

# Congrès AFSP AIX 2015

---

## **Section thématique 31 : « Rendre faillible le secteur public. Processus, instruments et acteurs de la mise en crise financière des services publics »**

Communication rédigée par **Brice Daniel**, doctorant au **Centre de Recherches sur l'Action Politique en Europe** (CNRS - UMR 6051)

Institut d'études politiques de Rennes et Université de Rennes 1

Courriel : [brice.daniel@live.fr](mailto:brice.daniel@live.fr)

Téléphone : + 33 (0)6 28 20 39 27

# Kafka à Bruxelles ? Les effets de faillibilité des normes européennes applicables au financement des services publics locaux

---

## Résumé

Cette communication porte sur l'institutionnalisation d'un ensemble de normes européennes visant à encadrer les modalités ouvertes aux collectivités territoriales dans le subventionnement de leurs services publics. Cette recherche a permis de montrer que l'institutionnalisation de ces normes dans l'espace institutionnel français produisait des effets de faillibilité de deux grands ordres : directs et indirects. Les effets de faillibilité directs sont liés aux problèmes concrets rencontrés par les acteurs locaux dans la conformation de leurs pratiques aux nouvelles modalités légales de subventionnement des services : instruments de contrôle de la subvention difficiles à mettre en œuvre pour des acteurs locaux dotés d'une faible expertise européenne ; insécurité juridique des subventions liée à la nature jurisprudentielle du cadre... Les effets de faillibilité indirects sont la conséquence de ces difficultés : en effet, même si ces normes sont peu respectées par les collectivités – du fait d'un *misfit* important avec les pratiques existantes et d'un faible risque contentieux – leur existence même engendre, au sein des collectivités, un sentiment de discrédit généralisé quant à la légalité de la pratique du subventionnement de services publics locaux. Ce discrédit a conduit certaines collectivités à transférer une partie de leurs services vers des mécanismes d'appel d'offres, plutôt que de chercher à mettre en conformité leurs subventions au regard du droit européen.

## Abstract

« Kafka in Brussels? The fallibility effects of European norms applicable to local public services financing »

This communication deals with the institutionalization of a group of European norms regulating the provision of subsidies granted by local authorities to public services providers. This research has shown that the institutionalization of those norms in the French institutional context has produced two orders of fallibility effects: direct and indirect. The direct effects of fallibility are linked to the practical problems met by local actors when they try to conform their practices to the new legal terms of service subsidization: controls instruments are hard to enforce by local actors endowed with a low level of European expertise; a level of legal uncertainty persists for conceded grants due to the jurisprudential nature of the European framework... The indirect effects of fallibility are the consequence of those enforcement

difficulties: in practice, even if most local authorities do not comply with those norms – due to a high level of misfit with pre-existing rules, and to the low level of litigation risk – their own existence is generating, in local governments, a widespread sentiment of discredit regarding the legality of the practice of public service subsidizing. This discredit has conducted a number of local authorities to transfer part of their services to procurement mechanisms, instead of trying to put their grants in line with European law.

« Depuis 50 ans, et plus encore depuis ces dernières années, les conditions d'organisation et de gestion des services publics doivent respecter des règles communautaires dont le principal défaut est leur imprécision et l'insécurité juridique qu'elles font peser ».

Françoise Castex & Pierre Bauby, *Europe : Une nouvelle chance pour les services publics !*, p. 56.

## **INTRODUCTION – Les acteurs de la définition du cadre faillibiltaire : des interprétations jurisprudentielles évoluant au gré des stratégies contentieuses**

Transition avec la communication de Mélanie Vay (cette même section thématique) :

Après avoir été défini par les institutions européennes, le concept juridique de SIEG a encore fait l'objet d'interprétations — parfois divergentes et donc concurrentes — avant de s'affirmer comme le schème conceptuel et cognitif relativement stable — oserait-on dire un référentiel ? — de compréhension des services publics en vigueur au sein de l'espace politique constitué autour des institutions européennes (et donc dans les jeux d'interactions des acteurs qui gravitent au sein de ces dernières). Mais ce cheminement institutionnel et politique a déjà été retracé par Mélanie Vay, dans sa contribution à ce même panel. Cette communication prend une autre perspective sur le concept de SIEG, plutôt que de le considérer comme l'enjeu de luttes définitionnelles, nous allons maintenant l'envisager sous sa nature d'instrument de politique publique.

### *Une première phase d'intégration des services publics à travers le prisme SIEG : réglementations sectorielles et libéralisation des industries de réseau*

Ce concept de SIEG – et les schèmes normatifs et cognitifs qu'il véhicule – est celui qui a présidé à l'intervention européenne en matière d'industries de réseau dans les années quatre-vingt-dix : le concept de SIEG jouant alors comme un rôle de *middleware* entre les compétences de l'Union européenne — relevant essentiellement du droit de la concurrence — et les différents types de services publics. C'est en effet à partir de ce concept de SIEG, que les institutions communautaires ont pu construire leur intervention dans le champ des services publics, alors même qu'elles n'ont pas *a priori* compétence pour bâtir un tel programme d'intervention. Le concept de SIEG, parce qu'il permet de discriminer entre ce qui constitue des services considérés comme ayant une nature économique et des services considérés comme ayant une nature régaliennne ou sociale, a permis à l'Union européenne de développer une compétence en matière de régulation de service public à caractère économique, sur le ressort du droit de la concurrence et du marché commun. Les industries de réseau justement — énergie (production et distribution de gaz et d'électricité), télécommunications, services postaux, transports ferroviaires, etc. — ont été pensées et analysées grâce au concept de SIEG comme autant d'activités à nature essentiellement économique, ce qui a *in fine* présidé à leur ouverture à la concurrence. Mais il faut tout de suite remarquer que cet « usage » du concept de SIEG s'est fait par le truchement d'un ensemble de réglementations sectorielles — adoptées par le Conseil directement ou en codécision entre le Conseil et le Parlement européen — garantissant ainsi une certaine légitimité par les *inputs* à ces décisions (Scharpf, 1999). La promulgation de cet ensemble de réglementations sectorielles a été rendue possible par un changement institutionnel important induit par la mise en œuvre de l'Acte unique en 1987 : ce dernier prévoyait en effet que les normes se rapportant au marché unique ne soient plus votées à l'unanimité au Conseil, mais à la majorité qualifiée.

La littérature sur la libéralisation des industries de réseaux est abondante (voir Schmidt, 1998 ; Eising & Jabko, 2001 ; Genoud, 2004 ; Wollmann & Marcou, 2010), il ne sera donc pas question de rentrer ici, dans les détails des débats institutionnels et politiques qui ont présidé à la définition et à l'application de ces législations. La période historique sur laquelle cette communication se concentre est plutôt celle qui commence au début des années 2000 : en effet, c'est à cette période que s'est posée la question des limites de l'extension du concept de SIEG. Autrement dit, c'est à cette période que s'est posée la question de savoir dans quelle mesure le concept des SIEG était applicable aux services organisés à une échelle locale et non plus à une échelle nationale.

### *La définition du cadre européen applicable aux services publics locaux : entre logiques institutionnelles et logiques acteuriales*

Le concept de SIEG reposant en partie sur celui de « risque d'affectation du commerce intra-communautaire », on aurait pu penser qu'il ne serait jamais question d'appliquer les principes européens de concurrence aux services publics locaux. Mais, puisque les services publics locaux n'ont pas fait l'objet de réglementations sectorielles, leur régulation a été laissée à l'autorité d'un seul acteur du jeu européen : la CJUE. C'est donc à travers une série de décisions jurisprudentielles que la question de l'articulation entre les services publics locaux et le droit européen de la concurrence a été réglée. Si l'intégration dans le marché commun des industries de réseaux s'était faite par la voie du processus législatif européen, dans le cas des services publics à dimension locale, l'intégration s'est faite par œuvre jurisprudentielle (si

jugement de l'opportunité de l'intervention européenne en la matière il doit y avoir, elle devra donc être considérée avant tout par les *outputs*).

