# Intérêt général et concurrence

## *Les entités à but non lucratif à l'épreuve des règles européennes*

Frédéric Marty

Chargé de recherche CNRS

CNRS UMR 7321 GREDEG Université Nice Sophia Antipolis

Audition Haut Conseil de la Vie Associative

Groupe de travail Droit, Fiscalité, Comptabilité, Financement

Paris, le 9 juin 2015

L'objet de cette note est de synthétiser la présentation faite devant le groupe de travail *Droit, fiscalité, comptabilité et financement* sur la prise en compte de l'intérêt général dans les politiques de concurrence européenne et les impacts de ces dernières sur les activités des entités à but non lucratif. Une première partie s'attache aux conceptions de l'intérêt général dans la politique de concurrence européenne. Deux sections sont successivement présentées. La première, de nature théorique, s'attache aux principes économiques sous-jacents aux règles de concurrence et leur conception de l'intérêt général. La seconde analyse la prise en compte de l'intérêt général par la pratique décisionnelle des instances européennes. Notre deuxième partie vise à donner une première description des conditions de compatibilité d'une action d'entités à but non lucratif avec les règles de concurrence. Une première section, basée sur la pratique décisionnelle concurrentielle interne, porte sur les possibilités et les conditions d'action d'entités à but non lucratif sur le marché. La seconde section fournit de premiers éléments quant aux conditions posées pour des relations entre personnes publiques et entités non marchandes compatibles avec les exigences des règles européennes visant à prévenir les distorsions de concurrence.

### I – Intérêt général et politique de concurrence

#### *A- Quelle place pour l'intérêt général dans la politique de concurrence ? Une perspective économique*

L'intérêt général dans une perspective économique s'entend comme l'atteinte d'une situation optimale au sens de Pareto (situation dans laquelle il est impossible d'accroître le bien-être d'un agent sans dégrader celui d'un autre), laquelle suppose la réalisation d'un équilibre général de concurrence parfaite. En d'autres termes, une situation de concurrence libre et non faussée permet à la fois d'équilibrer les marchés et de parvenir à la situation la plus favorable possible en termes de bien-être. La concurrence, qui permet que le prix de chaque bien et service s'établisse au niveau de son coût marginal, est une condition nécessaire à la réalisation de l'intérêt général. Toute distorsion par rapport à une allocation de marché basée sur une concurrence libre et non faussée conduit donc à une situation sous-optimale. La défense de l'intérêt général passe donc par l'application des règles de concurrence.

Il est à noter que la mise en œuvre de la politique de concurrence européenne, dans le cadre de sa « modernisation » entamée il y a dix ans, repose sur une approche dite par les effets. La licéité d'une pratique de marché donnée ne devrait dès lors être évaluée qu'à l'aune de l'effet économique et non en fonction de la qualification juridique des pratiques ou de leur intention. Cette approche plus économique repose de fait sur les positions défendues depuis la fin des années quarante par la Seconde Ecole de Chicago. Selon cette dernière le juge de la concurrence ne doit faire reposer sa décision que sur un critère d'efficacité économique, jugé neutre et objectif, celui du bien-être du consommateur. Celui-ci constitue une base plus légitime que le bien-être global (qui intégrerait celui des firmes dotées de pouvoir de marché) et ne devrait pas être manipulable en fonction des « préférences » du juge de la concurrence. Cette approche conduit en tout état de cause à privilégier des dimensions quantifiables ou monétisables et repose sur une logique de compensation hypothétique à la Kaldor-Hicks. Il faut en effet que les gains (en valeur absolue) dépassent les pertes (en valeur absolue) pour que les « gagnants » puissent indemniser les « perdants ». En d'autres termes il suffit que la compensation soit possible (et non pas effective) pour que le critère soit satisfait. De la même façon, la décision est prise sur la seule base de l'efficacité économique. Les questions de répartition (i.e. de distribution du bien-être entre les agents sont rejetées hors du champ de l'économie ; il s'agit d'une question appelée à être résolue par des transferts fiscaux.

