrument, éventuellement justifié, permettant à cet opérateur d'accomplir une mission SIEG au moyen d'une obligation d'exercer une certaine activité commerciale indépendamment des coûts qui y sont liés ».

Quelles sont les conséquences de ces choix discrétionnaires d'attribution ?

- Le droit communautaire applicable à ces modes différenciés d'attribution des missions SIEG varie, notamment quant à l'application ou non des dispositions de la directive sur les marchés publics de services.
- Dès lors que l'attribution de la mission SIEG ne s'opère pas au moyen d'une procédure de marché public, et que l'aide n'est pas établie en fonction d'un référentiel de coûts d'une « entreprise moyenne bien gérée », celle-ci relève du régime communautaire de contrôle des aides d'Etat conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Dans ce cas, l'aide peut être considérée comme compatible a priori avec les dispositions du droit communautaire des aides d'Etat si elle respecte certaines conditions (voir fiche N° 19) soit faire l'objet d'une procédure de notification à la Commission européenne en vue de contrôler sa conformité à ces dispositions..

En savoir plus

- Commission européenne, Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007 disponible en téléchargement dans <http://www.ssig-fr.org>

Quel est le droit applicable aux différentes modalités d'attribution d'une mission SIEG ?

L'essentiel

- En fonction du choix du mode d'attribution de la mission SIEG, le cadre juridique d'application diffère.
- L'élément clé reste le fait de relever ou non du champ d'application de la directive sur les marchés publics de services.
- Mais compte tenu des dérogations existantes notamment pour les services sociaux et sanitaires, les dispositions à appliquer restent homogènes quelle que soit la modalité choisie, et se limitent au respect des grands principes du Traité d'égalité de traitement, de non discrimination et de transparence.
- Toutefois, ces cadres ne sont pas immuables et le contenu des exigences en matière de marchés publics ou de concessions par exemple peut évoluer dans le temps sur proposition de la Commission européenne.

Quel est le droit applicable aux marchés publics de services sociaux ?

- En cas d'attribution de la mission SIEG par un contrat de marché public, c'est-à-dire la fourniture d'une mission SIEG en contrepartie d'une rémunération fixe, les dispositions de la directive sur les marchés publics de services s'appliquent. Celles-ci écartent cependant les services sociaux et sanitaires de l'obligation formelle d'appel d'offre. Seuls les principes généraux du Traité de non discrimination, égalité de traitement et transparence sont d'application.

Quel est le droit applicable aux concessions de services sociaux ?

- En cas d'attribution de la mission SIEG par concession de services, c'est-à-dire par le droit accordé à l'entreprise mandatée d'exploiter la mission SIEG et ainsi l'obligation d'en assumer le risque d'exploitation notamment en se rémunérant sur la vente du SIEG, seuls les principes généraux du Traité de non discrimination, égalité de traitement et transparence s'appliquent. En effet, les concessions de services sont explicitement exclues du champ d'application de la directive marchés publics de services car elles ne relèvent pas en soit d'un marché compte tenu de la prise de risque d'exploitation du service.

Quel est le droit applicable à l'octroi de droits exclusif ou spéciaux ?

- En cas de mandatement direct de la mission SIEG par octroi d'un droit exclusif ou de droits spéciaux, seuls les principes généraux du Traité de non discrimination, égalité de traitement et transparence s'appliquent, dès lors que l'octroi de tels droits est nécessaire à l'accomplissement de la mission SIEG et relève d'un instrument nécessaire à sa réalisation. A titre d'exemple, la loi française sur la modernisation de l'économie vient d'octroyer un droit exclusif de la gestion du SSIEG d'accessibilité bancaire à la Banque postale.

Une application des principes généraux du traité

- Quelle que soit la modalité d'attribution de la mission SIEG, par marché public, concession, octroi de droits exclusif ou spéciaux, et compte tenu des dispositions dérogatoires pour les services sociaux à l'annexe II B de la directive sur les marchés publics de services, le droit applicable relève de l'application des principes généraux du Traité de transparence, d'égalité de traitement et de non discrimination, induisant une simple obligation de publicité préalable adéquate et du procédure d'attribution impartiale.

