



FRANCE

Rapport sur les compensations
de services d'intérêt économique général :
mise en œuvre de la décision de la Commission
européenne du 28 novembre 2005

TABLE DES MATIERES

1.	INTRODUCTION	1
1.1.	Cadre juridique européen applicable aux SIEG	2
1.2.	Champ d'application du rapport	3
1.3.	Remarques générales sur le cadre juridique des compensations de SIEG en droit français	5
2.	ANALYSE SECTORIELLE DES SERVICES D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL AU SENS DE LA DECISION DU 28 NOVEMBRE 2005	9
2.1.	Les aides au secteur du logement locatif social	9
2.1.1.	Différents types de compensations octroyées	9
2.1.1.1.	Aides fiscales liées à la nature de l'activité de l'organisme	9
2.1.1.2.	Aides à la pierre	10
2.1.1.3.	Mécanismes de garanties	10
2.1.2.	Un « mandat » défini par les textes	10
2.1.2.1.	Organismes pour l'Habitation à Loyers Modéré et Sociétés d'Economie Mixte	10
2.1.2.2.	Autres organismes :	11
2.1.3.	Des missions d'intérêt général définies par la loi	11
2.1.4.	Un réseau d'opérateurs légalement identifiés	12
2.1.5.	Paramétrage de la compensation	12
2.1.6.	Contrôle de la surcompensation	13
2.2.	Le Secteur Hospitalier	14
2.2.1.	Un financement des établissements de santé assuré pour l'essentiel par des tarifs et, de manière complémentaire, par des dotations ou des crédits d'intervention.	14
2.2.1.1.	Les sources de financement des activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCO) sont diverses.	14
2.2.1.1.1.	Un financement principal par des tarifs	14
2.2.1.1.2.	Un financement complémentaire par des dotations ou des crédits d'intervention.	15
2.2.1.2.	Les sources de financements des activités de psychiatrie, de soins de suite et de réadaptation.	16
2.2.2.	Un financement encadré, évalué et contrôlé	16
2.2.2.1.	Un mandatement exprès	16
2.2.2.2.	L'encadrement, l'évaluation et le contrôle des tarifs	17
2.2.2.3.	L'encadrement, l'évaluation et le contrôle des autres modes de financement	17
2.3.	Transports aériens et maritimes et infrastructures aéroportuaires et portuaires	19
2.3.1.	Infrastructures aéroportuaires et portuaires	19
2.3.1.1.	Les SIEG dans les aéroports	19
2.3.1.2.	Les SIEG dans le système portuaire français	21
2.3.2.	Lignes aériennes et maritimes	22
2.3.2.1.	Les lignes aériennes	22
2.3.2.2.	Les lignes maritimes	24
2.4.	Compensations de service d'intérêt économique général inférieures à 30 millions d'euros	26
2.4.1.	Des missions et des opérateurs très divers	26
2.4.2.	Des objectifs de politique publique traduits dans la loi budgétaire	28
2.4.3.	Procédures de compensations des SIEG	28
2.4.3.1.	Les conventions pluriannuelles de subvention	29
2.4.3.2.	Modèles de financement et de contrôle des établissements publics sous tutelle	31
2.4.3.3.	Un modèle de mandatement conventionnel dans le champ social et médico social	31
2.4.3.3.1.	Le mandatement par régime d'autorisation et conventionnement facultatif	32
2.4.3.3.2.	Les paramètres de calcul des compensations	32
2.4.3.3.3.	Contrôle	33
3.	OBSERVATIONS ET EVOLUTIONS	34

1. INTRODUCTION

A la suite de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes rendu dans l'affaire *Altmark* en 2003¹, la Commission européenne a adopté trois textes formant le « paquet Monti-Kroes »² sur l'analyse, au regard du droit des aides d'Etat au sens de l'article 87 du Traité sur les Communautés européennes, des financements versés par les pouvoirs publics en compensation des charges de service d'intérêt économique général (SIEG).

Parmi ces textes, la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005³ prévoit que les Etats membres sont exemptés de l'obligation de notifier à la Commission certaines de ces aides, sous certaines conditions qui permettent de présumer leur compatibilité avec le Traité. L'article 8 de cette décision prévoit que trois ans après l'adoption de cette décision, les Etats membres doivent dresser le premier bilan de la mise en œuvre de cette exemption de notification, tandis que la Commission européenne présentera ses propres conclusions en 2009.

Au cours des trois dernières années, les autorités françaises ont poursuivi les réflexions nécessaires à l'insertion dans le droit français de l'approche communautaire des SIEG et son articulation avec le droit français des services publics, qui constituent pour le gouvernement et les citoyens français un enjeu majeur de l'organisation sociale, de façon encore plus importante dans le contexte actuel de crise économique et financière. Cet exercice a conduit à sensibiliser les différents acteurs nationaux impliqués – services de l'Etat, collectivités locales, opérateurs économiques, associations, usagers des services – aux modalités de sécurisation et de pérennisation des financements publics octroyés pour compenser les coûts résultant des obligations de service public particulières liées à la gestion des SIEG. Cet exercice a également permis une prise de conscience des outils offerts par la mise en œuvre du paquet dit « Monti-Kroes » en termes d'amélioration du suivi de la dépense publique, de transparence et de traçabilité des financements, et de qualité des services offerts.

Les réflexions des autorités françaises se sont notamment développées au sein d'un groupe de travail chargé d'examiner les conséquences pour le fonctionnement des services publics français du droit communautaire des SIEG et des SSIG, et notamment du droit des aides d'Etat et de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur⁴. Le Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, le Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, et le Ministre du travail, de la solidarité, de la famille et des relations sociales, ont également chargé l'inspection générale des affaires sociales, avec l'appui de l'inspection générale de l'administration et de l'inspection générale des finances, d'une mission d'information sur la pérennisation des services d'intérêt général. Cette mission, qui a également participé au second « Forum des services sociaux d'intérêt général » organisé à Paris les 28 et 29 octobre 2008, a procédé à de très nombreuses auditions parmi lesquelles les associations représentatives des collectivités locales, les associations diverses à but non lucratif et les fédérations d'opérateurs dans le domaine de l'action sociale, du logement social, et de la formation professionnelle. Enfin, au plan communautaire, la mission a également travaillé en lien avec la Commission européenne, dont elle a rencontré les différents services compétents en matière de SIEG et de SSIG ; elle a suivi le déplacement des équipes

¹ Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), 24 juillet 2003, Affaire C-208/00, *Altmark Trans GMBH*, Rec. 2003, p. I-7747.

² Le « paquet Monti-Kroes » comprend les trois textes suivants :

- Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public du 28 novembre 2005, 2005/C 297/04, JOUE C297/4 ;
- Décision de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86§2 CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE L 312 du 29 novembre 2005 ;
- Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE L 318/17 du 17 novembre 2006

³ Décision 2005/842/CE précitée.

⁴ Directive n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE du L 376 du 27.12.2006, p. 36-68.

de la Commission européenne en Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, organisé en lien avec les autorités locales, sur les problématiques du paquet « Monti-Kroes » ; elle a enfin été associée aux travaux menés sur la question par les représentants des Etats membres dans le cadre du Comité de la protection sociale (« groupe Spiegel »).

Les travaux du groupe de travail ont permis de remplir un double objectif :

- sensibiliser davantage les acteurs nationaux concernés et de promouvoir le développement d'une véritable culture des aides d'Etat en France, auprès des collectivités publiques comme des opérateurs ;
- Fournir un appui aux travaux de recensement, lancés notamment par une circulaire du Ministre de l'intérieur, de l'outre mer et des collectivités territoriales du 4 juillet 2008 pour les collectivités locales. Parallèlement, les services compétents de l'Etat ont effectué un recensement similaire qui a servi de support principal à la rédaction du présent rapport.

1.1. Cadre juridique européen applicable aux SIEG

L'adoption par la Commission européenne, en 2005, d'un cadre juridique applicable aux financements publics des SIEG constitue un élément de réponse essentiel à la demande récurrente de plusieurs Etats membres, dont la France, en faveur d'une sécurisation du statut des services d'intérêt général en Europe, devant conduire à l'émergence d'un véritable service public européen. Il s'agit en effet de la première application pratique par la Commission des règles spécifiques découlant de l'article 86 §2 du Traité qui, dès le texte originel du Traité de Rome⁵, précise que « *les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général sont soumises aux règles du Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit et 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.* »

La réflexion sur le rôle que l'Union Européenne devrait jouer dans la fourniture de services d'intérêt général (SIG) de qualité, amorcée dans le courant des années 1990, s'est développée jusqu'à l'adoption des conclusions des Conseils européens de Nice en décembre 2000 et de Laeken en décembre 2001, qui soulignaient la nécessité d'élaborer un cadre communautaire pour le financement et l'évaluation des services d'intérêt économique général. Plusieurs initiatives de la Commission européenne⁶ ont ensuite permis de souligner les enjeux juridiques, économiques et sociaux attachés à la question des services d'intérêt général, et en particulier des SIEG, au regard de l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur, du droit de la concurrence et des aides d'Etat. Ces différentes étapes ont été autant d'occasions pour l'ensemble des Etats membres de souligner la forte dimension culturelle qui s'attache à l'organisation de ces services, ainsi que leurs particularismes juridiques et économiques nationaux.

Dans ce contexte, l'arrêt *Altmark* rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) le 24 juillet 2003, puis l'adoption du paquet « Monti-Kroes » en 2005 et 2006, ont constitué une des étapes clés de stabilisation de cette réflexion : ils ont reconnu qu'un soutien financier de l'Etat destiné à prendre en charge les coûts spécifiques résultant des obligations de services publics pouvait non seulement s'avérer nécessaire mais aussi bénéficier d'un régime spécifique au regard du droit des aides d'Etat⁷.

En 2006, la communication de la Commission intitulée « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services d'intérêt général dans l'Union européenne* »⁸ a par ailleurs

⁵ Cf. article 90 du traité de Rome – 1957.

⁶ Cf. Notamment, Rapport de la Commission européenne du 27 novembre 2002 concernant les lignes directrices relatives aux aides d'Etat dans le domaine des SIEG, COM (2002) 636 ; Livre vert sur la définition d'un cadre général sur les Services d'intérêt général du 21 mai 2003, COM(2003) 270 ; Livre blanc de 2004 sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004, COM (2004) 374 final.

⁷ Considérant 4 de la décision du 28 novembre 2005.

⁸ COM (2006)177 du 26 avril 2006

permis de mettre en lumière les spécificités des services sociaux d'intérêt général (SSIG) et de lancer un processus de consultation. Les discussions sur le projet de directive relative aux services dans le marché intérieur ont ainsi conduit le Parlement européen à exclure la plupart des SSIG⁹ de son champ d'application.

Par la suite, la Commission a adopté le 20 novembre 2007¹⁰, au sein du paquet sur la « révision du marché intérieur », une communication sur « *les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen* », accompagnée de deux documents de travail consacrés aux questions liées à l'application du droit des aides d'Etat au financement des SIEG, et à l'application des règles relatives aux marchés publics aux SSIG. De ces documents ressortent plusieurs éléments essentiels quant à la définition des missions de service public : d'une part, ces textes reconnaissent la diversité des services d'intérêt général (services sociaux, services de santé, éducation, industries de réseaux, services postaux, gestion de l'eau et des déchets, etc.) ainsi que leur contribution majeure à la cohésion économique, sociale et territoriale des Etats membres. D'autre part, le rôle capital des autorités publiques est rappelé, dans le cadre du principe de subsidiarité et en ligne avec l'article 16 CE, en ce qui concerne la définition de la nature et de l'étendue d'un service d'intérêt général – sans remettre en cause le respect des règles communautaires lorsque celles-ci sont applicables.

La communication, par ailleurs, précise la distinction juridique entre les SIEG et les SIG non économiques. Les SIEG sont soumis aux règles de la concurrence et du marché intérieur, sachant que, en matière de grandes industries de réseau comme les télécommunications, le gaz, l'électricité ou les transports, ce sont des directives sectorielles qui s'appliquent. Les SIG non économiques (comme la police, la justice ou bien encore les régimes légaux de sécurité sociale) ne sont soumis qu'aux principes généraux du traité, tels que le principe de non-discrimination, mais pas à une législation communautaire ni aux règles du marché intérieur et de la concurrence. La Commission précise que cette distinction ne tient pas à la nature de l'opérateur mais à la nature de l'activité, conformément à la jurisprudence de la CJCE.

Enfin, au travers du Protocole relatif aux services d'intérêt économique général annexé au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la gestion des SIEG ont été affirmés. Ce sont également les impératifs liés à cette gestion qui ont été mis en exergue : adaptation de l'offre de services publics aux besoins des utilisateurs, respect de la diversité des services et de la disparité des situations, des besoins et préférences des utilisateurs, la réalisation d'un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, garantie de l'égalité de traitement et promotion de l'accès universel, défense des droits des utilisateurs.

Les résultats de ces réflexions européennes montrent ainsi que les problématiques françaises se retrouvent au niveau communautaire, le modèle de service public français étant bien entendu compatible avec le développement d'un statut des SIEG au niveau communautaire.

1.2. Champ d'application du rapport

La décision du 28 novembre 2005 dispense de l'obligation de notification qui s'applique normalement aux aides d'Etat¹¹ certaines compensations de service public octroyées par les pouvoirs publics pour pourvoir aux obligations d'intérêt général pesant sur les opérateurs, qui sont présumées compatibles avec le Traité. Pour bénéficier de cette exemption de notification et de cette présomption de compatibilité, les mesures de financement doivent remplir certaines conditions.

Sont comprises dans le champ de cette exemption de notification les compensations des services d'intérêt économique général versées par les collectivités publiques, quelque soit le secteur d'activité

⁹ Article 2.2.j) de la directive n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur: « *les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat* ».

¹⁰ Communication du 20 novembre 2007, « *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen* », COM (2007) 724 Final.

¹¹ Article 88§3 TCE

concerné, qui ne dépassent pas un montant de 30 millions d'euros pour des entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros (ou 800 millions d'euros pour les établissements de crédit). Cette définition reposant seulement sur un critère de montant montre que la détermination du champ et du contenu des missions de SIEG continue de relever de la compétence des Etats membres, en application du principe de subsidiarité¹².

D'autre part, la décision prévoit certaines exemptions sectorielles : sont ainsi exemptées de notification les compensations de service public octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de services d'intérêt économique général, ainsi que les compensations de SIEG dans le secteur des services de liaison aérienne et maritime avec les îles et des infrastructures liées à l'aménagement du territoire : petits aéroports et ports.

Outre ces conditions de montant ou de secteur, l'exemption de notification est réservée aux compensations de SIEG octroyées par les pouvoirs publics dans le cadre d'un « mandat », défini à l'article 4 de la décision, qui comprend un ou plusieurs actes officiels dont la forme peut être déterminée par chaque Etat membre, établissant les éléments suivants :

- la nature et la durée des obligations de service public,
- les entreprises et le territoire concerné,
- la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés,
- les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation,
- les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

L'objet de ce mandat est d'éviter que la compensation publique « n'excède 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 décision définit également les coûts qui peuvent être pris en compte pour le calcul du montant de la compensation.