Toutefois, que pour le juge soit en mesure d'exercer ses prérogatives, encore fallait-il qu'il soit saisi de la question : l'arrêt décisif dans l'appréhension par le droit européen des subventions de services publics est l'arrêt *Altmark Trans*<sup>1</sup>, rendu par la CJUE le 24 juillet 2003. Il est l'ultime développement d'une procédure qui a vu une compagnie de transport allemande — la *Nahverkehrsgesellschaft Altmark* — attaquer le *Landkreis* de *Stendal* au motif que ce dernier subventionnait une compagnie de transport locale — *Altmark Trans* — pour qu'elle réalise une mission de service public. Jugeant cette subvention déloyale en tant qu'elle introduisait une distorsion de concurrence, *Nahverkehrsgesellschaft* a décidé de porter l'affaire devant les tribunaux allemands, qui après une procédure d'appel, finissent pas poser une question préjudicielle à la CJUE pour demander à la Cour si ce type d'aide est compatible avec le droit européen des aides d'État. Dans cet arrêt, la CJUE pose les bases juridiques sur lesquelles les aides d'États versées à un opérateur de service public par une autorité publique en compensation de la réalisation d'une mission de service public sont autorisées. Le juge n'interdit pas les subventions au fonctionnement d'un service d'intérêt économique général mais pose des conditions de transparence aux termes desquels les aides seront considérées comme des compensations légales de services publics ou comme des aides d'État. Cette distinction est d'importance, car les aides d'État sont de manières générales considérées comme illégales par le droit européen de la concurrence.

Si le cadre européen applicable au financement des services publics locaux a été posé par la CJUE, il a ensuite été "codifié" la Commission. En effet, si cet arrêt particulier a fait date et a marqué un tournant décisif dans la jurisprudence européenne applicable aux services publics locaux, c'est parce que la Commission s'est appuyée sur ses prérogatives pour venir l'encadrer et la détailler. Ce travail elle l'a fait à travers un ensemble composite de textes qui sont venus définir plus en détail les paramètres dans lesquels des aides d'État versées à des opérateurs de services publics peuvent être considérées comme des compensations de services publics. Cet agrégat de textes normatifs – qui a force de droit<sup>2</sup> et est d'exécution directe dans les États membres, c'est-à-dire sans transposition – fut désigné sous le nom de paquet législatif Monti-Kroes quand il fut publié en 2005 (du nom des deux commissaires à la concurrence dont les services ont participé à la rédaction). Il est intéressant de remarquer ici, que dans la définition de ce qui s'avéra constituer un cadre de faillibilité, la Commission a joué un rôle particulier en tant qu'organe européen responsable de la bonne exécution des normes de concurrence et qu'elle dispose à cet égard d'un monopole dans la promulgation de normes à visée exécutoire dans ce domaine. À ce titre, elle peut faire usage unilatéralement de ses prérogatives afin d'encadrer l'application des grands principes de concurrence posés dans les traités et par la jurisprudence sans avoir à passer par un processus législatif classique, qui aurait pu changer la donne en matière de subvention aux services publics<sup>3</sup>.

L'exemple de la bataille judiciaire qui s'est déroulé autour de l'affaire *Altmark* doit nous rappeler que le droit n'a pas de force exécutive en soi, mais que son application dépend des

---

<sup>1</sup> *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, CJUE 24 juillet 2003, affaire C-280/00.

<sup>2</sup> Le paquet Monti-Kroes – qui pose un cadre d'analyse permettant d'appréhender les financements versés par les pouvoirs publics en compensation des charges de service d'intérêt économique général en regard au droit européen – précise les règles de la jurisprudence européenne en la matière et en établit certaines autres. Il est en fait composé de différents textes de valeurs normatives différentes : la décision de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 ; l'encadrement communautaire 2005/C 297/04 du 28 novembre 2005 ; la directive « transparence » 2005/81/CE du 28 novembre 2005.

<sup>3</sup> Nous reviendrons sur cette question en conclusion de cette communication.

*outcomes* de jeux d'acteurs, qui se saisissent ou non d'une norme afin de la faire appliquer : soit directement par une autorité de contrôle quand celle-ci existe, soit indirectement via un juge qui, quand il est saisi d'une question, va rendre une décision et participer à l'*enforcement* de la norme. Ce n'est pas autre chose que disait Lascoumes (1990, p 70-71) lorsqu'il proposait de voir :

« Le système juridique comme un système ouvert, un « espace de jeu » dans lequel on n'observe ni de dures contraintes toujours sanctionnées, ni une indétermination absolue des pratiques. L'existence de règles permet le développement d'activités de mobilisation interactives où opèrent acteurs privés et publics. On peut dire dans ce sens que la mise en œuvre des politiques publiques s'accomplit, comme l'interprétation du droit effectué par les juges, dans une « tension dialectique » entre le projet du législateur, les ressources juridiques instituées et les conditions locales de leur mobilisation par les acteurs en situation »

Si Lascoumes effectuait cette remarque à propos de l'espace normativo-politique national, elle semble encore plus pertinente quand rapportée à l'espace politique européen. Il nous semble en effet que c'est une caractéristique de l'espace de politique publique européen<sup>4</sup> que de renforcer ce caractère « interactionniste » du droit. La nature même du système institutionnel européen – au sein duquel la Commission n'a peu ou pas de ressources à attribuer au contrôle de l'application du droit de l'Union et où les acteurs nationaux ne sont pas toujours socialisés au système institutionnel et normes européens – rend son respect étroitement dépend de son « activation » par des acteurs qui s'en saisissent en vue de mener à bien leurs stratégies (un usage stratégique dirait Jacquot & Woll, 2008, p. 179). Partant de ce constat, au cours de cette communication sera portée une attention particulière au rôle de ces jeux d'acteurs multiniveaux dans la réalisation concrète des situations de faillite d'opérateur du service public. Cette approche sociologique de l'analyse des politiques publiques jouera le rôle d'armature théorique tout au long de cette communication, au sens où elle est la seule à pouvoir rendre compte de l'ensemble des dimensions du problème abordé : une analyse purement institutionnelle et juridico-centrée ne permettrait pas en effet de comprendre dans quel contexte précis les règles de concurrence sont concrètement opposées à tel ou tel opérateur de service public.

### *Plan de la communication*

L'objet de notre intervention, en lien avec le thème de cette section, est de s'intéresser aux effets de faillibilités induits par de l'implémentation du paquet législatif SIEG en France. Le rôle du paquet législatif SIEG est double pour la Commission européenne : assurer le bon fonctionnement du marché et instiller de la transparence dans le financement des services publics locaux. Afin de ne pas être reclassées en aides d'État, les subventions versées à des opérateurs de service public doivent respecter les conditions posées par ce paquet (contractualisation commanditaire/opérateur ; définition claire des missions de service public ; calcul de la subvention au regard de ces missions ; comptabilité analytique ; contrôle de la subvention par la Commission, etc.).

---

<sup>4</sup> Pour une définition plus détaillée de cette notion d'espace de politique publique européen voir E.P.P.I.E. (2007, p. 77 et suivantes).

Mais il faut remarquer que cette double fonction du paquet législatif SIEG n'est pas sans contreparties. En effet, sa mise en œuvre peut déboucher sur deux grands types de situations :

- s'il n'est pas respecté, il peut conduire la Commission à nier le caractère d'intérêt général du service et empêcher son financement par la subvention ;
- s'il est respecté, il joue comme un cadre protecteur des financements publics alloués à des opérateurs de services publics, mais au prix de la mise en œuvre d'un ensemble de paramètres de transparence et d'évaluation.

Au cours de cette la communication nous envisagerons tour-à-tour comment ces deux situations de conformation par rapport au paquet législatif SIEG peuvent être à l'origine du développement de situations de faillibilité pour les opérateurs de services publics.

Nous envisagerons tout d'abord en quoi la complexité et l'indétermination consubstantielle au cadre européen est source d'effets de faillibilité juridiques et financiers pour les opérateurs, au sens où la question de savoir si un opérateur peut se voir financer par la subvention en se plaçant sous la protection du paquet législatif SIEG n'est jamais tranché une fois pour toutes, mais est toujours sujette à différentes interprétations juridiques (*I – Une complexité et une indétermination du cadre européen induisant une insécurité juridique et financière délétère pour les opérateurs de service public*).

Ensuite nous nous intéresserons à ce qui semble constituer une "inadéquation" du paquet législatif SIEG, au sens où les instruments de contrôle et de monitoring qu'il véhicule – et qui sont la garantie que la subvention publique perçue par l'opérateur est légale – sont peu adaptés à la réalité des acteurs locaux du service public qui ne dispose bien souvent pas des ressources et de l'expertise nécessaires pour respecter les obligations que fait peser la Commission sur leur activité, au nom de la transparence (*II – Aux sources d'une marchandisation du service public local : une managérialisation des services publics mettant en défaut des acteurs locaux peu professionnalisés*).