Cette approche – qui s'applique au droit des pratiques anticoncurrentielles et donc notamment à l'article 102 qui porte sur les éventuels effets d'éviction au détriment de concurrents privés – se retrouve également dans le cadre de la modernisation des aides publiques (i.e. article 106). Il s'agit ici faire reposer la décision relative à une compatibilité de la mesure avec le Traité sur un critère de correction de défaillance de marché. Il faut que l'intervention publique soit nécessaire pour corriger une défaillance identifiée, qu'il n'existe pas d'autres instruments susceptibles de générer moins de distorsions qui puissent également y parvenir et que la mesure publique soit strictement proportionnée à cet objectif.

L'idée selon laquelle l'intervention publique n'est légitime qu'en correction de défaillances de marchés n'est d'ailleurs pas si éloignée du cadre théorique de l'économie publique française standard telle qu'elle avait été forgée par Maurice Allais. Ce dernier distinguait deux secteurs. Le secteur différencié était caractérisé par des rendements décroissants. Sur ce dernier la concurrence porte tous ses effets en termes d'efficacité productive. Le mécanisme des prix peut jouer. Dans le secteur non différencié les rendements sont croissants. Une firme unique (i.e. un monopole) est plus efficace que plusieurs firmes en concurrence. Une intervention de l'Etat est nécessaire pour suppléer au mécanisme de prix en obligeant le « monopole » à mimer le marché, c'est-à-dire à tarifier au coût marginal. L'intervention de l'Etat est donc vue comme nécessaire dans les cas de défaillance de marché. Celles-ci désignent des situations dans lesquelles la concurrence ne peut jouer. Il s'agit des situations caractérisées par des monopoles naturels, des biens publics ou des externalités. Ce sont des situations dans lesquelles les signaux de prix donnent de mauvaises informations aux marchés. L'investissement réalisé par les opérateurs économiques est spontanément et irrémédiablement sous optimal. La raison en tient qu'il existe une déconnexion entre le rendement social et le rendement appropriable par un opérateur privé d'économie de marché. L'intervention publique est nécessaire pour permettre la correction de ces défaillances.

Il n'y a pas loin de l'adage *concurrence autant que possible et Etat autant que nécessaire* des ordolibéraux allemands qui fourniront le cadre théorique de la mise en œuvre de la politique européenne de la concurrence (Marty, 2014). En effet, la pratique décisionnelle de la Commission et plus encore celle de la Cour de Justice peuvent être lues comme participant d'une logique intégratrice (reposant sur la construction d'un marché intérieur de concurrence libre et non faussée) et d'une logique de

construction d'une entité politique sur des bases économiques, fondées sur la liberté d'accès au marché et sur la prévention des abus de pouvoir économique. Les ordolibéraux voyaient en effet la concurrence comme outil de dispersion du pouvoir économique au même titre que la démocratie joue le rôle d'outil de dispersion du pouvoir politique. Plus encore, la dispersion du pouvoir économique était vue comme une condition nécessaire à la dispersion du pouvoir politique. En effet, à la différence des néolibéraux américains de l'Ecole de Chicago, les ordolibéraux pensent que les marchés ne sont pas autorégulés. La résultante naturelle et inexorable du processus de concurrence est pour ces derniers la concentration (irréversible) du pouvoir économique privé. Il s'agit donc de défendre la concurrence contre elle-même (i.e. contre les pouvoirs économiques privés). Cependant si cet interventionnisme libéral suppose un rôle actif à l'Etat, il s'agit également de défendre le marché contre les éventuels abus des pouvoirs économiques publics. Il s'ensuit la définition d'une politique sociale de marché basée sur la combinaison de principes ordonnateurs ou constituants (un cadre juridique sécurisant le processus de concurrence contre les interventions discrétionnaires de l'Etat) et de principes régulateurs, légitimant l'intervention de l'Etat pour faire pièce à la concentration des pouvoirs économiques privés et des abus qui peuvent en résulter mais aussi pour corriger les défaillances de marché et mettre en œuvre une politique de redistribution des revenus pour permettre à chacun de participer au processus de marché et pour ce que le résultat du processus de concurrence soit en adéquation avec les standards sociaux et les concepts de justice en vigueur.