En revanche, la décision du 28 novembre 2005, et par conséquent le présent rapport, ne s'appliquent pas :

- aux aides supérieures aux montants définis dans la décision du 28 novembre 2005 (rappelés ci-dessus), qui restent dans le champ de la notification obligatoire et de l'examen de compatibilité exercé par la Commission en application de son « encadrement des aides d'Etat sous forme de compensations de service public ».
- au secteur des transports terrestres de voyageurs, régi par le « règlement OSP »¹³.
- aux financements publics qui entrent dans la catégorie « de minimis »¹⁴ ; en effet, « des aides n'excédant pas un plafond de 200 000 euros sur une période de trois ans n'affectent pas les échanges entre Etats membres et/ou ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence, et ne tombent pas, par conséquent, sous le coup de l'article 87, paragraphe 1, du Traité. ».
- aux compensations de services d'intérêt général qui ne sont pas constitutives d'aides d'Etat au sens de l'article 87 du Traité CE en raison de leur absence d'impact sur la concurrence ou de l'absence d'impact sur le commerce entre Etats membres.

¹² La Commission et la Cour de justice des communautés européennes n'exercent sur la qualification retenue par les Etats membres qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

¹³ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil ; JOUE L351 du 3 décembre 2007.

¹⁴ Règlement n°1998/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides « de minimis », JOUE L 379 du 28.12.2006, p. 5–10

- aux compensations de services d'intérêt général qui ne sont pas constitutives d'aides d'Etat au sens de l'article 87 CE parce qu'elles satisfont les conditions définies par la CJCE dans sa jurisprudence *Altmark*, notamment parce que les conditions d'appel au marché et de mise en concurrence ou d'établissement des références pour le paramétrage des bases de calcul des compensations ont permis de minimiser les coûts de référence, et donc le montant de la compensation¹⁵.

Pour mémoire, les conditions fixées par la jurisprudence de la CJCE pour qu'une compensation de SIEG ne soit pas considérée comme constitutive d'une aide d'Etat sont les suivantes :

« [...] Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies. [...] »

« [...] Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. [...] Aussi, la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. »

« [...] Troisièmement, 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 y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable. [...] »

« [...] Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être 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. »

Ce sont donc les conditions de détermination des coûts de référence qui distinguent les cas dans lesquels une compensation de SIEG peut échapper à la qualification d'aide d'Etat, au sens de la jurisprudence *Altmark*, ou bien être qualifiable d'aide d'Etat, sa compatibilité avec le Traité étant alors examinée ou présumée dans le cadre des textes du « paquet Monti-Kroes ».

1.3. Remarques générales sur le cadre juridique des compensations de SIEG en droit français

L'examen de l'encadrement juridique des « services d'intérêt économique général » en France se place dans le cadre général de la doctrine des services publics, telle qu'elle a été progressivement définie en droit public français. Sur le fond, les éléments principaux, et notamment les modalités d'attribution des missions de service public en droit français, qualifiées à partir de l'existence d'obligations de service public, ainsi que les mécanismes de paramétrage des compensations versées et de contrôle de la surcompensation éventuelle, correspondent ainsi aux exigences de mandatement prévues par l'article 4 de la décision. Ces éléments du mandatement apparaissent toutefois le plus souvent éclatés entre plusieurs actes juridiques.

L'application des éléments du « mandat de SIEG » au sens du paquet Monti-Kroes ne vient donc pas bouleverser l'ensemble du système, mais conduit plutôt à compléter et rationaliser des mécanismes préexistants à la lumière de la logique de contrôle des surcompensations au titre des aides d'Etat.

¹⁵ Arrêt précité.

La notion de service public est ancienne en France. C'est l'arrêt *Blanco*, rendu le 8 février 1873 par le Tribunal des conflits¹⁶, qui évoque pour la première fois la notion de service public en raison de la responsabilité particulière que l'exercice de ces missions peut faire naître et la compétence du juge administratif qui s'y rattache. Cette notion a ensuite été inscrite à l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'à l'article 11 de la Constitution de 1958 auxquels sont rattachés les droits civils, politiques et sociaux. La notion française de service public repose sur le cumul de deux éléments principaux : le but, puisqu'il s'agit toujours d'une mission d'intérêt général, et les moyens d'exercice (par une personne publique, ou bien par un organisme privé, soumis à des obligations particulières et bénéficiant de prérogatives exorbitantes du droit commun permettant l'exercice de cette mission).

Le régime juridique du service public, élaboré dans la première moitié du XX^{ème} siècle, repose également sur trois principes jurisprudentiels essentiels, autrement désignés « lois de Rolland », auxquels font écho la notion communautaire d'obligation de service public :

- le principe de continuité du service public, qualifiée de principe constitutionnel en 1979, qui définit la nécessité de répondre sans interruption aux besoins d'intérêt général,
- le principe d'égalité devant le service public, principe à valeur constitutionnelle qui signifie que toute personne a un droit égal à l'accès au service, participe de manière égale aux charges financières résultant du service et enfin doit être traitée de la même façon que tout autre usager du service,
- le principe de mutabilité (ou encore d'adaptabilité), corollaire du principe de continuité, qui vise à assurer une valeur ajoutée qualitative du service. Le service public doit donc s'adapter aux évolutions de la société, aux évolutions techniques ainsi qu'aux besoins des citoyens. Cette adaptabilité du service public concerne également les modalités de son financement.

Traditionnellement, le droit public français distingue les services publics administratifs (SPA - qui relèvent des tribunaux administratifs) et les services publics industriels et commerciaux (SPIC) qui relèvent pour partie des tribunaux civils. Du fait de cette distinction classique en droit administratif français, le débat sur les SIG dans notre pays a longtemps été limité aux « grands services publics à la française » qui sont pour beaucoup des SPIC : les grands services publics de réseaux, aujourd'hui encadrées en droit européen par des directives spécifiques.

Les textes ne figent pourtant pas le contenu précis de la catégorie des services publics : il s'agit essentiellement d'un champ qui doit évoluer en fonction du contexte général et des besoins de la collectivité. L'étendue des missions de service public résulte ainsi à la fois du choix du législateur et de la qualification susceptible d'être effectuée par le juge (dont le juge constitutionnel).

Le choix du législateur s'exprime dans la définition des compétences respectives des autorités publiques. A ce titre, le régime juridique français des collectivités publiques et les lois de décentralisation ont identifié des champs d'intervention pour les différents échelons de collectivités publiques – Etat, régions, départements, et communes. De façon générale (et indépendamment du champ de la décision du 28 novembre 2005) cette répartition des compétences peut être schématiquement décrite de la façon suivante :

- les services exercés à l'égard des personnes sont souvent scindés entre les différentes autorités publiques, et les compétences sont croisées. Ces politiques répondent aux préoccupations majeures de la société et correspondent principalement au champ des politiques sociales : action sociale, emploi et insertion, politiques locales visant à répondre aux besoins de proximité des usagers et à encourager le développement économique et social ;
- Les compétences ayant trait à l'existence d'un réseau de distribution (réseau de transport, distribution d'eau ou d'énergie) sont en général confiées par la loi à une autorité publique spécifiquement identifiée, identique sur l'ensemble du territoire couvert (échelon communal par exemple);

¹⁶ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. Lebon, p. 61.

- Les compétences ayant trait à une infrastructure (ports, aéroports par exemple) sont attribuées au niveau des collectivités publiques géographiquement compétentes ;
- Les compétences exercées à l'égard d'un « produit » (déchets, assainissement...) sont attribuées à un niveau de collectivité publique en appliquant le principe de subsidiarité au regard de la nature du produit et du degré de proximité requis par l'intervention.

Les missions font l'objet d'autorisations de dépenses destinées à financer les charges découlant du service public. Le cadre budgétaire général de l'Etat, qui découle de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, découpe ainsi l'action budgétaire et fiscale de l'Etat en missions, déclinées en programmes eux-mêmes subdivisés en actions, de façon à identifier les choix de politique publique en matière par exemple d'emploi, d'éducation, de sécurité, de logement et à permettre au Parlement de se prononcer chaque année sur l'ensemble des dépenses de l'Etat en fonction de leur objet. Après sa publication au Journal Officiel de la République Française, l'exécution de la loi de finances de l'année fait l'objet d'une série de contrôles visant à s'assurer que la totalité des crédits votés par le Parlement est utilisée pour l'accomplissement des missions en vue desquelles ils ont été autorisés.

L'exécution du budget de l'Etat repose sur deux catégories d'agents dont les fonctions sont séparées : les ordonnateurs, qui prescrivent la dépense sans manipuler les deniers publics, et les comptables, qui sont responsables sur leurs fonds propres de la manipulation des deniers, mais n'ont jamais de pouvoir autonome de décision dans l'opération de dépense ou de recette qu'ils sont chargés d'exécuter. Lors de la réalisation de chaque opération, ordonnateurs et comptables contrôlent notamment la réalité de la dette et le montant de la dépense.

Chaque année, les comptes des comptables publics font également l'objet d'un contrôle juridictionnel exercé par la Cour des Comptes qui peut les condamner à rembourser sur leurs propres deniers le montant du déficit constaté dans les comptes, de la recette perdue ou de la dépense irrégulièrement payée.

De son côté, la Cour de Discipline Budgétaire et Financière (CDBF) est compétente pour juger les fautes de gestion de certains ordonnateurs et peut les déclarer responsables des violations des règles d'exécution des dépenses et des recettes des organismes qu'ils dirigent.

Enfin, le Parlement exerce son contrôle politique lors de la discussion et du vote de la loi de règlement qui lui permet d'apprécier l'usage que le gouvernement a fait des autorisations budgétaires accordées par la loi de finances de l'année.

S'agissant des collectivités territoriales, les règles d'exécution des budgets locaux sont très proches de celles applicables à l'Etat. L'exécution repose également sur deux catégories d'intervenants : l'ordonnateur - qui est l'autorité locale, un élu - et le comptable qui est un agent de l'Etat chargé d'exécuter la dépense.

En outre, les budgets locaux font l'objet d'un contrôle, au regard d'un corpus de règles prévues par le code général des collectivités territoriales (équilibre, sincérité, dépenses obligatoires), exercé par le représentant de l'Etat (le préfet). Ce dernier a la capacité en cas d'irrégularité ou de déséquilibre, de saisir la chambre régionale des comptes (CRC) formée de magistrats financiers qui par ailleurs réalisent à intervalle régulier (tous les quatre ans en règle générale) un examen de la gestion de ces collectivités.

Enfin c'est l'Etat (Direction générale des collectivités locales et direction générale des finances publiques) qui détermine par voie réglementaire le cadre comptable et budgétaire des collectivités territoriales, dans le cadre législatif fixé par le Parlement.

*

Le présent rapport se propose, en application des dispositions de la décision du 28 novembre 2005, de présenter une analyse sectorielle du financement des services d'intérêt économique général visés par son champ d'application.

Par ailleurs, dans la perspective du premier rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la décision par la Commission, le rapport décrit certaines difficultés d'application posées par cette réglementation et introduit des suggestions d'évolutions qui paraissent nécessaires au terme de ces trois années de mise en œuvre.

2. ANALYSE SECTORIELLE DES SERVICES D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL AU SENS DE LA DECISION DU 28 NOVEMBRE 2005

2.1. Les aides au secteur du logement locatif social

Le secteur du logement social connaît actuellement en France de multiples bouleversements dus à l'augmentation du coût de l'immobilier et la hausse de la demande de logement social. Les besoins en financement public des organismes en charge de sa gestion ont cru proportionnellement à la demande des ménages français.

Afin d'y répondre, les projets de construction ou de rénovation du parc locatif social se sont multipliés. Toutefois, financièrement, compte tenu de l'évolution récente des prix des logements, l'activité de construction de nouveaux logements sociaux demeure structurellement très déficitaire, malgré les aides importantes de l'Etat et des collectivités et les éventuels résultats nets parfois substantiels dégagés par les opérateurs¹⁷. Certains indicateurs révèlent de manière significative l'état de ce secteur d'activité. Ainsi, sur les opérations nouvelles moyennes, pour atteindre l'équilibre financier après quarante ans d'exploitation, il faudrait en moyenne des subventions supplémentaires à hauteur de près de 20% du prix du logement¹⁸. La situation n'est bien entendu pas homogène selon la localisation, les contraintes techniques et le niveau des contreparties sociales mais le constat du déséquilibre est très largement vérifié.

Un tel besoin de financement public justifie la nécessité d'une évaluation et d'un contrôle efficace des compensations versées aux opérateurs de ce secteur dans une optique d'optimisation de la dépense publique. La décision du 28 novembre 2005 permet, par le mécanisme du mandatement, de contribuer à cet objectif. Dans ce cadre les mécanismes de financements du secteur ont été améliorés afin de répondre à l'ensemble des exigences imposées. L'article 2 b) de la décision prévoit que les compensations versées par l'Etat et les collectivités territoriales à des entreprises gestionnaires de logements sociaux, quels que soient leurs montants, ne doivent faire l'objet d'aucune notification.

2.1.1. Différents types de compensations octroyées

Le secteur locatif social bénéficie selon les missions poursuivies de trois types d'aides susceptibles en tant que telles d'entrer dans le champ d'application de la décision 2005/842/CE.

2.1.1.1. Aides fiscales liées à la nature de l'activité de l'organisme

Les activités des organismes HLM de toute nature¹⁹ comprises dans le service d'intérêt économique général défini par la loi sont exonérées d'impôt sur les sociétés (IS). La contrepartie de l'exonération est l'encadrement de l'activité et la limitation de la faculté de rémunération des actionnaires, de manière à ce que les bénéficiaires soient réinvestis dans l'activité de logement social notamment lorsque celle-ci est déficitaire. La même exonération s'applique aux sociétés d'économie mixte (SEM) de logement social. D'autres types d'organismes sont exonérés en fonction de leur activité (associations) ou de leur statut (collectivités locales, unions d'économie sociale intervenant en faveur du logement des personnes en difficulté).

¹⁷ Ces fonds permettent par ailleurs le financement d'opérations nouvelles déficitaires. Cf. infra.

¹⁸ Cf. Etude du rapport de Michel Camdessus relatif à la modernisation de la distribution du livret A et des circuits de financement du logement social », 17 décembre 2007 disponible sur http://www.premier-ministre.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_final_camdessus.pdf. Cette appréciation ne prend pas en compte l'hypothèse d'un retour ou d'une rentabilité des fonds propres investis par l'opérateur.

¹⁹ Cf. art. L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation

2.1.1.2. Aides à la pierre

Les aides à la pierre sont versées en fonction des nouvelles opérations (logements neufs, logements anciens avec ou sans travaux, travaux). Elles se divisent en :

- aides budgétaires de l'Etat et des collectivités
- aides de circuit ou de taux : financement à conditions préférentielles par la Caisse des dépôts et consignations sur la ressource du livret A
- aides fiscales : taux réduit de TVA, exonération de taxe foncière pendant 25 ans

Certaines aides à la pierre (aide de taux, exonération de taxe foncière) sont versées de manière différée dans le temps, même si elles sont conditionnées à un événement déclencheur initial. La prévisibilité de la valeur actuelle de ces aides est soumise à un ensemble de facteurs notamment conjoncturels (taux de croissance de la taxe foncière...).

S'ajoutent à ces aides des dispositions fiscales spécifiques portant sur des montants beaucoup plus limités (barèmes spécifiques de taxe locale d'équipement ou de certains droits d'enregistrements, exonération de taxe foncière de logements destinés à la démolition...).

2.1.1.3. Mécanismes de garanties

Par ailleurs, les collectivités locales accordent leur garantie à la plupart des emprunts des organismes HLM. Cette garantie a pour contrepartie l'octroi d'un droit de réservation (présentation des candidats locataires) sur une partie des logements financés au profit de la collectivité garante. A défaut de garantie de collectivité locale, un établissement public, la Caisse de garantie du logement locatif social (CGLLS), peut également accorder sa garantie moyennant rémunération. L'existence d'une garantie est, en principe, indispensable pour le bénéfice du prêt de la CDC.

