
CONCURRENCE :
MARCHE UNIQUE, ACTEURS PLURIELS
POUR DE NOUVELLES REGLES DU JEU

MAI 2002

Les dernières décennies ont été marquées en France par une évolution sensible de la place et du poids, dans notre économie, de l'Etat et des acteurs publics. Justifiée en partie par les contraintes de «l'après - guerre», l'intervention de la puissance publique dans le fonctionnement de notre économie s'est maintenue voire alourdie jusqu'à nos jours.

Acteur économique ambitieux, l'Etat n'a plus été en mesure de remplir totalement sa mission essentielle d'acteur social.

La période récente a montré quelques signes d'évolution possible auxquels il faut être attentif. Leur interprétation peut être positive pour le dynamisme de notre activité économique. Encore faut-il en faire l'analyse et veiller à ce qu'ils profitent à l'économie de marché, seule créatrice de richesse nationale.

Prendre en compte l'évolution du rôle des entreprises publiques

Sous la forte impulsion de l'Europe, nos entreprises publiques qui ont parfaitement rempli le rôle qui leur a été assigné après-guerre, sont contraintes d'évoluer. Abandonnant plus ou moins rapidement leur monopole, elles ouvrent de nouveaux marchés aux entreprises françaises ou européennes. Mais elles deviennent, avec leur structure puissante et leur image forte, des acteurs potentiels sur le secteur marchand. Ces «*craquements*» dans une culture forte d'entreprise publique, bien ancrée dans notre économie, méritent toute l'attention. Nouveau périmètre du secteur marchand, nouveaux acteurs : la concurrence égale doit être préservée, pour que cette nouvelle cohabitation participe au dynamisme économique de notre pays.

Surveiller l'ingérence du secteur public dans l'activité économique marchande

Dans le même temps, l'Etat qui a excessivement développé sa sphère d'intervention, bien au-delà des limites de ses missions fondamentales, a pris conscience des excès de la centralisation et, dans une moindre mesure, de son poids exorbitant dans l'économie du pays. Par la décentralisation, il a transféré une grande partie de ses fonctions aux collectivités territoriales. Parallèlement, il a tenté d'adapter plus ou moins son action administrative à la réalité d'une économie de plus en plus ouverte. Le paysage de l'action publique s'est, du même coup, sensiblement transformé : des services publics alourdis de leurs administrations et incités à jouer un rôle économique, des collectivités territoriales fortes de leur reconnaissance, légitimement animées d'une volonté d'être des acteurs efficaces de l'économie locale, proches des citoyens qui sont à la fois des contribuables, des électeurs et des usagers du service public.

Les tentations peuvent être grandes de ne pas totalement abandonner les privilèges de la puissance publique, de jouer un rôle d'acteur économique au-delà de l'objet du service public, ou de créer des secteurs protégés des lois de la concurrence.

Contrôler le glissement de l'action sociale vers l'activité économique

Parallèlement à cette évolution des formes de la puissance publique et de ses interventions dans l'économie, s'est développé un secteur social de plus en plus étendu, dont les besoins ne pouvaient être satisfaits par la seule intervention de l'Etat. La culture associative, mutualiste et coopérative, bien inscrite dans notre environnement quotidien, a été une réponse dans un premier temps. Ces structures devaient être naturellement aidées pour remplir une mission quelquefois laissée en déshérence.

Aujourd'hui, la tentation est grande de voir cette mission essentielle prendre la forme d'une véritable action économique dont les acteurs continueraient à jouer leur rôle traditionnel, mais le feraient avec leurs règles et leurs avantages particuliers dans un secteur marchand largement ouvert à tous les acteurs.

Faire jouer pleinement la concurrence

Sous les à-coups de cette évolution, le secteur marchand a vu son périmètre s'élargir, mais a accueilli de nouveaux acteurs qui sont arrivés ou arrivent avec des règles et des habitudes qui leur sont propres et qu'ils ont héritées du législateur, de la pratique quotidienne ou des droits acquis ... Ce nouveau périmètre est à la fois la conséquence d'une volonté européenne, des adaptations à une économie ouverte, de la prise en compte d'une réalité sociale multiforme. Les entreprises y jouent leur rôle mais aussi les acteurs publics sous toutes leurs formes, ainsi que les structures à caractère social.

La diversité des acteurs est un élément fort d'une économie dynamique, créatrice d'idées et de richesse. La liberté d'entreprendre est à ce prix, l'économie moderne et ouverte aussi.

La concurrence, élément consubstantiel de l'économie de marché, est un facteur majeur de la croissance. Ceci suppose toutefois que soit instaurée une véritable concurrence égale entre l'ensemble des acteurs du marché. La concurrence est à la fois l'arbitre et l'aiguillon, qui permet de donner à chacun sa chance. Elle est génératrice de créativité et de rigueur, c'est ce qui lui donne tout son sens.

Mais elle est aussi la garantie que les différents acteurs du secteur marchand offrent au consommateur, au contribuable et tout simplement au citoyen la meilleure qualité au meilleur prix.

Définir de nouvelles règles

Il est essentiel de poser de nouvelles règles, afin qu'à des activités semblables s'appliquent des conditions de concurrence équivalentes, quel que soit le statut juridique de l'opérateur. Le fait que tant le droit communautaire que le droit national aient posé le principe de la neutralité de la nature publique ou privée de l'intervenant a en effet déplacé le débat sur le terrain des conditions de concurrence.

Toutefois, le principe de neutralité qui s'explique en droit communautaire par la volonté de non immixtion dans la politique des Etats membres, ne se pose pas nécessairement dans les mêmes termes en droit français et ne doit pas conduire à éluder le problème de la légitimité de l'intervention publique dans le secteur marchand. Du fait du rôle régulateur de l'Etat, son intervention dans le secteur marchand entraîne nécessairement un accès asymétrique aux marchés entre entités publiques et entreprises privées. Il faut donc redéfinir la sphère d'intervention du secteur public.

Enfin, il convient également de distinguer le volet caritatif de l'activité de prestations de services du secteur social qui entre dans le secteur marchand. Il faut fixer des règles de transparence et de clarification des missions, préalable indispensable à un partenariat responsable.

La mise en place de nouvelles règles du jeu s'impose pour le bénéfice des consommateurs et de l'économie française.

DES ACTEURS PAS COMME LES AUTRES :

- *Les entreprises publiques,*
- *L'Etat, les collectivités territoriales et leurs démembrements,*
- *Les acteurs de l'économie dite sociale.*

Les entreprises publiques :

une ouverture à la concurrence encore inégale
des secteurs à monopole,
mais des diversifications nombreuses
dans le secteur marchand,
avec des avantages incontestables

L'ouverture à la concurrence, en application de directives communautaires, de secteurs traditionnellement à monopole public : télécommunications, énergie, poste et transports publics, représente un bouleversement important pour les entreprises publiques, mais également pour les entreprises privées qui peuvent théoriquement accéder à de nouveaux marchés mais se voient concurrencées sur leurs marchés traditionnels.

Le degré d'ouverture à la concurrence est variable selon les secteurs, de même que les statuts des entreprises publiques et l'importance des diversifications dans le secteur marchand.

1. Une ouverture à la concurrence variable selon les secteurs :

- ***En ce qui concerne les télécommunications***, si l'ouverture à la concurrence est théoriquement totale depuis le 1^{er} Janvier 2002 avec le dégroupage de la boucle locale¹, dans les faits, la situation n'est pas encore totalement satisfaisante, comme le montrent les enquêtes en cours ou les sanctions prononcées à l'encontre de l'opérateur historique par le Conseil de la concurrence² et de la France par la Commission européenne³ et la Cour de Justice des Communautés Européennes⁴.

Le problème qui se dessine aujourd'hui est celui du passage d'une régulation sectorielle spécifique au droit commun de la concurrence, et donc de la détermination de la réalité d'une concurrence effective sur tel ou tel segment de marché.

- ***Sur le marché de l'électricité***, c'est la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité qui a transposé la directive 96/92/CE relative au marché intérieur de l'électricité.

Le seuil d'éligibilité fixé représente un taux d'ouverture du marché dépassant 30%.

Un certain nombre des clients éligibles a obtenu d'EDF des baisses de prix significatives, après avoir consulté différents fournisseurs concurrents, ce qui s'inscrit dans l'objectif d'ouverture à la concurrence. Toutefois, en pratique le nombre d'entre eux ayant changé de fournisseur est encore faible. Cela s'explique en partie par le fait qu'en cas de changement, deux contrats sont nécessaires dont l'un avec RTE (Réseau de Transport de l'Electricité), filiale d'EDF, dont le barème, fixé par décret, est rigide. En outre, les tarifs sont quelque peu dissuasifs.

- ***S'agissant du marché du gaz, la France qui n'a pas encore transposé la directive de 1998***, fait l'objet d'une procédure en manquement.

Il convient cependant de souligner que GDF a décidé d'anticiper sur la transposition de la directive et d'ouvrir 20% du marché à la concurrence. Le taux effectif d'ouverture est néanmoins relativement faible, environ 4% du marché national, notamment en raison, dans ce cas également, d'un tarif de transport dissuasif et de conditions contractuelles peu souples rendant impossible la création de marchés secondaires.

Qui plus est, le retard dans la transposition de la directive de 1998 et l'insécurité juridique qui en découle, du fait notamment de l'absence de régulateur, rendent les opérateurs mais aussi les clients éligibles prudents.

La France a fini par accepter, lors du sommet de Barcelone les 15 et 16 mars dernier, le libre choix du fournisseur dans les domaines de l'électricité et du gaz pour tous les consommateurs européens autres que les ménages dès 2004, ce qui représentera entre 60 et 70% de la totalité du marché. Elle a obtenu en échange un report à plus tard de l'ouverture du marché des particuliers, ainsi qu'un rapport de la Commission sur les services d'intérêt général pour la fin 2002.

- ***L'ouverture à la concurrence de La Poste*** porte aujourd'hui sur son métier de base d'envois et colis postaux.

Une première directive européenne n° 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité du service a amorcé la libéralisation des services postaux de l'Union européenne.

La France n'a toujours pas achevé à ce jour la transposition de cette directive, dont la date limite était fixée au 10 février 1999. En particulier, les dispositions relatives à la séparation et à la transparence des comptes afin de contrôler les éventuelles subventions croisées n'ont pas été transposées, de même que n'a pas été créée d'autorité régulatrice indépendante pour assurer la régulation de l'opérateur et du marché.

Une proposition de directive modifiant la directive 97/67/CE a été présentée fin mai 2000, afin de poursuivre l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté ; le Conseil de l'Union a adopté une position commune sur cette proposition de directive le 6 décembre 2001, qui devrait être prochainement votée par le Parlement européen.

- ***Il est évident que l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs*** sera sans doute la plus longue à venir. Mais le transport international de fret sera ouvert dès 2003 sur le réseau européen défini par la Commission européenne et sur l'ensemble des réseaux ferroviaires des Etats membres, dès 2006, l'étape suivante devant être celle de l'ouverture du trafic national.

La régionalisation du transport de voyageurs qui consiste à transférer aux régions l'organisation des transports ferroviaires régionaux de voyageurs prépare à terme à l'ouverture à la concurrence de ces transports. Néanmoins, même si elle est juridiquement rendue possible un jour, la dérégulation se heurtera sans doute à de plus grandes difficultés que le transport aérien, ne serait-ce qu'en raison du fait que la SNCF ne rémunère pas ses fonds propres et utilise du matériel déjà largement amorti.

Si l'accès des entreprises privées à des secteurs historiquement sous monopole n'est pas encore total, les opérateurs historiques de ces marchés se sont, en revanche, pour certains, largement engagés dans des diversifications dans le secteur marchand.

2. Un statut largement lié au degré d'ouverture à la concurrence du secteur :

Le statut des entreprises publiques et de leur personnel est étroitement lié au degré d'ouverture à la concurrence de leur secteur d'activité.

☞ L'exemple de France Télécom est particulièrement topique à cet égard, puisque :

- administration bénéficiant d'un monopole de service public jusqu'à fin 1990, en passant par le statut d'établissement public le 1^{er} Janvier 1991, France Télécom est devenue une société anonyme, avec une participation publique de 54% et 31,6% de son capital en bourse,
- les fonctionnaires existants conservent leur statut, mais les nouveaux recrutés relèvent d'un statut de droit privé, avec toutefois une possibilité de recruter encore des fonctionnaires jusqu'au 1^{er} Janvier 2007.

☞ De même, la transformation d'EDF et de GDF d'établissements publics en sociétés commerciales semble inéluctable, ainsi que leur mise en bourse.

☞ La Poste demeure une personne morale de droit public dotée de l'autonomie de gestion (loi n° 90-568 du 2 juillet 1990) marquée par une unicité du fonctionnement territorial. La Poste est le premier employeur public après l'Education Nationale, avec 320.000 personnes dont 240.000 fonctionnaires. Si 90% des salariés embauchés sont aujourd'hui sous statut contractuel, l'arrêt de l'embauche de fonctionnaires n'a pas été décidé.

☞ Enfin, la SNCF est, depuis la loi d'orientation des transporteurs intérieurs de 1982 – LOTI – un établissement public industriel et commercial. Mais le statut de son personnel n'a pas été modifié depuis la création de la SNCF en 1937 et les cheminots conservent, très ancré, le sentiment d'appartenir à une entreprise dont la mission de service public justifie selon eux la perpétuation du monopole.

3. Des diversifications nombreuses dans le secteur marchand :

Si l'accès des entreprises privées à des secteurs historiquement sous monopole est loin d'être achevé, les opérateurs historiques se sont, en revanche, pour certains, largement engagés dans les diversifications dans le secteur marchand et ont procédé à de nombreuses acquisitions y compris dans leur métier de base.

➤ **Dans sa diversification, France Télécom** est restée dans le prolongement de son activité initiale (mobile, Internet ...). Après avoir racheté l'opérateur britannique ORANGE, France Télécom a décidé de réunir sous cette marque ses différentes filiales de téléphonie en Europe.

➤ **EDF n'a pas attendu que l'ouverture à la concurrence soit totale pour se diversifier** tous azimuts⁶ et procéder à des acquisitions d'entreprises à l'étranger.

Ces diversifications sont intervenues dans l'installation et la maintenance des systèmes électriques après compteur, le traitement des déchets en tant que système producteur d'énergie, l'ingénierie, la cartographie, la maintenance des systèmes d'éclairage public ... La vigilance des entreprises du secteur privé a permis d'endiguer ces diversifications en France. De 1993 à 2000, EDF a investi près de 60 milliards de francs, principalement à l'international⁷ (v. *infra* : annexe n° 4.2 sur l'Observatoire des diversifications).

Il suffit de citer notamment la prise de contrôle de MONTEDISON en 2001 qui a suivi des acquisitions en Grande-Bretagne et en Espagne.

➤ **La diversification de GDF** a essentiellement consisté à s'implanter sur les marchés traditionnels du chauffage et de la climatisation : installation, exploitation, réseaux de chaleur. Cette diversification s'est faite à la fois par croissance interne et par croissance externe (acquisitions).

➤ **Les missions confiées à La Poste** ont été déterminées avec précision par l'article 2 de la loi du 2 juillet 1990. Outre le service public du courrier et les services de transport et de distribution d'objets et de marchandises, La Poste est autorisée à offrir des services à caractère financier, ce qu'elle n'estime pas être une diversification, considérant intervenir dans ce domaine depuis plus de cent ans.

La Poste s'apprête ainsi à compléter sa gamme de services financiers, notamment dans le domaine des assurances, en se lançant dans l'assurance-dommages, alors qu'elle pratique déjà l'assurance-vie et la prévoyance, ce qui suscite une vive opposition des agents généraux d'assurance. Par ailleurs, il n'est pas exclu que La Poste rejoigne l'Alliance, c'est-à-dire le holding commun à la Caisse des Dépôts et aux Caisses d'Epargne et même crée une banque postale⁸.

La Poste réalise aujourd'hui 10% de son chiffre d'affaires à l'international, résultat d'accords de coopération et d'acquisitions. En novembre 2000, elle a racheté un opérateur britannique, rebaptisé GEO POST. Depuis février 2001, elle détient 84,8% du réseau de franchisés allemand DPD, deuxième opérateur européen sur le marché du colis⁹.

Bien que la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 prévoie expressément que ces prestations doivent être offertes dans le respect des règles de la concurrence, il apparaît qu'en pratique ces règles ne sont pas toujours respectées.

V. en annexe n°2.1, une illustration de distorsions de concurrence avec le secteur privé : les services financiers de La Poste

➤ **La SNCF** s'est diversifiée avant même toute ouverture à la concurrence dans les domaines de l'électricité ou de la téléphonie (Télécom développement, joint venture avec CEGETEL), de la messagerie (SERNAM qui, à l'exception d'un exercice, a toujours perdu de l'argent depuis sa création en 1970)¹⁰. Par ailleurs, elle a procédé à une croissance externe, en acquérant des entreprises.

V. en annexe n° 2.2, le cas du SERNAM

4. Des avantages incontestables par rapport à leurs concurrents privés :

Ces opérateurs historiques bénéficient, lorsqu'ils interviennent dans le secteur marchand, d'avantages incontestables par rapport à leurs concurrents privés, comme l'a notamment souligné le Conseil de la concurrence dans son rapport d'activité pour 2000 :

- obtention privilégiée de moyens de financement. Ces entreprises bénéficient de la garantie informelle de l'Etat qui n'apparaît bien évidemment pas dans les comptes et leur permet de bénéficier d'un rating plus élevé de la part des agences de notation et donc de meilleures

conditions de financement . Aux formes identifiées de financement : subventions, injections de capital, compensation de pertes d'exploitation, il faut ajouter des formes non identifiées comme telles : prêts octroyés à des conditions avantageuses, non paiement de dividendes ou d'intérêts sur les prêts, octroi de garanties,

- accès privilégié à l'information, du fait notamment des liens existants entre ces entités publiques et l'administration,
- accès au consommateur final facilité par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territorial national ainsi que d'un fichier « *clients* » constitué dans le cadre des activités réservées,
- absence de contraintes d'optimisation, de rentabilité et de distribution, pour les sociétés non cotées en bourse,
- mise à disposition de personnel par la société mère qui peut être repris temporairement en période de sous-activité ou définitivement si nécessaire, sans plan social,
- image de marque du service public,
- non soumission au droit de la faillite, de droit pour les entités qui ne sont pas des sociétés commerciales et, de fait, pour les autres¹¹,
- impossibilité de recourir aux voies d'exécution forcées contre des établissements publics¹²,
- moindre hâte du Trésor à recouvrer les amendes infligées notamment par le Conseil de la concurrence.

Il faut noter cependant que le statut public d'une grande partie du personnel de ces entreprises n'est pas perçu par leurs dirigeants comme un avantage mais comme une charge.

Certaines d'entre elles s'appuient sur ces avantages et notamment sur une position dominante liée à leur place d'opérateur historique pour se livrer à des pratiques critiquables :

- utilisation des revenus provenant de leurs activités monopolistiques pour financer leur diversification géographique et sectorielle (subventions croisées),
- utilisation abusive des réseaux techniques ou de distribution,
- surtarification des activités encore sous monopole,
- ventes liées,
- prix prédateurs,
- abus d'image : l'image du service public représentant indéniablement un avantage commercial¹³.

Même s'il s'agit d'une situation transitoire, ces comportements permettent à ces entreprises d'acquérir des parts de marché dans des conditions qui ne sont pas toujours celles d'une concurrence égale.

Enfin, le fait que ces entités publiques procèdent à de nombreuses acquisitions conduit à une forme de nationalisation ou de renationalisation de certains secteurs de l'économie, hors de tout contrôle politique.

Selon M. Mario MONTI, Commissaire européen en charge de la concurrence, l'expansion de compagnies dominantes sur des marchés toujours en voie de libéralisation comme l'électricité est un phénomène qui ne favorise pas la concurrence¹⁴.

L'Etat, les collectivités territoriales et leurs démembrements :

D'un certain désengagement de l'Etat
à un interventionnisme accru au niveau local
avec des pratiques contestables

1. Les tendances : du désengagement à l'interventionnisme actif :

Dans l'ensemble, la tendance pour l'Etat est plutôt au désengagement des activités de gestion et au recentrage sur le rôle normatif ou administratif^{d5}.

Une illustration de ce phénomène est la suppression des comptes bancaires des particuliers dans les trésoreries au 1^{er} Janvier 2002¹⁶. La suppression de ces comptes correspond à la volonté de recentrer les activités du Trésor public sur des missions d'intérêt général. Le maintien de cette activité bancaire ne se justifiant plus au regard des règles de la concurrence et des mutations de la profession bancaire intervenues en France et en Europe (v. *cependant infra la distribution de produits d'assurances*).