### *Méthodologie et travail de collecte des données*

Cette communication s'inscrit dans une recherche plus large qui s'intéresse aux conséquences de la mise en œuvre du cadre des services d'intérêt économique général au sein des espaces français, anglais et néerlandais. Cette communication s'appuie sur une partie des travaux de terrains qui ont été effectués dans le cadre de cette recherche doctorale, notamment :

- 30 entretiens, effectués au niveau local (dans les services Europe et juridiques de collectivités : Rennes, Rouen, Lille et Nantes ; mais aussi des départements et des régions), au niveau national (associations de collectivités ; ministères : SGAE, DGCL) et au niveau européen (DG Comp et Markt, députés, organisations professionnelles, etc.) ;
- une participation d'un an aux séances de l'Intergroupe Services Publics du Parlement européen ;
- une analyse détaillée des normes françaises et européennes, des publications académiques et de la littérature grise consacrée à la question des SIEG.

## **I – Une complexité et une indétermination du cadre européen induisant une insécurité juridique et financière délétère pour les opérateurs de service public**

Le cadre légal européen ne précise pas explicitement quels sont les services publics locaux qui doivent être considérés comme SIEG ou comme de purs services marchands : alors quand une autorité publique classe un service en SIEG, sa décision reste toujours sujette à une contestation juridique (en phase précontentieuse par la Commission et en phase contentieuse par la CJUE).

Il faut savoir que les autorités centrales ou locales, en application du principe de subsidiarité et afin de prendre en compte les diverses traditions nationales de services publics, disposent d'une marge de manœuvre importante pour apprécier l'opportunité du classement d'un service sous le régime des SIEG<sup>5</sup> (ce qui leur permet alors de pouvoir financer ce service en s'affranchissant du cadre des aides d'État). Toutefois, la Commission est juge en premier ressort de l'appréciation de la réalisation d'une « erreur manifeste » dans la classification en SIEG d'un service par la collectivité. Historiquement, le contrôle de l'« erreur manifeste » a d'abord été utilisé par la Commission pour contester la qualification en SIEG de secteurs entiers de l'économie de certains États : ce fut notamment le cas du secteur sidérurgique en Pologne ou du secteur touristique en Grèce. Mais, à partir des années 2000, la Commission a donné une appréciation plus extensive à la notion d'« erreur manifeste ». L'idée n'était plus seulement de contrôler la qualification de secteurs entiers, mais de contrôler l'opportunité du classement en SIEG de sous-périmètres à l'intérieur d'un même secteur économique. Ce changement dans l'interprétation des règles est un exemple d'une des modalités du changement institutionnel endogène décrite par Streeck et Thelen (2005) – la « *conversion* » – au sens où la norme de droit n'a pas changée mais, la Commission, a jugé nécessaire d'en donner une interprétation différente à l'aune d'un niveau d'intégration plus grand du marché commun.

La justification de cette relative indistinction est à chercher dans la volonté de la Commission de toujours se ménager une marge de manœuvre dans la définition de ce qui relève de l'intégration par le marché commun, et qui relève donc de son autorité. L'idée générale est qu'un service, même s'il n'est pas considéré comme économique à un moment *t* pourra l'être à l'avenir, dans un contexte différent. De ce fait, s'il est possible d'établir une liste indicative des SIEG et des services non économiques d'intérêt général (SNEIG) en se livrant à un travail d'analyse approfondi de la jurisprudence (voir Rodrigues, 2007, p. 113-115), l'appréciation du caractère économique est toujours susceptible de réinterprétation par le juge ou par la Commission, en fonction des contextes nationaux et/ou temporels (ainsi dans un État membre où les crèches sont organisées depuis longtemps par des opérateurs de marché, ce type de service risque d'être considéré comme économique par les instances européennes, alors que dans un second État membre, si la tradition est de confier ce type de services à des opérateurs exerçant leur activité dans un secteur totalement non marchand, alors il y a fort à parier que les instances européennes considèrent que ce service, dans ce contexte est un SNEIG, et qu'il peut donc être financé par les pouvoirs publics dans des modalités libres de toutes contraintes

---

<sup>5</sup> L'article 14 TFUE et le Protocole 26 sur les Services d'Intérêt Économique Général (ce dernier ayant été annexé aux Traités à la demande du Conseil au moment de la promulgation du traité de Lisbonne) sont les principales bases juridiques où est exposé ce droit des États membres de classer leurs services en SIEG, en respect du principe de subsidiarité.

européennes). On retrouve ici l'idée exprimée par Mélanie Vay (communication à cette même section thématique) lorsqu'elle affirme que la définition du concept de SIEG est faite *a minima* pour cadrer avec une vision prospective du régime de concurrence, dans le but de parvenir à une harmonisation libérale des économies européennes. Mais cette "performativité" pose problème aux acteurs de la mise en œuvre du paquet législatif SIEG, en effet, il est parfois difficile de faire la part des choses entre le caractère économique et le caractère non-économique d'un service : « *C'est vrai que c'est tangent, est-ce que c'est une activité économique ou non... Cette notion-là, elle est très complexe à appréhender* » (Entretien avec la responsable des missions partenariats et projets européens de Lille Métropole).

Mais cette indétermination du cadre européen – en ce qu'il n'exprime pas explicitement ce qui est de l'économique et du non-économique – donne nécessairement lieu à des interprétations divergentes entre les acteurs du service public, ce qui induit double situation d'insécurité juridique (exemple du logement social) et financière (exemple de la SNCM) pour les opérateurs de service public nationaux.

## **Le régime des services publics européens et le risque accru de faillibilité juridique — l'exemple des politiques françaises et néerlandaises de logement social**

### **Un logement social réservé aux plus démunis : une redéfinition par la Commission, au nom de la concurrence, du périmètre d'intervention des bailleurs sociaux**

Le changement de perspective dans l'utilisation du pouvoir de contrôle exercé par la Commission peut-être illustré à travers l'exemple des politiques de logement social néerlandaises : au milieu des années 2000, le gouvernement des Pays-Bas, après avoir notifié le système de financement national du logement social à la Commission, pour savoir si ce dernier était conforme au droit européen, s'est vu répondre par l'exécutif de l'UE que le classement en SIEG de l'ensemble de son système de logement social n'était pas compatible avec les Traités. Comme il n'existait pas de plafond à l'accession au logement social dans le pays, la Commission a estimé que l'offre de logement social néerlandaise ne pouvait pas, dans sa totalité, se prévaloir du caractère de service d'intérêt économique général. L'offre néerlandaise de logement social a, dès lors, été considérée comme étant « surabondante » par la Commission – le secteur du logement social néerlandais représente environ 35 % de l'ensemble du marché du logement – au motif qu'une large partie de ce service aurait très bien pu être "offert" par le marché sans recours au financement public de certains opérateurs. Ce constat a amené la Commission à demander aux Pays-Bas de revoir leur politique de logement social, en instaurant un plafond de revenu et en demandant aux opérateurs de logement social de revendre une large partie de leur parc immobilier à des opérateurs de marché.

Ce faisant, en appliquant une logique de marché à la question du logement social, la Commission européenne a redéfini très largement le périmètre de la politique de logement social des Pays-Bas, faisant passer, quasiment du jour au lendemain, des milliers de ménages du secteur régulé au marché libéralisé. En donnant une interprétation limite de ce que sont les objectifs d'une politique de logement social – proposer un logement abordable uniquement aux catégories les plus défavorisées de la population – la Commission a réduit à portion congrue le rôle des opérateurs de logement social dans la

réalisation d'une certaine mixité sociale. En l'espèce, certains acteurs de cette politique semblent s'accorder à dire que la Commission a outrepassé ses prérogatives, elle ne s'est en effet pas cantonnée à contrôler la mesure dans laquelle les objectifs portés par la politique de logement social néerlandaise s'accordaient avec les instruments qui la mettaient en œuvre – l'analyse qui caractérise le contrôle de l'erreur manifeste d'interprétation – mais qu'elle s'est plutôt livrée à une œuvre de définition, à travers des paramètres positifs ce que devait recouvrir une politique de logement social compatible avec les normes européennes.