L'intervention de l'Etat est donc légitime mais demeure, comme chez Allais, subsidiaire par rapport au marché. Ce cadre dans lequel la puissance publique est un acteur légitime et efficace pour corriger les différentes défaillances de marché a été progressivement remis en cause avec la transition de l'économie publique « classique » à la nouvelle économie publique. Cette dernière, rejetant les hypothèses d'un Etat omniscient, omnipotent et bienveillant, met en balance les défaillances des marchés avec celles de l'Etat et préconise de limiter au maximum le périmètre de l'intervention publique aux seules défaillances de marché avérées. Au-delà de ces prescriptions normatives, la mise en concurrence croissante d'activités, même *a priori* (ou jusque-là) considérées comme purement sociales ou régaliennes, permet d'étendre le périmètre des activités susceptibles d'être gouvernées par les seules règles de concurrence. La logique à l'œuvre se retrouve dans la libéralisation des industries de réseaux (limiter la régulation publique à la seule infrastructure essentielle i.e. au monopole naturel) et dans le nouveau management public où il s'agit de passer d'un Etat producteur de services à un Etat régulateur. L'idée est alors d'introduire la concurrence partout où cela est possible (même entre les différents services de l'administration) de façon à bénéficier des effets de la concurrence. La logique des PPP ou des *social impact bonds* anglo-saxons revient à une logique de responsabilité (et de redevabilité) sur les seuls résultats de la politique publique. Il s'agit pour reprendre les classifications de Salais et Storper (dans *Les Mondes de Production*, éditions de l'EHESS en 1993) de passer d'une convention de l'Etat extérieur à une convention de l'Etat absent. Dans la première les pouvoirs publics peuvent légitimement définir l'intérêt général et le porter en s'imposant aux agents privés. Dans la seconde, cette double légitimité est mise en cause et l'Etat doit s'effacer autant que faire se peut devant les ajustements de marché. Son seul rôle est dès lors de fournir un cadre permettant de laisser-faire le marché.

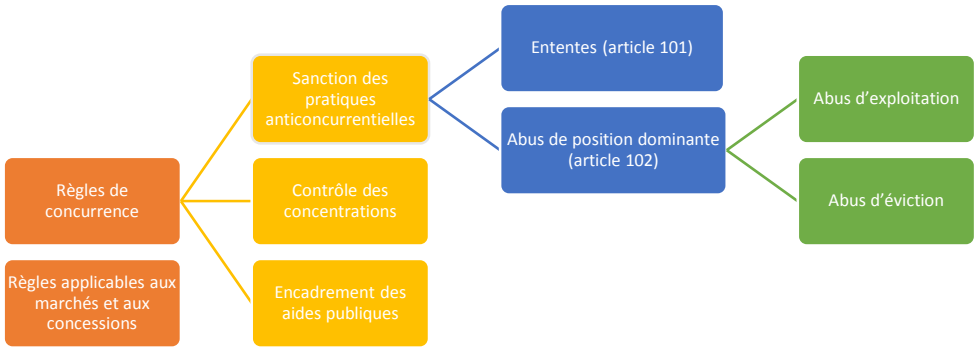
### *B- Règles de concurrence européennes et intérêt général : quelles conciliations ?*

Notre propos dans cette seconde section est de montrer que ce cadre théorique entre en résonance avec la pratique décisionnelle des instances européennes au travers notamment de leur définition de l'intérêt général et de sa prise en considération dans le cadre des politiques de concurrence. Définir l'intérêt général en droit n'est pas chose aisée. Le Conseil d'Etat s'y était attaché en 1999

sans qu'une définition simple n'en découle. La situation est de fait assez proche de celle du service public il y a environ vingt ans. A ce titre, il serait possible de faire un parallèle avec l'appréciation du service public du Pr. Truchet (voir à ce propos l'intervention de D. Simon, colloque Conseil constitutionnel, 2006) : « Personne n'a su donner du concept une définition incontestable: le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu ».