Mais on n'en constate pas moins un développement des interventions de certaines administrations centrales, des services décentralisés de l'Etat (Directions départementales de l'équipement – DDE -, Directions départementales de l'agriculture – DDA -, parcs départementaux de l'équipement), d'établissements publics administratifs (Institut géographique national – IGN -) dans le secteur marchand.

Sont particulièrement touchés les secteurs de l'ingénierie, du génie urbain, du bâtiment et des travaux publics, des transports, de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage publique.

En outre, il existe une tendance lourde de la part de certaines collectivités territoriales à accroître leur intervention économique du fait de leur rôle d'acteur dans le développement économique local dont on ne saurait contester la légitimité. Mais il existe des risques de dérive sur lesquels il est nécessaire d'appeler l'attention, notamment au travers d'établissements publics de coopération intercommunale (tels que les syndicats intercommunaux à vocation multiple – SIVOM – et les syndicats à vocation unique – SIVU -), et de sociétés d'économie mixte locales –SEM -. Ce mouvement est accentué par la décentralisation.

2. Des motifs très divers à l'intervention :

Les motifs d'intervention dans le secteur marchand sont divers :

- besoin pour des services à forte compétence ou en surcapacité de trouver de nouveaux débouchés : ingénierie publique, parcs des Directions départementales de l'équipement – DDE – et des Directions départementales de l'agriculture et de la forêt –DDA -, agents du Trésor (activité d'assurance),
- souci de mieux valoriser des données publiques : Institut géographique national – IGN - , Météorologie nationale, données sur la circulation ...
- volonté d'aménager le territoire (création d'équipements collectifs : pose de réseaux de fibres optiques, parcs de loisirs) et de contribuer à la mise en place d'une politique sociale afin d'apporter des remèdes aux dysfonctionnements sociaux et économique : aide sociale, aide à l'emploi,
- intime conviction que la solution publique « *non lucrative* » est par essence naturelle et meilleure : secteur hospitalier, formation professionnelle, organismes municipaux de tourisme, sociaux ou culturels, restauration collective,

- croyance qu'elle permet l'obtention de meilleurs coûts, du fait de l'absence de recherche de profit,
- intérêt de l'échange et des fournitures de prestations entre organismes publics.

Ces interventions dérivent assez fréquemment vers l'interventionnisme économique, afin notamment d'occuper les personnels, le plus souvent sous statut public, engagés à l'origine pour des missions d'intérêt général.

3. Des pratiques contestables :

Plusieurs exemples permettent d'illustrer ces tendances.

➤ *De la part de certains services de l'administration :*

Certaines administrations développent des actions allant bien au-delà de leur mission naturelle de service public en se plaçant délibérément dans le secteur marchand.

La distribution des contrats d'assurances par les réseaux du Trésor :

Les comptes du Trésor distribuent des produits d'assurance en concurrence avec les réseaux de distribution des entreprises d'assurances françaises et européennes, sans que cette activité repose aujourd'hui sur une quelconque habilitation législative ou fasse l'objet d'une organisation et d'une comptabilité spécifiques.

V. l'analyse de cette situation en annexe n° 2.3
--

Les nouvelles orientations de la Direction des relations économiques extérieures DREE :

La DREE notamment, au travers des services des Postes d'Expansion Economique – PEE -, veut mettre en place une offre de services normalisée et spécifique à l'intention des entreprises. *« Depuis quelques années, la DREE fait de plus en plus de sur mesure pour les entreprises auprès de qui elle joue un véritable rôle de consultant au même titre que des bureaux de conseil privés »*¹⁷.

Toute cette politique est clairement expliquée dans une instruction de service aux entreprises diffusée en 2000. Cette instruction, très complète et très détaillée, prévoit les règles de facturation, les règles à suivre pour les prestations sur mesure ...

Au début de celle-ci, est affichée une déclaration de bonnes intentions : *« le principe de subsidiarité conduit à s'abstenir d'intervenir dès lors qu'existe une offre privée identifiée comme étant de qualité et susceptible de répondre à la demande exprimée par l'entreprise »*.

Mais la réalité est quelque peu différente et toute la logique de cette instruction met en évidence une volonté de montée en puissance dans le développement des services de conseil et d'accompagnement aux entreprises dans des domaines appartenant au secteur marchand.

Ce travers est d'autant plus troublant que la DREE est attributaire d'un budget considérable de l'Etat qui lui permet d'offrir des services à des coûts inférieurs à ceux des sociétés de conseil qui ne vivent que de leurs seuls honoraires.

On ne peut que déplorer une telle politique menée sans concertation, voire à l'insu des acteurs privés les plus concernés ; la bonne solution serait le développement d'une complémentarité et synergie volontairement recherchées par une administration se limitant à certaines missions et services de base et renvoyant vers les entreprises privées pour des services plus élaborés partout où elles existent.

Cela permettrait aussi, dans le cadre d'une interrogation sur les sociétés de services et d'accompagnement existant dans les pays, de ne plus être confronté à des réponses de PEE expliquant « *qu'ils proposent les mêmes services que ces opérateurs ...* ».

Dans le même sens, *v. également la création à l'initiative de trois Ministères dont le Ministère des affaires étrangères de France Coopération Internationale, groupement d'intérêt public qui aura pour mission de répondre à des appels d'offres internationaux (annexe n° 2.6 sur l'action de Syntec-Ingénierie).*

Les interventions des Directions départementales de l'équipement – DDE - et les directions départementales de l'agriculture et de la forêt – DDA :

Ces directions font directement concurrence à un certain nombre de professions du conseil.

La collaboration technique apportée par les services de l'Etat aux collectivités territoriales est ancienne¹⁸ et s'explique en partie, à l'origine, par l'absence de services techniques capables d'assurer ces prestations en régie dans les communes de taille modeste et par la forte implantation au niveau local de ces services déconcentrés de l'Etat¹⁹.

La décentralisation avec les lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 (*article 7*) et n° 83-8 du 7 janvier 1983 (*article 3*) ont encouragé le développement de ces interventions²⁰.

En application du fait que ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la libre concurrence ne font obstacle à ce qu'une personne publique soumissionne dans le cadre de l'attribution d'un marché public²¹, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, est venue poser, en application du droit communautaire, le principe de la soumission aux règles du Code des marchés publics (publicité et libre concurrence) :

- ❖ des concours que les services de l'Etat, des régions et des départements prêtent aux communes, à leurs établissements publics et aux établissements publics de coopération intercommunale (*article 12*)²²,
- ❖ des appuis que les services de l'Etat apportent aux collectivités territoriales et aux établissements publics (*article 7*).

En revanche, cette loi prévoit une dérogation fondée sur le principe du développement du territoire afin de permettre aux communes de petite taille²³ de continuer à bénéficier de services étatiques qu'elles ne seraient pas en mesure d'obtenir par le biais du marché concurrentiel, dérogation dont le fondement juridique (*article 86-2 du Traité*) est contesté par certains auteurs qui estiment que ces missions auraient pu être assurées par des entreprises privées.

L'Etat cumule auprès des collectivités, les fonctions de financement indirect, de prestataire de service, de prescripteur et de contrôleur.

De plus, l'absence de comptabilité séparée et d'autonomie juridique entre les activités, selon qu'elles sont ou non pratiquées dans le secteur marchand, permettra aisément d'imputer des charges de façon confuse lors d'offres concurrentielles présentées par ces services. Enfin, ces services de l'Etat ne subissent pas les mêmes charges que les entreprises du secteur privé.

Ainsi que le soulignent certains commentateurs, «*si l'absence de discrimination entre les opérateurs, qu'ils soient publics ou privés, suppose qu'ils n'utilisent pas leurs avantages structurels pour fausser la concurrence, on peut redouter en pratique que les autorités qui attribuent le contrat, tentées par le prix le plus bas, ne perçoivent pas la nécessité de procéder à l'analyse de la formation du prix*»²⁴ et que cela renforce «*à terme la position des prestataires publics dans la commande publique et ce au détriment des prestataires privés dont c'est la vocation première*»²⁵.

Par conséquent, ce seront les citoyens et entreprises privées qui paieront l'intervention des services de l'Etat sur le champ concurrentiel, pour les raisons suivantes :

- ❖ les dépenses de fonctionnement des services de l'Etat, Equipement et Agriculture, ne sont pas couvertes par les frais de mission encaissés. Il s'agit donc d'un service déficitaire comblé par le budget de l'Etat et les contributions directes ou indirectes des entreprises,
- ❖ les marchés captés par l'Administration le seront aux dépens des entreprises privées qui auront financé l'Administration par le paiement de leurs contributions, en vue de lui donner des moyens de concourir contre elles.

V. en annexe n°2.6, l'action de Syntec-Ingénierie

Les activités de formation continue de l'Association de la Formation Professionnelle des Adultes - AFPA - (Ministère du travail), des Groupements d'établissements - GRETA - (Ministère de l'Education Nationale) et du Conservatoire National des Arts et Métiers - CNAM

L'AFPA (qui est sous la tutelle du Ministère du travail) et les GRETA qui sont gérés par l'Education Nationale interviennent sur le marché de la formation continue et proposent aux entreprises des prestations de formation.

Cependant, l'absence de comptabilité séparée pour ces activités et d'autonomie juridique (pour les GRETA) ne permet pas de savoir si les coûts du personnel et administratifs reflètent la réalité des charges et si des subventions déguisées ne permettent pas des prix de vente souvent très inférieurs à ceux du marché.

Il en va de même pour le CNAM qui manifeste depuis deux ans une volonté d'agir sur le marché et dont les prix de vente sont pour les mêmes prestations des deux tiers voire de trois quarts inférieurs à ceux des organismes privés.

Dans tous ces cas, c'est le contribuable qui paie la différence entre les charges et les recettes.

Les activités de certains établissements publics : les Chambres de commerce et d'industrie

Les Chambres de commerce et d'industrie – CCI – sont des établissements publics gérés par des chefs d'entreprise au service des entreprises. Leurs activités sont financées par l'IAIP (taxe sur les entreprises).

La loi du 9 avril 1898 a défini leurs missions en les autorisant notamment à créer et à administrer certains services.

Or, l'on constate en pratique que dans certains domaines et particulièrement dans celui de la formation continue, certaines CCI ont tendance à se substituer à l'initiative privée et ce même en l'absence de carence de celle-ci. De ce fait, elles empiètent sur les activités de leurs propres ressortissants.

V. en annexe n° 2.4., l'exemple du marché de la formation professionnelle continue

➤ **De la part des collectivités territoriales et leurs démembrements :**

En ce qui concerne les collectivités territoriales, l'on assiste à la multiplication d'entités qui agissent hors des règles de gestion publique (absence de comptabilité publique) mais également hors des contraintes de la gestion privée (absence de faillite) :

- associations de la loi de 1901 largement subventionnées par les collectivités territoriales, quelquefois mal contrôlées.

V. en annexe n°2.5, un exemple d'intervention d'un Conseil régional

- syndicats d'étude ou de travaux qui travaillent pour des collectivités locales : établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), tels que les Syndicats intercommunaux à vocation multiple – SIVOM – et les syndicats à vocation unique – SIVU.

Voir en annexe n°2.7, des exemples de distorsions de concurrence du fait de l'activité de ces structures

- sociétés d'économie mixte locales – SEM –,
- entités missionnées non autonomes (*in house*) missionnées sans mise en concurrence ou entités obtenant des contrats qui devraient normalement être passés dans le cadre des procédures du Code des marchés publics ou de la loi SAPIN.

Si la motivation de l'intervention des collectivités locales est le plus souvent louable, les conditions de mise en œuvre donnent quelquefois lieu à des pratiques contestables.

✎ **Les distorsions de concurrence provoquées par les sociétés d'économie mixte locales :**

L'engouement pour l'économie mixte s'est révélé en France dans le contexte de la décentralisation à la suite de l'adoption de la loi n°83-597 du 7 juillet 1983, portant statut des sociétés d'économie mixte locales – SEM²⁶.

Les sociétés d'économie mixte interviennent à la fois dans les secteurs de l'aménagement et de la construction qui relèvent traditionnellement de l'économie mixte locale, mais également dans la gestion de services publics administratifs ou de services publics industriels et commerciaux ainsi que dans le cadre d'activités d'intérêt général.

Il est essentiel que les SEM soient soumises aux mêmes règles que les autres sociétés commerciales, notamment au regard de la concurrence. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi SAPIN, les a soumises aux règles de publicité et de mise en concurrence applicables en matière de délégations de service public.

Les dispositions de l'article 3-1° de l'annexe au nouveau Code des marchés publics résultant du décret du 7 mars 2001 ne doivent pas être utilisées pour faire bénéficier les SEM de marchés sans mise en concurrence et l'instruction du 28 août 2001 publiée le 8 septembre 2001 doit être modifiée sur ce point. Les SEM bénéficient encore de droits spécifiques.

La loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales²⁷ précise quelquefois à juste titre certains aspects de leur régime juridique mais leur accorde cependant de nouveaux avantages exclusifs injustifiés.

- ***Du fait de l'attribution d'aides :***

Il faut noter que les sociétés d'économie mixte locales peuvent permettre de contourner la réglementation en matière d'aides économiques. En effet, selon les lois de 1982²⁸ et la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité, les aides directes²⁹ sont de la compétence propre des régions, les communes et les départements ayant seulement la possibilité de compléter les aides apportées par la région dans le cadre d'une convention passée avec celle-ci (article L. 1511-2 du Code des collectivités territoriales).

Les aides indirectes sont en principe libres³⁰, sauf exception³¹. Toutefois, la loi du 2 mars 1982³² ouvre à toutes les collectivités la possibilité d'accorder des aides directes ou indirectes aux entreprises en difficulté pour la mise en œuvre des mesures de redressement nécessaires. Il résulte de ce dispositif compliqué une grande confusion juridique qui conduit les collectivités locales à faire de la surenchère dans l'octroi des aides, souvent en marge de la légalité, comme l'a dénoncé il y a quelques années un rapport de la Cour des comptes³³.

Le fait que les SEM échappent aux lourdeurs de la comptabilité publique et aux contraintes de la fonction publique, tout en bénéficiant de fonds publics (capitaux non rémunérés et subventions) leur permet plus facilement des interventions dans le secteur marchand.

- ***Découlant d'une appréciation laxiste de leur objet social :***

Les SEM sont en principe soumises à l'obligation de respecter les principes applicables en matière d'intervention économique des collectivités territoriales, dans la mesure où les sociétés d'économie mixte sont rattachées aux communes qui en sont membres. Selon une jurisprudence ancienne, les SEM ne peuvent agir que dans les domaines où une collectivité territoriale peut être compétente.

Si un contrôle juridictionnel en aval de la création des SEM peut porter sur un certain nombre d'actes d'interventionnisme des collectivités dans le secteur privé, un tel contrôle en amont permettrait notamment de vérifier la légalité de ces actes.

A titre d'exemple, des SEM, instituées pour la réalisation d'opérations d'infrastructures ou de constructions d'un ouvrage, perdurent au-delà de leur objet statutaire et proposent leurs services à d'autres communes que celle prévue dans leurs statuts ou même développent des activités à l'export.

Elles se sont ainsi progressivement transformées en sociétés de gestion dans d'autres secteurs d'activités, soit par la création de filiales, soit par la prise de participations dans des sociétés privées, sans que le Code des marchés publics, la loi SAPIN ou les directives communautaires aient trouvé à s'appliquer. Les SEM qui ont développé un savoir-faire grâce au financement public sont ainsi devenues des concurrents des entreprises privées : on peut citer l'exemple de la SEMALY en ingénierie de transports.

- ***Liées au statut du personnel employé***

Sur le plan social, le personnel des SEM est pour l'essentiel privé et salarié, mais les SEM ont le droit d'employer des fonctionnaires détachés des collectivités territoriales et des DDE ou des DDA, ou du groupe de la Caisse des dépôts et consignations.

Ainsi, l'économie mixte a-t-elle une finalité inavouée en ce qu'elle offre une seconde carrière à des fonctionnaires sortis du cadre de l'organisation administrative, mais bénéficiant paradoxalement toujours de leur statut et d'un droit de retour. Bénéficiant du soutien d'un actionnariat majoritaire indéfectible et peu « gourmand » en dividendes, les SEM sont en concurrence avec des opérateurs privés moins bien dotés du point de vue fiscal, financier, social et juridique.

- ***Dues au maintien de certains avantages exclusifs :***

Enfin, les SEM conservent certains avantages exclusifs :

- la loi n° 85-704 du 2 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public – dite loi MOP - réserve aux personnes publiques et aux SEM locales le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage et la convention de conduite d'opération, sans autre réelle justification que de réserver le secteur du conseil aux collectivités locales à des démembrements de l'Etat (DDE ou DDA) ou d'assurer la pérennité de l'économie mixte d'aménagement et de construction,
- la loi MURCEF précitée leur réserve sans concurrence la convention publique d'aménagement,
- l'article 3 de la loi du 2 janvier 2002 précitée permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'accorder aux SEM des subventions ou des avances destinées à des programmes d'intérêt général liées à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises.

☞ ***Les abus générés par une conception extensive par l'Administration des contrats « in house » :***

☞ Au niveau communautaire, la notion de marchés « in house », sorte de domaine réservé à l'Administration pour les prestations fournies en interne qui échappent aux règles de concurrence, fait l'objet d'une large discussion à la fois quant à la reconnaissance de ce type de contrat et à l'interprétation de ses conditions d'application. La Cour de justice des communautés européennes a donné une interprétation de ce type de relation entre personnes publiques dans un arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999³⁴.

Devant décider si un contrat, conclu à titre onéreux, entre une collectivité territoriale et un groupement auquel elle participe, devait donner lieu aux obligations de publicité prévues par la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993, la Cour a conclu à l'application de cette directive, à moins que « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent³⁵ ».

S'il n'est nullement contestable que les prestations internes sont, de par leur nature même, hors du champ de toute mise en concurrence, il convient, en revanche, d'être extrêmement vigilant sur l'application qui en est faite et sur les risques de dévoiement de cette notion. L'interprétation doit être stricte et ne doit pas permettre d'autoriser sans mise en concurrence la généralisation de prestations de services entre personnes publiques ou entre personnes publiques et parapubliques. Il

est ainsi regrettable que l'article 3 du Code des marchés publics ait cru bon de définir la notion de « *in house* », alors qu'elle fait encore l'objet de vives discussions au niveau communautaire.

Il est également déplorable que l'instruction d'application de ce Code, qui fait d'ailleurs l'objet d'un recours de la part de certaines organisations professionnelles sur ce point, cite à titre d'exemple de contrat « *in house* », le contrat « *entre une collectivité territoriale et une SEM qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel des activités avec elle* ».

Il est important de noter toutefois que le Conseil d'Etat, dans sa décision n° 218067 : Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF) du 27 juillet 2001 faisant application des critères posés par le CJCE dans la décision *Teckal* précitée, a considéré que « *malgré la tutelle qu'il exerce sur l'UGAP, il n'est pas possible de considérer que l'Etat, ni a fortiori aucune collectivité locale, exerce sur l'ensemble des activités de l'UGAP un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services* ».

En application de la définition donnée par la CJCE, la condition d'exercer le même contrôle sur le fournisseur que sur ses propres services n'est remplie ni par une SEM locale, ni par un syndicat mixte. En effet, une SEM locale est une personne juridiquement indépendante de la ou des collectivités territoriales de rattachement et dispose normalement d'un personnel sous statut privé, d'organes de direction distincts des autorités exécutives de ladite collectivité et d'un mode de fonctionnement relevant du droit des sociétés et des règles de comptabilité publique.

Concernant les syndicats mixtes, le raisonnement est identique, ces établissements publics étant dotés d'une personnalité juridique autonome et d'organes décisionnels indépendants de ceux relevant de leurs collectivités de rattachement. Or, l'on constate que l'Etat français a largement mis en œuvre des formules juridiques telles que les marchés « *in house* » ou des relations assimilables, afin d'éviter toute régulation économique par la concurrence d'un certain nombre de secteurs d'activités.

Cette question n'est pas différente du problème posé par l'absence de mise en concurrence des relations entre des entités publiques allemandes et les *Staatwerke*.

V. en annexe n° 2.8, des cas de dévoiement de la notion de prestations « *in house* »

↳ **Des faux transferts de compétence permettant d'échapper à la mise en concurrence :**

Dans le cadre de la gestion des services publics locaux, le Livre V du Code général des collectivités territoriales consacré aux établissements publics de coopération intercommunale permet aux communes, dans l'intérêt local, de transférer à des établissements publics territoriaux, parmi lesquels figurent les syndicats de communes, des compétences dont elles se dessaisissent³⁶. Il n'y a là rien de plus normal : il s'agit d'un problème d'organisation administrative et ces transferts ne sont pas constitutifs de prestations de services et ne relèvent donc pas de la concurrence.

Mais en pratique l'on constate que dans certains cas, il n'y a pas véritable transfert de compétence, mais simplement prestations de service au profit d'une personne qui a conservé la compétence pour l'activité et ceci en violation des règles de mise en concurrence.