En savoir plus

- Commission européenne, Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007 disponible en téléchargement dans <http://www.ssig-fr.org>

L'attribution par marché public est-elle obligatoire ?

L'essentiel

- La généralisation progressive de l'appel d'offre dans l'attribution des services sociaux par les collectivités locales ne relève aucunement d'une obligation du droit communautaire.
- L'attribution de la mission SIEG selon la procédure de marché public ne s'applique qu'en cas de prestation fournie en contrepartie d'une rémunération fixe par l'autorité publique, mais pas en cas de concession de services ni de mandatement direct par octroi de droits exclusifs ou spéciaux.
- En cas d'application des dispositions de la directive sur les marchés publics de service, les services sociaux et sanitaires, ainsi que les services d'éducation et de formation professionnelle, relèvent de l'annexe II B de cette directive et en conséquence ne sont pas soumis à l'obligation formelle d'appel d'offre.
- Cette disposition de la directive marchés publics de services spécifiques aux services sociaux et sanitaires, ainsi qu'aux services d'éducation et de formation professionnelle, n'interdit pas un Etat-membre d'imposer une obligation d'appel d'offre aux autorités publiques en cas d'attribution d'une mission SIEG à un service social et ainsi à aller au-delà des exigences du droit communautaire.

Pourquoi la procédure de marché public de service n'est-il pas obligatoire ?

- La notion de marché public de services est clairement définie par la directive communautaire. Il s'agit « de contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur ». Cela suppose une rémunération fixe de la prestation de service fourni dans le cadre de la mission SIEG. L'attribution d'une mission SIEG peut s'opérer également au moyen d'une concession de services par le droit d'exploiter le service, c'est-à-dire d'en assumer le risque d'exploitation, concession de services qui ne relève pas de la définition de marché public de services, ni du champ d'application de la directive.
- Par ailleurs, la directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.
- Enfin, les services sociaux et sanitaires ainsi que les services d'éducation et de formation professionnelle relèvent de l'annexe II B de la directive sur les marchés publics qui les exonère de la procédure formelle de l'appel d'offre. Seuls les principes généraux du traité de transparence, égalité de traitement et de non discrimination s'appliquent aux marchés publics de services sociaux, comme aux concessions de services sociaux, ce qui suppose une publicité préalable adéquate.

Quel est l'intérêt d'attribuer la mission SIEG par la procédure de marché public ?

- L'attribution de la mission SIEG par une procédure de marché public de services permet de satisfaire au 4^{ème} critère de l'arrêt Altmark conditionnant la non application du cadre communautaire d'interdiction des aides d'Etat aux aides publiques sous la forme de compensation de SIEG.
- Les dispositions dérogatoires relatives aux services sociaux et sanitaires prévues dans la directive sur le marché public de services conduisent à ne pas rendre obligatoire la procédure formelle d'appel d'offre pour ces services, seuls les principes généraux du Traité de transparence, égalité de traitement et de non discrimination s'appliquent et doivent être satisfaits au moyen d'une publicité préalable adéquate de l'acte d'attribution de la mission SIEG, et d'une sélection de l'entreprise garantissant l'égalité de traitement et la non discrimination.

En savoir plus

- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, disponible en ligne dans <http://www.ssig-fr.org>

Le financement des missions SIEG

Fiche n°19 : Le droit communautaire des aides d'Etat s'applique-t-il aux SIEG ? .. p.52

Fiche n°20 : Comment traduire ce principe de compensation ? p.53

Fiche n°21 : Comment bénéficier de la décision d'exemption de notification ? p.54

Le droit communautaire des aides d'Etat s'applique-t-il au financement des SIEG ?