Cependant, il serait possible de tracer quelques lignes structurantes, en considérant que l'intérêt général dans le cas français est défini par l'intervention de l'Etat – la démarche est alors volontariste (Idot, 2007). A l'inverse, dans une acception plus européenne (où nous pourrions éventuellement parler d'un droit sans Etat, d'une approche post-moderne reconnaissant la pluralité des intérêts,….), l'intérêt public peut peut-être plus se définir dans une optique plus utilitariste. Il peut s'agir comme nous l'avons vu dans une première section de la correction d'une défaillance de marché. Cependant, comme nous le verrons dans notre seconde partie, la logique de subsidiarité admet que l'Etat membre puisse par le mandatement extraire une activité donné du champ concurrentiel. L'approche volontariste n'est donc pas totalement exclue. En effet, si le droit de l'Union s'impose en toute logique à l'Etat membre, ce dernier détient une marge d'appréciation pour qualifier une activité comme relevant de cet intérêt. Cette marge est bien sûr encadrée par la CEDH et par la CJUE. Celles-ci appliquent une règle de raison pour permettre aux autorités nationales, quand cela est conforme aux Traités, d'adopter des mesures non discriminatoires justifiées par des exigences impératives ou impérieuses d'intérêt général.

Il n'en demeure pas moins que les règles de concurrence – qui occupent une place centrale dans la construction européenne notamment du fait de leur caractère « quasi-fédéral » - encadrent strictement les possibilités d'interventions des Etats envers les associations sur la base de motivations d'intérêt général. Deux champs sont particulièrement critiques pour les entités publiques dans le domaine. Il s'agit respectivement des règles de concurrence proprement dites et des règles de concurrence applicables aux marchés publics et aux concessions (voir figure *infra*).




Nous aborderons les secondes dans notre seconde partie quand nous traiterons des modalités de mise en concurrence des opérateurs susceptibles de porter les objectifs d'intérêt général définis par la personne publique. Le premier volet des politiques de concurrence se décompose lui-même en trois parties. La première traite de la répression des pratiques anticoncurrentielles, la deuxième de l'encadrement des aides publiques et la troisième du contrôle des concentrations. La deuxième est importante pour notre propos en ce qu'elle définit les modalités par lesquelles des soutiens publics à un opérateur donné – soutiens potentiellement inducteurs de distorsions de concurrence – peuvent être admises. Nous verrons que ces conditions (nécessité de la mesure pour corriger une

défaillance de marché et proportionnalité) seront centrales tant en matière de SIEG, de mise en œuvre de la jurisprudence Altmark ou encore du Paquet Almunia). Le premier volet, celui de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, recouvre les pratiques coordonnées (cartels) et les pratiques unilatérales (abus de position dominante). Seules les secondes sont pertinentes pour notre propos et au sein de celles-ci les abus d'éviction. Il est possible de définir ces abus comme l'action d'un opérateur économique doté d'une puissance de marché telle qu'il peut écarter des concurrents même s'ils sont plus efficaces (même potentiellement) que lui. Ces abus concernent souvent de grandes entreprises (Microsoft, Google,…), c'est-à-dire des pouvoirs économiques privés. Ils peuvent également porter sur les actions des pouvoirs économiques publics. Il s'agit alors des activités économiques d'entités publiques qui pourraient être sanctionnées au titre des règles de concurrence dans la mesure où elles ont ou pourraient avoir pour effet d'écarter des opérateurs privés du marché.

Le droit de l'Union est pourtant neutre sur le régime de propriété des opérateurs économiques. Un opérateur peut un statut public et exercer une activité sur le marché. Le concept d'opérateur privé en économie de marché utilisé dans l'encadrement des aides publiques témoigne de cette logique. Cependant, cela signifie également que tout opérateur, quel que soit son statut, va se voir appliquer les règles de concurrence. En effet, si le droit de la concurrence s'applique à toute entreprise, est définie comme telle toute entité qui exerce une activité économique, quel que soit son statut juridique, quel que soit son financement (arrêt Höfner, 23 avril 1991). La jurisprudence de la Cour de Justice a progressivement permis d'exclure de ce périmètre certaines activités. Il en est ainsi des prérogatives de puissance publique (arrêt Eurocontrol, 1994), des prestations d'enseignement public ou des services de nature exclusivement sociale (arrêt Pouce et Pistre, 1993). Cependant, l'influence du droit de la concurrence sur les possibilités d'action tant des entités publiques que des entités sans but lucratif est d'autant plus significative qu'est considérée comme activité économique toute activité qui peut être exercée par un opérateur privé et pour laquelle il existe un marché (arrêt Pavlov, 2000).