Dès lors, ces groupements de moyens deviennent généralement des opérateurs pour le compte des communes membres. Ils agissent pour une durée illimitée, équivalant à leur durée de vie statutaire, pour des services équivalant à des activités économiques sans aucune mise en concurrence, ce qui constitue une distorsion de concurrence pour les entreprises privées ainsi exclues de certains marchés.

L'économie dite sociale :

Un secteur en pleine évolution,
mais arc-bouté sur ses privilèges

Le secteur de l'économie dite sociale représente :

- ❖ **sur le plan européen** : près de 1.270.000 entreprises dont 1.150.000 associations, 104.000 coopératives, 14.000 mutuelles, 6 à 7% de la population active.
- ❖ **aux Etats-Unis** : 1 600 000 organisations, 7% de la population active.
- ❖ **sur le plan national** : environ 200.000 structures employeurs, 7,5% de la population active, près de 152,45 Mds d'euros (1.000 Mds de francs) de volume d'activité

vis-à-vis d'un secteur marchand qui évolue.

Il concerne autant des marchés partiellement solvables (où des personnes sont partiellement ou totalement aidées), que des marchés totalement solvables.

Cette évolution se manifeste par :

- l'arrivée sur le secteur marchand d'acteurs, opérant jusque là dans la sphère de la redistribution. Des activités étaient qualifiées de sociales à l'origine parce qu'elles n'étaient pas solvables. Puis ces nouveaux secteurs se sont développés, les coûts ont baissé, la consommation a augmenté. Les tarifs sont ainsi devenus beaucoup plus accessibles et à un plus grand nombre de clients,
- le développement des activités des entreprises du secteur marchand vers le secteur de la redistribution.

L'évolution des acteurs se produit donc dans les deux sens. Cette évolution entraîne une nécessaire adaptation des acteurs afin que les règles de fonctionnement soient identiques pour l'ensemble des acteurs sur une même activité.

Le secteur se caractérise par un *patchwork* juridique, un vaste champ économique et social, une juxtaposition d'organismes ayant des statuts juridiques spécifiques : associations³⁷, coopératives³⁸, mutuelles, fondations qui présentent des points communs.

« L'entreprise d'économie sociale » a toujours été considérée avec faveur par les pouvoirs publics qui y ont vu une espèce de troisième voie entre capitalisme et collectivisme, une possibilité de sublimer le conflit capital – travail. Il en résulte une kyrielle de mesures fiscales, sociales et autres, destinées à favoriser ce type d'entreprises, ce secteur ». Tant que ces entreprises se sont cantonnées à une clientèle bien délimitée, il n'y a pas eu de problème. Mais aujourd'hui, ces entreprises viennent concurrencer les entreprises du secteur marchand³⁹.

Le recours à la filialisation est révélateur à cet égard, car s'il permet à ces entreprises d'échapper à certaines règles de fonctionnement contraignantes, il peut être interprété *« comme un renoncement à la spécificité de ces entreprises »* et *« une remise en cause de leur légitimité »⁴⁰*. Il atteint toutefois rapidement ses limites dans des activités où la notoriété d'un nom ou d'une marque est un avantage concurrentiel indéniable.

1. La démographie galopante des associations :

Créé par la loi du 1^{er} juillet 1901, le statut associatif sert de cadre à des activités aussi diverses que variées. Les associations sont, en principe, le reflet de la volonté des individus de s'organiser entre eux pour promouvoir des activités, défendre des idéaux ou des intérêts communs. Leurs buts, en principe, ne sont pas lucratifs. Ce statut est aussi aujourd'hui utilisé par les pouvoirs publics comme un moyen de gestion pour certaines missions de service public ou pour utiliser les fonds publics sans la rigidité et la rigueur de la comptabilité publique. De fait, il faut constater qu'il existe de véritables activités économiques, pas toujours sans but lucratif, exercées sous statut associatif. La souplesse de création et de fonctionnement et jusqu'à récemment la quasi-absence de contrôle expliquent aussi, probablement, le succès de ce statut.

Les spécialistes du secteur s'accordent généralement sur le chiffre de 880.000 associations en activité (source CNRS, unité MATISSE) dont 349.500 inscrites au répertoire des entreprises.

Selon une étude, réalisée il y a quelques années par la Fondation de France, 88% des activités des associations se situent dans les services sociaux, l'éducation, la recherche, la santé, la culture, les sports et loisirs (tourisme, hôtellerie, restauration).

Sur les 880.000 associations considérées comme actives, 145.000 ont des salariés, ce qui signifie que 83% des associations n'ont aucun salarié.

Plus de la moitié des associations ayant des salariés n'emploient qu'un ou deux salariés. Mais les 400 plus importantes emploient plus de 200.000 salariés et 4.000 autres emploient au total 400.000 salariés.

Les secteurs de la santé et de l'action sociale occupent 420.000 emplois salariés équivalent temps plein, soit 41% des effectifs du secteur associatif. Les secteurs de l'éducation, de la formation et de l'insertion occupent 165.000 emplois. Les associations des secteurs de l'opinion, de la défense des droits et des causes, bien que très nombreuses, n'occupent que 3% des effectifs associatifs.

Ces emplois représentent des coûts salariaux d'environ 25,6 milliards d'euros (167,92 milliards de francs), auxquels s'ajoute le coût des fonctionnaires détachés dans de nombreuses structures associatives et dont l'Etat ou les collectivités paient les salaires et les charges en lieu et place du véritable employeur dont le nombre serait de 127.000 emplois.

A cela, il faut ajouter les bénévoles qui ne sont pas des salariés. Leur nombre est difficile à chiffrer. Le Centre national du bénévolat les évalue à 14,5 millions. Mais ce chiffre recouvre des doubles comptages et doit être ramené à 10,5 millions qui représentent en équivalent temps plein près de 706.000 emplois.

2. Un secteur coopératif (coopératives - COP et sociétés coopératives de production - SCOP) puissant :

Les statuts des coopératives ont été définis par les lois du 10 décembre 1915 relative aux sociétés coopératives de production, du 13 mars 1917 concernant les Banques Populaires, du 7 mai 1917 pour le crédit aux coopératives de consommation et du 5 août 1920 sur les coopératives agricoles et le crédit mutuel agricole et les principes : élimination du profit, double qualité, règle « *un homme/une voix* », « *porte ouverte* » rappelés dans la loi du 10 septembre 1947.

Le droit communautaire a pris en compte ce phénomène au travers d'un projet de statut de coopérative européenne.

Elles sont présentes dans les secteurs comme l'industrie (notamment agroalimentaire), l'agriculture, les transports, le logement, l'artisanat (sanitaire, chauffage, matériaux de construction, matériel électrique ...), le commerce/ négoce ... On trouvera dans chacun d'entre eux des noms d'entreprises ou de produits dont les consommateurs, le grand public et les pouvoirs publics ignorent souvent qu'ils appartiennent au secteur coopératif.

Par exemple, les 20 principaux groupes coopératifs français exercent leurs activités dans les secteurs du lait, de la viande, des céréales, de l'agroalimentaire et de l'agrofourmiture (agricole et grand public).

Ils réalisent, à eux seuls, un chiffre d'affaires de 20,8 milliards d'euros (140 milliards de francs). Leur taille varie entre 450 millions à 2,4 milliards d'euros (3 milliards à 16 milliards de francs).

Ces entreprises qui exercent à la base leur activité directement avec les agriculteurs, ont développé leurs marchés vers la transformation et la commercialisation des produits, sans distinction de marchés avec les entreprises du commerce et de l'industrie. On trouve ainsi dans les rayons de la distribution les céréales - pain et ses dérivés -, les yaourts, le lait, les fruits et légumes, les vins, provenant du secteur coopératif (Yoplait ...) au même titre que les produits de DANONE, NESTLE etc. ..., ces derniers ne bénéficiant d'aucune exonération fiscale, à la différence des premiers.

Elles représentent au total 467 000 salariés et 91 milliards d'euros (600 milliards de francs).

3. Les mutuelles du Code de la mutualité : des structures de petite taille mais fortement fédérées :

Le nombre exact des mutuelles n'est pas connu ; selon les sources, il varie entre 4.000 et 6.000 ; on estime que 3.000 à 4.500 d'entre elles ne couvriraient pas plus de 3.500 bénéficiaires chacune, et que 15% d'entre elles réaliseraient 80% des prestations.

L'effectif global des mutuelles avoisinerait un chiffre de 60.000 salariés.

Principale fédération, la Fédération Nationale de la Mutualité Française (FNMF) revendique 3.000 mutuelles pour 30 millions de bénéficiaires, soit 80% de l'effectif ; elle est elle-même composée de deux grandes familles distinctes, qui sont la Mutualité de la Fonction Publique (MFP) et la Fédération Nationale de la Mutualité Interprofessionnelle (FNMI).

L'autre grande fédération est la Fédération des Mutuelles de France (FMF), qui regroupe 4 millions de personnes protégées.

Enfin, la Fédération Nationale Interprofessionnelle des Mutuelles (FNIM) représente 2,5 millions de bénéficiaires.

Quatre types de mutuelles peuvent être distingués :

- les mutuelles professionnelles (mutuelles de salariés d'une profession, mutuelles d'entreprises, de travailleurs indépendants, d'exploitants agricoles...),

- les mutuelles interprofessionnelles et à recrutement général, couvrant plus particulièrement un territoire spécifique (communes, départements, régions),
- les mutuelles de fonctionnaires ou assimilées au recrutement le plus souvent national,
- les mutuelles gérant un risque spécialisé (tels les risques sportifs ou scolaires).

Bien qu'elles interviennent sur les mêmes marchés que les sociétés d'assurance mutuelles et les sociétés anonymes d'assurance, elles ne devront abandonner leurs spécificités (notamment fiscales) et ne s'adapter que fin 2002 au cadre concurrentiel du marché unique européen de l'assurance, soit près de dix ans après leurs concurrents.

4. De nombreux privilèges partagés :

Globalement, les composantes du secteur social marquent de très fortes réticences à intégrer le cadre légal général, tant national qu'europpéen.

➤ *Des subventions importantes et nombreuses :*

☞ Une des particularités du secteur social est l'appel fait à la générosité des pouvoirs publics, des collectivités et des citoyens. Près des 2/3 des associations reçoivent une ou plusieurs subventions (locales, départementales, régionales, nationales, européennes).

Globalement, il faut remarquer que les associations actives ont un budget cumulé de 46,9 milliards d'euros (307,64 milliards de francs), soit 3,7% du P.I.B. Sur les 880.000 associations actives, 6% soit 48.600 ont un budget supérieur à 152.500 euros (1 million de francs). Elles représentent 82% du budget total des associations et mobilisent 91% des subventions.

Les associations sanitaires et sociales représentent ensemble 90.000 associations (11%) mais elles gèrent des budgets élevés, réalisent 38% du budget du monde associatif et concentrent 49% des financements publics.

☞ En ce qui concerne les coopératives, le relevé des aides et subventions régionales est difficile à faire sur le plan national. Les exemples se multiplient de dotations des Conseils généraux et régionaux pour aider une coopérative, tous secteurs d'activité confondus, soit dans son fonctionnement soit pour des opérations ponctuelles. Ces aides – dont on peut souligner que celles soumises aux articles 87 et s. du Traité n'ont pas été notifiées à la Commission européenne, ce qui rend leur caractère légal des plus aléatoires – orientent les marchés et créent des poches d'activité fermées aux entreprises privées. On notera en outre que certains contrats de plan Etat – Région sont également allés dans ce sens, mettant en place une politique de soutien spécifique.

En aides indirectes, des coopératives bénéficient fréquemment de garanties d'aval de premier rang par des Offices publics sur des emprunts bancaires ou de tarifications préférentielles et de mise à disposition d'infrastructures (EDF, SNCF).

☞ Enfin, les mutuelles de fonctionnaires bénéficient pour l'ensemble de leur activité de prévoyance, sans distinction entre celles qui relèvent du champ de l'assurance et de celles qui relèvent de l'action sociale, de subventions et de facilités diverses (mise à disposition de personnel, prêt de locaux et de matériel, notamment informatique).

➤ **Une fiscalité qui privilégie certaines structures :**

☞ Les associations de la loi 1901 ne sont pas en principe imposables aux impôts commerciaux. Ce n'est que lorsque ces organismes exercent une activité lucrative qu'ils peuvent être soumis à ces impôts.

Le caractère lucratif d'une association est déterminé au moyen d'une démarche en trois étapes conduites, pour chaque activité réalisée par l'association, suivant les principes énoncés dans l'instruction 4 H-5-98 du 15 septembre 1998. Cependant, cette instruction dans ses paragraphes 49 et suivants exonère explicitement de ces impôts certaines associations notamment en fonction de leurs activités.

De plus, lorsqu'une activité est reconnue lucrative, elle peut néanmoins bénéficier des exonérations propres à chacun des trois impôts commerciaux dès lors qu'elle en remplit les conditions (*exemple : les associations d'aides à la personne agréées en application de l'article L.129-1 du Code du travail, lorsqu'elles présentent un caractère lucratif, peuvent bénéficier de l'exonération de TVA prévue à l'article 261-7-1° ter du Code général des impôts, sous réserve de conserver une gestion désintéressée et d'affecter leurs excédents exclusivement à la réalisation de leur objet, cf. en ce sens l'instruction BOI 3 C-5-00*).

A contrario, certaines activités non lucratives peuvent néanmoins être assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée en application de dispositions expresses ou sur option (notamment les activités bénéficiant du régime de la presse). Dans ces situations, l'association demeure hors du champ des impôts directs commerciaux (*cf. en ce sens l'instruction 4 H-6-01 n° 228 du 24 décembre 2001*).

Les déclarations de TVA de l'ensemble des associations fiscalisées ont permis (dernières données disponibles 1990) de recenser 31.152 associations réalisant un chiffre d'affaires imposable de 12,6 milliards d'euros (82,66 milliards de francs) et un chiffre d'affaires non imposable de 6,8 milliards d'euros (44,61 milliards de francs) soit un « *chiffre d'affaires* » du secteur d'environ 19,8 milliards d'euros (129,88 milliards de francs) et un « *chiffre d'affaires* » moyen par association de 609.700 d'euros (3,99 millions de francs).

Depuis 1990, le nombre des associations fiscalisées s'est considérablement accru, à en juger par les nombreuses entreprises qui indiquent s'être trouvées en concurrence avec elles, notamment dans les secteurs des services à la personne, de l'aide à domicile, de l'hôtellerie, de la restauration, de la formation professionnelle, du tourisme, des services sportifs.

☞ En ce qui concerne les coopératives, celles-ci ne sont pas assujetties à la fiscalité des activités commerciales (impôts sur les sociétés, foncier bâti, taxe d'apprentissage, etc. ...) ou en sont exonérées partiellement (taxe professionnelle).

Le Code général des impôts regorge de textes relatifs aux exonérations diverses et variées des coopératives et des SCOP. On observera que ces textes ne sont que très rarement réexaminés et sont en conséquence reconduits chaque année sans que le législateur ait à s'interroger sur leur bien fondé ou sur l'opportunité de les maintenir au regard de ce qui avait pu justifier, en leur temps, leur institution.

La fiscalité locale (taxe professionnelle, taxe sur le foncier bâti notamment) est la principale source de distorsions. On estime, dans certains cas (le commerce de gros par exemple), les distorsions fiscales à près de 2% du chiffre d'affaires qui sont à rapprocher d'une valeur ajoutée de l'ordre de 9% et d'un résultat net moyen inférieur à 1%. Autrement dit, ces distorsions sont souvent supérieures au résultat net après impôts des entreprises du secteur.

☞ **Quant aux mutuelles**, jusqu'à la transposition effective des directives d'assurances dans le Code de la mutualité (qui vient d'être repoussée d'avril à décembre 2002), les mutuelles de la mutualité continueront de bénéficier de privilèges liés à un mode de fonctionnement qui ne trouve d'équivalent nulle part ailleurs en Europe, notamment un plan comptable et des règles prudentielles spécifiques, moins contraignantes que celles des autres entreprises d'assurance (conçues pour la gestion de risques courts en dépit du fait que la couverture des risques longs représente une part croissante de leur activité).

Par ailleurs, en tant qu'organismes à but non lucratif, les mutuelles bénéficient d'un régime de faveur pour l'impôt sur les sociétés, la taxe sur les salaires, les droits d'enregistrement et la taxe sur les bureaux en Ile-de-France. Elles sont exonérées de la taxe professionnelle, de la taxe d'apprentissage, de la contribution des institutions financières, de la taxe sur les excédents de provisions des entreprises d'assurances, de la taxe sur les véhicules de sociétés et de la taxe locale d'équipement.

D'une manière générale, concernant cette partie fiscale, il faut bien souligner que cette situation n'est pas statique mais qu'elle évolue au fur et à mesure que de nouvelles taxes sont instituées et que les avantages dont jouissent les acteurs du secteur s'accroissent de fait lors des augmentations des impôts et taxes supportés par les autres acteurs.

➤ **Une législation sociale dérogatoire du droit commun :**

☞ **Les associations bénéficient de dispositions spécifiques dérogatoires au droit commun.** Ceci est vrai, tout particulièrement dans le secteur des services à domicile.

Ainsi, en infraction avec le droit communautaire (décision de la CJCE du 11 décembre 1997), seules les associations peuvent exercer des activités en tant que mandataires (*article L. 129-1 du Code du travail*). Cette pratique est interdite aux sociétés à statut de droit commun. De même, l'utilisation des contrats d'usage, dans ce secteur, leur est également interdite. Enfin, il existe une dérogation spécifique réservée aux associations d'après l'article L. 212-4-3 du Code du travail, celles-ci ne sont pas tenues d'indiquer dans les contrats de travail la répartition du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois.

☞ **Les coopératives agricoles** bénéficient de dispositions dérogatoires du droit commun du fait de leur rattachement au Ministère de l'Agriculture, les inspections relevant en outre du secteur agricole. Ainsi, une coopérative pourra-t-elle déroger au régime d'autorisation des heures supplémentaires jusqu'à 72 heures par semaine, situation impossible pour l'entreprise concurrente.

On observera enfin que l'inspection du travail visite rarement les organismes du secteur, en raison d'un préjugé, a priori favorable, concernant l'application de la réglementation du travail.

5. Des nombreuses dérives :

☞ **Dans le secteur associatif**, 4% seulement des associations bénéficient de mesures dérogatoires, ce qui paraît négligeable en première approche. Toutefois, ces 4% représentent 70% des emplois et du volume d'activité du secteur. Si elles sont quasi inexistantes dans certains secteurs économiques, elles sont très importantes dans d'autres (tourisme, hôtellerie, sports et loisirs, aide au domicile et services à la personne, prévoyance, formation professionnelle).

Les dérives sont aussi le fait de l'Etat ou de collectivités qui introduisent parfois des clauses dites de marchés réservés aux associations, notamment d'insertion, dans certains appels d'offres et ce, au mépris du droit de la concurrence et de la législation européenne. De même, l'Etat ou les collectivités peuvent y mettre à disposition des fonctionnaires et autoriser le recours à des emplois-jeunes.

Par ailleurs, la simple filialisation des activités commerciales n'est plus suffisante, dès lors que dans les services, les notions de réseau et d'accès au consommateur final sont prépondérantes, tant en termes de coût d'accès pour les bénéficiaires qu'en termes de fidélisation.

Enfin, les dérives ne sont pas tant le fait du statut associatif lui-même que la conséquence des rigidités ou des contraintes législatives, administratives ou fiscales pesant sur d'autres statuts. Le statut associatif est choisi par certains opérateurs pour sa souplesse de fonctionnement par comparaison avec les autres statuts. Simplifier les autres statuts et les règles qui leur sont applicables, rendrait au statut associatif sa vocation initiale et permettrait d'éviter une partie des dérives constatées aujourd'hui.

☞ Dans le secteur coopératif, *« les coopératives existent de moins en moins à l'état pur : elles constituent des groupes, notamment lorsqu'elles transforment leurs produits, qui autour d'une coopérative, articulent des filiales de statuts non coopératifs. Les filiales sont en outre souvent détenues en commun avec d'autres coopératives, voire même des sociétés capitalistes industrielles ou bancaires. Se trouvent ainsi combinées dans les faits des logiques différentes, coopératives et capitalistes. Pour l'une le facteur risqué est le produit, pour l'autre il s'agit du capital »* (rapport FAURESTIER & MAUGET, commandé par les coopératives, colloque du 7 mars 2000 de l'Association pour le développement de l'économie sociale – l'ADES).

L'une des sources principales de « dérives » tient au fait que les dispositions du Code général des impôts portant sur les exonérations disposent que celles-ci s'appliquent *« lorsqu'elles fonctionnent conformément aux dispositions qui les régissent »*. Considérant que les dispositions existent (et le fait est que les exonérations sont annuellement reconduites sans autre forme), se pose en permanence la question du respect de ces dispositions et du fonctionnement des coopératives. Or, il n'y a ni contrôle, ni sanction.