Ici, la faillite n'est donc pas à entendre d'un point de vue comptable, elle est plutôt à entendre d'un point de vue juridique et politique : les opérateurs néerlandais du logement social voient leur place et leur rôle dans le secteur du logement totalement redéfinis. La mise en œuvre du cadre européen ne vient pas mesurer la "rentabilité" des opérateurs, mais l'application d'une logique de concurrence à la politique de logement social vient changer la nature même de la politique publique. Il faut noter que la politique néerlandaise est considérée comme relevant de l'idéal type d'une politique dite « universaliste<sup>6</sup> » du logement social (Ghekiere, 2007), au sens où l'ensemble de la population peut prétendre à accéder à un logement social. Cette politique a deux objectifs : assurer l'accès de tous à un logement décent et abordable ; peser sur les prix du marché grâce à l'importance de la part du logement social dans le parc immobilier total. La pénétration de la logique de concurrence à ce champ des politiques sociales se traduit par une redéfinition des objectifs de cette politique, les objectifs pour lesquelles elle fut définie n'étant plus atteignables :

- l'objectif de peser sur les prix du marché devient difficilement réalisable ;
- l'objectif de réaliser une certaine mixité sociale devient secondaire ;
- à terme, cette situation d'élargissement du marché risque de conduire à un sous-investissement dans la construction et la rénovation du parc immobilier (même si les *wonincorporaties* relèvent d'un statut juridique privé, elles sont des organismes à but non lucratif, et réinvestissent à ce titre l'intégralité de leurs bénéfices dans la construction et la réhabilitation).

Réduire le logement social à son acceptation la plus limite, c'est aussi, du point de vue de la faillibilité financière, réduire la marge de manœuvre des opérateurs en matière de péréquation entre les différents types de logements qu'ils offrent : il leur devient plus difficile de faire payer des surloyers à leurs locataires les plus aisés pour subventionner les loyers de leurs logements les plus sociaux.

---

<sup>6</sup> Dans son livre *Le développement du logement social dans l'Union européenne : quand l'intérêt général rencontre l'intérêt communautaire*, Laurent Ghekiere propose une typologie des politiques nationales de logement social au fil de trois idéaux types : résiduel, généraliste et universaliste. Le critère déterminant de discrimination entre chacune des conceptions est la question de l'accès au logement social : dans le modèle résiduel – dont l'archétype est le Royaume-Uni – seules les populations les plus défavorisées peuvent prétendre à un logement social ; dans le modèle généraliste – dont l'archétype est la France – une partie assez importante de la population peut prétendre y accéder ; enfin dans le modèle universaliste – dont l'archétype est la Hollande – l'ensemble de la population peut prétendre se loger dans le secteur social. Bien évidemment, chacune de ces conceptions et des périmètres sociaux qui leurs sont associés renvoient à des objectifs de politique publique différents.

## **Jeux d'acteurs multiniveaux et situation de faillibilité : une Commission instrumentalisée par le gouvernement néerlandais**

Ici encore, le rôle des jeux d'acteurs dans l'activation du droit européen et dans l'extension de la logique marchande à de nouveaux domaines d'action publique est déterminant : ce n'est en effet pas la Commission qui s'est autosaisie du dossier, mais le gouvernement néerlandais qui a lui-même fait le choix de saisir la Commission européenne. On pourrait y voir une volonté chevillée au corps des autorités nationales de vérifier si l'organisation des politiques de logement social était conforme au droit communautaire, mais il semble plutôt en l'occurrence que le gouvernement néerlandais de l'époque ait cherché à faire un usage stratégique et légitimaire (Jacquot & Woll, 2008, p. 179) du droit européen afin de réaliser un agenda politique nationalo-centré : il ressort en effet des entretiens menés dans le cadre de cette recherche que le gouvernement néerlandais a cherché à se servir de la Commission européenne afin d'affaiblir les *woningcorporaties* – les organismes régionaux parapublics en charge du logement social aux Pays-Bas. Le but de la manœuvre pour le gouvernement était de regagner une certaine forme de contrôle – à distance (Epstein, 2005) – sur les organismes et ultimement sur les politiques de logement social nationales. En effet, les *woningcorporaties* ont réussi à gagner une très large indépendance au cours des années 1990, avec le vote d'une réforme qui leur a donné une autonomie juridique et financière : un nouveau statut juridique garantissant leur autonomie vis-à-vis des pouvoirs publics nationaux et locaux ; un nouveau mode de financement mettant fin à toutes les aides à la pierre versées par les autorités publiques. Mais en vertu du paradoxe des conséquences, cher à Max Weber (2003, p. 185), cette réforme, qui cherchait essentiellement à transférer une partie de la dette des organismes de logement social des comptes publics vers les comptes privés, s'est révélée donner une marge de manœuvre non anticipée à ces organismes dans la définition même des politiques de logement nationales. Le fait est que la décision rendue en 2009 par la Commission à propos du logement social néerlandais pourrait être attaquée devant la CJUE – au motif que la Commission aurait outrepassé ses prérogatives – mais le destinataire de la décision étant le seul gouvernement néerlandais il était le seul acteur à posséder un intérêt à agir contre la décision<sup>7</sup>. Évidemment, puisqu'il avait lui-même saisi les autorités européennes afin de provoquer un choc exogène dans la politique nationale du logement social, il y avait peu de chances qu'il saisisse cette opportunité.

Il est également intéressant de remarquer que l'action contentieuse néerlandaise a inspiré des actions équivalentes au sein d'autres pays membres : il se trouve en effet qu'en prenant inspiration sur l'exemple néerlandais – on voit ici en quoi l'Union européenne peut constituer une boîte à outils pour les acteurs des différents États membres qui peuvent s'inspirer des exemples étrangers afin de les utiliser comme ressources cognitives dans les stratégies. L'Union Nationale de la Propriété Immobilière (U.N.P.I.) a ainsi introduit auprès de la Commission<sup>8</sup> un recours contre l'État français et les collectivités territoriales en arguant que les subventions perçues en France par le secteur du logement social étaient des aides, puisque celui-ci ne pouvait pas être considéré

---

<sup>7</sup> Une plainte réunissant divers opérateurs de logement social néerlandais a été déposée contre la décision de la Commission européenne, mais étant donné que la décision de la Commission n'avait pour seul destinataire le gouvernement néerlandais (et donc ne créait d'obligations que pour lui), le tribunal de première instance puis la CJUE ont considérés que les opérateurs de logement social n'étaient pas fondés à agir puisque leur gouvernement de tutelle avait accepté la décision de la Commission.

<sup>8</sup> C'est un exemple d'usage stratégique de l'Europe pour reprendre la typologie des usages de l'Europe proposée par Jacquot et Woll (2008) ; cet usage stratégique est qui plus est doublé d'un usage cognitif, puisque l'UNPI a pris exemple sur une plainte des acteurs du logement locatif privé pour déposer sa plainte.

comme un SIEG (voir Ghekiere, 2011). Cette plainte en est encore au stade précontentieux, c'est-à-dire qu'elle est toujours instruite par les services de la Commission donc ici la faillite reste pour l'instant de l'ordre d'une potentialité, mais l'affaire est tout de même suivie de près par les services de l'État français.

## **Le régime des services publics européens et le risque accru de faillibilité économique — l'exemple de la SNCM**

Un second régime de faillibilité induit par l'imposition de logiques d'encadrement de la Commission européenne sur la définition des services publics nationaux est de nature financière et plus strictement juridique, pour l'illustrer un cas intéressant à étudier est celui de la SNCM. Il faut rappeler ici qu'en cas d'erreur dans la définition du périmètre d'un SIEG ou en cas d'erreur dans le calcul de la subvention de compensation de service public, l'aide indument perçue par l'opérateur du service doit être remboursée à la collectivité. Ainsi, si la responsabilité morale d'un mauvais classement SIEG repose principalement sur les pouvoirs publics – ce sont eux après tout qui arrêtent la décision de recourir à une classification et à un mandatement SIEG – c'est sur l'opérateur du service public que repose la responsabilité financière : puisque l'intervention européenne se fait sur le ressort du droit de la concurrence, si une compensation de service public s'avère en définitive constituer une aide d'État, alors pour réparer la faute – qui est exercée à l'encontre des concurrents de l'opérateur du service – il faut réparer la situation de distorsion de concurrence, en obligeant ce dernier à rembourser les sommes qu'il a indument perçues. Mais, étant donné l'indétermination et la complexité des règles européennes applicables aux SIEG, les différents acteurs du service public européen peuvent avoir des interprétations divergentes de ces normes. Ces divergences pouvant donner lieu à de longues batailles juridiques qui sont à la source d'une insécurité financière manifeste pour les opérateurs de services publics. Le cas de la mise en liquidation judiciaire de la SNCM est révélateur à cet égard.