Si les règles de concurrence définissent un cadre strict quant aux possibilités d'action sur la base de l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que les marges de manœuvre sont d'autant plus élevées que la Commission reconnaît de façon croissante les objectifs de cohésion et d'inclusion tant en matière sociale que géographique. Par exemple, dans sa communication du 23 mars 2011, la Commission souligne l'importance des services publics qui « jouent un rôle crucial dans les valeurs communes » de l'UE, qui « contribuent à la cohésion sociale et territoriale » ou au « développement économique et au bien-être des citoyens ». Celle-ci a également progressivement admis de nombreuses extensions au domaine des SIEG (formation professionnelle, sports, culture, aide à la personne,…) et laissé de nombreuses libertés aux Etats membres en matière de SSIG (régimes de protection sociale, services essentiels offerts aux personnes,….). Cependant, si ces ouvertures sont réelles et exploitables, il n'en demeure pas moins que la pratique décisionnelle sur la base des règles de concurrence pose des conditions strictes à la prise en charge des activités d'intérêt général dès lors qu'elle peut susciter des distorsions par rapport à des entités privées.

## II – Les conditions d'une prise en charge des missions d'intérêt général

### *A – Les risques d'éviction d'opérateurs économiques privés*

Il s'agit ici, en se basant sur la jurisprudence concurrentielle interne (qui se fonde sur le droit de l'Union), de montrer qu'elles sont les conditions d'une intervention dans le champ des activités économiques d'entités publiques et de voir comment celle-ci est contrainte sur la base de l'article 102 du Traité relatif aux abus d'éviction. L'éviction potentielle en cause est ici celle d'opérateurs

privés. Si dans certains cas les saisines d'opérateurs privés concurrents peuvent être rejetées pour des motifs d'intérêt général, comme le montre la décision du Conseil de la concurrence du 8 novembre 2005, relative à la desserte maritime de l'île Saint Honorat dans la baie de Cannes (la restriction de concurrence est acceptée comme une nécessité objective en termes de maîtrise des flux touristiques, de préservation du site et de tranquillité de la congrégation cistercienne), d'autres décisions posent des limites plus strictes. Un bon exemple est apporté par l'arrêt du 20 décembre 2012 venant annuler une décision du 23 décembre 2004 du Conseil de la concurrence dans l'affaire dite des vedettes vendéennes. L'affaire était basée sur une saisine de trois entreprises privées reliant le continent à l'île d'Yeu. Celles-ci (deux sur trois ont déposé leur bilan dans l'intervalle) font grief à l'opérateur public d'avoir surdimensionné sa flotte les conduisant ainsi à la faillite dans la mesure où des subventions croisées sont à l'œuvre entre les activités de service public et les activités concurrentielles. La Cour d'appel applique l'approche plus économique prônée par la Commission en requérant qu'une approche par les effets soit mise en œuvre pour caractériser une possible éviction en prenant en considération les coûts évitables liés à la desserte comme le requiert la Cour de Justice dans l'arrêt TeliaSonera de 2011. Dans ce cadre l'intention de la personne publique n'entre pas en considération, seul l'effet sur le marché est pris en compte.