☞ Les **mutuelles**, quant à elles, se sont dotées, comme l'autorisait le Code de la mutualité, de structures communes, départementales, régionales et nationales qui leur permettent d'optimiser la gestion de leurs activités (notamment leur réseau d'établissements et services sanitaires et sociaux), de partager certaines ressources et de coordonner leurs actions. Ces structures, qui prennent la forme d'unions de mutuelles ou de fédérations, permettent des transferts de ressources d'une activité à l'autre rendant très difficile le contrôle de l'affectation des aides publiques dont bénéficient certaines mutuelles dans le cadre de leur activité sanitaire et sociale. Au delà, ces transferts entre activités offrent aux mutuelles une marge de manœuvre que n'ont pas les autres entreprises d'assurance tenues au principe de spécialité en vertu des directives *« assurances »*.

Ce problème a d'ailleurs été relevé par la Commission de contrôle des mutuelles qui, dans son rapport 1994-1995, mentionne l'existence de transferts de ressources parfois importants au sein des groupements mutualistes soit que le *« compte prestations/ cotisations (d'assurance) contribue à financer d'autres réalisations, notamment des réalisations sociales, soit au contraire qu'il bénéficie des excédents de certaines réalisations sociales »*.

Ainsi, la Cour de Justice européenne, dans une décision du 21 septembre 2000, a-t-elle estimé qu'au regard du principe de spécialité posé par les directives d'assurance, l'activité de gestion d'un centre d'optique même exercée à but non lucratif, constitue une activité commerciale qui ne peut être

assumée directement par une mutuelle ayant une activité d'assurance. Au delà, la participation d'une mutuelle pratiquant l'assurance à une union gérant un centre d'optique n'est possible que dans la limite de son patrimoine libre et sous réserve que sa responsabilité soit limitée à cet apport.

Sur la base de cette décision, plusieurs tribunaux français ont d'ores et déjà prononcé l'annulation d'arrêtés préfectoraux autorisant des unions mutualistes à exploiter des centres d'optique au motif, notamment, que les risques financiers supportés par lesdites unions du fait de cette activité, pouvaient affecter la solvabilité des mutuelles membres de ces unions.

6. Une confusion entre la notion de secteur social et celle de la dimension sociale de l'économie :

Le monde de l'entreprise et celui dit du social s'ignorent, coexistent, se rencontrent parfois mais sont souvent en conflit. L'un et l'autre sont indispensables au bon fonctionnement d'une société démocratique, organisée et régulée.

L'existence d'un secteur social développé n'est pas une exception française : ce qui l'est davantage, ce sont ses modes de fonctionnement au regard du monde de l'entreprise. Il est particulièrement développé dans les pays dont l'économie est d'inspiration libérale, dans laquelle la place du secteur public est moins importante et où les entreprises sont incitées à le financer et à coopérer avec lui. En retour, il est strictement contrôlé.

Si les deux univers s'ignorent, c'est parce qu'ils ont des préjugés souvent construits sur des représentations simplistes. Ces préjugés peuvent être d'ordre économique, culturel et débordent très vite sur l'idéologique, l'irrationnel, voire l'émotionnel.

Quelle est la différence entre une entreprise qui dégage 1 ou 2% de marge, le plus souvent réinvestie dans l'entreprise (les dividendes distribués représentant une part très faible du chiffre d'affaires) et un acteur du secteur social constitué dans un but autre que le partage des bénéfices, mais qui a le droit de réaliser des gains pourvu qu'ils soient affectés à son fonctionnement ?

Représentation simpliste parce qu'il y aurait, d'un côté, un monde à but officiellement non-lucratif, avec des préoccupations d'intérêt général ou de bien commun, privilégiant l'homme et l'action collective et de l'autre, le monde de l'entreprise, privilégiant le capital, avec des préoccupations exclusivement lucratives et relevant de l'intérêt particulier.

D'un côté, il y aurait des sociétés de capitaux avec des préoccupations d'ordre matériel et quantitatif, de l'autre, des sociétés de personnes avec des préoccupations exclusivement morales, qualitatives, centrées sur les valeurs humaines.

La réalité est heureusement plus complexe, les acteurs des deux mondes exercent leurs activités dans la Cité. Ni les uns, ni les autres ne peuvent ignorer le contexte économique, social ou citoyen dans lequel se situent leurs activités. C'est la notion même de développement durable qui concerne tous les acteurs, y compris l'Etat, acteur parmi les autres et qu'aucun d'entre eux ne peut s'approprier.

Il est significatif que la Commission de Bruxelles n'ait pas réussi à donner une définition au concept « *d'économie sociale* », de secteur social ou de tiers secteur. Elle avait considéré, voici quelques années, qu'il s'agissait de la juxtaposition d'entreprises des secteurs associatif, coopératif et mutualiste. Elle avait introduit l'expression dans le titre même de la DGXXIII « *Politique d'entreprise, commerce, tourisme et économie sociale* » ; une unité était dévolue à l'économie sociale au sein de cette Direction. Mais en l'absence d'une cohérence évidente entre une coopérative

contrôlant une cascade de sociétés anonymes et une fondation, et par là même d'une politique possible sur un concept flou, la Commission a supprimé, dans le cadre d'une réforme de ses directions générales toute référence à l'économie sociale.

Elle intègre depuis les composantes association, coopérative et mutuelle au sein du Département PME de la DG Entreprise.

7. Un flou sémantique et une captation de valeurs qui reflètent un courant d'idées :

Pour se présenter, les acteurs du secteur social, qui bénéficient de privilèges fiscaux et/ou réglementaires, utilisent des termes provoquant les amalgames entre les notions suivantes : à but non lucratif = non marchand, non-marchand = honnêteté et transparence, à but non lucratif = moins cher, même si le coût global pour la collectivité et le citoyen est supérieur.

Cinq principes sont affichés par les coopératives, mutuelles, et associations :

- la libre adhésion,
- le fonctionnement démocratique selon le principe « *un homme / une voix* »,
- le non profit individuel,
- l'épanouissement de la personne humaine,
- l'indépendance vis-à-vis de l'Etat.

De nombreuses associations, coopératives, mutuelles du code de la mutualité et instituts de prévoyance bénéficient d'avantages fiscaux et sociaux que ces organismes justifient par le respect de ces principes.

Or ces mêmes principes sont également respectés par d'autres organismes mutualistes (banques mutualistes ou coopératives, sociétés d'assurance mutuelles) qui sont soumis aux mêmes obligations que les sociétés commerciales et qui exercent leur activité dans un cadre de concurrence loyale.

Les mots « *coopérative* », « *mutuelle* » et « *association* » sont perçus par une grande partie de l'opinion comme renvoyant à l'absence de recherche de profit et sont donc, en France, a priori sympathiques. Dans la pratique, c'est la répartition du profit qui est différente tandis que la technocratie peut imposer son expertise aux bénévoles, parfois au détriment du fonctionnement démocratique.

Ce constat suscite de nombreuses questions. Lorsqu'on adhère par exemple à une mutuelle 45, cela signifie-t-il qu'on est un partisan convaincu de l'économie dite sociale ? Quelle indépendance réelle vis-à-vis de l'Etat alors que le secteur associatif lui demande constamment des mesures spécifiques et un soutien financier de plus en plus fort ? Quel épanouissement de la personne humaine alors que les principes de base du code du travail ne sont pas respectés dans certaines associations ?

Faut-il rappeler que la première contribution de l'entreprise à la collectivité, au-delà des emplois créés, ce sont les impôts versés qui permettent de mettre en œuvre le principe de redistribution ? Faut-il rappeler que son rôle premier est de satisfaire des besoins et d'anticiper sur ceux-ci pour développer la richesse et l'emploi ?

De même, certains de ces acteurs, mus principalement par des convictions idéologiques, parlent de leurs adhérents/ usagers et non de leurs clients. Ainsi, les millions de Français membres d'une association sont assimilés par les porte-parole des technocraties du secteur à des militants.

Enfin, la création du lien social serait une caractéristique majeure de ces acteurs. C'est oublier que c'est le développement de l'accélération des mutations des structures productives issues du progrès technologique et de l'adaptation du marché durant ces trente dernières années qui ont fait émerger la notion de lien social. La preuve en est que l'entreprise est accusée de le tuer quand elle licencie.

Cela démontre que l'entreprise, comme tout lieu de vie communautaire, crée du lien social et permet d'affirmer qu'aujourd'hui, l'école et l'armée ayant un autre rôle, elle est le premier intégrateur.

Est-ce ce qu'on lui reproche ou ce qu'on lui demande ?

C'est oublier aussi que l'entreprise privée gère en interne des préoccupations sociales d'intérêt général notamment dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre l'exclusion ainsi que dans celui de l'intégration et du développement des compétences. Par ailleurs, une entreprise du secteur marchand peut avoir une activité d'utilité sociale (tourisme, loisirs, services à la personne ...).

Le flou ainsi entretenu permet des glissements sémantiques successifs relevant plus souvent de l'affirmation que de la démonstration. La captation de valeurs individuelles universelles transformées en valeurs collectives conduit tout naturellement au rejet des autres formes d'économie ainsi vidées de sens. Les postulats utilisés induisent que les partisans du libéralisme sont opposés aux valeurs préalablement appropriées en vertu du principe *« tout ce qui n'est pas avec moi est contre moi »*.

Le secteur social en France n'a donc pas vocation à être une économie alternative parce qu'il dépend de l'autre économie. Il ne peut prendre une part significative de l'économie parce qu'il tuerait ainsi la redistribution dont il bénéficie et qui lui permet d'avoir des structures de coûts et de prix avantageuses.

A l'époque de la création du secteur social, il n'existait ni système de protection sociale, ni droit à la retraite, ni protection de la famille et des salariés.

Les valeurs affichées aujourd'hui sont désormais partagées par une multitude d'autres acteurs, nationalement et universellement. Elles ne relèvent plus d'un statut.

La vraie dimension des problèmes sociétaux est celle du développement durable dans tous ses aspects. Elle ne peut être limitée à une fraction des acteurs économiques et sociaux. Elle interpelle également l'Etat, non seulement en tant que collecteur et redistributeur, mais aussi comme acteur parmi d'autres acteurs.

***UN ENVIRONNEMENT LEGISLATIF
ET REGLEMENTAIRE TIRAILLE ENTRE
INTERVENTIONNISME ET LIBRE CONCURRENCE :***

- *Un cadre juridique favorable à l'intervention des entités publiques dans le secteur marchand.*
- *Le droit de la concurrence, un outil efficace contre les abus, même s'il comporte certaines limites.*
- *Le rôle positif mais encore inégal des autorités de régulation et des lieux de dialogue.*

**Un cadre juridique favorable
à l'intervention des entités publiques
dans le secteur marchand**

1. La question de la légitimité de l'intervention des entités publiques dans le secteur marchand a été occultée :

☞ L'affirmation du **principe de la neutralité de la propriété du capital** a eu pour effet d'occulter tout débat sur la légitimité des interventions d'entités publiques dans le secteur marchand. L'article 295 du Traité de Rome dispose que « *le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* ».

Ce principe qui interdit d'exercer aucune discrimination à l'encontre des opérateurs publics a pour corollaire le principe de l'égalité des conditions de concurrence entre opérateurs publics et privés.

Dans son arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 précité, le CJEE pose le principe selon lequel la nature publique d'une entité n'empêche pas son intervention sur le marché concurrentiel. En droit français, ce même principe est également désormais reconnu.

Or le droit communautaire est invoqué à tort au soutien de cette évolution. En effet, si le droit communautaire est indifférent à la nature publique ou privée de l'opérateur, et ne condamne pas par principe l'intervention des opérateurs publics dans le marché, il ne le favorise nullement⁴¹.

En effet, ce principe de neutralité fondé sur l'article 295 du Traité de Rome a pour objectif de laisser aux Etats membres toute liberté en matière de nationalisation ou de privatisation des entreprises. En l'espèce, le droit communautaire ne commande rien au droit interne.

☞ **Malheureusement, selon la doctrine, le principe de liberté du commerce et de l'industrie⁴² n'est plus interprété par le Conseil d'Etat comme une interdiction générale d'entreprendre pour les entités publiques**, même si le Code général des collectivités territoriales, dans son article L. 2251-1, précise toujours que c'est « *sous réserve du respect de liberté du commerce et de l'industrie que la commune peut intervenir en matière économique et sociale* », posant ainsi une interdiction d'extension indéfinie de la sphère d'activité ouverte au secteur public. La distinction ne repose pas sur la nature juridique des personnes, mais sur les domaines d'activité relevant naturellement de la sphère publique et sur ceux relevant de la sphère privée.

Le Conseil de la concurrence vient, quant à lui, de rappeler, en 2000⁴³, qu'il est licite pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour évincer du marché les opérateurs en place ou restreindre l'accès au marché de nouveaux opérateurs en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence égale.

☞ **Il existe également une présomption favorable de la jurisprudence administrative envers l'interventionnisme économique des établissements publics administratifs et des autres entités publiques.**

La limitation de l'accès des opérateurs publics au marché a vu sa portée se réduire comme peau de chagrin. L'appréciation de la réunion des conditions nécessaires à la création de services publics par

les collectivités publiques : un motif d'intérêt général d'une part, la carence de l'initiative privée d'autre part, s'est assouplie considérablement.

L'on est ainsi passé de l'exigence de circonstances exceptionnelles à l'exigence de circonstances particulières de temps et de lieu, et à la notion de carence qualitative de l'initiative privée⁴⁴.

☞ **Par ailleurs, la limitation de l'intervention économique des personnes publiques par le principe de spécialité s'est affaiblie considérablement.**

Le Conseil d'Etat⁴⁵ fait une application extrêmement mesurée du principe de spécialité : il existe une marge légale de diversification, à condition que celle-ci soit complémentaire de l'activité principale et à la fois d'intérêt général et utile pour l'établissement public.

Cette intervention est ainsi admise dès lors qu'il y a poursuite d'un objectif de valorisation des compétences du personnel, ce qui sera toujours le cas.

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il précisé que l'octroi de subventions ne place pas un établissement public dans une situation avantageuse.

Il estime également que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce qu'un marché public soit attribué à un établissement public administratif⁴⁶ et a récemment justifié l'égalité entre les opérateurs, en l'envisageant du point de vue fiscal et social⁴⁷. Mais cette jurisprudence laisse entier le problème des aides dont peuvent bénéficier ces établissements, « l'article 87 du Traité ne créant pas pour les particuliers de droits dont ceux-ci puissent se prévaloir devant une juridiction nationale », mais relevant de la compétence exclusive de la Commission⁴⁸.

De même, le Conseil de la concurrence estime qu'il n'est pas illégitime pour des parcs départementaux de l'équipement de rechercher à obtenir des marchés auprès de tiers pour améliorer la rentabilité des investissements et la productivité des services⁴⁹.

☞ **Un certain encadrement de l'action est cependant posé.**

Si l'article 1^{er} du nouveau Code des marchés publics dispose très clairement que « *les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public* », selon la jurisprudence du Conseil d'Etat rappelée dans l'instruction d'application du nouveau code précité, des limites sont posées à cette possibilité pour une personne publique de concurrencer une personne privée :

- le prix proposé par l'établissement public administratif doit être « *déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat* »,
- « *aux termes de l'article 1654 du Code général des impôts, les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'Etat ou des collectivités locales, les entreprises concessionnaires ou subventionnées, les entreprises bénéficiant de statuts, de privilèges, d'avances directes ou indirectes ou de garanties accordées par l'Etat ou les collectivités locales ont des participations ... doivent acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations ; les établissements publics, lorsqu'ils exercent une activité susceptible d'entrer en concurrence avec celle d'entreprises privées, et notamment lorsqu'ils l'exercent en exécution d'un contrat dont la passation était soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées* »,

- cet établissement public ne doit pas avoir « *bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* »,
- il doit pouvoir, si nécessaire, « *en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ».

Enfin, le Conseil de la concurrence⁵⁰ estime que « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques* » mais « *suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les auteurs ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général* ».

Mais il s'agit de limites dont on ne peut apprécier le respect qu'a posteriori et non d'une remise en cause ou d'une interrogation sur la légitimité de l'intervention des personnes publiques dans le secteur marchand.

Toutefois, le Conseil d'Etat dans la partie de son Rapport public 2002 « *Collectivités publiques et concurrence* »⁵¹ rendu public le 13 mars, semble vouloir marquer plus nettement les limites de l'intervention des personnes publiques dans le secteur marchand.

Il affirme clairement que « *la mission première des collectivités publiques n'est pas de développer des activités marchandes et [qu'] on peut légitimement craindre que, par leur poids, par les moyens dont elles disposent, par le régime qui leur est applicable, et notamment l'absence de risque de mise en liquidation judiciaire suite à une cessation de paiement, elles n'altèrent le libre jeu de la concurrence* »⁵².

« *On a pu considérer que la référence à la liberté du commerce et de l'industrie était devenue obsolète. C'est faire litière bien rapidement d'un principe qui a constitué un bon guide de l'intervention économique des collectivités publiques depuis plus d'un siècle dans des conditions d'équilibre dont personne ne demande de remise en cause et qui est certainement appelé à le rester pendant longtemps* »⁵³.

Le Conseil d'Etat a précisé également que « *compte tenu tant de la sensibilité du sujet que des problèmes bien réels que pose la concurrence des personnes publiques aux personnes privées, le temps ne paraît pas venu d'une remise en cause des principes de spécialité et de liberté du commerce et de l'industrie tels qu'interprétés avec beaucoup de souplesse par la jurisprudence [...] et [qu'] il ne paraît pas souhaitable de laisser se développer une sorte de banalisation pure et simple de l'intervention publique marchande* »⁵⁴.

2. La lourdeur qui préside au choix du délégataire d'un service public contraste avec la simplicité de la mise en place d'une régie, même si des améliorations viennent d'être récemment apportées sur ce point :

Il est important de rappeler qu'historiquement la prestation effectuée en régie était interdite en France, en application du principe de liberté du commerce et de l'industrie en vertu duquel le fait d'entreprendre était réservé aux personnes privées s'acquittant de l'impôt, le principe étant celui de la concession de service public.

Le fait que la première guerre mondiale ait rendu impossible l'exécution de contrats de concession du fait de l'inflation des prix des matières premières et notamment du charbon qui constituait un indice de référence dans tous les contrats de concession, a conduit l'Etat à reconnaître la régie et

l'économie mixte comme modes de gestion naturels et concurrents pour les services publics industriels.

Aujourd'hui, les collectivités locales françaises sont libres de choisir le mode de gestion qui leur convient tant sur le fondement de la Constitution de 1958 qui prévoit le principe de libre administration (*articles 34 et 72*) que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (*décision du 20 janvier 1993*), du Conseil d'Etat⁵⁵ et du Traité CE (*article 295*).

Certes, les deux procédures de création d'une régie et d'un service délégué sont formalisées par une délibération de la collectivité locale mais il existe une différence fondamentale entre les deux :

- la création d'une régie est une procédure rapide et peu formalisée (CGCT L 2221-3 et 10),
- la création d'une délégation de service public est une procédure longue nécessitant plusieurs délibérations, soumise à un contrôle de légalité renforcé, nécessitant une création d'une commission *ad hoc*, le choix explicite de la délégation avec un pré cahier des charges (ce qui n'est pas le cas de la régie) (loi du 29 janvier précitée).

Un contrat de délégation de service public nécessite une vraie négociation des objectifs et des moyens de contrôle tandis que la régie est moins transparente : pas d'objectif obligatoire, pas de moyens de contrôle contractuels avec sanctions ...

Par ailleurs, la contractualisation par la voie de la délégation de service public présente un certain nombre de garanties :

- mise en concurrence,
- établissement d'un cahier des charges,
- contractualisation et transparence des engagements et contrôle,
- charge du financement de l'investissement supportée par l'utilisateur et non par le contribuable.

Ainsi que le souligne le Conseil d'Etat dans le rapport précité⁵⁶, « *le recours à la délégation de service public semble [...] encouragé par les instances communautaires parce que cette externalisation permet une mise en concurrence des opérateurs potentiels* ».

Le gouvernement britannique a imposé en 1988 l'obligation de mise en concurrence des services en régie avec le secteur privé (*compulsory competitive tendering*) pour toute création de nouveau service.

Il convient toutefois de souligner que la loi n° 2000-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité prévoit désormais, dans son article 6, que la mise en place d'une régie par une collectivité publique ou la décision de déléguer un service public doit être préalablement soumise à l'avis de la Commission consultative des services publics locaux. L'avis de cette Commission sans être un avis conforme, est néanmoins obligatoire et son absence entacherait d'irrégularité le choix du mode de gestion. Cette Commission, présidée par l'exécutif de la collectivité publique, comprend des représentants de l'assemblée délibérante et des représentants d'associations locales, et permet ainsi une participation des usagers et des habitants à la réflexion sur le choix des modes de gestion de leurs services publics locaux, même s'il est envisagé de les gérer en régie.