### **La faillite de la SNCM : l'impossible remboursement des arriérés de compensation de service public**

La SNCM est une compagnie de transport maritime qui est en charge d'une mission de service public visant à ménager un niveau régulier de desserte de la Corse en période de haute et de basse saison. Mais, une interprétation différente des règles européennes par les services de la collectivité territoriale de Corse<sup>9</sup> – autorité mandatrice – et par les services de la Commission a été à l'origine d'un autre contentieux SIEG : le classement en SIEG d'une partie de la délégation de service public dont bénéficie la compagnie maritime – et au titre de laquelle elle touche une compensation de service public – a été attaqué par la Commission européenne qui s'est saisie du dossier en mai 2012. La Commission a estimé que puisqu'une partie du service correspondant à la délégation de

---

<sup>9</sup> Il est intéressant de noter que l'acte de mandatement de ce service public a été rédigé par la collectivité territoriale de Corse avec l'aide des services de l'État, on aurait donc pu penser que ces derniers aient une expertise suffisante du cadre européen des SIEG pour s'assurer que la délégation de service public faite au profit de la SNCM le respecte, mais ici, le problème est celui d'une bataille d'interprétations plutôt que d'une simple considération binaire de conformité ou de non-conformité.

service public de la SNCM aurait pu être réalisé dans les conditions normales de marché, et à ce titre ne peut pas constituer un service d'intérêt général. Les compensations de services publics perçues à ce titre par la SNCM sont requalifiées en aides d'État par la Commission et doivent donc être remboursées aux pouvoirs publics. Sachant que la délégation de service public a été signée en janvier 2007, le montant cumulé des surcompensations perçues par la SNCM s'élève à 220 millions d'euros<sup>10</sup>. La SNCM ayant souffert d'une concurrence exacerbée et d'une gestion imparfaite au cours des années 2000 se trouve déjà dans une situation financière précaire ; le paiement de ces sommes induirait quasi automatiquement une mise en liquidation judiciaire de l'entreprise.

### **Jeux d'acteurs multiniveaux et situation de faillibilité : un gouvernement refusant d'attaquer la décision de la Commission**

Le gouvernement français conteste l'interprétation des règles SIEG donnée par la Commission européenne, mais face à l'incertitude et à la durée des recours juridiques, l'État a décidé de ne pas faire appel de la décision de la Commission devant la C.J.U.E. ; cette décision s'expliquant aussi sans doute en partie du fait que l'État essaye de se désengager de longue date de cette compagnie. Le choix du gouvernement a donc été de placer la SNCM en faillite afin de pouvoir lui trouver un repreneur. Toutefois, en raison du passif financier que la SNCM a accumulé en lien avec les actions contentieuses européennes, il semble que les autorités publiques aient du mal à trouver un candidat à la reprise de l'activité. La Commission a d'ailleurs, dans une lettre adressée au gouvernement français, accepté de suspendre sa demande de remboursement des aides d'État perçues par la SNCM à la condition que sa forme juridique nouvelle soit suffisamment différente de l'actuelle – rendant ainsi nécessaire le passage par un dépôt de bilan – et à la condition que la nouvelle entité créée ne bénéficie plus de la délégation de service public. Encore une fois, ici, l'importante marge de manœuvre de la Commission est à remarquer : c'est à elle seule — sauf recours devant la CJUE — de décider si la surcompensation de service public doit être remboursée et dans quelles conditions par l'opérateur de service public à la collectivité.

L'ironie de cette situation est qu'en appliquant les règles de concurrence européenne à la SNCM, la Commission risque de favoriser la naissance d'une entité nouvelle faible qui aura sans doute bien du mal à jouer un quelconque rôle concurrentiel face à *Corsica ferries* – dont le modèle économique repose en grande partie sur des pavillons de complaisance et des travailleurs détachés – et qui pourrait dès lors à terme s'affirmer comme opérateur monopolistique, mais privé, de la déserte Corse-France.

---

<sup>10</sup> On peut noter qu'un second contentieux "SNCM" oppose l'État français à l'Union européenne, il porte sur la recapitalisation de la SNCM qui a été effectuée à la suite de sa privatisation en 2006 (pour 66 millions d'euros). Le 8 juillet 2008, la Commission européenne a publié un avis stipulant que la recapitalisation ne constituait pas une aide d'État, mais cette décision de la Commission a été attaquée par *Corsica Ferries* le concurrent principal de la SNCM devant le Tribunal de l'Union Européenne (on perçoit encore une fois ici l'importance des acteurs tiers dans l'activation du droit européen). Dans son jugement du 11 septembre 2011, le TUE requalifie la recapitalisation de la SNCM en aide d'État, les deux contentieux cumulés portent ainsi la somme due par la société aux pouvoirs publics à 440 000 millions d'euros. Sur cette question, voir : Assemblée nationale, *Compte rendu de la séance de la Commission des Affaires Européennes du 4 février 2014*, « Communication de sur la requalification en aide d'État de sommes versées à la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) » de M. Didier Quentin.

### **Transition :**

Au-delà des effets de faillibilité juridiques et financiers induits par l'indétermination et la complexité du paquet législatif SIEG, il faut également remarquer que ce cadre normatif produit des effets de faillibilité d'un troisième type : en effet, les instruments qu'il véhicule – qui régissent les formes et modalités dans lesquelles la compensation de service public doit être versée pour être considérée comme légale – demandent une expertise que n'ont pas les acteurs de terrain qui doivent les mettre en œuvre. L'exemple le plus révélateur à cet égard est celui des services publics locaux mis en œuvre au sein des collectivités territoriales par des opérateurs de type associatif.

## **II – Aux sources d'une marchandisation du service public local : une managérialisation des services publics mettant en défaut des acteurs locaux peu professionnalisés**

### **L'interprétation jurisprudentielle extensive du « commerce intra-communautaire » : des services strictement locaux concernés par le paquet législatif SIEG**

Il faut remarquer que même si le cadre européen des services d'intérêt général est censé s'appliquer aux services pouvant avoir un impact sur le « commerce intra-communautaire », la définition que donnent à la fois la Cour et la Commission de ce critère est très extensive, ce qui explique que des services à vocation purement locale peuvent être considérés comme constituant une source potentielle de distorsion de concurrence européenne. Dès lors, sont potentiellement concernés par le cadre des SIEG, parce qu'ils sont considérés comme ayant une dimension économique et parce qu'ils font régulièrement l'objet d'un subventionnement par les collectivités locales : les services à vocation culturelle ou sportive, les services de développement territorial ou économique, et les services sociaux (logement social, maisons de retraite, crèches, services liés à l'économie sociale et solidaire, etc.).

Il faut toutefois remarquer que l'extension du cadre européen des SIEG n'est pas sans limites : ainsi, avec la promulgation du premier paquet législatif SIEG – dit paquet Monti-Kroes – la Commission a arrêté une limite basse au-dessous de laquelle toute compensation de service public est considérée de fait comme compatible avec les règles de droit de la concurrence. Ce seuil – que l'on désigne sous le vocable de règle *de*

*minimis* dans le jargon communautaire – a d’abord été fixé à 300 000 euros sur trois ans dans le paquet Monti-Kroes, puis a été relevé à 500 000 euros sur trois ans avec la promulgation du paquet Almunia en 2011-2012. Il est intéressant de noter que c’est la Commission qui a fait le choix de promulguer ce seuil – et non pas le juge européen –, car c’est un élément qui permet de comprendre qu’il n’a pas été promulgué pour des raisons “idéologiques” mais plutôt pour des raisons administrativo-techniques : si la Commission fixe un seuil *de minimis* c’est parce que sans celui-ci, ses services pourraient vite être débordés par le nombre de contrôles des subventions qu’ils auraient potentiellement à effectuer ; l’idée centrale de la règle *de minimis* est donc de concentrer l’intervention des services de la DG COMP sur les services les plus importants en terme de commerce intra-communautaire.