2.1.2. Un « mandat » défini par les textes

Les missions d'intérêt général confiées aux opérateurs du logement social sont attribuées par acte officiel des autorités publiques. Les éléments principaux de ce mandat figurent explicitement à l'article L.411-2 Code de la Construction et de l'Habitation (CCH) auxquels viennent s'ajouter les conventions d'aides personnalisées au logement (APL) conditionnant l'obtention des aides pour certains organismes.

2.1.2.1. Organismes pour l'Habitation à Loyers Modéré et Sociétés d'Economie Mixte²⁰

Concernant les organismes HLM, le mandat peut être considéré comme étant de nature législative²¹ et réglementaire. Outre les dispositions de l'article L. 411-2 d'autres définissent, en particulier, les règles d'attribution des logements auxquels sont soumis les organismes HLM. S'y ajoute la convention APL relative à chaque programme, qui vient compléter et préciser le mandat au cas d'espèce.

Par ailleurs, la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales²² pose le principe d'un conventionnement global entre l'Etat et les organismes HLM et les sociétés d'économie mixte (SEM), susceptible d'aider à la mise en œuvre d'objectifs locaux. Chaque organisme peut conclure une convention avec l'Etat pour une durée de 6 ans, sur la base d'un plan stratégique de patrimoine établie en concertation, tenant compte des programmes locaux de l'habitat (PLH). Les collectivités délégataires des aides à la pierre participent à l'élaboration de la convention et peuvent en être signataires. Cette convention comprend entre autres éléments, la politique de patrimoine et d'investissement de l'organisme, dont les mises en vente ; le classement de ses immeubles ou

²⁰ Pour un inventaire précis des textes applicables, cf. Livre II du Code de la Construction et de l'Habitation

²¹ Cf. infra, extrait de l'article L. 411-2 CCH définissant la mission principale confiée aux organismes HLM notamment.

²² Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF 17 août 2004, 1

ensembles immobiliers selon leur niveau de service ; ses engagements en matière de qualité du service rendu aux locataires ; et un cahier des charges de gestion sociale.

Le décret d'application n°2007-316 du 8 mars 2007²³ complète les conditions dans lesquelles les organismes d'HLM et l'Etat pourront convenir des engagements portant sur les aspects physiques, économiques et sociaux de chaque patrimoine de logement social. Il précise en outre les consultations et concertations à organiser ainsi que le contenu du cahier des charges de gestion sociale.

Le projet de loi « Mobilisation pour le logement »²⁴ rend obligatoire le dispositif pour tous les bailleurs sociaux en instituant une convention d'utilité sociale obligatoire avant fin 2010 assortie de sanctions financières en cas de refus de la part de l'organisme de s'engager dans le processus d'élaboration ou de manquement grave aux obligations de la convention. Cette convention comprend, outre les dispositions précédentes, des indicateurs sur les différentes dimensions de l'activité de l'organisme (construction, entretien du patrimoine, dimension sociale...) avec des objectifs à atteindre.

Les SEM de logement social sont soumises aux mêmes contraintes que les organismes HLM. L'article 20 bis du projet de loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion²⁵ apporte une clarification en reprenant les mêmes termes de définition du SIEG que pour les organismes HLM.

2.1.2.2. Autres organismes :

Pour tous les autres types d'organismes, le mandat ne résulte pas d'un acte législatif générique mais de la combinaison d'un agrément des autorités publiques et d'une convention spécifique.

Un agrément relatif à l'opérateur (maîtrise d'ouvrage de logement locatif social), indispensable pour les logements les plus sociaux, est délivré par les autorités. Dans un second temps, programme par programme, une convention d'aide personnalisée au logement (Convention APL) régissant les conditions d'utilisation et d'occupation (plafond de loyer et de ressources du locataire) du logement est signée avec l'opérateur. Cette convention ne comprend pas en elle-même de dispositions financières, mais elle déclenche certaines aides fiscales et est accompagnée d'une décision unilatérale de financement de la part de l'Etat pour les opérations subventionnées (ou d'une décision d'agrément en l'absence de subvention).

2.1.3. Des missions d'intérêt général définies par la loi

Les missions d'intérêt général dévolues aux opérateurs du logement social ont été précisément identifiées et définies en tant que service d'intérêt économique général par les dispositions pertinentes du code de la construction et de l'habitation applicables à l'ensemble des organismes en charge du logement social. Son article L.411-2 définit ainsi précisément le champ de cette mission et se réfère explicitement à : « *la construction, l'acquisition, l'amélioration, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 351-2 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources.* »

Outre cette mission principale de construction et de gestion de logements sociaux, deux missions complémentaires ont été identifiées : l'accession à la propriété et l'intervention dans les copropriétés dégradées. Toutes ne sont pas mises en œuvre par l'ensemble des organismes HLM ni par les propriétaires de logements sociaux. Chaque mission emporte un régime d'aides spécifique.

Enfin, les organismes HLM peuvent éventuellement exercer d'autres activités non comprises dans le SIEG attribué, pour lesquels ils tiennent une comptabilité séparée et ne sont pas exonérés de l'impôt sur les sociétés.

²³ Décret n°2007-316 du 8 mars 2007 relatif aux conventions globales de patrimoine des organismes d'habitation à loyer modéré, JORF du 9 mars 2007, 4

²⁴ Cf. Infra.

²⁵ En cours de débat au Parlement

La mission attribuée aux opérateurs de logement social s'accompagne d'obligations spécifiques pesant directement sur l'opérateur. Les plafonds de loyers et de revenus des locataires imposés aux organismes qui visent à offrir des solutions de logement adaptées aux capacités des ménages à revenus modestes, ainsi que, dans le cas des organismes HLM, les règles d'organisation et de priorité dans les attributions et la limitation de la faculté de distribution du résultat (lucrativité limitée), sont autant de manifestations de la mission d'intérêt général confiées à ces opérateurs.

Le SIEG de gestion de logements sociaux inclut ainsi des contraintes particulières en matière d'attribution de logements, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la loi portant droit au logement opposable du 5 mars 2007²⁶ qui prévoit par exemple, la possibilité pour le préfet de désigner certains organismes comme devant accueillir en urgence les ménages prioritaires.

Dans le cas des organismes HLM, la loi et le règlement, dans le cas des autres organismes, les conventions APL, fixent donc les contraintes de gestion des logements locatifs sociaux ; la durée des obligations de service public et la durée de la convention (au minimum 15 ans, automatiquement reconduite sans limite de temps dans le cas des organismes HLM).

2.1.4. Un réseau d'opérateurs légalement identifiés

Les entités auxquelles l'obligation est confiée sont généralement identifiées par la loi. Dans les autres cas, chaque convention APL désigne la partie qui est propriétaire-bailleur du logement financé.

La politique d'aide au logement distingue, parmi les logements locatifs, le parc social et le parc privé. Le parc social se définit par l'existence d'une convention (convention APL) régissant les conditions d'utilisation et d'occupation du logement. Conformément à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation, la plupart des logements sociaux appartiennent ou sont gérés par des organismes HLM (près de 300 offices publics, 300 sociétés anonymes, 200 sociétés coopératives) ou des sociétés d'économie mixte ayant une activité immobilière (environ 300) ; une minorité relève des collectivités locales, de leurs groupements, d'associations, d'unions d'économie sociale ou de groupements d'intérêt économique (GIE) agréés pour le logement des personnes défavorisées (environ 200), de propriétaires personnes physiques ou morales privées ou d'organismes privés divers (filiales de la Caisse des Dépôts et Consignations, sociétés immobilières du 1% Logement etc.)

2.1.5. Paramétrage de la compensation

En pratique, la répartition du montant des aides accordées est fonction des capacités financières des différents contributeurs, Etat et collectivités territoriales principalement. Pour l'Etat, le paramétrage de la compensation est effectué sur la base d'un barème national dépendant de la localisation du logement, de ses caractéristiques techniques, du niveau des contreparties sociales imposées (plafonds de loyer et de ressources). La plupart des logements sociaux bénéficient d'un montant unitaire de subvention très limité (de l'ordre de 3000€ par logement), voire d'aucune subvention. Les textes législatifs fixent également les dispositions d'aides de nature fiscale réservées aux logements sociaux.

Les subventions budgétaires font l'objet de décisions de financement accompagnant la convention APL mais distinctes de celle-ci. Celles-ci s'inscrivent dans le cadre des règles générales de barèmes fixés par le règlement pour l'Etat, par les délibérations pour les collectivités territoriales. Une mise à jour régulière des paramètres d'aides en fonction de l'évolution des besoins, mais également des ressources budgétaires disponibles, est également prévue par les textes.

Les financements préférentiels de la CDC font l'objet de contrats de prêts faisant mention du caractère social des logements financés.

Le système de paramétrage des compensations dans le secteur du logement social requiert encore plusieurs ajustements afin de fournir une analyse *ex ante* propre à chaque opération. Pour l'heure, le barème est défini en prenant en compte différentes caractéristiques possibles déjà mentionnées, des subventions locales qui ne sont pas encadrées par l'Etat mais qui viennent généralement compléter le

²⁶ Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.

financement, au niveau nécessaire pour atteindre un niveau de déséquilibre supportable par l'organisme. Le caractère national et homogène du barème des subventions de l'Etat permet d'éviter les effets inflationnistes.

2.1.6. Contrôle de la surcompensation

La puissance publique dispose d'un large pouvoir de contrôle et de sanction à l'égard des organismes HLM : agrément *a priori* avec définition d'un champ de compétence géographique ; participation, et souvent présidence, des collectivités locales au conseil d'administration des offices publics de l'habitat – organismes HLM de droit public ; pouvoir de contrôle de la Mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS) pouvant donner lieu à des sanctions financières, voire au retrait de l'agrément ; pouvoir de contrôle du préfet.

En amont, les décisions de financement par l'administration font l'objet d'une analyse financière de l'équilibre prévisionnel des opérations. Cette analyse permet de demander un effort de loyer par rapport au barème plafond pour les opérations plus faciles à équilibrer, et à apporter une vigilance sur la santé globale de l'organisme en cas d'opération déficitaire.

En aval, les organismes HLM, et plus généralement toutes les opérations de logement social, sont soumises au contrôle de la MILOS²⁷ qui porte sur la régularité et la qualité de la gestion ainsi que sur l'adéquation des compensations versées à la mission d'intérêt général attribuées. Ils sont également soumis au contrôle des préfets et des collectivités locales.

Par ailleurs, le respect des conventions APL peut faire l'objet de contrôles des services déconcentrés du ministère chargé du logement, qui peuvent donner lieu respectivement à la perte du bénéfice de l'APL, et des services fiscaux, qui peuvent donner lieu à la reprise des aides fiscales.

L'article L.353-11 du code de la construction et de l'habitat dispose que « *Le contrôle de l'application des conventions définies au présent chapitre est assuré par l'administration* ». Les organismes (gestion des prestations familiales) mentionnés à l'article L.351-8 sont tenus de lui fournir toutes les informations nécessaires à l'exercice de ce contrôle. Dans chaque convention-type, un article relatif au contrôle indique que : « *le bailleur fournit à tout moment à la demande du représentant de l'Etat dans le département toutes les informations et tous les documents nécessaires au plein exercice de ce contrôle* ».

La périodicité du contrôle est également établie. Le contrôle peut se faire à l'occasion de la première occupation, de la troisième date anniversaire (risque de passation d'un nouveau bail ou d'une reprise du logement par le propriétaire), de sondages périodiques, de l'enquête OPS (mixité sociale) ou encore par la mission MILOS. Celle-ci procède à intervalles réguliers à une évaluation d'ensemble de la gestion des organismes.

Par ailleurs, les organismes en charge du logement social sont tenus de communiquer leurs comptes à l'administration. Cette communication comprend les états réglementaires incluant les éléments financiers (bilan, compte d'exploitation). Les offices publics de l'habitat à comptabilité publique sont soumis au contrôle du juge des comptes (chambres régionales des comptes qui vérifient les comptes et donne chaque année décharge et quitus au comptable public de l'organisme. Les sociétés anonymes HLM ainsi que les offices soumis à une comptabilité de code de commerce doivent faire certifier leurs comptes par un commissaire aux comptes sans condition de seuil.

Les sanctions encourues pour le non-respect des engagements conventionnels sont déterminées par les conventions. Celles-ci se distinguent en différents types : sanctions pénales, fiscales, financières ou par la résiliation de la convention. Au titre de ces sanctions administratives figure de manière expresse le remboursement des subventions en cas d'absence d'inadéquation

Conscient de la nécessité d'organiser des contrôles plus efficaces permettant de prévenir les risques de surcompensations, le gouvernement a souhaité améliorer le mécanisme existant à travers deux

²⁷ Cf. Rapport Public annuel d'activité de la Mission interministérielle d'inspection du logement social pour l'année 2007, disponible sur http://www.logement.gouv.fr/IMG/pdf/miilos-rapport_2007_cle0d718a.pdf. Par ailleurs, une présentation des contrôles effectués par la MILOS est également disponible sur <http://www.logement.gouv.fr/IMG/pdf/controle2007.pdf>.

dispositions du projet de loi de Mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion²⁸. Ce projet de loi permettra de poursuivre la mise en conformité du financement du secteur locatif social avec le paquet « Monti-Kroes ». Celui-ci prévoit la mise en place de conventions d'utilité sociale et d'indicateurs permettant d'exercer un contrôle financier plus précis sur les aides (article 1). L'éventualité d'utiliser de tels indicateurs pour mettre en place un système efficace de prévention de la surcompensation est envisagée. En outre, l'article 2 du projet de loi prévoit l'instauration d'un prélèvement sur les moyens financiers devenus surabondants dégagés par les bailleurs sociaux ayant une activité d'investissement réduite. Ce prélèvement permettra de renforcer la mutualisation des moyens entre organismes. Ce prélèvement sera de nature à limiter le risque de surcompensation en privant les organismes dont le résultat sert peu aux nouveaux investissements, d'une partie de leurs ressources.

2.2. Le Secteur Hospitalier

Le financement des établissements de santé publics ou privés par des crédits d'assurance maladie intervient pour des structures ou des activités qui concernent les soins apportés aux patients à titre principal (soins de courte durée ou concernant des affections graves pendant leur phase aiguë en médecine, chirurgie, obstétrique, odontologie et psychiatrie, soins de suite ou de réadaptation) ou auxiliaire (ex : transports en urgence de type « SMUR », enseignement, recherche clinique).

Ce financement concerne 1 774 établissements du secteur public et à but non lucratif et 1 413 établissements du secteur privé, en application du principe d'égalité de traitement entre les secteurs²⁹.

Quels que soient les vecteurs (tarifs, dotations, crédits d'intervention) retenus, l'ensemble des financements concourt à l'exercice des missions des services de santé d'intérêt général.

En application de l'article 2 b) de la décision du 28 novembre 2005, les hôpitaux sont dispensés de notifier les compensations et ce, quel qu'en soit le montant.

2.2.1. Un financement des établissements de santé assuré pour l'essentiel par des tarifs et, de manière complémentaire, par des dotations ou des crédits d'intervention.

2.2.1.1. Les sources de financement des activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie (MCO) sont diverses.

Un profond mouvement de réforme a été engagé depuis 2005. Sur le champ des activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie, le modèle de financement des établissements de santé publics et privés repose en effet depuis cette date sur une tarification à l'activité (T2A) qui comprend plusieurs composantes.