L'intervention de personnes publiques dans le champ économique est possible mais fait l'objet d'un encadrement rigoureux comme peuvent en témoigner deux avis rendus le 31 juillet 2014 par l'Autorité de concurrence (qui a succédé depuis février 2009 au Conseil de la concurrence). Le premier est lié à une saisine du syndicat national des professionnels de l'hébergement d'entreprises. Celui-ci s'inquiétait des distorsions de concurrence liées à l'implication de collectivités publiques dans les pépinières d'entreprises. L'Autorité souligne que l'intervention est conforme aux règles de concurrence si le principe de compétence de la collectivité est respecté et si un intérêt public peut être démontré. Celui-ci peut être caractérisé par la démonstration d'une défaillance de marché (Conseil d'Etat, mai 2006, ordre des avocats), selon les principes que nous avons présenté en première partie. Cependant, cette défaillance n'a pas à être absolue. Elle peut n'être que relative. En d'autres termes, l'intervention peut se justifier même en présence d'une offre privée si celle-ci n'est pas suffisante pour satisfaire les besoins sociaux tels que définis par la personne publique (Conseil d'Etat, mars 2010, département de la Corrèze). Ce faisant, à l'instar des possibilités d'actions des collectivités publiques dans le domaine des télécommunications (où l'intervention est non seulement possible dans les zones blanches où il n'existe pas d'offre privée mais également dans les zones grises pour lesquelles la nature des offres ne permet pas de satisfaire les objectifs de la personne publique), une intervention est possible et admise si l'accès au service est jugé insuffisant. La correction d'une défaillance relative de marché est donc possible. L'existence d'une offre privée n'empêche pas une action des pouvoirs publics sur la base de l'intérêt général. L'intervention dans le cadre d'une défaillance de marché est en effet fondée dès lors que l'investissement privé lié aux seuls signaux de marché est insuffisant par rapport au niveau d'investissement socialement optimal. L'intervention publique est alors légitime du moment où la démonstration de sa nécessité, de son adéquation et de sa proportionnalité a été faite. Elle ne vise dans cette logique qu'à corriger les distorsions entre rendements privés (appropriables par un investisseur) et les rendements collectifs. Elle répond donc à une convention de l'Etat qui est celle de l'Etat subsidiaire au sens de Salais et Storper (1993). La personne publique doit agir comme le ferait un corps de réserve (*subsidium*) si et seulement si cette intervention est nécessaire.

Cette intervention doit cependant respecter un certain nombre de conditions pour ne pas induire des distorsions de concurrence quand des opérateurs privés sont présents sur le marché en question. Ces conditions sont illustrées par le second avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 31 juillet 2004 dans le cadre d'une saisine du groupement des entreprises industrielles du textile. La

Loi autorisant les établissements publics hospitaliers d'exercer des activités commerciales subsidiairement à leur mission, ces derniers peuvent structurer leurs services de blanchisserie en entités de type GIE et proposer leurs services à d'autres établissements hospitaliers dans le cadre de leurs marchés ouverts à la concurrence. Si l'Autorité de la concurrence souligne que le statut public n'induit pas en lui-même des distorsions du fait de conditions fiscales et sociales différentes, elle n'en requiert pas moins comme on le fait dans les industries de réseaux de mettre en place une comptabilité axée sur les coûts de façon à garantir l'absence de subventions croisées entre les différents segments d'activités (monopolistiques / concurrentiels).

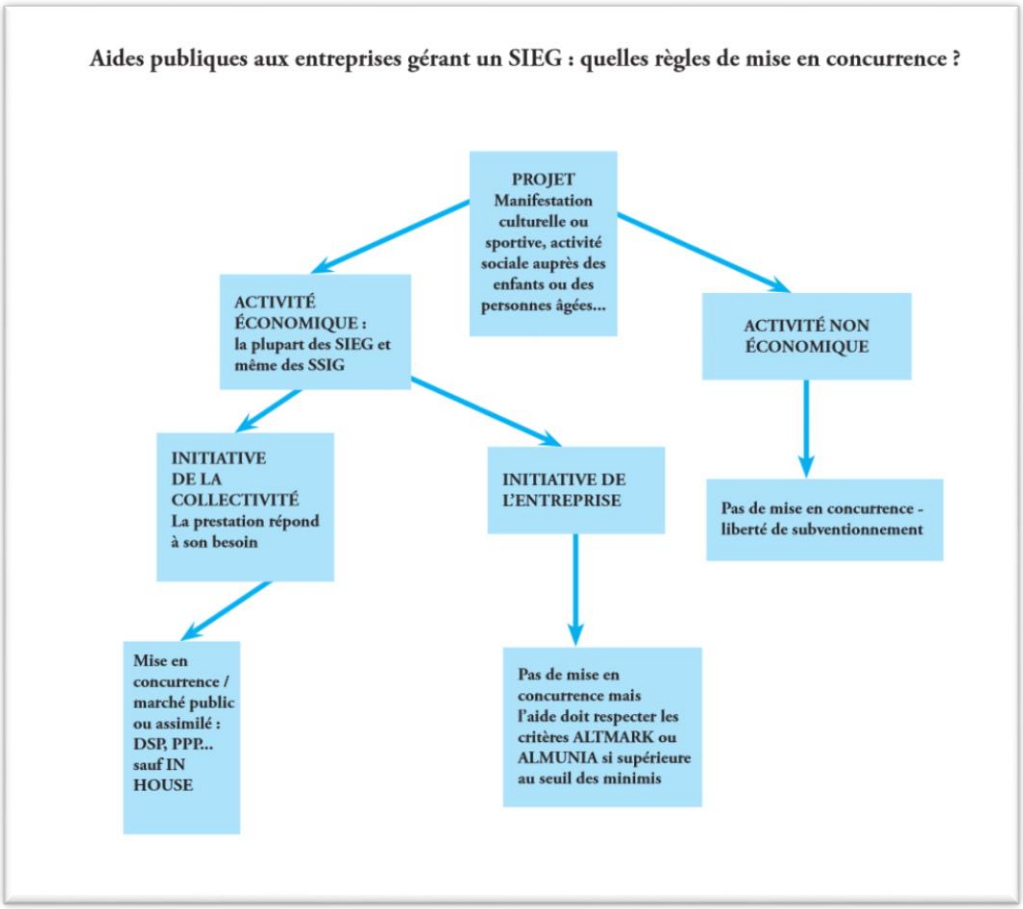
### *B – Répercussion dans les relations avec les entités à but non lucratif*