Enfin, il faut également citer l'initiative positive que constitue l'adoption de la Charte des services publics locaux adoptée le 16 janvier 2002 par l'Institut de la gestion déléguée, l'Association des maires de France, l'Assemblée des départements de France et l'Association des régions de France avec le parrainage du Sénat.

En effet, cette Charte invite les collectivités publiques à mettre en place des outils pour gérer les services publics locaux, que ce soit en gestion directe ou en délégation de service public, de façon transparente tout en leur garantissant un niveau élevé de qualité. Elle prône à cet égard la passation systématique de contrats, la fixation d'objectifs précis à atteindre et la comparaison des performances des différents modes de gestion par la mise en place d'un observatoire des services publics locaux.

Elle pose par ailleurs le principe d'évaluations régulières du fonctionnement des services publics locaux.

3. Une fiscalité favorable dans un certain nombre de domaines :

L'analyse comparative, pour les principaux impôts, des règles fiscales applicables d'une part aux entreprises de droit commun, d'autre part aux établissements publics administratifs – EPA –, établissements publics industriels et commerciaux – EPIC –, sociétés publiques à monopole d'Etat, coopératives, mutuelles relevant du code de la mutualité, institutions de prévoyance et associations fiscalisées (*sur ces dernières, v. infra*) met en exergue deux phénomènes :

- le grand nombre d'exonérations partielles ou totales des impôts commerciaux, notamment impôt sur les sociétés, taxe sur la valeur ajoutée, taxe professionnelle, dont bénéficient tous ces organismes par rapport aux entreprises de droit commun,
- la complexité et par conséquent l'absence de lisibilité des règles fiscales, qui résulte de l'accumulation de textes de sources multiples.

Ces exonérations, dont certaines constituaient la contrepartie de charges imposées à ces entités ou traduisaient la volonté de développer des secteurs économiques ou sociaux dont l'Etat voulait se libérer ou qu'il souhaite favoriser, sont reconduites d'année en année, sans que la représentation nationale ait à se prononcer sur la légitimité de leur reconduction.

Elles ont constitué, au fil des ans, une sorte de mille feuilles, sans axes majeurs, dont la véritable portée est difficile à apprécier mais qui entraîne dans certains domaines, tels que celui des coopératives agricoles ou celui des mutuelles (*v. infra*), d'importantes distorsions de concurrence non justifiées, au détriment des entreprises de droit commun. Cela reste vrai malgré un mouvement de fond de la législation fiscale, parfois sous la pression du droit communautaire, vers une fiscalisation des organismes quelle que soit leur structure juridique, dès lors qu'ils entrent dans le champ concurrentiel, avec en parallèle des exonérations liées à l'activité et non plus au statut juridique.

V. en annexe n° 3, le tableau comparatif
--

4. Un avantage intrinsèque à la qualité de personne publique⁵⁷ : l'impossibilité de mettre en faillite une personne de droit public et de faire jouer les voies d'exécution forcée :

☞ A la différence des entités de droit privé, les personnes de droit public ne sont pas soumises au droit des procédures collectives (règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires)⁵⁸.

Cette règle se justifie par la raison d'être des personnes publiques qui ont pour mission d'assurer des missions régaliennes et de service public selon les règles applicables à ces missions de services.

En soi, il n'est pas anormal qu'une personne qui doit nécessairement équilibrer ses comptes ne puisse faire l'objet d'une procédure collective, ce qui est le cas des personnes publiques qui, pour payer leurs dettes, doivent soit recourir à l'impôt (Etat), soit recourir à des subventions auprès de leur organisme de rattachement. Ce qui est choquant, c'est que l'application de l'équilibre financier obligatoire et la non application du droit des procédures collectives permettent la survie d'organismes dont l'activité est financièrement déséquilibrée et qui donc recevront nécessairement des aides.

Or, cette règle qui est liée à la qualité publique de la personne, s'applique également lorsque les personnes publiques se livrent à des activités commerciales, permettant à ces personnes de maintenir leur activité, même au regard du droit privé si elles se trouvent juridiquement en état de cessation des paiements. Du fait de l'application des règles de finances publiques et du principe d'équilibre budgétaire, ces personnes publiques vont bénéficier d'aides publiques dans l'exercice de leur activité commerciale.

V. en annexe n° 6, l'absence de soumission au droit de la faillite des entités publiques pour leurs activités commerciales : un cas d'aide illicite ?

☞ En outre, il est impossible de recourir aux voies d'exécution forcée contre les personnes publiques, en application du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, ce qui n'exclut pas toutefois l'application de procédures particulières aboutissant à l'exécution de leurs obligations pécuniaires⁵⁹.

5. Les pouvoirs publics n'hésitent pas à maintenir ou à créer des pôles d'activités réservés au secteur public ou protégés du droit de la concurrence, en violation du droit communautaire :

Les pouvoirs publics : législateur ou Administration, n'hésitent pas à maintenir ou à créer des pôles d'activités réservés au secteur public, et ce au mépris du droit communautaire. Plusieurs exemples permettent d'illustrer ce propos.

☞ Les domaines réservés par la loi :

▫ Le titre premier de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage – loi MOP - interdit à l'Etat et aux collectivités territoriales de faire appel à des entreprises du secteur privé pour réaliser certains travaux réservés à des organes publics.

Sur saisine de l'Union européenne des promoteurs constructeurs, la Commission européenne vient d'adresser à la République française une lettre de mise en demeure pour manquement aux obligations découlant d'une part de la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et d'autre part de l'article 49 du Traité.

La Commission européenne considère que la réservation de missions de maîtrise d'ouvrage déléguée à une liste limitative de personnes morales de droit public ou privé figurant à l'article 4 de la loi MOP précitée est contraire aux dispositions de cette directive pour absence de publicité et de mise en concurrence.

Cette disposition est également contraire au principe de libre prestation de services consacré par l'article 49 du Traité. L'article 6 relatif au contrat de conduite d'opération est également contraire, pour les mêmes raisons, à la directive 92/50/CEE précitée.

▣ La loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant divers dispositions en matière d'urbanisme et de construction a exclu, dans son article 5, la concession d'aménagement urbain, au sens de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, du champ d'application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 concernant la délégation de service public, disposition confortée par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain dite SRU.

S'agissant de contrats de mission de service public, ce qui n'avait pu être obtenu par la loi du 29 janvier 1993, c'est-à-dire la mise à l'écart des règles de mise en concurrence des établissements publics et des SEM est désormais acquis.

Cette loi vise à exclure de la notion de délégation les concessions d'aménagement urbain qui sont au cœur des missions traditionnelles des SEM.

La Commission, en réponse à une plainte officielle, a décidé de transmettre une demande d'information à la France sur les conventions d'aménagement, en ce qu'il n'est prévu aucune procédure de publicité et de mise en concurrence. La Commission considère que ces conventions peuvent entrer dans la définition d'une concession ou d'une prestation de service.

▣ Le nouveau Code des marchés publics :

Le nouveau Code des marchés publics exclut de son champ d'application un certain nombre de contrats au nombre desquels le mandat (article 3-7° de l'annexe), confortant ainsi les dispositions de la loi MOP précitée qui réserve le mandat à certains organismes publics et aux SEM (sur l'interprétation extensive du « *in house* » par ce même texte, v. supra).

La loi MOP ne prévoit pas le mode d'attribution des contrats de mandats, et le Code des marchés publics les exclut de la concurrence.

Or, ces contrats sont de marchés au sens des directives communautaires : marchés de travaux ou marchés de services (prestations d'ingénierie ou prestations consistant à assurer la mise en œuvre de la mise en concurrence au lieu et place du mandant), selon les cas.

✎ **Un monopole de fait :**

▣ Le marché des logements sociaux demeure fermé aux entreprises privées.

V. en annexe n° 2.9, les distorsions de concurrence entre le secteur HLM et le secteur privé de l'accèsion à la propriété
--

✎ **Plusieurs exemples récents montrent qu'il ne s'agit pas d'une tendance appartenant au passé**, mais qu'il existe toujours une volonté forte des pouvoirs publics français de privilégier certains acteurs publics ou du secteur non commercial, même si l'une de ces tentatives s'est fort heureusement heurtée à la censure du Conseil constitutionnel.

▣ Une tentative heureusement avortée : Le projet de loi MURCEF (devenue loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 précitée) visait à réserver aux sociétés coopératives ouvrières de production – SCOP - un quart des marchés publics, ce qui constituait une rupture d'égalité flagrante de l'accès aux marchés publics.

Sur le plan des marchés publics, il est fondamental que le Conseil constitutionnel ait censuré le rétablissement du quart réservataire au profit de certaines structures coopératives ou associatives afin de donner une chance aux entreprises du secteur privé, même si l'on peut regretter que ce soit uniquement pour atteinte disproportionnée au droit d'égalité et non sur le principe même de l'exception.

La décision du Conseil constitutionnel n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 est parfaitement claire : *« Considérant [...] que ces dispositions portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ; que, par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution ».*

Il convient toutefois de demeurer vigilant sur ce sujet ainsi qu'en atteste l'article 8 ter du projet de loi relatif au développement des petites entreprises et de l'artisanat, examiné en première lecture par l'Assemblée Nationale, mais qui n'a pas été adopté avant la fin de la législature.

❑ **Le décret du 15 mars 2000 relatif à la rémunération des prestations d'ingénierie** réalisées au profit de tiers par certains services des ministères de l'Equipeement et de l'Agriculture est venu étendre les prérogatives des services de l'Etat – DDE, DDA – pour compenser l'abrogation par la loi de finances du 31 décembre 1999 des lois de 1948 et 1955 relatives aux rémunérations accessoires et prérogatives spéciales dans les services de l'Etat (v. *supra*).

On peut toutefois s'interroger sur la base légale de ce décret après la publication de la loi MURCEF précitée, même si un arrêté du 27 novembre 2001 fixant les taux et modalités de rémunération des prestations d'ingénierie, pris en application de ce décret, a été publié juste avant la promulgation de cette loi.

❑ **Une tentative du gouvernement français pour faire échapper les services d'intérêt général au droit communautaire de la concurrence :**

Actuellement, un débat est en cours au niveau communautaire sur les services d'intérêt général en Europe, sur la base de la publication par la Commission des communautés européennes d'une communication sur ce sujet le 20 septembre 2000.

Au sommet de Nice en décembre 2000, le Conseil a adopté une déclaration visant à souligner :

- la reconnaissance de l'impact positif de l'ouverture du marché de certains services d'intérêt économique général,
- la réaffirmation du droit des Etats membres à définir les missions ainsi que les modalités de gestion et de financement des services d'intérêt économique général, et de la responsabilité de la Commission à veiller au respect des règles du marché intérieur et de la concurrence,
- le rappel de la nécessité pour les services d'intérêt économique général d'effectuer leurs missions dans le respect des attentes légitimes des consommateurs et des citoyens (prix abordables, transparence des prix, égal accès à des services de qualité),
- le souci d'une évaluation régulière, dans le respect du principe de subsidiarité, de la manière dont il est répondu à ces attentes.

Malheureusement, l'Etat français a présenté le 27 juillet 2001 un mémorandum inquiétant qui :

- conteste l'impact positif de l'ouverture du marché sur la disponibilité, la qualité et le prix des services d'intérêt général,
- dénie à la Commission le droit de « remettre en cause les financements anciens qui n'auraient pas été notifiés en leur temps en l'absence d'un cadre juridique clair » et ne

donnerait à cette dernière que la possibilité d'exercer, à l'avenir, un contrôle a posteriori sur les compensations financières versées par les Etats membres aux services d'intérêt général, pour couvrir les surcoûts supportés par les dits services pour l'accomplissement des obligations d'intérêt économique général mises à leur charge.

Le MEDEF, en accord avec son homologue allemand (BDI), exprime de fortes réserves sur l'opportunité de l'adoption d'une directive cadre pour sécuriser et pérenniser les aides accordées aux services d'intérêt général.

V. en annexe n° 5, la position commune MEDEF/ BDI adressée à la Commission européenne le 24 novembre 2001 et la réponse du Président de la Commission européenne aux Présidents du MEDEF et du BDI du 11 janvier 2002

Une exemption éventuelle à la règle générale de notification préalable des aides d'Etat à la Commission ne pourrait être envisagée que sur le fondement de critères précis et pour certains secteurs spécifiques bien délimités, ainsi que la Commission européenne l'a proposé dans son rapport du 17 octobre 2001 à l'intention du Conseil européen de Laeken⁶⁰.

Le critère proposé par la Commission de « *l'attribution de la prestation du service d'intérêt économique général par le biais d'une procédure d'appel d'offres équitable, transparente, non-discriminatoire et concurrentielle* »⁶¹ paraît devoir être systématiquement exigé, quel que soit le secteur concerné.

Toutefois, il convient de souligner que depuis lors, la CJCE, dans sa décision du 22 novembre 2001 dans l'affaire FERRING vient de juger que la compensation de service public qui se limite à compenser les surcoûts liés à l'accomplissement de la mission de l'organisme qui le reçoit ne constitue pas une aide d'Etat et n'a donc pas à être notifiée. Il ne peut donc plus y avoir que contrôle a posteriori pour non respect du principe de proportionnalité⁶².

Il est important de souligner que l'ouverture de services d'intérêt général à la concurrence s'est dans l'ensemble traduite, que ce soit au sein de l'Union européenne ou en dehors (Etats-Unis, Nouvelle Zélande) par une amélioration de la disponibilité, de la qualité et du prix de ces services.

Les problèmes qui sont apparus dans certains domaines (transport ferroviaire en Grande-Bretagne, électricité en Californie, affaire ENRON) ont principalement résulté, selon les cas :

- d'un état général du réseau ferroviaire britannique calamiteux au moment de la privatisation dû à un important retard dans les investissements qui n'a pu être rattrapé par la suite par la société en charge des infrastructures (RAILTRACK),
- d'une réforme mal pensée s'agissant du marché de l'électricité en Californie qui n'a pas permis les ajustements nécessaires entre l'offre et la demande,
- de l'absence d'un régulateur puissant et indépendant des opérateurs et du pouvoir politique, s'agissant de l'affaire ENRON.

Du point de vue du MEDEF, les exigences du service universel peuvent être assurées dans un cadre concurrentiel dès lors que le cahier de charges a été rigoureusement défini, que le surcoût engendré par l'obligation de service universel a été évalué de façon incontestable, de même que l'avantage que constitue pour l'opérateur historique son image de marque et qu'une autorité de régulation puissante et indépendante a été mise en place.

Le gouvernement français a obtenu, lors du sommet européen de Barcelone des 15 et 16 mars dernier, un engagement de la Commission de présenter un rapport sur les services d'intérêt général d'ici la fin 2002.

**Le droit de la concurrence,
un outil efficace contre les abus,
même s'il comporte certaines limites**

1. L'application du droit de la concurrence permet de rétablir une certaine égalité dans la concurrence :

L'application du droit de la concurrence tant par les autorités nationales que les autorités communautaires joue un rôle essentiel en ce domaine, avec une jurisprudence abondante.

Le droit de la concurrence s'applique aux entreprises, c'est-à-dire aux entités exerçant une activité économique, indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement⁶³.

L'activité est qualifiée d'économique dès lors qu'elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée et/ ou en concurrence avec une activité similaire exercée par une entreprise privée.

Par ailleurs, ainsi que cela a été rappelé précédemment, le droit communautaire a posé en matière de marchés publics et de concessions de services publics⁶⁴, les principes de mise en concurrence, égalité et de transparence qui ont été transposés en droit français⁶⁵.

↳ Sur le marché français :

☞ Le Conseil de la concurrence appréhende les comportements anticoncurrentiels au travers de deux outils : les ententes illicites et les abus de domination. Le recours à une procédure d'urgence qui permet au Conseil de prendre des mesures conservatoires (*article L. 464-1 du Code de commerce*) va dans le sens d'une efficacité accrue de ce droit.

☞ En outre, il faut souligner une évolution importante du droit administratif français, puisque les dispositions du droit de la concurrence peuvent désormais être invoquées devant les juridictions administratives à l'occasion des actes relatifs aux passations des marchés⁶⁶.

Le Conseil d'Etat, par deux décisions, a consacré l'application par les juridictions administratives des dispositions du droit de la concurrence aux contrats et actes administratifs⁶⁷.

☞ **Jusqu'à présent, c'est surtout au travers de l'abus de domination que le Conseil de la concurrence est venu sanctionner les pratiques de certains opérateurs historiques et d'entités publiques.**

Il existe une jurisprudence riche du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris à ce sujet⁶⁸ que quelques exemples récents permettront d'illustrer.

Est susceptible de constituer un abus le fait pour une entreprise disposant d'un monopole légal, d'utiliser tout ou partie de l'excédent de ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné ou est de nature à entraîner une perturbation du marché qui n'aurait pas lieu sans elle.

Le Conseil a notamment fait application de ces principes en 2000⁶⁹ dans l'affaire Société française des jeux, en décidant que des prix nettement inférieurs aux prix pratiqués par les concurrents

n'auraient pu avoir lieu sans les subventions croisées mises en œuvre et étaient constitutifs d'abus de position dominante. Le Conseil a précisé qu'il n'est pas nécessaire que le prix soit prédateur et qu'il suffit que le niveau des prix entraîne une perturbation durable des marchés.

D'une façon générale, le Conseil estime qu'il y a lieu de garantir la mise en œuvre des principes de concurrence, au premier rang desquels sont la transparence, l'interdiction des subventions croisées entre activités et la séparation des fonctions exercées dans le cadre des missions de service public et des activités de nature économique.

Le Conseil de la concurrence, dans une décision du 19 décembre 2001⁷⁰, a ordonné à France Télécom de suspendre la commercialisation de quatre offres de services, du fait que cela aboutissait à coupler une prestation dont cette entreprise détenait le monopole (l'abonnement à la ligne téléphonique) et des prestations ouvertes à la concurrence.

Plus récemment, le Conseil de la concurrence, par une décision du 27 février 2002, a suspendu la commercialisation, à titre de mesure conservatoire, dans les agences de l'opérateur, des packs ADSL de Wanadoo, décision confirmée le 9 avril 2002 par la Cour d'appel qui a considéré que les pratiques de l'opérateur historique *« portent une atteinte grave à la concurrence, en renforçant les tendances monopolistiques du secteur et permettent à France Télécom de structurer le marché à sa guise, en donnant à sa filiale un avantage décisif sur ses concurrents »*.

Il faut rappeler que dès 1998⁷¹, le Conseil avait, dans un avis du 18 décembre 1998 sur les offres sur mesure, posé le principe essentiel de segmentation des offres.

☞ **Le Conseil de la concurrence veille également aux modalités dans lesquels s'effectue la commande publique** : ainsi, dans l'avis du 12 décembre 2000 relatif au marché de la formation professionnelle, le Conseil de la concurrence précise que *« l'accès privilégié à l'information, résultant de la participation d'opérateurs publiés aux instances de concertation et d'aide à la décision, ne doit pas donner aux organismes publics, en tant que dispensateurs de formation, des avantages tels qu'ils permettaient d'évincer leurs concurrents »*.

Il rappelle également dans le même avis les exigences du droit européen : *« égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité sur le même terrain »* (CJE, 19 mars 1991).

☞ Toutefois, le Conseil **prend en compte les contraintes liées à la mission de service public**.

Le Conseil a eu l'occasion de préciser⁷² les conditions dans lesquelles sa jurisprudence sur les prix prédateurs pouvait être transposée aux activités de diversification des monopoles publics : d'une part, l'opérateur public n'est pas soumis aux mêmes contraintes de rentabilité que les opérateurs privés sur la part de son activité qui relève de la mission de service public, d'autre part, il peut être soumis à des contraintes de coût de nature différente (statut du personnel, de financement).

☞ Mais le Conseil de la concurrence est vigilant pour éviter la création de nouveaux monopoles dès lors qu'il n'y a pas carence de l'initiative privée.

L'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 19 mai 1998 sur l'application des règles de concurrence tant nationale⁷³ que communautaire, aux opérations de fouilles archéologiques préventives est intéressant à cet égard en ce que le Conseil a considéré que *« l'exécution des fouilles archéologiques préventives constitue une activité de nature économique et que l'initiative privée n'est pas défaillante dans ce sens [...] [et que] dès lors, conférer des droits exclusifs voire un*

monopole pour l'ensemble des opérations d'exécution des fouilles n'apparaît ni indispensable, ni nécessaire pour l'exécution de cette mission particulière ou d'une partie des opérations en cause ».

☞ En revanche, le Conseil estime que les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante ne sont pas en elles-mêmes anticoncurrentielles, d'autant moins qu'elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique⁷⁴.