2.2.1.1.1. Un financement principal par des tarifs

La principale source de financement (84%) est constituée des « tarifs » des prestations fixés par le Gouvernement. Financés sur des crédits d'assurance maladie, ils prennent des formes différentes (tarifs par séjour, forfaits, suppléments, coefficients) selon la nature de la prise en charge.

a) les tarifs par séjour

La première source de financement des établissements provient du paiement des prestations d'activité réalisées. L'activité est mesurée grâce à la répartition des cas traités dans des groupes homogènes de séjour (GHS). Hormis quelques exceptions, à chaque GHS correspond un tarif. Les GHS sont issus de

²⁸ <http://www.senat.fr/dossierleg/pil07-497.html>.

²⁹ Le principe d'égalité de traitement explique, par exemple, que l'ensemble des établissements exerçant des activités de médecine, chirurgie, obstétrique et odontologie, soit financé de la même manière.

la classification en groupe homogène de malades (GHM). Une liste positive des actes, procédures ou motifs de prise en charge détermine les conditions dans lesquelles il est possible de facturer un GHS. Dans le cas contraire, l'activité est réputée relever d'une prise en charge externe rémunérée sous la forme d'actes ou de consultations externes.

b) des tarifs par prestations, forfaits ou suppléments

Certaines activités non décrites par les GHS sont financées, totalement ou partiellement, par des forfaits ou par des suppléments aux tarifs :

- les services d'urgence autorisés (forfait annuel et tarif par passage) ;
- l'activité de prélèvement d'organes sur personne décédée (forfaits) ;
- l'activité de coordination des prélèvements d'organes (forfait annuel) ;
- les consultations et actes externes (tarif CCAM et, le cas échéant, forfaits techniques) ;
- une prestation (sécurité et environnement hospitalier) décliné en quatre niveaux pour la prise en charge d'actes qui nécessitent un environnement de sécurité hospitalier pour des malades ambulants (actes d'endoscopie, actes nécessitant un environnement de type « bloc opératoire », surveillance médicale nécessitée par certains actes, saignées thérapeutiques).
- la prise en charge du nouveau-né en unité de néonatalogie, réanimation néonatale ou pédiatrique (supplément) ;
- la prise en charge en unité de réanimation, soins intensifs ou surveillance continue (supplément) ;
- le traitement de l'insuffisance rénale chronique (forfait « dialyse ») ;
- l'utilisation de matériel de petite chirurgie lors de la prise en charge non programmée de patient dans des établissements qui ne sont pas autorisés à pratiquer l'activité d'accueil et de traitements des urgences. (forfait petit matériel codé FFM) ;
- les prestations d'hospitalisation à domicile (forfaits « groupes homogènes de tarifs » (GHT).

c) des paiements supplémentaires, ou paiements en sus

Les médicaments et les dispositifs médicaux implantables (prothèses) ont vocation à être inclus dans le tarif des GHS. Toutefois, certains produits à la fois très onéreux – notamment des produits innovants - et dont la prescription est variable, risqueraient d'introduire une hétérogénéité au sein d'un même GHS. Afin de garantir l'accès des patients à ces médicaments ou dispositifs, dont la liste est fixée par arrêté, ils sont pris en charge en plus du tarif des prestations.

Arrêtés au niveau national, les tarifs sont différents selon les catégories d'établissements : un barème est appliqué aux établissements de santé anciennement financés sous dotation globale et un autre barème est appliqué aux cliniques privées anciennement financées sous objectif quantifié national. Ce dernier barème exclut entre autres la rémunération des praticiens qui sont rémunérés à l'acte par honoraires. Il est prévu de faire converger ces barèmes à horizon 2012 pour obtenir un seul et unique barème de tarifs recouvrant des charges identiques.

Hormis la prise en compte de spécificités liées à la situation géographique des établissements (article L.162-22-10 CSS) ou au processus de montée en charge de la tarification à l'activité (VII de l'article 33 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2004), les tarifs sont les mêmes à l'intérieur d'un même régime de financement (voir supra) pour une même pathologie.

2.2.1.1.2. Un financement complémentaire par des dotations ou des crédits d'intervention.

Un complément de ressources est alloué aux établissements de santé par la dotation MIGAC.

Le texte fondateur de la dotation nationale MIGAC³⁰ est la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004³¹ qui a introduit l'article L.162-22-13 dans le code de la sécurité sociale. Cet article définit la nature des activités pouvant relever d'un financement par la dotation MIGAC.

³⁰ MIGAC pour « missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation ».

³¹ Loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004.

Cette dotation permet d'allouer aux établissements publics ou privés des ressources pour l'exercice de certaines missions comme l'enseignement, la recherche et l'innovation ou les urgences. Ces missions sont définies par les articles D.162-6 à D.162-8 du code de la sécurité sociale. Au titre de celles-ci, sont notamment visés les financements relatifs :

- aux missions d'enseignement, de recherche, de référence et d'innovation (MERRI) : recherche clinique, enseignement des formations des personnels médicaux, activités de soins expérimentales, etc.
- aux missions de santé publique : vigilance (ex : centre anti-poisons, centres de coordination des soins), prise en charge par des équipes pluridisciplinaires (ex : équipes mobiles de soins palliatifs), prise en charge des produits du corps humain non couverts par la tarification, activités de dépistage anonyme et gratuit, prévention et éducation pour la santé, aide médicale d'urgence, etc. ;
- à la mise en œuvre du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) ³² ;
- au rôle de recours dévolu à certains établissements ;
- ou aux activités de soins dévolues à certaines populations spécifiques.

En complément, d'autres crédits peuvent être délégués aux établissements de santé pour des soutiens spécifiques, ciblés et ponctuels en matière d'investissements, de ressources humaines, d'actions de modernisation et de restructuration des établissements de santé ainsi que de financement de certaines entités au travers du Fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés (FMESPP)³³. Ce fonds finance des opérations de modernisation agréées par les agences régionales de l'hospitalisation (ARH). La gestion de ce fonds est assurée par un établissement financier public, opérateur extérieur au ministère de la santé, la Caisse des dépôts et consignations.

2.2.1.2. Les sources de financements des activités de psychiatrie, de soins de suite et de réadaptation.

Les sources de financement de ce champ d'activités sont réduites. Les prestations de soins sont financées au travers de dotations annuelles de financement qui constituent la part des dépenses garantie par l'assurance maladie (article L. 174-1 CSS) ou de tarifs journaliers (article L. 174-3 CSS) dont les montants sont arrêtés par l'Etat au niveau national et par les agences régionales de l'hospitalisation au niveau régional. La dotation MIGAC ne pouvant être mobilisée sur le champ des activités de psychiatrie, de soins de suite et de réadaptation, les établissements de santé peuvent se voir déléguer des crédits au titre du FMESPP.

2.2.2. Un financement encadré, évalué et contrôlé

Le financement des établissements de santé découle du mandat qui leur est donné pour exercer leur activité.

2.2.2.1. Un mandatement exprès

Le mandatement confié aux établissements de santé découle de l'attribution par les agences régionales de l'hospitalisation d'autorisations³⁴ donnant un droit pour la réalisation de certaines activités par les établissements de santé. Ces attributions s'inscrivent dans le cadre du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS) pluriannuel qui fait l'objet d'une publication. Pour certaines activités (exemples : soins intensifs, surveillance continue), une reconnaissance contractuelle remplace l'autorisation de soins. Ces autorisations d'exercer ouvrent un droit au financement dont la forme varie selon la discipline exercée (MCO, soins de suite et de réadaptation, psychiatrie).

³² Selon les dispositions de la circulaire N°DHOS/O/2004/101 du 5 mars 2004 relative à l'élaboration des Schéma régional d'organisation des soins de troisième génération. Le SROS a pour objet de prévoir l'organisation et l'évolution de l'offre de soin afin de répondre de manière optimale à la demande de santé. Le SROS permet notamment aux établissements de santé publics et privés d'orienter l'allocation des ressources.

³³ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 - loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 - article 40 relatif au fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés.

³⁴ Chapitre II, titre II du Livre Premier du Code de la santé publique relatif à l'organisation des activités des établissements de santé (article L. 6122-1 et suivants).

L'existence du mandat confié aux établissements de santé se déduit également des arrêtés tarifaires, des arrêtés fixant leurs dotations ainsi que du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) qu'ils concluent avec l'ARH.

Ce dispositif conventionnel prévu par l'article L. 6114-1 du code de la santé publique pour une durée maximale de cinq ans détermine, entre autres, les orientations stratégiques de l'établissement de santé, identifie certaines unités (soins palliatifs, surveillance continue, surveillance continue pédiatrique), précise les missions faisant l'objet d'un financement par la dotation MIGAC. Le CPOM fixe également les objectifs quantifiés des activités de soins et équipements matériels lourds pour lesquels une autorisation a été délivrée.

2.2.2.2. L'encadrement, l'évaluation et le contrôle des tarifs

La progression de l'ensemble des composantes du financement des établissements de santé (tarifs par séjour, forfaits, suppléments, coefficients, dotations, crédits du FMESPP) est revue dans le cadre de campagnes tarifaires annuelles en fonction du taux d'évolution de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM), de l'objectif « dépenses relatives aux établissements de santé financés à l'activité » ou de l'objectif « autres dépenses relatives aux établissements de santé » votés par le Parlement.

L'évolution de chacune de ces composantes fait l'objet d'une concertation préalable avec l'ensemble des acteurs du secteur en particulier dans le cadre des travaux du conseil de l'hospitalisation (art. L.162-21-2 CSS).

Une évaluation *a posteriori* est organisée dans le cadre de différentes instances qui, pour certaines, associent les représentants des établissements : comité d'alerte sur l'évolution des dépenses de l'assurance maladie (art. L.114-4-1 CSS), observatoire économique de l'hospitalisation publique et privée (art. L. 161-21-3 CSS).

Sur le champ MCO et dans le cadre de la tarification à l'activité, l'évolution des « tarifs » des prestations MCO est déterminée dans le respect de l'objectif « dépenses relatives aux établissements de santé financés à l'activité » (art. L.162-22-10 CSS). Elle fait l'objet d'un arrêté pris au plan national et d'arrêtés individuels pris, au plan régional, pour chaque établissement.

Un suivi spécifique de la tarification est organisé dans le cadre d'un comité ad hoc – le comité d'évaluation de la T2A – qui rassemble entre autres, sous l'autorité d'une personnalité qualifiée, les représentants des établissements. Ses travaux font l'objet d'un rapport d'évaluation.

Un contrôle externe de l'activité tarifée des établissements de santé est réalisé par l'assurance maladie³⁵ (voir article R.162-42-8 à R.162-42-13 du code de la sécurité sociale)³⁶.

Sur le champ des activités de psychiatrie, de soins de suite et de réadaptation, l'évolution moyenne des tarifs est déterminée au plan national dans le respect de l'objectif « autres dépenses relatives aux établissements de santé ». Elle fait l'objet d'un arrêté pris au plan national et d'arrêtés individuels pris, au plan régional, pour chaque établissement.

2.2.2.3. L'encadrement, l'évaluation et le contrôle des autres modes de financement

L'évolution des dotations de financement susmentionnée est fixée annuellement dans le respect de l'objectif « dépenses relatives aux établissements de santé financés à l'activité » (MIGAC) ou de l'objectif « autres dépenses relatives aux établissements de santé » (dotation annuelle de financement, dotation des unités de soins de longue durée, crédits du FMESPP) votés par le Parlement. Elle fait l'objet d'arrêtés pris au plan national et d'arrêtés individuels pris, au plan régional, pour chaque

³⁵ Voir les articles R.162-42-8 à R.162-42-13 du code de la sécurité sociale.

³⁶ Les pratiques médicales des établissements de santé publics et privés font également l'objet d'une évaluation, soit par les établissements eux-mêmes, soit par des entités telles que la Haute autorité de santé (art. L.6113-1s CSP).

établissement. L'allocation de la dotation MIGAC se fait sur une base contractuelle dans le cadre du CPOM.

Afin d'éviter l'existence de disparités entre les régions dans les critères retenus pour l'allocation des crédits au titre de la dotation MIGAC, une démarche de standardisation a été engagée et des instruments ont été proposés aux ARH. Un guide méthodologique de contractualisation a été rédigé dans ce sens³⁷ et leur a été adressé.

Celui-ci précise la doctrine d'utilisation de la dotation MIGAC et la démarche qui conduit à l'allocation de ces crédits. Il contient des fiches de support juridique et financier ainsi que des comparaisons chiffrées interrégionales. Des travaux de modélisation et de normalisation des financements ont ainsi abouti en matière de centres de dépistage anonymes et gratuits (valorisation à partir d'une structure standard et de normes en personnel ou charges de structure), de centres de coordination de la lutte contre les infections nosocomiales (valorisation à partir de critères liés notamment au nombre de lits couverts), de centres anti-poisons (valorisation à partir du nombre de dossiers traités, de normes de personnel ou de données démographiques), de consultations mémoire et centres mémoires de ressources et de recherche (dans le cadre du plan Alzheimer) pour n'en citer que certains. Ces travaux se poursuivent entre autres sur les SAMU – SMUR ou les observatoires des médicaments, des dispositifs médicaux et des innovations thérapeutiques.

Les ARH assurent un contrôle de la bonne utilisation des crédits et vérifient le respect des obligations des établissements figurant au CPOM. Elles peuvent le cas échéant prononcer les sanctions prévues par le décret n°2006-1332 du 2 novembre 2006 qui prévoit des pénalités financières ou / et une suspension du contrat et des financements afférents.

Les crédits du Fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés (FMESPP) (autres que ceux mobilisés au titre d'Hôpital 2007) font, quant à eux, l'objet de délégations par l'administration centrale par des circulaires ou des lettres de notification à destination des agences régionales de l'hospitalisation³⁸. Ces crédits sont versés sur présentation des factures justificatives des dépenses ou de réalisation des travaux, accompagnées de l'engagement ou de l'avenant au CPOM passé entre l'ARH et l'établissement de santé. Le décret relatif au fonds prévoit une procédure de suivi et de contrôle de l'utilisation de ces crédits par le directeur de l'ARH. Des mesures peuvent être prises en cas de constat d'inachèvement ou de retard pris dans la réalisation de l'opération qui constitue l'objet de la subvention. De même, lorsque le directeur de l'ARH constate que le coût final de l'opération est notablement inférieur à son coût prévisionnel, il peut décider la restitution partielle de la subvention versée, par référence au taux de subvention fixé dans l'avenant ou l'engagement contractuel. Dans le cadre du contrôle du FMESPP, un rapport annuel est établi par la Caisse des dépôts et consignations et adressé aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Ce rapport dresse notamment un bilan des dotations allouées en fonction du statut et de la taille des établissements bénéficiaires. Une annexe de loi de financement de la sécurité sociale retrace, enfin, l'utilisation des crédits du FMESPP et en informe le Parlement.

S'agissant des crédits d'aide à l'investissement relevant du plan national de relance de l'investissement hospitalier « Hôpital 2007 », deux circulaires nationales³⁹ définissent le cadre du mandat, les règles d'éligibilité des opérations ainsi que leurs modes de suivi et de financement.