L'essentiel

- Le Cour de justice a établi les conditions à remplir pour que les subventions et autres financements relatifs aux SIEG ne relèvent pas du contrôle des aides d'Etat.
- Ces conditions visent à rendre effective la neutralisation de tout avantage économique qui pourrait être tiré par l'entreprise chargée de la gestion du SIEG de l'obtention de telles aides.
- Ces conditions relèvent du respect du principe de juste compensation des aides accordées et des conditions d'octroi de ses aides, soit au moyen d'une procédure de marché public soit sur base d'un référentiel de coûts « d'une entreprise moyenne bien gérée ».
- Compte tenu de la difficulté par les autorités publiques de respecter cette dernière exigence quant aux modalités d'octroi des aides, la Commission a adopté une décision communautaire visant à préciser les conditions de compatibilité de ces aides ne pouvant satisfaire aux exigences de la Cour de Justice et relevant dès lors du contrôle des aides d'Etat.
- Dans les deux cas, l'application des principes de transparence et de proportionnalité des Traités rend obligatoire l'acte officiel de mandatement et la définition explicite de la mission SIEG et des obligations qui en découlent.

Les aides publiques aux SIEG sont-elles des aides d'Etat ?

- Dans son arrêt Altmark, la Cour de justice a établi 4 critères cumulatifs permettant d'exclure les aides aux SIEG du régime communautaire de contrôle des aides d'Etat :
 1. « l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies »;
 2. « les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente »;
 3. « la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »;
 4. « lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».

Quelle incidence de cet arrêt en matière de transparence ?

- CJCE : « Le Tribunal rappelle que, en vertu de la deuxième condition énoncée dans l'arrêt Altmark, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation pour l'exercice de la mission SIEG doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ».
- CJCE : « Selon cet arrêt, ladite compensation doit correspondre aux surcoûts réellement supportés par l'opérateur chargé d'une mission SIEG. Le Tribunal considère que cette exigence suppose nécessairement une certaine transparence et une certaine objectivité des critères de la compensation, sans lesquelles un contrôle par les institutions communautaires ne serait pas possible ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- CJCE : arrêt Altmark C 280 00, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Commission : Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Comment traduire ce principe de compensation ?

L'essentiel

- Le principe de juste compensation découle directement des principes de proportionnalité et de nécessité des Traités.
- Il vise à s'assurer que l'entreprise chargée de la mission SIEG ne tire pas un avantage économique du bénéfice d'aides publiques octroyées pour fournir le SIEG.
- Il repose sur une nécessaire définition de la mission SIEG et des obligations qui en découlent et dont les aides publiques visent à couvrir toute ou partout des coûts de mise en œuvre.
- Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation pour l'exercice de la mission SIEG doivent être préalablement établis de façon objective et transparente.

Que signifie le principe de juste compensation ?

- **CJCE** : « Concernant le contrôle du caractère proportionné de la compensation pour l'exécution d'une mission SIEG, telle qu'établie par un acte de portée générale, il a été précisé, en outre, par la jurisprudence que ce contrôle se limite à vérifier si la compensation prévue est nécessaire pour que la mission SIEG en cause puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables ».
- **CJCE** : « En particulier dans l'arrêt Altmark, la Cour aurait jugé que, dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par des 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 87, paragraphe 1, CE » relatif aux aides d'Etat interdites).
- **CJCE** : « La compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes s'y rapportant ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».

Quelle est la portée du contrôle de la Commission ?

- **CJCE** : « S'agissant de la portée du contrôle de la nécessité et du caractère proportionné de la compensation (...), il convient de relever que ce contrôle est nécessairement restreint compte tenu de l'existence d'une mission SIEG ».
- **CJCE** : « Au regard du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État membre quant à la définition d'une mission SIEG et aux conditions de sa mise en œuvre, y compris pour apprécier les surcoûts occasionnés par son exécution qui dépend de faits économiques complexes, la portée du contrôle que la Commission est habilitée à exercer à ce titre est limitée à celui de l'erreur manifeste ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- CJCE : arrêt Altmark C 280 00, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Commission : Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Comment bénéficier de la décision d'exemption de notification des aides d'Etat sous forme de compensation ?