Mais il faut également remarquer que ce seuil peut être très rapidement atteint par un service à dimension et à mission essentiellement locale, parce que l’acceptation jurisprudentielle de ce qui constitue une aide est encore une fois très extensive en droit communautaire (il faut cumuler aides directes (financières), et aides indirectes, exonérations fiscales, garanties d’une autorité publique, prêts d’un local par une collectivité, etc.) :

« On a des associations d’importance qui dépassent les seuils, donc on s’est bagarré sur le seuil *de minimis* [...]. Ce sont des associations qui vivent avec quelques permanents, mais surtout un grand nombre de bénévoles » *Entretien avec le directeur du service Europe de Nantes Métropole.*

## **Des acteurs associatifs manquant de ressources pour mettre en œuvre les instruments de contrôle de la Commission**

Au-dessus de ce seuil *de minimis* les opérateurs de SIEG doivent mettre en œuvre un ensemble d’instruments de transparences et d’évaluations qui permettront à la Commission d’effectuer un contrôle d’opportunité et de légalité de la subvention, le cas échéant. Ces nouveaux instruments de gestion des services publics locaux sont inspirés par un *nouveau management public* que l’on peut qualifier d’interne, au sens où la politique européenne applicable aux SIEG repose plus sur une managérialisation de l’action publique plutôt que sur une privatisation du service (qui consisterait à confier sa prestation à des acteurs purement marchands)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Nous empruntons cette distinction entre nouveau management public interne et externe à Kuhlmann & Fedele (2010, p. 50) : « We make an analytical distinction between two dimension of NPM reforms (external and internal). On the one hand, the NPM approach proposes a redistribution of tasks between the state and the market, largely favouring market-type mechanisms, outsourcing and an institutional ‘autonomization’ of public services (external dimension). There are at least three discernible forms of ‘externalization’ (see also Grossi, Marcou and Reichard. Chapter 10 in this volume): (1) ‘functional privatization’ aimed at delegating service provision via contracts to private or non-profit actors, leaving ultimate responsibility with the local authority; (2) ‘organizational privatization’, the introduction of private-law municipal companies and/or the inclusion of private the inclusion of private shareholders in municipal corporations; (3) ‘corporatization’, in the course of which administrative units of the municipal core administration are spun off while remaining part of the municipal organization and are transformed into institutionally separate municipal ‘corporations’ or other entities. On the other hand, the concept of NPM includes the internal reorganization of administrative structures, changes in financial management (output-instead of input-orientation in budgeting), controlling systems (e.g. performance measurement, new accounting systems), and human resource management as well as a clear separation between politics and administration (internal dimension) ».

Afin de ne pas être reclassées en aides d'État, les subventions versées à des opérateurs de services publics locaux doivent respecter les conditions de formes posées par le paquet législatif SIEG :

- contractualisation entre le commanditaire et l'opérateur ;
- définition claire des missions de service public ;
- comptabilité analytique pour l'opérateur discriminant entre l'activité relevant de la mission de service public et toute(s) autre(s) activité(s) ;
- calcul annuel du niveau de subvention au regard des missions de services publics sur la base du coût que ce qu'une « entreprise bien gérée » pourrait encourir pour réaliser le même service.

Ces conditions, quand elles sont imposées à l'administration d'opérateurs du type organismes de logement social ou transporteurs régionaux, n'induisent pas nécessairement de difficultés de mise en œuvre – les services de ces derniers disposant à la fois des ressources humaines, temporelles et cognitives nécessaires à la réalisation de ces tâches – mais quand elles sont opposées à des acteurs associatifs, tels qu'ils peuvent caractériser un certain nombre de services locaux dans la tradition française (et allemande), ils sont sources de problèmes quasiment insolubles. Ces conditions trop contraignantes pour des acteurs peu nombreux – le tissu associatif français étant composé majoritairement de petites structures – peu professionnalisés – leur expertise est plutôt fonctionnelle qu'administrative – et peu socialisés aux instruments d'action publique européens – ils perçoivent leur action comme désintéressée et sont donc assez logiquement peu au fait des politiques de concurrence européennes :

« Clairement c'est un cadre qui n'est pas adapté, qui ne tient pas du tout compte des réalités du local telles qu'elles sont mise en place, en tout cas à notre échelle. Nous, ça nous pose effectivement un problème d'acculturation des acteurs, ça nous pose un problème de formation des équipes, ça nous pose un problème d'organisation, notamment pour contrôler les absences de surcompensation, ça nous oblige – là c'est plutôt positif – à mutualiser avec les communes l'ingénierie européenne puisqu'il y a des communes qui ne l'ont pas » *Entretien avec la responsable des missions partenariats et projets européens de Lille Métropole.*

Les deux paramètres que sont la comptabilité analytique et le calcul de compensation de service public sont considérés par les acteurs du service public local comme les points d'achoppements principaux dans les trajectoires de conformation des acteurs au régime européen des SIEG.

Cette appréhension de l'organisation des services publics via des instruments de transparence et d'évaluation entre en contradiction avec la tradition française d'organisation des services publics locaux, qui est caractérisée par une certaine souplesse : pour financer leurs services publics locaux sociaux, culturels ou sportifs, les collectivités territoriales françaises ont traditionnellement l'habitude de recourir à la subvention, à l'appel à projets ou, plus marginalement à la commande publique. Une fois que le projet est choisi et subventionné, en général, le contrôle de l'utilisation des fonds exercé par l'autorité organisatrice est assez souple et se fait en fin de programme avec une reconduction ou non de la subvention. Le paquet législatif SIEG fait peser des exigences de transparence et de contrôle des subventions beaucoup plus importantes sur les opérateurs locaux de services publics et sont donc vécues par certains acteurs comme du domaine de l'irrationalité de la rationalité : au motif d'une transparence plus grande de l'action publique et d'une intégration plus importante du marché, on fait peser des

obligations fortes sur les opérateurs, qui peuvent aller jusqu'à remettre en cause la délivrance même du service.

On peut donc dire que les modalités de respect du paquet législatif SIEG sont alors constitutifs d'une situation de faillite "professionnelle", au sens où les acteurs de ces services publics ne sont techniquement pas en mesure d'implémenter ces instruments, soit qu'ils n'ont pas l'expertise suffisante, soit que la mise en œuvre demanderait trop de ressources et viendrait empiéter largement sur le temps consacré à la prestation du service :

« On ne voit absolument pas [ces associations] faire une comptabilité [analytique]. [...] Si on va leur parler de comptabilité analytique, ils vont nous dire : « On ferme, on met la clef sous la porte ». Après la réalité associative est très différente en fonction des pays, mais en France – on peut s'assimiler un peu à la Belgique, un petit peu à l'Angleterre, mais c'est quand même très différent –, mais avec l'enforcement du paquet SIEG, on verrait des associations qui fermentaient ». *Entretien avec l'un des chargés de mission et le directeur du service Europe de Nantes Métropole.*

### **Transition :**

La complexité, l'indétermination et l'inadéquation aux réalités locales du cadre juridique européen applicable aux services d'intérêt économique général sont des sources importantes d'effets de faillibilité dans le champ des services publics locaux français. Confrontées à ces difficultés de mise en œuvre du paquet législatif SIEG, l'une des stratégies auxquelles ont eu recourt les collectivités fut de le contourner totalement : en passant à des opérateurs désignés par l'appel d'offres, elles s'affranchissaient d'une grande partie des règles applicables aux SIEG. Mais de fait, cela les a conduites à recourir à une plus grande marchandisation<sup>12</sup> dans l'organisation de leurs services publics locaux et donc à changer en partie leur nature.

## **Les effets de faillibilité « émergents » du cadre des SIEG : des instruments de contrôle européens inadaptés entraînant une marchandisation du service public local**

L'ironie de l'institutionnalisation de ce paquet législatif SIEG est que même s'il est peu ou pas appliqué par les services des collectivités<sup>13</sup> – du fait d'un *misfit* important (Börzel, 1999) et d'un faible risque de contrôle<sup>14</sup> – son existence même est à l'origine de la

---

<sup>12</sup> Par ce concept, nous traduisons le *marketization* anglais, il nous semble en effet mieux rendre les multiples dimensions du concept anglais que les concepts de marchandisation ou de libéralisation. Ce concept est – entre autres auteurs – utilisé par Crespy et Ravinet (2014, p. 16).

<sup>13</sup> Pour une explication plus précise de cette situation de non-conformité des collectivités quant au régime des SIEG, et des disparités locales qui existent quand à son implémentation, voir Daniel (2014).

<sup>14</sup> Cette non-application généralisée du cadre renvoie donc à ce que Sabine Saurugger (2012, p. 107 et suivantes) désigne comme la théorie de l'*enforcement* en matière de respect des normes internationales : où l'application d'une norme répond à un calcul de type coût/bénéfice par les acteurs de la mise en œuvre de la norme. Ce faible

diffusion, au sein des collectivités, d'un sentiment d'insécurité juridique généralisé quant à la subvention. De ce fait, si le cadre européen dans son inspiration relevait plutôt d'un NMP de type interne — en ce qu'il repose sur la mise en œuvre de mesures d'évaluation et de contrôle — il est notable de remarquer que son application par les acteurs de terrain se traduit bien souvent par la réalisation d'un NMP de type externe – c'est-à-dire par un recours plus grand aux acteurs de marché dans la mise en œuvre des services publics locaux.