Le suivi de l'exécution des opérations liées au plan Hôpital 2007 a, quant à lui, fait l'objet d'une revue annuelle de pilotage dans chaque région. Un outil dédié de *reporting* (sur le coût, le financement, la qualité et le calendrier des projets) baptisé S.I.D.O.N.I.H. (pour « système d'Information des données

³⁷La troisième édition (juin 2008) de ce guide est disponible à l'adresse suivante : [http://www.parhtage.sante.fr/re7/npc/doc.nsf/VDoc/9ABDBE8544354160C12572660059C400/\\$FILE/guide%20V1.doc](http://www.parhtage.sante.fr/re7/npc/doc.nsf/VDoc/9ABDBE8544354160C12572660059C400/$FILE/guide%20V1.doc)

³⁸Décret n°2001-1242 du 21 décembre 2001, modifié relatif au fonds pour la modernisation des établissements de santé publics et privés, JORF du 23 décembre 2001, LD, p. 20478. Les ARH attribuent ensuite des subventions ou des avances aux établissements concernés, déléguées par le Fonds. Le paiement au bénéfice de ces établissements ne peut intervenir qu'à réception par la Caisse des dépôts et consignations de la facture acquittée relative aux frais engagés, cette dernière représentant ainsi le fait générateur.

³⁹Pour l'année 2007 : Circulaire n°DHOS/F2/F3/2007/129 du 4 avril 2007 et circulaire n°DHOS/F2/F3/2007/428 du 6 décembre 2007 relative au financement en 2007 par le FMESPP et/ou recettes assurance maladie (MIGAC ou DAF) du volet investissement du plan « Hôpital 2007 ».

relatives à l'Investissement Hospitalier ») partagé entre les ARH, la DHOS et la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) a été créé à cet effet. Chaque établissement délégataire des crédits Hôpital 2007 a vu son CPOM modifié pour répondre aux objectifs de transparence et de traçabilité des crédits.

Au-delà de ces procédures qui sont mises en œuvre annuellement, des contrôles ponctuels peuvent être réalisés par la Cour des Comptes, l'Inspection générale des affaires sociales ou l'Inspection générale des finances afin de s'assurer de l'utilisation adéquate des crédits délégués.

2.3. Transports aériens et maritimes et infrastructures aéroportuaires et portuaires

Le secteur des transports et infrastructures aériens et maritimes connaît depuis 2004 un vaste mouvement de réorganisation sous l'impulsion combinée du droit communautaire et des réformes engagées sur le plan national.

Du point de vue des aides d'Etat, la décision du 28 novembre 2005 exempte de notification les aides d'Etat dans les domaines suivants :

- les compensations de service public accordées aux aéroports et aux ports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 100 000 passagers pour les aéroports et 300 000 passagers pour les ports au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général.

- les compensations de service public accordées aux liaisons aériennes ou maritimes avec les îles dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint 300 000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général;

La décision rappelle également que « *dans le domaine des transports aérien et maritime, la présente décision s'applique uniquement aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public accordées à des entreprises pour des services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité, qui respectent, le cas échéant, le règlement (CEE) no 2408/92 et le règlement (CEE) no 3577/92.* »

2.3.1. Infrastructures aéroportuaires et portuaires

2.3.1.1. Les SIEG dans les aéroports

L'article 28 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 a conduit au transfert de 150 aéroports appartenant à l'Etat au profit de collectivités territoriales et de leurs groupements. La loi n°2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse a notamment conduit à décentraliser en 2003 les aéroports de Figari, Bastia, Calvi et Ajaccio au profit de la collectivité territoriale de Corse. Les compétences transférées s'étendent à l'aménagement, à l'entretien et à la gestion des aéroports. Seuls les aéroports à vocation nationale ou internationale, listés par le décret n° 2005-1070 du 24 août 2005, ont été exclus du processus de décentralisation ainsi que les aéroports des collectivités d'outre-mer.

En ce qui concerne les douze grands aéroports régionaux qui restent, à l'issue du processus de décentralisation, de la compétence de l'Etat – Nice, Toulouse, Lyon, Marseille, Bordeaux, Nantes, Strasbourg, Montpellier, Pointe-à-Pitre, Fort-de-France, Saint Denis de la Réunion et Cayenne – qui étaient exploités par les chambres de commerce et d'industrie (CCI), l'article 7 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 a prévu un dispositif permettant une réforme progressive du mode de gestion de ces aéroports. Les concessions de ces aéroports (à l'exception de Nantes) peuvent désormais, à l'initiative des CCI concernées, être transférées à des sociétés spécialement constituées, entièrement détenues, dans un premier temps, par des capitaux publics. A terme, le capital de ces sociétés pourra être ouvert au secteur privé.

Les exploitants d'aéroports en France sont chargés par la loi⁴⁰, qui leur confie les prérogatives de puissance publiques correspondantes, d'assurer les mesures de sûreté du transport aérien ainsi que le service de sauvetage et lutte contre les incendies d'aéronefs et de prévention du péril aviaire. Les dépenses que leur occasionne l'exercice de ces missions sont strictement compensées par un financement spécifique de l'État principalement constitué par le produit de la taxe d'aéroport perçue sur les transporteurs aériens.

Les activités financées par la taxe d'aéroport correspondent aux activités mentionnées au paragraphe 33 des Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'Etat au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux du 9 décembre 2005 (ci-après « les lignes directrices »)⁴¹.

La Commission considère par ailleurs que les missions de sûreté et autres missions de police aéroportuaires sont des activités non économiques :

- par exemple, dans les lignes directrices, elle indique que *« les activités qui tombent normalement sous la responsabilité de l'État dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ne sont pas de nature économique et n'entrent pas dans le champ d'application des règles sur les aides d'État. De telles activités comprennent la sûreté, le contrôle du trafic aérien, la police, les douanes, etc. De façon générale, le financement de ces activités doit rester strictement limité à la compensation des coûts engendrés par celles-ci. »*
- cette position est également reprise dans le rapport de la Commission au Conseil et Parlement européen concernant la sûreté des transports et son financement⁴² : *« La Commission estime notamment que, étant donné qu'il incombe au premier chef aux États de protéger les citoyens européens des attaques terroristes, le financement public des actions visant à prévenir de tels actes qui se rattachent à l'exercice de prérogatives réservées en général aux autorités publiques ne constitue pas une aide d'État. »*

Cette position de la Commission européenne reflète l'état de la jurisprudence communautaire⁴³ qui relève de façon constante que les activités qui tombent normalement sous la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ne sont pas de nature économique et n'entrent pas dans le champ des règles sur les aides d'Etat.

Les activités de services publics aéroportuaires, autres que les activités non économiques déjà mentionnées sont financées par des redevances payées par les usagers et le cas échéant par des subventions.

⁴⁰ Article L. 213-3 du code de l'aviation civile : *« I. - Les exploitants d'aérodromes ... sont tenus d'assurer, sous l'autorité du titulaire des pouvoirs de police mentionné à l'article L. 213-2 [le préfet], le sauvetage et la lutte contre les incendies d'aéronefs, ainsi que la prévention du péril aviaire. Ils peuvent, en tout ou partie, confier l'exécution de ces missions, par voie de convention, au service départemental d'incendie et de secours, à l'autorité militaire ou à un organisme agréé dans des conditions fixées par décret.*

II. - Sauf dans les cas où, en application notamment des dispositions du I de l'article L. 282-8, leur mise en œuvre est assurée par les services de l'Etat, les mesures prescrites en application du règlement (CE) n° 2320/2002 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile sont mises en œuvre sous l'autorité du titulaire des pouvoirs de police mentionné à l'article L. 213-2, par les exploitants d'aérodromes, les entreprises de transport aérien, les prestataires de service d'assistance en escale, les entreprises ou organismes agréés au sens des articles L. 213-4 et L. 321-7, les employeurs des agents visés au deuxième alinéa du I de l'article L. 282-8, les entreprises qui leur sont liées par contrat et les autres personnes autorisées à occuper ou utiliser les zones non librement accessibles au public des aérodromes, chacun dans son domaine d'activité.

Un décret en Conseil d'Etat précise les catégories de mesures qui incombent à chacune des personnes visées à l'alinéa précédent ».

Voir également, la Circulaire du 31 octobre 2006 relative aux aides d'Etat à l'ouverture de nouveaux services au départ d'aéroports régionaux et financement des aéroports, définissant les activités relevant des services d'intérêt économique général et celles relevant des activités non marchandes au sein des aéroports.

⁴¹ Communication de la Commission européenne, « Lignes directrices communautaires sur le financement des aéroports et les aides d'état au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux », COM 2005/C 312/1, JOUE, du 9 décembre 2005, C 312/01.

⁴² Rapport de la Commission au Conseil et Parlement européen relatif à la sûreté des transports et son financement du 1^{er} août 2006, COM(2006) 431 final

⁴³ Voir par exemple, CJCE, *Eurocontrol*, affaire C-364/92, 19 janvier 1994, Rec.1994, p. I-43

Pour son activité de prestataire de services publics aéroportuaires, le concessionnaire perçoit des redevances pour service rendu en application de l'article L. 224-2 du code de l'aviation civile (article 9 de la loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports⁴⁴). Ces redevances sont payées par les usagers et n'engendrent aucun transfert de ressources d'Etat. Elles comprennent notamment⁴⁵ :

- la redevance d'atterrissage ;
- la redevance de stationnement ;
- la redevance par passager ;
- la redevance pour usage des installations fixes de distribution de carburants d'aviation ;
- des redevances accessoires correspondant, par exemple, à la mise à disposition de locaux techniques ou d'installations de traitement des eaux, à l'allumage du balisage lumineux de pistes, etc.

Concernant les modalités de fixation de ces redevances, l'article L. 224-2 du code de l'aviation civile pose le principe que le montant des redevances tient compte de la rémunération des capitaux investis et l'article R. 224-3-1 du code de l'aviation civile prévoit que la fixation des tarifs des redevances peut permettre à l'exploitant d'aéroport de recevoir une juste rémunération des capitaux investis. L'article L.224-2 précité rappelle par ailleurs que le produit global de ces redevances ne peut excéder le coût des services rendus sur l'aéroport. Ainsi, pour chaque concessionnaire, le niveau des tarifs doit permettre à la rentabilité de la concession d'atteindre le coût moyen pondéré de son capital, en moyenne sur une période pertinente et en tenant compte de l'évolution attendue de la performance de gestion de l'entreprise.

Pour les aérodromes appartenant à l'état, les modalités de contrôle par l'État des tarifs des redevances, via les contrats de régulation économique d'au plus cinq ans prévus par l'article L. 224-2 du code de l'aviation civile, permettront de s'assurer que la rémunération du concessionnaire demeure en moyenne à un niveau raisonnable. Le décret n°2007-244 du 23 février 2007 relatif aux aérodromes appartenant à l'Etat et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes, prévoit, dans le cahier des charges types qui lui est annexé (article 72) que « *le concessionnaire met en place et exploite un système d'information et une comptabilité analytique de ses différentes activités qui identifient notamment le périmètre mentionné à l'article R. 224-3-1 du code de l'aviation civile et celui des services publics aéroportuaires mentionnés à l'article R. 224-1 de ce même code. Ces situations font l'objet chaque année d'une attestation par un organisme indépendant. Les éléments du système d'information et les données comptables sont tenus à tout moment à la disposition des mêmes ministres, dans des formes appropriées à la tenue d'audits externes.* ».

A titre complémentaire, les aéroports dont le trafic annuel moyen n'a pas atteint un million de passagers au cours des deux précédents exercices précédant l'octroi de SIEG ou dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint 100 M€ au cours des deux exercices précédant l'octroi du SIEG et dont le montant annuel moyen de compensation pour le SIEG en cause est inférieur à 30 M€ en moyenne sur 5 ans selon les termes de la décision de la commission européenne du 28 novembre 2005⁴⁶, peuvent éventuellement bénéficier de subventions octroyées dans le cadre de conventions permettant au concessionnaire de remplir ses obligations de service public aéroportuaire.

2.3.1.2. Les SIEG dans le système portuaire français

Les ports français ont connu deux vagues de décentralisation :

- en 1983, avec le transfert des ports de pêche aux départements et le transfert des ports de plaisance aux communes,

⁴⁴ Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, JORF du 21 avril 2005, n°93.

⁴⁵ Cf. article R 224-2 du code de l'aviation civile.

⁴⁶ Cf. Lignes directrices du 9 décembre 2005, considérant 41.

- en 2004, avec le transfert de 18 ports d'intérêt national à différentes collectivités (régions, départements, syndicats mixtes). Ce transfert a pris effet au 1er janvier 2007 (1^{er} août 2006 pour Bayonne).

A l'heure actuelle, seuls demeurent de la responsabilité de l'Etat :

- les 7 ports autonomes métropolitains (désormais appelés « grands ports maritimes » dans le cadre de la réforme portuaire du 4 juillet 2008) : Marseille, Bordeaux, La Rochelle, Nantes-Saint Nazaire, Le Havre, Rouen et Dunkerque
- le port autonome de la Guadeloupe
- les ports d'intérêt national de la Réunion, la Martinique, la Guyane et St-Pierre et Miquelon qui n'ont pas été décentralisés dans le cadre de la loi du 13 août 2004.

Les grandes activités de service d'intérêt général liées à la gestion des infrastructures portuaires relèvent de prérogatives de puissance publique et, à ce titre, n'entrent pas dans le champ d'application de la décision de 2005 :

- les capitaineries dans l'exercice de leurs différentes missions, qui sont des missions de puissance publique (police portuaire notamment), ne sont pas, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission européenne, des SIEG couverts par la décision du 28 novembre 2005⁴⁷.
- Les dépenses d'entretien et de réalisation d'infrastructures "de base" : ouvrages d'accès maritime et de défense contre la mer (écluses maritimes, digues, brise-lames...), entretien des accès maritimes (dragage...), ouvrages de desserte (interne et externe) des ports ne constituent pas des aides d'Etat puisqu'elles bénéficient à l'ensemble de la communauté maritime et relèvent de dépenses de l'Etat engagées dans le cadre de ses responsabilités dans la planification et le développement du système de transport maritime. Ces aménagements relèvent des prérogatives de puissance publique, comme la Commission européenne a pu l'admettre dans sa décision du 20 décembre 2004 relative au financement de la gestion des infrastructures portuaires flamandes⁴⁸. En complément, des investissements dans les infrastructures internes des ports⁴⁹ peuvent faire l'objet de financements des pouvoirs publics.

Par ailleurs, certaines activités telles que le lamanage, le pilotage et le remorquage, liées à une mission d'intérêt général de sécurité et organisée comme telles par la loi sont assimilables à des SIEG⁵⁰.

2.3.2. Lignes aériennes et maritimes

2.3.2.1. **Les lignes aériennes**

Le règlement n°2408/92/CE du Conseil du 23 juillet 1992⁵¹ concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires fixe (article 4) un cadre pour les OSP imposées sur les liaisons aériennes desservant une zone périphérique ou de développement située sur son territoire ou sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport régional situé sur son territoire : définition des OSP, attribution d'une exclusivité sur la base d'un appel d'offres, versement d'une compensation à l'exploitant désigné. Par ailleurs, les Etats membres doivent informer au préalable la Commission des OSP qu'ils envisagent d'imposer sur une ligne aérienne et la Commission publie ces obligations au JOUE.

⁴⁷ Cf. notamment la décision de la Commission européenne du 16 octobre 2002, *Aide d'Etat N° 438/2002 – Belgique, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique*, C(2002)3763 final

⁴⁸ Décision de la commission européenne du 20 décembre 2004, *aide d'Etat N° 520/2003 – Belgique Aide financière pour des travaux d'infrastructure dans les ports flamands*, COM (2004)3933 fin.