L'essentiel

- Quand l'attribution de la mission SIEG à une entreprise s'opère en dehors d'une procédure de marché public ou sans référentiel de coûts d'une entreprise moyenne bien gérée, l'aide publique accordée à l'opérateur pour fournir le SIEG relève d'une aide d'Etat a priori interdite car ne respectant les 4 critères établis par la Cour de Justice.
- Cette aide d'Etat a priori interdite peut être rendue compatible a priori avec le Traité sous certaines conditions.
- Les aides accordées pour le « petits SIEG » sous plafonds de chiffre d'affaire et de compensation, pour les hôpitaux et les entreprises de logement social peuvent être compatibles a priori, et exemptés de notification à la Commission, sous conditions. Dans le cas contraire, ces aides doivent être notifiées à la Commission européenne de façon à contrôler leur conformité aux dispositions du Traité.
- Ces conditions reprennent les exigences générales de transparence et de proportionnalité des Traités en terme d'acte officiel de mandatement, de respect du principe de juste compensation et de contrôle de toute surcompensation éventuelle.

Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de la décision de compatibilité a priori ?

- Le champ d'application de la décision d'exemption de notification est limité aux compensations de service public octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 millions EUR au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG et dont le montant annuel de compensation pour le SIEG est inférieur à 30 millions EUR ainsi qu'aux compensations de service public octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de SIEG indépendamment de leur chiffre d'affaire et des montants de compensation.
- Pour que la décision soit applicable, la responsabilité de la gestion du SIEG doit être confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels de mandatement. Ce ou ces actes doivent notamment indiquer :
 1. la nature et la durée des obligations spécifiques de service public;
 2. les entreprises et le territoire concernés;
 3. la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise;
 4. les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation;
 5. les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.
- Le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable sur les capitaux propres nécessaires pour l'exécution de ces obligations. La compensation doit être effectivement utilisée pour assurer le fonctionnement du SIEG concerné, sans préjudice de la capacité de l'entreprise de profiter d'un bénéfice raisonnable.
- Les autorités publiques procèdent ou font procéder à des contrôles réguliers afin de s'assurer que les entreprises ne bénéficient pas d'une compensation excédant le montant nécessaire. Les autorités publiques exigent de l'entreprise concernée qu'elle rembourse toute surcompensation éventuelle, et les paramètres de calcul de la compensation sont mis à jour pour l'avenir. Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, la surcompensation peut être reportée sur la période suivante et déduite du montant de la compensation due pour cette période. Ce taux s'élève à 20% pour les entreprises de logement social assurant exclusivement la gestion de SIEG.

Que faire si ces conditions ne sont pas remplies ?

- Les aides sous forme de compensation de SIEG doivent être notifiées à la Commission européenne de façon à contrôler leur conformité aux dispositions du traité.

En savoir plus

- Commission : Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

L'exigence de mandatement des prestataires de SIEG

- Fiche n°22 : Quels sont les fondements de l'exigence de mandatement ? p.56
- Fiche n°23 : Quelles sont les modalités de cet acte de mandatement ? p.57
- Fiche n°24 : Cette exigence est-elle conciliable avec l'organisation des SSIG ?.... p.58
- Fiche n°25 : Comment mandater les acteurs de l'économie sociale ? p.59

Quels sont les fondements de l'exigence de mandatement et d'obligation de prêter ?

L'essentiel

- Le droit communautaire établit le critère de distinction d'un service relevant d'une mission SIEG de tout autre service « ordinaire » au moyen du mandatement et de l'obligation de fournir le service qui en découle.
- Ce critère repose essentiellement sur la formulation de l'article 86.2 du Traité et sur le caractère de nécessité du service à fournir.
- Cette exigence étant au centre de la qualification de la mission SIEG, elle reste incontournable et doit être pleinement intégrée en matière de service sociaux.