Les collectivités n'ayant pas les ressources nécessaires ou ne sachant pas appliquer les règles SIEG – et donc de sécuriser leurs subventions – il semble qu'elles aient tendance à basculer leurs services publics locaux vers la commande publique. Une part de ce problème est liée à ce qui semble relever d'un certain *éthos* des juristes en collectivité : en France, il semble qu'ils pratiquent peu le droit communautaire et qu'ils témoignent d'un biais cognitif en faveur de la sécurité juridique. Autrement dit, face à la toujours possible contestation devant les tribunaux du mandat SIEG, il semblerait qu'ils privilégient le recours à la commande publique, en tant qu'elle serait constitutive d'une plus forte sécurité juridique :

« Il y a des comportements, on va dire, un peu prudents, qui ont été mis en place par les collectivités. Pour – entre guillemets – se mettre à l'abri d'une potentielle remise en question, d'un potentiel contentieux qui n'arrivera peut-être pas. Pour faire rapide, le fait de mettre systématiquement en concurrence et, dès lors, d'être un peu tranquille par rapport à toutes ces discussions et toutes ces règles européennes ». *Entretien avec la chef de projets à la direction des politiques territoriales de l'AFCCRE.*

On peut également légitimement se demander si les services de l'État n'ont pas une responsabilité dans cette incapacité des collectivités à mettre en œuvre le paquet législatif SIEG. En effet, si une partie de la réalisation du régime de faillibilité se joue au niveau des collectivités territoriales, il faut bien voir que ces dernières ne se trouvent pas dans une relation totalement directe entre un espace de politique publique local et l'espace de politique publique européen : l'État est censé jouer un rôle d'articulation entre ces différents niveaux d'action publique, entre autres, parce qu'il est tenu responsable par les autorités européennes du respect des normes de l'UE par ses collectivités. Mais il ressort de cette recherche que l'intervention des services de l'État en matière de SIEG a souvent été synonyme d'un redoublement de la confusion plutôt que l'instauration d'une clarification. Révélateur à cet égard fut la publication des différentes circulaires ministérielles touchant aux questions SIEG : confrontés à un premier échec de sensibilisation des acteurs locaux au respect des normes SIEG par le biais d'une circulaire de 2008<sup>15</sup>, les services de l'État ont continué à essayer de renforcer l'expertise SIEG des collectivités. C'était en tout cas l'objectif que s'étaient fixés les services du Premier Ministre lorsqu'ils ont publié la circulaire du 18 janvier 2010 relative au

---

risque de contrôle étant lui-même le résultat du contexte de faible concurrence dans lequel ces services sont prestés : puisque ce type de services publics sont assez largement organisés sur un mode associatif, il n'y a peu ou pas d'acteurs de marché qui pourraient se saisir de droit européen pour s'opposer au subventionnement des acteurs parapublics ; on perçoit encore ici la logique de l'activation – ou non – du droit de la concurrence.

<sup>15</sup> La circulaire n° NOR/INT/B/08/00133/C de la Direction Générale des Collectivités Locales du Ministère de l'Intérieur du 4 juillet 2008 « Relative à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) » est le premier texte que les services de l'État ont promulgué en vue de rappeler aux collectivités leurs obligations en matière de respect du cadre européen applicable aux SIEG, mais celle-ci n'a semble-t-il pas été perçue comme d'intérêt par les collectivités territoriales, qui ne s'en sont pas saisies, ou à de rares exceptions près (Daniel, 2014).

financement des associations<sup>16</sup>. L'idée de cette circulaire était de rappeler aux services des collectivités et aux acteurs associatifs, le cadre juridique applicable aux services pris en charge par des associations et financés par la subvention. Mais force est de constater que la réception de cette circulaire dans le chef des collectivités a été particulièrement mauvaise, comme le rapportent d'ailleurs certains agents de l'État :

«[La circulaire des services du Premier Ministre de 2010,] c'est typiquement l'outil qui a été pris pour essayer de rassurer tout le monde et expliquer la différence entre les deux procédures [subventionnement et commande publique]. Mais la lecture qu'en ont faite beaucoup de collectivités locales ça a été de dire : « si je veux me protéger et ne pas voir le juge débarquer demain chez moi, je passe tout en marché public et je ne me pose plus de questions ». C'est donc un effet pervers, un effet contreproductif, voir même l'effet inverse de ce qui était recherché par la circulaire ». Entretien avec le directeur du département MICA du SGAE.

On peut donc dire que cette circulaire qui visait in fine à sécuriser les subventions allouées à des associations par les collectivités vis-à-vis du droit européen de la concurrence – par le respect des conditionnalités du paquet Monti-Kroes – c'est traduit sur le terrain par une inflation du recours à la commande publique ! C'est un bel exemple d'« effet émergent » de type « effet pervers » au sens de Boudon (1977) : le résultat collectif ne s'accordant clairement pas aux intentions initialement affichées.

Les services de l'État ont par ailleurs mis plusieurs années à publier un guide SIEG qui devait aider les collectivités à saisir l'articulation entre le droit communautaire SIEG et le droit français. Dans le cadre des travaux préparatoires à la rédaction du rapport de mise en œuvre 2008-2009 du paquet Monti-Kroes, les services de l'État ont fait le constat d'une : « relative méconnaissance des opérateurs, encore une fois au niveau aussi bien national que local, sur cette matière » (*entretien avec le directeur du département MICA du SGAE*). En réponse à ce constat, en 2009, le SGAE a songé à rédiger un guide SIEG. Ce guide devait reprendre l'esprit de la circulaire de 2008, en présentant aux acteurs intéressés le cadre européen des SIEG, mais en allant plus loin dans l'articulation du droit communautaire avec le régime national des services publics. Mais le travail de rédaction de ce guide a subi de multiples retards – il ne sera finalement publié qu'en 2013 – victime qu'il a été de luttes interministérielles entre Bercy et le Ministère de la Jeunesse et des Sports, qui s'opposaient sur la part que la subvention pouvait recouvrir dans le financement des services publics par rapport à la commande publique :

« Le guide SIEG, c'est vrai que c'est une bonne idée, le problème c'est qu'aujourd'hui, il n'est toujours pas sorti, apparemment, il y a de grosses difficultés en interministériel pour le valider » *Entretien avec la responsable des missions partenariats et projets européens de Lille Métropole*.

Comme dans le cas néerlandais du logement social, on perçoit ici qu'au niveau national peuvent se jouer des logiques d'instrumentalisation du cadre européen par les pouvoirs administratifs et politiques nationaux, qui vont chercher à l'instrumentaliser afin de réaliser leurs propres agendas politiques.

---

<sup>16</sup> Circulaire n° NOR/PRMX1001610C des services du Premier Ministre du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, J.O.R.F. n° 0016, 20 janvier 2010, p. 1138.

## **Propos conclusifs – Le *policy entrepreneurship* de la Commission : une technicisation des enjeux favorable à une marchandisation des services publics locaux ?**

Cette communication a permis de mettre en lumière que le paquet législatif SIEG – en tant qu’il vient réguler l’organisation des services publics locaux – était à la source de faillites juridiques, financières ou mêmes professionnelles de certains opérateurs de services publics. Cette communication a également permis de montrer que si les règles sont déterminantes dans la réalisation des situations de faillibilité, le rôle d’acteurs tiers – gouvernements nationaux, concurrents des opérateurs de services publics, etc. – dans la réalisation concrète de ces faillites était déterminant. À l’aune de ce tableau, il nous semble que la réalisation de faillite sur le ressort du cadre des SIEG dépend assez largement de logiques multiniveaux sur lesquelles la Commission européenne n’a pas toujours de prise. Mais en conclusion de cette communication, et afin de répondre à l’une des questions posées dans l’appel à communication – dans quelle mesure ce régime de faillibilité est sciemment pensé comme induisant un retrait de l’intervention publique – nous aimerions revenir sur le rôle de la Commission dans la mise en œuvre de ce régime de faillibilité.