⁴⁹ Ecluses et ponts mobiles internes, bassins, murs des quais, jetées, terrassement des terre-pleins, infrastructures de transbordement...

⁵⁰ Cf. CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries SA*, Affaire, C-266/96, Rec.1998, p. I-3949, rendu à propos des activités de lamanage.

⁵¹ Règlement (CEE) n° 2408/92/CEE du Conseil, du 23 juillet 1992, concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires, JO L 240 du 24.8.1992, p. 8-14.

Les lignes directrices relatives aux aides d'Etat dans le secteur de l'aviation du 10 décembre 1994 rappellent (chapitre III-2 : Obligations de service public) le principe de la sélection des compagnies aériennes par la voie d'une adjudication publique (pt 16) et précisent que le niveau de compensation est le principal critère de sélection (pt 20). La Commission indique par ailleurs (pt 18) qu'« elle considère que la compensation au titre des OSP ne comporte aucun élément d'aide si le transporteur a été correctement sélectionné par appel d'offres, sur la base de la limitation de l'accès à la liaison à un seul transporteur et si le niveau maximal de la compensation n'excède pas le montant du déficit ».

Les dispositions du règlement 2408/92/CEE ont été largement reprises par les articles 16 et suivants du nouveau règlement n°1008/2008/CE du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté⁵², qui a remplacé le 1^{er} novembre 2008 le règlement n°2408/92/CE. Les dispositions de ce règlement concernant le montant des compensations de service public pouvant être octroyées ont été revues à la lumière de sur l'arrêt *Altmark*.

Ainsi, les principes généraux applicables aux OSP sont définis à l'article 16 :

- une obligation n'est imposée que dans la mesure nécessaire pour assurer sur [une] liaison une prestation minimale de services aériens réguliers répondant à des normes fixes en matière de continuité, de régularité, de prix ou de capacité minimale auxquelles le } transporteur aérien ne satisfait pas s'il ne devait considérer que son seul intérêt commercial ;
- les normes fixes imposées sur la liaison soumise à une obligation de service public de ce type sont établies d'une manière transparente et non discriminatoire ;
- les critères permettant aux Etats membres d'évaluer la nécessité et l'adéquation d'une obligation de service public envisagée (paragraphe 2).

La procédure d'appel d'offres, décrite en détail par l'article 17 précise notamment que « *chaque Etat membre concerné communique le texte intégral de l'appel d'offre à la Commission, sauf lorsque conformément à l'article 16 paragraphe 5 [liaisons inférieures à 10 000 passagers par an], il a annoncé l'obligation de service public par la publication d'un avis dans son journal officiel national. Dans ce cas, l'appel d'offres est également publié au journal officiel national* ». L'appel d'offres et le contrat qui en découle doivent couvrir certains points spécifiques et notamment « a) les normes requises par l'obligation de service public »; « e) les paramètres objectifs et transparents sur lesquels se fonde le calcul de la compensation éventuelle pour l'exécution des obligations de service public ». Le contenu de l'avis d'appel à la concurrence est, par ailleurs, précisé à l'article 17 paragraphe 5.

S'agissant plus précisément de la compensation de service public, l'article 17 paragraphe 7 précise que « *la sélection parmi les offres présentées est opérée le plus rapidement possible compte tenu de l'adéquation du service et notamment des prix et des conditions qui peuvent être proposés aux usagers ainsi que du coût de la compensation requise, le cas échéant, du ou des Etats membres concernés* ».

En outre, l'Etat membre concerné peut éventuellement verser une compensation à un transporteur aérien, compensation qui « ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution de chaque obligation de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par le transporteur aérien ainsi que d'un bénéfice raisonnable ».

Enfin, le règlement (article 16 paragraphe 10) rappelle que « *le droit d'exploiter les services [...] est concédé après appel d'offres conformément [à la procédure décrite] à l'article 17* ». La durée maximale de la concession est fixée à quatre ans et voire à cinq ans pour les OSP imposées sur une liaison vers un aéroport desservant une région ultrapériphérique (article 16 paragraphe 9).

Par ailleurs, les documents relatifs à la sélection d'un transporteur aérien pour l'exécution d'une OSP peuvent être demandés par la Commission de sa propre initiative ou à la demande d'un Etat membre (article 17 paragraphe 10).

⁵² Règlement (CE) n° 1008/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, JO L 293 du 31.10.2008, p. 3–20.

En France, les liaisons aériennes de service public, quelles que soient leurs caractéristiques, sont conformes au cadre précis fixé par ce règlement, qui prend en compte notamment les critères de l'arrêt *Altmark*.

Il existe onze liaisons aériennes de service public reliant des îles, avec un trafic annuel inférieur à 300 000 passagers. Dix liaisons relient la France continentale à la Corse, une liaison relie Brest à Ouessant.

2.3.2.2. Les lignes maritimes

L'article 4 du règlement n°3577/92/CE⁵³ permet aux Etats membres d'imposer des obligations de service public et de conclure des contrats de service public pour les services réguliers à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre des îles pour autant que ces obligations soient nécessaires et qu'elles soient établies sur une base non discriminatoire à l'égard de tous les armateurs communautaires.

Les orientations communautaires C(43)-2004⁵⁴ relatives aux aides d'Etat au transport maritime prévoient également dans leur article 9, relatif aux « obligations de service public et contrats », que des obligations de service public (OSP) peuvent être imposées ou des contrats de service public (CSP) peuvent être conclus pour des services répondant à l'article 4 du règlement 3577/92/CE. Pour ces services, les OSP et les CSP, ainsi que les compensations financières, doivent respecter les orientations, les règles et procédures prévues par le traité en matière d'aides d'Etat.

La législation française est conforme au règlement n°3577/92/CE relatif à l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes.

Le dispositif applicable aux transports maritimes réguliers publics de personnes et de biens pour la desserte des îles est régi par la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) n° 82-1153 du 30 décembre 1982, modifiée par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, notamment pour ce qui concerne les transferts de compétences aux collectivités locales en matière de transport.

Les transports maritimes réguliers publics de personnes et de biens pour la desserte des îles sont organisés par le département (collectivité locale) et, dans les cas où l'île desservie appartient à une commune continentale, par cette dernière. Ils sont assurés par la collectivité organisatrice ou des entreprises publiques ou privées (article 48-1 de la LOTI).

La collectivité territoriale organisatrice visée à l'article 48-1 peut fixer des obligations de service public concernant les ports à desservir, la régularité, la continuité, la fréquence, la capacité à offrir le service et la tarification pour les services réguliers à destination des îles ou entre îles qui s'appliquent de façon non discriminatoire à toutes les entreprises (article 48-2 de la LOTI).

La collectivité territoriale organisatrice peut conclure, sur une base non discriminatoire, des contrats de service public afin que soit fourni un niveau de service suffisant.

Pour la desserte des îles françaises deux grands cas de figure peuvent se présenter :

- le libre jeu du marché répond aux besoins de desserte des populations et la collectivité organisatrice du transport maritime (au sens de la LOTI) n'intervient pas (desserte des Glénants, desserte passagers de Batz).
- le marché ne permet pas de répondre aux besoins des îliens (cas le plus fréquent) notamment en terme de régularité, de fréquence, de capacité ou de tarifs et la collectivité intervient, conformément à la loi, en fixant des obligations de service public. La collectivité procède généralement par délégation de service public (îles du Finistère ou du Morbihan), à l'exception de quelques cas d'exploitation en régie (île d'Yeu).

⁵³ Règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil, du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime), *JO L 364 du 12.12.1992, p. 7-10*

⁵⁴ Communication C(2004) 43 de la Commission — Orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime - *Journal officiel n° C 013 du 17/01/2004 p. 0003 - 0012*

Un premier ensemble de dessertes maritimes bénéficient de compensations de service public pour des liaisons maritimes dont le trafic annuel moyen reste inférieur à 300 000 passagers au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du SIEG. Ces financements sont encadrés par le contrat de service public.

2.4. Compensations de service d'intérêt économique général inférieures à 30 millions d'euros

La décision du 28 novembre 2005 présume la compatibilité - et dispense de l'obligation de les notifier - les compensations inférieures à 30 millions d'euros par an pour les entreprises au chiffre d'affaire annuel hors taxe inférieur à 100 millions d'euros (ou 800 millions pour les établissements de crédit) au cours des deux années précédentes, dès lors qu'elles remplissent les conditions de mandatement définies dans ce cadre : identification de la nature et de la durée des obligations de service public, des entités auxquelles la prestation de ces services a été confiée, paramètres de calcul de la compensation, et sauvegardes pour éviter le versement de surcompensations.

Cette catégorie regroupe donc des interventions extrêmement diverses, tant dans les missions effectuées dans ce cadre, que du point de vue de l'échelon d'organisation (missions confiées par l'Etat ou les collectivités locales), des organismes attributaires de ces missions (organismes privés dont, en particulier, les associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, ou établissements publics) et des modalités d'attribution des missions.

Cette catégorie très hétérogène n'inclut cependant pas les éléments suivants, en raison de l'articulation avec d'autres règles relatives aux aides d'Etat :

- la décision du 28 novembre 2005 ne concerne que les mesures qui peuvent être qualifiées d'aides d'Etat au titre de l'article 87 CE. Tel n'est pas le cas des mesures de financement de services d'intérêt économique général de dimension purement locale, organisés pour les besoins de la population proche de la collectivité qui finance le service, et qui n'ont pas d'impact sur le commerce entre Etats membres au sens de l'article 87 du Traité. Ces cas, par analogie avec le financement de la piscine de Dorsten en Allemagne⁵⁵ ou aux mesures en faveur des ports de plaisance néerlandais⁵⁶, n'entrent pas dans le champ de la qualification d'aide d'Etat et il n'en est ainsi pas rendu compte dans le cadre de ce rapport.

- par ailleurs, ne constituent pas non plus des aides d'Etat les mesures qui restent en deçà du plafond fixé par le règlement « *de minimis* »⁵⁷.

- enfin, cette catégorie n'inclut pas les compensations octroyées dans le cadre du code des marchés publics, dont les dispositions permettent de garantir le respect de la quatrième condition de l'arrêt *Altmark* précité, et si ses trois premières conditions sont également remplies, l'absence d'aide d'Etat. En effet, si l'attribution d'un financement sans procédure de mise en concurrence préalable est une des modalités possibles ouvertes aux collectivités publiques, lorsqu'elle est conforme au droit communautaire, celles-ci peuvent aussi avoir recours aux procédures de mise en concurrence pour la fourniture de certains services.

C'est donc sous cette réserve qu'est présenté un tableau des missions et surtout des modes d'organisation du financement public de cette catégorie des services susceptibles d'entrer dans le cadre de la décision du 28 novembre 2005.

2.4.1. Des missions et des opérateurs très divers

Les missions de SIEG identifiées dans le cadre de la décision du 28 novembre 2005 se retrouvent dans des champs de l'intervention publique très vastes, correspondant notamment au champ des politiques « sociales », pour lesquelles les compétences sont partagées entre l'Etat et les différents échelons de collectivités locales.

⁵⁵ Cf. Décision de la Commission du 16 juin 2001 relative à l'aide N 258/2000 – *Allemagne – piscine de loisirs à Dorsten*.

⁵⁶ cf. Décision de la Commission du 29 octobre 2003 relative aux *mesures d'aide mises à exécution par les Pays-Bas en faveur des ports de plaisance sans but lucratif aux Pays-Bas*.

⁵⁷ Règlement (CE) n°1998/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides « *de minimis* », JO L 379 du 28.12.2006, p. 5–10

Sans qu'il soit possible d'en livrer un recensement exhaustif, notamment en raison du fait qu'il revient aux autorités locales de définir précisément les services qu'elles considèrent comme ayant un intérêt économique général dont le coût nécessite d'en assurer la compensation financière, les principales catégories de missions qui s'en dégagent, appartiennent notamment aux champs suivants, définis par le cadre législatif et réglementaire :

- action sociale :

Aux termes de l'article L.116-1 du code de l'action sociale et des familles, « l'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté, et sur la mise à leur disposition de prestations en espèces ou en nature. Elle est mise en oeuvre par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations ainsi que par les institutions sociales et médico-sociales au sens de l'article L. 311-1 ».

Celui-ci précise que « l'action sociale et médico-sociale (...) s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale suivantes :

1° Evaluation et prévention des risques sociaux et médico-sociaux, information, investigation, conseil, orientation, formation, médiation et réparation ;

2° Protection administrative ou judiciaire de l'enfance et de la famille, de la jeunesse, des personnes handicapées, des personnes âgées ou en difficulté ;

3° Actions éducatives, médico-éducatives, médicales, thérapeutiques, pédagogiques et de formation adaptées aux besoins de la personne, à son niveau de développement, à ses potentialités, à l'évolution de son état ainsi qu'à son âge ;

4° Actions d'intégration scolaire, d'adaptation, de réadaptation, d'insertion, de réinsertion sociales et professionnelles, d'aide à la vie active, d'information et de conseil sur les aides techniques ainsi que d'aide au travail ;

5° Actions d'assistance dans les divers actes de la vie, de soutien, de soins et d'accompagnement, y compris à titre palliatif ;

6° Actions contribuant au développement social et culturel, et à l'insertion par l'activité économique. »

Dans ce cadre, les interventions publiques sont extrêmement diverses : elles couvrent entre autres l'hébergement, l'accueil et/ou la prise en charge en milieu ouvert à temps complet ou temporaire de personnes âgées, handicapées, en difficultés sociales et d'enfants ou de personnes majeures sous protection administrative ou judiciaire, des services d'aide à domicile destinés à des publics fragiles, aux personnes âgées ou handicapées ayant besoin d'une assistance dans la réalisation des actes de la vie quotidienne ou de la vie relationnelle et sociale. Elles recouvrent aussi des aides aux familles rencontrant des difficultés temporaires ou permanentes mettant en jeu leur autonomie et leur équilibre, des services d'animation sociale et socio-éducative aux familles et aux jeunes, des services d'accueil de la petite enfance et l'accueil périscolaire des enfants, ou encore des services liés au développement social et culturel tels que l'action culturelle visant l'accès à la culture pour tous, les actions de préservation et de protection du patrimoine historique, culturel et architectural, ou les équipements et structures sportifs.

Ces missions emportent la mise à la charge des opérateurs d'obligations de service public : pour les établissements et services sociaux et médicaux-sociaux définis par l'article L. 312-1 du code de l'action social et des familles, par exemple, il s'agit de l'obligation de respecter des normes techniques de fonctionnement fixées par décret en Conseil d'Etat ; pour certains établissements et services de l'obligation de fonctionner 24 heures sur 24 sans interruption pendant l'année ; de l'obligation d'accueillir les personnes adressées par les Maisons départementales des personnes

handicapées ou l'obligation d'accueillir les enfants adressés par l'aide sociale à l'enfance ou les juges pour enfants, dans la limite de la capacité et de la spécialité de l'établissement ; ou encore l'obligation de respecter le tarif fixé par les autorités publiques. Dans le cadre des gardes d'enfants, on trouve des obligations tarifaires spécifiques liées au niveau des participations familiales par la prise en compte des revenus, le nombre de places disponibles, et le principe l'égalité d'accès, y compris pour des établissements tels que des crèches d'entreprises ayant souscrit en contrepartie du financement public des obligations d'accueil d'enfants extérieurs aux familles du personnel, ou d'une manière plus générale des établissements commerciaux.