Si l'intervention publique directe pour des motifs d'intérêt général est contrainte par les règles de concurrence, il en est de même quant aux relations entre les collectivités publiques et entités à but non lucratif que celles-ci passent par des logiques de subventions ou de marchés et concessions. L'enjeu est d'autant plus important selon les Etats membres que les missions d'intérêt général sont plus ou moins confiées à des opérateurs associatifs. Si nous devions reprendre par exemple la classification d'Antonnen et Sipilia (1996), nous pourrions distinguer quatre configurations idéal-typiques différentes. Un premier cas serait celui de la Scandinavie où les services publics et sociaux seraient de façon prédominante assurés par l'Etat et financés par l'impôt. Un deuxième cas de figure serait celui de l'Europe méditerranéenne dans lequel un rôle prédominant serait joué par la solidarité horizontale et notamment par les familles. Le Royaume-Uni serait dans un modèle spécifique de type *beveridgien* mais reposant de façon très croissante sur des mécanismes d'externalisation et de privatisations induisant une mise en œuvre des politiques par les associations et les entreprises (Koukadiaki, 2012). La France se rattacherait dans cette typologie à une Europe « rhénane » dans laquelle selon un modèle de la subsidiarité, les associations à but non lucratif financées et agréées d'une façon ou d'une autre par des entités publiques jouent un rôle important. C'est ce modèle qui apparaît comme particulièrement exposé aux contraintes concurrentielles.

La prise en charge de la politique sociale française a été au moins jusqu'à la Libération assurée en grande partie par des associations laïques et religieuses. Cependant ce tissu n'a vécu que par les financements publics et dans le cadre d'un Etat stratège et garant comme en témoigne par exemple l'avis du Conseil d'état du 17 janvier 1806 conduisant à la mise en place d'un régime d'autorisation pour les établissements hospitaliers. La logique longtemps en vigueur a donc reposé sur un modèle d'agréments et de subventions. Le modèle de la subvention est cependant mis en cause par la politique de concurrence et par le mouvement de désengagement de l'Etat que nous avons mis en exergue en première partie. L'efficacité de la dépense publique est globalement mise en cause surtout quand elle est dénoncée comme étant sans contrôle et à fonds perdus. Notons d'ailleurs que le nouveau management public irrigue cette logique comme en témoigne les expérimentations anglo-saxonnes de social impact bonds. La pression est donc de faire rentrer différentes prestations dans le champ économique (dans le secteur différencié où les prix fournissent des signaux « adéquats ». celle-ci est d'autant plus forte que des opérateurs privés sont entrés dans de nombreux segments d'activités (crèches, résidences de personnes âgées,….) conduisant celles-ci dans le champ concurrentiel. Il s'ensuit une logique de développement des appels d'offres et donc de mise en concurrence des différentes associations entre elles et avec des opérateurs à but lucratif. Les associations dans ce cadre peuvent passer du statut de partenaires à celui de prestataires et certains segments du « service public » insuffisamment rentables (ou structurellement déficitaires) peuvent être abandonnés tant sous l'effet de pratiques d'écrémage (concentration de l'activité sur les segments profitables) que sous celui de la mise en cause des processus de subventions croisées (péréquation).