Pour qu'elles soient constitutives d'un abus de position dominante, il faut démontrer, soit qu'elles ont permis des pratiques de prix prédateurs, soit que leurs conditions d'octroi sont discriminatoires.

☞ Il n'existe pas en droit français de contrôle concurrentiel des aides⁷⁵.

☞ Sur le marché communautaire :

Au niveau communautaire, la Commission européenne, le Tribunal de Première Instance – TPI - et la Cour de Justice des Communautés Européennes font également application des dispositions relatives aux ententes et surtout à l'abus de position dominante.

La Commission européenne et la CJCE ont notamment rendu une série de décisions concernant les services postaux de différents Etats membres (dont deux concernant la *Deutsche Post*), pour abus de position dominante par exploitation des ressources qu'ils retirent de leurs monopoles pour étendre leur position dominante aux marchés ouverts à la concurrence⁷⁶.

La Commission est particulièrement vigilante vis-à-vis des pratiques d'entreprises disposant de monopoles qui exploitent les ressources qu'ils tirent de ces monopoles pour étendre leur position dominante aux marchés ouverts à la concurrence.

Mais la Commission et la CJCE disposent en outre de dispositions spécifiques aux interventions publiques. Il s'agit :

- d'une part, du régime communautaire des entreprises publiques et des entreprises auxquelles les Etats accordent des droits spéciaux et exclusifs (*article 86 du Traité*),
- et d'autre part, des règles relatives aux aides accordées par les Etats (*articles 87 et s. du Traité*).

➤ ***Des règles spécifiques aux entreprises publiques et aux entreprises bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs :***

L'article 86 dispose : «*Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux et exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.*

Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté ».

☞ La Commission examine notamment si les conditions auxquelles l'Etat procure des ressources à ces entreprises sont similaires à celles auxquelles un investisseur privé, opérant dans des conditions normales d'économie de marché, fournirait des fonds à une entreprise privée comparable.

☞ L'exception dite de mission d'intérêt général visée au paragraphe 2 justifie des entraves à la concurrence, voire des exclusions de concurrence (monopoles), à condition que ces exceptions soient strictement limitées à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la mission d'intérêt général (principe de proportionnalité).

La CJCE vient récemment de modifier la jurisprudence du TPI sur la qualification de compensation de service public, en précisant dans l'arrêt FERRING du 22 novembre 2001 qu'une compensation qui se limite à compenser les surcoûts liés à l'accomplissement de l'organisme qui le reçoit ne constitue pas une aide d'Etat.

Depuis 1997, en effet, le TPI considérait qu'il s'agissait d'une aide mais que l'exception de service public permettait à cette aide d'échapper à l'interdiction de l'article 87 du Traité sur les aides accordées par les Etats, à condition que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service public d'intérêt économique et général et que l'octroi de l'aide s'avère nécessaire pour que ladite entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique⁷⁷.

Cela signifie que ces compensations financières n'ont plus à être notifiées. La Commission pourra cependant toujours intervenir a posteriori, si elle constate que la subvention excède la compensation du surcoût provoqué par les obligations de service public, c'est-à-dire ne respecte pas le principe de proportionnalité précitée, ainsi qu'elle le faisait avant les décisions précitées du TPI.

V. supra, la prise en compte de ces contraintes par le Conseil de la concurrence.

➤ **La prise en compte des aides d'Etat :**

Sauf dérogations prévues par le Traité (article 87.2), sont incompatibles avec le marché commun « dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

Cette formule large couvre les subventions, exonérations de taxes parafiscales, bonifications d'intérêt, garanties de prêt à des conditions particulièrement favorables, fournitures de biens à des conditions préférentielles, couvertures des pertes d'exploitation ou toute autre mesure d'effet équivalent, abandons ou rachats d'avances ou de créances, octroi d'avances non remboursables.

Sur les aides de fait résultant de la non possibilité de mise en faillite des personnes publiques, v. supra et annexe n°6
--

La mise en œuvre de ce contrôle incombe exclusivement à la Commission qui impose une notification des aides nouvelles. Afin d'assurer la transparence de son action dans ce domaine, la Commission européenne vient de mettre en place un registre des aides d'Etat et un tableau de bord de ces aides disponibles sur Internet (XXXe Rapport sur la politique de concurrence 2000, p. 98).

Par ailleurs, il existe des règlements d'exemption de certaines aides : aux PME, à la formation ...

Afin de permettre à la Commission d'exercer son contrôle, la transparence de la comptabilité est essentielle. Cela lui permet de traiter le nombre croissant de cas relatifs à des subventions croisées.

➤ **Un principe commun : la nécessaire séparation des activités de diversification :**

C'est le droit communautaire qui, au travers de l'ouverture à la concurrence de certains secteurs à monopole public⁷⁸, a posé le principe de la séparation des activités de la diversification des activités de monopole.

Dès 1994⁷⁹, le Conseil de la concurrence a posé ce principe et précisé son contenu. Celui-ci doit se traduire par :

- une filialisation des activités de diversification et leur regroupement dans un holding unique,
- la séparation matérielle et humaine, c'est-à-dire que les filiales de diversification doivent disposer de leurs propres immobilisations et de leur propre personnel,
- la séparation comptable et même l'affirmation d'un principe général de transparence financière et de réalité des coûts de la diversification⁸⁰.

Cela signifie notamment que la filiale doit être organisée comme une entité comptable et économique à part entière, que les questions internes entre mère et fille ou entre activités sous monopole et activités concurrencées doivent être facturées à un prix reflétant la réalité des coûts.

Aussi, le Conseil a-t-il recommandé l'instauration d'une transparence comptable permettant une imputation exacte des ressources et des charges⁸¹ et considéré que le contrôle des règles de concurrence présupposait une analyse des coûts à usage externe que devrait effectuer l'entreprise publique selon des normes à déterminer par l'autorité de tutelle dans un cahier des charges.

V. en annexe n°4.1, un exemple de comptabilité analytique dans le secteur de l'édition publique
--

☞ En outre, la Commission a publié, dès 1980⁸², une directive sur la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques amendée en 1985⁸³, 1993⁸⁴ et en 2000⁸⁵.

La Commission impose aux Etats membres l'obligation d'assurer la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, « *en faisant ressortir les mises à disposition de ressources publiques effectives directement par les pouvoirs publics en faveur des entreprises publiques concernées, les mises à disposition de ressources publiques effectuées par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'institutions financières [...]* »

Afin d'assurer cette transparence, les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires pour garantir dans toute entreprise soumise à l'obligation de tenir des comptes séparés, que :

- les comptes internes correspondant aux différentes activités soient séparés,
- tous les produits et charges soient correctement imputés ou répartis sur la base des principes de comptabilité analytique, appliqués de manière cohérente et objectivement justifiables,
- les principes de comptabilité analytique selon lesquels ces comptes séparés sont établis soient clairement définis.

Toutefois, ce régime a révélé ses insuffisances, notamment parce qu'il n'imposait qu'une simple obligation de moyens à la charge des Etats et ne visait que les relations financières entre l'Etat et ses entreprises. Il ne faisait aucune référence aux flux financiers à l'intérieur d'une même entreprise

active à la fois sur un marché réservé et sur un marché concurrencé, ne permettant pas d'assurer le contrôle des subventions croisées.

L'objet de la révision effectuée en 2002 est de renforcer, dans le but de contrôler la présence de subventions croisées, la transparence des comptes non seulement des entreprises publiques, mais également de toute entreprise titulaire de droits spéciaux ou exclusifs ou chargée d'une mission de service public qui recevrait une aide de l'Etat sous quelque forme que ce soit.

Il est donc prévu des dispositions de séparation comptable des activités sous monopole et des activités concurrentielles, avec cependant certaines exceptions.

L'objectif à atteindre est d'imposer la valorisation des toutes les prestations internes à leur prix réel et d'aller vers un système comparable à celui des prix de transfert.

Mais la France n'a pas encore transposé cette modification de la directive.

2. Les limites :

➤ *Tenant au champ même du droit français de la concurrence :*

Ainsi que cela a été précédemment rappelé, la compétence du Conseil de la concurrence est limitée par le Code de commerce aux seules ententes, abus de position dominante ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, ainsi qu'au contrôle des opérations de concentrations.

Le Conseil ne peut intervenir que si le jeu de la concurrence sur un marché est faussé. Il est indifférent aux aides, sauf si elles sont un élément constitutif de la position dominante (v. *supra*).

Un certain nombre de comportements échappent donc à sa compétence. Ainsi, le Conseil de la concurrence n'est-il pas compétent si une entité publique dispose de fonds qui ne sont pas issus d'un marché et les utilise pour évincer les concurrents.

➤ *Tenant à la conception du droit de la concurrence :*

Tant la DGCCRF que le Conseil de la concurrence considèrent que l'arrivée de nouveaux entrants est nécessairement un facteur de stimulation de la concurrence⁸⁶ pouvant entraîner une baisse des prix favorable au consommateur.

Ce n'est que lorsqu'un opérateur se trouve en position dominante et qu'il abuse de sa position soit pour maintenir des prix élevés, soit pour exclure du marché un ou des concurrents ou en empêcher l'accès qu'il y a atteinte à la concurrence.

Le Conseil de la concurrence n'intervient pas sur la structure du prix, sauf si les ressources sont anormales.

Or, la concurrence ne se confond pas avec les intérêts financiers des consommateurs, pas plus que les objectifs du droit de la consommation avec ceux de la concurrence.

L'efficacité économique du marché repose, entre autres, sur des règles du droit qui garantissent la liberté des prix et de la concurrence. Le respect de ces règles bénéficie

d'abord au consommateur mais ces règles sont aussi un des moteurs essentiels du dynamisme du secteur marchand.

Le niveau de prix étant l'élément essentiel de la concurrence, l'objectif de l'opérateur du secteur marchand est de proposer, sur le marché, par ses performances techniques ou commerciales, le prix le plus bas à qualité équivalente. La structure du prix fait partie de la stratégie de l'entreprise pour aboutir au résultat attendu.

La liberté de fixer son prix demeure la règle dans les rapports particuliers qui existent entre secteur marchand, sphère publique et secteur dit de « *l'économie sociale* ».

Une des manières d'identifier, dans ce cas, les origines d'une concurrence qui fausse l'économie du marché est d'analyser la structure du prix. Les différences qui apparaissent ne sont pas toutes, dans ce cas, le résultat des performances stratégiques des différents types d'opérateurs publics ou privés. Certaines d'entre elles ont des origines d'une toute autre nature qui méritent qu'on s'y arrête.

En effet, la spécificité du secteur public et du secteur dit de « *l'économie sociale* » est que la composition du prix de revient de leur produit ou service n'est pas la même que celle pratiquée dans le secteur marchand. Cela tient évidemment à la nature même de ces opérateurs. Selon qu'ils sont administrations ou services décentralisés de l'Etat, établissements publics, collectivités territoriales ou démembrement de celles-ci, associations, mutuelles ou coopératives, ces acteurs bénéficient, du fait de leur nature ou des avantages consentis, de « *déductions* » plus ou moins significatives dans la structure finale des prix de leurs produits ou de leurs prestations.

On peut citer, à titre d'exemple :

- la mise à disposition de personnel rémunéré dans le cadre de statut public qui, en outre exonère l'opérateur du risque et de la charge de la gestion sociale et notamment du licenciement,
- le bénéfice d'aides et de subventions globales particulièrement significatives dans le secteur associatif,
- l'utilisation pour la production de biens ou de services, d'équipements ou de moyens déjà amortis grâce au service public sous monopole,
- les exonérations fiscales ou les allègements de charge(s),
- l'abus de l'utilisation de l'image publique qui facilite l'action commerciale ou exonère en partie de l'effort de communication et de publicité (v. *également supra*).

Il est souvent difficile de chiffrer la part de ces différentes catégories d'avantages qui « *allègent* » le calcul du prix à pratiquer. Mais il est par contre assez facile de formuler ce que ces différentes rubriques citées en exemple représentent dans les charges que l'entreprise privée doit comptabiliser dans la structure du prix.

Ce rapprochement a le mérite d'illustrer la difficulté de respecter des règles communes de concurrence, dans un secteur marchand dont les acteurs, d'origine différente, établissent leur prix à partir de bases de calcul sans cohérence.

L'étude de la structure du prix est une manière de percevoir l'existence de distorsions fondamentales qui montrent le chemin à parcourir pour se rapprocher d'une coexistence dans le cadre de règles communes.

Les prix bas d'aujourd'hui permis par hypothèse par la confrontation public/ privé ne sont pas un gage des prix bas de demain au regard de la théorie des prix prédateurs, prix qui entraîneraient la faillite d'un opérateur laissant dès lors le champ libre au concurrent pour augmenter ses prix.

La focalisation sur la baisse des prix est surtout l'expression de préoccupations anti-inflationnistes.

Or, la finalité de la concurrence est l'allocation optimale des richesses. Le but de toute politique de concurrence, tant au niveau national qu'au niveau communautaire, est d'instaurer un tissu économique dynamique permettant la création d'entreprises, l'innovation ... tout en assurant un niveau maximum d'emploi et, *in fine*, de réserver aux consommateurs une part de ce profit économique global (niveau optimum de prix et meilleurs services), selon les termes mêmes de l'article 81-3 du Traité de Rome.

➤ ***Une preuve souvent difficile à apporter***

L'un des obstacles majeurs auxquels se heurtent les entreprises privées en butte à des comportements anticoncurrentiels réside dans la difficulté d'apporter la preuve de ces comportements : absence de comptabilité analytique, difficulté de prouver le caractère discriminatoire des aides.

Il est ainsi particulièrement complexe de calculer les coûts engendrés par l'opérateur dominant en identifiant les ressources qu'il utilise dans son activité concurrencée, en comptabilisant ces ressources aux coûts où elles sont comptabilisées par les concurrents et en comparant ce résultat avec le prix pratiqué par les opérateurs dominants pour le service concurrencé. Le Conseil de la concurrence reconnaît lui-même la difficulté de mettre en œuvre une telle méthode.

➤ ***Des contentieux trop longs et complexes***

La durée des contentieux qui s'explique en partie par leur complexité mais également quelquefois par les obstacles mis par les entités publiques au bon déroulement de la procédure, est également dissuasive pour les entreprises privées lorsqu'elles n'ont pas la taille et les moyens nécessaires pour assumer de longs procès.

Il suffit à titre d'exemple de citer le contentieux relatif au régime fiscal privilégié des mutuelles et institutions de prévoyance engagé en 1993 par la FFSA et qui vient de trouver son aboutissement en novembre 2001, ou celui opposant l'AFB, le Crédit Agricole et les Banques Populaires au Crédit Mutuel engagé en 1991 et qui vient seulement d'aboutir, sous réserve de l'appel formé par le crédit Mutuel et l'Etat français contre la décision de la Commission européenne. *V. cependant supra, le recours accru à la procédure d'urgence.*

V. en annexe n° 2.12 : le Livret bleu du Crédit Mutuel
--

**Le rôle positif mais encore inégal
des autorités de régulation
et des lieux de dialogue**

LA MISE EN PLACE D'AUTORITES DE REGULATION CONSTITUE UNE AVANCEE POSITIVE, MAIS ENCORE INSUFFISANTE :
--

Au nombre des obligations définies par les directives communautaires d'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux, pour lesquels un opérateur public, que l'on qualifie d'historique, dispose généralement d'une situation de monopole⁸⁷ figure la mise en place d'une « *instance indépendante des parties qui permettra notamment de mettre en œuvre l'accès des tiers aux réseaux, indépendamment de l'influence, supposée ou réelle, des parties prédominantes dans le secteur au moment de la transposition de la directive* »⁸⁸.

Sous l'influence du droit communautaire, le gouvernement français a opté pour la voie de l'autorité administrative indépendante dans deux domaines pour l'instant : le marché de l'électricité avec la création de la Commission de régulation de l'électricité (CRE)⁸⁹ et celui des télécommunications, avec la mise en place de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART)⁹⁰.

Le retard pris dans la transposition de la directive sur le gaz fait que la CRE n'a pas encore compétence pour intervenir dans ce secteur. Par ailleurs, une autorité indépendante devrait logiquement être mise en place dans le secteur postal⁹¹.

Toutefois, ces autorités, dont le cadre juridique n'est pas uniforme, n'ont pas toujours les pouvoirs, les moyens et l'indépendance nécessaires. Il leur manque notamment l'indépendance financière. Par ailleurs, alors que l'ART a le pouvoir d'exprimer son avis avant que le gouvernement ne prenne sa décision, la CRE n'en dispose pas.

La Commission européenne estime ainsi que certaines de ces autorités, l'ART notamment, n'ont pas toujours le pouvoir d'imposer leurs décisions et de mettre en œuvre les sanctions nécessaires quand elles ne sont pas respectées.

L'ORGANISATION DU DIALOGUE PEUT PERMETTRE DE PREVENIR CERTAINS COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS :
--

Deux exemples positifs peuvent être cités :

- l'Observatoire des diversifications d'EDF/ GDF a permis de régler un certain nombre de problèmes liés à des diversifications contestables : v. *annexe n° 4-2*,
- le médiateur dans l'édition, v. *annexe n° 4-3*.

POUR DE NOUVELLES REGLES DU JEU

- *Sept principes fondamentaux.*
- *Quarante cinq mesures concrètes fondées sur l'égalité d'accès au marché, la transparence et un contrôle efficace.*

POUR DE NOUVELLES REGLES DU JEU :
SEPT PRINCIPES FONDAMENTAUX, QUARANTE CINQ MESURES CONCRETES
FONDEES SUR L'EGALITE D'ACCES AU MARCHE, LA TRANSPARENCE
ET UN CONTROLE EFFICACE :

PRINCIPE N° 1 : Recentrer le secteur public sur ses missions essentielles

« Il ne doit pas être perdu de vue que la responsabilité des personnes publiques n'est pas d'ordre marchand et que ces collectivités doivent se consacrer en priorité à la bonne exécution de leurs missions naturelles de service public et de réglementation » (Conseil d'Etat : Rapport public 2002 : « Collectivités publiques et concurrence », p. 266).

❑ Il faut redonner vie aux principes de liberté de commerce et de l'industrie, de spécialité et de territorialité.

Cela signifie que :

- **l'Etat doit renoncer à ses interventions sur le marché concurrentiel, en violation de ces règles :** il en va ainsi notamment de la distribution de produits d'assurance par les agents du Trésor.
- **Une personne publique ne peut pas aller au-delà de ce que prévoient ses statuts et exercer une activité non prévue ou sans rapport avec l'activité principale définie par ses statuts :** cela signifie, par exemple, que les CCI devraient se recentrer sur leur mission première qui est de susciter ou d'accompagner l'initiative privée. *Les CCI n'ont pas pour mission de se substituer à l'initiative privée, sauf carence de cette dernière⁹².*
- **Les collectivités territoriales doivent respecter le principe de territorialité :** un syndicat intercommunal ne peut exercer ses activités que pour les communes membres.

« En toute hypothèse, les personnes publiques doivent pouvoir justifier clairement de leurs conditions d'intervention » (Conseil d'Etat : Rapport public 2002 précité, p. 266).

⇒ **DES MESURES CONCRETES :**

- **La création de Commissions de spécialité compétentes pour décider de l'intervention du secteur public dans le secteur marchand,** avec réexamen périodique de cette décision et définition d'un cahier des charges clair et dans le respect du principe de spécialité.
Ces Commissions, qui pourraient être mises en place au niveau régional, devraient être composées paritairement de représentants du secteur public et d'organisations professionnelles. Leur compétence pourrait être étendue au secteur associatif, coopératif et mutualiste, à des fins de médiation (*v. infra*). Dans ce cas, leur composition devrait être tripartite et être élargie à des représentants du secteur associatif, coopératif et mutualiste.
- **Pour les SEM,** l'institution d'un contrôle permanent et effectif des extensions des activités des SEM (extension directe ou par l'intermédiaire des filiales) par rapport à l'objet initial ayant justifié leur création. Ce contrôle prendrait la forme d'une délibération du conseil municipal.