- emploi et insertion, formation professionnelle et apprentissage :

Aux termes de l'article L5311-1 du Code du travail, « *le service public de l'emploi a pour mission l'accueil, l'orientation, la formation et l'insertion ; il comprend le placement, le versement d'un revenu de remplacement, l'accompagnement des demandeurs d'emploi et l'aide à la sécurisation des parcours professionnels de tous les salariés.* » Dans ce cadre, l'Etat et les collectivités territoriales interviennent au soutien de missions extrêmement diverses telles que le soutien à l'insertion par l'économique, l'accompagnement des jeunes dans leur insertion professionnelle au moyen de fonctions d'accueil, d'information et d'orientation, des actions spécifiques en faveur des jeunes à faible de niveau de qualification ou en voie de marginalisation, ou encore l'accompagnement des employeurs, notamment associatifs, qui contribuent à ces missions.

Les obligations de service public dans le cadre de ces missions répondent principalement au principe d'égalité d'accès, dans les limites des capacités d'accueil des établissements.

2.4.2. Des objectifs de politique publique traduits dans la loi budgétaire

Le champ de la définition de ces missions est également traduit dans le cadre de la programmation budgétaire. Les subventions sont accordées au titre des budgets opérationnels de programme : l'État peut allouer pour la réalisation d'une opération une subvention à un opérateur économique, la contrepartie étant la réalisation des activités d'intérêt social répondant à des impératifs de cohésion de la société.

Dans le champ social par exemple, on peut identifier les programme LOLF n°106, « actions en faveur des familles vulnérables », n°157 « handicap et dépendance », ou encore n°177 « prévention de l'exclusion et insertion des personnes vulnérables ». Dans le champ de la formation professionnelle, les programmes n°102 « Accès et retour à l'emploi » et n°103 « Accompagnement des mutations économiques, sociales et démographiques » constituent les bases de financement de cette politique situé au cœur de la réforme de la modernisation du marché du travail en France.

Dans le cadre des politiques en faveur de la jeunesse et de l'éducation populaire, le programme LOLF n° 163 « jeunesse et vie associative » décline les objectifs de politique publique en termes de soutien apporté à la structuration associative et aux associations comme acteurs des politiques publiques bénéficiaires de crédits d'intervention mis en oeuvre par une politique de conventionnement pluriannuel en appui à des initiatives associatives entrant dans le cadre des objectifs d'insertion des jeunes et de mixité sociale et intergénérationnelle par l'accès à des loisirs éducatifs de qualité.

Les subventions peuvent également résulter des Contrats de Plan État-Région, ou encore des subventions allouées par les collectivités locales – départements, communes, ou des établissements publics sous tutelle en fonction de leurs compétences respectives.

2.4.3. Procédures de compensations des SIEG

L'exercice des différentes missions de services d'intérêt économique général s'effectue globalement dans le cadre de la convention de subvention, rendue obligatoire par la loi du 12 avril 2000⁵⁸, et qui identifie l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention.

⁵⁸ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. JORF n°88 du 13 avril 2000.

Cette modalité de base a également été déclinée de façon spécifique dans le cadre de l'exercice de certaines missions, notamment dans le champ social.

2.4.3.1. Les conventions pluriannuelles de subvention

Les pouvoirs publics ont progressivement, et notamment depuis 1996, cherché à stabiliser les conditions de financement des organismes privés bénéficiant de subventions, et en particulier les associations, à la fois pour répondre au besoin de « sécurisation » de ceux-ci quant à la prévisibilité des soutiens financiers dont ils pourraient bénéficier, et pour répondre aux objectifs de transparence, d'efficacité et d'efficience des fonds publics et de cohérence des actions publiques.

Dans ce cadre, l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations impose aux autorités publiques, lorsqu'elles prennent la décision d'octroyer une subvention supérieure à 23 000 euros annuels (soit un seuil très en-deçà du plafond du règlement « de minimis »), de conclure avec l'organisme privé qui en bénéficie une convention « *définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée* ». Cette obligation de convention permet de mettre en œuvre les différents éléments du mandat, tandis que la décision d'octroyer la subvention correspond en elle-même à la reconnaissance du caractère d'intérêt général de l'action en cause, le cadre budgétaire général prévoyant que les autorités publiques ne peuvent engager de crédits que dans le champ de leurs politiques d'interventions.

La traduction concrète de cette obligation se trouve dans la mise en place progressive de différents modes de conventionnement, notamment au travers de « conventions pluriannuelles d'objectifs », de « contrats d'objectifs et de moyens » ou de « contrats de progrès pluriannuels », selon des dénominations couramment utilisées, qui fixent les termes du service confié et de sa compensation. Différentes étapes d'instruction et de contrôle communes à l'ensemble des ministères sont mises en place tout au long de la procédure d'acceptation d'une demande de subvention, aussi bien au niveau de l'analyse du projet que lors de la constitution du dossier et du versement des fonds accordés :

- un contrôle de premier niveau est effectué par le service qui reçoit la demande de subvention : il examine d'abord la demande pour s'assurer que celle-ci répond bien aux objectifs de la politique dont il a la responsabilité et exerce différentes vérifications (statuts du demandeur...) ainsi qu'une analyse financière de son bilan financier, de son compte de résultat de l'année précédente ainsi que du budget prévisionnel, afin de savoir s'il est opportun d'accorder cette subvention (même si la demande, dans son objet, est recevable). L'acceptation de la demande se traduit ensuite par l'élaboration de la convention, qui établit la relation contractuelle entre l'Etat et le bénéficiaire de la subvention. Cette convention indique précisément la contrepartie à la subvention, ainsi que les justificatifs qui devront être transmis à l'administration pour vérifier la bonne réalisation de la mission et la procédure de contrôle qui sera suivie ;
- la convention est ensuite transmise au service ordonnateur, qui exerce un contrôle de deuxième niveau en vérifiant le dossier (existence de la structure, documents financiers) afin d'effectuer l'engagement puis le paiement ;
- un troisième niveau de contrôle est effectué par le contrôle budgétaire et comptable.
- Enfin, un contrôle des réalisations prévues par le bénéficiaire de la subvention sera réalisé conformément à la procédure arrêtée dans la convention ; si une sous-réalisation ou une irrégularité devait être observée, l'administration émettrait un titre de perception pour récupérer les crédits trop versés.

Les organismes de droit privé bénéficiaires de subventions, dont le montant global dépasse le seuil de 153 000 €, doivent déposer à la préfecture du département où se trouve leur siège social leur budget, leurs comptes, les conventions prévues au présent article et, le cas échéant, les comptes rendus financiers des subventions reçues pour y être consultés. En application de l'article L.612-4 du code de commerce, les associations doivent également assurer par exemple, la publicité de leurs comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes par publication.

En cas de non-exécution, retard, modification sans l'accord de l'administration, celle-ci peut suspendre, remettre en cause le montant ou exiger le remboursement de la subvention.

En ce qui concerne spécifiquement les associations, plusieurs circulaires du Premier ministre⁵⁹ ont mis en place des instruments destinés à faciliter la mise en œuvre de cette obligation en ce qui concerne le financement des associations. La convention pluriannuelle-type d'objectifs entre l'Etat et les associations permet ainsi de préciser les éléments suivants :

- objectif – projets, actions ou programmes d'actions conformes à son objet social – que l'association s'engage à réaliser, la subvention constituant une contrepartie à cet engagement de faire ;
- budget prévisionnel global de l'objectif ainsi que les moyens affectés à sa réalisation (en détaillant les différentes sources de financement, y compris les ressources propres et les contributions non financières dont l'association dispose) ;
- montant de la subvention accordée ;
- modalités de compte rendu financier sur l'emploi des fonds et la réalisation de la mission faisant l'objet de la convention ;
- évaluation des conditions de réalisation des projets ou des actions auxquels les pouvoirs publics ont apporté leur concours, sur un plan quantitatif comme qualitatif, selon des modalités préétablies et annexées à la convention ; cette évaluation, qui porte en particulier sur la conformité des résultats à l'objectif, sur l'utilité sociale ou l'intérêt général des actions réalisées, est obligatoire avant tout renouvellement de la subvention ;
- modalités de contrôle et modalités de sanctions en cas de manquement.

Par ailleurs, le dossier de demande de subvention⁶⁰ fournit aux associations un modèle de présentation de leurs activités, de leur budget prévisionnel, de l'action pour laquelle la subvention est demandée (dont, notamment, ses objectifs, les publics cibles, les lieux de réalisation, la durée et les indicateurs d'évaluation) et des pièces à joindre à l'appui de la demande, dont, en particulier, les comptes.

Les associations à but non lucratif, régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou par le droit civil local d'Alsace-Moselle, constituent ainsi un cadre commun d'intervention de nombreuses collectivités publiques, qu'il s'agisse des collectivités territoriales ou des interventions de l'Etat, dans des champs de politique publique extrêmement divers.

Le fonctionnement associatif présente l'avantage majeur d'offrir des modalités d'organisation des services publics définis à l'initiative de la société civile elle-même, au plus près des besoins des citoyens, et selon un mode de réalisation qui est en lui-même garant de cohésion sociale et territoriale. La qualification de service d'intérêt économique général résulte ainsi, sur la base des besoins identifiés par des opérateurs associatifs, de la décision des pouvoirs publics d'apporter leur soutien financier aux projets portés dans un tel cadre, celui-ci s'alliant avec les obligations générales résultant des principes du service public français (par exemple, obligation de non-discrimination dans l'accueil des différents publics, voire mise en place de tarifications sociales)⁶¹.

Le cadre associatif répond ainsi de façon particulièrement adaptée à la nécessité d'adopter une définition locale des missions de service d'intérêt général, y compris de nature économique susceptibles de répondre aux besoins de la population, en ligne avec le principe de subsidiarité reconnu par les Traités.

⁵⁹ Cf. notamment circulaire n°5193/SG du 16 janvier 2007 relative aux subventions de l'Etat aux associations et conventions pluriannuelles d'objectifs, circulaire du 24 décembre 2002 relative aux subventions de l'Etat aux associations, circulaire du 1^{er} décembre 2000 relative aux conventions pluriannuelles d'objectifs entre l'Etat et les associations.

⁶⁰ Cf. formulaire Cerfa n°12156-02

⁶¹ Cf. réponse 5.6 du document de travail des services de la Commission du 20 novembre 2007 – Questions fréquemment posées relatives à la décision de la Commission du 28 novembre 2005 – SEC(2007)1516

2.4.3.2. Modèles de financement et de contrôle des établissements publics sous tutelle

Les pouvoirs publics d'Etat peuvent également intervenir en compensation de charges de services publics par le biais de subvention mises en place dans le cadre des statuts et missions définies par des mesures législatives et réglementaires pour des opérateurs de service public placés sous leur tutelle (établissements publics ou associations).

La tutelle de ces opérateurs se décompose en une tutelle administrative et financière, qui consiste à contrôler le budget et le fonctionnement administratif de l'opérateur, et une tutelle métier au sein des directions sectorielles, qui consiste à contrôler la nature des activités.

Les opérateurs transmettent en début d'année un dossier de demande budgétaire (demande de subvention de fonctionnement, d'investissement, de recherche ou d'acquisition) pour l'année n+1, devant contenir des informations précises sur l'opérateur lui-même, ses projets, les moyens nécessaires à leur réalisation, le budget et le calcul de la subvention souhaitée. Ce projet est analysé par le ministère et arbitré durant l'été dans le cadre de l'élaboration du projet de loi de finances.

Le budget accordé est élaboré en concertation avec les tutelles puis suivi tout au long de l'année lors de la préparation des conseils d'administration des établissements auxquels sont partie le ministère et les directions sectorielles concernées.

Ces derniers sont en effet destinataires des dossiers de préparation au conseil d'administration, participent à la préparation des budgets et examinent leur faisabilité, en suivent l'exécution, procèdent à une analyse financière des opérateurs et adaptent en fonction des risques et enjeux leur suivi. La stricte compensation de service public est contrôlée lors de ces mêmes conseils d'administration⁶².

C'est ainsi que toute rectification du budget (dans un sens comme dans l'autre) se fera par le biais des conseils d'administration. En cas de non-versement d'un solde ou d'abattement d'une subvention, un arrêté rectificatif sera établi.

Tous les engagements juridiques doivent être visés par le contrôleur budgétaire, quel que soient leurs montants.

L'octroi d'une subvention fait tout d'abord l'objet d'une notification à l'opérateur concerné faisant état de l'évolution du plafond d'emplois autorisé ainsi que des calculs et montant des subventions de fonctionnement et d'investissement. Une subvention est désormais prévue pour une durée de trois ans (un an auparavant) et versée au budget général de l'opérateur qui se doit de tenir une comptabilité analytique.

L'engagement de l'Etat ne se matérialisera qu'en début d'année par un arrêté (différent pour une subvention de fonctionnement ou d'investissement) précisant les textes de référence, les conditions d'utilisation, le montant et les modalités de règlement de la subvention.

De plus, il existe des contrats pluriannuels dits « contrats de performance » liant l'opérateur à l'Etat et prévus par les lois ou décrets qui fixent les statuts et missions de service public incombant aux opérateurs. Ces contrats fixent des objectifs à l'établissement et prévoit les moyens et les emplois qui doivent lui être affectés.

2.4.3.3. Un modèle de mandatement conventionnel dans le champ social et médico-social

Outre les subventions octroyées dans le cadre classique de la convention de subvention décrit ci-dessus en application de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000, le financement des missions de service d'intérêt général dans le champ social et médico-social, peuvent résulter de concours financiers versés

⁶² Le contrôle financier de l'usage de l'aide octroyée a été réformé avec l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001. Le décret du 4 juillet 2005 a transposé aux EPA les nouveaux principes de contrôle introduits dans les administrations de l'Etat par le décret du 27 janvier 2005. Le décret du 9 mai 2005 a, à son tour, actualisé les modalités de contrôle des EPIC.

dans le cadre d'une habilitation et d'un conventionnement, sous forme de prix de journée, de forfait journalier, ou d'une dotation globale de financement fixés au niveau national ou local et conforme à l'objectif national de dépenses.

Il s'agit de dispositifs de fixation des prix de services d'intérêt général définis par les articles L. 314-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles, offerts à un public déterminé répondant à des conditions légales d'admission, par une institution autorisée et habilitée au titre notamment de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles recouvrant les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESMS). Ce prix est fixé par arrêté de tarification.

L'intervention de l'autorité administrative est destinée à fixer, à l'issue d'un examen des propositions budgétaires du service, un prix opposable à la fois aux usagers et aux organismes, notamment la sécurité sociale, l'aide sociale, les assurances complémentaires par exemple. Selon la typologie des établissements, le prix couvre l'ensemble des coûts de la prise en charge ou une partie plus ou moins importante de ces coûts, l'usager devant assurer un « reste à charge » le cas échéant.

2.4.3.3.1. Le mandatement par régime d'autorisation et conventionnement facultatif

Ce système de mandatement est un exemple concret d'éclatement des éléments du mandat au travers différents actes de l'autorité publique. L'exercice de rationalisation des mandats a permis l'intervention de l'outil conventionnel pour sécuriser le dispositif notamment au regard des exigences posées par la décision du 28 novembre 2005.

Ainsi, l'autorisation d'ouvrir un service ou un établissement vaut, sauf mention contraire, habilitation à l'aide sociale et/ou autorisation de dispenser des soins aux assurés sociaux. Elle désigne nominativement le service, définit sa nature ainsi que sa durée et le champ des besoins auxquels il va répondre. Dès lors l'ensemble des droits des usagers, réglementation du fonctionnement des établissements et services, modalités spécifiques de leur contrôle de leur tarification par l'autorité publique et de leur financement sur crédits publics sont applicables de droit. L'autorité de tarification fixe le montant de la compensation par un acte officiel⁶³.