La logique des marchés et des concessions conduit à se conformer aux règles issues des directives européennes (notamment les nouvelles directives de février 2014 en cours de transposition en droit interne – voir l'avis du HCVA du 29 janvier 2015).

Le modèle de la subvention n'est pas pour autant invalidé du moment où la subvention en question (financement sans contrepartie d'une prestation de service individualisée) est distinguée de la subvention pour compensation des charges de service public (subvention d'équilibre ou compléments de prix en faveur d'associations chargées de mission de service public). La préservation des missions d'intérêt général est possible en jouant sur le continuum des capacités d'actions ouvertes sur la base de l'article 106 relatif aux aides d'Etat. Le schéma *infra* détaille les capacités d'action de la personne publique (source: *les SIEG en Europe* – Assemblée des départements de France, mars 2012). Le modèle de la mise en concurrence n'est qu'un modèle parmi trois possibles.




Nous avons vu que si l'activité couverte n'entrait pas dans le champ des activités économiques, la politique de concurrence ne vient pas contraindre l'action de la personne publique dans sa décision de subvention. En effet, une subvention ne saurait induire de distorsion de concurrence. Par contre, si un besoin est exprimé par la personne publique, un cahier des charges peut être établi et le mode d'allocation de la mission la plus efficace (en termes d'usage des deniers publics), la plus transparente (en termes d'accès au marché) et la moins distortives demeure la mise en concurrence. Les règles respectivement applicables aux marchés publics et aux concessions sont alors à suivre avec les possibilités habituelles de pondération des critères à des fins sociétales. La seule exception est celle dite du *in-house*. La mise en concurrence n'est pas obligatoire si l'entité satisfait au critère du contrôle analogue (à celui d'un service de la collectivité en cause) et si elle réalise l'essentiel son

activité pour l'entité qui l'a créée. En dehors de ces deux cas de figure, il existe une possibilité de subventionnement même dans le cadre des activités économiques. Cela est le cas si l'aide présente un montant en deçà des seuils *de minimis*. La notification préalable n'est pas obligatoire mais l'incertitude juridique demeure souvent assez forte pour des valeurs *a priori* proches du seuil. Cela est également le cas pour des projets qui ne répondent pas à une initiative de la personne publique. Dès lors qu'un mandatement public est effectué (i.e. un acte unilatéral visant explicitement le service d'intérêt général et définissant le service attendu), il est possible de bénéficier de marges de manœuvres par rapport à l'article 106. Les règles en question (voir le paquet Almunia de décembre 2011) reprennent la plupart des critères de l'arrêt Altmark de la Cour de Justice, à savoir une définition claire des missions de service public visées dans le mandat et des critères de compensation objectifs, transparents et proportionnés. Seule l'attribution concurrentielle de la responsabilité n'est pas reprise. Il est donc possible d'échapper aux règles de mise en concurrence préalable qui pourraient favoriser à certains égards des opérateurs de marché.

**Références**


Antonnen A. and Sipilia J., (1996), "European Social Care Services: Is it Possible to Identify Models" », *Journal of European Social Policy*, vol.6, n°2.

Idot L., (2007), « L'intérêt général: limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence? », *Journal de droit européen,* n°142, août, pp.225-231.

Koukadiaki A., (2012), "EU Governance and Social Services of General Interest: When Ever the UK is concerned", *European Integration online Papers*, volume 16, article5, *special issue on EU Law, Governance and Social Policy*, Barbier J.-C., ed.

Marty F., (2014), « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *in* Solis-Potvin L., (s.d.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, pp.341-377.

Pascal F., (2008), *Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général ?*, avis du Conseil Economique et Social, mandature 2004-2009, n°12, avril.

Salais R. et Storper M., (1993), *Les mondes de production – enquête sur l'identité économique de la France*, éditions de l'EHESS, Paris.

Simon D., (2006), « L'intérêt général vu par les droits européens », Editions Dalloz, Cahiers constitutionnels de Paris1.