La notion clé « d'entreprises chargées de » du Traité

- **CJCE** : « L'article 86, paragraphe 2, CE exige que les entreprises soient « chargées » de la gestion d'un SIEG, ce qui implique une obligation imposée par les autorités publiques de fournir le service en cause. »
- **CJCE** : « La première condition énoncée par la Cour dans l'arrêt Altmark ainsi que le libellé de l'article 86, paragraphe 2, CE, en tant que tel, exigent que l'opérateur en cause soit chargé d'une mission SIEG par un acte de puissance publique et que celui-ci définisse clairement les obligations SIEG en cause ».
- **CLCE** : « Il convient de relever que le caractère obligatoire du service en cause constitue (...) une condition essentielle de l'existence d'une mission SIEG au sens du droit communautaire ».
- **CJCE** : « Le caractère obligatoire du service et, partant, l'existence d'une mission SIEG sont établis si le prestataire est obligé de contracter, à des conditions constantes, sans pouvoir écarter l'autre partie contractante. Ce dernier élément permet de distinguer le service relevant d'une mission SIEG de tout autre service fourni sur le marché et, partant, de toute autre activité exercée complètement librement ».
- **CJCE** : « (...) la simple autorisation de fournir ce service ne serait pas suffisante. »
- **Commission européenne** : « Pour que l'article 86, paragraphe 2, du traité s'applique, l'entreprise bénéficiaire de l'aide doit avoir été spécifiquement chargée par l'État membre de la gestion d'un service particulier d'intérêt économique général. Conformément à la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 86, paragraphe 2, du traité, ce ou ces actes officiels doivent préciser à tout le moins la nature exacte, la portée et la durée des obligations de service public imposées, de même que l'identité des entreprises concernées ».

Les principes fondamentaux du Traité de transparence, nécessité et proportionnalité

- **Commission européenne** : « En vue d'assurer le respect des critères formulés à l'article 86, paragraphe 2, du traité, il convient de fixer des conditions plus précises, qui doivent être satisfaites en ce qui concerne la gestion des SIEG qui ont été confiés. En effet, le montant des compensations ne peut être calculé et contrôlé adéquatement que si les obligations de service public incombant aux entreprises et les éventuelles obligations à la charge de l'État sont clairement indiquées dans un acte officiel délivré par les autorités publiques compétentes de l'État membre concerné. La forme de cet acte peut varier d'un État membre à l'autre, mais il doit préciser à tout le moins la nature exacte, la portée et la durée des obligations de service public imposées, l'identité des entreprises concernées, ainsi que les coûts que celles-ci devront supporter ».

En savoir plus

- CJCE : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- CJCE : arrêt Altmark C 280 00, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Commission : Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Acte de puissance publique - acte de mandatement contenu, modalités et conséquences ?

L'essentiel

- L'acte de mandatement est la pièce maîtresse de toute qualification de SIEG d'un service social.
- Il doit définir au minimum la mission SIEG, les obligations qui en découlent et les entreprises qui en sont chargées.
- Il peut prendre toutes les formes possibles d'un acte de puissance publique, voir plusieurs actes partiels.

Quel doit être le contenu d'un acte de mandatement ?

- **Commission européenne** : « (...) la responsabilité de la gestion du SIEG doit être confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels de mandatement. Ce ou ces actes doivent notamment indiquer :
 1. la nature et la durée des obligations spécifiques de service public;
 2. les entreprises et le territoire concernés;
 3. la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise;
 4. les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation;
 5. les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.
- **CJCE** : Dans son arrêt Altmark, la Cour de justice a établi 4 critères cumulatifs permettant d'exclure les aides aux SIEG du régime communautaire de contrôle des aides d'Etat, notamment le fait que :
 1. « l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies »;
 2. « les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente »;

Quelles sont les modalités concrètes d'établissement de ce ou ces actes ?

- **Commission européenne** : « Contrat de concession et cahiers de charge, contrats ministériels de programmation, instructions ministérielles, lois et actes réglementaires, contrats annuels ou pluriannuels de performance, décrets législatifs et tout type de décisions réglementaires, ainsi que de décisions ou actes municipaux ».
- **Commission européenne** : « La Décision exige seulement que le mandat ait la forme d'un ou de plusieurs actes officiels ayant une valeur juridique contraignante en droit national. La forme spécifique de l'acte (ou des actes) peut être déterminée par chaque État membre, notamment selon son organisation politique et /ou administrative. En effet, selon les règles de base du droit administratif, chaque autorité publique a besoin d'une base juridique afin de définir un SIEG et le financer. Par conséquent, la notion de mandat peut largement correspondre à la base juridique que l'autorité publique concernée choisira à sa propre discrétion dans chaque cas. Il n'y a donc pas de mandat "standard"; cela dépend vraiment à la fois de l'autorité publique confiant le service et de l'activité concernée. »

Quelles en sont les conséquences ?