PRINCIPE N° 2 : Ouvrir à la concurrence tous les secteurs de l'économie

Cela signifie :

- ☐ Accélérer l'ouverture à la concurrence des secteurs anciennement sous monopole, notamment dans les domaines de l'énergie et des transports

⇒ DES MESURES CONCRETES :

- Contribuer à l'adoption des directives nécessaires et transposer fidèlement et rapidement les directives déjà adoptées.
- S'agissant du marché de l'électricité :
 - finaliser l'indépendance du Réseau de Transport de l'Electricité – RTE - ,
 - favoriser l'arrivée de nouveaux entrants en leur permettant de vendre de l'électricité sans devenir producteur afin de laisser se créer un marché secondaire, en plein développement dans le reste de l'Europe,
 - réviser les tarifs de transit du RTE (qui rendent non compétitives les offres des producteurs étrangers par rapport à EDF) et la tarification d'accès aux réseaux.
- S'agissant du marché du gaz, il faudrait :
 - abaisser les tarifs de transport,
 - remédier à l'insuffisance des structures logistiques qui concourent à la création de *hubs* : interconnexions, terminaux de réceptions, gaz naturel liquéfié – GNL- capacités de stockage souterrain, réseaux de transports haute pression, tous éléments qui améliorent la fluidité du marché,
 - donner accès aux capacités de stockage dans des conditions fixées par le régulateur indépendant, à tous les opérateurs et consommateurs éligibles.
- En ce qui concerne La Poste, filialiser les activités concurrentielles et séparer clairement les activités postales et les activités financières, en soumettant ces dernières à la réglementation de droit commun de ces activités.
- Concernant le fret ferroviaire, l'ouvrir rapidement à la concurrence afin de favoriser le développement de ce mode de transport.

- ☐ Supprimer les domaines d'activités réservés aux entités publiques.

⇒ DES MESURES CONCRETES :

- Réviser le titre I^{er} de la loi sur la maîtrise d'ouvrage public (MOP), afin de mettre un terme à l'exclusion des opérateurs privés de la maîtrise d'ouvrage public, pour se mettre en conformité avec le droit communautaire⁹³.
- Modifier l'article 5 de la loi n° 94-112 du 9 février 1994 afin d'inclure dans la notion de délégation les concessions d'aménagement urbain.

- Donner aux entreprises privées la possibilité d'intervenir sur le marché du logement social.
- ❑ Remettre en concurrence les services publics existants sur la base des principes définis au niveau de l'Union européenne : égalité et transparence.
- ❑ Poser le principe de neutralité du choix par les élus du mode de gestion de leurs services publics :

⇒ UNE MESURE CONCRETE :

- Le choix du mode de gestion des services publics locaux devra nécessairement faire l'objet d'une mise en concurrence et d'un réexamen périodique⁹⁴ au terme prévu. *En ce qui concerne plus particulièrement les CCI, toute décision de gestion de service public ou de gestion d'équipement devra nécessairement faire l'objet d'une ouverture à la concurrence⁹⁵.*

Ce principe de neutralité pose celui de la neutralité du statut juridique dans la liberté de choix des acteurs économiques. La vraie liberté de choix suppose des règles de concurrence égales quel que soit le statut juridique afin que d'éventuels avantages liés au statut n'influencent pas le choix de l'opérateur, surtout lorsque ces avantages modifient la structure du prix de revient.

PRINCIPE N°3 : Intégrer le secteur social dans le marché concurrentiel

- ☐ Le **principe d'unicité du marché** dans lequel interviennent des acteurs multiples, principe fondamental des pays développés et la définition de l'entreprise (v. *supra*) en droit communautaire, plaident pour la **suppression de la distinction entre une économie marchande et une économie dite « sociale »** dont les comportements se sont fortement éloignés des principes fondateurs pour intégrer ceux de l'économie concurrentielle. Les rapprochements récents et ceux en cours entre des acteurs majeurs de l'industrie coopérative ou de la mutualité avec des acteurs majeurs du secteur marchand montrent bien que les limites du système sont atteintes.

PRINCIPE N°4 : Solvabiliser la demande en matière d'action sociale, plutôt que de subventionner l'offre

- ☐ Afin de permettre aux citoyens d'accéder à l'action sociale, ce qui nécessite l'engagement de fonds publics nationaux et/ ou locaux, il faut **privilégier le principe de la solvabilisation de la demande pour rendre aux citoyens la liberté de choix du prestataire**. Une telle approche, outre qu'elle met sur un pied d'égalité les différents acteurs, **permet aux personnes défavorisées de bénéficier de structures d'accueil et de prestations non différenciées, tout en respectant la confidentialité sur les aides qu'elles perçoivent**.

Elle permet également de mieux cibler les aides sur les personnes qui en ont effectivement besoin.

PRINCIPE N°5 : Donner au secteur caritatif les moyens de son développement

- ❑ Ceci suppose préalablement de redéfinir les frontières entre le caritatif et la défense d'intérêts spécifiques.

Moins de 2.000 associations reconnues d'utilité publique, 450 fondations, les chiffres parlent d'eux-mêmes sur le sous-développement en France des outils qui permettraient une véritable mobilisation et responsabilisation de la société civile.

Il appartient aux élus de la Nation de choisir les priorités publiques, notamment sur le plan social. Pour mieux répondre au besoin de décentralisation et de proximité, il est souhaitable de laisser aux élus le seul soin de fixer ces priorités par grandes catégories et d'offrir aux citoyens la possibilité de choisir, à l'intérieur de ces grandes catégories, les institutions qu'ils veulent soutenir par leurs dons. On passerait ainsi d'un contrôle hypothétique par la subvention à un contrôle par le citoyen qui ne manquerait pas d'être vigilant sur l'utilisation faite de son argent.

⇒ **DES MESURES CONCRETES :**

- Simplifier la **procédure de reconnaissance d'utilité publique** tant pour les associations que pour les fondations.
- Les soumettre au **contrôle de la Cour des comptes** dont les pouvoirs seraient en même temps étendus aux associations médico-sociales relevant de la loi de 1975, actuellement contrôlées par la DASS (Direction de l'action sanitaire et sociale), qui définit leurs missions et les finances. Il s'agit d'appliquer le principe de séparation entre le commanditaire, le financeur et le réalisateur de la prestation.
- Développer la **certification** de ces organismes.
- **Modifier la fiscalité sur les dons aux organismes caritatifs** : les déclarations au Premier ministre le 1^{er} juillet 2001 à l'occasion du centenaire de la loi de 1901 indiquent la voie à suivre : passer dans un premier temps de 6% à 10% des revenus imposables déductibles.

A titre de comparaison, aux Etats-Unis, les particuliers peuvent déduire leurs dons aux « publics charities » à hauteur de 50% de leur revenu imposable, leurs dons aux fondations privées à hauteur de 30% tandis que les entreprises peuvent déduire jusqu'à 10% de leurs résultats avant impôts.

Dans ces conditions, il serait permis d'envisager un fort développement de l'activité du secteur caritatif dans le cadre d'un rééquilibrage des rapports Etat/ collectivité/ citoyen permettant de mieux respecter le principe de responsabilité de ce dernier.

PRINCIPE N°6 : Appliquer une stricte égalité entre les acteurs exerçant des activités identiques, quel que soit leur statut juridique

⇒ **DES MESURES CONCRETES :**

Cela signifie :

- **La remise à plat de tous les régimes dérogatoires fiscaux et sociaux**, mission qui pourrait être confiée à une Commission parlementaire *ad hoc*.
- **L'assujettissement de toutes les personnes publiques au Code des marchés publics** afin que tout marché soit soumis à la mise en concurrence et notamment l'obligation de mise en concurrence des régies intercommunales en remplacement des transferts de compétence unilatéraux.
- **La sanction des abus dès la sélection des candidatures** et non plus seulement lors de la remise des offres et la mise en œuvre d'une procédure de référé permettant un contrôle en amont.
- **Une interprétation stricte des règles du « in house »** afin d'éviter à certains opérateurs d'échapper aux règles de la mise en concurrence.
- **Dès lors que des aides sont disponibles, la possibilité pour l'ensemble des entreprises privées d'en bénéficier de la même façon⁹⁶.**
- **L'arrêt du recrutement des fonctionnaires** par les entités publiques ayant une activité commerciale.
- **La prise en charge de l'ensemble du coût salarial** (traitements, avantages et retraites), du personnel déjà en place, sur le budget de l'entité à l'activité commerciale.
- **L'interdiction de principe de toute mise à disposition ou détachement de fonctionnaires** dans les entités visées par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, ayant une activité commerciale.
- **L'obligation, dans les cas où le droit des procédures collectives n'est pas applicable en droit ou en fait, de poser la question de la légitimité de l'intervention dans le secteur marchand**, au terme de deux exercices déficitaires consécutifs, tant que ce système dérogatoire n'aura pas été reconnu comme contraire au droit communautaire des aides publiques.

**PRINCIPE N°7 : Assurer la transparence
et mettre en place les contrôles nécessaires**

- ❑ **Séparer strictement les fonctions de régulateur, de prescripteur, de contrôleur et d'opérateur** : cela signifie séparer les fonctions de définition des missions de services publics et de leur contrôle et les fonctions d'opérateurs. Il est indispensable que les régulateurs soient complètement indépendants des opérateurs.

« La concurrence est faussée entre opérateurs publics et opérateurs privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité » (Conseil d'Etat : Rapport public 2002 : « Collectivités publiques et concurrence », p. 272).

⇒ **UNE MESURE CONCRETE :**

A titre d'exemple, même si une collectivité territoriale retient le système de la régie, elle devra avoir l'obligation :

- de **mettre en place une régie autonome** de l'autorité organisatrice avec budget annexe, organe d'administration propre et comptes séparés garantissant l'absence de subventions croisées et, chaque fois que souhaitable et possible, une régie personnalisée,
- et de **négocier et de conclure de véritables contrats** d'objectifs pluriannuels avec la régie autonome, ainsi que le recommande l'avis adopté par le Conseil économique et social en 2001 sur « *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux* »⁹⁷.

Il s'agit d'un principe de droit communautaire permettant d'éviter les conflits d'intérêts, ainsi que l'atteste la décision rendue par la Commission européenne à l'encontre de La Poste sur plainte d'un syndicat des entreprises de routage le 23 octobre 2001⁹⁸.

La Poste est un partenaire incontournable des routeurs, l'essentiel du courrier traité par les routeurs ressortissant du monopole.

La Commission voit un conflit d'intérêt dans les relations entre La Poste et les entreprises de routage dans la mesure où la première est à la fois concurrente de ces entreprises privées et leur partenaire obligé en raison du monopole postal. Ce conflit d'intérêt l'incite à abuser de sa position dominante.

A titre d'exemple, c'est La Poste qui définit les conditions techniques et tarifaires d'accès à son réseau pour l'entreprise de routage.

La Commission a estimé qu'une situation dans laquelle intervient une entreprise publique ou une entreprise à laquelle a été confié le soin de fixer les règles est en soi un abus.

La Commission en a conclu qu'il était dès lors nécessaire de créer une autorité indépendante pour assurer les conditions d'une concurrence égale.

- ❑ **Séparer les activités non concurrentielles des activités concurrentielles** : même si le principe de séparation des activités tant sur le plan juridique que matériel et comptable est affirmé dans certaines directives et lois spécifiques et précisé tant par le Conseil de la concurrence que par le Conseil d'Etat, il est essentiel de le rappeler sous forme d'**un principe général dans la loi, en précisant que toute activité concurrentielle doit se faire par le biais d'une structure dédiée et en définissant ce que l'on entend par comptabilité analytique** (en ce sens, v. également Conseil d'Etat, Rapport public 2002 : « Collectivités publiques et concurrence », p. 273). Dans certains cas, seule la séparation physique des activités peut permettre de parvenir à un résultat satisfaisant : *il suffit de citer l'exemple du transport et de la distribution d'électricité qui restent réunis au sein d'EDF.*

⇒ **DES MESURES CONCRETES :**

- **Toute activité concurrentielle du secteur public doit se faire par le biais d'une structure dédiée** – de préférence mais pas nécessairement privée. C'est la condition préalable fondamentale pour éviter des subventions croisées entre activités sous monopole et activités concurrencées.
- **La séparation matérielle des activités doit être mise en œuvre** : il s'agit de faire en sorte que les activités marchandes du secteur public aient leur propre personnel et matériel. Quand cela n'est pas possible, par exemple pour un problème de coûts communs ou de personnel détaché (La Poste), il convient alors d'exiger la juste rémunération, c'est-à-dire au prix du marché, des prestations fournies. La détermination et la répartition de ces coûts communs exigent la mise en place d'une véritable comptabilité analytique, qui fasse l'objet d'un contrôle externe.
- **L'avantage concurrentiel que représente l'image du service public doit être pris en compte :**

Il n'est pas douteux que l'image du service public représente un avantage commercial (cf. avis EDF-GDF du Conseil de la concurrence de 1994). Du point de vue des particuliers plus encore, l'image attachée au service public est celle de compétence et de sérieux, d'ailleurs souvent justifiée.

Les services assurés par ou au nom des collectivités territoriales relèvent de la même analyse. Dans les services aux collectivités comme les services à la personne par exemple, l'expression courante « label du maire » est révélatrice. Or, dans ces services, les notions de réseau et d'accès au bénéficiaire final sont prépondérantes tant en termes de coût que de confiance. Il en est de même dans les activités de services liées par exemple à la normalisation, la certification, le conseil et la formation professionnelle.

Ainsi, comment ignorer que les agents du Trésor distribuant des produits d'assurance banalisés bénéficient de la confiance toute naturelle des épargnants. Ce qu'a récemment jugé le Conseil d'Etat (affaire FNSAGA du 28 mars 2001). Or, ces trésoriers sont en concurrence directe avec les agents généraux d'assurance...

Autre exemple, le Conseil de la concurrence a condamné fin 2000, TDF à 10 MF d'amende pour avoir abusé de sa position dominante et notamment pour avoir abusé de son appartenance à France Télécom dans son activité commerciale.

- **Le principe doit être posé d'une interdiction aux personnes publiques ou filiales de faire état de leur appartenance au secteur public ou non-lucratif** dans leur candidature ou démarches commerciales (directement ou indirectement, par exemple par l'usage des logos ou de noms commerciaux dérivés de ceux des entreprises ou d'entités publiques et para- publiques).

- **Le bénéfice indirect lié à l'appartenance au secteur public et para- public doit être pris en compte dans l'évaluation de toute situation de concurrence.** Une telle quantification est loin d'être impossible.

Ainsi, la Commission européenne ayant contesté les importantes sommes versées à France Télécom par les opérateurs privés nouveaux entrants (au titre de prise en charge des missions de service public), l'ART a été conduite à recalculer leur montant en prenant en compte le facteur image du service public. Ses conclusions, rendues notamment sur la base d'un rapport d'audit indépendant, ont permis de faire baisser la facture de plusieurs millions de francs.

Le principe même de toute contribution des opérateurs privés à l'opérateur public pour la prise en charge des missions de service public est contesté dans l'ensemble des pays européens, où l'on estime que le bénéfice commercial lié à la simple appartenance au secteur public compense largement le coût de la prise en charge des missions de service public.

Il convient donc, à chaque fois que se pose la question de la loyauté de la concurrence entre opérateur public et privé, de prendre en compte cette donnée, notamment par le biais de rapports d'expertise indépendants.

⇒ *Cela doit se traduire dans l'analyse de la structure du prix par les autorités de concurrence.*

- ☐ **Mettre en place des règles de prévention et de gestion des conflits d'intérêts** dans les entités bénéficiant de financements publics nationaux ou locaux.
- ☐ **Notifier et rendre publiques l'ensemble des aides d'origine publique** : la transparence dans les aides d'origine publique devrait être assurée par une notification et une publicité sur un site Internet accessible à tous, à partir de certains seuils. L'absence de notification pourrait être sanctionnée notamment par une exclusion des marchés publics pour une durée maximum de cinq ans.

La Commission nationale de contrôle des aides aux entreprises instituée par la loi n° 2001-7 du 4 janvier 2001 relative au contrôle des fonds publics accordés aux entreprises, a un objectif différent, essentiellement social, et un champ d'application plus limité. Cette Commission est « chargée d'évaluer les impacts économiques et sociaux, quantitatifs et qualitatifs, et de contrôler l'utilisation des aides publiques de toute nature accordées aux entreprises par l'Etat et les collectivités locales ou leurs établissements publics, afin d'en améliorer l'efficacité pour l'emploi, la formation professionnelle et les équilibres territoriaux » (article 1^{er}).

L'attribution aux juridictions nationales de la compétence pour apprécier la compatibilité des aides d'Etat par rapport au Traité ou même l'instauration d'un véritable dispositif national de contrôle des aides tel qu'il existe sur le plan communautaire mériteraient, en revanche, de faire l'objet d'une étude approfondie⁹⁹.

- ☐ **Rendre publiques les conditions de mise à disposition ou détachement de fonctionnaires** dans les entités précitées.

- ❑ **Transposer sans délai la directive n° 2000/52/CE du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques** : La France aurait dû transposer cette directive dans son droit national au plus tard le 31 juillet 2001 (*article 2*). Un projet de loi en ce sens devrait être inscrit à l'ordre du jour du Parlement dès le lendemain des élections législatives.
- ❑ **Renforcer l'indépendance et les moyens des autorités indépendantes si besoin est et en créer de nouvelles si nécessaire** :

⇒ **DES MESURES CONCRETES** :

- **Conférer aux autorités administratives** :
 - les **pouvoirs qui leur sont nécessaires**, afin de leur permettre de suivre les évolutions du marché et des acteurs et de faire respecter les équilibres, cela en accroissant leur pouvoir réglementaire, en allant même jusqu'à supprimer l'homologation ministérielle,
 - l'**indépendance et l'impartialité indispensables** à leur fonctionnement. Cela signifie notamment :
 - ❖ la personnalité juridique,
 - ❖ l'autonomie budgétaire et la possibilité de discuter directement de leur budget avec le ministre de tutelle,
 - ❖ un personnel propre ne résultant pas de mise à disposition,
 - ❖ la nomination du directeur général et des chefs de service par le collège de l'autorité administrative,
 - ❖ les moyens financiers et humains de leur efficacité,
- **Accroître la transparence** de leur fonctionnement en publiant systématiquement la doctrine et les lignes directrices élaborées par les autorités de régulation, ainsi que leurs avis à leur seule diligence et indépendamment de la décision des pouvoirs publics.
- **Améliorer leur contrôle** en renforçant le rôle du Parlement.
- **Harmoniser** au niveau communautaire les **pouvoirs des autorités de régulation** des marchés ouverts à la concurrence.

Cela signifie également la création de nouvelles autorités, dès lors que l'on se trouve dans une situation de conflits d'intérêts entre prescripteur et opérateur. *Sur la création de nouvelles autorités indépendantes, v. la décision de la Commission dans l'affaire La Poste/ SNELPD précitée.*

- ❑ **Développer la médiation par le biais des commissions régionales de spécialité** : l'expérience positive de l'Observatoire des diversifications EDF/ GDF conduit à proposer sa généralisation lorsqu'il apparaît que les diversifications d'entreprises publiques ou d'organismes para - publics soulèvent les problèmes de concurrence.

Mais il est possible d'aller plus loin et de confier aux Commissions régionales de spécialité (v. *supra*) l'examen des distorsions de concurrence liées à une différence de statut des intervenants.

Ces Commissions pourraient être saisies par toute personne physique ou morale s'estimant victime de distorsions de concurrence précitées.

Elles pourraient saisir pour avis le Conseil de la concurrence dans son domaine de compétence et éventuellement lui renvoyer un dossier. Elles émettraient des avis publiés dans la presse régionale ou nationale.

- ☐ **Exiger la fourniture, dans le cadre d'appels d'offres, des éléments comptables permettant d'attester que le prix proposé n'est pas un prix prédateur** : il est essentiel que le contrôle de la loyauté du prix s'exerce dès la sélection des candidatures, seul moment où un tel contrôle peut s'avérer efficace.

L'attestation contenant les éléments permettant de démontrer que le prix proposé n'est pas un prix prédateur devait être fournie lors du dépôt des offres, à l'instar du justificatif que doivent fournir les entreprises attestant qu'elles sont en règle avec leurs obligations fiscales et sociales.

Pour produire de tels éléments comptables, il est nécessaire d'instaurer l'obligation d'adopter une comptabilité analytique permettant l'identification des coûts complets.

La production du compte d'emplois décrivant les subventions reçues ne saurait suffire. Comme la jurisprudence communautaire en matière d'aides d'Etat l'a établi, de nombreuses aides publiques prennent en effet la forme d'aides indirectes non financières, notamment fiscales ou sociales.

- ☐ **Renverser la charge de la preuve en cas de contentieux entre deux entités** dont l'une a bénéficié d'aides publiques au détriment de la seconde.
- ☐ **Confier à la Commission des participations et des transferts** (ex Commission de la privatisation) le soin d'examiner les cas d'extension du secteur public par acquisition de sociétés privées par des entreprises ou établissements publics, ce qui suppose une extension de ses missions. En revanche, il ne serait pas nécessaire a priori de modifier sa composition, puisque les membres sont choisis en fonction de leur compétence et de leur expérience en matière économique, financière ou juridique et sont soumis à des contraintes visant à assurer leur indépendance.

¹ Se sont successivement ouverts à la concurrence, à la fin des années 1980, les services aux entreprises, au début des années 1990, les services mobiles en 1998 pour le téléphone fixe, mais l'accès à la boucle locale a pris un an de retard.

² V. infra p. 44.