Comme il a été déjà constaté, la Commission dispose d’un monopole quasi exclusif dans la définition des règles SIEG : ce qui s’explique par le fait que celles-ci sont liées à la politique européenne de concurrence, et que la Commission dispose d’un monopole en matière de définition de mesures exécutoires liées à cette politique. Toutefois, même si dans le cadre de cette politique, la Commission est placée en position de force, elle n’est pas pour autant entièrement située hors de la sphère d’influence d’autres des institutions européennes : ainsi, même si le Parlement ne dispose a priori d’aucun pouvoir spécifique sur la définition de cette politique, il n’est pas non plus totalement démuné en la matière. Le Parlement a notamment mis en place un Intergroupe Services Publics en 2009 – une instance de réflexion – dont l’un des objectifs était de peser sur la définition des règles SIEG, notamment dans le cadre de la consultation ouverte par la Commission dans le cadre de la rénovation du paquet Monti-Kroes en 2010-2011. Dans le cadre de la rénovation de ces règles, la Commission proposait de garder le même seuil de règle *de minimis* – 300 000 euros sur 3 ans – alors que les *stakeholders* réunis au sein de l’Intergroupe souhaitaient voir ce seuil ramené à 800 000 euros. Le texte final publié par la Commission a coupé la poire en deux en retenant un seuil de 500 000 euros sur trois ans ; même si elle dispose d’un monopole dans la définition de ces règles la Commission ne semble pas donc pas à l’abri de toutes les pressions politiques exercées par le Parlement et/ou par les gouvernements des États membres au Conseil<sup>17</sup>. Si la Commission, sous la pression politique, accepte de revoir à la marge les règles du paquet législatif SIEG, elle ne souhaite pas pour autant remettre en cause sa logique même. Elle

---

<sup>17</sup> Même si ces derniers n’étaient pas tous d’accord sur un relèvement de ce seuil, Londres souhaitait par exemple que ce dernier reste au même niveau que celui défini dans le paquet Monti-Kroes, la Commission pouvant donc jouer sur ces désaccords au sein du Conseil pour promulguer en fin de compte ce qui s’avère être une position médiane.

justifie cette position en avançant qu'en matière de règle SIEG, elle ne peut que venir encadrer la jurisprudence établie par la CJCE, et que de ce fait, elle n'est pas en mesure de remettre en cause le cadre général d'appréciation et de régulation des SIEG. En ce sens, dans le cadre de l'extension d'un régime de faillibilité, la Commission européenne, à travers les règles qu'elle promulgue, semble jouer le rôle d'un « catalyseur<sup>18</sup> » au sens où elle fournit un cadre européen qui va permettre aux acteurs nationaux – publics et privés, institutionnels et non-institutionnels – de se livrer à des luttes de pouvoir autour du degré de marchandisation du service public local. Ces luttes de pouvoir nationales pouvant donner lieu à des effets de *feedback* si leur résultat est par la suite intégré à l'acquis communautaire – via la jurisprudence.

Si la Commission est en partie dépendante de la jurisprudence de la CJUE, elle est toutefois en mesure de changer les règles du jeu : dans le cadre de la ratification du traité de Lisbonne, a été ajouté un alinéa à l'article 14 TFUE disposant que :

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

Il existe donc une nouvelle compétence législative du Parlement et du Conseil en matière de SIEG, sur la base de laquelle, ces institutions pourraient venir développer un cadre législatif encadrant l'articulation entre services publics et droit de la concurrence. Mais là encore, l'attitude de la Commission est caractérisée par son attentisme. En effet, ce n'est qu'à la condition qu'elle fasse usage de son monopole en matière d'initiative législative que les deux instances co-législatrices européennes pourraient faire usage de cette nouvelle compétence.

En matière de définition du cadre de faillibilité SIEG on peut donc dire que la Commission joue un rôle déterminant : un rôle qui consiste principalement à s'abstenir de saisir les opportunités institutionnelles qui sont à sa disposition – exécutives ou législatives – et qui lui permettrait de modifier l'approche des services publics locaux qui caractérise l'espace des politiques publiques européennes. Pour reprendre une expression de Crespy et Menz (2013), on peut donc dire que dans ce domaine d'action publique, la Commission fait œuvre de *policy entrepreneurship*, même s'il s'agit d'un *entrepreneurship* essentiellement négatif qui consiste à ne pas mobiliser les acteurs européens autour de ce qui pourrait aboutir à la définition d'un cadre réglementaire plus souple pour les services publics locaux. Ce non-recours, cette non-action, témoignent donc en creux de la volonté de la Commission<sup>19</sup> d'étendre plus en avant la logique managériale dans l'organisation des services publics locaux. On peut donc légitimement se demander si, sous couvert de favoriser la transparence dans l'organisation des services publics, la Commission européenne ne cherche pas à faire avancer un agenda de marchandisation des services publics locaux. On serait donc ici en présence d'une forme classique de régulation politique de l'UE, celle d'une politisation par technicisation, la

---

<sup>18</sup> Nous empruntons cette expression à Luc Rouban (1997) qui l'utilise pour donner à comprendre le processus de libéralisation des industries de réseau en France en affirmant que le paradigme libéral était déjà présent dans l'espace national avant qu'il ne soit activé au niveau européen, mais que les acteurs nationaux acquis à ce paradigme se sont appuyés sur la construction européenne pour renforcer leur position au sein du champ national.

<sup>19</sup> Ou tout du moins les Commissions Barroso puisque la désignation de la Commission Juncker pourrait induire un changement de perspective sur la question puisqu'elle a inscrit à son agenda une réforme du cadre des aides d'État et des règles applicables aux SIEG.

« dépolitisation [par] technisation n'étant qu'une forme particulière de politisation » (Jullien & Smith, 2008, p. 149-150).

## Bibliographie

Boudon R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

Castex F., & Bauby P., *Europe : une nouvelle chance pour les services publics !*, Paris, Éditions de la Fondation Jean Jaurès, 2011.

Crespy, A., & Menz, G., « Commission entrepreneurship and the debasing of social Europe before and after the eurocrisis », *Journal of common market studies*, 2015, à paraître.

Crespy A., & Ravinet P., « Les avatars du néo-libéralisme dans la fabrique des politiques européennes », *Gouvernement et action publique*, 2014, n° 2, vol. 2.

Daniel B., « Why no one cares about mandatory rules applicable to Service of General Economic Interest at the local level in France and why it is likely to change? A neo-institutionalist perspective », communication présentée au *15th UACES Research forum conference*, Birmingham, 23-24 April 2014.

Eising R., & Jabko N., « Moving targets: national interests and electricity liberalization in the European Union », *Comparative Political Studies*, 2001, n° 34, vol. 7.

E.P.P.I.E., « Introduction – Analyser l'européanisation des politiques publiques », in Palier & Surel (dir.), *L'Europe en action : l'européanisation dans une perspective comparée*, Paris, L'Harmattan, 2007.

Epstein R., « Gouverner à distance. Quand l'État se retire des territoires » *Esprit*, 2005, n° 319.

Genoud C., « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue internationale de politique comparée*, 2004, n° 11, vol. 2.

Ghekiere L., *Le développement du logement social dans l'Union européenne : quand l'intérêt général rencontre l'intérêt communautaire*, Paris, Dexia éditions, 2007.

Ghekiere L., « L'évolution du sens du logement social à l'épreuve de la crise et du droit communautaire et de la concurrence », in Houard (dir.), *Loger l'Europe. Le logement social dans tous ses États*, Paris, La Documentation française, 2011.

Jacquot S., & Woll C., « Action publique européenne : les acteurs stratégiques face à l'Europe », *Politique européenne*, 2008, n° 25, vol. 2.

Jullien B., & Smith A., « L'Union européenne et la régulation des industries : vers une sociologie politique de l'économie », *Politique européenne*, 2008, n° 25, vol. 2.

Kuhlmann S., & Fedele P., « New public management in continental Europe: local government modernization in Germany, France and Italy from a comparative perspective », in Wollmann & Marcou (dir.), *The provision of public services in Europe: between state, local government and market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.

- Lascoumes P., « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*, 1990, vol. 40.
- Rodrigues S., *Les services publics locaux face au droit communautaire : les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007.
- Rouban L., « La crise du service public en France : l'Europe comme catalyseur », *Cultures & Conflits*, 1997, n° 28.
- Saurugger S., « Beyond non-compliance with legal norms », Radaelli & Exadaktylos (dir.), *Research design in European studies: establishing causality in Europeanization*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.
- Scharpf F., *Governing in Europe. Effective and democratic?*, New York, Oxford University Press, 1999.
- Schmidt S., « Commission activism: subsuming telecommunications and electricity under European competition Law », *Journal of European Public Policy*, 1998, vol. 5, n° 1.
- Streeck W., & Kathleen Thelen K. (dir.), *Beyond continuity: institutional change in advanced political economies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Weber M., *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, 2003.
- Wollmann H. & Marcou G. (dir.), *The provision of public services in Europe: between state, local government and market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.