- Il revient à l'autorité publique organisatrice d'adopter ce ou ces actes de mandatement qui s'imposeront aux entreprises qui seront chargées de la mission SIEG.

En savoir plus

- CJCE : arrêt Altmark C 280 00, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- Commission : Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Cette exigence de mandatement est-elle conciliable avec l'organisation des services sociaux ?

L'essentiel

- Bien que l'exigence de mandatement soit incontournable, son application aux services sociaux peut engendrer certaines difficultés.
- Elle induit en effet par sa formulation même, une relation à sens unique entre l'autorité publique et l'entreprise chargée de la mission SIEG.
- Elle semble difficilement applicable à un tissu associatif composé d'un grand nombre d'acteurs ancrés localement par la charge bureaucratique qu'elle fait peser sur l'autorité publique organisatrice.
- Elle paraît surtout trop rigide face à la nécessaire adaptation de la mission SIEG et des obligations qui en découlent à l'évolution rapides des besoins sociaux à satisfaire.
- Elle va bien au-delà en terme d'exigence d'obligation de fournir le service que le mode actuel de contractualisation par conventionnement et autorisation à fournir le service sous certaines conditions.

Premiers éléments d'assouplissement du cadre SIEG selon la Cour de Justice

- CJCE : « Le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service particulier en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».
- CJCE : « Ne s'oppose pas à la reconnaissance du caractère obligatoire de la mission SIEG le fait que les consommateurs peuvent choisir de ne pas demander la fourniture des services en cause dès lors que l'État estime que, pour des considérations générales de politique sociale et de santé, ledit service répond à un besoin réel d'une grande partie de la population et le rend dès lors accessible par une obligation de contracter imposée au fournisseur dudit service ».
- CJCE : « (...) étant donné que le système ne prévoit pas d'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, mais l'accomplissement de cette mission par tous les opérateurs actifs sur le marché, ce qui est un choix possible de l'État membre (voir point 179 ci-dessus), l'on ne saurait demander que chacun des opérateurs soumis aux obligations SIEG se voie confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel ».

Quelles seraient les caractéristiques d'un acte de mandatement adapté ?

- Que son élaboration, son évaluation et ses modifications éventuelles se fassent en association avec l'ensemble des parties prenantes, notamment avec les entreprises et les utilisateurs, conformément aux principes de bonne gouvernance de l'action publique.
- Qu'un mandatement collectif d'un ensemble d'entreprises données puisse être assuré de façon à alléger la charge bureaucratique d'un mandatement individuel de chaque entreprise en cas de forte densité du tissu d'entreprises, de leur petite taille et de leur ancrage local.
- Qu'il soit suffisant global dans la définition de la mission SIEG et des obligations qui en découlent de façon à incorporer la souplesse nécessaire à la satisfaction des besoins sociaux qui sont par définition évolutifs et variés et à intégrer la capacité d'initiative et d'innovation sociale ou commerciale de certaines entreprises.
- Que l'obligation de fournir le service qui en découle soit conditionnée à la mobilisation des ressources nécessaires et à la réalisation des conditions économiques permettant d'accomplir effectivement la mission SIEG, notamment au moyen de compensations ou d'octroi de droits exclusifs ou spéciaux.
- Qu'il puisse intégrer la double exigence de l'approche intégrée dans la satisfaction des besoins sociaux, tant en matière de définition de la mission SIEG que des obligations qui en découlent et de l'adaptabilité à l'évolution des besoins sociaux par simplicité de la procédure de révision de ses contenus et d'adoption formelle.

En savoir plus

- **CJCE** : arrêt BUPA T 289 03, disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>
- **Collectif SSIG** : Conclusion du présent guide en page XX

Comment mandater les acteurs de l'économie sociale ?