³ La Commission européenne va engager une procédure d'infraction contre les Etats où les opérateurs historiques ne proposent pas de dégroupage dont la France, « Les Echos », 29 novembre 2001.

⁴ La CJCE vient de condamner la France pour non conformité à la directive européenne sur le service universel, « Les Echos », 7 et 8 décembre 2001.

⁵ Selon son Président, La Poste n'est pas une entreprise banale, c'est le premier service public de proximité, « Les Echos » 31 janvier 2002.

⁶ L'article 44 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 fixe une limite à ces diversifications et a institutionnalisé l'Observatoire de la diversification.

⁷ « Le Figaro Entreprises », 8 octobre 2001, p. 12.

⁸ « Les Echos », 16 et 17 novembre 2001. V. le rapport du Haut Conseil du secteur financier public et semi-public : « Un secteur public pour quoi faire ? », Décembre 2001. V. cependant les déclarations du Président de la Poste, « Les Echos » 31 janvier 2002.

⁹ « Le Figaro Entreprises », 8 octobre 2001, p. 12.

¹⁰ Le SERNAM vient d'ailleurs d'être recapitalisé à hauteur de 270 millions d'euros pour compenser les pertes cumulées en 2000 et 2001.

¹¹ Sur ce point, voir Conseil d'Etat, Rapport public 2002 : « Collectivités publiques et concurrence », p. 270 et s.

¹² Op. cit., loc. cit.

¹³ V. not. l'avis du Conseil de la concurrence de 1994 EDF/ GDF.

¹⁴ « Le Figaro », 23 mai 2001.

¹⁵ A titre d'illustration, l'on peut également citer la circulaire du 20 mars 1998 relative à l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics de l'Etat, dans laquelle le Premier Ministre a rappelé que « *les administrations et établissements dont ce n'est pas la vocation ne doivent pas entreprendre des activités éditoriales. Lorsqu'ils souhaitent publier et diffuser des ouvrages, il leur faut soit faire appel aux organismes publics qui sont investis statutairement d'une mission éditoriale, soit recourir à des éditeurs privés, notamment dans le cadre de coéditions, en veillant au respect des règles relatives aux marchés publics et aux délégations de service public* ».

¹⁶ J.O. du 6 février 2001.

¹⁷ « Le Monde » du 7 septembre 2000, article « *Bercy, la réforme entre par la petite porte !* ».

¹⁸ Décret du 7 fructidor de l'an XII, cité in Frédéric-Jérôme PANSIER et Cyrille CHARBONNEAU : Présentation de la loi MURCEF du 11 décembre 2001, « Les Petites Affiches » n° 249, 14 décembre 2001, p. 5 et André MARCHESSOU, La maîtrise d'œuvre publique : évolution et apport de la loi du 11 décembre 2001, « Les Petites Affiches » n° 258, 27 décembre 2001, p. 12 et s.

¹⁹ Ces interventions s'appuyaient sur la loi n° 48-153 du 29 septembre 1948 dont les dispositions avaient été étendues au service du Génie Rural par la loi du 26 juillet 1955.

²⁰ Ces concours d'ingénierie publique donnaient lieu à des rémunérations accessoires importantes que la Cour des comptes a souhaité voir réintégrées au budget de l'Etat, ce qui a été fait à compter du 1^{er} Janvier 2000 par la loi de finances pour 2000 qui a abrogé les lois de 1948 et 1955 précitées. Mais le principe des prestations de maîtrise d'ouvrage publique n'a pas été remis en cause et a été même réaffirmé par le décret du 15 mars 2000 relatif à la rémunération des prestations d'ingénierie réalisées au profit de tiers par certains services des ministères de l'Equipement et de l'Agriculture (ce décret fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat de la part des fédérations professionnelles d'entreprises concurrencées par les DDE et les DDA). Ce décret a conforté l'intervention de ces services en consacrant son caractère permanent et en élargissant son champ aux particuliers et à toute personne morale de droit privé ou public autre que l'Etat (article f°). Le taux et les modalités de rémunération ont été fixés par un arrêté du 20 avril 2000. On assiste en ce domaine à une dérive paradoxale : les DDE et les DDA n'exercent plus les missions régaliennes qui sont les leurs et les délèguent au secteur privé pour intervenir sur le secteur marchand qu'elles jugent plus lucratif. En ce sens, v. André MARCHESSOU, op. cit., p. 13. « *A l'écoute des communes pour les conseiller dans leurs besoins en équipement, ces services étaient également placés à un point de passage obligé pour le versement de subventions permettant la réalisation des opérations dans lesquelles ils sont maîtres d'œuvre. En outre, le fait qu'il suffisait aux communes de solliciter le concours de l'Etat par simple délibération – concours en pratique toujours obtenu du préfet – explique également la présence des grands corps étatiques* ».

²¹ V. infra. Il est notable que la loi étend ainsi le nombre des personnes concernées par ces interventions, en visant les établissements publics de communes de coopération intercommunales et l'ensemble des établissements publics, et celui des intervenants potentiels : services de l'Etat à compétence nationale.

²² Le fait de soumettre les services techniques de l'Etat à une mise en concurrence constitue un progrès, mais dont la portée pratique se trouve limitée par le niveau des seuils fixés.

²³ Le seuil sera fixé par décret.

²⁴ André MARCHESSOU, op. cit., p. 16.

²⁵ Ibidem.

²⁶ La société d'économie mixte (SEM) se caractérise par la nature partiellement publique et partiellement privée de son actionnariat. L'on distingue la SEM locale qui associe dans son capital des collectivités locales majoritaires (commune, département, région ou leur groupement) et des partenaires économiques et financiers, de la SEM nationale constituée entre l'Etat et des actionnaires privés au capital de laquelle les collectivités, si elles sont présentes, sont minoritaires. Le statut des SEM locales est régi par les dispositions du Code de commerce sur les sociétés commerciales, mais également par une loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 qui ajoute des règles de fonctionnement spécifiques. Cette structure juridique avait été créée, à l'origine, dans l'objectif de permettre une véritable association entre les actionnaires publics en charge des valeurs d'intérêt général et de service public et les actionnaires privés, garante d'un mode de fonctionnement d'entreprise dans le respect des valeurs du marché et de la recherche de l'efficacité économique. En réalité, l'objectif est le plus souvent de créer un outil restant sous la maîtrise des collectivités publiques, mais échappant aux contraintes des règles qui s'imposent aux personnes publiques et à l'action publique (pas de comptable public, pas de séparation de l'ordonnateur et du comptable, pas de respect du code des marchés publics, agents non fonctionnaires ...). En conséquence, les actionnaires privés ont fait défaut ou plus exactement n'ont été intéressés par une participation dans une SEM que pour pouvoir obtenir les contrats d'assistance technique et administrative, du management, de sous-traitance et de prestations dont la SEM a besoin pour exercer son activité. Ainsi, l'actionnariat public a-t-il été assuré en fait par des établissements à capitaux publics, le plus souvent établissements financiers tels que la Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales techniques, les Caisses d'épargne ou certains établissements bancaires. Il n'y a donc pas de véritable volonté d'exercer en commun une activité économique ni en conséquence de distribution de dividendes. Cette tendance a été consacrée par la loi de 1983 précitée qui a imposé un capital public majoritaire et a ainsi, d'une certaine façon, « *sonné le glas* » d'une véritable économie mixte au sens d'un véritable partenariat public/privé. Depuis lors, le législateur est intervenu pour renforcer le contrôle des collectivités territoriales et de leurs SEM par les Chambres Régionales des Comptes (article L.1524-2 du Code général des collectivités territoriales - CGCT). Par ailleurs, la loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains prévoit que, dans le cadre de concours financiers des collectivités territoriales aux SEM, ces collectivités peuvent allouer des subventions ou avances aux SEM exerçant une activité de construction ou de gestion de programmes de logements sociaux. Elles sont également habilitées à accorder des participations financières aux opérations d'aménagement dans le cadre d'une convention publique d'aménagement. Cette loi dispose par ailleurs que les représentants de locataires élus, avec voix consultative, doivent être présents aux conseils d'administration des SEM gérant des logements sociaux. L'économie mixte relève, pour l'essentiel, du droit prétorien car - et c'est justement la particularité de cet objet juridique hybride - son régime juridique dépend, pour certains de ses actes, du droit administratif et, pour d'autres, du droit privé général. L'économie mixte n'a jamais occupé en France une place aussi importante dans l'économie qu'aujourd'hui. Il existe aujourd'hui 1255 SEM représentant une capitalisation de 1,77 milliards d'euros, 61.000 salariés, un chiffre d'affaires de 11,4 milliards d'euros se répartissant comme suit : *2,7 milliards pour l'immobilier, *4,57 milliards pour l'aménagement, *4,1 milliards pour les services.

²⁷ Le statut vient d'être complété par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales et visant à renforcer le statut des SEM. Les principales dispositions sont les suivantes : *possibilité pour les collectivités locales d'allouer des apports en compte courant d'associé aux SEM, *droit au bénéfice du fonds de compensation pour la TVA en cas de financement d'un équipement public destiné à être intégré dans le patrimoine d'une collectivité territoriale, *clarification de la situation juridique des élus mandataires des collectivités locales au sein des organes dirigeants des SEM, *faculté pour les SEM nouvellement créées de présenter une offre dans le cadre de délégations de service public, *liberté pour un actionnaire de SEM de présenter sa candidature à un appel d'offres lancé par ladite SEM.

²⁸ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, et loi n° 82-6 du 7 janvier 1982 approuvant le Plan intermédiaire.

²⁹ Primes régionales à l'emploi, primes régionales à la création d'entreprises, bonifications d'intérêt, prêts et avances.

³⁰ Principalement les aides à l'immobilier d'entreprise et à l'aménagement de terrains, mais aussi les aides à la promotion et à la commercialisation des produits locaux, les aides à la formation professionnelle, les aides aux opérations de conseil en gestion ...

³¹ En ce qui concerne les garanties d'emprunts, les exonérations temporaires de taxe professionnelle, les rabais en matière de bâtiments et l'exonération d'impôts d'Etat lors d'acquisitions d'immeubles par les collectivités locales.

-
- ³² Article 5.
- ³³ Rapport rendu public le 12 novembre 1996.
- ³⁴ CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, « *Teckal SRL* ».
- ³⁵ Ibid.
- ³⁶ Dans le sens d'une requalification en prestation de services. CAA Lyon, 27 février 1990, Communauté urbaine de Lyon (req. 89LY01005) : la Cour d'appel administrative a retenue que « *si une convention [...] a stipulé que la ville était chargée par la communauté urbaine de réaliser les opérations nécessaires aux études, travaux et fonctionnement de la signalisation lumineuse, cette convention qui laisse à la charge du budget de la communauté urbaine de Lyon les dépenses correspondant à ces opérations, constituait une convention de prestations de services qui n'emportait pas transfert des compétences dévolues par la loi de la communauté urbaine* » et TA Toulouse, 18 novembre 1999, Préfet de la Haute-Garonne.
- ³⁷ Les associations sont régies en France par la loi de 1901.
- ³⁸ Les coopératives sont régies par la loi du 10 septembre 1947, modifiée en 1992.
- ³⁹ V. Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, Droit du marché. Thémis - PUF, Droit 2002, p. 428.
- ⁴⁰ Ibid., p. 393 et s.
- ⁴¹ Ibid., p. 403.
- ⁴² Il convient de rappeler que le Conseil d'Etat dans sa décision Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers du 30 mai 1930 précisait que les activités industrielles et commerciales « *restent en règle générale réservées à l'initiative privée* » et les collectivités publiques ne pouvaient intervenir dans le domaine économique « *que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* », par exemple, en cas de carence, défaillance ou absence de l'initiative privée.
- ⁴³ Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale CITELUM sur le marché de l'éclairage public, BOCCRF du 30 décembre 2000, p. 828 et s.
- ⁴⁴ V. cependant la décision du T.A. de Besançon du 8 juillet 1999 – MONNOT ARCHITECTE qui a exclu l'intervention de services déconcentrés de l'Etat dès lors qu'il n'y a pas carence de l'initiative privée, v. également T.A. de Nancy, 18 mars 1999, France Télécom qui a jugé qu'en absence de carence, un secteur insuffisamment concurrentiel ne suffisait pas à justifier l'intervention.
- ⁴⁵ Avis RATP du 15 juillet 1992 et EDF du 7 juillet 1994.
- ⁴⁶ Avis J.L. BERNARD Consultants n° 222208 du 8 novembre 2000, AJDA 2000 p. 987 et s., et décision Compagnie méditerranéenne des services d'eau n° 212054 du 16 octobre 2000.
- ⁴⁷ V. C. E., 5 septembre 2001 n° 225473, M. GUIAVARC'H, Philippe ZAVOLI « *L'accès des établissements publics au marché des prestations de service* », LAMY Droit public d'affaires, Janvier 2002, n° 54, p. 1 et s.
- ⁴⁸ V. Philippe ZAVOLI, op. cit. et avis n° 99-A-21 du Conseil de la concurrence en date du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, BOCCRF du 31 mars 2000, p. 172 et s.
- ⁴⁹ Avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 précité.
- ⁵⁰ Avis 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif aux conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire français et également l'avis du Conseil de la concurrence du 1^{er} décembre 1998 n° 774 sur la circulaire du Ministre de l'Intérieur et du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications.
- ⁵¹ Etudes et documents n° 53, La Documentation Française, p. 215 et s.
- ⁵² Op. cit., p. 221.
- ⁵³ Op. cit., p. 265.
- ⁵⁴ Op. cit., p. 264.
- ⁵⁵ V. not. Décision LOUPIAS c/ Commune de Montreuil-Bellars, du 18 mars 1988, n° 57893.
- ⁵⁶ Op. cit., p. 342.
- ⁵⁷ V. en ce sens Claude LUCAS de LEYSSAC, Gilbert PARLEANI, op. cit., p. 394.
- ⁵⁸ Article L. 620-2 du Code de commerce qui limite le champ des procédures collectives aux personnes morales de droit privé. Ceci exclut donc les personnes morales de droit public : Paris, 15 février 1991, G.P. 1991, 1, p. 365 et s.
- ⁵⁹ V. not. Conseil d'Etat, Rapport public 2002 « *Collectivités publiques et concurrence* », p. 270.
- ⁶⁰ Rapport, page 10, § 29.
- ⁶¹ Rapport précité, pages 10 et 11, § 29.
- ⁶² V. infra p. 46.
- ⁶³ V. not. Berthold GOLDMAN, Antoine LYON CAEN, Louis VOGEL, Droit commercial européen, Précis DALLOZ, n° 473 et s., p. 350 et s., Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, op. cit., p. 379 et s.

- ⁶⁴ L'ensemble des directives communautaires s'inscrit dans une volonté d'ouverture à la concurrence des marchés nationaux cloisonnés. Il s'agit de donner plein effet aux principes du traité : principe d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité, de non discrimination et de reconnaissance mutuelle. Sur les concessions, v. not. la décision TELAUSTRIA (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. 2000, p. 1-10745 AJDA 2001, p. 106) qui affirme que l'obligation de transparence s'impose, sans texte spécifique, aux concessions, en application des règles fondamentales du Traité et la Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000. V. Conseil d'Etat, Rapport public 2002 « Collectivités publiques et concurrence », p. 281 et s.
- ⁶⁵ V. not. le nouveau Code des marchés publics résultant du décret du 7 mars 2001, Conseil d'Etat, op. cit. loc. cit.
- ⁶⁶ V. Nicolas CHARBIT, *Secteur public et droit de la concurrence*, Pratique des affaires, JOLY Editions, 1999, p. 16 et s.
- ⁶⁷ CE, MILLION et MARAIS, 3 nov. 1997, RFDA 1997, p. 1228 et s., Union hospitalière privée, 1^{er} avril 1998 Rec. P. 114.
- ⁶⁸ V. not. Paris 27 janvier 1998 EDF. Décision n° 99-D-51 du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie, Rapport du Conseil de la concurrence 1999 Annexe 58, p. 48 et s., confirmée par Paris, 23 mai 2000.
- ⁶⁹ Décision du 5 mars 2002 00-0-50, annexe n° 57 du Rapport du Conseil de la concurrence pour 2000.
- ⁷⁰ Non encore publiée, v. également la décision du 23 juillet 2001 qui a précisé qu'en raison de l'absence de dégroupage de la boucle locale, France Télécom se trouvait en situation de quasi monopole et seul à pouvoir présenter des offres groupées et l'avis n° 00-A-03 du 22 février 2000 relatif à l'acquisition de la société CLEMESSY par les groupes EDF, COGEMA et SIEMENS, Rapport pour 2000, p. 144.
- ⁷¹ Avis n° 98-A-24 du 16 décembre 1998.
- ⁷² Op. cit. V. notamment avis n° 99-A-21 précité.
- ⁷³ Avis 98-A-07 du Conseil de la concurrence en date du 19 mai 1998 relatif à une demande d'avis sur l'application des règles de concurrence tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives, BOCCRF n° 2 du 29 janvier 1998.
- ⁷⁴ Décision n° 99-D-51.
- ⁷⁵ En ce sens, v. Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEANI, op. cit. p. 603 et s.
- ⁷⁶ V. not. HAYS/ La Poste Belge et Key MAUL, du 5 décembre 2001, n° 37859, Deutsche Post AG - British Post Office, du 25 juillet 2001, n° 36915, United Parcel Service/ Deutsche Post AG du 20 mars 2001, n° 35141.
- ⁷⁷ V. Nicolas CHARBIT, op. cit., p. 113 et s.
- ⁷⁸ Directive 91/441 relative au développement des chemins de fer communautaire, directive 97/33/CE relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, directive 97/67/CE sur les services postaux qui ont rendu obligatoire la séparation comptable.
- ⁷⁹ Avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994.
- ⁸⁰ V. not. Nicolas CHARBIT, op. cit., p. 89 et s.
- ⁸¹ Avis du 17 octobre 1995, SNCF/ SERNAM et Décision du 8 décembre 1999 sur les parcs d'équipement précitée.
- ⁸² 80/723 du 25 juin 1980.
- ⁸³ 85/413/CE du 24 juillet 1985.
- ⁸⁴ 93/84/CE du 30 septembre 1993.
- ⁸⁵ 2000/52/CE du 26 juillet 2000.
- ⁸⁶ V. not. en ce sens, l'avis rendu par le Conseil de la concurrence n° 97-A-20 du 4 novembre 1997 relatif à une demande d'avis de la Fédération des Ascenseurs sur la situation de la concurrence créée par la diversification des activités de la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) dans le secteur des ascenseurs et escaliers mécaniques, annexe 128 du Rapport du Conseil de la concurrence pour 1997, p. 1155 et s.
- ⁸⁷ V. Conseil d'Etat, Rapport public 2001 : Les autorités administratives indépendantes, p. 272.
- ⁸⁸ Ibid.
- ⁸⁹ Créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.
- ⁹⁰ Créée par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.
- ⁹¹ En ce sens, v. rapport du Conseil d'Etat précité, p. 274.
- ⁹² V. en ce sens la position du MEDEF sur la réforme des Chambres de commerce et d'industrie. Décembre 1999.
- ⁹³ Le 97^e Congrès des notaires de France consacré au thème « Les collectivités locales : le renouveau contractuel » a également proposé l'ouverture du contrat de délégation de maîtrise d'ouvrage publique aux opérateurs privés. V. compte rendu des travaux des Commissions, Troisième Commission, Première proposition, p. 120 et s., Montpellier 20 – 23 mai 2001.

⁹⁴ Ainsi que le souligne le Conseil économique et social dans son avis sur La Maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux, il n'y a pas lieu de poser dans l'absolu la question du meilleur mode de gestion des services publics locaux, mais d'affirmer le libre choix du mode de gestion des services publics par les autorités compétentes élues, si les services sont déléguables et le principe de réversibilité effective du choix qui en découle. Avril 2001, JO Avis et rapports du Conseil économique et social, 3 mai 2001, p. 55. V. également la Charte des services publics locaux. Janvier 2002.

⁹⁵ V. la position du MEDEF sur la réforme des Chambres de commerce et d'industrie, précitée.

⁹⁶ V. not. décision du Conseil de la concurrence n° 99-D-51 qui considère qu'une aide discriminatoire peut être constitutive d'abus au regard du droit de la concurrence.

⁹⁷ V. p. 56.

⁹⁸ Décision du 23 octobre 2001, v. Communiqué de presse de la Commission européenne.

⁹⁹ En ce sens, v. Claude LUCAS de LEYSSAC et Gilbert PARLEA NI, op. cit. p. 630 « *C'est pourquoi, on peut aspirer à ce que se développe un droit interne des aides, sur le modèle du droit communautaire. Il permettrait d'appréhender toutes les hypothèses où des entreprises de personnes publiques adoptent sur les marchés périphériques des comportements qui sont aux antipodes de l'esprit de service public qui doit en principe guider leur action sur le marché principal.* ».