Le système d'autorisation et la procédure de création qui l'accompagne prévue par la loi 2002-2⁶⁴ s'inscrit dans la logique de mandat requise pour la mise en œuvre de la décision. Les procédures de création encadrées par les articles L 313-1 à L 313-9 du code de l'action sociale et des familles sont relativement précises et prévoient entre autres éléments la date de dépôt des demandes, le contenu de la demande, les critères d'octroi et de refus de la demande. L'autorisation est assortie d'un arrêté d'habilitation reprenant l'ensemble des éléments mentionnés (mission, public, capacité, ...). Par ailleurs, la procédure budgétaire pour fixer le tarif chaque année très encadrée juridiquement.

Enfin, cette autorisation a été assortie d'une procédure conventionnelle facultative destinée à sécuriser l'ensemble du dispositif par l'utilisation de conventions complémentaires des habilitations à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale. Il s'agit des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens prévus par l'article L.313-1 du code de l'action sociale et des familles ou éventuellement de conventions tripartites⁶⁵ conclues entre les établissements, le Conseil général des départements, et l'Etat pour les dépenses d'assurance maladie. Ces conventions précisent les éléments du mandat.

2.4.3.3.2. Les paramètres de calcul des compensations

Les paramètres de calcul, de révision, de contrôle de la compensation ainsi que les modalités de remboursement d'une éventuelle surcompensation sont fixés par la loi : les articles L 314-1 à 314-13 du code de l'action sociale et des familles déterminent en effet les règles de financement et le régime budgétaire et comptable spécifique.

⁶³ Cf. supra, arrêté de tarification

⁶⁴ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale. JORF du 3 janvier 2002.

⁶⁵ Cf. cas des Etablissements d'Hébergement pour personnes âgées dépendantes, article L. 313-2 du code de l'action sociale et des familles.

Dans un premier temps, les autorités publiques (Etat), fixent les montants précis de leurs enveloppes de financement, en application des lois de finances, loi de financement de la sécurité sociale, budget pour le département. Ces montants progressivement décomposés et affectés constitueront l'une des contraintes essentielles de la tarification des différents établissements et services.

Les établissements et services pour leur part auront parallèlement déposé leurs propositions de budget, présentées de manière très normalisée : les mesures nouvelles envisagées sont identifiées de manière distinctes des crédits de reconduction, les résultats du fonctionnement des années antérieures (déficits ou excédents) sont réintégrées sous différentes modalités, des dispositions sont fixées pour éviter toute rupture de financement si la procédure ne se déroule pas selon le schéma légal. Un dialogue préalable contradictoire s'engage avec l'autorité publique avant que celle-ci ne fixe le tarif sous forme de prix de journée, forfait journalier, dotation globale annuelle, forfait annuel. Les litiges sur ces décisions relèvent de juridictions spécialisées de l'ordre administratif : les cours interrégionales et nationale de la tarification sanitaire et sociale.

Ainsi, pour les établissements et services sociaux et médico-sociaux, les articles L. 314-7, R. 314-1 à R. 314-60 constituant le droit commun applicable à l'ensemble de ces établissements fixent les règles d'approbation des charges et des produits, en provenance d'aide et d'assurance maladie venant couvrir les charges en prenant en compte l'affectation du résultat. L'Etat et les tarifeurs locaux fixent les tarifs prévisionnels (calibrage financier des créations de places nouvelles). Un principe de convergence tarifaire et de comparaison de coûts des ESMS entre eux prévus aux articles L314-7-III et L314-3 sur les tarifs plafonds est mis en œuvre. De plus un dispositif prévu par l'article R. 314-23 du code de l'action sociale et des familles permet l'évaluation des coûts moyens Les articles R. 314-28 et suivants du code de l'action sociale et des familles fournissent des indicateurs de comparaison physico-financière. Enfin, les évolutions salariales du secteur doivent être compatibles avec l'évolution des crédits publics (article L314-6).

L'ensemble des ces éléments d'évaluation s'inscrit dans l'utilisation des enveloppes limitatives de crédits publics⁶⁶ dont les procédures précitées ont précisément pour objectif de permettre l'effectivité du caractère limitatif.

Au-delà de ces règles de procédure, l'incitation nationale stimule l'efficacité économique par le développement d'indicateurs de gestion et d'indicateurs de performance, la réduction des écarts de coût et la convergence tarifaire, le regroupement des structures pour qu'elles atteignent une taille minimale, la pluri-annualité des engagements de financement.

2.4.3.3.3. *Contrôle*

Le mécanisme de contrôle est prévu par les articles L 313-13 à L 313-23 code de l'action sociale et des familles. Les articles L 313-13 à 313-26 et L 331-1 à L 331-9 fixent des pouvoirs de contrôle et de sanctions administratives et judiciaires particulières.

⁶⁶Voir en ce qui concerne l'Etat, article L.314-4 du code de l'action sociale et des familles.

3. OBSERVATIONS ET EVOLUTIONS

Les travaux de préparation du présent rapport ont montré le décalage extrêmement important qui existe entre les préoccupations des collectivités publiques lorsqu'elles organisent les services publics dans les ressorts de leur compétence, et la façon dont le droit européen appréhende ces services. Les logiques, autant que les terminologies, sont en effet extrêmement différentes, et conduisent à des incompréhensions fortes dans la relation entre pouvoirs publics et autorités communautaires, presque indépendamment du cadre juridique national.

Ces incompréhensions sont source d'insécurité juridique mais également de coûts importants, en termes humains et financiers, pour la mise en œuvre des contrôles requis. On peut rappeler qu'en France la question concerne, outre les autorités nationales, quelque 37 000 collectivités publiques locales, plus de 60 000 opérateurs de services locaux de la vie quotidienne (habitat, santé et action sociale, culture, loisirs et sports, tourisme social, actions socio-éducatives et éducation populaire, gestion locale de l'environnement...) et se traduit par des centaines de milliers d'actes administratifs.

De ce point de vue le seuil *de minimis* est insuffisamment sélectif : il suffit qu'une association locale soit financée à hauteur de quatre équivalents temps plein, avec de modestes frais de fonctionnement, et qu'elle bénéficie de la mise à disposition gratuite d'un petit local pour qu'elle dépasse ce seuil.

De cette incompréhension résulte un besoin flagrant, exprimé par les pouvoirs publics autant que par les opérateurs qui sont destinataires des compensations de SIEG dans le cadre de la décision d'exemption du 28 novembre 2005, de clarifications effectuées d'une façon plus proactive et politique que les éléments résultant, au coup par coup, de la pratique décisionnelle de la Cour de justice.

A ce titre, tout en soulignant l'intérêt de la démarche, force est de constater que la mise en place du service interactif de questions/réponses de la Commission⁶⁷ ne constitue pas non plus une réponse d'ampleur suffisante, ni d'une nature juridique satisfaisante.

1- Un premier aspect concerne la question de l'impact sur le commerce entre Etats membres et sur la concurrence, condition nécessaire à la qualification d'aide d'Etat au sens de l'Article 87

La question de l'application du droit communautaire aux SIEG se pose avec une acuité particulière du point de vue des autorités locales, qui organisent le plus souvent des services à destination de la population locale. Celles-ci ont également souvent le sentiment que, précisément parce que l'activité doit être organisée au moyen d'un financement public, il n'y a pas à proprement parler de « marché », *a fortiori* si cette activité est à la marge de ce qui peut être considéré comme économique, comme par exemple en matière d'actions de préservation et de protection du patrimoine historique, culturel et architectural ou en matière d'accueil de personnes en difficulté, comme des foyers pour femmes battues.

Le point de vue des autorités locales, exprimé en particulier par les différentes associations représentant les collectivités territoriales, est dans ces conditions qu'il ne peut y avoir d'impact ni sur la concurrence, faute de concurrents, ni sur le commerce entre Etats membres, sauf cas spécifiques de services dans des zones transfrontalières, et que le droit des aides d'Etat ne devrait donc pas trouver matière à s'appliquer.

La pratique décisionnelle de la Commission, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, ne permet toutefois pas de trouver de réponse systématique à ces interrogations sur l'application du droit communautaire des aides d'Etat à des mesures purement locales. Ainsi, les exemples cités par la Commission dans ses « questions fréquemment posées » sur les aides d'Etat aux SIEG⁶⁸ ne permettent

⁶⁷ Cf. page internet de la Commission : http://ec.europa.eu/services_general_interest/index_fr.htm

⁶⁸ Document de travail SEC (2007) 1516 final des services de la Commission sur les « Questions fréquemment posées relatives à la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion des

pas de situer clairement de nombreux SIEG, tels que des petits théâtres, salles de spectacles, des crèches, ou encore des établissements d'accueil pour personnes âgées, qui reçoivent des compensations mais dont les activités sont exercées sur un marché très local et qui ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges entre les Etats membres.

La responsabilité d'effectuer cette qualification juridique incombe donc en l'état actuel des choses aux autorités locales organisatrices du service. C'est à elles, qui peuvent ne pas être dotées de moyens humains, financiers et d'expertise importants (notamment à l'échelle des municipalités) que revient ainsi de développer une analyse juridique propre de l'éventuelle application du droit des aides d'Etat à leurs actions, alors même que la Commission ne leur fournit que des lignes directrices très partielles, notamment dans les champs encore relativement vastes où la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer de façon détaillée.

Dans l'hypothèse où il ne serait pas possible d'exclure cette qualification, se pose alors la question de la notification et de l'examen de compatibilité, pour lesquels, là encore, une connaissance du droit communautaire est perçue comme une nécessité pour sécuriser les dispositifs.

Enfin, la sanction de l'erreur de l'autorité publique est appréciée non seulement par la Commission européenne, en principe seule compétente pour apprécier la compatibilité des aides sur le fond et compétente pour exercer des contrôles *a posteriori* des mesures bénéficiant de l'exemption de notification, mais aussi par tribunaux locaux, qui peuvent en tout état de cause constater le caractère illégal de la procédure d'octroi d'une compensation s'ils considèrent qu'elle doit être qualifiée d'aide d'Etat, en particulier s'ils sont saisis de la plainte d'un opérateur tiers.

Les travaux de préparation du présent rapport ont été l'occasion de prendre une nouvelle fois conscience de ces difficultés. Les autorités françaises en tireront les conséquences en poursuivant en 2009 des travaux complémentaires permettant d'améliorer l'appropriation des concepts du droit communautaire des aides d'Etat, malgré les différences de terminologie et d'approche, d'en préciser l'articulation avec les concepts de droit national tels que la convention de subvention et d'améliorer les outils existants.

Cependant, les autorités françaises souhaitent également appeler l'attention de la Commission sur la nécessité d'une clarification de la situation des SIEG pour lesquels les compensations reçues ne sont pas susceptibles d'affecter la concurrence ou les échanges entre les Etats membres, de façon à lever toute ambiguïté sur la question de savoir si ces compensations peuvent être qualifiées d'aides d'Etat. Au cours de leurs travaux, les autorités françaises s'attacheront à développer des propositions en ce sens.

2- Un deuxième aspect concerne l'articulation, au plan national, entre le droit des compensations de SIEG et les obligations susceptibles de résulter du droit des marchés publics

Compte tenu des incertitudes précédemment exposées, il ressort également nettement que la préférence des pouvoirs publics, notamment locaux, pour des modes d'organisation des missions de services publics susceptibles d'échapper à *coup sûr* à la qualification d'aide d'Etat les conduit à s'interroger sur une obligation de recourir aux dispositifs prévus par le Code des marchés publics.

Les travaux des autorités françaises ont ainsi révélé des interrogations fortes sur le lien entre la jurisprudence *Altmark*, qui pose des conditions détaillées permettant d'échapper à la qualification d'aides d'Etat, et l'obligation *de facto* qui en résulterait d'un recours aux procédures de marchés publics. Une telle obligation, en effet, serait incompatible avec la marge d'appréciation laissée au niveau national par l'état actuel d'harmonisation du droit européen des marchés publics. Cette marge d'appréciation reste justifiée par le fait que l'appel au marché n'est adapté à l'objectif de fourniture de services de qualité que dans les cas où des prestataires sont susceptibles de répondre à celui-ci ; tel n'est pas nécessairement le cas, par exemple pour la prise en charge des services aux publics les plus

services d'intérêt économique général, et de l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public » du 20 novembre 2007, disponible en français sous : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/faq_sieg_fr.pdf.

en difficulté, qui sont particulièrement cruciaux en période de crise économique, et pour lesquels le conventionnement d'une activité associative peut être plus efficace.

En outre, l'articulation au plan communautaire entre le droit des aides d'Etat et le droit communautaire des marchés publics, ou plus généralement le droit du marché intérieur, est insuffisamment claire dans les travaux de la Commission européenne elle-même. En témoigne par exemple la publication des deux documents de travail distincts des services de la Commission, l'un relatif aux aides d'Etat et l'autre aux marchés publics, en accompagnement de la Communication de la Commission du 20 novembre 2007. En témoigne également le fait que le droit des aides d'Etat comme l'article 2.2.j) de la directive Services n°2006/123 CE recourent à la notion de mandat, alors qu'aucun document de la Commission n'explique la façon dont ces deux termes doivent se comprendre l'un par rapport à l'autre, alors même que les deux textes ont des finalités visiblement différentes.

Cet état de fait est là encore souvent source de confusion : il n'est ainsi pas rare que certaines exceptions à l'application du droit des marchés publics, et en particulier la jurisprudence « *in house* » applicable aux services sur lesquels l'autorité publique exerce un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services, ou certaines modalités de sélection des opérateurs chargés de la mission de service d'intérêt général, soient interprétée comme une exception automatique à l'application du droit des aides d'Etat.

Là encore les autorités françaises, conscientes de ces confusions et de ces interrogations, ont prévu d'entreprendre en 2009 des travaux destinés à éclairer ces différentes notions, et veillant à clarifier que le recours aux marchés publics n'est pas le seul mode de sécurisation juridique du financement d'un SIEG hormis les cas où le droit national organise l'obligation de recourir à la mise en concurrence, puisque le droit des aides d'Etat offre également d'importantes possibilités permettant soit de déterminer les coûts donnant lieu à compensation dans le cadre de la jurisprudence *Altmark*, soit de mettre en place un mécanisme d'aide compatible dans le cadre de la décision du 28 novembre 2005 ou de l'encadrement sur la compatibilité des compensations de SIEG

Toutefois, là encore, les autorités françaises souhaitent appeler l'attention non seulement de la DG Concurrence, mais de l'ensemble de la Commission sur la nécessité d'assurer dans ses documents et prises de position futurs une meilleure cohérence entre les différents cadres juridiques qui s'imposent en tout état de cause à l'action des pouvoirs publics, dont, au premier chef, les aides d'Etat et le droit des marchés publics.

* *
*
*
*

Les autorités françaises poursuivent en 2009 d'importants travaux sur les questions d'organisation des services d'intérêt général, notamment dans le cadre de la préparation de la transposition de la directive Services et des exceptions qu'elle prévoit pour les services sociaux d'intérêt général.

Ces travaux sont l'occasion de poursuivre les efforts de clarification et d'appropriation de l'approche communautaire des SIEG au plan national, le cas échéant sous la forme de textes interprétatifs, tout en réfléchissant aux modalités d'évolution du « paquet Monti-Kroes » dans la perspective de sa révision.