L'essentiel

- Comment intégrer les acteurs relevant de l'économie sociale dans cette construction juridique des SIEG ?
- Comment prendre en considération leur engagement volontaire dans la satisfaction des besoins sociaux ?
- Comment tenir compte de leur forme particulière d'entreprendre et de leur finalité non lucrative ?
- Comment reconnaître leur droit d'initiative face à la logique unilatérale du mandatement ?
- Les acteurs de l'économie sociale relèvent-ils par essence de la gestion d'une mission SIEG ?

Quelles sont les ouvertures de la jurisprudence ?

- **CJCE** : « Les articles 52 et 58 du traité CE ne s'opposent pas à ce qu'un État membre permette aux seuls opérateurs privés ne poursuivant pas de but lucratif de concourir à la réalisation de son système d'assistance sociale par la conclusion de conventions qui donnent droit au remboursement par les autorités publiques des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire ».
- **CJCE** : « Le caractère obligatoire d'une mission SIEG ne requiert pas que la loi exige et prédétermine la prestation d'un service particulier en privant de toute liberté commerciale l'opérateur en cause ».
- **CJCE** : (...) étant donné que le système ne prévoit pas d'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, mais l'accomplissement de cette mission par tous les opérateurs actifs sur le marché, ce qui est un choix possible de l'État membre, l'on ne saurait demander que chacun des opérateurs soumis aux obligations SIEG se voie confier séparément ladite mission par un acte ou un mandat individuel.

Quelles sont les adaptations nécessaires du droit communautaire des SIEG ?

- Prendre en considération l'existence d'entreprises particulières dont la finalité réside dans la satisfaction des besoins sociaux au service de la collectivité et ayant internalisé a priori le caractère d'intérêt général ou encore d'utilité sociale de la mission SIEG et les obligations qui en découlent.
- Prendre en considération la notion de tissu d'entreprises et d'ancrage local dans les exigences de mandatement par des formes collectives de mandatement adaptées.
- Concilier droit d'initiative des entreprises de l'économie sociale et exigence de mandatement par des formes adaptées de contractualisation globale disposant de suffisamment de souplesse.
- Intégrer la dimension de l'innovation sociale dans les conditions de mise en œuvre des obligations découlant de la mission SIEG.
- (...)

En savoir plus

- **CJCE** : Arrêt Sodemare C 70-95 disponible en ligne sur <http://www.ssig-fr.org>

Bibliographie

Services sociaux d'intérêt général**Principaux textes communautaires de la Commission européenne**

- *Les services d'intérêt général en Europe*, JOUE C281 du 26 octobre 1996
- *Les services d'intérêt général en Europe*, COM 2001 598 du 17 octobre 2001
- *Services d'intérêt économique général et aides d'Etat*, non-paper du 12 novembre 2002
- *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM 2003 270 du 21 mai 2003
- *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, COM 2004 374 du 12 mai 2004
- *Décision sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, COM 2005 267 du 28 novembre 2005, JOUE L312 du 29 novembre 2005
- *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*, COM 2006 177 du 26 avril 2006
- *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen*, COM 2007 725 du 20 novembre 2007
- *Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général*, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007
- *Questions fréquemment posées relatives à la décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, et l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public*, SEC 2007 1516 du 20 novembre 2007

Publications du Collectif SSIG

- *Droits fondamentaux, protection sociale et intégration européenne : quel cadre communautaire pour les services sociaux d'intérêt général ?* Actes de la conférence du Collectif SSIG du 30 mai 2006, Paris
- *Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ?* Préface de Vladimir Spidla, Commissaire européen à l'emploi, affaires sociales et égalité des chances, Collectif SSIG, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006
- *Les services sociaux d'intérêt général dans le marché intérieur du XXIème siècle : la nouvelle donne du traité réformateur.* Préfaces de Jean-Louis Destans, Joël Hasse-Ferreira et Raymond Hencks, Publication commune Comité des Régions – Comité Economique et Social Européen – Collectif SSIG, Bruxelles, janvier 2008
- *L'application du droit communautaire aux services sociaux : clarifications obtenues par le service interactif de la Commission européenne*, Collectif SSIG, mai 2008